

CONCEPTOS GENERALES SOBRE LA EMANCIPACION EN EL CODIGO CIVIL.*

Por

LUIS MARIA BOFFI BOGGERO

Profesor Titular de Derecho Civil II

1. *Conceptos generales.* — La emancipación traslada al menor, no a la mayoría de edad con su plena capacidad consecuente, como en la hipótesis de los 22 años de edad cumplidos, sino a una capacidad como regla y a una incapacidad como excepción.

El menor impúber es un incapaz absoluto, de modo que, a su respecto, carece de valor el que se hable de una incapacidad como regla. También se sabe que el menor adulto es incapaz por norma general, pero que esa incapacidad es relativa, precisamente porque en forma gradual, a medida que avanza desde los 14 a los 22 años de edad, va adquiriendo una serie de "capacidades parciales", de manera que la capacidad es lógicamente una excepción. El menor emancipado, que ahora nos ocupa, se encuentra en una situación más cercana a la capacidad plena, pues se han invertido para él los términos que gradúan la capacidad e incapacidad del menor adulto. Para el emancipado, pues, la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción. Por ello, mientras interesa precisar qué actos puede celebrar el menor adulto no emancipado, interesa indicar cuáles no puede el emancipado.

En nuestro país, a tenor del art. 151 del Código Civil, la emancipación sólo es posible por conducto del matrimonio. Pero

* PALABRAS PRELIMINARES. — El presente estudio sobre la emancipación fue escrito hace muchos años y no fue publicado. Apenas se le han introducido citas para actualizarla. Regla por error: una simétrica violación del Derecho. En pliego "eslido" universitario, vendamos nuestras preocupaciones en tareas de investigación. Una de ellas es traducida por el mencionado estudio. Se trata de un desarrollo de las ideas fundamentales sobre que asienta la emancipación, que habíamos desarrollado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata hasta 1946 y que abordamos después de la Revolución de 1955 en esa casa y en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de esta Ciudad.

Noe place tanto recordar lo que antecede cuanto entregar los originales a la Revista "Lecciones y Ensayos", cuya jerarquía creciente responde a la esperanza de queeres la concibieron y de quienes la editan. — Buenos Aires, junio de 1961. — Luis María Boffi Boggero.

esta solución no es pareja en los derechos de los demás países, donde median diferencias importantes, ya en las fuentes de donde surge la emancipación, ya en los efectos que esa emancipación proyecta en el régimen de la capacidad¹.

Vélez se ha fundado en Freitas, cuyo art. 87 del Esbozo es casi literalmente reproducido por el art. 131 del Código. Orgas critica los fundamentos de Freitas, que éste expresa en la nota al precitado art. 67. La verdad es que, en buena medida, los argumentos aducidos por Freitas son más propios del derecho brasileño de esa época que del derecho argentino de entonces y de ahora. Por ejemplo: cuando Freitas dice que la habilitación a los 20 años no sería tan necesaria porque la mayoría de edad, a diferencia del derecho anterior, se producía ya a los 21 años, evidentemente que está dando una regla no aplicable a nuestro Derecho Civil. Lo mismo sucede cuando menciona el peligro de buscar la "proporción correspondiente", antes de 20 y 25 años, entonces de 16 y 21 años, etc.

Es, sin embargo, digna de tenerse en cuenta la alegación sobre "aserciones vagas" de los testigos que deponen acerca de la capacidad del que puede emanciparse, problema que ha puesto de resalto, según dice Freitas, "la experiencia del foro". Con todo, aún este argumento no concide con los otros medios de que pueden valerse un "consejo de familia" o el "juez" para decidir la habilitación, es decir, la emancipación del menor de acuerdo con lo dispuesto por algunos sistemas extranjeros.

El fundamento de la emancipación por vía matrimonial aparece claro. Quien se casa necesita, hasta donde sea posible, que

¹ La posibilidad de emancipar al menor en ciertas situaciones ha hecho que se siguieran diversos procedimientos o sistemas, tanto en el orden histórico cuanto en la drástica comparación actual. Así, en Roma, como aún en la Mayoridad al hijo no podía singularizar un patrimonio, de modo que cuanto adquiría —y, para ello, podía celebrar todos los actos jurídicos en general— ingresaba en favor del padre, se basó la emancipación —la que debía ser expresa, según la doctrina corriente, tal grado la opinión contraria de Van Werve, que sostiene la posibilidad de que sea tácita en algunos supuestos—. La emancipación, si bien no afectaba la capacidad en sí misma, permitía al hijo contar con patrimonio suyo y la independencia de la patria potestad. Al respecto, pueden verse, fuera de las obras citadas por Savigny, *Partes general*, tomos 45 a 57 colocadas en los § 745 a 747, y aparte de muchas otras, las siguientes: *Placcencia, M., Tratado Elementarista...*, I, pág. 407; etc., etc. Debemos añadir la hipótesis de emancipación por haberse producido la hija y por los malos tratos (XI, título 40, ley 8a. del código y libro 37, título 12, ley 3a. del Digesto).

Esta institución se completaba con la *venia aetatis*, creada bajo los Emperadores según la cual el varón de 25 años y la mujer de 18 podían obtener dispensa de la edad para comportarse como personas mayores—pues también como la mayoría era a los 25 años—, con la única excepción de necesitar un decreto imperial, sea para hipotecar o fuere para vender inmuebles.

