

LA CODIFICACIÓN

ÓSCAR CRUZ BARNEY

COORDINADOR



EDITORIAL PORRÚA
AV. REPÚBLICA ARGENTINA 15



UNIVERSIDAD
IBEROAMERICANA

MÉXICO, 2006

Primera edición, 2006

Copyright © 2006 por:

ÓSCAR CRUZ BARNEY
Paseo de la Reforma 369-5
Col. Cuauhtémoc, 06500, México, DF

Esta edición y sus características son propiedad de la
EDITORIAL PORRÚA, SA de CV 8
Av. República Argentina 15 altos, col. Centro,
06020, México, DF
www.porrúa.com

Queda hecho el depósito que marca la ley

Derechos reservados

ISBN 970-07-6418-4

IMPRESO EN MÉXICO
PRINTED IN MEXICO

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	XI
I. INTRODUCCIÓN: LA CODIFICACIÓN.	1
ÓSCAR CRUZ BARNEY	
1. La Codificación	1
2. Las Codificaciones en particular	6
II. LA CONSTITUCIÓN EN EL TIEMPO Y LA CONSTITUCIONALIZA- CIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO: UNA NOTA.	11
MIGUEL CARBONELL	
1. Introducción: el tiempo constitucional	11
2. Configurar el futuro, recordando el pasado	12
3. Los principios y las constituciones abiertas.	14
4. El lugar de la política constitucional.	15
5. Europa, por ejemplo.	17
III. CONSTITUCIÓN Y CÓDIGO. ACERCAMIENTO A UNA RELACIÓN AMBIVALENTE.	21
RAFAEL ESTRADA MICHEL	
1. Un replanteamiento fioravantiano	21
2. Una historia americana	23
3. El Código y el estatalismo	25
4. Todo cabe en un jarrito barroco	27
5. Conclusiones	31
IV. LA CODIFICACIÓN PROCESAL CIVIL Y PENAL EN CÓRDOBA, REPÚBLICA ARGENTINA	33
LUIS M. ZARAZAGA	
1. Los códigos de procedimientos civiles para la provincia de Córdoba	34
2. El Código de 1896	35

b) Celeridad

Procura acortar los trámites del proceso, se establece una plazo máximo de duración, se mantienen los plazos fatales y se abrevian los términos de la investigación penal preparatoria.

Con el mismo propósito se regulan los procedimientos de investigación y juicio abreviado para los casos de flagrancia confesión.

Se acuerda el Juez Correccional competencia en delitos de acción privada.

c) Participación ciudadana

La constitución de Córdoba de 1987 y la Constitución de 1853 establecían que los tribunales se integraran además de los Jueces Técnicos con jurado que este nuevo código lo consagra a pesar de la resistencia del fuero partidario exclusivamente de los jueces técnicos.

Se implementa también la participación del querellante privado en orden del ejercicio de la acción penal pública lo que significa un cambio sustancial del Código de 1939.

d) Acentuación del método acusatorio

La Estructura general del nuevo procedimiento se aleja del sistema de Vélez Mariconde, en el que el Órgano Jurisdiccional era el inquisidor trasladando al órgano requirente el protagonismo activo y oficioso de la búsqueda de la verdad.

Como lo expresé anteriormente se produce un nuevo diseño de roles teniendo a su cargo el Ministerio Fiscal, la investigación preparatoria destinadas a reunir las pruebas necesarias para fundar la acusación mientras que el juez de Instrucción y la Cámara de Acusación por vía del recurso sólo controlara la observancia de las garantías individuales y el sustento probatorio de aquélla.

Este Código al igual que el de 1939 tuvo trascendencia en el orden nacional ya que sirvió de base al Código de las provincias de Buenos Aires, Entre Ríos, La Rioja etc.

Con esta breve síntesis de la codificación procesal penal y civil en la provincia de Córdoba, República Argentina he querido colaborar en esta conmemoración.

V. RECOPIACIÓN, CODIFICACIÓN, DESCODIFICACIÓN Y RECODIFICACIÓN. PERMANENCIAS Y CAMBIOS EN EL DERECHO DE FAMILIA ARGENTINO*

VIVIANA KLUGUER**

No hagas muchas pragmáticas; y si las hicieres, procura que sean buenas, y sobre todo, que se guarden y cumplan; que las pragmáticas que no se guardan, lo mismo es que si no lo fuesen; antes dan a entender que el príncipe que tuvo discreción y autoridad para hacerlo, no tuvo valor para hacer que se guardasen; y las leyes que atemorizan y no se ejecutan, vienen a ser como la viga, rey de las ranas; que al principio las espantó, y con el tiempo la menospreciaron y se subieron sobre ella.

Miguel de Cervantes, *El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha*, parte 2°, cap. LI.

Recopilar, codificar, descodificar y recodificar son distintas formas de fijar el derecho.

El objeto del presente trabajo consiste en efectuar una recorrida por las primeras sistematizaciones del derecho que rigió en la República Argentina con anterioridad a la sanción de su Código Civil, con especial énfasis en el derecho de familia, para pasar luego a la codificación como fenómeno jurídico moderno y al tratamiento del derecho de familia en el plan general de nuestro codificador. Continuamos con los caminos por los que el derecho de familia argentino transitó a partir de la consagración de sus principios en el referido código, a la luz de los procesos nacionales y extranjeros de descodificación, recodificación y cons-

* Agradezco a los Doctores Luis Moisset de Espanés, José Atilio Álvarez, Roberto Andorno y Noemí Nicolau sus sugerencias sobre el material bibliográfico para el presente trabajo. A la Dra. Nérida Liparoti por sus valiosos comentarios a versiones preliminares del mismo.

** Universidad de Buenos Aires. Profesora de Historia del Derecho. Universidad del Museo Social Argentino.

titucionalización, para finalizar con un análisis de cómo incidieron estos movimientos centrípetos y centrífugos en lo relativo a las permanencias y cambios en el derecho de familia argentino.

1. INTRODUCCIÓN

Antiguamente los documentos se conservaban en grandes rollos de papel que los contenían íntegramente, pero luego, para facilitar su consulta, esos grandes rollos se separaban en hojas más pequeñas, que se unían por uno de sus lados.

De esta forma nació el libro, o el *codex*, que es el padre del libro actual. Para Moisset de Espanés, la palabra *codex* o *códice* nace para denominar a una nueva forma de presentar los trabajos escritos. A partir de este origen, hoy en día se conoce como *código* a la compilación de leyes, efectuada de manera sistemática, que procura reunir en una sola obra todo el saber o conocimiento relativo a una rama del derecho.¹

La codificación pertenece, según Alejandro Guzmán, a un género más amplio de fenómenos que llama de *fijación del derecho* y que consiste en la sistemática reunión formal o sólo material de un conjunto disperso de fuentes en un cuerpo único o código que las reemplaza. En este orden de ideas, el código es el libro resultante, o sea el *texto fijador*.

Para Guzmán la codificación es una constante en la evolución de todo derecho, determinada por el ciclo dispersión-unificación de fuentes. Sin embargo, según el mismo autor, se dan varias maneras concretas de fijación, precisadas por el específico concepto de sistema que se adopte; por el tipo de fuentes reunidas, —ya que es diferente fijar costumbres, leyes o doctrinas—, o por el carácter puramente formal o material de la colección, pues la primera conduce a las recopilaciones y la segunda a obras nuevas.

La historia del derecho ofrece una variada gama de fijaciones. En este sentido, la codificación es uno de los tantos tipos de fijación: fijación bajo la forma de codificación.²

En igual orden de ideas se ha afirmado que ni los códigos sancionados por la autoridad han sido la única forma de sistematización de lo justo y de lo injusto, así como que tampoco los códigos han sido siempre lo que desde el siglo XIX hemos tenido por tales.³

¹ MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Codificación Civil y Derecho comparado*, Zavallia Editor, Buenos Aires, 1994, p. 193.

² GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 15.

³ SANZ, Carlos Raúl, "La codificación: sus raíces y prospectiva. Presentación del primer ciclo", *La Codificación: Raíces y prospectiva*, I. El código Napoleón, EDUCA, Editorial de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2003, p. 16.

Creemos que por ello Ramos Núñez ha sostenido que se pecaría de anacronismo si se conjeturara que la codificación es un fenómeno del mundo antiguo o medieval o propio de cualquier civilización que haya condensado sus normas coercitivas, por lo que "podría hablarse, en consecuencia, de Códigos, mas no de codificación".⁴

A diferencia de la recopilación, y siguiendo a Díez Picazo, la codificación es ante todo un intento de racionalización del mundo jurídico en cuanto mundo normativo y persigue una perfección cuantitativa —en cuanto intenta reducir el número de normas al condensarlas en un único cuerpo; y cualitativa, en tanto se busca mejorar su inteligibilidad—.⁵ Noemí Nicolau ha afirmado que un código es el cuerpo que contiene las *claves* de una rama del derecho, dispuestas ordenadamente y de las que pueden ir deduciéndose otras reglas.⁶ La descodificación, por el contrario, es el proceso de regulación de nuevas instituciones o de modificación de las ya existentes, mediante leyes especiales que en definitiva van sustrayendo ciertas materias de los códigos para regirlas conforme las nuevas pautas o creando nuevas figuras jurídicas que originariamente no estaban presentes en ellos. Por otro lado, recodificar es sistematizar las instituciones o materias que habían salido de los códigos, en cuerpos de leyes metódicos.

