

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

LA NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL(*) (356)

RODOLFO E. OLIVÉ

Vigente desde el 22 de junio último, la ley 23515, llamada de matrimonio civil, ha derogado la casi centenaria ley 2393, ha incorporado su articulado al Código Civil y, fundamentalmente, receptó el divorcio vincular en nuestra legislación. De allí que popularmente se la conociera, antes de su sanción, como la ley de "divorcio".

Su antecedente inmediato fueron los numerosos proyectos de ley presentados en la Cámara de Diputados durante los años 1985 y 1986. En número de 25, ellos abarcan un amplio espectro, desde los que se limitan a dejar sin efecto la suspensión del art. 31 de la ley 14394 según el decreto 4070/56 (Briz de Sánchez - Riutort de Flores) hasta el que modifica el Código Civil, título primero, sección 2ª del libro primero (Horta, Macedo de Gómez, Piucill). De la lectura de todos ellos, el que me pareció más completo fue el presentado por los diputados Terrile y Furque, que modifica parcialmente la ley 2393. También debo mencionar entre los proyectos que contemplan reformas parciales al régimen de familia, los presentados por nuestra colega, la diputada Allegrone de Fonte, con relación al apellido de la mujer casada y al domicilio conyugal, que fueron incorporados, total o parcialmente, por la Comisión Redactora.

Por supuesto, no todos los proyectos presentados receptaban el divorcio vincular, y en otros casos, la posibilidad de contraer nuevas nupcias se limitaba al primer juicio de divorcio (proyecto Pedrini Sella, Briz de Sánchez).

También había ingresado en el año 1986 en la Cámara de Senadores el proyecto presentado por los senadores Menem, Sánchez y Gass, que modificaba la ley 2393 e incorporaba el divorcio vincular.

En definitiva, la Comisión Especial que se formó en Diputados a partir de las Comisiones de Legislación General y de Familia, Mujer y Minoridad, sin perjuicio de tener en cuenta los proyectos presentados, optó por redactar un nuevo ordenamiento, derogando la ley 2393 e incorporando su articulado al Código Civil. En el recinto, el miembro informante de la Comisión, diputado Spina, encareció la colaboración brindada por juristas de reconocida capacidad: Jorge H. Alterini, Alberto M. Azpeitía, Augusto C. Belluscio, Gustavo A. Bossert, Eduardo A. Zannoni, Werner Goldschmidt, Alicia

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Perugini de Paz y Geuse, Cecilia Grosman y Enrique Vera Villalobos. Tratado en las sesiones durante el mes de agosto de 1986, tuvo media sanción de la Cámara de Diputados tras una discusión en general y en particular que introdujo pocas modificaciones al despacho de mayoría (hubo otro despacho en minoría del diputado Carlos Auyero que no receptaba el divorcio vincular y ampliaba el régimen de nulidades) . Remitido al Senado, este cuerpo produjo dos dictámenes, uno de mayoría que aconsejaba el rechazo, y otro en minoría que introdujo numerosas reformas de detalle, aunque, curiosamente, no estuvieron referidas al régimen del divorcio vincular.

Y en los días 13 y 21 de mayo de este año se trató el despacho de minoría que con ligeras modificaciones constituyó el texto definitivo de la ley. Ello fue así porque enviado nuevamente a la Cámara de origen, Diputados aceptó sin discusión las reformas propuestas, pienso que llevados por el afán de promulgar sin más dilaciones la ley, por aquel principio que dice que "la peor ley es la ley no sancionada".-

De esta manera se ha puesto fin a una discusión de antigua data, que se remonta a la fecha de la sanción de la 2393, el 12 de noviembre de 1888. Ya en la sesión del 17 de agosto de aquel año, el diputado Juan Balestra había presentado un proyecto de ley de matrimonio civil en que figuraba el divorcio con disolución del vínculo conyugal. No llegó a ser discutido. En 1901 el diputado Carlos Olivera presentó un proyecto de ley, que dio origen a dos nuevos proyectos: el de la mayoría incorporaba el divorcio vincular. El debate fue memorable y en la votación final, el 4 de septiembre de 1902, 50 votaron en contra del proyecto y 48 a favor. Sin embargo me permito opinar que dichos proyectos no reflejaban exactamente la opinión pública sobre el divorcio, sino más bien la puja ideológica entre católicos y liberales de la llamada generación del 80, que ya se había exteriorizado con la discusión de la ley 1420 de educación común.