La legislación española antigua no guarda proporción entre sus diversas con-

casen las restricciones, vigilancia, etc., de la patria potestad o tutela, pues ellas serían incompatibles con los derechos que es-

pos legales. Así, mientras el Puerto Rico consagra típicamente la emancipación por matrimonio y lo mismo hace el Puerto Real, las Leyes de Partida consagran la emancipación voluntaria por manifestación del padre y del hijo ante jur ordinario —claro que si el hijo estaba asenso a esa mayor de 7 años, se necesitaba la autorización real— y las Leyes del Toro aceptaban ambos modos de emancipación. Debemos añadir que, tanto en Roma como en el Derecho Español Antigua, la patria potestad cesaba cuando el hijo era promovido a ciertas dignidades o a cargos públicos. Sobre este último aspecto, puede verse la clara síntesis de SALVAT, op. cit., § 747.

En la legislación extranjera actual, un criterio sistemático permite apreciar algunos lineamientos generales comunes que exteriorizan definidas tendencias por cima de matices diferenciales intermedios.

Si nos atenemos a los fuentes de la emancipación, se dibujan dos sistemas netamente definidos: A) Emancipación legal, es decir, emancipación *ipso iure* por matrimonio (generalidad de los Códigos) o por "ejercicio de empleo público electivo" o "colación de grados científicos..." (art. 9, incs. III y IV del § único del Código del Brasil), o por "título oficial que autorice para ejercer una profesión u oficio" (art. 11 del Código de Perú); B) Emancipación voluntaria, también llamada *derivo*, es decir, emancipación por voluntad de los padres, según testigos y declaración judicial. Este último sistema, es también seguido por la gran mayoría de las legislaciones, sólo que con grandes variantes entre sí. Verbigencia, mientras Brasil contiene diversas fuentes de emancipación —autorización paterna, materna, testigos, judicial, matrimonio, ejercicio de empleo público electivo, colación de grado científico, establecimiento civil o comercial con economía propia, ver art. 9—; España también contiene varias —matrimonio, habilitación de dar por Consejo de familia y jur, concesión del padre o madre, en cambio, el art. 314 menciona la mayoría, pero éste no es un caso de típica emancipación—; Francia admite la emancipación por matrimonio (art. 474) y por autorización paterna o materna a los 15 años, excepta ante el Jefe de Paz y "Greffier" (art. 477), o por el Consejo de familia, si tiene 18 años y carece de padre o madre, bajo la presidencia del Jefe de Paz (art. 478); Italia acepta la emancipación por matrimonio y por iniciativa de padre o tutor, por decisión judicial o por pedido del hijo y ulterior permiso de jur si median gravísimas razones para desoir la impugnación paterna (arts. 323 y 390); México sigue un sistema parecido al de Italia, admitiendo que el menor solicita la emancipación si ya cuenta 18 años (art. 642); Uruguay sigue el sistema español (arts. 280/2, 302/12 y otros) con algunas diferencias; Alemania, en cambio, no admite el sistema de emancipación por matrimonio y sigue el de habilitar al menor con 18 años (art. 3, 4 y 5); etc. etc... Debemos consignar que la emancipación matrimonial admitida por Suiza y Perú sólo tiene interés para la mujer, pues el hombre es oca a la mayoría.

Para el derecho anglosaxoniano, ver SALVAT, op. cit., § 789 y § nota 32; además, CARSWELL y FRYE, *The Law of contract*.

Finalmente, tal como declinamos en el texto, ha seguido el sistema que tomó Villos pero que no adoptó el Código de Brasil. Ese sistema es seguido por BILLETIER (I, pág. 34), mas no por la Comisión Reformadora, que en el art. 43 admite la emancipación por matrimonio o por decisión judicial, previa autorización al menor, padre, madre o tutor.

Con referencia a los efectos de la emancipación, cabe consignar la existencia de dos sistemas: A) El que concede plena capacidad jurídica al emancipado —que siguen Alemania, Brasil, Perú, Suiza—; B) El que concede una capacidad limitada —que sigue la mayoría de los códigos, entre otros el nuestro—.

Para una revisión completa del derecho extranjero en la materia y, entre numerosas obras, corresponde puntualmente la muy completa obra de FRANCISQUES CLOUET intitulada *El derecho de familia en la legislación comparada*, México, año 1947; para una visión de la muy importante reforma del Código Civil Francés, ver

estructuran la relación conyugal. Es fácil imaginar el caos y, por ende, el desequilibrio, familiar primero y de amplitud social des-

tructura de la Comisión de Reformas de Codo Civil".

El Anteproyecto de Bibliasí, el Proyecto de la Comisión Reformadora, el de 1934 y el presentado a la H. Cámara de Diputados de la Nación sobre reformas de los arts. 126, 127, 128, 129, 130, 131 y 137 del C. Civil. Este último, no suficientemente divulgado, interesa en su integridad aunque varios aspectos escuden la materia de emancipación. Dice así:

Proyecto de Ley: El Senado y Cámara de Diputados, etc.

Artículo 1° — Modifícanse los artículos 126, 127, 128, 129, 130 y 137 del Código Civil, sustituyéndolos por los siguientes:

Art. 126. — Son menores de edad los individuos de uno y otro sexo que no tuvieren la edad de veinte años cumplidos.

Art. 127. — Son menores impúberes los que aún no tuvieren la edad de catorce años cumplidos, y adultos los que fuesen de esta edad hasta el cumplimiento de los veinte años.

Art. 128. — Cesa la incapacidad de los menores:

1° Por la mayor edad, el día en que cumplieren veinte años.

2° Por emancipación, conforme al art. 131.