2. LAS PRIMERAS FIJACIONES DEL DERECHO ARGENTINO: EL DERECHO CASTELLANO-INDIANO⁷

Los países de América Latina son herederos de una rica tradición jurídica que ya existía desde antes de la época del descubrimiento de América: se trata del derecho castellano y lusitano que rigió en mayor o menor medida hasta la codificación de los distintos derechos nacionales.

Es que en el Nuevo Mundo, desde muy temprano —comienzos del siglo XVI—, se fundaron universidades y tribunales civiles y religiosos que sentaron las bases de un importante desarrollo jurídico.

¿Cuál era, y porqué, el derecho que regía en el Río de la Plata al comenzar a aplicarse el Código Civil redactado por Vélez Sarsfield? ¿Cómo estaba, si lo estaba, sistematizado el derecho de familia?

⁴ RAMOS NÚÑEZ, Carlos: *La codificación: impulso moderno de la familia romanista*. En <http://comunidad.derecho.org/pandectas/no200003/cramos.htm> del 20/05/04.

⁵ Cit. por RIVERA, Julio César, *La recodificación: un estudio de derecho comparado*. En http://www.alterini.org/tonline/to_jcr2.htm del 30/05/04.

⁶ NICOLAU, Noemí I., "Aproximación axiológica a los procesos de codificación, descodificación y unificación del derecho privado argentino." *El Derecho*, t. 128. pp. 751-760.

⁷ Nos hemos referido al tema en nuestro trabajo: "¿Existió un derecho de familia indiano?" *XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios*, t. I. Puerto Rico, 2003. pp. 185-226.

Al incorporarse políticamente las Indias a la Corona de Castilla, y atento a que las tierras recién descubiertas habían sido concedidas, documentos pontificios mediante, a los Reyes Católicos y a sus descendientes en el trono de Castilla, éstas pasaron a formar parte del territorio castellano y sus habitantes, a ser considerados vasallos, al igual que los peninsulares de este reino.

Por lo tanto, no se intentó una estructuración jurídica nueva de las tierras recién descubiertas, y por el contrario, se quiso trasladar el orden jurídico indiano al Nuevo Mundo, en tanto las peculiares condiciones de vida de éste lo permitieran.

En consecuencia, la regulación jurídica de la familia en el Río de la Plata desde fines del siglo XVI y hasta la codificación, se estructuró alrededor del derecho castellano, integrado por dos tipos de fuentes: el derecho canónico y el derecho secular.

A falta de una legislación específica, y a pesar de su subsidiaridad, el derecho castellano se aplicó mucho en Indias, sobre todo en materia de derecho privado, penal y procesal, en los que las disposiciones indianas propiamente dichas fueron escasas.

Este derecho castellano tenía como una de sus fuentes y modelos a un tipo de legislación del estilo *recopilador*, como lo eran el Código Gregoriano, Hermogeniano, Teodosiano y Justiniano, el Ordenamiento de Montalvo, las Leyes de Toro y la Nueva Recopilación de 1567.

La *estirpe* de este derecho castellano era sin duda la tradición jurídica del *ius commune* —el derecho común europeo—, cuyas bases habían sido el derecho romano y el derecho canónico. Este desarrollo del derecho común en Europa no lo había sido exclusivamente sobre la base de la recepción del *Corpus Iuris*, sino de la del método científico propio del *ius commune*, es decir, del de los *glosadores* y, en particular, de los *comentaristas*, que fueron quienes incorporaron el estudio de los derechos locales, las costumbres y las prácticas mercantiles. El *ius commune* fue más que un sistema normativo de aplicación directa: fue un sistema racional, de conceptos jurídicos, que hizo posible la supervivencia del derecho romano no a través de sus normas, sino de sus conceptos y sus instituciones, en su consideración como *ratio scripta*.⁸

Fue a través de este proceso que juristas de distintos territorios pudieron absorber estos principios y que sus obras jurídicas pudieran ser editadas en ciudades distintas y lejanas en el espacio y en el tiempo de su lugar de origen. Es en este sentido que podemos afirmar que el *ius*

⁸ VAQUER ALOY, Antoni, *La vocación europea del derecho civil. Reflexiones sobre la oportunidad de un Código civil europeo*. En http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/lavocacion.doc del 2/06/04.

commune constituye la base de nuestros actuales ordenamientos jurídicos civiles nacionales.

Desde fines de la Edad Media el derecho castellano comenzó a crecer en forma inmoderada, lo que hizo sentir la necesidad por parte de la Corona y los juristas de efectuar un trabajo de recopilación para facilitar su conocimiento, estudio y aplicación. Los esfuerzos recopiladores fueron tanto públicos como privados, y consistieron en un intento de recoger el derecho vigente de los distintos reinos, ya sea por orden cronológico o sistemático.

Ante la profusión y diversidad de tantos ordenamientos castellanos, se estableció un orden de prelación: primero, el derecho territorial del reino, integrado por las normas contenidas en los ordenamientos y las disposiciones reales y recogido en las diversas recopilaciones; segundo, los fueros municipales, en aquello en lo que venían utilizándose y mientras no se opusieran a la ley divina, a la razón o a las normas recopiladas y tercero, las Partidas.⁹

En lo que respecta al derecho indiano, la gran cantidad de normas que se fueron dictando durante el transcurso del tiempo y las dificultades de conocerlas a todas, determinó la necesidad de proceder a su recopilación metódica. Este procedimiento fue llevado a cabo tanto desde la Península como en las Indias, y concluyó en 1680 cuando Carlos II la promulgó como Recopilación de Leyes de Indias.

3. LA REGULACIÓN DE LA FAMILIA EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS CASTELLANO-INDIANOS

Si bien para algunas instituciones fueron surgiendo una serie de normas dictadas desde la Península o en las Indias para regir situaciones nuevas o para adaptar el derecho castellano a la diversa realidad indiana, la presencia del derecho castellano fue mayor en lo que respecta al derecho de familia, porque conforme Victoria Chenault,

...las cuestiones que giran alrededor del sexo y la familia han sido las que deben haber cambiado más lentamente por pertenecer al aspecto más privado de la vida en sociedad.¹⁰

En materia de familia, regían dos tipos de fuentes: el derecho secular y el derecho canónico. Las seculares eran el Fuero Juzgo, el Fuero Real,

⁹ GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, Miguel Ángel, *Un mestizaje jurídico: el derecho indiano de los indígenas*. Estudios de Historia del Derecho, Madrid, 1995, p. 13.

¹⁰ CHENAULT, Victoria, "Honor y ley: la mujer totonaca en el conflicto judicial en la segunda mitad del siglo XIX", *Familias y mujeres en México: del modelo a la diversidad*. González Montes Soledad y Tuñón, Julia, compiladores, El Colegio de México, México, 1997, pp. 111-160.

las Partidas, las Ordenanzas Reales de Castilla u Ordenamiento de Montalvo, las Leyes de Toro, la Nueva Recopilación de las Leyes de España y la Pragmática sobre el matrimonio de los hijos de familia de 1776. Las principales fuentes canónicas eran las Decretales del Papa Gregorio IX y los cánones pertinentes del Concilio de Trento (1545-1563).

Por su parte, la Recopilación de Leyes de Indias de 1680 se ocupó de la familia al regular las consecuencias legales que se derivaban de un nuevo *status* surgido del descubrimiento de América: el casado ausente.¹¹

A. EL MATRIMONIO¹²

El Fuero Juzgo, un ordenamiento del siglo XIII, era la traducción al romance del *Liber Iudiciorum*, dictado por los visigodos en el siglo VI. Se ocupaba de las *arras*, de la autorización para contraer matrimonio, del matrimonio de la viuda, de la unión entre y con sierva, del contraído en ausencia del marido, y del matrimonio efectuado por el hijo contra la voluntad del padre.¹³

También del mismo siglo XII era el Fuero Real, dictado por Alfonso el Sabio con el objeto de unificar los derechos locales, inspirado en los fueros anteriores y en el *ius commune*. Contenía disposiciones sobre el matrimonio de la huérfana, el de la viuda, el contraído sin el consentimiento del padre, sobre la bigamia, así como normas sobre el matrimonio celebrado por la mujer estando el marido ausente, el adulterio, y el matrimonio con el esclavo.¹⁴

Entre 1256 y 1260 el rey Sabio dictó el Código de las Siete Partidas, cuya cuarta partida se ocupaba del matrimonio. La fuente de estas disposiciones fueron las Decretales. Contenían la definición de matrimonio, la etimología de la palabra, las consecuencias del matrimonio, sus fines, la capacidad para contraerlo, algunos deberes y derechos entre cónyuges —como el de asistencia y fidelidad—, los impedimentos, el matrimonio clandestino y el de los siervos.

Exigían el mutuo consentimiento de los contrayentes con la intención de vivir juntos, para que quedara perfeccionado el matrimonio. Los mudos podían contraer matrimonio, "porque aunque este consenti-

¹¹ *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*, Libro 1, tít. 3, Boix Editor, Madrid, 1841.

