

Capítulo I

INTRODUCCION AL DERECHO DE FAMILIA

por FRANCISCO A. M. FERRER

I. LA FAMILIA	
1. Concepto	11
2. Origen	14
3. Evolución	15
4. Funciones	17
5. Importancia	19
6. La familia y el Estado	21
7. La familia argentina. Su evolución	24
8. La crisis de la familia	26
9. Naturaleza jurídica de la familia	31
10. El interés familiar	34
11. Organos de la familia	35
12. La trascendencia jurídica del núcleo familiar	36
13. El nombre	37
14. El honor de la familia	38
15. El derecho a la intimidad familiar	40
II. EL DERECHO DE FAMILIA	
16. Concepto	42
17. Contenido	42
18. Caracteres	43
19. Naturaleza y ubicación en el derecho positivo. Teorías. Método de la ley	44
20. Interpretación	47
21. Relación con el derecho hereditario	48
22. La familia en la Constitución Nacional	49
III. ESTADO DE FAMILIA	
23. El estado de las personas	51
24. Estado de familia: estado civil	52
25. Caracteres	53
26. Fuentes	54
27. El emplazamiento en el estado de familia	54
28. Título de estado	55
29. Posesión de estado	56

30. Acciones de estado. Concepto	59
31. Caracteres	60
32. Clasificación	63
33. Extinción: Caducidad y prescripción	65
34. Características del proceso de estado	67
35. La cosa juzgada en las acciones de estado. Teorías	69
36. La jurisprudencia nacional y los proyectos de reforma	72
37. Derechos subjetivos familiares	72
IV. ACTO JURIDICO FAMILIAR	
38. Concepto	74
39. Naturaleza	74
40. Clasificación	75
41. Elementos	76
42. Modalidades de los actos jurídicos familiares	78

I. LA FAMILIA

1. Concepto.

El concepto de la familia puede formularse desde un doble punto de vista: jurídico y sociológico.

a) La *perspectiva jurídica* nos brinda un concepto amplio: familia es el conjunto de personas unidas por los vínculos jurídicos emergentes del matrimonio o del parentesco. En este sentido lato la familia comprende tres órdenes de relaciones: las conyugales, las paterno-filiales y las parentales.

El Código Civil, aunque no define a la familia, brinda la base para deducir este concepto jurídico amplio, pues de acuerdo a sus normas los vínculos jurídicos no sólo existen entre cónyuges y entre ascendientes y descendientes sin limitación de grado, sino también entre los colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, que es el límite del derecho sucesorio intestado (art. 3585, reformado por ley 17.711; antes era hasta el sexto grado) y entre los colaterales por afinidad igualmente hasta el cuarto grado, que es el límite genérico hasta donde llega la inhabilidad del Oficial Público, para autorizar asuntos en que sus parientes estén interesados (art. 985, CC.) y también la inhabilidad para ser testigos por parentesco con el Oficial Público, (arts. 990 y 3707) y la inhabilidad para recibir por testamento cuando existe parentesco dentro del cuarto grado con el Escribano o los testigos (art. 3664). Más allá del cuarto grado de parentesco, por consanguinidad o afinidad, el vínculo familiar ya no tiene relevancia jurídica.

Los vínculos jurídicos familiares reconocidos por nuestro derecho positivo son, por lo tanto, los que determinan el concepto y la composición de la familia.

Ahora bien, como nuestro derecho otorga efectos jurídicos tanto a los vínculos legítimos nacidos del matrimonio como a los que se generan fuera de la unión conyugal, aunque concediendo más derechos a los primeros, lo exacto es que de tal circunstancia se deduce que el concepto jurídico de familia comprende no sólo a la familia legítima, sino también a la que se constituye sin mediar entre los progenitores el vínculo matrimonial, reconociendo la realidad innegable de la familia natural, extramatrimonial o ilegítima, que surge cuando se forma la prole extramatrimonial y genera derechos y deberes recíprocos en la relación paterno-filial consagrados por la ley civil (arts. 1, 8, 9, 10 y 11, ley 14.367; arts. 369, 376 bis, 3545, 3571, 3584 y sgtes. del Cód. Civil). Por ello, aunque no medie vínculo matrimonial válido entre los progenitores, la situación jurídica que se crea entre éstos y sus hijos tiene un carácter esencialmente familiar, y esas normas legales indican que el hijo extramatrimonial tiene realmente una familia, cuya existencia ha sido confirmada además por la ley 17.711, que a través del nuevo texto del artículo 3585 consagra el derecho de herencia entre los hermanos extramatrimoniales.

Compartimos, en consecuencia, la enseñanza tradicional de nuestra doctrina y jurisprudencia (Llerena, Rébora, Lafaille, Spota, Busso, Borda, Fassi, Belluscio, Zannoni, Vidal Taquini), que reconoce la existencia de la familia extramatrimonial.

Sin embargo, hay autores para los cuales desde el punto de vista jurídico únicamente existe la familia fundada en el matrimonio y sostienen que el parentesco ilegítimo sólo constituye un vínculo, mas no una familia natural (Méndez Costa, D'Antonio, Lagomarsino). Y Díaz de Guijarro, por su parte, sostiene que la familia es una sola, sin que quepa contraponer la familia legítima a la ilegítima, pues para nada importa el origen del vínculo familiar, sino tan sólo la realidad biológica, por lo cual concluye que la familia es una unidad compuesta por parientes legítimos y extramatrimoniales. Creemos, sin embargo, que en nuestro derecho positivo tan

autorizada opinión encuentra un obstáculo insuperable en el artículo 365 del Código Civil, según el cual los parientes ilegítimos no forman parte de la familia de los parientes legítimos.

Desde luego, admitir que el concepto amplio de familia comprende también a la que se forma sin mediar unión conyugal entre los progenitores, no significa ni mucho propugnar su equiparación legal a la familia fundada en el matrimonio, sino, sencillamente, se trata de una conclusión derivada de los efectos que el legislador otorga al parentesco ilegítimo, que implican reconocer la realidad de la familia natural, aunque sin establecer la igualdad jurídica con la familia legítima por el riesgo de socavar las bases de la sociedad al debilitar el matrimonio.

Por ello, en nuestro derecho vigente, la familia legítima prevalece, en cuanto a determinados derechos y atribuciones, sobre la familia extramatrimonial, gozando del indudable y justo favor de la ley, que le brinda protección plena para que pueda cumplir su misión. La doctrina justifica que el legislador ampare y consolide con el máximo vigor a la familia fundada en el matrimonio, sin descentendarse de la familia natural, porque aquélla socialmente resulta más idónea y más perfecta para cumplir con las funciones éticas de educar y mantener la prole.

