

**CREACIÓN DE UN NUEVO IMPEDIMENTO  
MATRIMONIAL POR LA LEY 23.515.  
EL MENOR EMANCIPADO CUYO MATRIMONIO  
SE HA DISUELTO**

**LUIS GUILLERMO BLANCO**

**1. LOS IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES**

**a) Concepto. Impedimentos dirimentes  
e impedientes**

Se denominan impedimentos matrimoniales aquellas prohibiciones taxativamente contempladas por la ley que afectan a las personas para contraer un determinado matrimonio, es decir, que constituyen un obstáculo para la celebración del acto jurídico matrimonial<sup>1</sup>. Se trata de hechos o situaciones jurídicas preexistentes, que afectan a uno o a ambos contrayentes potenciales. Bien entendido que los impedimentos no son los hechos o situaciones jurídicas preexistentes, considerados en sí mismos, sino las prohibiciones que, en atención a ellos, formula la ley<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. Zannoni, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, Bs. As., Astrea, 1981, t. I, p. 169. Mazzinghi, Jorge Alfredo, *Derecho de familia*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1971, t. I, p. 109, considera que "los impedimentos son aquellas restricciones a la libertad de contraer matrimonio, que el derecho establece conforme a determinados hechos o situaciones que afectan a las personas". Méndez Acosta, José Ma. - Tamini, Martín A., *Matrimonio, separación y divorcio. Reforma al Código Civil. Ley 23.515* (Bs. As., Bías, 1987, p. 27), conceptúan a los impedimentos "como obstáculos legales que impiden en determinados casos contraer matrimonio".

<sup>2</sup> Cfr. Zannoni, *Derecho de familia*, t. I, p. 169. Según Belluscio, Augusto C., *Tratado de derecho de familia*, Bs. As., Depalma, 1974, t. I, p. 312.

Los impedimentos matrimoniales pueden ser clasificados según diversos criterios. Indudablemente, la clasificación de mayor relevancia que se ha formulado a su respecto —procedente del derecho canónico— es aquella que, por la índole de la sanción a que da lugar su inobservancia, distingue entre impedimentos dirimentes e impedimentos impeditivos<sup>3</sup>.

Los impedimentos dirimentes constituyen un obstáculo para la celebración de un matrimonio válido. En otros términos, se trata de aquellos impedimentos cuya violación —esto es, la celebración de las nupcias a su pesar— habilita al ejercicio de la acción de nulidad del matrimonio<sup>4</sup> por parte de aquellas personas a quienes la ley les confiere con exclusividad legitimación activa para ello<sup>5</sup>.

Los impedimentos impeditivos, en cambio, son aquellos que no constituyen un obstáculo para la celebración de un matrimonio válido, es decir, no son aptos para fundamentar una acción de nulidad del matrimonio, sino que se resuelven en sanciones de otro tipo<sup>6</sup>, e inclusive algunos de ellos pueden llegar a cumplir tan sólo una función meramente preventiva, por no contemplar ninguna sanción contra los contrayentes afectados por el impedimento que, sin acatarlo, celebran igualmente las nupcias<sup>7</sup>.

Esto último, sin perjuicio de que el hecho o situación constitutiva del impedimento —y no el impedimento impeditivo en sí, es decir, la prohibición legal—, de acontecer, pueda conllevar, en ciertos casos, sanciones penales para con el contrayente afectado, y también, conforme a una buena hermenéutica jurídica, a la nulidad del matrimonio basada en vicios consensuales, o bien, a la separación de cuerpos o al divorcio vincular por culpa de aquél, con más, en todos estos casos, a la indemnización de daños y perjuicios a la que hubiera lugar. Tal lo que ocurre, en nuestro

y Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Familia*, Bs. As., Perrot, 1977, t. I, p. 87, los impedimentos son los hechos o situaciones que importan un obstáculo para la celebración del matrimonio.

<sup>3</sup> Cfr. Belluscio, *ob. cit.*, t. I, p. 313; Borda, *ob. cit.*, t. I, p. 88; Mazzinghi, *ob. cit.*, t. I, p. 110-111; Zannoni, *Derecho de familia*, *ob. cit.*, t. I, p. 169-70.

<sup>4</sup> Ver nota 3.

<sup>5</sup> Cfr. Belluscio, *ob. cit.*, 1976, t. II, p. 28; Zannoni, *Derecho de familia*, t. I, p. 259-260.

<sup>6</sup> Ver nota 3.

<sup>7</sup> Cfr. Belluscio, *ob. cit.*, t. I, p. 313.

sistema jurídico, con la enfermedad venérea en período de contagio, que, en cuanto tal, constituye el basamento del impedimento impediendo puramente preventivo del mismo nombre<sup>8</sup>, sin perjuicio de que el hecho del contagio de la enfermedad por parte de quien se sabe afectado de ella sea punible<sup>9</sup>, y de que, además, la ocultación de la existencia de una enfermedad de este tipo —sífilis, en la especie— haya sido jurisprudencialmente reputada como un caso de dolo, apto, en cuanto tal, para dar lugar a la nulidad del matrimonio<sup>10</sup>; también, la existencia de una enfermedad tal ha sido considerada como un hecho constitutivo de la causal subjetiva de divorcio culpable de injurias graves, si es adquirida después del matrimonio y fuera de él —lo que además permite presumir el adulterio o la infidelidad material que no lleve a tal—<sup>11</sup>.

Cabe acotar que, en algunos casos jurisprudenciales, se reputó como injuriosa la ocultación maliciosa de una enfermedad venérea anterior al matrimonio<sup>12</sup>. Considera al respecto Belluscio —cuya opinión compartimos— que se trata de un criterio erróneo, “pues dicha ocultación puede constituir acción dolosa —debió decir ocultación o reticencia dolosa— que justifique la anulación del matrimonio si la acción es ejercida en la oportunidad y condiciones legales, mas no una causa de divorcio, ya que éstas son necesariamente hechos posteriores a la celebración del matrimonio”<sup>13</sup>. Sin embargo, es de recordar que algunos de los proyectos de reforma al régimen de matrimonio civil presentados en estos últimos años en el Congreso de la Nación, han considerado a las enfermedades infectocontagiosas graves y casi siempre desconocidas por el otro contrayente al tiempo de la celebración de las nupcias como causa de separación personal y de divorcio<sup>14</sup>. Así, por ejemplo, el Proyecto de ley de los

<sup>8</sup> Ley 12.331, art. 13; ley 16.668, arts. 1° y 2°.

<sup>9</sup> Ley 12.331, art. 18: “Será reprimido con la pena establecida en el art. 202 del Cód. Penal quien sabiéndose afectado de una enfermedad venérea transmisible, la contagia a otra persona”. La pena establecida por la norma del artículo al que se remite es la de reclusión o prisión de tres a quince años.

<sup>10</sup> Cfr. Belluscio, ob. cit., t. I, p. 135; Mazzinghi, ob. cit., t. I, p. 169.

<sup>11</sup> Cfr. Belluscio, ob. cit., 1981, t. III, p. 256; Borda, ob. cit., t. I, p. 429.

<sup>12</sup> Cfr. Belluscio, ob. cit., t. III, p. 256; Zannoni, ob. cit., 1981, t. 2, p. 90.

<sup>13</sup> Belluscio, ob. cit., t. III, p. 256-257.

<sup>14</sup> Cfr. Méndez Acosta - Tamini, ob. cit., p. 49.

diputados Jorge L. Horta, Blanca A. Macedo de Gómez y Hugo D. Piuicill, preveía en su art. 55, inc. 4°, como causa de separación personal —la que era factible de conversión en divorcio (según su art. 78)—, a “las enfermedades infectocontagiosas crónicas adquiridas o hereditarias, sin probabilidad razonable de curación en plazo previsible, siempre que ellas pongan en peligro la seguridad o la salud del otro cónyuge o de los hijos”<sup>15</sup>.

Ahora bien, en el estado actual de nuestro derecho positivo, a nuestro parecer, la existencia de una enfermedad venérea, se encuentre o no en período de contagio, es motivo bastante para demandar una nulidad matrimonial fundada en el error acerca de las cualidades personales del contrayente enfermo, conforme a lo normado por el nuevo art. 175 del Cód. Civil<sup>16</sup>, pues es de suponer que la víctima del error, es decir, el contrayente sano, no hubiese consentido el matrimonio si hubiera conocido el estado de cosas —la enfermedad venérea de su consorte, anterior a la alianza matrimonial (téngase presente que dicha enfermedad pudo haber sido contraída después del examen prenupcial, y antes del matrimonio)— y apreciado razonablemente la unión que con-

<sup>15</sup> H. Cámara de Diputados de la Nación, Diario de Sesiones, 7ª sesión ordinaria (especial), 25ª reunión, 13/8/85, Bs. As., Imprenta del Congreso de la Nación, 1986, p. 3522 y 3524.

<sup>16</sup> Aludiendo indudablemente a tal artículo, escribe Loyarte, Dolores, Sobre la nueva ley de matrimonio civil, en “Quorum”, periódico mensual del Colegio de Abogados de Mar del Plata, Argentina, año II, n° 14, julio de 1967, p. 4, que la ley 23.515 ha receptado “al error sobre las cualidades esenciales de la persona, sin efectuar enumeración de ellas (p.ej.: honor, fama, defecto físico, error virginitatis, etc.) y dejando librado al criterio judicial la meritación de su admisibilidad como causal de nulidad matrimonial, de acuerdo con las circunstancias de cada caso en particular”. Al respecto, sinceramente, tenemos la esperanza de que la mención a la “fama” —a menos que con ello se haya querido aludir al honor y buena fama del otro contrayente, como lo hace el derecho matrimonial brasileño, entendiéndose como error esencial sobre las cualidades morales del otro contrayente y al error virginitatis —esto es, el desfloramiento de la mujer, anterior al matrimonio, ignorado por su marido— sólo sean simples ejemplos escolares, y no un criterio doctrinario (tal vez esta autora haya tomado sus ejemplos del art. 219, incs. I, III y IV del Cód. Civil brasileño —Rio de Janeiro, Forense, 1968, p. 50—): el último inciso apuntado contempla expresamente al error virginitatis, correspondiéndole exclusivamente al marido (el esposo engañado) la acción de nulidad (art. 220, p. 50), la que prescribe a los diez días contados desde el casamiento (art. 178, inc. 1°, p. 34). Con respecto a este último tipo de “error”, consideramos concluyente la opinión de Belluscio, ob. cit., t. I, p. 535-536, acerca de su inadmisibilidad en nuestro derecho.

trafa, dado el riesgo o la repugnancia que aquella le acarrearía<sup>17</sup>.

b) Régimen legal. El caso del sordomudo imposibilitado de prestar su consentimiento matrimonial

Con respecto a nuestra normativa específica sobre la materia de que tratamos, es de recordar que en el régimen legal anterior a la reforma introducida por la ley 23.515<sup>18</sup>, los

<sup>17</sup> Ejemplifiquemos: supongamos que se contrae un matrimonio y que uno de los esposos, no importa quién, padece de sífilis, contagiando al otro. Olvidémonos de los efectos de la enfermedad sobre los cónyuges, y veámos su repercusión en los posibles hijos. Es de advertir, entonces, que la sífilis no es hereditaria, pero sí transmisible a la descendencia por vía placentaria, durante el embarazo. La transmisión de la enfermedad de madre a hijo es mucho más probable cuando la sífilis materna se halla en actividad en especial, durante el período primario —que se inicia aproximadamente a las tres semanas del contagio— y el período secundario —sus manifestaciones clínicas se inician hacia los dos meses del contagio y se prolongan durante el lapso que dura entre uno y seis meses—, aunque es posible en aquellos casos considerados como latentes (sífilis latente precoz es la que se descubre dentro del primer año que sigue a la infección)—la denominada sífilis infecciosa comprende los períodos primario y secundario y las formas latentes indicadas—, y, excepcionalmente, en la etapa tardía (las manifestaciones de la sífilis tardía hacen su aparición entre el segundo y el vigésimo año de la enfermedad, pero pueden presentarse aún más tarde). Se trata de la denominada sífilis congénita, que, aclarando conceptos, es la que la madre transmite al feto durante su gestación, y que puede provocar su muerte in útero, la muerte del recién nacido, su sífilis congénita precoz —esto es, el conjunto de las manifestaciones de la enfermedad que aparecen durante los dos primeros años de vida: lesiones óseas, viscerales, tegumentarias y humorales—, o bien, su sífilis congénita tardía, que es la que persiste más allá de los dos años de edad, y que se manifiesta en estigmas (v.gr., perforaciones del paladar duro y/o del tabique nasal), signos de enfermedad evolutiva (v.gr., neurosífilis —parálisis general progresiva, etc.—) y manifestaciones de hipersensibilidad al treponema pálido (el microorganismo que produce la enfermedad); v.gr., sordera del octavo par —cf. Vigliolia, Pablo A., Flichman, Juan Carlos y otros, *Tratado de neoneurología práctica*, Bs. As., Fossati, 1977, p. 3, 7, 24, 35, 39 y 59 y siguientes—. Es de presumir, pues, que nadie querrá tener un hijo en tales condiciones. Por lo tanto, la alegación del error *qualitatis* en la especie nos parece inquestionable. Pero siempre será conveniente, al demandar, alegar, además de tal error, la reticencia dolosa del demandado, esto es, la ocultación maliciosa de la enfermedad, pues su buena fe no puede aquí presumirse, dejando a salvo ciertos casos de sífilis tardía, como, por ejemplo, si el enfermo que recibió deficiente atención médica se creyera curado.