3° Por habilitación de edad dispuesta por el juez, si el menor tuviese dieciocho años cumplidos y, de acuerdo con él, lo solicitare el padre, o en su defecto la madre.

Los menores sometidos a tutela podrán obtener la habilitación en las mismas condiciones, pudiendo peticionarla por sí mismos; la decisión se dictará previa audiencia del tutor y del ministerio de Menores.

Art. 129. — Los menores a que se refieren los incisos 3° y 3° del art. 128 necesitan autorización judicial previa para realizar los siguientes actos:

1° Vender bienes inmuebles o constituir sobre ellos derechos reales, salvo para garantizar el pago de los saldos de precio en la compra de bienes.

2° Vender o prestar servicios, salvo los que formen parte de un establecimiento agropecuario explotado por ellas.

3° Enajenar los fondos o rentas que tuvieren y las acciones o cuotas en sociedades de comercio o industria.

4° Someter un negocio a juicio de árbitros o transigir extrajudicialmente.

Art. 130. — La autorización judicial se concederá en caso de absoluta necesidad o de ventaja evidente. La venta, en lo que fuera de aplicación, se realizará en las condiciones previstas en el artículo 442.

En los procesos civiles en que estos menores intervengan —excepto en hechos de los de divorcio— el juez, si le considera conveniente, podrá, por auto fundado, proveerles de un curador especial en cualquier estado de la causa anterior a la sentencia.

Art. 131. — Si alguna cosa fuere debida al menor con cita de sólo poder haberla cuando tenga la edad completa, la emancipación o la habilitación de la edad no alterará la obligación ni el tiempo de su exigibilidad.

Art. 2° — Deróganse los arts. 7) de la ley 11.357, de derechos civiles de la mujer, 69 de la ley 2460, de matrimonio civil, y 1293 y 3454 del Código Civil.

Art. 3° — De fomena.

Cabe anotar también el debate producido en las jornadas argentino-uruguayas celebradas en la Facultad de Derecho de Buenos Aires, el día 24 de octubre de 1936, sobre mayoría y emancipación. Fue relator del tema el autor de este estudio, y fue co-relator el profesor uruguayo Dr. H. Gatti. Se declaró: "Mayoría de edad, establecer la edad de 21 años. Emancipación: tener en cuenta las siguientes bases de partida: a) menor que haya cumplido los 18 años; b) que se obtenga mediante declaración judicial; c) consagrar el derecho del menor a obtener la habilitación o emancipación; d) tratándose de hijos de familia, la emancipación no podría ser acordada por el juez, en caso de oposición de los padres que ejerzan la patria po-

pués, que un tal sistema de coexistencia de potestades iguales y contrarias pudiera traer aparejado².

No ha de pensarse, sin embargo, que cese toda otra potestad, ya que, tal cual lo hemos visto, el menor emancipado es capaz en principio y es incapaz, entonces, sólo por vía de excepción.

2. La autorización matrimonial. — Si el matrimonio se celebra sin dificultad alguna, la emancipación no tiene por qué ser discutida. Pero si el matrimonio no se hubiere celebrado "con la autorización necesaria", entonces cabe una polémica sobre la validez de la emancipación.

A este respecto, se han manifestado dos doctrinas:

A) Ante la falta de autorización legal —que es la de padres, tutores o jueces, a tenor del art. 10 de la ley de matrimonio— no puede haber emancipación.

B) En ausencia de autorización legal, las consecuencias no afectan la emancipación sino que son de otro contenido y alcance.

Veamos separadamente una y otra doctrina:

A. — Esta primera tesis ha sido sustentada por una vieja sentencia de la antigua Cámara Civil de esta Capital, que lleva fecha del 10 de junio de 1890 (tomo 26, página 97 de la Colección). Esta sentencia no tuvo mayor predicamento.

Se dice en ella sustancialmente: a) Las expresiones "con tal que" —empleadas por el art. 131 del Código Civil— entrañan una condición, lo que se explica teniendo en cuenta que, por conducto de su cumplimiento, se concede la excepcional medida de la emancipación; b) combinando las consecuencias diversas de otras normas sobre el gobierno de la persona y de los bienes del menor casado sin autorización —arts. 177 y 193, numeración antigua, del Código Civil—, es de preguntarse qué capacidad se le reserva al menor casado sin autorización legal, todo lo que demuestra la inexistencia de emancipación.

B. — Esta segunda corriente ha sido sostenida prácticamente por toda la doctrina nacional, aun por el juez Dr. A. S. Pizarro, cuyo fallo revocó la Cámara en la sentencia recientemente aludida; y hasta por el Agente Fiscal Dr. Gerónimo Cortés, que dictaminó en concordancia con la tesis sustentada por el Dr. Pizarro.

Los fundamentos de esta segunda corriente son de verdadera importancia. Veámoslos en su lado más saliente: a) La fuente del art. 131 del Código Civil lo es el art. 67 del Esbozo, vinculado

terdad, sino cuando medie causas justificadas; e) ampliar al emancipado su capacidad con relación a los regímenes vigentes; y f) estudiar la posibilidad de implantar regímenes de emancipación automática".