¹² Nos hemos referido extensamente al matrimonio en nuestro libro *Escenas de la vida conyugal. Los conflictos matrimoniales en la sociedad virreinal rioplatense*. Quorum-Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, 2003 (en adelante *Escenas*).

¹³ *Fuero Juzgo*, tít. 1, libro 3, en *Los códigos españoles concordados y anotados*, Imprenta de la Publicidad, Madrid, 1849. Todas las citas de los ordenamientos legales castellanos corresponden a esta edición, salvo que se indique expresamente otra edición.

¹⁴ Tít. 1, libro 3.

miento suele manifestarse por palabras, se puede manifestar suficientemente por señales". No era válido el matrimonio que se contrajese por error en la persona de uno de los contrayentes, así como con miedo o fuerza. El varón debía tener 14 años y la mujer 12 para que pudiera celebrarse válidamente el matrimonio.¹⁵

Se debía celebrar libre de todo impedimento. Éste era todo requisito cuya presencia o ausencia, según los casos, hacía que el matrimonio fuera jurídicamente nulo, o cuando menos, que se hallase jurídicamente prohibido, es decir, fuera ilícito.

Se distinguían dos especies de impedimentos, según sus efectos sobre la validez del matrimonio: los impedimentos dirigentes, que anulaban el matrimonio; y los impedientes, que lo hacían ilícito, y a quienes lo contraían, pasibles de sanciones, sin llegar a invalidarlo. Las Partidas se ocupaban, además del error y la fuerza, del parentesco o consanguinidad, del voto solemne de castidad, de la afinidad, del parentesco espiritual, la pública honestidad, el adulterio u homicidio del cónyuge, la disparidad de culto, el rapto y la impotencia para procrear.¹⁶

Dos siglos más tarde las Ordenanzas Reales de Castilla u Ordenamiento de Montalvo (1484) dispusieron acerca de la publicidad de los matrimonios y el régimen patrimonial del matrimonio, mientras que en 1505 las Leyes de Toro se ocuparon del matrimonio clandestino.¹⁷

Por su parte, el Concilio de Trento ordenó y sistematizó toda la doctrina del matrimonio, reafirmando su unidad, su indisolubilidad y su carácter sacramental así como la jurisdicción exclusiva de la Iglesia sobre las cuestiones matrimoniales.

En 1567 se promulgó la Nueva Recopilación de las Leyes de España, que legisló sobre el matrimonio clandestino, el de las viudas, y el régimen patrimonial del matrimonio.¹⁸

En lo que se refiere a este último, existía un régimen de bienes de propiedad de la mujer, constituido por donaciones esponsalicias, arras entregadas por el marido, dote y bienes parafernales; otro de propiedad del marido, consistente en bienes propios y arras entregadas por la mujer; y de bienes gananciales. La fuente de este régimen eran las Leyes de Estilo, las Partidas, las Leyes de Toro y la Recopilación de las Leyes de España de 1567.¹⁹

¹⁵ *Partida* 4, título 2, ley 5; (en adelante "P" para Partida; "t" para título; "l." para ley); P. 4, t. 1, l. 6.

¹⁶ P. 4, t. 2, l. 10 a P. 4, t. 2, l. 19.

¹⁷ Libro V, t. I y t. IV *Ordenanzas Reales de Castilla recopiladas y compuestas por el Doctor Alonso Díaz de Montalvo*, Imprenta de Josef Doblado, Madrid, 1779 y ley 49 de Toro.

¹⁸ Libro 10, títulos III y IV.

¹⁹ Ley 203 de Estilo, P. 4 t. 11; libro V, título II y IX de la *Recopilación* de 1567 y leyes 16, 50, 51 y 52 de Toro.

Por una pragmática del año 1776 se exigió el consentimiento paterno para que los hijos de familia menores de 25 años pudieran celebrar matrimonio válidamente, estableciéndose penas para los que no lo obtuvieran, e instrumentando un recurso contra la irracional oposición de los padres.²⁰

La familia de la que estos ordenamientos jurídicos era reflejo, estaba constituida por un núcleo reducido al matrimonio y a sus hijos. Dentro del grupo familiar, la figura del marido y padre se elevaba a un nivel de superioridad jurídica que lo situaba muy por encima del que ocupaban los restantes miembros. La comunidad doméstica surgía como consecuencia de la constitución de cualquiera de las uniones sexuales reconocidas por el derecho: matrimonio o barraganía.²¹

Una de las líneas maestras de la familia fue la monogamia, puesto que ni el matrimonio ni la barraganía eran relaciones compatibles con otras mantenidas simultáneamente. La segunda, y consecuencia de la anterior, la indisolubilidad del vínculo matrimonial, consagrada por el derecho canónico y el secular.

B. EL DIVORCIO²²

El divorcio fue denominado por las Partidas *departimento*, y definido como separación del marido y la mujer por justo impedimento probado en juicio.²³

El derecho canónico afirmó el principio de la indisolubilidad del vínculo, a partir de las palabras del Evangelio de San Mateo, "lo que Dios juntó, no lo separe el hombre".²⁴ En igual dirección, las Partidas, recogiendo una disposición del Fuero Juzgo, ordenaban que marido y mujer "nunca se deven partir en su vida; e pues Dios los ayuntó, non es derecho que ome los departa".²⁵

²⁰ Pragmática de 23 de marzo de 1776.

²¹ Nos hemos referido a estos temas en nuestros trabajos "La familia ensamblada en el Río de la Plata. 1785-1812", *Revista de Historia del Derecho Ricardo Levene*, núm. 33, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997; "Otras Formas de Convivir en El Virreinato del Río de la Plata: El caso de la Familia Ensamblada", *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 25, Familias ensambladas, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003 y "Matrimonios legítimos y uniones de hecho. Convivir sin estar casados en el Virreinato del Río de la Plata", *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 23, Uniones de hecho, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 9/20.

²² Nos hemos referido extensamente al divorcio en *Escenas*.

²³ P. 4, t. 10, l. 1.

²⁴ Mateo 19-6.

²⁵ P. 4, t. 10, l. 1.

Las Partidas exigían que la sentencia de divorcio hubiera sido pronunciada o dada "por los arzobispos o por los obispos", "de cuya jurisdicción fueren aquellos que departen", y eso "porque el pleyto de departir el matrimonio es muy grande et muy peligroso de librar...".²⁶

Posteriormente, por una Real Cédula del 22 de marzo de 1787 se dispuso que los jueces eclesiásticos sólo debían entender en las causas de divorcio, sin mezclarse con pretexto alguno en las temporales y profanas sobre alimentos, litis expensas o restitución de dotes.²⁷

En consecuencia, sólo el juez eclesiástico podía conocer sobre espousales, nulidad de matrimonio y divorcio, mientras que al juez civil, de conformidad con la real cédula mencionada, le tocaba intervenir en los efectos civiles y penales de estos divorcios *religiosos*.

El Fuero Juzgo había legitimado la posibilidad de divorciarse por adulterio.²⁸ Las Partidas autorizaban el divorcio si uno de los casados, después de consumado el matrimonio, entraba en religión con consentimiento del otro; por adulterio de la mujer, siendo acusada y probado el pecado; y por adulterio espiritual, esto era volverse hereje, moro o judío alguno de ellos.²⁹ Este supuesto era el único en el que se disolvía un matrimonio consumado.

En consecuencia, el matrimonio podía disolverse de dos maneras: en lo relativo al vínculo —*quod vinculum*—, por muerte de uno de los cónyuges o por religión; y en lo relativo al cuerpo y lecho —*quod thorum et mensam*—, en el que el vínculo permanecía intacto, pero los cónyuges podían separarse en forma temporal o perpetua, según la gravedad de las causas.

La separación temporal se concedía con la esperanza de que, con el transcurso del tiempo, el cónyuge culpable se enmendara, y así ambos pudieran volver a cohabitar pacíficamente. En cambio, la separación perpetua se decretaba cuando de las pruebas constara que no había esperanza de enmienda.

Las causales por las cuales los tribunales eclesiásticos concedían el divorcio eran: adulterio, malos tratos y sevicia. El adulterio era todo acto consumado de lujuria, que violara la fidelidad conyugal y constituía causa suficiente de divorcio perpetuo. Por su parte, la causal de malos tratamientos y sevicia se presentaba cuando el marido se excedía en su derecho de corrección.

²⁶ P. 4, t. 10, l. 7.

²⁷ MATRAYA Y RICCI, Juan Joseph, *Catálogo cronológico de pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones reales*, INHID, Buenos Aires, 1979, p. 394. Esta real cédula pasó la Recopilación de 1567 como ley 20 del título 1 del libro II.

²⁸ "Ninguno repudie su muger sino por adulterio, y siéndolo probado, sea puesta en su poder para que disponga de ella a su arbitrio". Se indicaban además, las penas que correspondían al que se divorciare de otra manera". t. 6, l. 3.

²⁹ P. 4, t. 10, l. 2.