El concepto amplio de familia incluye también a la familia adoptiva, creada exclusivamente por la ley, sin la base del fenómeno biológico.

En suma, reiteramos que la familia es el conjunto de personas unidas por los vínculos emergentes del matrimonio o del parentesco, sea éste por consaguinidad, legítima o extramatrimonial, por afinidad o por adopción.

Este concepto jurídico comprende entonces a las tres clases de familia: legítima, extramatrimonial y adoptiva.

b) La *perspectiva sociológica* restringe el concepto de familia al núcleo paterno-filial, llamado pequeña familia, o familia nuclear. La familia, en este sentido, se define como la agrupación natural formada por el padre, la madre y los hijos no emancipados por matrimonio que viven con ellos, o que están bajo su potestad, aunque no convivan en el hogar común.

Este concepto, deducido de la observación social, tiene más importancia sociológica que jurídica porque se refiere a la familia como núcleo primario de la sociedad, y a este significado aluden los textos de las modernas Constituciones y Declaraciones internacionales que imponen al Estado la protección y defensa de la familia (art. 14 bis de nuestra Constitución; art. 16, inc. 3º de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, 1948; etc.).

2. Origen.

Especialmente en el siglo XIX encontramos varias escuelas sociológicas y positivas que han pretendido reconstruir la génesis de la familia.

Algunos suponen que existió una primera fase de horda o promiscuidad sexual absoluta, en la que no había verdadera familia. Luego, una segunda fase en la cual se organiza la familia bajo un régimen matriarcal: el padre es desconocido, el parentesco se considera únicamente por la vía materna; los hijos sólo pertenecen a la madre y heredan a los parientes de ésta. Y recién en un período posterior, en una tercera etapa, se habría producido la sustitución de la madre por el padre como cabeza de la organización familiar, surgiendo así la familia patriarcal. Tal es la doctrina elaborada por Bachofen y seguida por Morgan, Mac Lennan, etcétera.

Frente a esta hipótesis de la promiscuidad y matriarcado primitivos, se alza la teoría de Sumner Maine, quien niega la existencia de las tres fases de la evolución familiar y sostiene la prioridad de la forma patriarcal, suponiendo que desde los tiempos más remotos la familia ya era un grupo coherente regido por la autoridad absoluta del padre.

Otros autores, como Starke y Posada, adoptan con gran prudencia una posición intermedia, y ponen de relieve la imposibilidad de fijar un tipo primitivo uniforme de constitución familiar.

En realidad, los orígenes de la familia están ocultos todavía y quizás lo estén siempre, por las brumas de la prehistoria. Las teorías de los sociólogos están fundadas en datos muy poco ciertos y precisos y constituyen un conjunto de inducciones que no pasan de la categoría de hipótesis.

3. Evolución.

Dejando de lado la era prehistórica carente de certeza y yendo a los tiempos históricos que son conocidos, se pueden señalar tres grandes etapas en la evolución del núcleo familiar: el clan, la gran familia y la pequeña familia (Muller - Lyer; Borda):

a) En los tiempos más remotos la sociedad estaba integrada por *clanes*. El clan es la familia primitiva que estaba constituida por una agrupación de familias cuyos miembros pretendían descender de un antepasado común y estaban sujetos a la autoridad de un jefe, quien ejercía el gobierno, administraba justicia y celebraba el culto. Esta agrupación familiar era el único ámbito social organizado en donde se desenvolvía la existencia total del individuo. Clan se llamaba entre los germanos y celtas; gens, entre los romanos y griegos.

El aumento de la población, el instinto de sociabilidad del hombre, los matrimonios entre los miembros de los distintos clanes las necesidades del sustento, la guerra y factores geográficos y económicos, determinaron que estas estructuras patriarcales se fuesen uniendo y organizando hasta constituir el Estado, a quien transfirieron las funciones políticas.

b) Al quedar las familias integradas bajo el poder político del Estado, dentro del ámbito familiar subsiste, no obstante, la autoridad absoluta del pater-familia, quien preside una sólida comunidad compuesta por su mujer, hijos, clientes y esclavos, siendo el señor, juez y pontífice de su familia, con poder de vida y muerte sobre sus miembros. Tal es la *gran familia*, cuyo origen lo encontramos en la familia romana primitiva, que constituye, además, una organización económica que se basta a sí misma.

Posteriormente, la influencia de diversos factores contribuye a pulir los toscos contornos de aquella organización familiar. El crecimiento del Estado y el progreso del Derecho fueron cercenando paulatinamente los poderes del pater-familia, y a la vez, el desarrollo de las costumbres y la trascendental influencia del cristianismo suavizaron la antigua rudeza de la institución patriarcal, elevando la dignidad de la mujer y combatiendo el ejercicio arbitrario y absoluto de la patria potestad.

Finalmente, quedó modelada una familia de tipo patriarcal, compuesta por un amplio grupo de consanguíneos, que se caracteriza por una vigorosa autoridad paterna y marital, por el predominio del varón y la consiguiente posición subalterna de la mujer, y por la aglutinación de todos los miembros bajo la dependencia personal y económica del jefe de la estirpe, constituyendo el grupo un centro de producción económica en el que todos los miembros participan según un orden de jerarquía familiar.

La familia consume lo que produce, vendiendo el excedente en un mercado preferentemente local. La función económica fortalece la unidad familiar, y el grupo solidariamente protege a sus miembros contra los riesgos de la existencia.

Tal fue el sistema de la gran familia, o familia extensa, o familia patriarcal, dotado de una sólida estabilidad estructural, que tuvo vigencia durante la Edad Media y hasta la época en que se produce la Revolución Industrial a fines del siglo XVIII.

c) *La pequeña familia o familia nuclear* surge como consecuencia del proceso de industrialización y urbanización que se opera en los siglos XVIII y XIX. En efecto, la industrialización significó una verdadera revolución tecnológica y el lugar en que se realizó fue la ciudad y sus alrededores, por lo cual la urbanización aparece como un componente necesario del desarrollo industrial. Este proceso produjo una corriente migratoria del campo a la ciudad y la concentración de la mano de obra en torno a las manufacturas, circunstancia que fue separando a un número cada vez mayor de individuos y núcleos conyugales de sus respectivas familias-estirpes. La antigua producción doméstica, que hacía de la familia una especie de grupo cooperativo que trabajaba y explotaba en común el patrimonio familiar, cede el puesto a la organización industrial y comercial. Las funciones económicas, en adelante, son asumidas por los comerciantes, las empresas capitalistas y el Estado. La familia ya no es la fuente de recursos económicos ni el lugar permanente de trabajo, ni tampoco el nacimiento de un hijo supone ya la aportación de una nueva fuerza de trabajo a la empresa común. Los miembros de la familia han de trabajar fuera del hogar, incluso la esposa también debe abandonar el recinto hogareño a fin de

allegar recursos para el sustento común. La división del trabajo y su especialización provoca la dispersión profesional de la familia, facilitada por los modernos medios de comunicación.

