

**EL APELLIDO DE LA MUJER CASADA Y LA DECLARACIÓN DE AUSENCIA CON
PRESUNCIÓN DE FALLECIMIENTO**

Por Luis MOISSET DE ESPANÉS

Jurisprudencia Argentina, tomo 25-1975, pág. 404; para esta publicación se han puesto notas complementarias y efectuado alguna actualización

SUMARIO

- I.- Introducción. Naturaleza jurídica del jurídica
- II.- El vínculo matrimonial y el apellido de la mujer
- III.- La ley 18.248 y la ausencia con presunción de fallecimiento
- IV.- Declaración de ausencia y muerte probada
- V.- Análisis comparativo de las distintas situaciones
- VI.- Conclusiones

I.- Introducción. Naturaleza jurídica del nombre

El Código civil argentino, como todos sabemos, no legisló sobre el uso del nombre. Nuestro sistema, pues, debió ajustarse a los usos y costumbres y, en materia de apellido, doctrina y jurisprudencia consagraron el "deber" de la mujer casada de usar el apellido del marido, a continuación del apellido de soltera, unido a éste por la preposición "de".

Parecía dominar en nuestra doctrina la concepción de Planiol sobre la naturaleza jurídica del nombre, considerándolo una institución de policía civil, que más que consagrar derechos imponía deberes¹, ya que sirve para determinar el origen familiar (por medio del apellido), individualizar a la persona (por el nombre de pila o prenombre), e incluso conocer su estado civil (en la hipótesis de la mujer casada). Esos deberes pesaban inexorablemente sobre el sujeto, y se reflejaban en características tales como la inmutabilidad del nombre.

Por este camino la doctrina nacional sostenía que aún en el caso de divorcio perduraba el deber de la mujer de continuar utilizando el apellido del marido ², especialmente en razón de que nuestras leyes no admitían el divorcio vincular, sino la simple separación de cuerpos, y que sólo podía permitirse la supresión del apellido marital por medio de una resolución judicial, cuando se probase la existencia de justas causas para ello.

Este criterio extremo ha sido superado por las doctrinas que señalan la existencia en el nombre de dos elementos: uno de orden público, que sirve para distinguir a las personas, pero junto a él la existencia de un derecho subjetivo, que hace del nombre un

¹. Marcel PLANIOL, "Traité élémentaire de Droit Civil", 7ª ed., Paris, 1915, T. I, N° 398, p. 150: "El nombre es una institución de policía civil; es la **forma obligatoria de designación de las personas**.

² En contra de esta posición se había pronunciado Borda, en un voto minoritario (ED 8-179).

atributo de la personalidad, que debe ser respetado y confiere al titular ciertas facultades sobre su uso.

Esta concepción es la que ha acogido la ley 18.248, cuando expresa que "toda persona tiene el derecho y el deber de usar el nombre y el apellido que le corresponda" (artículo 1), procurando conjugar armónicamente ambos elementos.

Por la misma razón se ha dejado también cierto margen a la autonomía de la voluntad para introducir modificaciones en el nombre, cuando se presentan ciertas situaciones especiales, que analizaremos a continuación.

II.- El vínculo matrimonial y el apellido de la mujer

Es cierto que originariamente la ley 18.248 imponía a la mujer casada el "deber" de añadir "a su apellido el de su marido, precedido por la proposición **"de"** (artículo 8), pero admitía, como una prerrogativa propia de la mujer, que continuase usando el apellido de soltera, cuando fuese conocido con él para el ejercicio del "comercio, profesión o industria" (segunda parte del primitivo artículo 8). A partir de la sanción de la ley 23.515, que introdujo modificaciones a esa norma, no es más un "deber", sino una prerrogativa o facultad, ya que es "optativo" para ella el uso del apellido del marido³.