C. LAS RELACIONES PATERNO FILIALES

La institución que enmarcaba jurídicamente los deberes y derechos de padres e hijos era la patria potestad, definida en las Partidas como "poder e señorío han los padres sobre los hijos".³⁰

La primera obligación de los padres era la crianza de los hijos, que no era solamente proveerles de las cosas materiales, sino ayudarlos a que fueran hombres completos en sus cuerpos y valores. Los padres estaban obligados a alimentar a los hijos, pero la obligación alimentaria pesaba sobre el padre solamente con respecto a los hijos legítimos y a los naturales reconocidos.³¹

Durante los tres primeros años de vida esta obligación se llamaba lactancia y correspondía exclusivamente a la madre, pero a partir de los tres años, debía asumirla el padre. Sin embargo, si la madre era pobre, el padre debía darle lo necesario para alimentar a su hijo, y si el padre era pobre y la madre rica, tenía ésta la obligación de alimentar a los hijos, aún después de los años de la lactancia.³²

El contenido de la obligación alimentaria abarcaba la comida, bebida, vestido, zapatos, vivienda, educación, y todas las demás cosas que fueran necesarias.³³

Por su parte, el hijo estaba obligado a alimentar, según sus facultades, al padre o madre pobres.³⁴

El padre tenía el derecho de corrección, que era un derecho y deber al mismo tiempo, y que debía ejercerse con piedad y mesura.³⁵

Por su parte, los hijos debían amar, temer, honrar y ayudar a sus padres, considerándose que este deber de respeto era de derecho natural y divino. Consecuencia de este deber de respeto y amor, era la obligación de sujeción y obediencia de los hijos hacia los padres.³⁶

En el derecho castellano-indiano se previó la adopción, la guarda de los huérfanos y el depósito, aunque la adopción estuvo poco difundida entre nosotros.

4. EL DERECHO DE FAMILIA EN EL PERIODO PATRIO Y PRECODIFICADO

En el Río de la Plata el derecho de familia no sufrió grandes modificaciones a partir de los gobiernos patrios que se establecieron y suce-

³⁰ Proemio al t. 17, P. 4 y l. 1 del mismo título y Partida.

³¹ P.4, t. 19, l. 1, 2 y 5.

³² P.4; t. 19, l. 3.

³³ P.4, t. 19, l. 2.

³⁴ P.4, t. 19, l. 2.

³⁵ P.4, t. 17, l. 3.

³⁶ P.4, t. 17, l. 3; Proemio al t. 19, P. 4 y l. 1 del mismo título.

dieron en el país desde 1810, los que no pudieron emprender la reforma general del derecho privado: Creemos que en general lo mismo sucedió en cada una de las naciones que se constituyeron al desmembrarse el imperio colonial español.

En lo que respecta específicamente a las instituciones tutelares de la minoridad, en general, hasta la sanción del Código Civil, no existieron diferencias fundamentales con lo prescripto antes de 1810.³⁷ La adopción continuó siendo una institución poco utilizada entre nosotros.

Según María Isabel Seoane,

si bien la supervivencia del Derecho castellano-indiano, en torno al régimen jurídico del menor de edad, es palpable en el siglo XIX, es la habilitación, a diferencia de la emancipación, una de las materias que resultó remozada.³⁸

Por decreto del 17 de noviembre de 1824, la Junta de Representantes de la Provincia de Buenos Aires dispuso que los menores, mayores de 20 años, podían presentarse ante los jueces de primera instancia ofreciendo sumaria información de edad y habilidad para obtener la habilitación de edad para la administración de sus bienes.³⁹

Las provincias introdujeron algunas modificaciones en puntos vinculados especialmente con la emancipación y tutela de menores de 25 años, que era el límite fijado por las leyes españolas para la mayoría de edad Y el registro de matrimonios, nacimientos y defunciones de extranjeros que no pertenecían a la religión católica.

En 1867, antes de la sanción del Código Civil, el gobernador de la provincia de Santa fe, Nicasio Oroño, en función de lo establecido en el art. 108 de la Constitución Argentina de 1853, que autorizaba a las provincias a dictar los códigos Civil Comercial, Penal y de Minería hasta tanto el Congreso no los hubiera sancionado, promovió la aprobación de una ley de matrimonio civil.

Conforme a esta ley, el matrimonio debía contraerse ante los jueces de primera instancia en lo civil, y en su defecto ante los presidentes de las municipalidades.

La sanción de esta ley disgustó a los católicos. El obispo José María Gelabert la calificó de anticristiana, antisocial, corruptora de la discipli-

³⁷ SEOANE, María Isabel, "Instituciones Protectoras del menor en el derecho argentino precodificado (1800-1870)", *Revista de Historia del Derecho*, núm. 7, Buenos Aires, 1989, pp. 175-209.

³⁸ SEOANE, María Isabel, "La emancipación y la venia suplementaria de edad en el Derecho argentino precodificado", *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, núm. 25, Imprenta de la Universidad, Buenos Aires, 1979, pp. 349-379.

³⁹ *Leyes y decretos promulgados en la provincia de Buenos Aires desde 1810 a 1876*, recopilados y concordados por el doctor Aurelio Prado y Rojas, t. III. Buenos Aires, 1877, p. 54.

na de la Iglesia e inconstitucional, y prohibió a los católicos que la obedecieran.

Algunos matrimonios se celebraron conforme a esta ley; sin embargo, unos meses después, la provincia fue intervenida por el gobierno nacional, el gobernador Oroño fue depuesto y la ley derogada.⁴⁰

En 1867 también el senador nacional por la provincia de Santa Fe Joaquín Granel presentó el primer proyecto de ley de matrimonio civil de alcance nacional, la que establecía el matrimonio civil para las personas no católicas. Este proyecto constaba de tres artículos y no fue sancionado.

5. LA CODIFICACIÓN COMO FENÓMENO JURÍDICO MODERNO

Codificar es intentar poner orden en medio de la dispersión, sistematizar y organizar mejor el abundante material normativo existente.

La expresión "codificación del derecho" en sentido técnico, designa un fenómeno histórico moderno, que se inició a fines del siglo XVIII, sin perjuicio de que hubiera sido preparada desde los dos siglos anteriores.⁴¹

La tradición jurídica del *ius commune* se quebró con el triunfo del movimiento codificador a finales del siglo XVIII, ya que la elaboración de un Código en cada uno de los Estados europeos a lo largo de los siglos XVIII y XIX supuso la nacionalización del derecho civil.⁴²

Es que una codificación auspiciada por la autoridad central para todo el estado ayudaba a construir un sentido de identidad política, lo que acabó por significar la nacionalización del Derecho civil, en el sentido de estar éste circunscrito al estudio de la ley —el código—, de cada Estado, desvaneciéndose el carácter europeo que había caracterizado al *ius commune*.

Partiendo de este ideal, príncipes, jurisconsultos y filósofos aspiraron a reducir a una unidad material y formal la legislación, redactando cuerpos legales consistentes en leyes racionales, claras y precisas.

La codificación es pues, uno de los productos del Iluminismo y de la cultura occidental moderna, un intento de racionalización del Derecho que había sido emprendida por los representantes de la Escuela del Derecho Natural, quienes partiendo del postulado central de la libertad

⁴⁰ Al respecto, véase el trabajo de MOLINARIO, Alberto D., "La ley santafecina de matrimonio civil", *Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de La Plata*, núm. 23, 1964.

⁴¹ GUZMÁN BRITO, *ob. cit.* p. 15.

⁴² VAQUER ALOY, *ob. cit.*

del hombre y confiando en un criterio more geométrico —convicción según la cual las leyes podrían regular matemáticamente la conducta humana en su totalidad—, procuraban deducir una serie de proposiciones jurídicas que juzgaban necesarias para el funcionamiento de una formación económica que poco a poco se iba entronizando: el capitalismo.

Para los partidarios de la codificación, el mundo jurídico requería ser sometido a la criba de la Diosa Razón, conforme a la cual el desorden y la fragmentación del Derecho tradicional debían ser reemplazados por una legislación sistemática, racional, clara y comprensible. La Razón, elevada a la condición de fuente central del Derecho, serviría para encausar todas las manifestaciones de la convivencia humana mediante un sistema sin lagunas, que se deriva y justifica lógicamente.

El presupuesto en el que reposaba esta empresa era la convicción, típicamente iluminista, conforme a la cual la actuación racional de los gobernantes o la voluntad general de la nación, eran por sí solas, capaces de crear una sociedad mejor. Subyacía la creencia de que existían principios y valores éticos absolutos válidos para todos los tiempos y para todos los hombres, los mismos que debían ser cristalizados en normas positivas. A diferencia del *ius commune* abierto, copioso e intrincado, un ordenamiento jurídico funcional y cerrado resultaba más compatible con la aspiración de sujetar a cálculo a la nueva dinámica social.⁴³

6. EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO Y EL DERECHO DE FAMILIA EN EL PLAN GENERAL DEL CODIFICADOR

Generalmente, el proceso de elaboración de un Código comienza siempre bastante antes de su sanción y vigencia, y las ideas que en él se incorporan pueden ejercer influencia en la elaboración de otras leyes que logran su sanción con anterioridad.⁴⁴

Estas ideas muchas veces parten del hecho de haber sido expresadas en un mismo idioma, porque "toda lengua comunica a los que la hablan como idioma nativo una cierta cosmovisión común: hay entre todos los que tienen la misma lengua materna una misma unidad espiritual".⁴⁵

Es por ello que los códigos latinoamericanos, en mayor o menor medida abrevaron en las fuentes castellanas o lusitanas, y fueron herederos de una tradición que hundía sus raíces en la Conquista: el Derecho Romano, condensado en el *Corpus Iuris Civilis*, el Derecho Canóni-

⁴³ RAMOS NÚÑEZ, *op. cit.*

⁴⁴ MOISSET, *op. cit.*, p. 164.