El fuerte impacto que el progreso técnico, la urbanización y el gran comercio produce en la antigua estructura familiar tiene por consecuencia disminuir la extensión, la cohesión y la estabilidad de la familia, y además de eliminarla como unidad de producción, reducida y dispersa, ya no logra tampoco cumplir su función asistencial en favor de sus miembros ancianos, enfermos o inválidos, y por ello nace la previsión social.

El desarrollo económico y cultural determinó también que la mujer trabaje fuera de su hogar y ejerza las más diversas profesiones, circunstancia que condujo a su emancipación civil y política. La mujer de nuestros tiempos ya no está sometida a la autoridad marital; ha conquistado la igualdad jurídica con el hombre y comparte con él la autoridad en la familia.

Han sido, en suma, fundamentalmente las circunstancias económicas las que han determinado la transformación gradual de la familia patriarcal, la gran familia, numerosa, autoritaria y estable, en la familia moderna, pequeña, nuclear, igualitaria e inestable, que resulta más funcional, más acorde con las condiciones económicas y culturales de una compleja civilización técnica, industrial y urbana.

4. Funciones.

Como podemos apreciar a través de la evolución del grupo familiar que sintéticamente expusimos, se ha producido una modificación en las funciones que antaño cumplía la familia; en algunas fue sustituida o por lo menos complementada por organizaciones de carácter comunitario más amplio (por el Estado, por instituciones educativas, por organismos económicos, por instituciones de seguridad social, etc.); en otras se ha producido un acentuamiento, concentrándose la familia actual en sus funciones biológicas y espiritual.

Las diversas funciones que cumple la familia moderna son, someramente, las siguientes:

a) *Función geneonómica*: es la función biológica de perpetuar la especie humana a través de la procreación. Es la primera y más

importante función que realiza y que ha cumplido en todas las sociedades a través de los siglos, y es la que conserva con mayor intensidad.

b) *Función educativa*: la familia antigua desarrollaba en su seno todas las funciones educativas. La familia moderna ya no constituye un ámbito apropiado para impartir enseñanza, y desde fines del siglo pasado se observa como fenómeno universal la transferencia de estas funciones a otros entes, públicos o privados. Sin embargo, la familia conserva un rol relevante e insustituible por los entes educativos, y es su responsabilidad por la formación de la personalidad del individuo, infundiéndole principios morales, sentimientos solidarios y altruistas y sanas costumbres.

La personalidad de los hijos todavía es modelada fundamentalmente por el ambiente familiar; y su educación, especialmente moral, se determina en grado superlativo por el ejemplo que les dan los padres con su conducta cotidiana, el cual es mucho más formativo que lo que puedan predicarles, habiendo de perdurar su influencia probablemente a lo largo de todas sus vidas. Por eso ha dicho con razón un agudo civilista italiano que la familia es escuela de moralidad y costumbre.

c) *Función cultural*: la familia es también un medio transmisor de cultura, cumpliendo esta función en los años de la niñez del individuo a través de los padres y eventualmente de los hermanos mayores. Y debido a esa acción familiar se transmite el lenguaje, se inculcan las creencias, se incorporan al individuo las pautas de comportamiento y se recibe el aporte de la tradición.

d) *Función asistencial*: la solidaridad familiar que en otros tiempos amparaba a los miembros desvalidos de la familia, ancianos o enfermos, ha sido sustituida por la seguridad social. No obstante, la familia aún cumple importantes funciones asistenciales. Las prestaciones alimentarias, cuyo cumplimiento se obtiene por compulsión civil o penal, encuadran en esta función. En efecto, la familia constituye el ámbito en donde se satisfacen una de las más elementales necesidades humanas que nuestro Código Civil comprende bajo el concepto de "alimentos" (comida, vestido, habitación). El mismo

ordenamiento civil determina quiénes son las personas con derecho a reclamarlos y quiénes son los obligados (arts. 367 y sgtes.).

e) *Función afectiva*: los psiquiatras sostienen que la causa más frecuente de dificultades emocionales, problemas de comportamientos, e incluso enfermedades físicas, es la falta de amor, la falta de una relación cálida, afectiva, con un reducido círculo de personas íntimas. Una gran cantidad de datos ponen de manifiesto que el delincuente grave ha tenido por lo general una infancia desafortunada en este aspecto. La falta de afecto daña incluso la capacidad de supervivencia de un niño, siendo aplastante la evidencia de la necesidad de un ambiente íntimo y afectivo para su desarrollo normal y armónico. Y precisamente la mayoría de las sociedades se apoyan totalmente en la familia para brindar esa respuesta afectiva al ser humano (Horton y Hunt).

f) *Función económica*: habíamos dicho que la familia antigua era un centro de producción y a la vez unidad de consumo. La organización industrial extrajo del cuadro familiar la producción de bienes, y en la actualidad, desde el punto de vista económico, la familia sólo se reduce a ser unidad de consumo. Excepcionalmente, las familias rurales, y algunas familias urbanas dedicadas a la actividad artesanal, pueden constituir también unidad de producción.

5. Importancia.

a) *Social*: la familia es el más natural y el más antiguo de los núcleos sociales. Tan antiguo como la humanidad misma, y por ende anterior al Estado y preexistente a toda ley positiva. Además, es la base y piedra angular de todo el ordenamiento social por las diversas y fundamentales funciones sociales que cumple:

1) Por su *función geneonómica*, porque en todas las sociedades se reconoce a la familia como el órgano necesario a través del cual se perpetúa la especie humana.

2) Por su *función socializadora*; en virtud de la cual inserta al individuo en una sociedad determinada, cumpliendo la función básica e inmutable de socializar al niño a fin de que pueda llegar a ser miembro de la sociedad en que ha nacido, transmitiéndole las ideas, el lenguaje, las costumbres, los valores de esa sociedad.