² Parece no haber discrepancia doctrinaria sobre ese fundamento. Tampoco se aprecia discordancia en los fallos judiciales. Es imposible imaginar un conyuge sujeto a su padre o madre en la órbita jurídica.

con el 70 de éste. Ese artículo establece: "Casándose los menores de uno y otro sexo sin las autorizaciones necesarias, la posesión y administración de sus bienes les será negada hasta que lleguen a ser mayores y se reputarán incapaces como si no fuesen casados. No habrá medio alguno de suplir la falta de tales autorizaciones". Es decir, que contiene una frase fundamental, a diferencia del art. 13 de la ley de matrimonio civil argentina. Esta preceptúa: "... casándose los menores sin la autorización necesaria, les será negada la posesión y administración de sus bienes hasta que sean mayores de edad; no habrá medio alguno de cubrir la falta de autorización". Como se ve, nuestra ley no considera, al menos expresamente, que los menores casados sin autorización legal sean incapaces; b) Es cierto que, prácticamente, muy poco podrá hacer el menor en esas condiciones, mas siempre es una cosa la capacidad como emancipado en sí misma y otra la constituyen las consecuencias fluyentes de la falta de autorización: privación de poseer bienes y administrarlos. Además, el menor emancipado continuaría siendo capaz en los otros actos jurídicos que no presuponen la posesión y administración de los bienes. Así, verbigracia, tal como lo reconoce Salvat, puede contraer válidamente una obligación de m\$n 400.00 de modo que, si los acreedores no pueden vender sus bienes para hacer efectiva la obligación, en cambio pueden hacerlo cuando el emancipado llegue a la mayoría de edad, sin que este último pueda oponer la nulidad de la obligación alegando su falta de capacidad⁴.

3. El caso de la mujer emancipada. — Debemos aún puntualizar en esta materia de la legal autorización, aunque sea brevemente, la incidencia de la ley 11.357 sobre la condición de la mujer casada menor de edad. Esta "tiene los mismos derechos civiles que la mujer casada mayor de edad", con la salvedad de que, para hacer actos de disposición de sus bienes, necesita la venia del marido. . . . o autorización judicial" (art. 7 de la ley citada), por lo que parecería, ateniéndonos a la letra, que la mujer casada menor de edad, a diferencia del hombre emancipado, podría entrar, sin autorización previa, en la "posesión" y "administración" de sus bienes⁵.

Es menester aquí la consideración del alcance de esa norma

⁴ El razonamiento de Salvat es correcto frente a la prohibición del artículo 135 y con referencia a las deudas del menor que pasen de m\$n 300.000. Ver op. cit., 731 y 732. La Cámara Nacional de F. C. estableció que si el menor emancipado reconoce la deuda cuando llega a la mayoría de edad, aunque alegando haberla pagado, debe ser condenado a la totalidad —y no sólo hasta \$ 500— de no probar pago alguno (J. A. 1956, III, 324).

⁵ El artículo 7° dice textualmente: "La mujer casada menor de edad tiene los mismos derechos civiles que la mujer casada mayor de edad, con la salvedad de que para hacer actos de disposición de sus bienes, necesita la venia del marido cuando ésta sea menor de edad. Cuando el marido fuere menor de edad, o se negare a acordar su venia, la mujer necesitará la correspondiente autorización judicial".

frente a los artículos 10 y 13 de la ley de matrimonio. Para algunos autores², la disposición del art. 7º de la ley 11.357 deroga en lo pertinente los citados artículos de la ley de matrimonio. Para otros, a cambio, tal derogación no se opera³. Estos dos extremos de doctrina no niegan, por cierto, los matices intermedios.

Egrime la primera tesis los siguientes argumentos principales:

A. — El art. 7º citado introduce la diferencia entre actos de administración y actos de disposición. Para los primeros, la mujer casada mayor de edad tiene perfecta aptitud legal. Para los segundos, necesita la venia del marido o, si éste es también menor de edad, necesita la venia judicial.

B. — El texto legal es decisivo y no basta para enervarlo el citar consideraciones generales sobre la igualdad de los cónyuges o la supuesta "voluntad" del legislador, aparte de que entre los mismos cónyuges mayores de edad existen también diferencias, como la donación de bienes propios y la aceptación de la herencia con beneficio de inventario. Parece oportuno destacar que, si las diferencias son razonables, ellas reconocen raíz constitucional.

C. — Implícitamente, un derecho concedido por conducto de una ley posterior debe modificar necesariamente otro derecho, en el caso menor, de una ley anteriormente en vigencia.

Alega la segunda tesis estos argumentos centrales:

A'. — Una cosa es la capacidad que se adquiere por la emancipación y una muy otra la constituye la sanción contra el matrimonio celebrado sin la autorización legal. En el primer caso

² Así, Ochoa, verbigracia, pero refiriéndose en rigor a la desigualdad que ha traído la ley 11.357 con referencia a la mujer emancipada; Yocco, "Tratado de la capacidad jurídica de la mujer", Bs. Aires, 1943, págs. 462/3; Sávar, *op. cit.*, § 753, contiene referencias interesantes sobre el tema. Cabe añadir, con referencia al argumento "a pari", que la Constitución Nacional admite diferencias razonables dentro del principio de la igualdad jurídica. Confrontar voto de la minoría de la Corte Suprema en Fallos 246: 422, donde se desarrolla el principio.