Con relación a la mujer divorciada la ley, en su redacción primitiva, establecía que era optativo para ella el "llevar o no el apellido de su marido" ⁴; ahora debe distinguirse entre "separada de cuerpos" y "divorciada"; para la primera es válido lo que decíamos en el trabajo originario; para la divorciada

³. "Art. 8 (ley 18.248 - texto originario).- La mujer, al contraer matrimonio, añadirá a su apellido el de su marido precedido por la preposición "de". Si la mujer fuese conocida en el comercio, industria o profesión por su apellido de soltera, podrá seguir usándolo después de contraído el matrimonio para el ejercicio de esas actividades".

"Art. 8 (**texto vigente**).- Será optativo para la mujer casada añadir a su apellido el del marido, precedido por la preposición "de".

⁴. "Art. 9 (ley 18.248 - texto originario).- Decretado el divorcio será optativo para la mujer llevar o no el apellido del marido.

Cuando existieren motivos graves, los jueces, a pedido del marido, podrán prohibir a la mujer divorciada el uso del apellido de su cónyuge".

vincularmente, cesa el derecho de uso del nombre del marido, con algunas excepciones⁵. Por su parte la viuda podrá requerir al Registro del Estado Civil "la supresión del apellido marital" (ver artículo 10, ley 18.248).

El legislador ha considerado, en estas hipótesis, que el mejor juez sobre el uso del apellido conyugal es la propia mujer, estimando que en estos casos prevalece el "derecho al uso" sobre el "deber de uso".

Y esto nos obliga a reflexionar sobre la influencia que el vínculo matrimonial ejerce sobre el apellido de la mujer; ¿puede afirmarse que la existencia del vínculo matrimonial es lo que determina, irremediablemente, el empleo del apellido del marido?. Creemos que no, pues hay numerosas situaciones en que, pese a existir vínculo, no encontramos el "deber", sino solamente el "derecho" a usar el nombre del marido; y en otras hipótesis, pese a haber desaparecido el vínculo, continúa subsistiendo el "derecho de uso" del nombre.

El legislador ha considerado, con buen criterio, que no interesa la subsistencia del vínculo, cuando la armonía conyugal ha desaparecido, y no corresponde entonces imponer a la mujer el deber de continuar usando el apellido del cónyuge, porque de tal manera pueden lastimarse sus sentimientos íntimos.

Por el contrario, en casos en que el vínculo ha desaparecido, como la viudez, se admitirá que la mujer use el apellido del marido muerto; o en casos en que no ha existido realmente vínculo -como en las hipótesis de nulidad de matrimonio- por razones de conveniencia social, los jueces podrán autorizar a la mujer a continuar utilizando ese apellido, cuando tuviere hijos y fuese de buena fe (artículo 11).

Haya o no desaparecido el vínculo legal, la mujer es la

⁵. "Art. 9 (**texto vigente**).- Decretada la separación personal, será optativo para la mujer llevar el apellido del marido.

Cuando existieren motivos graves, los jueces, a pedido del marido podrán prohibir a la mujer separada el uso del apellido marital. Si la mujer hubiera optado por usarlo, decretado el divorcio vincular perderá tal derecho, salvo acuerdo en contrario, o que por el ejercicio de su industria, comercio o profesión fuese conocida por aquél y solicitare conservarlo para sus actividades".

única que sabe si perdura el vínculo afectivo, o si en su ánimo pesan consideraciones sociales que hacen necesario o conveniente inclinarse por el uso de su apellido de soltera, o por el mantenimiento del apellido del cónyuge.

III.- La ley 18.248 y la ausencia con presunción de fallecimiento

Hemos señalado en otro trabajo ⁶ que la ley 18.248 no ha contemplado de manera expresa la situación de la mujer cuyo marido es declarado ausente con presunción de fallecimiento.

El problema se ha planteado ya, primero ante el Registro Civil de la Capital Federal, y luego ante los Tribunales, y la laguna legal origina serias dificultades hermenéuticas.