3) Por *función estabilizadora*, es un factor insustituible de equilibrio social. Las virtudes morales y sociales más importantes y necesarias para la cohesión y estabilidad del cuerpo social las aprende el individuo en el seno de la familia bien constituida: la justicia, la bondad, el amor al prójimo, la solidaridad, la condescendencia, el mando y la obediencia. Esos valores espirituales del individuo desaparecen con la decadencia de la familia y ello provoca el decaimiento de la sociedad. Por ello, el buen funcionamiento de la institución familiar es factor indispensable de orden y equilibrio social.

b) *Jurídica*: la familia es fuente de un conjunto de relaciones jurídicas: las relaciones conyugales, las relaciones paterno-filiales y las genéricas relaciones de parentesco, a las cuales la ley organiza y les otorga determinados efectos jurídicos. Pero la familia como núcleo jurídico, enseña Lafaille, ha disminuido en *extensión* al acortarse los vínculos jurídicos familiares que en nuestro derecho positivo, como hemos dicho, llegan ahora sólo hasta el cuarto grado, y también ha disminuido en *intensidad*, pues los derechos del esposo y del padre y la cohesión del vínculo conyugal se han atenuado notablemente.

c) *Política*. La trascendencia política de la familia ha sufrido una involución desde los más remotos tiempos históricos hasta el presente. En el comienzo, cuando el Estado no existía, la familia era la única comunidad organizada que realizó en sí la noción de Estado. Posteriormente, la reunión de las familias en agrupaciones cada vez más vastas terminó por formar el Estado antiguo (Grecia, Roma), pero la familia, no obstante, se convirtió en un elemento orgánico de la estructura estatal. Vestigios de este sistema encontramos en la Edad Media, largo período en el cual los señores feudales ejercían el poder político en el área de sus dominios, y aún después de esta época, las familias nobles siguieron ejerciendo en el régimen monárquico las funciones directivas del Estado. Y así fue hasta que sobrevino la Revolución Francesa, a partir de la cual comenzó la decadencia del poder político de las familias aristocráticas, que fueron excluidas del ordenamiento estatal.

En la actualidad, la importancia política de la familia tiene posibilidad de renacer a través del sufragio familiar, variante del

sufragio universal, propugnado por corrientes católicas y que se aplicó en Bélgica, a principios de siglo, con la modalidad de otorgar al jefe de familia un voto suplementario. En nuestro país, siguiendo antecedentes franceses, se propuso otorgar al padre de familia tantos votos cuantos sean los hijos no dotados de derecho electoral (proyecto de Cafferata de 1938 y en doctrina: Aberg Cobo). Otros doctrinarios y políticos proponen que se otorgue a la familia representación funcional para que esté representada, en cuanto grupo social primario, ante los órganos del Estado e intervenga en todos los asuntos de interés familiar. Un sistema representativo de esta naturaleza funciona ya en Francia.

6. La familia y el Estado.

La vida y evolución de un pueblo, ha dicho un prestigioso civilista alemán, su progreso económico y su situación política están supeditados al bienestar y perfección de la vida familiar. Y la historia enseña que los pueblos más fuertes han sido aquellos en que la familia estaba más fuertemente constituida, y que el relajamiento de los lazos familiares se da en los período de decadencia. Por lo cual, concluye un filósofo austriaco, la decadencia de la vida familiar es la causa más profunda de la decadencia de los pueblos.

Esta íntima relación entre el vigor de la familia y la prosperidad de las naciones reconoce dos causas.

Una de índole material: la *natalidad*, pues es principio político que todo Estado para ser poderoso experimenta la necesidad de contar con el mayor número de habitantes posibles. Todos los países que en determinado momento de su historia tuvieron absoluta preponderancia respecto de sus contemporáneos fueron los más poblados. Y bien: la población solamente se obtiene mediante la protección y el fortalecimiento de la familia, con lo cual se asegura su fecundidad. Por ello todos los Estados a través de la historia, en determinadas circunstancias, se han preocupado por mantener o recuperar un alto índice de natalidad mediante la protección y el fomento de la familia numerosa: Roma, bajo Augusto; Francia, en la primera mitad de este siglo; y más recientemente, Rusia, para

cubrir las enormes pérdidas humanas ocasionadas por la Segunda Guerra Mundial.

La otra causa es de índole espiritual: *la educación familiar*. El desarrollo de los valores morales y de las fuerzas y virtudes sociales más necesarias para la estabilidad del Estado las aprende el hombre en el seno de la familia, como ya hemos señalado. Sólo quien ha vivido sujeto a la disciplina del hogar, observa Castán Tobeñas, sabe someterse a la autoridad del Estado. La acción del matrimonio y de la familia sobre la estabilidad del Estado, será tanto más fuerte cuanto más estable sea a su vez la familia misma.

En consecuencia, si la función esencial que cumple la familia es la procreación, que no sólo asegura la continuidad de la especie, sino también la fuerza de las naciones; si en el seno de la familia se forman y desarrollan las virtudes, sentimientos y valores que son necesarios para el equilibrio y prosperidad de la comunidad política se explica, entonces, que el Estado deba preocuparse decididamente por garantizar la protección y solidez de la institución familiar.

Esa política tutelar debe extenderse a todos los aspectos de la vida de la familia a fin de crear las condiciones necesarias para que pueda cumplir plenamente sus funciones. Actualmente se despliega a través de las más diversas instituciones del derecho civil, laboral, previsional, fiscal y penal (patronato de menores; derecho de habitación del cónyuge supérstite, bien de familia, salario familiar; amparo de la maternidad, exenciones fiscales; tipificación del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, planes de viviendas económicas, etcétera).

Y también el derecho constitucional pone bajo su protección a la familia. Desde la Constitución alemana de Weimar de 1919, casi todos los países consagran en sus leyes supremas los derechos de la familia. De ahí que nuestra ley fundamental también haya establecido que el legislador debe amparar a la familia en forma integral, comprendiendo su aspecto económico (art. 14 bis, C. N.).

