



ESTUDIO MAZZINGHI
ABOGADOS

Publicación: Pretendida atribución de facultades legislativas al Poder Judicial

Autor: Jorge A. Mazzinghi

I. Introducción

Algunos entusiastas por incorporar el divorcio vincular al derecho argentino muestran una urgencia notable en lograr ese objetivo y no parecen dispuestos a correr el riesgo de un debate parlamentario ni -en caso de que éste les fuera favorable- de un eventual veto del Poder Ejecutivo.

Con ese ánimo se inclinan por una actuación del Poder Judicial, que -según sus aspiraciones- permitiría restablecer la vigencia del régimen que, a su hora, fue injertado en nuestro ordenamiento legal mediante una maniobra parlamentaria, no sólo negativa en el fondo, sino deleznable en la forma.

Se trataría, en suma, de que los jueces desenterraran esa semilla de discordia que se plantó en 1954, cuando el Parlamento -olvidando que su nombre viene de "parlar"- sancionó, silenciosa y sorpresivamente, una modificación al proyecto de ley que luego se incorporaría a nuestro elenco legal con el número 14.394 (Adla, XIV-A, 237).

II. La introducción del divorcio vincular en el ordenamiento legal argentino

Por iniciativa del presidente de la Cámara, doctor Antonio J. Benítez y con la intervención de la diputada Degliuomini de Parodi, se introdujo un agregado al art. 31 de un proyecto destinado a reglar otras cuestiones -entre ellas el régimen de la presunción de fallecimiento- sin que en el recinto se dieran las más mínimas razones para proceder de esa manera.

La diputada en cuestión se limitó a pedir -cuando faltaban minutos para que terminara la sesión- que se incorporara al Diario de Sesiones un informe del presidente de la Comisión de Legislación General, doctor Ventura González, que no leyó siquiera y luego de depositarlo en Secretaría afirmó que había de "juzgarse como interpretación auténtica del agregado propuesto, ⁽¹⁾".

Con esa escueta presentación, que no puede haber insumido más de un minuto, de la madrugada del 14 de diciembre de 1954, se resolvió agregar al art. 31 del proyecto que se aprobaba -y que se refiere al fallecimiento presunto-, lo siguiente: "También, transcurrido un año de la sentencia que declaró el divorcio, cualquiera de los cónyuges podrá presentarse al juez que la dictó pidiendo que se declare disuelto el vínculo matrimonial si con anterioridad ambos cónyuges no hubiesen manifestado por escrito al Juzgado, que se han reconciliado. El juez

¹ Adla, IX-A, 237.



hará la declaración sin más trámite ajustándose a las constancias de los autos. Esta declaración autoriza a los cónyuges a contraer nuevas nupcias?".

La insólita decisión parlamentaria, que el Poder Ejecutivo promulgó el 22 de diciembre del mismo año 1954, sólo tiene explicación táctica: la introducción del divorcio era mirada como un proyectil más, que el gobierno estaba dispuesto a utilizar en la persecución contra la Iglesia Católica, que por entonces se había desatado.

Esta afirmación es convincente, si se repara en que poco tiempo antes -en 1946- al formular el Primer Plan Quinquenal para 1947-1952, el mismo gobierno propuso como un objetivo nacional el crecimiento de la población, para cuyo logro debían tomarse las medidas necesarias para aumentar la nupcialidad mediante recaudos de orden social, como es de sostener la indisolubilidad del matrimonio?".⁽²⁾

Y en 1949 la Convención constituyente, que con amplia mayoría oficialista modificó el texto de 1853-1860, introdujo el art. 37 cuyo apart. II (Adla, IX-A, 1 y 106), proclama a la familia "núcleo primario y fundamental de la sociedad", y establece, en el punto 1º que: "El Estado protege el matrimonio?"⁽³⁾.

A este respecto dijo el convencional Valenzuela que "la estructura familiar tradicional, la que los argentinos debemos proteger por razones que nos son propias, enraizadas en la historia de nuestras costumbres, se asienta sobre el matrimonio?"⁽⁴⁾ y no cabe duda de que la tradición y las costumbres argentinas no dieron jamás cabida al matrimonio disoluble.

Cinco años más tarde, los avatares políticos y la acción, siempre eficaz y sostenida de las logias, modificaron esta orientación del gobierno y lo llevaron a olvidar las verdades proclamadas en épocas más apacibles.