³ Sávar, *op. cit.*, § 753; Busso, l. pág. 637; Soera, l. 32, afirmando en expresiones generales: —"comprensión valorativa" de la ley— y sosteniendo, de lege lata, la equiparación entre mujer y varón emancipados por virtud de una comprensión valorativa en la que jugaría la igualdad jurídica de los cónyuges mencionada en el texto de la Constitución Nacional sancionada en 1949, hoy sin vigencia, y otras normas del Código Civil vinculadas a la ley 11.357. Busso, G., *Fundamento de Derecho civil Argentino. Parte General*, n° 568, distingue entre actos de carácter patrimonial —en que rige el art. 135 del C. C.— y actos de carácter no patrimonial, donde el art. 7º de la ley 11.357 barra todas las "incapacidades de este tipo", colocando al hombre a su nivel. Azaña Castro, en cambio, acepta esta interpretación también para los actos de carácter patrimonial (Parte General, n° 613). Lavazza, por su parte, acepta la tesis de Busso en su monografía *La igualdad jurídica de los cónyuges*, Rev. Fac. de Derecho de Buenos Aires", año 1954, pág. 138; etc. etc. Busso, E., en un estudio que luce por el acopio de material informativo, formula consideraciones no del todo claras para criticar las diversas tendencias. Llama "racionalista" a lo que da primacía al Código Civil sobre la ley 11.357 y "empirista" a la otra, pero no se define conceptualmente. v. OMEBA, *voz "Emancipación"*.

rige la nueva ley. En el segundo, rige la ley primitiva.

B'. — El sentido de la ley, su idea fundamental, es la equiparación de la mujer con el hombre, pero nunca la desnivelación en favor de la mujer.

Entendemos que el artículo séptimo ha derogado los artículos del Código Civil que se le oponían, al margen de que, *de lege ferenda*, pueda o no considerarse injusta esa solución para la hipótesis concreta que estamos comentando. Pero, sin defecto de la consideración del problema en su incidencia sobre otros aspectos de la capacidad jurídica de la mujer —tema que excede esta introducción— nosotros entendemos que la sanción del art. 13 de la ley de matrimonio es clara en su fundamento y nada hace o tiene que ver con la capacidad en sí de la menor emancipada. Esta tiene o no más capacidad —no es el momento de analizar el tema—, que el menor emancipado. La tiene o no por la letra, justa o injusta, de la ley 11.357, cuyos errores técnicos y de otro linaje han sido puestos de resalto en diversas oportunidades. Pero esa capacidad mayor nacería cuando la menor emancipada se casa con autorización, es decir, cuando se emancipa por las vías normales. Cuando lo hace, a cambio, sin la autorización debida, la ley le sanciona de igual modo que al menor emancipado sin autorización, ya que el art. 7° debe ser interpretado razonablemente en la hipótesis normal de matrimonio autorizado⁷.

Finalizamos este aspecto de la ausencia de autorización expresando que, salvo la posesión y administración de sus bienes, el emancipado conserva toda la capacidad que la ley da al menor emancipado por la vía normal del matrimonio con autorización⁸.

⁷ No parece perfectamente ajustada a la lógica ese razonamiento. Aun cuando el artículo 7° menciona los "derechos civiles", lo hace en el sentido de "grado de aptitud" o de "capacidad" para celebrar actos jurídicos, así como aptitud para ejecutar otros actos o desempeñar ciertas funciones. Baste, esa capacidad que se reconoce a la mujer emancipada, que resulta así de mayor grado que la del menor emancipado, parte de una emancipación normal. No puede jugar en las hipótesis de emancipación irregular donde falta la autorización, ya que entonces debe darse lugar a la sanción de la ley que consiste en privarle de la posesión y administración de los bienes hasta la mayoría. Es de suponer que la falta de autorización se deba a serios motivos que inciden sobre la aptitud natural de una persona para ejercer, entre muchos otros, los importantísimos actos jurídicos que entraña la vida matrimonial. Con argumentos afines se pronunció Scazzari en el lugar citado. Si la norma viola el principio de igualdad constitucional o si la interpretación es la que transgrede la Constitución constituye materia a verse en otra oportunidad (además, ver nota 5).

⁸ El alcance del principio consiste en restar a la capacidad del menor emancipado los actos que requieren la posesión y administración de los bienes. Conforme Ocasio, *op. cit.*, pág. 301 y nota 36 de esa página. El tópico se ha de comprender más fácilmente cuando se analiza más en detalle la capacidad del menor emancipado. La Cámara de Apelaciones de Azul, Prov. de Bs. Aires, resolvió con disidencia del vocal Dr. Céspedes, que el art. 7 de la ley 11.357 no altera la prohibición al menor emancipado para actuar en sociedad "marito coeae" como parte (Rev. "La Ley", 4-62, pág. 362).

4. *Anulación del matrimonio.* — Al ocuparnos de la emancipación, vimos que el único medio legal para conseguirla era el matrimonio. Nos hemos referido, claro está, al matrimonio válido. Las razones de la emancipación aclaran debidamente la solución en el caso de un matrimonio ilegal. A la privación de los efectos que la ley considera queridos por las partes en el caso de matrimonio ilícito, accede, por falta de fundamento, la privación de los efectos de la emancipación misma.

A ese respecto, dice el art. 132 del Código Civil: "Si el matrimonio fuese anulado, la emancipación será de ningún efecto desde el día en que la sentencia de nulidad pase en autoridad de cosa juzgada".

La expresión legal, que se coloca en la hipótesis de que el "matrimonio fuese anulado", nos parece correcta al no dejar dudas con respecto a que comprende la peculiar división entre matrimonios "absolutamente nulos" y "anulables" (arts. 84 y 85 de la ley de matrimonio), pues se coloca en la hipótesis de la sentencia que pronuncie la *anulación*. Sólo podría objetársele que no aclara bien el sentido de la institución anulatoria, ya que ésta se refiere a los efectos y no al acto mismo que los produce; y que nada dice de los supuestos de la llamada "inexistencia de matrimonio". Claro está que esta última objeción sólo podría formularla quienes no acepten que esa "inexistencia" configura un caso de "nulidad" y no una figura autónoma⁹.