Ahora bien, esta protección que el Estado dispensa a la familia lo lleva a actuar dentro del mismo ámbito familiar. Así, los magistrados tienen facultades para penetrar en el interior del hogar: vigilan y protegen la salud de los menores, los amparan contra el ejer-

cicio abusivo de la patria potestad o contra el peligro de vivir en ambientes moralmente dañosos, pudiendo sustraerlos a la autoridad paterna (arts. 307 y sigtes., CC., ley 10.903); el juez también dirime divergencias entre cónyuges respecto a la disposición de ciertos bienes gananciales (art. 1277, 1.º párrafo). Y en algunas legislaciones de sanción reciente, el juez interviene en los conflictos de la diaria convivencia conyugal.

Esta tendencia a la intromisión del Estado en la vida familiar, es legítima en cuanto trata de impedir el ejercicio abusivo y arbitrario de las potestades familiares; pero desaparece esa legitimidad y su fundamento ético cuando en los regímenes totalitarios el Estado pretende sustituir a los padres en la educación y formación moral de sus hijos, e incluso llega a organizar la procreación según normas extrañas al orden familiar; y a imponer intolerables restricciones a la libertad de casarse, como ocurrió en el Reich nazi, con el pretexto de mejorar el tipo racial. Tales avances del Estado constituyen una notoria violación del orden natural y deben ser categóricamente repudiados.

No obstante, el problema no es fácil y consiste en determinar con precisión la línea que separa la zona de acción reservada a la familia, asegurándole una esfera de intimidad, de aquella otra en donde es legítimo el accionar del Estado.

Como principio rector cabe afirmar, en primer lugar, que la transmisión de la vida es una función propia y exclusiva de la familia que debe cumplir con toda libertad. Al Estado sólo le corresponde estimular la procreación en el seno de la familia fundada en el matrimonio y desalentar la que pudiera producirse fuera de dicho ámbito. Y en segundo término debe respetar el derecho natural de los padres a educar a sus hijos, a formar su personalidad, a inculcarles sus ideas religiosas y políticas. Cuando el Estado pretende sustituir a la familia en el cumplimiento de tales funciones nos encontramos con un régimen totalitario que avasalla a la persona, pues sin respeto por la familia tampoco hay respeto por la persona, cuya plena formación espiritual sólo se logra en aquel reducto de intimidad familiar, que por ello mismo debe quedar fuera del alcance de la acción estatal (Borda, Mazzinghi).

7. La familia argentina. Su evolución.

En la América colonial española rigió fundamentalmente, en la esfera del derecho privado, la legislación castellana. Sólo con respecto a muy pocas cuestiones de escasa importancia podemos encontrar en el derecho indiano preceptos jurídicos nuevos o diferentes del derecho español peninsular.

Y el derecho castellano de la época de la conquista de América estaba contenido en el Código de las Siete Partidas, promulgado bajo el reinado de Alfonso X El Sabio, en el siglo XIII. Esta magna obra legislativa, inspirada en el derecho romano justiniano y en las Decretales del Papa Gregorio IX, que fue complementada en algunos aspectos por las leyes de Toro de 1505, modela la familia sobre sólidas bases romano-cristianas, dotándola de una estructura fuerte y vigorosa regida por la autoridad indiscutible del padre y marido.

El núcleo familiar tenía un carácter profundamente religioso. El matrimonio estaba absolutamente prohibido para todos aquellos que no profesasen el culto católico (ley 15, título II, Partida IV), y la única unión reconocida era la consagrada por la Iglesia Católica. Se disolvía únicamente por la muerte, y sólo era permitida la simple separación de cuerpos, que se producía en forma excepcionalísima, reconociendo a la Iglesia jurisdicción para resolver las cuestiones que se suscitaban.

Las relaciones de los cónyuges se regularon sobre la base del sometimiento de la mujer a la autoridad del marido.

En materia de patria potestad, las Partidas restauraron, o poco menos, el derecho romano. Fue reglamentada desde el punto de vista de la autoridad y del interés del padre, por lo cual sus derechos sobre las personas y bienes de los hijos sometidos a su potestad virtualmente no tenían límites. En casos extremos podía hasta venderlos o empeñarlos (ley 8, título XVII, Partida IV). Para celebrar esponsales o matrimonio, hasta los 25 años necesitaban el consentimiento paterno o de su abuelo o del pariente más cercano, o, en su defecto, la dispensa judicial, so pena de perder la vocación hereditaria.

Esta monolítica organización familiar contaba con una sólida base económica, cuya incolumidad estaba asegurada por el mayorazgo, que es el derecho de suceder en los bienes acordados al hijo primogénito con la obligación de conservarlos en la familia íntegramente y en forma perpetua, y transmitirlos al próximo primogénito por orden sucesivo. Esta institución se reforzaba con el retracto gentilicio, derecho concedido a los parientes más próximos del vendedor de un inmueble para reivindicarlo del adquirente, siempre que hubiere pertenecido a un antepasado común.

Tal es a grandes rasgos el perfil de la familia castellana transplantada a América. Y aquí, en el Nuevo Mundo, mantuvo y afirmó su recia estructura patriarcal. Bajo la autoridad del jefe del hogar vivían su esposa, hijos, siervos y esclavos; desarrollaban importantes actividades económicas y la familia era el centro de reunión de parientes y amigos.

La supresión de la esclavitud y de los mayorazgos por la Asamblea del año XIII; la transformación de la economía nacional y la inmigración masiva, que aportó numerosos contingentes de personas que no profesaban el culto católico, fueron factores que en la segunda mitad del siglo pasado comenzaron a modificar lentamente la fisonomía de la familia colonial.

El proceso legislativo acompañó esta evolución, y así es como en 1888 se secularizó el matrimonio (ley 2393); en 1917 la ley 10.903, llamada del patronato de menores, reorganiza la patria potestad, concibiéndola ya no como un conjunto de derechos del padre, sino también de deberes y responsabilidades, y reprime su ejercicio arbitrario y abusivo; en 1927 la ley 11.357, de derechos civiles de la mujer, amplía notablemente su capacidad, y en 1968 la ley 17.711 consagra finalmente la igualdad jurídica con el hombre; en 1950 la ley 13.944 sanciona penalmente el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, y en 1954 la ley 14.367 equipara la situación jurídica de todos los hijos extramatrimoniales. La ley 14.394 reglamenta el bien de familia, como medio de protección del hogar familiar. Y la ley 17.711, entre otras muchas reformas, estableció que la mayoría de edad se alcanza a los 21 años y que el padre

puede emancipar por propia decisión a sus hijos que hayan cumplido 18 años para todos los actos de la vida civil.

También introdujo el divorcio por presentación conjunta de ambos cónyuges sin expresión de causas.