<sup>18</sup> En cuanto al régimen legal derogado, ver Belluscio, ob. cit., t. I, p. 338 y ss.; Borda, ob. cit., t. I, p. 89 y ss.; Mazzinghi, ob. cit., t. I, p. 112 y ss.; Zannoni, E. A., *Derecho de familia*, t. I, p. 174 y siguientes. Con respecto al régimen actual, ver Méndez Arcoata - Tamini, ob. cit., p. 25 y ss.; Méndez

impedimentos dirimentes estaban contemplados en los textos de los arts. 9º de la ley 2393 –parentesco por consanguinidad y por afinidad, falta de edad legal, ligamen, crimen y locura– y 26 de la ley 19.134 –parentesco adoptivo, en la adopción simple–; con buen criterio, se entendía que, dada la equiparación legal entre la adopción plena y la filiación de sangre (cfr. art. 14 y conec., ley 19.134), al no contener la ley de adopción referencia alguna a los impedimentos derivados de la primera, debía estimarse que regían en la especie los mismos impedimentos de parentesco por consanguinidad y por afinidad que le correspondía a un hijo de sangre<sup>19</sup>.

Y los impedimentos impeditivos estaban previstos en los arts. 13 de la ley 12.331 y 1º y 2º de la ley 16.668 –enfermedad venérea en período de contagio–, 10 de la ley 2393 –falta de autorización de los representantes legales–, 12 de dicha ley y 435 del Cód. Civil –falta de aprobación de las cuentas de la tutela, aplicable a la curatela (art. 475)–<sup>20</sup>, y 93 y 94 de la ley 2393 –plazo de viudez o espera–.

Actualmente, y en virtud de la nueva normativa legal ordenada por la reforma de 1967, los impedimentos dirimentes están contemplados en el art. 166: parentesco por consanguinidad, por afinidad y por adopción –plena y simple–, falta de edad legal<sup>21</sup>, ligamen, crimen y privación permanente o transitoria de la razón. Y es de observar que el último inciso de dicho artículo, el noveno, considera como impedimento a “la sordomudez cuando el contrayente afectado no sabe manifestar su voluntad en forma inequívoca por escrito o de otra manera”.

En su breve tiempo de vigencia, tal engendro legislativo

Costa, María Josefa, Régimen legal del matrimonio civil. Ley 23.515, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1967, p. 25 y ss.; Zannoni, Eduardo A., Régimen de matrimonio civil y divorcio, Bs. As., Astrea, 1967, p. 22 y siguientes.

<sup>19</sup> Así, Belluscio, ob. cit., t. I, p. 353-354; Zannoni, Derecho de familia, t. J, p. 177. Cfr. Méndez Costa, Régimen legal, p. 31.

<sup>20</sup> De aquí en adelante, todos los artículos que hemos de citar sin indicación del cuerpo legal en el cual obran, pertenecen a nuestro Código Civil.

<sup>21</sup> Nos parece interesante acotar, en cuanto a la fijación de la edad nupcial hábil, que creemos que, en el derecho comparado, las más elevadas son las establecidas en la ley de matrimonio de la República Popular China, art. 5º (Beijing, Ediciones en Lenguas Extranjeras, 1983, p. 4), precepto que, con teste con la política de control de la natalidad –de raíz constitucional– vigente en dicho país, determina que “el matrimonio no será permitido al hombre menor de 22 años cumplidos y a la mujer menor de 20 años cumplidos”, disponiendo, además, que “se estimularán el casamiento y la procreación tardías”.

ha suscitado, en cuanto a su interpretación, posiciones doctrinarias encontradas. Así, Novellino entiende que se trata de un auténtico impedimento, y, como la ley no prevé en forma específica las consecuencias de la inobservancia del mismo, considera que tal omisión "debe salvarse aplicando la solución que el art. 220 inc. 2º... da para el supuesto de matrimonio celebrado con el impedimento previsto en el inc. 8º del art. 166... o sea cuando uno de los cónyuges padece 'la privación permanente o transitoria de la razón, por cualquier causa que fuere'. De este modo —concluye— llegamos a la nulidad relativa... aplicando los arts. 154 y 158 Cód. Civil que en su última parte, remite a los sordomudos al régimen establecido para los dementes"<sup>22</sup>. Se trataría, pues, de un impedimento dirimente. En cambio, Méndez Acosta y Tamini opinan que se trata de un impedimento impediante, pues "la reforma no ha previsto la nulidad para aquel matrimonio que se celebra con este impedimento, como tampoco ha reservado sanción alguna para los contrayentes"; por lo tanto, agregan que "será incuestionable la validez de la unión celebrada por el o los contrayentes sordomudos impedidos de manifestar inequívocamente su voluntad, no obstante la prohibición"<sup>23</sup>. Y Fleitas Ortiz de Rozas, sostiene que, como los arts. 219 y 220 no hacen referencia al matrimonio celebrado a pesar de sufrir alguno de los contrayentes la sordomudez en cuestión, aplicando los principios de la doctrina de la especialidad, debe concluirse que se trata de un impedimento impediante, pero a continuación acota que, ello no obstante, "dadas las peculiares características de la deficiencia descripta, que supone la imposibilidad de comunicarse, comprender y hasta conocer su consentimiento, por parte de quien aparece como contrayente, me inclino a considerar que la muy improbable hipótesis de un matrimonio así celebrado sería un caso de inexistencia"<sup>24</sup>.

A este respecto, nosotros compartimos en un todo la opinión de Zannoni, quien destaca que la previsión del inci-

<sup>22</sup> Novellino, Norberto J., *Nuevas normas de familia. Matrimonio. Divorcio. Ley 22.515, Bs. As., Exequior, 1987*, p. 42 y siguientes.

<sup>23</sup> Méndez Acosta - Tamini, *ob. cit.*, p. 39. En su prólogo a esta obra, Carlos H. Vidal Taquini señala como un defecto legal el no haberse previsto expresamente la nulidad cuando el matrimonio se celebra con el "impedimento" de sordomudez.

<sup>24</sup> Fleitas Ortiz de Rozas, Abel, *La reforma al régimen de matrimonio civil: impedimentos*, L.L., 1987-D-886.

so en examen constituye un evidente error legislativo, pues si una persona no sabe o no puede manifestar su voluntad en forma inequívoca, el aparente matrimonio que se celebra quedaría alcanzado por lo normado en el art. 172, es decir, conformaría un caso de inexistencia matrimonial. Así el planteo, la sordomudez a que dicho inciso alude no constituye un impedimento en sentido propio, sino un caso que revelaría la imposibilidad de prestar el consentimiento, que, como tal, conlleva a la inexistencia del matrimonio, siendo, entonces, innecesaria la previsión del inciso cuestionado<sup>35</sup>. Méndez Costa participa de este criterio, pues si bien parecería que considera que el caso de que tratamos importa un impedimento, luego agrega que "el consentimiento inexpressado no es consentimiento y la falta de consentimiento determina la inexistencia del matrimonio y no su invalidez", citando a continuación la opinión de Zannoni por nosotros recién apuntada<sup>36</sup>. En suma, la previsión del mentado inciso noveno no constituye un impedimento ni nada que se le parezca, por más que así se lo denomine erróneamente al comprenderlo en el art. 166: el intérprete no debe dejarse influir por el nombre o la ubicación legislativa que se ha dado al caso en cuestión, pues es preciso atender a la realidad jurídica —que surge de la naturaleza de las cosas—, con independencia de tales factores; se trata de un supuesto de ausencia de la expresión del consentimiento, y el pretendido connubio resultaría inexistente por la falta de dicho elemento estructural del acto jurídico matrimonial (cfr. art. 172). Si en lugar de nominar como impedimento a la situación del sordomudo en examen e incluirla en el art. 166, se la hubiera llamado prohibición de la actividad aérea y se la hubiese agregado al art. 8º del Cód. Aeronáutico, la conclusión doctrinaria que compartimos seguiría siendo la misma, y seguiría siendo válida. Ahora bien, sin perjuicio de que toda consideración doctrinaria sobre el particular es válida como tal, independientemente de la solución que postule, en rigor de verdad, la hipótesis prevista en el inciso de que tratamos nos parece más bien digna de alguna

<sup>35</sup> Zannoni, Régimen de matrimonio civil, p. 24-25. Código Civil, art. 172: "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."

<sup>36</sup> Méndez Costa, M. J., Régimen legal, p. 49 y 50.



novela de Ray Bradbury que de una norma jurídica destinada, por esencia, a decir lo justo<sup>27</sup> acerca de posibles situaciones jurídicas empíricamente verificables.

En cuanto a los impedimentos impeditivos, continúan siéndolo la enfermedad venérea en período de contagio, en los mismos términos anteriores a la reforma de 1987, la falta de autorización de los representantes legales (art. 168) y la falta de aprobación de las cuentas de la tutela (art. 171).

En cambio, no se ha reproducido el impedimento de plazo de viudez o espera, en cuya virtud la mujer viuda o cuyo matrimonio hubiese sido anulado no podía celebrar un nuevo enlace matrimonial hasta pasados diez meses de ocurridos tales eventos, a menos de haber quedado embarazada, en cuyo caso podía casarse después del alumbramiento (art. 93, ley 2393), con lo que se trataba de evitar toda duda acerca de la paternidad de los hijos que pudieran haber nacido en dicho plazo, luego de otras nupcias. Pero como el Código Civil resuelve los conflictos que en materia de presunciones de paternidad pueden suscitarse en caso de matrimonios sucesivos de la madre (art. 244, texto cfr. ley 23.264)<sup>28</sup> y los progresos habidos en materia de determinación de la paternidad a través de pruebas biológicas son bastantes para dar solución a dichos casos<sup>29</sup>, la supresión de este impedimento resulta correcta<sup>30</sup>, a más de otorgarse, con ello y por dichas razones, una justificada libertad nupcial a la mujer cuyo matrimonio se hubiera disuelto o hubiese sido anulado<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> Tal es, según Villey, Michel, *Método, fuentes y lenguaje jurídicos*, Bs. As., Ghersi, 1978, p. 158, la auténtica función de las normas jurídicas: decir lo justo (la parte de cada uno) e indicarlo a la vez al juez y al justiciable.

<sup>28</sup> Para el estudio de dicho artículo, ver Bossert, Gustavo A. - Zannoni, Eduardo A., *Régimen legal de filiación y patria potestad*. (Ley 23.264), Bs. As., Astrea, 1985, p. 64 y siguientes. Méndez Costa, *Régimen legal*, p. 51, entiende que el régimen vigente de determinación de la paternidad matrimonial hace innecesario el impedimento derogado.

<sup>29</sup> Opina al respecto Fleitas Ortiz de Rozas, ob. cit., p. 699, que "dado el perfeccionamiento de las pruebas biológicas para la determinación de la paternidad, parecía exagerado mantener un impedimento propio de una época donde el sistema de presunciones era el medio esencial para dar certeza al emplazamiento del vínculo" -paterno-filial, se entiende-.

<sup>30</sup> Cfr. Méndez Acosta - Tamini, ob. cit., p. 28; Zannoni, *Régimen de matrimonio civil*, p. 19.

<sup>31</sup> Es interesante apuntar que, en el derecho islámico, según nos informan autores iraníes contemporáneos, para determinar si la mujer di-

Pero, como de aquí en más se verá, la ley 23.515 ha creado un nuevo impedimento impediante.

## 2. EL NUEVO IMPEDIMENTO MATRIMONIAL

### a) Tipificación legal

En su actual redacción, dispuesta por la ley 23.515, el art. 133 establece que: "La emancipación por matrimonio es irrevocable y produce el efecto de habilitar a los casados para todos los actos de la vida civil, salvo lo dispuesto en los arts. 134 y 135, aunque el matrimonio se disuelva en su menor edad, tengan o no hijos. No obstante ello, la nueva aptitud nupcial se adquirirá una vez alcanzada la mayoría de edad".

El primer párrafo de esta disposición reproduce casi literalmente el texto ordenado por la reforma de 1968 (ley 17.711), en cuanto a la irrevocabilidad y los efectos de la emancipación por matrimonio. No vamos a comentar dicho precepto, pues muy bien ya lo han hecho nuestros tratadistas<sup>22</sup>, siendo lo dicho al respecto aplicable a la disposición actual. Sólo se adapta la norma al nuevo régimen, suprimiendo las palabras "por muerte" obrantes en el texto anterior, luego de la alusión a la disolución, pues, según lo dispuesto por el art. 213, el vínculo matrimonial se disuelve no sólo por la muerte de uno de los esposos (o de ambos), sino también por el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento (cfr. art. 31, ley 14.394), y, también, por sentencia de divorcio vincular, supuestos a los que debe agregarse la conversión de la separación personal judicialmente decretada en divorcio vincular (arts. 161, 216 y 238; art. 8°, ley 23.515).