El art. 132, a diferencia de otras normas que el Código contiene en materia de "nulidades", puntualiza el comienzo de las consecuencias anulatorias contenidas en la resolución judicial desde que ésta "pase en autoridad de cosa juzgada", es decir, desde que la sentencia quede firme, sea irrecurrible¹⁰. La razón parece obvia. No se trata de una "sentencia constitutiva", como se ha dicho usando un concepto de derecho procesal que no es acep-

⁹ Boveri Boncompagni, Luis M., *Estudios jurídicos*, Primera serie, B. A., 1960, págs. 219 y sigs., págs. 237 y sigs.

¹⁰ Por lo manifestado en la nota anterior, conceptuamos que no se debe el momento de tratar el dicho problema de la retroactividad o irretroactividad en materia anulatoria. Sin defecto de su estudio oportuno diremos que un artículo general, el 1046, establece típicamente la irretroactividad; el 1050, también de modo literal, establece la retroactividad y el artículo 88 de la ley de matrimonio dispone también, junto con normas afines de la misma ley, el principio de irretroactividad. Esta sola mención es bastante para acreditar la dificultad del tema.

Frente a ellas y cualquiera fuere el alcance de la retroactividad, es lo cierto que la privación de ciertos consanguíneos solamente podrá operarse desde que el pronunciamiento quede firme. Ello importa, como lo decimos en el texto, la firmeza de los actos hechos por el consanguíneo antes de la anulación. (Cf. Boveri Boncompagni, L. M., *Estudios jurídicos*... cit. págs. 219 y sigs.).

taño sin discusión¹¹. Pero resulta justo y lógico que permanezcan estables los actos celebrados por los menores mientras no se ha decretado la nulidad del matrimonio que les llevó a la emancipación y aún cuando esa anulación se hubiera ya solicitado y el debate estuviere en el instante anterior al de la cosa juzgada. Sólo así se ha de amparar por igual a los terceros y al cónyuge de buena fe. Sólo de ese modo se rinde debido tributo a la doctrina, en ocasiones discutida con razón, de la apariencia jurídica¹².

Con referencia a los terceros, se ha pretendido ver su protección hasta que la sentencia se inscribiese en el Registro del Estado Civil. Cosa semejante propuso Freitas, pero no lo siguió Vélez en el art. 132. Se ha sostenido, con todo, que tal solución cubriría a tenor del art. 105 de la ley de matrimonio¹³. Nos limitamos a la mención de esta tesis, porque se trata de una materia ajena al objeto central de nuestro estudio¹⁴.

5. El matrimonio "putativo".—Es interesante el problema que plantea el denominado "matrimonio putativo". Como se sabe, es éste el que contraen ambos cónyuges, o bien uno de ellos, de buena fe pero en contra de los preceptos legales¹⁵.

Al paso que una doctrina sostiene que el cónyuge de buena

¹¹ Es notorio que, sin defecto de clasificaciones discrepantes, hay una corriente procesal que divide a las sentencias en "declarativas", "constitutivas", "condematorias" o "de condena", como puede verse en cualquiera de los innumerables tratados sobre la materia. Para una crítica formulada en el país de esta clasificación tripartita ver BUSTAMANA, ENRIQUE E., *Clasificación de las sentencias civiles*, en Revista de Derecho Procesal, año VI, núm. 1, págs. 74 y sigs. La expresión "de carácter constitutivo" con referencia al problema del test, pertenece a BUSTO, op. cit., pág. 639, donde recuerda a Chiavassa.

¹² Un matrimonio con toda la anterioridad de tal vive el denominado *bono fidei* de los terceros en la que ha decidido la solución acertada de la ley. Quien contrae con los esposos reputándoselos capacitados por emancipación, debe de ser protegido por la ley.

El principio contiene fecundas soluciones que el Código ha cristalizado en normas diversas. Así: artículos 294, 712, 970, 1865, 1866, 2110, 2309, 2310, 2429, 2524, 2542, etc., para no citar sino algunas de las que la doctrina y la jurisprudencia mencionan al respecto. Ver, asimismo, FERRERAS, II, pág. 362, última edición del Tratado de las Sucesiones; ALFARO, ALFARO, II, *El principio de la buena fe en el proyecto de reformas de 1925*, Buenos Aires: SORO, op. cit., pág. 149.

¹³ Así lo sostiene SORO, op. cit., pág. 170/1, con razonamientos detallados y no del todo compartibles; BUSTO, op. cit., pág. 640; FREITAS, art. 68; LAMARCA, I, pág. 282.

¹⁴ Se trata de una materia vinculada estrechamente al Derecho Procesal y a la organización administrativa de los registros.

¹⁵ Sobre matrimonio putativo, denominado también "*quasi conjugium*" ver BUSTO, J. C., *Instituciones de la familia*, ERA, II, pág. 224-25. Es sabido que la doctrina ha elaborado por el Derecho Canónico. En nuestra ley de matrimonio se regula la materia en los artículos 97 y sigs. El fundamento por el que se protege al cónyuge que se casó de buena fe es incontestable.

fe debe de seguir emancipado, haya o no hijos ¹⁴, otra alega que esa emancipación sólo deberá operarse cuando haya hijos ¹⁵, mientras que otra, todavía, aboga porque la tal emancipación no se opere en caso alguno, haya o no buena fe, hubiere o no hijos ¹⁶.