Tales son las más esenciales reformas que han diseñado legalmente un nuevo tipo de familia, moderna: pequeña, igualitaria, inestable. Sin embargo, en el ambiente rural, todavía es posible encontrar sólidas familias organizadas según los rasgos típicos de la antigua institución colonial.

8. La crisis de la familia.

La palabra crisis viene del griego, y fueron los médicos quienes posibilitaron la extensión de su significado, pues Hipócrates refiriéndose a las enfermedades dice que "una crisis es una exacerbación, un debilitamiento, una mutación en otra dolencia, o el fin". Y el diccionario de la Real Academia define a la crisis como una mutación considerable de una enfermedad, ya sea para mejorarse, ya para agravarse el enfermo. En el siglo xvii, en las más diversas ciencias comienzan a desarrollarse las analogías a partir del significado médico de la palabra. Y así se habló de crisis económica, crisis espiritual, crisis política, crisis social, adquiriendo la palabra diversos sentidos: perturbación grave, desequilibrio, desorientación, período clave en un proceso de cambio, transición, decadencia.

La polisémica expresión llegó también a la sociología de la familia, y desde principios de nuestro siglo se habla de la crisis familiar. En rigor de verdad, una serie de procesos han venido afectando de diversos modos a la institución familiar, consistiendo la crisis, en este caso, en una transformación, un cambio, o si se quiere, al decir de Savatier, una metamorfosis de la familia. Pero como este cambio es complejo, gradual y de variada intensidad según los distintos países y regiones, es preciso determinar sus alcances y sus efectos sobre la estructura de la familia, para discriminar entre las consecuencias positivas y negativas de la crisis, pues a las primeras hay que aceptarlas y a las segundas corresponde rechazarlas y conjurarlas. Y así tenemos:

a) *Consecuencias positivas*: En primer lugar, la adaptación de la familia al mundo moderno, que significó la sustitución de la familia amplia, patriarcal, por la familia nuclear contemporánea. La evolución de un tipo de familia a otro produjo como consecuencia la eliminación de todo aquello que era accesorio a la noción estricta de familia. Su tamaño, que no era imprescindible, se redujo; y también algunas funciones, que no eran sustancialmente familiares pero que antaño las cumplía, han desaparecido y otras se han debilitado. La familia conserva, no obstante, su dimensión esencial como ente geneonómico a través del cual se perpetúa la especie humana, y como refugio espiritual y moral del hombre moderno.

En este sentido, la sociedad no puede subsistir sin la familia, como el árbol sin las raíces y el suelo (Messner).

En segundo término, los variados cambios en la organización y funcionamiento de la familia provocados por esta evolución, contienen innegables elementos positivos: la sustancial atenuación de los derechos absolutos del padre; el hecho de que la elección del cónyuge no sea ya un asunto de incumbencia paterna, sino estrictamente personal; la emancipación de la mujer; la igualdad jurídica del hombre y la mujer; la anticipación de la mayoría de edad; el mejoramiento de la condición de los hijos extramatrimoniales; la protección económica de la familia, etcétera.

b) *Consecuencias negativas*: Sin embargo, creemos que no todos los cambios han sido buenos. La evolución de las costumbres en los países más cultos y tecnológicamente más avanzados de Occidente, presenta un panorama poco alentador. La situación familiar en estos países es confusa. Se observa la proliferación de las uniones de hecho, especialmente entre los jóvenes, cuya práctica difundida es la expresión de un rechazo cada vez mayor del matrimonio; el aumento de los nacimientos extramatrimoniales; la práctica extendida del aborto, ya legalizado; la indiferencia respecto del matrimonio y disminución de los requisitos y formalidades para su celebración, a tal punto que el matrimonio tiende a confundirse con las uniones de hecho; la defensa del derecho absoluto e incondicional de cada cónyuge a obtener el divorcio vincular, que ya se lo de-

creta hasta por pedido unilateral de uno de ellos, etcétera. Tales países registran un alto índice de divorcialidad, y con tendencia casi siempre creciente. Así, por ejemplo, podemos citar a Suecia, con un divorcio cada 1,66 matrimonios. Y en Estados Unidos uno de cada 2,25 matrimonios acaba en divorcio; en Dinamarca, uno de cada 2,50 matrimonios; en Finlandia y Gran Bretaña, uno de cada 3,5; en Alemania Federal, uno de cada cuatro; y en Austria y Canadá, uno de cada cinco. El matrimonio se convierte, como dijera Andrés Maurois, en una aventura legal.

También en estos países la más reciente técnica genética, por medio de la inseminación artificial, fecundación extrauterina, y otros procedimientos similares, ha logrado la separación de dos hechos naturalmente unidos: el acto sexual y la procreación. Ahora, dice con crudeza el biólogo inglés Julián Huxley, está permitido al hombre y a la mujer consumir la función sexual con aquellos a quienes aman y realizar la reproductiva con aquellos otros a los que por motivos diversos admiran. La utopía descrita por su hermano Aldous en *Un mundo feliz*, publicada en 1930, no está ya muy lejana a la realidad de nuestros días. En Estados Unidos, Gran Bretaña y Francia ya existen bancos de semen, e incluso algunos lo exportan congelado y permiten engendrar criaturas por encargo, según recetas personales o sobre la base de un modelo. Las nuevas técnicas de reproducción también permiten usar "madres de alquiler" que aceptan por dinero asumir las fatigas y el riesgo del embarazo de un embrión ajeno, para aliviar a la comitente de la carga de la gestación, práctica que comienza a manifestarse con singulares perspectivas de éxito en el gran país del Norte. Y a todo ello todavía cabe agregar la técnica de la clonización o partenogénesis, o sea la reproducción por medio de una célula no fecundada, procedimiento asexual porque el bebé creado no es el resultado de una combinación de células germinales masculinas y femeninas. En suma, se trata de técnicas de procreación susceptibles de sustituir a la familia y que violan de un modo brutal el orden de la naturaleza, sin importarle mucho la dignidad de la persona humana.

Por otra parte, la mujer casada pretende desarrollar su vida propia y personal, compite con el marido en todos los terrenos y

considera a su rol de madre como una función "alienante". Los hijos también quieren "vivir su vida" independiente de los padres, y ya a los 16 años emigran a otra ciudad, a la Universidad o se instalan en otra vivienda, desapareciendo la relación paterno-filial.

Tales son los hechos sociales negativos de la crisis familiar que se manifiestan principalmente en los países avanzados de Occidente. ¿Cuáles son las causas?