---

vorriada está embarazada de quien fue su marido hasta el momento de la separación, la ley fija que, durante un período de libertad condicionada, llamado *iddah*, aquella no debe casarse con otro hombre. El período de *iddah* para una mujer que no está embarazada es aquel que abarca tres ciclos menstruales; para la que lo está, el mismo dura hasta que dé a luz. Durante dicho período, la mujer no puede contraer matrimonio, ni nadie debe ofrecerle, y su anterior cónyuge debe mantenerla, tal como si se tratase de una mujer casada, pues ello, en el matrimonio permanente, es obligación marital; cfr. *Beheştîlî, Muhammad-Hussein-Bahonar, Muhammad Yasûd, Introducción a la filosofía del Islam, Bs. As., Alborada, 1988, p. 296.*

<sup>22</sup> V. gr., Lambiñas, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, Bs. As., Perrot, 1973, t. I, p. 467 y siguientes.

Nos interesa aquí el último párrafo del artículo antes transcrito. Según él, los menores emancipados por matrimonio, habiéndose éste disuelto durante su menor edad, adquirirán nueva aptitud nupcial una vez que alcancen la mayor edad, esto es, el día en que cumplieran veintitún años (art. 128). Por lo tanto, tales menores carecen de aptitud nupcial desde el día de la disolución de su matrimonio hasta el día que alcancen la mayor edad. Se sigue de ello que, si carecen de aptitud nupcial durante ese período, no pueden contraer matrimonio durante el mismo, es decir, están legalmente impedidos de hacerlo. Se trata, pues, de una prohibición legal que importa un obstáculo para la celebración del matrimonio por parte del menor en cuestión durante dicho período. En consecuencia, se trata de un impedimento.

Rogamos que se nos sepa disculpar si es que hemos sido repetitivos en nuestro precedente razonamiento, pero, en buena lógica<sup>23</sup>, hemos considerado que tal era la única manera de llegar claramente a la conclusión a que arriba-mos; si bien no tenemos el privilegio exclusivo de ello<sup>24</sup>, preferimos, así, no dejar dudas al respecto.

En resumen: si el menor emancipado, en las condiciones citadas, no puede contraer nuevas nupcias porque la ley se lo impide —aunque tal prohibición no se encuentre formulada en términos expresos, lo que, en verdad, sería indistinto—, resulta que dicho menor se encuentra afectado por un impedimento matrimonial. Como se ve, no hemos realizado aquí una ampliación de los impedimentos legales para contraer matrimonio por vía de interpretación extensiva ni analógica, lo que no es procedente en la especie<sup>25</sup>, sino que sólo hemos advertido de la existencia de un nuevo impedimento resultante de una disposición legal, esto es, previsto. De aquí en adelante, trataremos acerca de los pretendidos fundamentos del mismo, de su entidad propia, de su caracterización, particularmente de su dispensabilidad, y de su alcance y efectos.

<sup>23</sup> Jolivet, Regis, *Curso de filosofía. Tratado completo*, Bs. As., Club de Lectores, 1982, p. 17 y siguientes. También Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, Bs. As., Depalma, 1978, p. 345 y siguientes.

<sup>24</sup> También Méndez Costa, *Régimen legal*, p. 40 y 211-212, reputa a tal privación de la aptitud nupcial como un impedimento, aunque, como se verá, al parecer, no autónomo, sino como una ampliación del impedimento de falta de edad legal.

<sup>25</sup> Cfr. Belluscio, *ob. cit.*, t. I, p. 313.

**b) Fundamento**

La prohibición contenida en el último párrafo del art. 133 no se encontraba en el texto del Proyecto de la ley de matrimonio civil sancionado por la Cámara de Diputados de la Nación<sup>35</sup>. Cuando el proyecto pasó a revisión a la Cámara de Senadores de la Nación, tal prohibición fue introducida por el dictamen en minoría de las Comisiones de Legislación General y de Familia y Minoridad<sup>36</sup>, y no fue objeto de debate al realizarse la consideración en particular del mentado dictamen, siendo aprobada sin comentarios ni objeciones<sup>37</sup>, y tampoco los hubo en su ulterior trámite, hasta su conversión en ley.

Parece que el legislador de 1987 —al decir de Zannoni— ha tenido en mente el caso de que los menores, emancipados por el matrimonio, se divorciasen vincularmente durante la minoridad, y para ese caso les impide contraer nuevo matrimonio. Para esa hipótesis la solución de la ley tiende a evitar que quienes, siendo menores se casaron y fracasaron en la unión, vuelvan a constituir un matrimonio para el cual pueden no estar maduros afectiva o psicológicamente<sup>38</sup>.

Concordantemente, Méndez Costa admite que la prohibición en examen “responde a fundamentos aceptables cuando el primer matrimonio se disuelve por divorcio o conversión en divorcio de la sentencia de separación personal, porque cabe suponer razonablemente que la unión ha sido contraída sin la necesaria preparación y conocimiento recíproco de los jóvenes esposos y que ello ha conducido o ha contribuido decisivamente al fracaso matrimonial por lo que es conveniente que no insistan en la experiencia durante la minoridad”<sup>39</sup>. Del mismo parecer son Méndez Acosta y Tamini<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> Cámara de Diputados de la Nación, Diario de Sesiones, 25ª Reunión (continuación de la 7ª sesión ordinaria—especial-I, 21/8/86, Bs. As., Imprenta del Congreso de la Nación, 1986, Apéndice, p. 3909.

<sup>36</sup> Cámara de Senadores de la Nación, Diario de Sesiones, 1ª Reunión, 1ª Sesión Extraordinaria, 6/5/87, Bs. As., Imprenta del Congreso de la Nación, 1987, Dictamen de Comisión en minoría, p. 115.

<sup>37</sup> *Ibidem*, 6ª Reunión, 1ª sesión ordinaria (continuación), 21/5/87, p. 460-462 y 472.

<sup>38</sup> Zannoni, Régimen de matrimonio civil, p. 118.

<sup>39</sup> Méndez Costa, Régimen legal, p. 212.

<sup>40</sup> Méndez Acosta - Tamini, *ob. cit.*, p. 186.

Por su parte, Navarro Floria, para quien la intención del legislador "ha sido, suponemos, evitar que un menor se case, se divorcie, y vuelva a casarse antes de la mayoría de edad", entiende que el segundo párrafo del art. 133 está mal redactado y mal ubicado, destacando que "la 'nueva aptitud nupcial' no tiene nada que ver con la emancipación (que subsiste), porque no es consecuencia de ella, sino del eventual divorcio vincular (art. 217) que obtenga el emancipado durante su minoridad. Por lo tanto, lo correcto hubiera sido aclarar en el capítulo del Código referido a los efectos del divorcio, que éste no importa rehabilitación nupcial para los menores, hasta que alcancen la mayoría de edad"; agrega también que la prohibición en examen es correcta: se trataría de "una tímida limitación al divorcio vincular... que no por insuficiente deja de ser acertada"<sup>42</sup>.

Ahora bien, es de tener presente que el art. 133 no alude exclusivamente al divorcio del emancipado durante su menor edad —no se limita a tal supuesto—, sino a la disolución de su matrimonio ocurrida cuando todavía no ha cumplido los veintidós años; comprende, entonces, al menor viudo, pues la muerte es causa de disolución del matrimonio (art. 213). A este respecto, Zannoni destaca que la previsión legal parece excesiva<sup>43</sup>, Méndez Costa considera que ella es muy difícilmente justificable en la especie<sup>44</sup>, y Méndez Acosta y Tamini entienden que nada justifica que el supuesto de que tratamos quede comprendido en la disposición, por lo que su texto debió haber hecho mención exclusiva del caso de divorcio<sup>45</sup>. A nuestro parecer, como luego se verá, este último párrafo del art. 133 resulta exagerado e inútil.

### c) Entidad propia

Admitido, pues, que estamos frente a un auténtico impedimento, en primer lugar debemos destacar su entidad propia.

Entiende Méndez Costa que el párrafo final del art. 133 "introduce una importante ampliación del impedimento de

<sup>42</sup> Navarro Floria, Juan G., *El matrimonio de menores según la ley 22.515, ED, 24/8/87, n° 6805*, p. 4.

<sup>43</sup> Ver nota 39.

<sup>44</sup> Ver nota 40.

<sup>45</sup> Ver nota 41.

falta de edad, extendiendo el límite hasta los veintidós años para la celebración de segundas nupcias por aquellos que tuvieran ya un matrimonio celebrado y disuelto por muerte del cónyuge, o sentencia de divorcio o de conversión en divorcio de la sentencia de separación personal o cuyo matrimonio hubiera sido anulado<sup>48</sup>; la aptitud nupcial, dice, se recupera con la sentencia de anulación del vínculo. A este último respecto, acota nuestra autora que la prohibición legal "es estimable frente al contrayente de buena fe cuya poca edad probablemente influyó en su aceptación con el consentimiento viciado o desconociendo los impedimentos existentes, pero carece de motivación con respecto al contrayente de mala fe, salvo que se la considere una sanción"<sup>49</sup>.

Al respecto, en primer término debemos señalar que, a nuestro parecer, el último párrafo del art. 133 no introduce una ampliación del impedimento de falta de edad mínima para contraer matrimonio, sino que establece un impedimento autónomo. En efecto, la falta de edad legal constituye un impedimento dirimente específico, consistente en tener la mujer menos de dieciséis años cumplidos y el hombre menos de dieciocho (art. 166, inc. 5<sup>ª</sup>), impedimento dispensable en los términos del art. 167. En cambio, en el caso que nos ocupa, el menor emancipado cuyo matrimonio se hubiera disuelto puede ser o no mayor de tales edades; se trata, además, como luego se verá, de un impedimento impeditivo, y su dispensa requiere de ciertas precisiones que en su momento realizaremos.

Y, en segundo lugar, si bien es cierto que la aptitud nupcial se recupera en caso de nulidad del matrimonio —no así, claro está, en cuanto al cónyuge afectado por el impedimento de ligamen, en cuya virtud se obtiene la nulidad, en su caso—, entendemos que la prohibición del art. 133 no es aplicable a los menores cuyo matrimonio hubiese sido anulado, pues nulidad y disolución son instituciones distintas.

En efecto, la nulidad —que presupone la existencia de vicios o defectos existentes al tiempo de la celebración del matrimonio, que afecten sus presupuestos de validez—, una vez declarada, priva de sus efectos propios al título de estado de familia derivado del acto jurídico matrimonial, desplazando a los contrayentes del estado de casados: desaparece

<sup>48</sup> Méndez Costa, Régimen legal, p. 211-212.

o queda sin efecto el vínculo conyugal, y ello con efecto retroactivo al día de la celebración de las nupcias –la sentencia es declarativa, de allí tal retroactividad–, sin perjuicio de lo dispuesto para el matrimonio putativo (arts. 221 y 222). En cambio, disolver se disuelve un vínculo matrimonial válido, y ello por causas sobrevinientes a su celebración; la disolución importa la extinción de la relación jurídica matrimonial y por ende de su contenido, y, si ello ocurre en virtud de sentencia judicial –caso de divorcio–, como que la misma es constitutiva, sólo produce efectos para el futuro; únicamente podría producir efectos a partir de un tiempo anterior –la promoción o la notificación de la demanda, o el momento en el que se produjo la causa de disolución– si la ley se los asignara expresamente, pero la recuperación de la aptitud nupcial sólo opera a partir de la sentencia. En razón de lo expuesto, resulta que la invalidez del acto que implica la nulidad del matrimonio, no constituye un supuesto de disolución<sup>47</sup>.

Por lo tanto, el nuevo impedimento no es aplicable a los menores cuyo matrimonio hubiese sido anulado. Entonces, de ocurrir ello, en cuanto al menor de mala fe, la emancipación será de ningún efecto desde el día en que la sentencia de nulidad pase en autoridad de cosa juzgada, y, si pretende contraer nuevas nupcias, necesitará de la autorización de sus representantes legales, o, en su defecto, la del juez, si ya ha alcanzado la edad mínima para casarse, y, si no la hubiese alcanzado, de la dispensa judicial. Y, en cuanto al menor de buena fe, si bien a su respecto subsiste la emancipación, también requerirá de la autorización para contraer matrimonio o de la dispensa judicial, pues, por más emancipado que esté, continúa siendo menor (arts. 132, 166, inc. 5º, 167 y 168).

#### d) Caracterización. *La doctrina de la especialidad en materia de nulidades matrimoniales*

Debemos ahora referirnos a la caracterización de este nuevo impedimento, conforme a los criterios de clasificación de los impedimentos matrimoniales<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> Cfr. Belluscio, ob. cit., t. II, p. 233-235; Zannoni, *Derecho de familia*, t. I, p. 254 y 329, t. II, p. I.