Olivera en 1903 reprodujo casi textualmente su proyecto. En 1907 Alfredo L. Palacios propicia el proyecto de Olivera, agregando el divorcio por mutuo consentimiento. En 1913 se presenta otro proyecto de los diputados Juan B. Justo, Nicolás Repetto, Mario Bravo y Alfredo L. Palacios. También el diputado Conforti auspicia un proyecto sobre divorcio en 1911. A éstos se suman otros más: Federico Pinedo, Ramón J. Cárcano, Antonio Di Tomaso, Silvio Ruggieri en 1932, Angel Giménez en 1933. Todos tuvieron escasa fortuna y la mayoría de ellos ni siquiera fueron tratados.

Señaló igualmente que el anteproyecto de reformas al Código Civil de Biliboni en el año 1936 incorporaba el divorcio vincular.

Finalmente, llegamos a la sanción de la ley 14394, en cuyo artículo 31 se estableció el divorcio vincular, artículo incorporado y aprobado en la sesión del 13 al 14 de diciembre de 1954. Durante el breve tiempo que estuvo vigente, varios centenares de argentinos se divorciaron vincularmente. La aplicación del artículo 31 fue suspendida por decreto 4070/56. Esta extraña figura jurídica de la "suspensión" duró 31 años.

Para no fatigar la atención de ustedes mencionaré simplemente que entre 1958 y 1976 se presentaron varios proyectos más de divorcio vincular, que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

no prosperaron.

La ley 23515 nos ha apartado de la compañía de los escasos países antidivorcistas que aún quedan: Chile (con un régimen amplio de nulidades), Paraguay, Filipinas, San Marino, Malta e Irlanda.

A continuación veremos los aspectos más importantes de la reforma, siguiendo el ordenamiento de la misma ley. También les comentaré algunas dudas que su lectura me ha suscitado, sin más pretensión que generar en ustedes una reflexión sobre este nuevo ordenamiento del régimen de la familia.

En lo que hace al capítulo I, "Régimen legal aplicable al matrimonio", digamos que trata de ordenar su texto a las disposiciones del derecho internacional privado según los tratados que nuestro país ha suscripto, tales como los de Montevideo de 1889 y 1940. El capítulo II, "De los esponsales", está constituido por un solo artículo, el 165, que establece: "Este Código no reconoce esponsales de futuro. No habrá acción para exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio." E innova sobre el derogado, que era mucho más terminante: "La ley no reconoce esponsales de futuro. Ningún tribunal admitirá demandas sobre la materia ni por indemnizaciones de perjuicio que ellos hubiesen causado". Es decir, que siguiendo la legislación española e italiana el nuevo artículo admite la posibilidad de demandar por daños y perjuicios que la promesa incumplida de matrimonio hubiese causado" El capítulo III se refiere a los impedimentos y trae algunas modificaciones con respecto al régimen derogado. a) suprime la distinción entre ascendientes y descendientes "legítimos o ilegítimos (en función de la Ley 23264); b) incorpora el vínculo por adopción plena y adopción simple: c) eleva la edad mínima como factor impediendo: menos de dieciséis años la mujer, menos de dieciocho el hombre; d) incorpora la calificación de "doloso" para que el homicidio sea factor impediendo, pero lo amplía al instigador; e) reemplaza el término "locura" por privación permanente o transitoria de la razón, por cualquier causa que fuere", con lo cual, según el miembro informante en el Senado, se invierte la carga de la prueba y se amplía la interpretación de la causal de impedimento; f) agrega como impedimento "la sordomudez, cuando el contrayente afectado no sabe manifestar su voluntad en forma inequívoca por escrito o de otra manera". Tanto en el seno de la comisión redactora de Diputados como en el Senado, este último inciso provocó un debate animado. En principio se aceptaba que el sordomudo no era incapaz como tal, sino en la medida en que no pudiera expresar su consentimiento. requisito esencial del matrimonio. También se dijo que de no hacerse aquí la distinción, podría interpretarse basándose en otras disposiciones del Código (arts. 54, 57, 153 y 157). Por último, que la expresión "que no sepa darse a entender por escrito" eliminaba otras formas inequívocas" o modernas técnicas de transmisión que permitan expresar igualmente el consentimiento al sordomudo.