Una filosofía individualista que postula el derecho del individuo a la felicidad, y los principios de la libertad e igualdad llevados a sus máximos extremos alientan no sólo el relajamiento general de las costumbres, sino también todas las reformas del derecho de familia llevadas a cabo en los Estados Unidos y Europa en la década del 70. El resultado ha sido el debilitamiento y la pérdida de cohesión de la familia, el olvido del interés de los hijos y el menosprecio del bien común de la sociedad.

La nueva moral individualista, causa fundamental de la crisis familiar y social, ha tenido un preludio literario en el siglo pasado a través de la obra de novelistas y dramaturgos de perdurable y decisiva influencia, que han criticado despiadadamente a la institución conyugal idealizando la libertad del amor (Madame de Staël; George Sand, Victor Hugo, Paul y Victor Margueritte, en Francia; Henrik Ibsen, en Noruega, etc.). La obra del feminismo, en la que se destaca la sueca Ellen Key; del socialismo y del anarquismo (Bebel, Reclus, Graven), y de sociólogos notables como Herbert Spencer, han contribuido con su prédica a la formulación de la moderna moral hedonista.

Desde luego, el urbanismo y el régimen de vida y trabajo impuesto por la industria y el comercio en las grandes ciudades, no sólo han provocado la dispersión del grupo familiar, sino también han contribuido a la propagación de la nueva escala de valores. La civilización tecnológica de los grandes países occidentales rebosa de prosperidad material e intelectual, pero sufre sin embargo un déficit moral. Los hombres se lanzan a buscar la felicidad de la vida presente, la felicidad de los sentidos, y se crean una norma de conducta libre de sacrificios y sin móviles altruistas, inspirada nada más que en el egoísmo.

En cuanto a América Latina, se observan síntomas preocupantes de deterioros en la situación familiar, como el aumento de los divorcios y las separaciones, que reconocen las mismas causas ya apuntadas. La Iglesia Católica ya ha advertido estas fisuras de la institución familiar y ha centrado con energía su loable y trascendente prédica pastoral en la defensa del matrimonio y de la familia.

Sin embargo, cabe destacar que en los ambientes urbanos de algunos países hispanoamericanos, y aun más en los rurales, el tipo de familia vigente, sus costumbres y sus hábitos cotidianos, responden todavía, en general, a los valores que caracterizaban a la familia y a la moral tradicional y desde luego creemos que hay que mantenerlos, pues no otra cosa sugiere el sentido común ante la deplorable disgregación y confusión que exhiben las relaciones familiares en los países industrializados por causa de las nuevas costumbres y comportamientos sociales. Cabe observar que Japón mantiene ciertos valores tradicionales, como el respeto por los ancianos y el amor y cuidado de los padres, así como el estrecho vínculo familiar, sin dejar de ser por ello la potencia industrial y tecnológica más avanzada. Ello demuestra que la familia puede adaptarse a un mundo moderno y en crecimiento sin necesidad de caer en el desarraigo y en la anarquía, que tienen por consecuencia, en buena medida, la desorientación de la juventud, la drogadicción, y la inconducta, como ya vemos que ocurre en los países rectores de Occidente.

¿Cuáles son los medios para restaurar y mantener la solidez de la familia?

La doctrina cristiana enseña que el germen del mal reside en el hombre, y es a él a quien hay que reformar. La superación de la crisis del matrimonio y la familia debe partir originariamente del espíritu de cada individuo, de los sentimientos, del alma, extirpando ese individualismo moral tan manifiestamente nocivo para la familia y la sociedad (Castán Tobeñas).

Concretar esa empresa requiere una prédica educativa, de carácter familiar y social, que también prevenga a los jóvenes contra esas uniones irreflexivas que conducen a tan desacertados matrimonios, entre los cuales se registran las tasas más altas de divorcios. Por ello, Díaz de Guijarro considera, y en este aspecto coincidimos,

que es un imperativo estatal establecer una nueva asignatura que bien puede llamarse "Educación Familiar".

Esta campaña debe ser acompañada por una vigorosa acción legislativa del Estado, que debe sancionar leyes que garanticen la estabilidad, firmeza y cohesión de la institución familiar. Deberá también poner cuidado en realizar una valoración ética de las conquistas de la ciencia biológica antes de darles recepción legislativa. Y, por último, brindar una amplia y decidida protección económica a la familia, asegurando la vivienda y el salario familiar, y adecuando también a esta política el régimen tributario.

9. Naturaleza jurídica de la familia.

Al trascender al ámbito jurídico la realidad sociológica de la familia, se plantea liminarmente la cuestión de su naturaleza jurídica. Al respecto, cabe reseñar tres teorías:

a) *La familia como persona jurídica*. Esta doctrina sostiene que la familia es un ente de derecho autónomo, titular de derechos y obligaciones, o sea un sujeto unitario distinto e independiente de sus miembros.

El planteo se formuló originariamente en el siglo pasado, y aún persiste, en relación con la sociedad conyugal a la que se atribuía personalidad jurídica. Tratadistas alemanes y franceses sostuvieron que la comunidad conyugal es un sujeto de derecho distinto de los esposos, una tercera persona. Y esta doctrina fue acogida por algunos autores y tribunales de nuestro país.

El problema luego se trasladó a la familia en sí misma y ya hubo en Italia a fines del siglo pasado quien sostuvo su personalidad jurídica.

Pero la cuestión se desarrolló ampliamente a través de un animado debate sostenido entre dos ilustres civilistas: René Savatier, profesor de Poitiers (Francia), y Jean Dabin, de la Universidad de Lovaina (Bélgica).

Savatier sostiene que la familia es una persona moral, concepto que en la terminología argentina equivale al de persona jurídica. La personalidad moral estaría determinada, sostiene el autor, por la existencia de diversas categorías de derechos subjetivos que no perte-

necen a ninguna de las personas físicas que componen una familia, sino a la familia misma considerada como un ente autónomo. Cita, entre los derechos extrapatrimoniales, el nombre patronímico con sus accesorios; el título nobiliario, los derechos de potestad familiar, el honor, etcétera.

Y entre los derechos patrimoniales menciona el bien de familia, los bienes matrimoniales afectados a las cargas de familia, el sepulcro familiar, las legítimas o reservas hereditarias, las asignaciones familiares; etc. También observa que la familia tiene fines e intereses distintos de sus miembros, y que éstos actúan como representantes de ella. En Francia existe un proyecto legislativo de la Sociedad de Estudios Legislativos de 1941/1942, redactado por el propio Savatier, que reglamenta tal personalidad jurídica.