La variante táctica -como suele pasar- no sólo implicó el extravío ideológico que significó la sorpresiva introducción del divorcio, sino que tampoco dio resultado político, pues el enfrentamiento con la Iglesia fue factor decisivo del derrocamiento de las autoridades, acaecido en 1955.

III. El decreto-ley 4070/56

El gobierno surgido de la Revolución Libertadora hubo de abocarse al problema que planteaba esta inopinada y fundamental modificación al derecho de familia.

El marco político que -a partir del 13 de noviembre de 1955- rodeaba al gobierno provisional era heterogéneo, y puede afirmarse que su único elemento común era la animadversión por la figura del presidente

² Presidencia de la Nación, Secretaría Técnica, t. I, p. 269, Buenos Aires, 1946.

³ Adla, IX-A, 1 y 106.

⁴ Adla, IX-A, 1 y 106.



depuesto y por el movimiento político que su prédica había suscitado.

Los miembros de la Junta Consultiva, que asesoraba al gobierno, no tenían una posición uniforme sobre la cuestión del divorcio, pero no podían dejar de advertir -se trataba de políticos experimentados- que la reacción colectiva que había culminado con la deposición de las autoridades legales, había tenido en las convicciones morales y religiosas del pueblo argentino un factor desencadenante y decisivo. No ha de olvidarse que el santo y seña de las fuerzas militares que combatieron en Córdoba a las órdenes del Gral. Lonardi, era "Dios es justo", y que los aviones revolucionarios llevaban pintado en sus alas el signo de "Cristo vence".

Siendo ello así y con plena conciencia de que la segunda parte del art. 31 de la ley 14.394 era un injerto sólo explicable por el propósito de atacar a la Iglesia Católica aun a costa de desintegrar la familia argentina, prevaleció el criterio de que aquella norma no podía ser mantenida.

Pero, quizá para dejar a salvo las ideas de los más liberales, se optó por no referirse al fondo de la cuestión resuelta por el texto agregado, y aludir solamente a su objetable génesis.

Así surgió el decreto-ley 4070/56 (Adla, XVI-A, 233), que dispuso, en su art. 1º: "Declárase en suspenso, hasta tanto se adopte sanción definitiva sobre el problema del divorcio, la disposición del art. 31 de la ley 14.394, en cuanto habilita para contraer nuevo matrimonio a las personas divorciadas a que el texto se refiere"⁵).

Los considerandos que preceden a dicho decreto-ley, y que no reproduzco en homenaje a la brevedad, contienen una impresionante cantidad de argumentos que descalifican el agregado al art. 31 como una norma de origen espurio.

Dichos considerandos aluden al "procedimiento inusitado y sorpresivo" que pone de manifiesto la "necesidad de su revisión" (consid. IV); sostienen que "cualquier renovación del planteo legal (sobre el divorcio) debió ser precedida de una reapertura de ese debate de la Nación entera?" (consid. VI), y señalan que "se proclamó la ley de divorcio como elemento de combate en el curso de la persecución religiosa?" (consid. VII).

Pero hay más aún: El considerando XIII afirma que se han "falseado en la expresión de la voluntad popular todos los recaudos que la habilitan como sincera", y que, por lo tanto, "la sanción obtenida adolece de nulidad por la forma viciosa en que se la gestó", y con respecto a ella, detalla algunos de sus vicios, "ocultación del tema a los propios representantes del pueblo?" (consid. XI), "? en horas de la madrugada" (consid. VIII), que llevaron a los representantes de la minoría (actual mayoría en Diputados) "a retirarse del recinto sellando con este acto

⁵ Adla, XVI-A, 233.



ESTUDIO MAZZINGHI
ABOGADOS

de protesta su total disconformidad con el procedimiento que se seguía" (consid. X).

La mayor parte de estos datos aparecen confirmados por el entonces presidente de la Cámara de Diputados, Antonio J. Benítez, en una carta publicada en "La Nación" del 18/I/1984, que fue severa y acertadamente respondida por el doctor Federico Mackinlay en la edición del 9 de febrero del mismo diario.

Frente a la situación descripta, el gobierno provisional estimó que no le correspondía decidir el problema del divorcio vincular, pero sí "impedir que se ahonden las consecuencias de una ley dictada en forma tan irregular" (consid. XV).

Y con ese fin dictó el decreto-ley 4070/56, que declara en suspenso la norma.