El artículo 168 reemplaza al art. 10 de la ley 2393, que a su vez había sido modificado por la ley 23264 y mejora la redacción de esta última, aunque persiste en el error de pedir el consentimiento de aquel padre que "ejerza la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

patria potestad", confundiendo ejercicio con titularidad. Ya lo he dicho en otra parte que si un solo padre ejerce la patria potestad, igualmente por aplicación de los arts 264, apartado 2° y 264 quater, inc. 1° se requerirá el consentimiento del otro para que el menor contraiga matrimonio.

El artículo 171, que reemplaza al artículo 12 de la ley 2393, mejora su redacción, al suprimir "que estén bajo su potestad" porque según aquel artículo y contrario sensu, podía entenderse que los descendientes mayores de edad del tutor podrían casarse con el o la pupila. Igualmente, el nuevo artículo suprime "sin perjuicio de su responsabilidad penal", por redundante.

El capítulo IV, "Del consentimiento", expresa en su artículo 172, primer párrafo: "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 artículo habla de "pleno y libre consentimiento" con lo que sigue la redacción del art. 1° de la Convención de Nueva York, ratificada por nuestro país según ley 18444; el Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por ley 23054. Y agrega "personalmente", según la misma Convención. También enfatiza "hombre y mujer", distingo que no estaba en el art. 14 derogado, ni en la mentada Convención de Nueva York, pero que los senadores introdujeron tras una discusión sobre la posibilidad de matrimonio entre homosexuales.

Por su parte el artículo 173 establece el matrimonio a distancia, por consiguiente elimina la posibilidad del casamiento por poder, congruente con lo dispuesto en la Convención de Nueva York al respecto.

El artículo 175 reemplaza al art. 16 de la ley 2393 referido a los vicios del consentimiento. Incorpora el error acerca de las cualidades personales del otro contrayente, que tengan entidad suficiente como para haber hecho desistir - de haberlo conocido - de tal unión. Sigue en esto la moderna legislación española e italiana y recoge los antecedentes jurisprudenciales nacionales.

Los tres capítulos siguientes se refieren respectivamente a la oposición a la celebración del matrimonio, a la celebración del mismo y a la prueba del matrimonio. Me parece interesante proseguir este comentario a partir del capítulo VIII, "Derechos y deberes de los cónyuges". El artículo 198 dice escuetamente: "Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos." Les recuerdo que el concordante artículo 50 de la ley 2393 se refería exclusivamente a la obligación de guardarse fidelidad, y las consecuencias de su no cumplimiento. El nuevo artículo, que refleja el actual status jurídico y económico de la mujer, añade a ese deber de fidelidad recíproca, las obligaciones mutuas de asistencia y alimentos.

El artículo 199 fija la obligatoriedad para ambos cónyuges de vivir en una misma casa, salvo circunstancias excepcionales que lo impidiesen. El juez podrá relevar de esta obligación cuando se ponga en peligro la vida, la integridad físico - psíquica o espiritual de uno de ellos, de ambos o de los hijos. Vemos que este artículo modifica el régimen del anterior 53 derogado, que obligaba a la mujer a seguir a su marido adonde este fijase su residencia, derecho absoluto que ya había sido morigerado por la jurisprudencia. Y se relaciona con el texto del artículo 200 siguiente: "Los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

esposos fijarán de común acuerdo el lugar de residencia de la familia." Claro que el Senado suprimió la consecuencia lógica del desacuerdo, que preveía el proyecto de Diputados: en caso de desacuerdo resolverá el juez atendiendo las conveniencias y necesidades de ambos y el interés familiar." Pero lo diga o no, si los cónyuges disienten podrán recurrir a la justicia, sin que esto importe injurias graves.

En el capítulo IX se legisla sobre la "separación personal", figura Jurídica que se corresponde con el divorcio en la ley derogada, en cuanto a sus efectos. Así dice el artículo 201: "La separación personal no disuelve el vínculo matrimonial." Las innovaciones se encuentran en la enumeración de las causales (arts. 202, 203, 204 y 205). El artículo 202 se corresponde con el 67 de la ley 2393 y establece como causales: el adulterio, la tentativa contra la vida del otro o de los hijos, sean o no comunes (esto es lo novedoso, lo mismo que la figura del instigador); la instigación a cometer delito, las injurias graves, el abandono voluntario y malicioso. Suprime la sevicia y los malos tratamientos, que una elaboración jurisprudencial de larga data había subsumido en la causal de injurias graves .