<sup>48</sup> Sobre el particular, ver Belluscio, ob. cit., t. I, p. 313-314; Borda, ob. cit., t. I, p. 88-89; Mazzinghi, ob. cit., t. I, p. 110 y ss.; Zannoni, *Derecho de familia*, t. I, p. 169 y siguientes.

Entonces, preliminarmente, es de reconocer que se trata de un impedimento impediendo, por cuanto no está legalmente establecida en forma expresa la sanción de nulidad del matrimonio que se celebre por personas por él afectadas. Y, en cuanto impedimento impediendo, es puramente preventivo, pues no se establece ningún tipo de sanción para el caso de que, a su pesar, las nupcias se contraigan.

Porque somos partidarios de la doctrina de la especialidad en materia de nulidades matrimoniales en su expresión más radical, consideramos inaplicable en la especie al art. 18; como que no hay, en materia matrimonial, nulidades implícitas o virtuales, dicho matrimonio sería válido.

Ahora bien, en cuanto a la cuestión acerca de la determinación de si las normas relativas a la nulidad del matrimonio constituyen un régimen especial, autónomo, que se basta a sí mismo<sup>49</sup>, o sí, por el contrario, le son aplicables supletoria o subsidiariamente las disposiciones sobre nulidades de los actos jurídicos en general, contenidas en el Código Civil (arts. 1037 y ss.)<sup>50</sup>, es de advertir que dicha controversia subsiste en la actualidad; al respecto, Méndez Costa apunta que argumentos de una y otra tesis continúan siendo hoy razonables<sup>51</sup>.

Es así como Novellino sostiene, en su reciente obra, la teoría de la aplicación supletoria, sobre la base de argumentos anteriores a la reforma de 1987<sup>52</sup>. En cambio, D'Antonio entiende que la citada reforma "ha venido a convalidar la doctrina de la especialidad, en tanto inserta en la parte del Código Civil destinada a la regulación del matrimonio disposiciones específicas sobre la nulidad del acto jurídico matrimonial", en cuanto al aspecto general de estas nulidades, sus efectos y el modo en que se ejercerán las respectivas acciones<sup>53</sup>.

Por su parte, Navarro Floría destaca que los actuales arts. 219 y 220, "que reemplazan a los arts. 84 y 85 de la ley 2393, hablan de 'nulidad absoluta' y 'nulidad relativa' en vez

<sup>49</sup> Belluscio, ob. cit., t. II, p. 5 y ss.; Zannoni, *Derecho de familia*, t. I, p. 236 y siguientes.

<sup>50</sup> Borda, ob. cit., t. I, p. 148 y ss.; Mazzinghi, ob. cit., t. I, p. 344 y siguientes.

<sup>51</sup> Méndez Costa, *Régimen legal*, p. 97 y siguientes.

<sup>52</sup> Novellino, ob. cit., p. 247 y siguientes.

<sup>53</sup> D'Antonio, Daniel H., *Régimen legal del matrimonio civil*. Ley 23.215, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1987, p. 161-162.



de nulidad absoluta y anulabilidad como los textos derogados", advirtiendo al respecto que "la modificación no es intrascendente, porque al homogeneizar la terminología con el resto del Código, la reforma diluye los argumentos a favor de la 'teoría de la especialidad' y refuerza la posición sostenida, entre otros, por Mazzinghi ... y Llambías"<sup>34</sup> —esto es, la teoría de la aplicación supletoria de los arts. 1037 y siguientes—.

Al respecto, es interesante recordar que una opinión similar fue formulada por Vidal Taquini, al comentar el articulado del Proyecto de ley de matrimonio civil sancionado por la Cámara de Diputados de la Nación, el 21 de agosto de 1986, el cual, en materia de nulidades matrimoniales, nominaba a las mismas, en sus arts. 208 y 209, como absolutas y relativas<sup>35</sup>. Expresaba al respecto nuestro autor que, "al insertarse decididamente el proyecto en el articulado del Código, y al abandonarse la clasificación de las nulidades que observa la actual ley —la ley 2393, entonces vigente— resulta difícil sostener que se mantiene el principio de la especialidad al utilizarse la clasificación de los arts. 1047 y 1048"<sup>36</sup>. Como se ve, su opinión —que no parece constituir fundamento suficiente en contra de la especialidad<sup>37</sup>— no era tan contundente como la de Navarro Floría. Pero, luego de la reforma de 1987, y atendiendo a lo dispuesto por la nueva normativa vigente, el mismo Vidal Taquini, con buen criterio, advirtió que "adquiere cierta excelencia el tratamiento de la nulidad del matrimonio, sobre todo en cuanto se reafirma la especialidad del sistema, dado que no podrá el juez decretar de oficio la nulidad de ningún matrimonio, pues la sentencia siempre será la culminación de un proceso promovido por parte legitimada para hacerlo"<sup>38</sup>. Por lo tanto, su anterior opinión carece actualmente de valor interpretativo, es decir, no puede ser aplicada a la ley vigente —a cuyo respecto no fue formulada—, ni puede ser criticada en cuanto a la misma.

Ahora bien, a nuestro parecer, dicho cambio terminológico no es suficiente para "diluir" a la doctrina de la espe-

<sup>34</sup> Navarro Floría, *ob. cit.*, p. 97 y siguientes.

<sup>35</sup> Diario de Sesiones, *cit.* en nota 36, p. 3868.

<sup>36</sup> Vidal Taquini, Carlos H., *Ley de matrimonio civil: observaciones al proyecto*, LL, 1986-E-1100.

<sup>37</sup> *Cfr.* D'Antonio, *ob. cit.*, p. 162.

<sup>38</sup> Vidal Taquini, *Prólogo cit.* en nota 23, p. 7.

cialidad. En efecto, en primer lugar, es de recordar que los autores que participan de esta teoría consideraban que los supuestos contemplados en los arts. 84 –que aludía al matrimonio “absolutamente nulo”– y 85 –aludía al matrimonio “anulable”– de la ley 2393, podían ser considerados como casos de nulidad absoluta y de nulidad relativa, respectivamente, por cuanto en los comprendidos en dicho art. 84 estaba en juego el interés público –o el orden público familiar–, en tanto que, en los previstos en ese art. 85, lo estaba primordialmente –aunque no exclusivamente– el interés privado de los contrayentes<sup>38</sup>. Lo mismo ocurre actualmente en cuanto a lo normado por los arts. 219 y 220, que utilizan las expresiones “nulidad absoluta” y “nulidad relativa”, respectivamente, sin que ello afecte a la vigencia de la doctrina de la especialidad –si se prefiere, a la especialidad legal de las nulidades matrimoniales–.

Y, en segundo término, es de advertir que no se puede disociar a dos términos –nulidad “absoluta” y “relativa”– del contexto legal en el que están insertados, y postularse de allí una interpretación válida. Es decir, no se puede formular una opinión eficaz sobre la base de dos palabras tomadas fuera de contexto, pues, como a continuación se verá, el parecer de Navarro Floria carece de sustento normativo frente a lo dispuesto por los arts. 239, último párrafo, 197, última parte, y 219, también en su última parte.

En efecto, actualmente, además de los argumentos –ya tradicionales– esgrimidos con anterioridad a la reforma de 1987 en favor de la doctrina de la especialidad<sup>39</sup>, es de ver que, en apoyo de la misma –si no se acepta la opinión general de D’Antonio recién citada–, contamos con lo específicamente dispuesto en tres nuevos textos del Código Civil: los arriba indicados. Y así: el primero, el último párrafo del art. 239, según el cual “ningún matrimonio será tenido por nulo sin sentencia que lo anule dictada en proceso promovido por parte legitimada para hacerlo” –es la norma a la que alude Vidal Taquini en su segunda opinión citada–. Como bien se ha observado, no cabe entonces actualmente la declaración de nulidad del matrimonio de oficio por aplicación del art. 1047, como lo propiciaba la tesis de la aplicación supletoria de las normas generales sobre nulidad de los ac-

<sup>38</sup> Belluscio, ob. cit., t. II, p. 117-118; Zannoni, *Derecho de familia*, t. I, p. 285-286.

<sup>39</sup> Ver bibliografía cit. en nota 49.

tos jurídicos<sup>45</sup>. El segundo, la última parte del art. 197, conforme a la cual "cuando hay posesión de estado y existe el acta de celebración del matrimonio, la inobservancia de las formalidades prescriptas no podrá ser alegada contra su existencia". Obsérvese que esta norma menta el término "existencia" -y no "validez", como lo hacía el art. 101 de la ley 2393-, haciéndose eco de la doctrina que compartimos, en cuanto afirma que no existen nulidades matrimoniales por vicios de forma<sup>46</sup>, a más de que tales vicios no han sido contemplados por la reforma de 1987 como causa de nulidad del matrimonio. Y el tercero, la última parte del art. 219, que, al atribuir el ejercicio de la acción de nulidad absoluta del matrimonio al contrayente de mala fe -la nulidad absoluta "puede ser demandada por cualquiera de los cónyuges", expresa la ley-, hace excepción a lo normado por el art. 1047 en cuanto al otorgamiento de legitimación activa en materia de tales nulidades, lo cual también constituye un argumento en favor de la doctrina de la especialidad<sup>47</sup>.

Así las cosas, en nada menoscaba a la indicada doctrina que los arts. 219 y 220 nominen a los supuestos que contemplan como matrimonios afectados de nulidad absoluta y de nulidad relativa, respectivamente, con lo que solamente se adecua la terminología legal al criterio clasificatorio de las nulidades cuyo factor distintivo atiende al interés que lesiona la falta o defecto en los presupuestos de validez del acto jurídico matrimonial<sup>48</sup>. Si en lugar de emplear los términos nulidad "absoluta" y "relativa", la ley hubiese impuesto las expresiones nulidad "grandota" y "chiquitita", de lo normado resultaría que el criterio diferenciador sería el aludido, y la conclusión en cuanto a la plena vigencia de la doctrina de la especialidad seguiría siendo la misma.

Por lo demás, debe tenerse en cuenta que a favor de la doctrina de la especialidad, en la acertada opinión de Zannoni, actúa también el trascendental principio del favor mo-

<sup>45</sup> Zannoni, Régimen de matrimonio, cit., p. 87 y 117. Cfr. Vidal Taquini, op. cit. en nota 58.

<sup>46</sup> Cfr. Méndez Acosta - Tamini, ob. cit., p. 80-81; Méndez Costa, Régimen legal, p. 171; Zannoni, Régimen de matrimonio, p. 55.

<sup>47</sup> Cfr. Méndez Costa, Régimen legal, p. 99, quien critica esta nueva disposición. Sus argumentos son citados por D'Antonio, ob. cit., p. 145. En cambio, Zannoni, Régimen de matrimonio, p. 88-89, justifica dicho precepto.

<sup>48</sup> Cfr. Zannoni, Derecho de familia, t. I, p. 286.

trimonii, clásico en el derecho canónico<sup>65</sup> e implícito en nuestra tradición jurídica, al que considera de interpretación rectora en una adecuada hermenéutica. Al respecto, enseña nuestro autor que dicho principio "significa 'la actitud o predisposición del legislador a conceder un trato especial de protección al matrimonio en orden a la conservación de su esencia y mantenimiento de sus finalidades'. Debe entenderse, pues, que el legislador, al establecer los supuestos de nulidad del matrimonio, su alegación, sus efectos, etc., lo hace en consideración 'especial' a la naturaleza de la unión matrimonial y, sobre todo, teniendo en cuenta que la nulidad puede acarrear ... la disolución de la familia, la colocación de los esposos en calidad de concubinos, y la filiación ilegítima de los hijos nacidos de la unión"<sup>66</sup>. Al respecto, consideramos que nada obsta a que una institución originaria del derecho canónico resulte aplicable en el orden secular —tal como ha ocurrido con otras previsiones canónicas, como, por ejemplo, la dispensa—, y que, si bien se puede objetar que los hijos extramatrimoniales no se encuentran actualmente legalmente discriminados, no obstante ello, a nuestro parecer, lamentablemente, todavía lo están socialmente, aunque no de manera generalizada<sup>67</sup>.

Finalmente, en materia de nulidades matrimoniales, tal como las venimos conceptuando y teniendo presente al principio del favor matrimonii, puede considerarse que asume relevancia lo normado por el art. 1037, donde se indica que "los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos —del matrimonio, en la especie— que aquellas

<sup>65</sup> Ver Código de derecho canónico, ed. bilingüe comentada por los profesores de la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca, Madrid, Católica, BAC, 1983, cánones 1093 y 1150, p. 507 y 558, respectivamente.

<sup>66</sup> Zannoni, *Derecho de familia*, t. I, p. 253-254.