IV. El verdadero alcance de la "suspensión"

Por las razones reseñadas, que surgen de los propios considerandos del decreto-ley 4070/56, sus autores no derogaron expresamente la segunda parte del art. 31 de la ley 14.394, sino que lo hicieron virtualmente al declararla "en suspenso hasta que se adopte sanción definitiva sobre el problema del divorcio".

El alcance de esta "suspensión" es ahora materia de discusión por parte de quienes pretenden extraer de la declaración "en suspenso", las consecuencias que señalo en el capítulo I del presente trabajo.

Comentando el art. 1º del decreto-ley 4070/56, dice Borda que "aunque este artículo habla de suspensión de la ley de divorcio, en verdad ella fue derogada, como que hace falta una nueva ley para reimplantar la disolución del vínculo. Fue un eufemismo empleado para disimular el verdadero alcance del decreto, sin duda, ante el temor de la reacción que podría provocar en los interesados por la vigencia del divorcio absoluto"⁽⁶⁾. Es también la opinión de Llambías, quien afirma que la norma que introdujo el divorcio vincular fue "prontamente proscripta"⁽⁷⁾ y de Spota, quien se refiere a ella como "derogada" (o suspendida en su aplicación hasta que medie una solución legislativa que decida en la materia?"⁽⁸⁾). Igual criterio he sostenido al afirmar que "la suspensión sine die importa la derogación"⁽⁹⁾. A este criterio se han opuesto razones semánticas, aduciendo que conforme al diccionario una cosa es suspender y otra derogar.

No parece que para dilucidar una cuestión de esta importancia sea

⁶ BORDA, Guillermo A., "Tratado de derecho civil argentino, Familia", núm. 582 bis.

⁷ LLAMBIAS, Jorge J., "Código Civil anotado", t. I, p. 562, nota 1 al art. 64, ley 2393.

⁸ SPOTA, Alberto G., "Tratado de derecho civil", t. II, vol. 2, p. 324, núm. 192.

⁹ MAZZINGHI, Jorge A., "Derecho de familia", núm. 392.



suficiente atenerse al significado de las palabras. Con tal criterio habría que considerar verdaderas democracias a los regímenes socialistas de Europa Oriental, porque así se titulan.

Pese a ello, vayamos al diccionario.

El verbo "suspender", en la segunda acepción que da la Real Academia Española -que es la que mejor conviene a la cuestión en examen-, es "detener o diferir por algún tiempo una acción u obra" ⁽¹⁰⁾.

Surge de esta definición el carácter temporario de la suspensión, que aparece también en otras acepciones del mismo vocablo, como la cuarta, que se refiere a "privar temporalmente a uno del sueldo o empleo que tiene", o la quinta, que alude a "negar la aprobación a un examinado hasta nuevo examen".

Hay que admitir, pues, que, en principio, la idea de suspensión conlleva la de temporalidad.

Pero el tiempo en cuestión puede ser establecido con precisión en el acto de suspender, o bien puede quedar sujeto a la ocurrencia de un hecho futuro, que a su vez, puede ser cierto o incierto.

Si se trata de un plazo fijo, o de un plazo incierto, como es el que se sujeta a un hecho que fatalmente ha de ocurrir -la muerte de alguien, por ejemplo-, no cabe duda de que vencido el término previsto, u ocurrido el acontecimiento necesario, la suspensión cesa y las cosas deben volver al estado anterior.

La cuestión difiere sustancialmente si la suspensión queda establecida hasta que ocurra un hecho futuro e incierto, es decir que pueda ocurrir o no.

En tal caso la suspensión seguirá operando hasta tanto se produzca el acontecimiento incierto, y en forma definitiva, si éste no se produce nunca.

Tal es lo que ocurre en el caso de la quinta acepción, antes recordada: "negar la aprobación a un examinado hasta nuevo examen". Si el alumno en cuestión no se presenta nunca a rendir el nuevo examen, la suspensión, aunque en la intención de quien la aplicó haya sido temporaria, se transforma, en los hechos, en definitiva.

Es decir que no se puede afirmar de manera absoluta que la suspensión sea siempre y necesariamente temporaria. Esa puede ser la intención originaria del que suspende, pero el curso de los hechos puede llevar a una conclusión diferente.

Veamos qué ocurre con el decreto-ley que "suspende" la vigencia del divorcio vincular.

El art. 1º del decreto-ley 4070/56, establece la suspensión hasta tanto ocurra un hecho condicionante, futuro e incierto, pues suspende

¹⁰ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, voz "suspender".