⁴⁵ PÉREZ SERRANO, Nicolás, *La L.A.U. (Ley de arrendamientos urbanos) ante la Gramática*. A.D.C., 1956-IV, pp. 1067 y ss., *cit.* por MOISSET DE ESPANÉS, en *op. cit.*, p. 97.

co y todo el *ius commune* con algo más de siete siglos de existencia proporcionaron los materiales indispensables para llevarla a cabo.⁴⁶

No cabe duda que Vélez tuvo en cuenta, al proyectar su trabajo, a los antecedentes castellano-indianos, de lo que dan cuenta sus notas al articulado del Código. Así lo afirmó expresamente en oportunidad de replicar a las críticas de Alberdi, al sostener: "Aquí rige el código llamado Fuero Real, las doscientas y más leyes de Estilo, el voluminoso cuerpo de Leyes de Partida; seis grande volúmenes de la Novísima Recopilación, y cuatro de a folio de las Leyes de Indias; a más de todo esto, multitud de cédulas reales para América comunicadas a las respectivas Audiencias, que aún no se han recopilado".⁴⁷ Es que, tal como ha sostenido Carlos Frontera, "...un código no puede desprenderse de sus raíces históricas".⁴⁸

Vélez Sarsfield se ocupó del derecho de familia en el libro I, segunda Sección de su proyecto de Código Civil, que terminó de redactar en 1865. Utilizó como fuentes la tradición jurídica nacional, Story y García Goyena.

En lo relativo al matrimonio, ratificó la autoridad del derecho canónico, justificada en la nota al art. 167, en la que se pronunció contra el matrimonio civil, por considerarlo un concubinato para la Iglesia Católica y por ser contrario a nuestras costumbres.⁴⁹

Vélez, como otros juristas, era conciente de que la simple adopción del Código napoleónico, con una u otra reforma de por medio, estaba lejos de garantizar su adecuación a la realidad social imperante y que se necesitaba, por un lado, afincarse en el modelo moderno de la codificación; pero, por otro, conferirle un contenido propio, compatible con las características del medio al que se pretendía regular.⁵⁰

En la nota al art. 159 del Código, Vélez se muestra en desacuerdo con la solución del Código Francés y de la Constitución de 1791 de considerar al matrimonio como un contrato civil. Para el codificador es una institución social de contenido religioso, convicción que reitera en la réplica mencionada, en la que expresa:

⁴⁶ RAMOS NÚÑEZ, *op. cit.*

⁴⁷ *Escritos Póstumos de Alberdi*, T. VII, p. 249 y ss., *cit.* por MOISSET DE ESPANÉS, *op. cit.*, p. 254.

⁴⁸ FRONTERA, Carlos G., "El código civil francés", *La Codificación: Raíces y prospectiva. I. El código Napoleón*, Editorial de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2003, p. 109.

⁴⁹ "Las personas católicas, como las de los pueblos de la República Argentina, no podrían contraer el matrimonio civil. Para ellas sería un perpetuo concubinato, condenado por su religión y por las costumbres del país. La ley que autorizara tales matrimonios, en el estado actual de nuestra sociedad, desconocería la misión de las leyes que es sostener y acrecentar el poder de las costumbres y no enervarlas y corromperlas".

⁵⁰ RAMOS NÚÑEZ, *op. cit.*

Al matrimonio fundamento de la familia, le conservamos su carácter religioso que ha tenido desde los más antiguos tiempos, tanto por la Iglesia Católica como por la Iglesia Griega, por las Iglesias disidentes como por las no conformistas o de los cultos protestantes.⁵¹

El matrimonio entre católicos, por lo tanto, se regulaba según los cánones y solemnidades prescriptas por la Iglesia Católica (art.167); el celebrado entre católicos y cristianos no católicos debía ser autorizado por la Iglesia Católica y celebrado ante ella (art. 180 y 181) y el matrimonio entre cristianos no católicos o entre no cristianos, conforme a los preceptos del código y a los ritos de las Iglesias respectivas (art. 183).

Competía al juez eclesiástico el conocer de la disolución y nulidad de los matrimonios celebrados ante la Iglesia Católica o con su autorización (arts. 221 y 225) y al juez civil en los demás supuestos. Quedaba sin regulación legal el matrimonio de los no creyentes.

Como consecuencia de la no consideración del matrimonio como contrato, el primero era indisoluble. Con respecto al régimen patrimonial del matrimonio, Vélez Sarsfield se apartó del sistema castellano-indiano, prohibiendo los contratos o capitulaciones matrimoniales.⁵²

Con respecto a la filiación, el Código Civil adoptó la clasificación tradicional que distinguía entre los hijos legítimos, nacidos de matrimonio válido o putativo, y los ilegítimos (naturales, incestuosos y sacrílegos). La adopción fue excluida expresamente por nuestro codificador.

Para Guzmán, la codificación argentina inauguró un nuevo estilo, que él denomina *ecléctico*, productor de cuerpos legales no obedientes a un modelo único o muy descollante, sino a una multitud de modelos sin predominancia de ninguno, que aparta a la obra resultante de todos ellos.⁵³

7. EL DERECHO DE FAMILIA A PARTIR DEL CÓDIGO CIVIL. LA DESCODIFICACIÓN

El propio codificador parece haberse anticipado a los movimientos legislativos posteriores, al sostener, tras concluir su labor, que "un Código nunca es la última palabra de la perfección legislativa ni el término de un progreso".⁵⁴ Y los códigos decimonónicos comenzaron a

⁵¹ Réplica, p. 271 y 272.

⁵² Nos hemos referido extensamente al régimen patrimonial del matrimonio en *Escenas*.

⁵³ GUZMÁN, *op. cit.*, p. 441.

⁵⁴ Según Moisset De Espanés esta afirmación se encuentra en un cuaderno de borradores inéditos, que quedó en poder de la familia de Victorino de la Plaza y posiblemente formaba parte de la nota de presentación de libro Cuarto, *op. cit.*, p. 234.

envejecer como consecuencia de los acelerados cambios sociales del siglo XX.

Diez Picazo cita a un profesor húngaro que sostuvo que el Código era también una utopía, porque concretaba la ilusión revolucionaria: la idea de la ilimitada racionalidad y del progreso; la idea de un derecho realizado para todos los ciudadanos; una utopía porque con él se intentaba plasmar un instante de la realidad pretendiendo que esa realidad sería siempre la misma.⁵⁵

Los hechos demostraron que aquella ilusión no era más que eso, y lentamente fueron presentándose situaciones para las que los códigos decimonónicos no podían dar la respuesta necesaria y que fueron reguladas mediante leyes excepcionales y luego leyes especiales complementarias o modificatorias de aquellos. Surge así el proceso de descodificación sobre el que ya se refirieron hace algún tiempo Irti y Sacco.⁵⁶

En esas circunstancias, los códigos dejaban de ser el centro de la legislación, que se desplazaba hacia las leyes especiales, las que iban *sacando* materias del Código, o simplemente creando nuevas instituciones que no estaban originariamente destinadas a entrar en ellos.

Frente al Derecho civil codificado, hecho —como las grandes instituciones del *ius commune*— para la perennidad, para servir de paradigma clásico, el Derecho civil de las puertas del siglo XXI da cuenta de una *fuga* del contenido de los códigos.

Es en ese sentido que se ha afirmado que la legislación moderna tiende a evadirse de los códigos.⁵⁷ Esta idea parte del concepto de que ni el Código Civil ni el Comercial estuvieron en condiciones de garantizar la unidad del sistema y que a partir de la sanción de leyes especiales comienza un proceso de *descodificación* del derecho, en el que las leyes especiales no se presentan muchas veces como simples desarrollos de los códigos; sino que contienen principios autónomos que las separan de toda conexión con ellos, incurriendo en lo que Julio César Rivera ha calificado como la “invasión del territorio codificado” y expropiación de las materias que le son propias. Sin embargo, para Rivera, el Código constituye el reservorio de los conceptos generales y el telón de fondo de toda legislación especial.⁵⁸

Noemí Nicolau se refiere a estas leyes especiales como un *microsis-*

⁵⁵ Cit. por RIVERA, *op. cit.*

⁵⁶ IRTI, Natalino, *La edad de la decodificación*, trad. Luis Rojo Jauría. Barcelona, 1992. núm. 8. p. 33; SACCO, Rodolfo, *Codificare, modo superato di legiferare?* Rivista di Diritto Civile, Padova, 1983.

⁵⁷ LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos, *Condiciones Políticas, Económicas y Sociales y Evolución del Derecho Comercial en el siglo XX* <http://www.derechocomercial.edu.uy/ReHistDer-Com.htm> del 29/06/04.