<sup>67</sup> Sobre el particular, recientemente, en una estupenda sentencia en la que, reconociéndose la paternidad reclamada, condeso al demandado perdidoso a indemnizar en concepto de daño moral a su hijo menor no voluntariamente reconocida, precisamente en razón del daño causado por tal omisión, la jueza Delma B. Cabrera destacó que "el hijo de madre soltera conlleva un tono de minusvalía social, especialmente marcado cuando... se forma parte de la llamada clase media... circunstancia distinta en otros estamentos sociales más humildes, quizá porque allí se da mayor número de casos, o porque las necesidades no dejan lugar a discriminaciones de esta índole"; 3ª Instancia Civil y Com., San Isidro, Juzgado nº 9, 29/3/88, "E. N. c/G.", F. C. N.º —con nota de Bidart Campos, Germán J., Potestad extramatrimonial no reconocida voluntariamente e indemnización por daño moral al hijo: un aspecto constitucional, ED, 14/6/88, nº 1008, p. 1-4.

que en este Código se establecen", interpretando tal norma, a este respecto, como indicativa de que sólo pueden ser declaradas aquellas nulidades del matrimonio que en el Código Civil a su respecto se establecen, esto es, las expresamente previstas, lo que privaría sobre lo dispuesto por el art. 18—"los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención".

Pero volvamos a los caracteres del impedimento de que tratamos. Digamos, entonces, que el mismo, además de impeditivo, resulta ser absoluto, pues obsta a la celebración del matrimonio del menor emancipado en cuestión con cualquier persona. Y es también un impedimento temporal, pues se extingue por el transcurso del tiempo; en la especie, un plazo cierto, esto es, con el cumplimiento de la mayor edad. Queda por ver si es un impedimento dispensable o indispensable, pero ello merece un párrafo aparte.

#### c) *Dispensa. La equidad*

A este respecto, Zannoni estima que, pese a lo dispuesto en el art. 133, siempre cabría la dispensa judicial en los términos del art. 167<sup>41</sup>, opinión que es compartida por Méndez Costa, quien, además, considera aplicable en la especie al art. 168, "a pesar de que éste sólo se refiere al asentimiento necesario al matrimonio del emancipado por habilitación de edad"<sup>42</sup>.

Por su parte, al tratar acerca de los efectos del divorcio, Novellino alude al caso en examen, emitiendo una opinión muy particular, aunque sin referirse a la posibilidad de dispensa, por cuanto no expresa que la prohibición de que tratamos constituya un impedimento. Destaca que, en caso de divorcio, "la recuperación de la aptitud nupcial es inme-

<sup>41</sup> Zannoni, *Régimen de matrimonio*, p. 118. Del mismo parecer son Méndez Acosta - Tamini, *ob. cit.*, p. 186; Código Civil, art. 167: "podrá contraerse matrimonio válido en el supuesto del art. 166, inc. 5ª (falta de edad nupcial suficiente), previa dispensa judicial. La dispensa se otorgará con carácter excepcional y sólo si el interés de los menores lo exigiere, previa audiencia personal del juez con quienes pretendan casarse y los padres o representantes legales del que fuera menor".

<sup>42</sup> Méndez Costa, *Régimen legal*, p. 212; Código Civil, art. 168: "Los menores de edad, aunque estén emancipados por habilitación de edad, no podrán casarse entre sí ni con otra persona sin el asentimiento de sus padres, o de aquel que ejerza la patria potestad, o sin el de su tutor cuando ninguno de ellos la ejerce o en su defecto, sin el del juez".

diata respecto de los cónyuges mayores de 21 años pero no para los menores", lo que "surge de lo dispuesto en el art. 133 ... Lo que que no aclara la ley -dice- es cuál será la situación de esos menores en el lapso que media entre el divorcio vincular y la adquisición de la mayoría de edad", agregando luego que "parecería que no podrán casarse nuevamente por estar impedidos de hacerlo por la subsistencia del ligamen", acotando, en nota al pie de página, que lo apuntado en el texto principal es conforme a lo normado por el art. 166, inc. 6º, y que esta situación le parece injustificada, "pudiendo dar lugar a graves críticas y a un planteo de inconstitucionalidad por violación del art. 14 de nuestra Carta Magna con más fundamento que el 'caso Sejean'"<sup>49</sup>.

Al respecto, diremos que la situación de los menores de que tratamos en el lapso aludido por Novellino es la que venimos indicando: están afectados por un nuevo impedimento matrimonial. Pero lo que no sabemos es a que extraña especie de "ligamen" alude este autor, ya que, si tal impedimento consiste en "el matrimonio anterior, mientras subsista" (art. 166, inc. 6º), acaecida la disolución del vínculo matrimonial, se sigue de ello que no hay matrimonio anterior subsistente alguno, es decir, ligamen. Por lo demás, cabe recordar que los impedimentos no son pasibles de interpretación extensiva.

Otros autores que han tratado acerca del último párrafo del art. 133, también sin observar si se trata o no de un impedimento, se han limitado a señalar que, en caso de disolución del matrimonio, o, más específicamente, en caso de divorcio, el menor emancipado no recupera su aptitud nupcial hasta su mayor edad, debiendo esperar el llegar a ella para contraer un nuevo enlace matrimonial<sup>50</sup>.

Podría también argumentarse, entonces, que se trata de un impedimento indispensable. Y hay argumentos literales suficientes para ello: el art. 133 no establece excepciones; la dispensa prevista en el art. 167 se refiere exclusivamente al impedimento previsto en el art. 166, inc. 5º -falta de edad nupcial suficiente-, y no al menor emancipado cuyo matrimonio se hubiera disuelto, quien, además, si fuera mayor de la edad mínima, quedaría, por tanto, excluido de la hipótesis prevista; y el art. 168, si bien alude a los me-

<sup>49</sup> Novellino, *ob. cit.*, p. 243.

<sup>50</sup> D'Antonio, *ob. cit.*, p. 128 y 150; Medina, Graciela, *Las leyes 22.264 y 23.515: incidencia sobre la parte general del derecho civil*, L.L. 1978-D-1056.

nores, al atender a los emancipados, sólo se refiere a los que lo son por habilitación de edad. Por lo tanto, este nuevo impedimento no podría ser removido mediante dispensa judicialmente otorgada.

Pero tal solución no nos convence. Piénsese, por ejemplo, en una menor de dieciséis o diecisiete años, por poner alguna edad, que enviuda, y que, más adelante, a los diecinueve o veinte años, desea contraer nuevas nupcias. Nosotros, por lo menos, no encontramos ningún motivo válido para que el solo hecho de no haber llegado todavía a la mayor edad obste a ello. Y menos todavía si tiene hijos a su cargo, pues se daría el absurdo de que una persona que cumple y ejerce los deberes y derechos derivados de la patria potestad, con todas las responsabilidades que ello implica, no sería legalmente "apta" para asumir nuevamente los deberes y derechos matrimoniales, siendo así privada de constituir un nuevo hogar para ella y su o sus hijos, quienes se verían así injustificadamente privados del amparo de quien cumplirá las funciones del padre que les falta, y tal vez de un mejor nivel de vida.

Se nos podrá decir que el derecho a contraer matrimonio no es un derecho absoluto e ilimitado, "sino que en todas las legislaciones está sujeto a requisitos de capacidad y a la inexistencia de impedimentos por razones éticas, biológicas o sociales"<sup>11</sup>, debiendo, en la especie, cumplirse gramaticalmente, en consecuencia, con la prohibición del art. 133, en razón de los fundamentos de la misma antes apuntados.

Reconoceremos, entonces, que lo primero es cierto, y, más todavía, que, vale destacarlo, los derechos "absolutos" no existen (ni siquiera lo es el derecho a la vida, pues, sin perjuicio de que sea un derecho natural primario<sup>12</sup>, cede, por ejemplo, ante el deber de defender a los padres y a la Patria, como bien lo sabían aquellas heroicas madres espartanas que, al despedir a sus hijos que partían a la guerra, les entregaban el escudo con estas palabras: "¡Te esperaré hijo, con éste o sobre éste!"<sup>13</sup>, pero agregando que, cuando nin-

<sup>11</sup> García Cantero, Gabriel, *El divorcio*, Madrid, Católica, BAC, 1977, p. 135, nota n° 7.

<sup>12</sup> Cfr. Montejano, Bernardino, *Curso de derecho natural*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1978, p. 271-273.

<sup>13</sup> Méhész, Kornél Zoltán, *El mundo clásico*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 1973, p. 391.

gún motivo serio real obsta a la celebración de las bodas por parte del menor emancipado de que tratamos, ellas deben ser autorizadas.

Ocurre que, para nosotros, desde la óptica de una iusfilosofía aristotélico-tomista bien entendida, el derecho a contraer matrimonio es un derecho natural<sup>74</sup> primario, y, como tal, no puede ser limitado arbitrariamente. Es un derecho, porque es algo a todas luces justo (y el derecho, en su acepción primera y principal, es aquello que es justo: "lo justo" o "el objeto de la justicia"<sup>75</sup>—y no uno o ambos términos de la confusa y equívoca dicotomía "derecho objetivo-subjetivo", absolutamente inepta, a nuestro entender, para conceptuar al fenómeno jurídico<sup>76</sup>). Y es un derecho natural, pues hace a la esencia—racionalidad; sociabilidad—y, sobre todo, al fin del ser humano: la naturaleza es el fin inmediato e intrínseco del hombre, y el fin es la perfección; resulta natural al sujeto, entonces, lo que sirve a su perfeccionamiento, y, en el terreno ético, el hombre hace lo que hace en virtud de ese fin: su perfección, su bien. Por eso, el término "naturaleza"—que, como se advierte, es un concepto filosófico, y no la naturaleza física o ese orden o sistema de elementos relacionados entre sí en virtud del principio de causalidad, es decir, como causa y efecto, al que suele aludir Kelsen hasta el cansancio<sup>77</sup>, con notorio desconocimiento del iusnaturalismo clásico—tiene un sentido teleológico-normativo, y sólo son naturales aquellas manifestaciones jurídicas en las que divisamos un medio capaz de impulsar al hombre por los caminos de su perfeccionamiento<sup>78</sup>. Final-

<sup>74</sup> Cfr. Santo Tomás de Aquino, Sumo teológico, Supl., q. 41 a. 1, Madrid, Católica, BAC, 1956, t. XV, p. 174-178.

<sup>75</sup> *Ibidem*, 2-2 q. 57 a. 1, t. VIII, p. 231-233.

<sup>76</sup> Cfr. nuestro artículo El derecho entendido como potestad. (Acerca del dualismo derecho objetivo-subjetivo), en "Prudentia Iuris", n° XI, Bs. As., Universitas, 1983, p. 122 y siguientes.

<sup>77</sup> Kelsen, Hans, *Sociedad y naturaleza*, Bs. As., Depalma, 1945, p. 2; *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Bs. As., Losada, 1945, p. 14; *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho*—contiene un trabajo de Carlos Cossío—, Bs. As., Kraft, 1952, p. 12; *Principios de derecho internacional público*, Bs. As., El Ateneo, 1965, p. 129; *Justicia y derecho natural*, en "Crítica del derecho natural"—varios autores—, Madrid, Taurus, 1966, p. 103; *Teoría pura del derecho*, tr. de la edición francesa de 1933, Bs. As., Eudeba, 1977, p. 16 y 104; ¿Qué es la justicia?, Bs. As., Leviatán, 1981, p. 102; *Teoría pura del derecho*, tr. de la 2ª ed. alemana de 1959, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 89, 96 y 232.

<sup>78</sup> Con respecto a los conceptos iusnaturalistas básicos apuntados, consúltese a Graneris, Giuseppe, *Contribución tomista a la filosofía del de-*



mente, es un derecho natural primario, porque entre los derechos naturales existe una jerarquía, y en esta escala el derecho de que tratamos es tal en razón de su propia entidad, a más de ser la base de la institución familiar. Consecuentemente, el estado de familia matrimonial —el "matrimonio acto", si se prefiere— es una institución de derecho natural<sup>39</sup>.

En razón de lo expuesto, y como nosotros no somos partidarios de la interpretación y aplicación de las leyes con un criterio propio de la Escuela de la Exégesis<sup>40</sup>, y menos toda-

recho. Bs. As., Eudeba, 1977, caps. II, IV y VI; y Villey, Michel, *El pensamiento metafísico de Aristóteles y de Santo Tomás*, Bs. As., Ghersi, 1981, p. 13 y siguientes.