La primera tesis se ha fundado primordialmente en los siguientes puntos de vista:

A. — La ley no distingue y nosotros, de acuerdo a la vieja máxima, no debemos distinguir.

B. — El matrimonio celebrado de buena fe produce todos los efectos y, entre ellos, se encuentra el de la emancipación.

Los que sostienen la segunda doctrina alegan fundamentalmente:

A. — Que el art. 88, inc. 3º de la ley de matrimonio sanciona al cónyuge de mala fe con la privación de los derechos de patria potestad pero le carga sus obligaciones, lo que importa reconocerle los derechos al cónyuge de buena fe.

B. — Esa solución guarda armonía con el fundamento mismo de la institución, ya que los derechos y deberes matrimoniales, sobre todo con respecto a los hijos, exigen que subsista la emancipación del menor para así cuidar los intereses de aquéllos.

Los que abogan por la última tesis, entienden fundamentalmente que la anulación del matrimonio hace de ningún efecto la emancipación, puesto que desaparece la causa — el matrimonio — y, por ello, debe desaparecer la consecración; también que en el matrimonio putativo los efectos se producen hasta la sentencia de "anulación"; y que, en fin, si el menor vuelve a la potestad paterna o pupilar, no puede gobernar sus propios hijos bajo la patria potestad.

Nosotros entendemos que la razón legal de la emancipación por vía de matrimonio no puede dejarse de lado en forma alguna. Dijimos ya que el cónyuge necesita, aun en su minoridad, que se le quiten ciertas restricciones para poder desempeñar ade-

¹⁴ Ossa, *op. cit.*, pág. 303; Sáyar, *op. cit.*, 96 756; Broussol, I, nota a su artículo 977; Soria, *op. cit.*, pág. 74, que coinciden pero por conductas de distintos fundamentos.

¹⁵ Méndez y Jorcano, notas respectivas al artículo 132; Ossa, *op. cit.*, pág. 304; y nota de la pág. 302, donde refuta la distinta fundamentación de los autores contrarios y apoya la propia. Búso expone las diversas doctrinas sin tomar partido (comentarios al art. 132).

¹⁶ Larrosa, comentario al art. 132; Guzmán, I, núm. 215; Ossa critica esas opiniones en la nota 39 de pág. 303. Debemos agregar que la doctrina francesa se inclina por preferencia, sin un texto como el nuestro, por la nulidad del matrimonio para el cónyuge de buena fe. Así Armar et Bar, I, § 241; Lacombe, *Principes du droit civil français*, Bruselas, París, 1898, V, § 135; Hoc, *Commentaires théoriques et pratiques de code civil*, París, 1892, III, § 466; Baumet-Lacourrière et ... , V, § 861; Planchon-Seyret, I, § 618, *et.*, *etc.*

cundamente las actividades que comporta la vida conyugal (usando las facultades, derechos y obligaciones correspondientes).

Esas actividades se refieren al cónyuge y a los hijos. Anulado el matrimonio, desaparece la causa de la emancipación, se disuelve el vínculo y, con él, esos derechos, esas facultades y esas obligaciones de que hablamos hecho mención. Pero habiendo hijos, el padre y la madre deben proseguir con sus derechos, facultades y obligaciones. Por ello la ley distingue entre buena y mala fe, privando de la patria potestad en la hipótesis de esta última, pero dejando subsistentes las obligaciones; con lo que, de modo implícito, reconoce los derechos, facultades y obligaciones del cónyuge de buena fe.

La doctrina, como se vió, divide sus preferencias entre las hipótesis de buena y de mala fe, salvo la corriente abandonada que no reconoce la subsistencia de la emancipación en caso alguno.

A nuestro modo de ver, el sentido legal ha sido integrado con el que surge de los arts. 87 y 88 de la ley de matrimonio civil, que fijan normas amplias para las hipótesis de buena fe de ambos cónyuges o bien de uno solo de ellos.

Entendemos que la doctrina parte del equívoco siguiente: considera que la privación de efectos de la emancipación ante la sentencia anulatoria es solamente un castigo, sin percatarse que, en buena medida, es una protección ante quien sería incapaz relativo por principio, de no haberse casado, y que vuelve a serlo porque ese matrimonio no le ha hecho contraer ciertas responsabilidades incompatibles con el régimen del menor adulto no emancipado.

Ante ese principio superior, parecería que las distinciones entre la buena y la mala fe pierden sentido en la esencia aunque le conserven de grado. Así, mayor necesidad de subsistencia de la emancipación tiene la hipótesis de buena fe. Pero si la de mala fe carga con las obligaciones que integran la patria potestad, debe concluirse en que también necesita de la emancipación para desempeñarla adecuadamente mediante el ejercicio sincronizado de los derechos que aquélla presupone.

Pero esas razones, evidentemente sugestivas, pierden su fuerza legal ante la diferencia que la misma ley formula respecto a los cónyuges de buena y de mala fe. Las obligaciones que este último tiene con respecto a la patria potestad no son tan amplias como el plexo de derechos, facultades y deberes que integran esta última, de modo que la situación de menor adulto no emancipado es bastante amplia como para atender aquellas obligaciones, al paso que no lo sería para el cumplimiento íntegro de la patria potestad.

En cuanto al caso de que ambos cónyuges lo sean de mala fe, se justifica la no emancipación porque ese matrimonio "no

producirá efecto civil alguno" (art. 89 de la ley de matrimonio), texto excesivo pero bien cercano a la idea central que quiso expresar¹⁸.

Sostenida la procedencia de declarar subsistente la emancipación para que el o los cónyuges de buena fe puedan cumplir con las funciones matrimoniales conferidas por la ley aún después de disuelto el matrimonio (arts. 88 y 89 de la ley citada), corresponde indagar si, como lo sostienen algunos, constituye requisito esencial la existencia de los hijos.