En primer lugar, el Registro Civil se ha negado a suprimir el apellido del marido ausente, fundándose en que no existe un texto legal que autorice esa supresión; este argumento -que puede bastar en sede administrativa- resultaría insuficiente para los organismos jurisdiccionales, que deben siempre resolver los problemas que se les sometan (artículo 16 del Código Civil), y por ello la Cámara, en el caso que comentamos, ha buscado otras razones para sustentar su posición restrictiva, sosteniendo que como la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento no disuelve el vínculo matrimonial, subsiste paralelamente el deber de la mujer de continuar utilizando el apellido del esposo, salvo que alegase y probase la existencia de "causas graves, o justos motivos" para la supresión.

Creemos, sin embargo, que esta interpretación no se ajusta cabalmente al espíritu de nuestro derecho positivo, razón por la cual procuraremos ahondar un poco más el problema, investigando el alcance que en la actualidad tiene la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento.

IV.- Declaración de ausencia y muerte probada

⁶ "El nombre y la ley 18.248", en Revista Notarial de Córdoba, N° 19-20, año 1970, p. 5-20; en especial apartado 8, p. 19.

En el Código Civil la institución de la ausencia estaba signada por la duda... Mientras no hubiese noticias fidedignas de que se había producido efectivamente la muerte de la persona, debía permanecerse siempre a la expectativa de su posible reaparición, y aunque las presunciones se fortalecían con el transcurso del tiempo, razón por la cual los bienes llegaban a entregarse en posesión definitiva a los herederos, se mantenía siempre incólume el vínculo matrimonial, y quedaba flotando en el aire la idea de que el presunto fallecido podía no estar muerto.

La ley 14.394 introdujo una variante sustancial en la institución, abreviando los plazos, y procurando en un todo equiparar el fallecimiento presunto a la muerte probada, al extremo de que el artículo 31 de la mencionada ley faculta al cónyuge del ausente a contraer nuevas nupcias. Es cierto que, por razones técnicas, se ha dispuesto que en esa hipótesis el vínculo matrimonial recién quedará disuelto en el momento de celebrarse el nuevo casamiento, pero ello es únicamente con el objeto de que si, por azar, reaparece el ausente, no se encuentre con el vínculo disuelto, ¡aunque su mujer no haya contraído nuevo matrimonio!

En resumen, declarada la ausencia con presunción de fallecimiento la situación es perfectamente equiparable a la muerte probada, tanto en los aspectos patrimoniales, como matrimoniales, ya que el cónyuge del ausente **queda automáticamente habilitado para contraer enlace**.

Y se nos ocurre plantearnos un interrogante: si el cónyuge de una persona declarada ausente con presunción de fallecimiento, que está facultado por la ley para casarse de nuevo, en lugar de contraer matrimonio mantiene relaciones sexuales extramatrimoniales: ¿habrá algún juez que considere correcto aplicarle el artículo 118 del Código Penal y condenarlo por adulterio, en razón de que el vínculo no se ha disuelto? Una sentencia de tal naturaleza sería un contrasentido que heriría nuestro sentido de justicia, pues parece inconcebible que quien está autorizado a contraer nuevas nupcias, pueda al mismo tiempo

ser considerado "adúltero"...! ⁷.

V.- Análisis comparativo de las distintas situaciones

Esquematisando las distintas situaciones, a la luz de los análisis que llevamos efectuados, podríamos decir que son las siguientes:

CUADRO I

| | Vínculo matrimonial | Habilidad nupcial |
|---------------------------|----------------------------|--------------------------|
| Mujer separada de cuerpos | Subsiste | No |
| Mujer divorciada | Extinguido | Sí |
| Mujer del ausente | Subsiste | Sí |
| Mujer viuda | Extinguido | Sí |

Encontramos en las posiciones extremas a la mujer separada de cuerpos y a la viuda, mientras que la cónyuge del ausente se encuentra en una situación intermedia, pues aunque aceptemos que el vínculo matrimonial subsiste, ha recuperado la habilidad nupcial.

Decíamos que la ley 18.248 sólo se ha ocupado del uso del apellido marital por la mujer divorciada o viuda, dejando sin considerar la situación de la esposa del ausente con presunción de fallecimiento.