<sup>39</sup> Es interesante recordar el tan romántico concepto del matrimonio que el célebre pensador de Königsberg legó a la posteridad, el que, a su racional entender, consiste en "la unión de dos personas de diferente sexo para la posesión mutua, durante toda su vida, de sus facultades sexuales... si un hombre y una mujer quieren gozar recíprocamente uno de otro, es necesariamente indispensable que se unan en matrimonio; así lo requiere la ley de derecho de la razón pura. Porque el uso natural que un sexo hace de los órganos sexuales del otro es un goce (fruitio) para el cual una de las partes se pone a disposición de la otra. En este acto el hombre mismo se convierte en cosa, lo cual repugna al derecho de la humanidad en su propia persona. Esto no es posible más que a condición de que cuando una de las dos personas es adquirida por la otra, como pudiera serlo una cosa, la adquisición sea recíproca; porque encuentra en ella su ventaja propia, y restablece así su personalidad. Pero la adquisición de un cierto miembro del hombre equivale a la adquisición de toda la persona —porque la persona forma una unidad absoluta—. De donde se sigue que la cesión y la aceptación de un sexo para uso de otro son, no solamente permitidas bajo condición de matrimonio, sino que no son posibles más que bajo esta única condición. Ese derecho personal es también real; porque si uno de los esposos se escapa, o se pone a disposición de una persona extraña, el otro tiene siempre el derecho incontestable de hacerle volver a su poder, como una cosa". Tal el racionalismo concepto que Emanuel Kant, *Principios metafísicos del derecho*, Madrid, Victoriano Suárez, 1873, p. 112-114, nos brinda del matrimonio, y con él, el sustento filosófico de los ya históricos "derechos" del marido "sobre la persona" de su mujer, como él de obtener su reintegro compulsivo al domicilio conyugal —"hacerlo volver a su poder, como una cosa"—, tal como lo normaba el texto originario del art. 107 de nuestro Código Civil. No deja de ser significativo al respecto que Kant haya hablado del derecho sin conocer nada de ello, es decir, sin haber tenido experiencia jurídica alguna, lo que no le ha impedido ejercer una considerable influencia (cfr. Villey, *Método...*, p. 126). Por nuestra parte, diremos que, si bien los comentarios acerca de dicho concepto del matrimonio huelgan, es bueno recordar que el Código de Derecho Canónico, c. 1095, inc. 3, p. 529, considera incapaces de contraer nupcias a "quienes tienen un grave defecto de discreción de juicio acerca de los derechos y deberes esenciales del matrimonio que mutuamente se han de dar y aceptar".

<sup>40</sup> Goldschmidt, *ob. cit.*, p. 268-270.

vía con el de algún pensador lusopositivista trasnochado que llegó a afirmar que "la ley más infame tiene que ser reconocida como obligatoria desde el momento en que se constituye de modo formalmente correcto"<sup>80</sup>, y porque creemos que "el amor es una coacción más fuerte que el derecho"<sup>81</sup>, "y, por cierto, los hay que morirán de amor al no poder unirse"<sup>82</sup>, para el caso de que el menor emancipado de que tratamos pretenda contraer matrimonio en el plazo prohibido, si ello le resulta conveniente o beneficioso, o si, simplemente, no merece objeción, como la interpretación del derecho positivo de familia debe responder a la solución justa del caso de que se trate, atendiendo a sus peculiaridades<sup>83</sup>, propiciamos recurrir a un viejo remedio jurídico —que no suele ser abiertamente utilizado o bajo su nombre por nuestros tribunales, los que, por otra parte, en más de una ocasión, han aplicado literalmente una norma injusta o inadecuada al caso de autos, llegando así a una solución injusta, sin perjuicio de señalar la injusticia de la disposición legal o de destacar que tal era la única solución legal posible, con lo que nada se remediaba, sino todo lo contrario, aunque bien, esta

<sup>80</sup> Bergbohm, Karl, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, t. I, 1892, p. 144, cit. por Wolf, Erik, *El problema del derecho natural*, Barcelona, Ariel, 1960, p. 193, nota 593. Del mismo parecer es Kelsen, *Justicia...*, p. 99: "Un derecho positivo es válido incluso si es injusto". Esto "es" así, porque la validez de las normas jurídicas, según Kelsen, *Teoría pura del derecho*, tr. de la ed. francesa, p. 136-137, no depende de su contenido, sino de que resulten "formalmente válidas": "El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera. Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico"; cfr. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, tr. de la 2ª ed. alemana, p. 205. Conforme a este criterio, entonces, la legislación "eugenésica" del III Reich y las normas en su momento vigentes en Auschwitz, por ejemplo, eran "derecho" válido y aplicable. Como se advierte, el lusopositivismo tiene la benemérita aptitud de justificar genocidios.

<sup>81</sup> Stekel, Wilhelm, *El matrimonio moderno*, Bs. As., Libera, 1964, p. 26.

<sup>82</sup> Saint-Exupéry, Antoine de, *Ciudadela*, Bs. As., Goncourt, 1966, p. 433-434.

<sup>83</sup> Cfr. Méndez Costa, María Josefa, *Interpretación y aplicación del derecho positivo de familia*, JA, 24-1974-485. Con respecto a la interpretación de la ley en general, puede consultarse con provecho a Casares, Tomás D., *La justicia y el derecho*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1974, p. 166 y siguientes. También ver Goldschmidt, ob. cit., p. 233 y siguientes.

última actitud no es general<sup>65</sup>. Nos referimos a la equidad, en su sentido clásico, esto es, aquél que le han dado Aristóteles<sup>66</sup> y Santo Tomás de Aquino<sup>67</sup>, y que consiste en algo muy sencillo: como la ley está hecha para lo general, cuando su aplicación gramatical en un caso particular conduzca a un resultado injusto, cabe apartarse de ella, para lograr así una buena solución jurídica en ese caso concreto<sup>68</sup>. La equidad consiste, pues —al decir de Sanz—, en “el apartamiento de lo justo legal para salvar, en el caso concreto, lo justo natural ya que la aplicación de la ley —que rige lo general— llevaría a una solución injusta”<sup>69</sup>. No se trata, pues, de una postulación propia de la Escuela del Derecho Libre<sup>70</sup> —dado que no se trata aquí de poner en un segundo plano a la autoridad de las leyes con respecto a la práctica judicial<sup>71</sup>, por cuanto el Estagirita reconoció “la necesidad de que las leyes rectamente establecidas sean soberanas”<sup>72</sup>, y Santo Tomás afirmó que “es necesario que el juicio se haga según la ley escrita”<sup>73</sup>—, ni de proponer que se emule a aquel célebre magistrado del pequeño tribunal provincial de Chateau-Thierry, Monsieur Magnaud, sino, simplemente, de no aplicar mecánicamente la ley al caso a juzgar, cuando ello conduzca a un resultado inicuo e injusto, que, como tal, no armonizaría con aquellos principios valorativos que las circunstancias singulares del caso requiere que sean respetados; en la especie, prescindir de la prohibición del art. 133 para permitir así la celebración de una nueva unión nupcial por el menor emancipado con matrimonio anterior disuelto, cuando ninguna razón seria, ética, económica, física o psicológica,

<sup>65</sup> La CSJN, Fallos, 301-67, ha entendido que un precepto legal no debe ser aplicado literalmente sin un análisis previo de las circunstancias del caso, que conduzcan a su recta interpretación, porque de lo contrario se correría el riesgo de arribar a una conclusión irrazonable.

<sup>66</sup> Aristóteles, *Ética nicomaquea*, L. V, cap. X, en “*Ética nicomaquea - Política*”, México, Porrúa, 1985, p. 71.

<sup>67</sup> Santo Tomás, *ob. cit.*, 1-2 q. 96 a. 6, t. VI, p. 199-191; 2-2 q. 120 a. 1, t. VIII, p. 698-699.

<sup>68</sup> Ver Massini, Carlos I., *El juicio de equidad en el sistema jurídico argentino*, ED. 45-863.

<sup>69</sup> Sanz, Carlos Raúl, *Consideración en torno al abuso del derecho*, LL, 1991-B-887, nota 7.

<sup>70</sup> Goldschmidt, *ob. cit.*, p. 276-279.

<sup>71</sup> Del Vecchio, Giorgio, *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 1974, p. 205.

<sup>72</sup> Aristóteles, *Política*, *cit.*, L. 3<sup>a</sup>, cap. VI, p. 209.

<sup>73</sup> Santo Tomás, *ob. cit.*, 2-2 q. 60 a. 5, t. VIII, p. 328.

obste a ello. Es que la aplicación literal de dicha norma puede contrariar a ese derecho fundamental de la persona humana, que es el de contraer matrimonio.

Admitido esto, cabría la dispensa del nuevo impedimento impediendo de que tratamos. Pero, al respecto, debemos distinguir dos hipótesis, advirtiendo desde ya que consideramos aplicables por analogía en la especie a los arts. 167 a 170.

Entonces, si el menor emancipado con matrimonio disuelto que desea contraer un nuevo enlace carece de la edad mínima legal (art. 166, inc. 5º), requerirá de dispensa judicial de dicho impedimento dirimente, en los términos del art. 167, y con ello, del impedimento impediendo del art. 133. La solución se impone en razón de su edad.

En cambio, si dicho menor es mayor de la edad legal suficiente para celebrar las bodas, nos parece que aquí la dispensa del impedimento del art. 133 no reviste el carácter excepcional de la anterior, bastando, por tanto, con el asentimiento de sus padres, de aquel de ellos que ejerza la patria potestad, o, si no los tuviera, con el del juez, o bien, con la complacencia de su ex tutor (cfr. art. 168), debiendo tramitar el pedido de dispensa como si se tratase de una simple autorización para contraer matrimonio, típico proceso voluntario<sup>84</sup>. Sería suficiente, entonces, el asentimiento paterno o la conformidad del ex tutor para que el juez, sin más, otorgue la dispensa. No teniendo el menor emancipado en cuestión padres o ex tutor, podría él pedir tal dispensa, ofreciendo prueba sumaria que haga a la conveniencia de su futura alianza matrimonial.

Inclusive, creemos que el menor emancipado con matrimonio disuelto, mayor de la edad legal requerida, podría iniciar una suerte de juicio de disenso (art. 170<sup>85</sup>; arts. 774 y 775, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación), solicitando a la vez la dispensa. Pero, si se limitase a requerir la dispensa, debería entonces notificarse a sus padres o a su ex tutor de

<sup>84</sup> Cfr. Palacio, Lino E., *Derecho procesal civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1985, t. VIII, p. 388-389.

<sup>85</sup> Consideramos que el art. 170, al establecer que las causas de disenso deben tramitar por juicio sumarísimo o por la vía más breve que prevea la ley local, autoriza al juez a determinar la clase de proceso aplicable, atendiendo a la complejidad y a la necesidad de debate del caso de que se trate. Recuérdese que en este tipo de procesos se ha admitido la apertura a prueba por un breve plazo (CNCiv 3º, 8/3/01, JA, 38-939).

su pedido—razones de prudencia jurídica<sup>86</sup> obligan a ello—, a los fines de que éstos presten su asentimiento o su conformidad, respectivamente, o bien, de que si tuviesen alguna legítima razón que obstare a la concreción del nuevo conubio proyectado, lo hagan saber al juez, expresando tales motivos en los términos del art. 169<sup>87</sup>, operando así un proceso de disenso.

Entendemos que siempre cabe exigir la venia de los padres o la conformidad del ex tutor—esto último, porque, de cierta manera, el tutor conserva una cierta responsabilidad moral en cuanto a los actos de su ex pupilo, fuera de que sus dichos pueden resultar muy útiles—. Ello así, porque si bien la patria potestad y la tutela cesan por la emancipación legal de los hijos o pupilos, respectivamente (arts. 306, inc. 4º, y 455), y el menor emancipado por matrimonio es civilmente capaz (art. 131), creemos que sólo lo es en su esfera patrimonial—aunque con las restricciones legales (arts. 128, 134 y 135)—, y no en aspectos personalísimos, como lo es el supuesto en estudio, fuera de que los menores emancipados continúan siendo menores<sup>88</sup>.

<sup>86</sup> Casares, ob. cit., p. 152 y siguientes.

<sup>87</sup> Entendemos que el art. 169 es de carácter enunciativo, pues no indica que la oposición "sólo" puede fundarse en los supuestos que explicita—como lo hacía el art. 24 de la ley 2393—, sino que establece que los representantes legales de los menores "podrán fundar" los motivos de su negativa en las causales contempladas en sus cuatro incisos.

<sup>88</sup>1. Aclarando conceptos, diremos aquí que entendemos que el menor emancipado por matrimonio sólo es civilmente capaz en su esfera patrimonial y no en aspectos personalísimos—tales como la celebración de un nuevo matrimonio, habiéndose disuelto el anterior— y que las atribuciones resultantes de la patria potestad y de la tutela continúan con respecto a dicho menor en cuanto a estos últimos aspectos, no sólo por creer que el bien espiritual—aquí en juego—de este menor requiere—en la especie—del prudente opinar—con consecuencias jurídicas—de padres y tutores, por el elevado valor humano que importa, sino también por el fundamento legal que resulta del lamentable impedimento que criticamos (en cuanto le priva de realizar un acto personalísimo—casarse—), y, además, por aplicación analógica del nuevo art. 168, en cuanto su indicativo requiere del asentimiento de los padres o del tutor—o del juez, en su caso—para el matrimonio del menor emancipado por habilitación dativa. Así las cosas, si el régimen vigente en cuanto a los menores continúa con respecto a la administración y disposición de los bienes recibidos o que recibirán a título gratuito si se hubieren casado sin autorización (art. 131), consecuentemente, creemos que con más razón aún ha de continuar en materias en las que no están en juego bienes patrimoniales—tal vez de escaso valor económico—, sino aspectos fundamentales de su vida y de su realización como ser humano.

Se nos podrá decir que la ley no concede acción al menor emancipado con matrimonio disuelto para solicitar la dispensa judicial —otra vez la interpretación literal—, y que, por lo tanto, no cabe nuestra interpretación analógica.