"hasta tanto se adopte sanción definitiva sobre el problema del divorcio".

La lectura de esta norma y de los considerandos que la preceden, no deja la menor duda que "la sanción definitiva sobre el problema del divorcio" ha de ser adoptada por el Poder Legislativo, si así lo considerara oportuno y conveniente ⁽¹¹⁾.

Es obvio, en primer término, que el Poder Legislativo no queda obligado a pronunciarse sobre la cuestión porque así lo disponga el decreto ley de marras. La libertad de legislar sobre un tema no puede quedar restringida ni limitada por un decreto ley, ni tampoco por una ley.

Y si los parlamentos que funcionaron con posterioridad a 1956, o sea entre 1958 y 1962; 1963 y 1966; y 1973 y 1976 no se pronunciaron sobre la cuestión, fue porque no consideraron que debían hacerlo.

Que la "sanción" a que se refiere el decreto-ley sea del recorte parlamentario, es algo que no admite dudas. Volviendo al diccionario, advertimos que sanción es el acto solemne por el cual el Jefe del Estado confirma una ley o estatuto. Y revisando el texto constitucional salta a la vista que el capítulo pertinente se titula "formación y sanción de las leyes" y el art. 74 expresa que "en la sanción de las leyes se usará de esta fórmula: El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en Congreso, sancionan con fuerza de ley".

En suma: La suspensión que dispone el art. 1º del decreto-ley 4070/56, ha de durar "hasta tanto se adopte sanción definitiva sobre el problema del divorcio?", es decir hasta que el Parlamento resuelva abocarse a la discusión del asunto y tome decisión sobre él.

Sostener que el Poder Judicial puede resolver que como la suspensión ha durado ya mucho tiempo, es hora de dejarla sin efecto, o que como la norma no establece plazo de la suspensión se podría aplicar el art. 509 del Cód. Civil (Adla, XXVIII-B, 1799) y pedir a los jueces que fijen dicho plazo, es propiciar un gravísimo desequilibrio institucional, ya que el Poder Judicial avanzaría indebidamente sobre el área de competencia del legislativo.

El hecho es que existe una ley suspendida hasta tanto se adopte sanción -sanción legal, por cierto- sobre una cuestión de fondo. Mientras el parlamento no se aboque a esta cuestión y la decida, los efectos de la suspensión seguirán operando.

V. Norma derogante y norma derogada

a) El decreto-ley 4070/56 ha sido respetado tanto en lo que dispone, pues ha sido aplicado sin vacilación por los tribunales, cuanto en sus fundamentos, que nadie ha osado discutir hasta ahora.

Pero, además de respetado, ha sido expresamente ratificado por medio de la ley 14.467 (Adla, XVIII-A, 94), promulgada el 23 de setiembre de

¹¹ Conf. BORDA, Guillermo A. y SPOTA, Alberto G., obs. cits. en notas 6 y 8.



ESTUDIO MAZZINGHI
ABOGADOS

1958, conforme a la cual "¿continúan en vigencia los decretos leyes dictados por el Gobierno provisional entre el 23 de setiembre de 1955 y el 30 de abril de 1958, que no hayan sido derogados por el H. Congreso de la Nación"⁽¹²⁾.

El Parlamento analizó desde su constitución -el 1 de mayo de 1958- hasta fines de setiembre del mismo año, los decretos-leyes dictados por el gobierno provisional. Derogó algunos.

Respecto de los otros, y pese a la respetable opinión del doctor Julio Oyhanarte en el sentido de que no necesitaban ratificación ⁽¹³⁾, quiso darles dicha ratificación de manera expresa.

O sea que frente al decreto-ley 4070/56, cabe afirmar que ha sido sostenido por el Poder Legislativo en la única ocasión en que se ocupó de él, absteniéndose de derogarlo e incluyéndolo, por el contrario, entre las leyes ratificadas.

b) En cuanto a la disposición legal virtualmente derogada, cuya resurrección por medios heterodoxos parece seducir a algunos, se trata de una norma no sólo deleznable en su génesis, como ya tuve ocasión de apuntar, sino también en su fondo.

Paso por alto el carácter negativo y atentatorio contra la familia que es propio de toda ley de divorcio vincular, porque detenerme en ello implicaría darle a este trabajo un alcance al que no aspira.

Pero aun desde el punto de vista técnico jurídico, el injerto del art. 31 de la ley 14.394 es deplorable.