El artículo 203 incorpora a nuestra legislación la separación personal en razón de alteraciones mentales graves de carácter permanente, el alcoholismo y la adicción a la droga, si tales afecciones impiden la vida en común o la del cónyuge enfermo con sus hijos.

Aquí nos encontramos con la figura del divorcio o separación personal "remedio" sin atribución de culpa, que no había sido la doctrina de nuestro codificador. Algo que en forma más tímida había ensayado la reforma del año 1968 con la introducción del artículo 67 bis, divorcio por presentación conjunta, que en la práctica terminó siendo un divorcio por mutuo acuerdo. En algún momento del trabajo en comisión se planteó la duda de si era razonable incorporar una norma que permitiera separarse o divorciarse de quien necesitaba más que nunca de la ayuda familiar, pero en definitiva privó el criterio de la salvaguarda del grupo familiar, sin perjuicio de que las modificaciones que introdujo el Senado reforzaron la protección material del cónyuge enfermo. Es así como el proyecto de Diputados lo incluía como una causal más del hoy artículo 202. El Senado lo trata en un artículo aparte y refuerza el concepto: que las alteraciones mentales sean "permanentes" y que tanto estas como las otras afecciones impidan la vida en común o "la del cónyuge enfermo con los hijos". Más adelante veremos los artículos 208 y 3574 que protegen al cónyuge enfermo.

También el artículo 204 innova en nuestra legislación e incorpora, dentro del pensamiento del "divorcio remedio", la causal de separación personal a petición de cualquiera de los cónyuges, por la separación de hecho sin voluntad de unirse por un término mayor de dos años. Sin embargo, un cónyuge puede alegar y probar que no dio causa a la separación y en este caso conservará los derechos del cónyuge inocente.

El artículo 205 se refiere al divorcio por presentación conjunta, con la misma redacción del artículo 67 bis incorporado a la ley 2393 por la reforma del año 1968, pero suprimiendo todo el aspecto procesal, que se traslada a un capítulo especial: "De las acciones".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Analizaré a continuación el capítulo X, "De los efectos de la separación personal". El artículo 206, similar al 72 de la ley 2393, dice que los cónyuges separados por sentencia firme podrán fijar libremente su domicilio; en cuanto a los hijos, se remite al régimen de patria potestad. Recordemos que ahora la obligación de mantener, educar y asistir a los hijos alcanza a ambos cónyuges por igual. Los menores de 5 años quedarán a cargo de la madre, y los mayores, según lo que convengan los cónyuges, y en caso de desacuerdo el juez decidirá a quién considera más idóneo (desaparece la prioridad del cónyuge inocente).

El artículo 207 regula el régimen de alimentos a cargo del cónyuge que dio lugar a la separación y establece las pautas a tener en cuenta para su fijación y actualización.

El 208 es un artículo nuevo que introduce el Senado en aras de la protección del cónyuge enfermo, según adelanté. Al régimen de alimentos establecido en el artículo anterior, este añade los medios necesarios para su tratamiento y recuperación. Y agrega que fallecido el cónyuge obligado, aún en caso de divorcio vincular, la prestación será carga de su sucesión, verdadera innovación en el régimen que estatuye esta ley, según veremos al comentar los siguientes artículos. Es cierto que reconoce antecedentes en el derecho comparado.

El artículo 209 dice que en caso de toda necesidad, cualquiera de los esposos, haya o no declaración de culpabilidad, podrá pedir que el otro, si tuviera medios le provea de lo necesario para su subsistencia. Según el artículo 210, todo derecho alimentario cesa si el beneficiario vive en concubinato o incurre en injurias graves.

El artículo 211 establece las condiciones para la atribución del hogar conyugal a uno de los esposos. Si fuese patrimonio de la sociedad conyugal, el cónyuge a quien se le atribuyó durante el juicio, o lo siguió ocupando, podrá solicitar que no sea liquidado ni partido si ello le causa perjuicio y - además - no dio causa a la separación personal, o se trata del cónyuge enfermo que legisla el artículo 203. Pero aún siendo un bien propio del otro cónyuge, en iguales circunstancias - dice la ley - el juez podrá fijar un valor de renta por el uso del inmueble, estableciendo un plazo a lo que el artículo llama concretamente "locación". Y esto sí que constituye una figura novedosa. Veamos un poco: a) estaríamos ante un caso de locación no convencional, sino por imperio de la ley entre marido y mujer, si bien que separados personalmente; b) se daría el caso que, por un lado, el cónyuge inocente percibiera alimentos para sí o para sí y sus hijos, y al mismo tiempo tendría que devolver o deducir de tal suma, el alquiler o canon fijado por el juez; c) si no diera cumplimiento a la contraprestación económica, parecería que el cónyuge locador tendría derecho a demandar su cumplimiento y, eventualmente, el desalojo; d) también parecería que el cónyuge titular de dominio (en el caso del bien propio) podría disponer a título oneroso o gratuito dicho inmueble, e inclusive gravarlo, en la recta interpretación de que el adquirente o el acreedor tendrían que respetar las condiciones locativas pactadas en sede judicial. El tema da para mayores inquisiciones, aunque pienso que en la práctica se darán pocos casos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