Responderemos, en primer lugar, que si no existen motivos serios para oponerse al casamiento de dicho menor, la negativa por la negativa misma, fundada en un mal interpretado silencio legal, además de ser de por sí abusiva<sup>88</sup>, no es axiológicamente válida. Y, en segundo lugar, que el tan popular mito kelseniano de que en caso de "lagunas" del derecho —la falta de concesión normativa de la acción de que tratamos, en la especie—, que no admite, la demanda debe ser rechazada<sup>89</sup>, no tiene cabida en nuestro derecho positivo, por la simple razón de que nuestra ley dispone lo contra-

<sup>88</sup> En cuanto a los fundamentos filosóficos del "abuso del derecho", consúltese el excelente estudio del doctor Carlos R. Sanz cit. en nota 83.

<sup>89</sup> Kelsen, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, p. 198-197; El derecho como objeto de la ciencia del derecho, en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", Bs. As., 1950, año 1, Tercera época, n.º 18, p. 30-31; Principios..., p. 260 y ss. y 327 y ss.; Teoría general del derecho y del Estado, México, Universidad Autónoma de México, 1968, p. 174 y ss.; Teoría pura del derecho, tr. de la ed. francesa, p. 45 y 172 y ss.; Teoría pura del derecho, tr. de la 2.ª ed. alemana, p. 254 y ss., no admite la existencia de "lagunas", por considerar que si ninguna norma jurídica impone la obligación que se cuestiona, el juez debe rechazar la demanda, aplicando la "regla general" según la cual toda conducta que no está prohibida está jurídicamente permitida —nadie puede exigir de otro una conducta determinada, si el segundo no está jurídicamente obligado a ello—, y en este sentido, estaría indirectamente determinada por el derecho. Por supuesto, si el derecho vigente impone la obligación cuestionada, el juez aplicará la norma respectiva, dándole razón al actor. Entonces, en ambos casos, el juez aplica el derecho vigente. Ahora bien, fuera de que tal opinión es parcial, pues la situación de indeterminación normativa puede referirse a otros supuestos que los de "obligaciones cuestionadas", es de observar que, sobre la base de tal "regla general", también puede llegarse a la solución contraria, pues si ninguna norma jurídica "prohíbe" la obligación que se cuestiona, aunque ninguna norma la determine expresamente, aquella estaría "permitida", y el juez, por lo tanto, debería dar trámite a la demanda; o, más simplemente, debería siempre el juez así proceder no habiendo norma que le prohíba dar curso a tal tipo de pretensiones (norma que, de existir, sería injusta —y aun inconstitucional—, pues desprotegería al justiciable), pues tal "conducta", en un todo compatible con sus facultades instructorias y con los fines de la magistratura, le estaría "permitida" (salvo que se intente argüir que tal "regla general" no rige para los jueces, con el consiguiente escándalo jurídico, pues los jueces lo son para resolver cuestiones justiciables, y no para eludir las). Por otra parte, nuestro ordenamiento jurídico veda expresamente tal "solución", en las normas que citaremos en la nota siguiente.

rio en las sabias normas contenidas en los arts. 15 y 16<sup>100</sup>. Los rechazos de acciones judiciales por motivos "puros" —cualquiera que fuere el fundamento de la pretensión o de la petición extracontenciosa cuya tutela judicial se busca—, no son procedentes, pues, en nuestro ordenamiento jurídico<sup>101</sup>.

#### f) Alcance y efectos

El nuevo impedimento en estudio afecta al menor emancipado viudo, divorciado, o declarado ausente con presunción de fallecimiento reaparecido cuyo cónyuge hubiese contraído nuevas nupcias, no así al menor emancipado cuyo cónyuge haya sido declarado ausente con presunción de fallecimiento.

Esto es así porque el art. 133 alude al menor emancipado cuyo matrimonio se disuelva durante su menor edad, comprendiendo claramente al caso de la muerte de su con-

<sup>100</sup> Código Civil, art. 15: "Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes"; art. 16: "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 aun la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso". Más todavía, en otros cuerpos normativos nacionales pueden encontrarse disposiciones que remiten al Código Civil para la solución de situaciones de indeterminación normativa (v.gr., el Código de Comercio, Título Preliminar, art. 1) (comandando así, de manera expresa, la aplicabilidad de lo indicado por los transcritos arts. 15 y 16 del Cód. Civil, en su específico ámbito jurídico —las divisiones del derecho no constituyen compartimientos estancos—), o que establecen soluciones similares a las de la ley civil (v.gr., el Código Aeronáutico, art. 2°).

<sup>101</sup> Por lo tanto, consideramos que una resolución judicial que, en lugar de ser tal, prefiera aplicar la "solución" propuesta por Keisen —fuera de ser apelable, pues el rechazo, tal vez *in limine*, y siempre contra leyes de una pretensión actora o reconconvencional, o de una petición extracontenciosa, causa agravio de por sí—, llegado el caso, debe ser tachada de arbitrariedad, pues es evidente que tal "decisión", fuera de estar basada en argumentos puramente dogmáticos (CSJN, Fallos, 236:27; 247:386, etc.), lo sería contra o con prescindencia de lo expresamente dispuesto por la ley con respecto al caso (CSJN, Fallos, 192:104; 193:135; 194:220, etc.), es decir, contra o con prescindencia de lo normado por los arts. 15 y 16 del Cód. Civil, y/o sus similares. Pero lo que no puede negarse es que la "solución" keiseniana resulta harto práctica para los jueces que no tengan ganas de trabajar. Trata Casares, ob. cit., p. 240-242, acerca de los fundamentos del recurso extraordinario por arbitrariedad; además, puede consultarse con provecho a Bianchi, Alberto, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, ED. 96-635.

sorte y al de divorcio vincular—incluyendo a la conersión de la sentencia de separación de cuerpos en divorcio—. En cuanto a la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento, ella no disuelve ipso iure el vínculo matrimonial, sino que autoriza al cónyuge presente a contraer nuevas nupcias, y, si lo hace, es la celebración de este nuevo enlace lo que produce la disolución del vínculo anterior (art. 213, inc. 2º; art. 31, ley 14.394). Por lo tanto, se sigue de ello la curiosidad legislativa de que el emancipado menor de edad cuyo esposo ha sido declarado ausente con presunción de fallecimiento, como que su vínculo matrimonial no ha sido por ello disuelto, no resulta afectado por el impedimento del art. 133—atento a que los impedimentos matrimoniales no pueden ser ampliados por interpretación extensiva—, pudiendo contraer otras bodas con dispensa de su falta de edad legal o con la simple autorización de sus representantes legales o la judicial, en su caso, siendo ese nuevo conubio el que disolverá su vínculo matrimonial anterior.

Y en el caso de que el ausente presuntamente fallecido fuese el menor emancipado, si su cónyuge presente contrajera una nueva alianza matrimonial, y luego aquél reapareciese, también estaría afectado por el impedimento en cuestión, pues se trataría de un menor emancipado con matrimonio disuelto, dándose entonces el absurdo de que, pese a estar su primigenio esposo nuevamente casado, él no podría celebrar nuevas nupcias, hasta la mayor edad. Éste es otro motivo por el cual propiciamos la dispensabilidad del impedimento en examen, ya calificable, a esta altura de nuestro estudio, como una prohibición antojadiza e inmediata.

Resta tratar acerca de los efectos<sup>192</sup> de este nuevo impedimento. Consideramos como tales a los siguientes:

1) Es causa de oposición a la celebración del matrimonio, por parte de los legitimados para ello (arts. 176 y 177); pero no lo es de denuncia, pues se trata de un impedimento impediendo, y la denuncia sólo puede fundarse en la existencia de un impedimento dirimente (y, también, al parecer, en el supuesto del mal llamado impedimento al que alude el art. 166, inc. 9º—art. 178—).

2) Como todo impedimento es causa de negativa del ofi-

<sup>192</sup> Acerca de los efectos de los impedimentos, en general, ver Belluscio, *ob. cit.*, t. 1, p. 314-315; Borda, *ob. cit.*, t. 1, p. 69; Zannoni, *Derecho de familia*, t. 1, p. 173 y siguientes.



cial público encargado del Registro Civil a la celebración del matrimonio (art. 195)<sup>103</sup>.

3) Por tratarse de un impedimento impediante, y no estar contemplado en el art. 160, no es de orden público internacional, y, por ende, no obsta al reconocimiento de eficacia extraterritorial del matrimonio celebrado en país extranjero mediando el mismo.

4) No da lugar a sanción penal ni civil alguna contra el o los contrayentes afectados. El Código Penal (arts. 134 a 137) no incrimina a quienes celebran un matrimonio estando afectados por un impedimento impediante<sup>104</sup>, y la sanción patrimonial prevista por la ley civil —art. 131—<sup>105</sup>, a nuestro entender es inaplicable en la especie, pues ella está prevista para el caso del matrimonio celebrado por menores de edad no emancipados sin autorización de sus representantes legales, y no para el caso de menores viudos, divorciados o ausentes reaparecidos, en las condiciones antes indicadas, ya emancipados por su matrimonio disuelto que contraigan nuevas nupcias sin dispensa. Además, las sanciones legales no son aplicables por analogía. Como que no son posibles de dicha sanción, tendrán la administración y disposición de los bienes recibidos o que recibieran a título gratuito, sin necesidad de ulterior habilitación. Sin perjuicio de ello, es claro que continuará con respecto a estos menores el régimen dispuesto por lo indicado en los arts. 134 y 135.

### 3. CONCLUSIONES. LEGISLACIÓN PROYECTADA

Teniendo presente lo hasta aquí expuesto, podemos concluir nuestro análisis afirmando que la ley 23.515 nos ha deparado una auténtica sorpresa legislativa, al introducir si-

<sup>103</sup> Cfr. Méndez Costa, Régimen legal, p. 27.

<sup>104</sup> Recuérdese que el hecho del contagio de una enfermedad venérea es un delito punible, como antes lo señalamos, pero la tipicidad está dada por el contagio, y no por la violación del impedimento eugenésico matrimonial.

<sup>105</sup> Código Civil, art. 131, párr. 2º: los menores de edad que "se hubieran casado sin autorización, no tendrán, hasta los veintún años, la administración y disposición de los bienes recibidos o que recibieren a título gratuito, continuando respecto a ellos el régimen legal vigente de los menores, salvo ulterior habilitación".

gilosamente un nuevo impedimento matrimonial, impedimento, en rigor, exagerado e inútil. Exagerado porque la prohibición que importa —y más todavía en los términos aparentemente absolutos en que ha sido formulada—, a nuestro entender no goza de fundamento bastante: no es razonable restringir *a priori* el nuevo matrimonio a un menor emancipado con nupcias anteriores disueltas, sobre la base del preconcepto de su ineptitud conyugal por haberse divorciado<sup>108</sup>, cuando bien su anterior matrimonio pudo desquiciarse sin culpa alguna de su parte —el matrimonio no es un contrato de seguro contra el posible fracaso conyugal—, o bien, pudo haberse disuelto por muerte del cónyuge del menor o por un nuevo enlace contraído por su consorte presente,

<sup>108</sup> Por ser éste nuestro primer trabajo relativo a una cuestión de derecho de familia, no podemos concluirlo sin dejar de apuntar nuestro parecer acerca del divorcio vincular, recientemente incorporado a la normativa matrimonial argentina, aunque sea en forma breve y en una nota. Al respecto, descartando que es obvio que para los católicos el matrimonio rato —el matrimonio válido entre bautizados, que tiene carácter sacramental— y consumado (lo que ocurre cuando “los cónyuges han realizado de modo humano el acto conyugal apto de por sí para engendrar la prole” —lo que nos permite entender que el matrimonio rato sólo se consuma con las relaciones sexuales in natura y no mediando contracepción—) es indisoluble en vida de los esposos (Código de Derecho Canónico, cánones 1055, 1056, 1061, 1134 y 1141, p. 502-503, 507, 551 y 553) (obviamente, el divorcio civil no afecta al vínculo canónico, sobre el que el Estado laico carece de competencia, y si los esposos civilmente divorciados profesan la religión católica, deben ser conscientes de que su nueva unión civil no podrá ser bendecida por la Iglesia —*cf.*, García Cantero, *ob. cit.*, p. 19-20—), y destacando que se han esgrimido muy fuertes argumentos en contra del divorcio (*v. gr.*, *vs. Borda*, *ob. cit.*, t. I, p. 459 y ss.; Mazzinghi, *ob. cit.*, t. III (ed. 1981) p. 16 y ss. (inclusive, con anterioridad a la sanción de la ley 23.515, se ha planteado, a nuestro entender correctamente, la entonces posible —hoy actual— inconstitucionalidad del divorcio vincular —*vs.* Barbero, Omar U., *Reflexiones a partir del pensamiento jurídico de Hipólito Yrigoyen acerca del divorcio*, ED, 111-870; Hernández, Héctor H., *Constitución y divorcio*, ED, 123-848—), y también sin olvidar la opinión de Santo Tomás acerca de la indisolubilidad del matrimonio (*vs.* Morán, O. P., Fr. Sabino Alonso, “Introducción a la q. 67”, en la *Suma Teológica*, t. XV, p. 60 y ss.), honestamente, el mantenimiento del vínculo civil cuando ya no hay amor entre los cónyuges no termina de convenernos. Por otra parte, en el estado actual de nuestra legislación, en caso de divorcio —al igual que en caso de separación de cuerpos o de separación de hecho—, creemos que, de no lograrse la reconciliación de los esposos, debe entonces principalmente atenderse al bienestar afectivo, psicológico y económico de los hijos menores, de haberlos, normalmente víctimas inocentes de tales eventos, y a ello debe estar dirigida la actividad de los letrados patrocinantes, así como toda resolución judicial atinente a su tenencia, alimentos y régimen de visitas, con la imprescindible colaboración de asistentes sociales y psicoterapeutas familiares.

en el supuesto de ausencia con presunción de fallecimiento antes indicado. Y es inútil, pues el menor emancipado con matrimonio disuelto continúa siendo menor, y, por lo tanto, según cual fuera su edad, requerirá de dispensa o de autorización para contraer matrimonio. De ahí que parecería prudente derogar este segundo párrafo del art. 133. Ni siquiera al discreto gobernador de la insula de Barataria se le podría haber ocurrido promulgar un impedimento tal.