⁵⁸ RIVERA, *ob. cit.*

tema: un pequeño mundo de normas en el que el intérprete puede encontrar principios generales y lógica autónoma, que tiende a desembocar en la ley consolidada y que rompe de manera irreversible con el código.⁵⁹

Eugenio Llamas Pombo sostiene que el derecho civil heredado de la codificación fue hijo del orden racional: matemático, preciso, de artículos bien contruidos, a menudo redactados con brevedad y que por el contrario, el Derecho civil fraguado en el siglo XX ha roto con el sistema, con la razón escrita, con las fórmulas lingüísticas exactas. Para este autor se trata de un Derecho de artículos farragosos, extensos, a menudo mal escritos, contruidos fuera del orden sistemático: anclados en el más crudo positivismo, desentendidos de la experiencia histórica. En este marco, “el legislador se mueve confuso en un fárrago infinito de leyes especiales, a veces tan extensas como un código, interesadas sólo en el momento presente. Preceptos legales que nacen destinados a una vida breve, sometidos a los mismos cambios que trae el vértigo veloz de la sociedad posmoderna”.

De esta manera, el Código civil deja de ocupar un lugar central en el ordenamiento jurídico privado, y por el contrario, viene a convertirse en un elemento más, en uno de los múltiples *microsistemas*, que integran el *polisistema*, y entre los que se encontraría una legislación llamada *especial* (aunque no tiene ya nada de especial) que Giorgianni califica de “inundante, torrencial y elefantiásica”.

Conforme Llamas Pombo:

si el Derecho civil codificado, como hijo de la divina razón, se condensó esencialmente en los Códigos —*razón escrita*—, y las leyes especiales —*po-cas*—, giraban en torno al código como centro del sistema solar jurídico (Derecho civil centrípeto), hoy sucede todo lo contrario: como el universo, está en continua expansión.⁶⁰

A. MATRIMONIO CIVIL Y DIVORCIO

En Argentina, a poco de haber sido comenzado a aplicar el Código Civil, en 1888, se dictó la ley 2393 de matrimonio civil, que instituyó el matrimonio civil seguido o no de un posterior matrimonio religioso, reformando de esta manera el Libro I, Sección Segunda —De los derechos personales en las relaciones de familia—, del Código Civil.

Por esta disposición, el matrimonio pasó a ser indisoluble no por imposición del derecho canónico como lo había sido hasta ese momen-

⁵⁹ NICOLAU, *ob. cit.*

⁶⁰ LLAMAS POMBO, Eugenio, *Momento actual y futuro del derecho civil*. En http://www.alterini.org/tonline/to_lpe1.htm del 30/06/04.

to, sino por voluntad del legislador. Con respecto al divorcio vincular, durante la discusión del proyecto de ley de matrimonio civil, el diputado por Corrientes Juan Balestra presentó un proyecto por el que se contempló el divorcio vincular por culpa de uno de los cónyuges, el que no llegó a discutirse.

En 1954 por la ley 14394, se introdujeron modificaciones al Régimen de Menores y de la Familia. Al regularse la ausencia con presunción de fallecimiento, se estableció a continuación del art. 31, que establecía la posibilidad de contraer nuevo matrimonio a favor del cónyuge de aquel que había sido declarado ausente, la posibilidad de disolver el vínculo a favor de cualquiera de los dos cónyuges una vez transcurrido un año desde la sentencia declarativa de la separación personal de los cónyuges, a pedido de uno de ellos.

En 1956 por medio del decreto-ley 4070, se declaró en suspenso esta disposición, en cuanto habilitaba a contraer nuevo matrimonio a las personas divorciadas, hasta tanto se adoptara una sanción definitiva sobre el "problema" del divorcio.

En 1968, por la ley 17.711 que modificó el Código Civil, se incorporó el artículo 67 bis a la ley de matrimonio Civil, que permitió la separación personal por mutuo consentimiento, sin autorizar a contraer nuevo matrimonio.

Finalmente, en 1987, por la ley 23515 se introdujeron modificaciones al régimen del matrimonio, se incorporó el divorcio vincular al derecho argentino y se suprimieron las multas para los ministros de las religiones que celebraran bodas sin tener a la vista el acta del registro civil.

B. MENORES

Con respecto a los menores, éstos habían sido considerados en el Código Civil a través de una serie de disposiciones sobre capacidad, incapacidad, representación en sus dos modalidades (patria potestad y tutela), inimputabilidad y atenuantes de responsabilidad en materia penal.

A comienzos del siglo XX comenzó a manifestarse una especial preocupación en América Latina por la atención de la niñez y la adolescencia como resultado de expresiones alcanzadas a nivel mundial.

Estas manifestaciones reposaban fundamentalmente en la Tabla de los Derechos del Niño, formulada en 1927 y en ocasión de la fundación del Inter-American Children's Institute (IIN); la Carta Constitucional de la Niñez (Conferencia de la Casa Blanca, 1930); la Declaración de Oportunidades para el Niño (VII Congreso Panamericano del Niño, 1948); la Declaración Interamericana sobre Derechos de la Familia

(1983) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos firmada en San José de Costa Rica en 1969.

Con estos antecedentes, los países de América Latina comenzaron a legislar sobre todos los aspectos relativos a la minoridad en algunos casos, o a tratar aspectos parciales de la regulación jurídica de la infancia.

Nació así un verdadero derecho de menores que se consolida a partir de los años 1950 por medio de nuevos Códigos o estatutos de menores y leyes orgánicas de tribunales de menores, como es el caso de Bolivia, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú, Paraguay, República Dominicana y Venezuela.

Numerosos países han seguido el sistema de la codificación, aunque no todos con la misma amplitud; mientras que otros, sin recurrir al sistema de codificación, cuentan con importantes leyes sobre niñez (Argentina, Chile, Honduras, México, Nicaragua y República Dominicana).

En Argentina se promulgaron numerosas leyes relativas a la infancia y la adolescencia.

En 1888, por la mencionada ley 2393 de Matrimonio Civil, se derogaron todas las disposiciones del Código relativas a los hijos sacrílegos. En 1919 se dictó la Ley 10903 de Patronato de menores, que reguló la patria potestad y estableció una amplia competencia judicial para ordenar la internación por causas asistenciales, cualquiera fuera su origen —incluso por abandono "moral o material".

En 1948 se acogió la adopción por la ley 13252, mientras que en 1954 por la referida ley 14367 se suprimieron las discriminaciones públicas y oficiales entre los hijos nacidos de uniones matrimoniales y no matrimoniales, denominando como *extramatrimoniales* a todos los hijos nacidos fuera del matrimonio, sin distinguir entre naturales e incestuosos.

En 1971 se modificó la ley 13252 de adopción por la ley 19134 que estableció la adopción simple y la adopción plena.

En 1950 se dictó la ley 13.944, denominada de "Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar", modificada posteriormente en 1987 y 1992 por las leyes 23.479 y 24.029, por la que se castiga con pena de prisión o multa a los padres que, aun sin mediar sentencia civil, se subtrajeren a prestar los medios indispensables para la subsistencia a su hijo menor de dieciocho años, o de más si estuviere impedido. Esta pena se aplica también al hijo, con respecto a los padres impedidos; al adoptante, con respecto al adoptado menor de dieciocho años, o de más si estuviere impedido; y el adoptado con respecto al adoptante impedido; el tutor, guardador o curador, con respecto al menor de dieciocho años o de más si estuviere impedido, o al incapaz, que se hallaren bajo su tutela, guarda o curatela y al cónyuge, con respecto al otro no separado legalmente por su culpa. La ley también prevé la pena de prisión para el que con la finalidad de eludir el cumplimiento de sus obligacio-

nes alimentarias, maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare, ocultare, o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuir su valor, y de esta manera frustrare, en todo o en parte el cumplimiento de dichas obligaciones.

En 1980 se dictó la ley 22278 referida al régimen penal de la minoridad, que establece que son punibles los menores de 16 a 18 años respecto a aquellos delitos que no sean de acción privada o los reprimidos con pena privativa de libertad mayor a 2 años. Por debajo de esa edad son inimputables, pero el juez puede disponer de ellos asistencialmente, ordenándose su internación en establecimiento cerrado. Esta ley fue modificada en 1983 por ley 22803 que instaura el régimen penal para menores hoy vigente.

En 1985 por la ley 23264 se modificó el régimen de patria potestad y filiación, equiparando a todos los hijos, clasificándolos entre hijos por naturaleza (matrimoniales y extramatrimoniales) y por adopción y estableciendo la patria potestad compartida. A partir de esta ley, tanto la filiación matrimonial como extramatrimonial producen los mismos efectos y en las partidas de nacimiento no se especifica la clase de filiación. Por esta misma ley, al igualar la filiación adoptiva plena a la filiación por naturaleza, desaparecieron las diferencias entre una y otra clase de hijos.

En 1987 por la ley 23511 se creó el Banco de Datos Genéticos que resulta fundamental en materia de prueba en la filiación.

En 1995 se dictó la ley 24540 que modificó el art. 242 del Código Civil incorporando a su texto la obligatoriedad de la ficha de identificación del recién nacido, la que debe ser presentada junto con el certificado de nacido vivo para proceder a su inscripción.