Para los otros, la existencia de los hijos podrá conferir mayor fundamento a la subsistencia de la capacidad derivada del matrimonio de un menor; pero esta capacidad siempre será necesaria aun cuando no hubiere hijos, ya que subsisten ciertas obligaciones matrimoniales, como la de prestar alimentos (art. 87, inc. 1^o de la ley citada).

A modo de síntesis, podríamos terminar este aspecto importante de la emancipación afirmando: debe distinguirse entre la buena y la mala fe del cónyuge, no tanto porque se trate de una sanción, sino cuanto porque las obligaciones, facultades, derechos y deberes matrimoniales no subsisten o lo hacen de modo infimo en el cónyuge de mala fe. En otras palabras, porque las posibilidades del de mala fe quedan como un impulso, diremos de inercia, del movimiento propio de la institución matrimonial.

6. *La irrevocabilidad.* — Entre los caracteres de la emancipación ha de mencionarse una muy importante calidad jurídica: su irrevocabilidad.

La nueva situación jurídica que ocupa el menor no se halla sujeta a las variaciones de su conducta, a la comprobación constante de que, contra lo supuesto, el menor se caracteriza por ineptitud para ejercer las actividades jurídicas que le permite la emancipación. Es decir que, cualquiera sea el evento durante el matrimonio, la emancipación permanece firme, ya aparezca como bien o mal concedida en atención a la conducta del menor.

La irrevocabilidad de la emancipación no se detiene ahí. Si el matrimonio, fuente única de la emancipación en el Código Civil argentino, se disuelve por muerte de uno de los cónyuges dentro del período de la minoridad, la emancipación subsiste inalterable. Dice a esos efectos el art. 133 del Código Civil: "La emancipación

¹⁸ Es evidente —y nosotros lo hemos dicho en numerosas oportunidades— que la creación total de efectos jurídicos se trata de un acto de estricto derecho. En los procesos analíticos se opera la atribución de los efectos que la ley considera "queridos" por las partes mediante otros efectos "queridos" por la ley. El mismo artículo 89 de la ley de matrimonio, establece, por de pronto, las consecuencias analíticas. El artículo quiso expresar que el matrimonio anulado, celebrado de mala fe por ambos cónyuges, no produce efecto civil alguno como matrimonio válido, ni alcanza las consecuencias limitadas del contrato de buena fe.

es irrevocable, y produce el efecto de habilitar a los casados para todos los actos de la vida civil, aunque el matrimonio se disuelva en su menor edad por muerte de uno de ellos, tengan o no hijos⁸⁰.

Esta solución, como se reconoce comúnmente, es de alcance universal. Las leyes extranjeras que admiten la revocabilidad, sólo la establecen para la emancipación voluntaria⁸¹.

El Código no prevé en este artículo la hipótesis del divorcio, pero el art. 73 de la ley de matrimonio, a cambio, sí lo hace de modo expreso. Dispone este artículo: "Si la mujer fuese mayor de edad, podrá ejercer todos los actos de la vida civil.

Cualquiera de los cónyuges que fuese menor de edad, quedará sujeto a las disposiciones de este Código, relativas a los menores emancipados". Es decir, que en la segunda parte se encuentra la solución legal para el caso de divorcio. Subsiste el régimen de emancipación. La nueva ley que instituyera, en medio de gran deficiencia técnica, el divorcio vincular, alteró la solución mencionada. Pero sus efectos fueron suspendidos el 1º de marzo de 1936⁸².

Las líneas que anteceden nos introducen en el tema de la emancipación civil. Una vez en él corresponde desarrollar problemas de gran interés que excederían lógicamente esta introducción.

⁸⁰ ORSINI anota que la misma doctrina francesa, ante el silencio del Código de ese país, distingue la hipótesis de la emancipación voluntaria y de la involuntaria a efectos de la revocabilidad respectiva. También anota lo que expresa la doctrina italiana. Nosotros agregamos que el artículo 395 del nuevo Código de Italia, sanciona expresamente la revocabilidad de la emancipación voluntaria y sanciona tácitamente la irrevocabilidad de la emancipación legal, ver ROSSIGNI, G. G., *La applicazione delle leggi in generale e il diritto delle persone*, Milano, 1930, págs. 427/8.

⁸¹ Ver arts. 68 del texto reformado. La ley n° 14.394 constituye uno de los exponentes más claros de la impresión en materia legislativa. No es, ni con mucha, su único defecto. A la inversa, es uno de los muchos que contiene. Basta afirmar que leguló —y de manera discriminatoria— sobre cinco materias autonómicas. Su irregular protección adelantaba ya el resultado.

Después de la legislación sobre ausencia con presunción de fallecimiento y a partir de un "punto y seguido", establece el divorcio vincular (art. 31). La incidencia de ese artículo sobre la emancipación nos parece real. Si se disuelve el vínculo, uno de los efectos, como en el caso de anulación, será extinguir la emancipación para el cónyuge de mala fe y conservarla en beneficio del de buena fe, hijo o no hijo. En el caso de que hubiere culpabilidad concurrente, la solución más equitativa sería extinguir la emancipación para ambos cónyuges. Habida cuenta del interés de los menores en el caso de que existieran hijos, con todo, convendría relacionar el tema con la tenencia de ellos.

El 1º de marzo de 1936 el S. Gobierno de la Nación, invocando potestades ejecutivas y legislativas dictó un decreto-ley por el que se suspendían los efectos del divorcio vincular.