anómalos. Lo único que me permito opinar es que a tenor del texto aprobado, un bien propio, cuyo uso sea atribuido al otro cónyuge, no tiene ninguna restricción real para su transmisión o gravamen. Entramos en el aspecto más importante de la reforma, el capítulo XI, "De la disolución del vínculo". Según el artículo 213, el vínculo matrimonial se disuelve por sentencia de divorcio vincular, además de las otras dos causas: muerte, o matrimonio contraído por el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento. En cuanto a las causales "originarias" del divorcio vincular, serían: las establecidas en el artículo 202, la separación de hecho sin voluntad de unirse (art. 204), claro que elevando el plazo a tres años; por presentación conjunta (art. 205), también luego de tres años. También el divorcio vincular podrá decretarse por conversión de la sentencia firme de separación personal, según lo establece el artículo 216. Esta sería la forma "derivada" de obtener el divorcio vincular. Por este procedimiento, el cónyuge del enfermo separado según el artículo 203 podrá solicitar su conversión en divorcio vincular transcurridos tres años de la sentencia firme de separación personal. Los efectos del divorcio vincular son los mismos fijados para la separación personal y me remito a lo ya expresado. Pero fundamentalmente "los cónyuges recuperarán su aptitud nupcial y cesará la vocación hereditaria recíproca" (art. 217). Es decir, por un lado nuevas nupcias, Del otro el cónyuge inocente pierde su vocación hereditaria, y como lógica consecuencia, pierde su eventual derecho a la pensión en caso de fallecimiento del otro cónyuge. Esta última circunstancia, en el derecho comparado, sólo la encontré prevista en la ley de la República Federal de Alemania.

Voy a pasar por alto el comentario de los capítulos XIV y XV, referidos a la nulidad del matrimonio y sus efectos. Siempre ha tenido poca aplicación práctica, comparativamente con los juicios de divorcio, y el codificador lo introdujo por influencia del derecho canónico. Por lo demás, el nuevo articulado no difiere mayormente del derogado, salvo una mayor precisión terminológica.

El último capítulo, XVI, se refiere a las acciones. Con buen criterio el legislador ha tratado separadamente el aspecto procesal, que en la ley anterior se encontraba disperso por todo su articulado.

Los dos primeros artículos se refieren al juez competente. El artículo 229 expresa: "No hay separación personal ni divorcio vincular sin sentencia judicial que así lo decrete." El artículo 230: "Es nula toda renuncia de cualquiera de los cónyuges a la facultad de pedir la separación personal o el divorcio vincular al juez competente, así como también toda cláusula o pacto que restrinja o amplíe las causas que dan derecho a solicitarlos." Este artículo mereció alguna discusión tanto en Diputados como en el Senado, argumentándose en un caso que violaba la libertad de conciencia para quienes desearan celebrar - voluntariamente - un matrimonio indisoluble. La discusión estaba impregnada de un profundo sentido confesional. Algún legislador, defensor de la norma aprobada, recordó que el Código de Vélez Sársfield - año 1869, época en que regía el matrimonio religioso - tenía en su artículo 199 una disposición similar. Y el artículo 65 de la ley 2393, que rigió

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cerca de un siglo, repetía el concepto sin que durante ese lapso prolongado suscitara oposición.

El artículo 232 admite la prueba confesional, que la ley derogada prohibía en su art. 70. De efectos decisivos en los casos de los artículos 204 y 214, inc. 2, su valor se relativiza en los otros supuestos.

La acción de separación personal o de divorcio se extingue en caso de reconciliación. Pero existiendo sentencia firme de divorcio vincular, sólo tendrá efecto mediante nuevo matrimonio.