En 1997 se modificó el sistema de adopción a través de la ley 24779.

En 2003 se dictó la Ley 24417 de protección contra la violencia familiar, por la que toda persona que sufra lesiones o maltrato físico o psíquico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar podrá denunciar estos hechos en forma verbal o escrita ante el juez con competencia en asuntos de familia y solicitar medidas cautelares conexas. A los efectos de esta ley se entiende por grupo familiar el originado en el matrimonio o las uniones de hecho.

Paralelamente al dictado de leyes sobre la familia, en Argentina se ha aprobado la Convención sobre los Derechos del Niño, a la que se le ha reconocido jerarquía constitucional. En 1970 se adoptó, por medio de la ley 18444, la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios.

8. LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA. LA RECODIFICACIÓN

Al tiempo que el derecho se descodifica a través del dictado de leyes especiales, surge un nuevo movimiento codificador, lo que nos lleva a hablar de una *recodificación del derecho*.

En lo que al derecho de familia se refiere, tal vez este nuevo ímpetu codificador se deba al surgimiento de nuevas formas de convivencia, que están muy lejanos de aquel derecho patriarcal y autoritario consagrado en los códigos civiles, y que se conecta con las uniones de hecho, las parejas homosexuales, los núcleos unilineales, las adopciones, los acogimientos, el derecho de menores con leyes propias, las nuevas tecnologías de fecundación, etc.

Estas nuevas situaciones colocan a legisladores y juristas ante un derecho de familia que va tomando distancia del derecho civil, para constituirse en una rama independiente de este derecho, quizá más cercana al derecho público que al derecho civil.

Para Noemí Nicolau, el proceso de recodificación es la incorporación a los grandes códigos de las materias e instituciones que los descodificaron, en una palabra "la vuelta al cuerpo de leyes metódico y sistemático".⁶¹

Esta recodificación se manifiesta mediante la sanción de leyes o códigos especiales que tienen por objeto regular exclusivamente a la familia.

En este sentido es pionero México en 1917 con su *Ley Federal de Méjico sobre las Relaciones de Familia*.

En Europa, a partir de la Segunda Guerra Mundial cobró fuerza dentro de los países socialistas, un movimiento codificador del derecho de familia, ya sea por medio de la sanción de *Leyes Fundamentales*, sobre adopción, matrimonio, patria potestad, o mediante la elaboración de códigos.

Esta inquietud con respecto al derecho de familia es una consecuencia natural de los grandes cambios económicos, políticos y sociales que esos países sufrieron. En la actual ex URSS fue una consecuencia de la gran Revolución de Octubre de 1917, y en la mayoría de los países socialistas fue el resultado de las nuevas estructuras económicas, políticas y sociales.

Como ejemplo de esta codificación del derecho de familia podemos mencionar a Alemania del Este, con su Código de la Familia (1966); Checoslovaquia (1963); Rumania (1954, con modificaciones posterior-

⁶¹ NICOLAU, *op. cit.*

res); Polonia: Código de la Familia y Tutela (1964), Bulgaria, con el Código de la Familia (1968); Hungría, con la Ley N° IV sobre el Matrimonio, la familia y la tutela (1952, con modificaciones ulteriores); Código del Matrimonio, Familia y Tutela (1925) de la ex República Federal Socialista Soviética de Rusia; cuatro leyes fundamentales sobre matrimonio (1946), tutela (1947), adopción (1947) y relaciones entre padres e hijos (1947) en la ex Yugoslavia.

Esta situación se modificó en algunos casos a partir del derrumbe del régimen comunista y la desaparición de la Unión Soviética, cuando algunos de los países que la integraban o que estaban bajo ese régimen, derogaron o modificaron estos cuerpos legales, mientras que otros la mantuvieron. En la actualidad Hungría, la República Checa, Rumania y Polonia han mantenido la legislación que heredaron de ese periodo, con algunas modificaciones,⁶² mientras que Bulgaria dictó un nuevo código en 1985. Este panorama da cuenta de que la tendencia codificadora en materia de derecho de familia continúa manteniéndose, a pesar de los cambios políticos que se desarrollaron en los mencionados países.

En Alemania después de la caída del muro de Berlín, no existe un código de la Familia, la que es regulada por el Código Civil Alemán (Bürgerliches Gesetzbuch-BGB) que se aplica en todo el país. La familia está contemplada en el libro 4° (artículos 1297 a 1921).

Por su parte, hay una tendencia en los países musulmanes de adoptar códigos de Familia. En algunos, sobre todo los del norte de África, esta iniciativa se conecta con una preocupación por mejorar la situación de la mujer, mientras que en otros, como en Argelia, se mantiene el Código de Familia 1984 que permite la poligamia y coloca a las mujeres argelinas completamente bajo la subordinación de los hombres de por vida.

En Irak existía un Código de Familia que databa de 1959, cuyas disposiciones hacían extremadamente difícil la poligamia y la condicionaban a la aprobación de la primera esposa. También daba a la mujer el derecho de ocuparse de sus hijos en caso de divorcio y prohibía que una mujer fuera repudiada, al tiempo que competía a los tribunales civiles entender en los divorcios. A partir de 1991, el régimen del presidente derrocado Saddam Hussein introdujo varias enmiendas a este código para acercarlo a la *Sharia* o ley islámica, aunque no alteró su esencia.

Invadido Irak por las tropas norteamericanas, en diciembre de 2003 este código fue dejado sin efecto, ante la presión de los islamistas y restablecido en febrero de 2004.

⁶² Polonia efectuó modificaciones menores en lo que respecta al régimen patrimonial del matrimonio mediante el acta del 17 de junio de 2004.

Como ejemplo de los países que han codificado su derecho de familia para mejorar la situación de la mujer, encontramos a Marruecos, que aprobó en febrero de 2004 un Código de Familia introducido por el rey Mohammed VI en octubre de 2003, el que coloca a las mujeres marroquíes en un pie de igualdad con respecto a los hombres en lo que se refiere al matrimonio y a los hijos. Los cambios fundamentales comparados con el Código de Familia marroquí de 1957, se relacionan con la edad mínima para contraer matrimonio, el derecho de propiedad compartido por la pareja, la poligamia estrictamente controlada, los procesos de divorcio que pueden ser iniciados por mujeres y son objeto de supervisión judicial, la posibilidad para las mujeres de retener la tenencia de los hijos, la mejora de los derechos hereditarios para las mujeres y la simplificación de los procedimientos de acreditar la paternidad. Estos cambios constituyen una vuelta a las fuentes del islam, en contra de las tradiciones impuestas durante años por la monarquía alhajita.

En Filipinas existe desde 1987 un Código de Familia que consta de 257 artículos y regula la separación legal, la vivienda familiar, los alimentos, las convenciones matrimoniales, la patria potestad, la emancipación y la adopción. Distingue entre la filiación natural y la adoptiva, y dentro de la primera, la legítima y la ilegítima; y legisla sobre la filiación como consecuencia de la inseminación artificial.

En América Latina los códigos más recientes son el Código de la Familia de Honduras de 1984, que se ocupa de las relaciones jurídicas entre personas unidas por vínculos de parentesco y las instituciones relacionadas con la familia, reconociendo el matrimonio civil y la unión de hecho; los códigos familiares de los estados Hidalgo y Zacatecas de México de 1986; Colombia, (Código del Menor de 27.11.89); Brasil, (Estatuto del Niño y del Adolescente, Ley 8069 de 13.07.90); Ecuador (Código de Menores de 4.08.92); Perú (Códigos de los Niños y adolescentes de 28.12.92) y Bolivia (Código del Menor de 18.12.92). Panamá ha adoptado en 1994 un Código de la Familia, la ley 3, mientras que en Cuba rige un Código de la Familia desde 1975, el que ha sido modificado en 1985 y que contempla lo que denomina el *matrimonio no formalizado*.

Junto a las viejas y nuevas formas de fijar el derecho de familia, asistimos al fenómeno de la *constitucionalización* del Derecho civil.

Para ciertos civilistas europeos, las constituciones de algunos países que abrevan en el derecho comunitario, constituyen el verdadero nuevo *Corpus iuris civilis*. Es que gran parte de su derecho civil emana de análisis profundos de preceptos constitucionales y de infinidad de normas comunitarias.

Se ha producido en los últimos años el fenómeno de la *constitucionalización* del derecho civil, cuando algunos países han consagrado la

protección especial de la familia o incluido en sus constituciones disposiciones especiales sobre ésta, como por ejemplo Cuba, Bolivia, Colombia, Ecuador, Uruguay, Brasil Venezuela, Costa Rica, entre otros.

En la República Argentina, en 1990 por la ley 23849 se incorporó a nuestra Constitución Nacional, a través del art. 75 inc. 22 C.N, la Convención sobre Derechos del Niño de 1989.