Sobre esta base podríamos confeccionar otro cuadro:

CUADRO II

| | Vínculo matrimonial | Habilidad nupcial | Uso del apellido marital |
|-------------------|----------------------------|--------------------------|-------------------------------------|
| Mujer separada | Subsiste | No | Optativo (art. 9, ley 18.248) |
| Mujer del ausente | Subsiste | Sí | No legislado |

⁷ En contra Manuel Aráuz Castex: "Parte General", Buenos Aires, 1965, t. I, N° 723, p. 434: "...si el ausente reaparece podría enrostrarle al cónyuge su conducta...".

| | | | |
|-------------|------------|----|--------------------------------|
| Mujer viuda | Extinguido | Sí | Optativo (art. 10 ley 18.248). |
|-------------|------------|----|--------------------------------|

Los cuadros son, a nuestro entender, claramente ilustrativos del espíritu que ha inspirado a la legislación en esta materia; las situaciones extremas han sido reguladas de manera similar, permitiendo tanto a la mujer divorciada, como a la viuda, el optar por el uso o supresión del apellido marital. ¿Qué trato debe darse entonces a la cónyuge del ausente, que está en la situación intermedia, pues aunque se afirme que el vínculo conyugal subsiste, ha recuperado la habilidad nupcial?. Una recta interpretación, de carácter integrativo de los textos legales, debe reconocer también en este caso a la mujer la facultad de decidir libremente sobre el uso del apellido del marido ausente. Y a la misma solución deberá llegarse por vía analógica, si se recuerda que nuestro sistema legal tiende a equiparar la ausencia con presunción de fallecimiento, y la muerte probada.

Además, ¿qué utilidad práctica tiene negarle esta facultad? ¿Acaso es conveniente forzar a la mujer a demostrar las "justas causas" que la impulsan a suprimir el apellido del ausente?

A las personas muertas, o que se presume han fallecido, hay que permitirles que descansen en paz, y no perturbar su recuerdo sacando a luz las miserias que pudieron haber alterado la armonía conyugal. Por supuesto que después de declarada la ausencia, no se justificaría un juicio de divorcio -pese a que la mujer podría argüir su "legítimo interés" para lograr el derecho a la supresión del apellido-, pero el simple juicio de modificación de nombre tendría que ventilar una serie de humanas debilidades, para llevar al convencimiento del magistrado que existen los "justos motivos" que exige este fallo.

Por eso consideramos que la resolución comentada no sólo interpreta erróneamente el sistema jurídico vigente, sino que -al mismo tiempo- adopta una solución que es socialmente disvaliosa, y está francamente en pugna con el espíritu que ha inspirado al legislador al dejar la opción del uso del apellido marital, incluso en manos de la mujer divorciada, pese a que en esa hipótesis no

sólo subsiste el vínculo matrimonial, sino que también hay inhabilidad para contraer nuevas nupcias.

VI. Conclusiones

1) La ausencia con presunción de fallecimiento es casi totalmente equiparable a la muerte probada.

2) La ley 18.248, al conceder a la mujer divorciada y a la viuda, la posibilidad de optar libremente sobre el uso o supresión del apellido marital, reconoce que ella es la persona más adecuada para juzgar sobre la conveniencia o inconveniencia de dicho uso.

3) La cónyuge de un ausente con presunción de fallecimiento se encuentra en situación intermedia entre la mujer divorciada y la viuda, ya que si bien es cierto que el vínculo matrimonial subsiste (como ocurre en el caso del divorcio), en cambio ha recuperado la habilidad nupcial (como sucede en la hipótesis de viudez).

4) A falta de norma expresa, debe interpretarse que si en los casos extremos se concede a la mujer el derecho de opción, también debe gozar de esa facultad, en la hipótesis intermedia.

5) Para que la cónyuge de una persona declarada ausente con presunción de fallecimiento obtenga la supresión del apellido marital, no será necesario -ni es conveniente- que se pruebe en juicio la existencia de "justos motivos", sino que bastará su declaración de voluntad en tal sentido, dirigida al Registro de Estado Civil de las Personas, por aplicación analógica del artículo 10 de la ley 18.248 (hipótesis de viudez).