El artículo 235 establece que en todos los casos el juez declarará la causal en que se funda. Además, declarará la culpabilidad de uno o ambos cónyuges, salvo en los casos de alteraciones mentales graves, alcoholismo o adicción a la droga (art. 203), separación de hecho sin voluntad de unirse (arts. 204 y 214, inc. 2) Esto modifica el régimen del divorcio por presentación conjunta tal como estatúa el art. 67 bis, donde se presumía la culpabilidad de ambos. En el nuevo régimen el juez en todos los casos, con las excepciones que aquí citamos, deberá dictar la culpabilidad.

El artículo 236 legisla sobre los casos de presentación conjunta. El proyecto de Diputados establecía - con razones bien fundadas - que la demanda debería contener acuerdo sobre la tenencia y régimen de visitas de los hijos, atribución del hogar conyugal y alimentos. La experiencia tribunalicia y la jurisprudencia explicaban que los cónyuges ponían su atención en resolver su problema personal - divorcio - y después uno u otra desatendían las obligaciones a su cargo no convenidas de antemano. Sin fundar sus razones, en el Senado se cambió "deberá" por "podrá", modificando totalmente el sentido imperativo de la norma y tornando incongruente el resto de su texto.

El artículo 238 fija los plazos para convertir en divorcio vincular la separación personal. Distingue si la presentación es conjunta (un año) o si la solicita uno solo (tres años).

El artículo 239 se refiere a la acción de nulidad, con lo que concluye el artículo 1° de la ley 23515, que es el texto incorporado al Código Civil. Los restantes artículos de la ley modifican otras disposiciones del Código o de leyes especiales que comentaré someramente deteniéndome en aquéllos que considere importantes para el tratamiento general que aquí hago.

Por el artículo 2° de la ley se modifican, entre otros:

a) El artículo 1294 del Cód. Civil, que en su nueva redacción faculta a cualquiera de los cónyuges a pedir la separación de bienes cuando el concurso o la mala administración del otro le acarree peligro de perder eventuales derechos sobre los bienes gananciales y cuando mediare abandono de hecho de la convivencia conyugal. Como no hubo discusión parlamentaria sobre este artículo en ninguna de ambas Cámaras, cabe la duda que cada caso dé lugar a pedir la separación, ya sea que el concurso o la mala administración del otro haga peligrar sus derechos, o bien que mediare abandono. La otra interpretación, más restrictiva, es que se requiera el cumplimiento de ambos supuestos para pedir la separación de bienes.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Debo recordar que en su anterior redacción el artículo sólo concedía este derecho a la mujer.

b) El artículo 1306 incorpora como fecha de disolución de la sociedad conyugal "el día. .. de la presentación conjunta de los cónyuges", llenando un vacío interpretativo del mismo, según el texto de la reforma de la ley 17711 del año 68, que no contemplaba la situación de la presentación conjunta (art. 68 bis de la misma ley) donde, obviamente, no hay notificación de demanda. En todo lo demás, mantuvo la redacción de esa ley. Dejó pasar la oportunidad de modificar un aspecto criticable del artículo, cuando establece: "Los alimentos que pasó uno de los cónyuges al otro durante el trámite del juicio se imputarán en la separación de bienes a la parte que corresponda al alimentado, a menos que el juez fundado en motivos de equidad derivados de las circunstancias del caso, dispusiere hacerlos pesar sobre el alimentante." Casi invariablemente los jueces aplicaban la excepción de la norma, por lo cual esta no tenía efecto. Debí haberse invertido el sentido de la misma para adecuarla a la realidad.

c) La clave para interpretar la vocación hereditaria de los cónyuges la da el artículo 3574. 1) Separación personal: el cónyuge inocente conserva la vocación hereditaria en el caso del artículo 202. En el caso del 203, el cónyuge enfermo conserva su vocación hereditaria. Hay que interpretar que quien solicitó la separación la perderá. En los casos de separación conjunta o separación de hecho, ningún cónyuge mantendrá derechos en la sucesión del otro, salvo el caso del cónyuge que alega y pruebe que no dio lugar a la separación (2º párrafo del art. 204). 2) Divorcio vincular: en todos los casos, cónyuges inocentes o culpables, sanos o enfermos, pierden la vocación hereditaria. Tal vez llame la atención lo drástico de la norma, sobre todo confrontada con la legislación derogada que protegía al cónyuge inocente. E incluso frente al derecho comparado que en materia de divorcio trae normas complementarias que atemperan su rigor. La única excepción, ya comentada, es el caso del cónyuge enfermo o supérstite, cuyo cuidado es carga de la sucesión.