El consid. XIV del decreto-ley 4070/56 señala su "total desconexión con el régimen orgánico de la legislación nacional que viene a integrar". Nada más verdadero.

Esta desconexión es, por un lado, formal pues el divorcio vincular fue incluido forzosamente en una ley que trata problemas de menores, de ausentes y presuntos fallecidos, del régimen del bien de familia y de la indivisión forzosa. Lo razonable hubiese sido que una reforma de semejante alcance ingresara al ordenamiento legal a través de la ley de matrimonio civil, pues el matrimonio es la institución afectada por la infausta inclusión del divorcio vincular. Pero el afán por sorprender, no sólo al pueblo en general sino a los propios parlamentarios, llevó a este dislate sistemático que no es, sin embargo; el más grave.

La desconexión es sobre todo sustancial.

Belluscio, pese a ser partidario de la disolubilidad del vínculo conyugal, se refiere al agregado de la ley 14.394 diciendo: "Por cierto que la norma era deficiente?" y que el "sistema general -conversión del divorcio limitado en absoluto, después de cierto tiempo- era aceptable

¹² Adla, XVIII-A, 94.

¹³ OYHANARTE, Julio, "Caducidad o continuidad de los llamados decretos leyes del gobierno de facto", Rev. LA LEY, t. 90, p. 770.



y bien pudo ser perfeccionado, en lugar de suprimirlo" ⁽¹⁴⁾(la bastardilla es mía).

Es evidente que el agregado al art. 31 de la ley 14.394 rompe con la filosofía que inspira la ley 2393 (Adla, 1881-1888, 497), cuyo fundamento laicista no impidió a sus autores ser respetuosos del derecho natural. Tanto es así que no vacilaron en incluir en el texto el art. 64 según el cual "el divorcio que este Código autoriza consiste únicamente en la separación personal de los esposos sin que se disuelva el vínculo matrimonial" y el 81, conforme a cuya norma "el matrimonio válido no se disuelve sino por la muerte de uno de los cónyuges".

Por su parte, el art. 67 enumera las causales de divorcio, en siete incisos que mencionan diferentes hechos ilícitos, algunos penales y otros civiles, pero que permiten afirmar que nuestra ley de matrimonio se enrola decididamente entre las que sostienen el concepto de "divorcio sanción".

El agregado al art. 31 de la ley 14.394, no sólo incorpora la disolubilidad del vínculo, sino que se instala en las antípodas del divorcio sanción, al admitir que "cualquiera de los cónyuges -es decir, el culpable o el inocente- puede pedir al juez que se declare disuelto el vínculo matrimonial".

Esta regulación implica incorporar al régimen familiar argentino la posibilidad de disolver el matrimonio por voluntad unilateral de cualquiera de los esposos.

Y no es necesario ser un observador demasiado riguroso para advertir que semejante regulación transforma al matrimonio en una relación más endeble y pasajera que el más ocasional concubinato.

La idea de culpa, con toda la implicancia moral que ella tiene, debe ser cuidadosamente mantenida por el derecho objetivo, tanto en el campo de las obligaciones, cuanto en el derecho de familia.

Como bien dice Ripert, "el progreso de la legislación ha consistido justamente en hacer la regla civil tan perfecta como la regla moral, en sancionar tan completamente como sea posible el deber de no perjudicar a otro"¹⁵ (15).

Toda esta construcción, apoyada sobre sólidos cimientos, y matizada por una delicada valoración de las conductas, aparece avasallada por la idea primaria de que cualquiera, culpable o inocente, está igualmente habilitado para demoler por su sola voluntad un vínculo que ha nacido por acuerdo entre dos personas, y cuya subsistencia toca al interés del otro contrayente, el de los hijos, el de la sociedad. La popular

¹⁴ BELLUSCIO, Augusto C., "Manual de derecho de familia", núm. 445.

¹⁵ RIPERT, Georges, "La regle morale dans les obligations civiles", p. 235, núm. 128, 4^a ed., París, 1949.



ESTUDIO MAZZINGHI
ABOGADOS

metáfora del toro furioso que irrumpe en un negocio de cristalería vuelve vividamente a mi memoria cuando evoco la sanción del art. 31, 2ª parte de la ley 14.394. Y me es difícil apartarla de ella frente a la aspiración de reestablecer aquel engendro jurídico que en estos momentos parecen alentar algunos compatriotas.