En nuestro país no existe un Código de Familia; la regulación del derecho de familia se encuentra dispersa en los cuerpos legales señalados precedentemente. Sin embargo, existe una jurisdicción en materia de familia, ya que en 1988 por la ley 23637, se dispuso que hasta tanto se pusieran en funcionamiento tribunales con competencia exclusiva en asuntos de familia y capacidad de las personas, ocho de los juzgados nacionales de Primera Instancia en lo Civil, conocerían en forma exclusiva y excluyente en dichos asuntos. A los efectos de esta ley se consideran en especial como asuntos de familia y capacidad de las personas, a los siguientes: *a)* Autorización para contraer matrimonio y oposición a su celebración; *b)* Inexistencia y nulidad del matrimonio; *c)* Divorcio y separación personal; *d)* Disolución de la sociedad conyugal, salvo que la disolución se hubiere producido por muerte; *e)* Liquidación y partición de la sociedad conyugal, salvo que la disolución se hubiere producido por muerte; *f)* Reclamación, impugnación de la filiación; *g)* Adopción, su nulidad y revocación; *h)* Privación, suspensión y restitución de la patria potestad; *i)* Tenencia de menores y regímenes de visitas; *j)* Declaración de incapacidad, inhabilitación y rehabilitación; *k)* Designación y remoción de tutor y todo lo referente a la tutela; *l)* Otorgamiento de la guarda de menores; *m)* Alimentos entre cónyuge, o derivados de la patria potestad o del parentesco; *n)* Todas las demás cuestiones referentes al nombre, estado civil y capacidad de las personas.

Nuestra compulsas no nos ha llevado a registrar una preocupación codificadora para el derecho de familia por parte de la doctrina jurídica argentina. Sin perjuicio de ello, el derecho de familia está siendo objeto permanentemente de estudio y reforma, a través de leyes que receptan el impacto de las nuevas cuestiones que la familia plantea y del trabajo de juristas, expresado por medio de obras monográficas y colectivas y asistencia a reuniones científicas, que evidencian la consideración que el derecho de familia despierta en la cultura jurídica argentina.

9. CONSIDERACIONES FINALES

Efectuado este recorrido de las disposiciones sobre la familia, desde sus primeras manifestaciones en el derecho castellano-indiano hasta la incorporación de algunos de sus principios en la Constitución Nacional, quisiéramos efectuar unas consideraciones finales acerca de lo perma-

nente y lo contingente, lo que sobrevive y a lo que se transforma en el derecho de familia argentino, como resultado de las distintas fijaciones del derecho castellano-indiano, de su incorporación en el Código Civil argentino y de las leyes especiales que se dictaron con posterioridad.

Creemos que lo constante en todos los tiempos ha sido la preocupación del legislador por la familia y la regulación, en la mayoría de los casos, de las mismas instituciones, aunque modificando su contenido.

Así, siempre se ha dispuesto acerca del matrimonio, su naturaleza jurídica, sus condiciones de validez, su forma de celebración, su régimen patrimonial, las relaciones paterno-filiales, la jurisdicción, etc.

La familia ha sido contemplada en todos los ordenamientos jurídicos que sirvieron de fuente a nuestro derecho actual, y continúa siendo objeto de preocupación en el presente. Constituida a partir del matrimonio o de otras formas de convivencia (barraganía, unión de hecho, etc), este tejido de relaciones humanas no ha pasado inadvertido para el legislador de todos los tiempos.

Uno de los primeros grandes cambios en el derecho de familia ha sido sin duda el paso del matrimonio religioso consagrado por Vélez Sarsfield, al matrimonio civil incorporado por la ley 2393. Consecuencia de este cambio fue también el tránsito de la jurisdicción religiosa a la secular en todo lo referido al matrimonio. Y al mismo tiempo, uno de los últimos cambios en este derecho ha sido la introducción del divorcio vincular en 1985.

Paralelamente, las relaciones entre los integrantes del grupo familiar han pasado desde un condicionamiento total a los deseos de la familia como grupo cohesionado y rígido, a desenvolverse en un espacio en el que hay más lugar para los deseos individuales y el crecimiento personal.

En este sentido, las relaciones paterno filiales han tomado distancia desde los tiempos en los que los hijos debían someterse absolutamente a los poderes del *pater* romano, hasta en lo que se refiere a sus elecciones matrimoniales, para desarrollarse en un escenario en el que son ellos mismos exclusivamente los responsables de sus aciertos o desaciertos en lo que se refiere a la decisión del candidato.

Al mismo tiempo, se han ido desdibujando las diferencias que separaban a las distintas clases de hijos, en un camino que desembocó en la tendencia hacia igualación de los hijos habidos de todo tipo de uniones, como consecuencia de la aceptación de otras formas de familia.

Instituciones no contempladas en determinados momentos, han sido incorporadas a nuestra legislación, como por ejemplo la adopción, al tiempo que nuevas problemáticas han llevado al legislador a dictar disposiciones que constituyen nuevas áreas dentro del derecho de familia, como el derecho de menores.

Conductas que en ciertas épocas no eran miradas con disfavor, sino por el contrario, permitidas y hasta estimuladas, como los poderes de corrección ejercidos con crueldad por maridos y padres, han sido recategorizadas como violentas, dando paso a una legislación que ampara a sus víctimas.

No hubo una codificación del derecho de familia en Argentina. Sólo podemos referirnos a una preocupación, expresada en todos los tiempos y en distintos lugares, desde el reino visigótico en España, pasando por el reino de Castilla, las Indias recién descubiertas, el Río de la Plata de los primeros gobiernos patrios, la República Argentina comenzando a codificar su derecho civil y luego un país acusando recibo de sus transformaciones sociales, económicas y políticas, en las que siempre estuvo presente la preocupación por acoger a las relaciones de familia. De esta inquietud por el derecho de familia da cuenta la existencia en Argentina de tribunales con competencia específica en asuntos de familia.

Ya fuera a través de reales cédulas, fueros, ordenamientos, recopilaciones, secciones de códigos, leyes especiales o convenciones internacionales, no cabe duda de que el derecho de familia fue *fijado* de alguna manera.

Y si bien es cierto que las normas de derecho de familia se encuentran repartidas entre el Código Civil y las numerosas leyes que se han ido dictando, no nos cabe la menor duda de la existencia de un derecho de familia que se encuentra en un continuo proceso de ajuste y adaptación a las nuevas realidades a las que día a día se enfrenta la familia argentina.

VI. EL PROCESO DE CODIFICACIÓN CIVIL EN COLOMBIA*

FERNANDO MAYORGA GARCÍA**

A partir de 1810 se fueron sancionando normas que modificaron el derecho hispano-indiano hasta entonces vigente. Si bien estas reformas cambiaron totalmente la Constitución del Estado,¹ las demás ramas del

* Este tema ya fue abordado en el artículo de nuestra autoría titulado "Pervivencia del Derecho Español durante el siglo XIX y proceso de codificación civil en Colombia" publicado en la *Revista Chilena de Historia del Derecho*, no. 14, Santiago de Chile, Publicaciones del Centro de Investigaciones de Historia del Derecho del Departamento de Ciencia del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1991, pp. 291-313. En el presente escrito no se aborda el primer apartado de ese texto, titulado "Supervivencia del Derecho castellano Indiano después de 1810", para concentrarnos en el segundo, dedicado a "La legislación nacional", en el cual se amplía tanto el proceso de adopción del Código de Bello en el Estado Soberano de Cundinamarca como la redacción del Código de la Unión, palabra esta última que define un ámbito territorial que hasta la fecha no ha sido claro para el iusprivatismo colombiano. Esperamos dar luces definitivas sobre este concepto en este escrito.

** Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia.

¹ TASCÓN, Tulio Enrique, *Historia del Derecho Constitucional Colombiano*, Edición Especial, Bogotá, 1980. Ver también POMBO, Manuel Antonio y José Joaquín Guerra, *Constituciones de Colombia*, recopiladas y precedidas de una breve reseña histórica, Prensas del Ministerio de Educación Nacional, Bogotá, 1951. La edición que hemos tenido a la vista es la segunda, donde se encuentran el boceto de la biografía de Manuel Antonio de Pombo, firmado por Luis Martínez Delgado, el de la de José Joaquín Guerra, que rubrica Miguel Aguilera y el prólogo a la primera edición, suscrito por Carlos Martínez Silva. En 1950, PINEDA, Néstor publicó *Constituciones de Colombia*, Cromos, de Bogotá. En 1957 vio la luz, escrita por SAMPER BERNAL, Gustavo, la *Breve historia constitucional y política de Colombia*, que fue editada en Bogotá por los Talleres Editoriales de la Litografía Colombiana. Veinte años después, Ediciones de Cultura Hispánica publicó en Madrid *Las Constituciones de Colombia*, de URIBE VARGAS, Diego, en dos tomos, precedidas de un "Estudio Crítico de la Historia Constitucional Colombiana". Cuatro años antes, FERNÁNDEZ BOTERO, Eduardo había publicado en Medellín, en dos tomos, *Las Constituciones Colombianas comparadas*, Editorial Universidad de Antioquia. En 1978, RIVADENEIRA VARGAS, José Antonio publicó *Historia constitucional de Colombia. 1510-1978*, Bogotá, Editorial Horizontes; un año más tarde empezó la publicación de las *Constituciones de la Primera República Liberal* de RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos, dedicadas, el tomo I, a las Constituciones Provinciales de Antioquia, Azuero, Barbacoas, Bogotá, Buenaventura, Cartagena, Casanare, Córdoba, Cundinamarca y Chocó, precedido de