El último párrafo del artículo 3574 que estamos comentando, en el proyecto de Diputados constituía un artículo aparte, el 3574 bis, y allí su redacción era coherente. Al insertarse como parte del 3574 y suprimir el bis. debió agregarse "y en el presente".

El artículo 4º de la ley modifica los preceptos de la 18248 referidos al uso del apellido por parte de la mujer casada. Con buen criterio, establece la opción en favor de la mujer de usar o no el apellido de su marido. volviendo a lo sentado por una pacífica jurisprudencia anterior a la sanción de esa ley.

El artículo 8º establece como derecho transitorio que los juicios de divorcio tramitados con anterioridad a la vigencia de esta ley, podrán ser convertidos en divorcio vincular a petición de cualquiera de los cónyuges, transcurrido un año de la sentencia firme. Nada dice la ley de los requisitos por cumplimentar, lo cual haría pensar que bastaría la conformidad del agente fiscal. El tema es opinable y habrá que esperar que los tribunales uniformen los criterios de los jueces, los que en un primer momento serán dispares.

Estos son los tramos principales de una ley que, largamente discutida,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

incorpora definitivamente el divorcio vincular a nuestra legislación.

BREVE HISTORIA DE NUESTRA CONSTITUCIÓN Y SU REFORMA HOY(*) (357)

ROBERTO REPETTO

En primer término, ¿por qué era indispensable la Constitución en 1853?, ¿cómo se hizo?, ¿quiénes la hicieron?, ¿qué función cumplió en el progreso general del país?, ¿qué significa hoy?

En segundo término, todos sabemos que la reforma de la Constitución es un tema político fundamental en este año de 1987. ¿Es oportuna y necesaria su reforma? Intentaremos responder a éstas preguntas, de manera que al hacerlo el pasado ilumine el presente y ayude a comprenderlo mejor, para que ambos, el pasado y el presente, se iluminen recíprocamente. En rigor, como ha escrito Benedetto Croce, "toda la historia es contemporánea". Porque, en efecto, en mucha medida "somos lo que nuestros antepasados fueron", pues hoy rigen y dirigen nuestra vida las instituciones y otros aspectos de la cultura por ellos creada.

I. EL PENSAMIENTO POLÍTICO Y LA REVOLUCIÓN DE MAYO

Ante todo, un poco de historia para sugerir la obra constitucional iniciada desde 1810, que sirvió de base a los Constituyentes de 1853. Según se sabe, hacia fines del siglo XVIII el sentimiento de la libertad llegó a la muy pequeña ciudad de Santa María de los Buenos Aires. La filosofía política del siglo XVIII atacó el poder absoluto que se titulaba de derecho divino. Por entonces, Montesquieu enseñaba que la libertad consistía en depender sólo de las leyes, en poder hacer todo lo que ellas permiten. Además, por la separación de poderes, puso límites en el proceso mismo del poder político. En ese concepto, la libertad sólo está asegurada cuando se asignan a quienes ejercen el gobierno funciones separadas que se restringen de modo recíproco.

Nadie ignora que sobre la generación de Mayo ejercieron una influencia inmensa los filósofos políticos del siglo XVIII, que postulaban ese ideario. En 1770, Manuel Belgrano, por entonces estudiante de leyes de Salamanca, pidió autorización al Papa para leer los autores franceses prohibidos, y Pío VI se la concedió en estos términos amplios: "Para que pudiese leer todo género de libros condenados, aunque fuesen heréticos". El conocimiento del pensamiento de los escritores que preconizaban la libertad política precisó las ideas y los objetivos de la generación de 1810. No todos saben, en cambio, que ese pensamiento y las revoluciones modernas - la norteamericana y la francesa - no son las únicas causas ideológicas de Mayo pues, en efecto, antes de 1810, se enseñaba en Buenos Aires la doctrina de un católico, de un alto escritor político - Suárez (discípulo de Tomás de Aquino - que sostenía la tendencia dirigida a limitar el poder y consideraba a los gobernantes como vicarios del pueblo. Según se sabe, los estadistas de Mayo conocieron bien el pensamiento de Suárez.

Así. con los primeros periódicos, los primeros faroles de aceite y las