A este último respecto, nos es grato recordar un pensamiento de Tomás D. Casares: "la ley debe conformarse al mismo tiempo con los principios primeros de justicia, esto es, con el derecho natural y con todo lo que es circunstancialmente requerido por el modo accidental de ser del lugar y de la época"<sup>187</sup>. Y lo recordamos porque creemos que este antojadizo e inmeditado impedimento de que tratamos no se adecua a razones claras de justicia, fuera de que no era requerido por razones circunstanciales atinentes a nuestra Argentina de 1987.

Finalmente, debemos acotar que el actual Proyecto de ley de unificación de la legislación civil y comercial de la Nación, que cuenta con sanción de la Cámara de Diputados de la Nación, contiene innovaciones que hacen al tema de que tratamos. En efecto, tal Proyecto fija la mayoría de edad en los dieciocho años (art. 126), suprime la emancipación por habilitación de edad, mantiene la irrevocabilidad de la emancipación por matrimonio (art. 128) y sustituye al texto del art. 133, cuya norma proyectada se limita a establecer la no administración de los bienes recibidos o que recibiere a título gratuito por parte del menor que hubiera celebrado matrimonio sin la autorización necesaria, la que debe ser dada por los padres, por quien ejerza la patria potestad, por el tutor o por el juez, requiriendo de la misma todo menor, aunque esté emancipado (art. 168). Y se requiere el consentimiento expreso de ambos padres para autorizar a "la hija" a contraer nupcias (art. 264 quater, inc. 1º)<sup>188</sup>.

Al respecto, es de advertir que no se contempla ningún impedimento tal como el creado por la reforma de 1987, que criticamos, lo que es correcto, como también lo es el requerimiento de la autorización para contraer matrimonio para todo menor —de manera tal que el menor emancipado con

<sup>187</sup> Casares, *ob. cit.*, p. 133.

<sup>188</sup> Proyecto de Código Civil, Bs. As., Astrea, 1987, p. 75-76.

matrimonio disuelto ha de necesitar de ella<sup>108</sup>, y el mantenimiento de la irrevocabilidad de la emancipación por matrimonio, así como la indicada sanción patrimonial para el menor que se casa sin autorización. Pero no entendemos por qué el asentimiento bilateral paterno se limita al caso de que sea "la hija" quien desea contraer nupcias, excluyéndose al hijo varón, sin que, a nuestro parecer, existan motivos para tal discriminación. Tanto en uno como en otro caso, se trata de autorizar a un menor para contraer matrimonio, decisión que, dada su trascendencia, debe ser tomada por ambos padres, sin que el sexo del menor pueda considerarse elemento diferenciador suficiente como para establecer distintas soluciones. En la especie, resulta prudente exigir el consentimiento expreso de ambos padres, y no el presumir que la autorización dada por uno de los padres para el matrimonio del hijo menor varón cuenta con el asentimiento del otro.

Por otra parte, como se proyecta establecer la mayoría de edad a los dieciocho años, consecuentemente, se elimina la habilitación dativa. Al respecto, en las "Notas explicativas" del Proyecto, se dice que se establece que la mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años "conforme la creciente mayoría de la legislación contemporánea comparada"<sup>109</sup>, o bien, teniendo en cuenta, "entre otras circunstancias, la legislación contemporánea comparada"<sup>110</sup>. Vale decir, se establece la mayoría de edad a los dieciocho años porque es bueno imitar al vecino —tal vez para no pecar de "subdesarrollados"— y por "otras circunstancias" que no se indica cuáles son. Pero como nuestra sociedad no es la europea, y teniendo presente que, como nos lo recuerda el Aquinate, entre otras cualidades, la ley, según San Isidoro, debe ser apropiada a las costumbres del país (de que se trate, conveniente al lugar y al tiempo y necesaria<sup>111</sup>, sinceramente, creemos que, hoy y en nuestro país, no resulta beneficioso para sus destinatarios fijar tal mayor edad. Si bien no se puede generalizar al respecto, nos parece que un joven de dieciocho años, aunque la materia es harto opinable, carece de las vivencias suficientes como para asumir la plena capacidad.

<sup>108</sup> Cfr. Méndez Coata, *Régimen legal*, p. 60-61 y 203.

<sup>109</sup> Proyecto de Código Civil, p. 34.

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>111</sup> Santo Tomás, *ob. cit.*, 1-2 q. 95 a. 3, t. VI, p. 149.

Creemos que es en los dos o tres años que anteceden a la mayor edad actual, cuando los jóvenes adquieren la suficiente experiencia —y en algunos casos, una mayor o la madurez que les faltaba— que les permite un más seguro desenvolvimiento individual en la vida, y, particularmente, en el comercio jurídico. Insistimos en que creemos que esto es así actualmente, fuera de que, además, parece no haber exigencias sociales que hagan a la fijación de la mayor edad proyectada. La evolución futura de nuestra sociedad nos indicará cuándo tal reforma resulte conveniente.

### BIBLIOGRAFÍA

- Aristóteles, *Ética nicomachea*-*Política*, México, Porrúa, 1983.
- Barbero, Omar U., *Reflexiones a partir del pensamiento jurídico de Hipólito Yrigoyen acerca del divorcio*, ED, 111-870.
- Beheshif, Muhammad Husain-Bahonar, Muhammad Yauad, *Introducción a la filosofía del Islam*, Bs. As., Alborada, 1988.
- Belluscio, Augusto César, *Tratado de derecho de familia*, Bs. As., Depalma, t. I, 1974; t. II, 1976; t. III, 1981.
- Bianchi, Alberto, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, ED, 99-826.
- Bidart Campos, Germán J., *Paternidad extramatrimonial no reconocida voluntariamente e indemnización por daño moral al hijo: un aspecto constitucional*, ED, 14/8/89, n° 7098, p. 1.
- Bianco, Luis Guillermo, *El derecho entendido como potestad (Acercos del dualismo derecho objetivo-subjetivo)*, en "Prudentia Iuris", Buenos Aires, Universitas, 1983, n° XI, p. 123 y siguientes.
- Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Familia*, Bs. As., Perrot, 1977, t. I.
- Bossert, Gustavo A. - Zannoni, Eduardo A., *Régimen legal de filiación y patria potestad (ley 23.264)*, Bs. As., Astrea, 1985.
- Casares, Tomás D., *La justicia y el derecho*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1974.
- D'Antonio, Daniel H., *Régimen legal del matrimonio civil. Ley 23.515*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1987.
- Del Vecchio, Giorgio, *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 1974.
- Fleitas Ortiz de Rosas, Abel, *La reforma del régimen del matrimonio civil: impedimento*, LL, 1987-D-881.
- Garca Cantero, Gabriel, *El divorcio*, Madrid, Católica, BAC, 1977.
- Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, Bs. As., Depalma, 1978.
- Graveris, Giuseppe, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, Bs. As., Eudeba, 1977.
- Hernández, Héctor H., *Constitución y divorcio*, ED, 123-949.
- Jolivet, Régis, *Curso de filosofía. Tratado completo*, Bs. As., Club de Lectores, 1982.

- Kant, Emanuel, *Principios metafísicos del derecho*, Madrid, Victoriano Suárez, 1873.
- Kelsen, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, México, Fondo de Cultura Económica, 1943.
- *El derecho como objeto de la ciencia del derecho*, en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", Bs. As., 1950, año I, Tercera época, n.º 18, p. 24 y siguientes.
- *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Bs. As., Losada, 1948.
- *Principios de derecho internacional público*, Bs. As., El Ateneo, 1965.
- *¿Qué es la justicia?*, Bs. As., Leviatán, 1981.
- *Sociedad y naturaleza*, Bs. As., Depalma, 1945.
- *Teoría general del derecho y del Estado*, México, Unam, 1969.
- *Teoría pura del derecho*, tr. ed. francés de 1953, Bs. As., Eudeba, 1977; tr. 2.ª ed. alemán de 1980, México, Unam, 1982.
- Kelsen, Hans - Cosío, Carlos, *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho*, Bs. As., Kraft, 1952.
- Kelsen, Hans y otros, *Crítica del derecho natural*, Madrid, Taurus, 1966.
- Loyarte, Dolores, *Sobre la nueva ley de matrimonio civil*, en "Quorum", periódico mensual del Colegio de Abogados de Mar del Plata, julio 1987, año II, n.º 14.
- Llambias, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. I, Bs. As., Perrot, 1973.
- Mazzini, Carlos I., *El juicio de equidad en el sistema jurídico argentino*, ED, 85-843.
- Mazzinghi, Jorge A., *Derecho de familia*, Bs. As., Abeledo-Perrot, t. I, 1971; t. III, 1981.
- Medina, Graciela, *Las leyes 23.264 y 23.515: incidencia sobre la parte general del derecho civil*, LL, 1987-D-1043.
- Méhész, Koenél Zoltán, *El mundo clásico*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 1973.
- Méndez Acosta, José Ma. - Tamini, Martín A., *Matrimonio, separación y divorcio. Reforma al Código Civil. Ley 23.515*, prólogo de Carlos H. Vidal Taquini, Bs. As., Bixá, 1987.
- Méndez Costa, María Josefa, *Interpretación y aplicación del derecho positivo de familia*, JA, 24-1974-482.
- *Régimen legal del matrimonio civil. Ley 23.515*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1987.
- Montejano, Bernardino, *Curso de derecho natural*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1978.
- Navarro Floria, Juan G., *El matrimonio de menores según la ley 23.515*, ED, 24-B-88, n.º 8805, p. 1 y siguientes.
- Novellino, Norberto J., *Nuevas normas de familia. Matrimonio. Divorcio. Ley 23.515*, Bs. As., Ezequiel, 1987.
- Palacio, Lino E., *Derecho procesal civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1985, t. VIII.
- Saint-Exupéry, Antoine de, *Ciudadela*, Bs. As., Goncourt, 1965.
- Santo Tomás de Aquino, *Suma teológica*, Madrid, Católica, BAC, t. VI, VIII y XV, 1956.
- Sanz, Carlos R., *Consideración en torno al abuso del derecho*, LL, 1981-B-888.
- Stekel, Wilhelm, *El matrimonio moderno*, Bs. As., Libera, 1984.

- Vidal Taquiri, Carlos H., *Ley de matrimonio civil: observaciones al proyecto*, LL, 1995-E-1094.
- Viglioglia, Pablo A., Flichman, Juan Carlos y otros autores, *Tratado de venerología práctica*, Bs. As., Fossati, 1977.
- Villey, Michel, *El pensamiento jurídico de Aristóteles y de Santo Tomás*, Bs. As., Ghersi, 1981.
- *Método, fuentes y lenguajes jurídicos*, Bs. As., Ghersi, 1978.
- Wolf, Erik, *El problema del derecho natural*, Barcelona, Ariel, 1960.
- Zannoni, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, Bs. As., Astrea, 1981, t. I y II.
- *Régimen de matrimonio civil y divorcio*, Bs. As., Astrea, 1987.
- Código Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1988.
- Código de derecho canónico*, ed. bilingüe comentada por los profesores de la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca, Madrid, Católica, BAC, 1985.
- "Diario de Sesiones. Cámara de Diputados de la Nación", Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, 1986.
- "Diario de Sesiones. Cámara de Senadores de la Nación", Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, 1987.
- Ley de matrimonio de la República Popular China*, Beijing, Ediciones en Lenguas Extranjeras, 1983.
- Proyecto de Código Civil*, Bs. As., Astrea, 1987.
- H. Cámara de Diputados de la Nación, *Diario de Sesiones*, Imprenta de Congreso, 1986.
- H. Cámara de Senadores de la Nación, *Diario de Sesiones*, Bs. As., Imprenta del Congreso, 1987.