Dabin replica sosteniendo que para que una agrupación pueda llamarse persona moral es necesario que los individuos se agrupen con miras a la persecución de un fin común, que es el que da origen al ser moral distinto de las personas físicas que lo integran. Pero la familia no tiene un fin común por encima de los fines individuales de cada uno de sus miembros, y además la unión de los cónyuges es tan íntima y profunda que se torna innecesario el surgimiento de una tercera persona moral.

La mayoría de los autores sigue a Dabin (Castán Tobeñas, Lacruz-Albadalejo; Mazeaud, Ripert-Boulanger, Barbero, etc.; y entre nosotros: Spota, Mazzinghi, Borda y Belluscio) señalando que el derecho civil moderno se estructura sobre la base de la persona individual y no de la familia. El legislador no atribuye a ésta, como tal, derechos y obligaciones. Los derechos de la familia van referidos a los miembros de ella. Así, los pretendidos derechos extrapatrimoniales, son derechos subjetivos atribuidos a una persona en razón de su posición familiar. Y lo mismo ocurre con los patrimoniales: la propiedad del bien de familia, del sepulcro, la legítima y las asignaciones familiares, son derechos individuales de sus titulares. La propiedad del hogar o bien de familia, no pertenece a ella, sino al titular del dominio, y sólo ocurre que el inmueble queda afectado a la familia. Por último, la familia como tal no tiene capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, condición

esencial para la existencia de la persona jurídica (art. 30, C. Civil). En consecuencia, la familia no tiene capacidad jurídica, ni patrimonio propio, ni un fin común por encima de los fines individuales de sus miembros, y éstos, por último, no son órganos representativos de la familia, pues ésta, como ente jurídico no existe.

En nuestro país tal conclusión, que a nuestro juicio es la correcta, sólo ha sido rechazada por dos autores, Arias y Williams, quienes han afirmado la personalidad de la familia.

b) *La familia como organismo.* La tesis de que la familia es un organismo jurídico, ha sido sostenida por el profesor de la Universidad de Bolonia, Antonio Cicu, para quien la familia se presenta como un agregado de formación natural y necesaria, que si bien es anterior al Estado y predomina sobre él, tiene estructura orgánica similar a la del Estado: en éste habría relación de interdependencia entre los individuos y subordinación de ellos al poder soberano; en la familia también hay vínculo recíproco de interdependencia personal entre sus miembros, y subordinación de todos ellos a un fin superior, con asignación de funciones, que son ejercidas por aquellos miembros a quienes la ley se las confiere.

De ser la familia como el Estado, agregado con estructura orgánica, se sigue una analogía en las respectivas relaciones jurídicas: falta en las relaciones jurídicas familiares la autonomía, la independencia y la libertad que caracterizan por oposición a las relaciones patrimoniales del derecho privado. En la familia, como en el Estado, los derechos de sus miembros están en conexión orgánica con un fin superior, al cual están subordinados. Tal circunstancia constituye la esencia de todo organismo.

Esta concepción no ha tenido acogida en la doctrina nacional. Diaz de Guíjarro la rechaza señalando que el paralelismo entre el organismo estatal y el organismo familiar conduce a una abstracción de la familia y a una deshumanización de los poderes familiares, abstracción que es inadecuada tratándose de una realidad tan concreta y tangible como la familia.

c) *La familia como institución:* la idea de la familia como institución natural, aún antes de ser elaborada la moderna concepción institucional del derecho, fue expresada ya por algunos auto-

res (Sánchez Román). Actualmente, la doctrina más difundida entiende que la familia es una *institución social* basada en la naturaleza, pues está determinada por imperiosas e inmutables fuerzas naturales que la propia ley no puede desconocer sin grave violación del derecho natural. Por ello, el concepto de institución es aquí entendido en su acepción sociológica y como claramente lo explica el sociólogo norteamericano Bierstedt, la institución es una manera organizada, regular, formal y definida de realizar una actividad, y siempre que existe una institución se halla también por lo menos una asociación cuya función es desarrollar una actividad institucionalizada. La familia es así la institución de que se vale la sociedad para regular la procreación y educación de los hijos y la transmisión por herencia de la propiedad (Puig Brutau; Guastavino; Zannoni). Pero también debe ser entendida la institución familiar como un sistema de normas, pues debido precisamente a su carácter institucional, el derecho, recogiendo los datos que el orden natural proporciona, organiza normativa y sistemáticamente la realidad familiar erigiendo en instituciones jurídicas al matrimonio, a la filiación, etc. (Díaz de Guijarro, Spota, Mazzinghi, Borda).

10. El interés familiar.

El interés familiar, enseña Díaz de Guijarro, consiste en la realización de los fines esenciales de la familia, y a la vez, en la protección del interés individual dentro del grupo. El interés familiar no es, por lo tanto, independiente del interés de los individuos del grupo; por el contrario, son y deben ser armónicos entre sí. Pero si el interés individual trata de alcanzar fines distintos que los del interés familiar, estaremos seguramente ante un ejercicio abusivo de los derechos subjetivos familiares, que la ley reprime (Méndez Costa, Vidal Taquini). Además, en caso de una eventual oposición, debe prevalecer siempre el interés familiar por ser superior, y para asegurar tal predominio la ley atribuye carácter de orden público a las normas que lo tutelan (Guastavino), pues su protección se considera necesaria para la existencia y conservación de la familia. Por eso, afirma Díaz de Guijarro, el interés familiar es la fórmula propia del orden público en el derecho de familia.

Diversas normas jurídicas tutelan el interés familiar, ya sea en forma expresa o tácita.

A título de ejemplo, entre los casos de referencia explícita al interés familiar, encontramos los incisos a) y b) del artículo 49 de la ley 14.394. El primero autoriza la desafectación del bien de familia a instancia del propietario, con la conformidad de su cónyuge; a falta de cónyuge o si éste fuera incapaz, se admitirá el pedido siempre que el interés familiar no resulte comprometido. El segundo dispone que cuando la mayoría de los herederos solicita la desafectación del bien de familia, y se opone el cónyuge superviviente o existen incapaces, el juez de la sucesión o la autoridad competente resolverán lo que sea más conveniente al interés familiar.

También el artículo 1277, que exige el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio donde está asentado el hogar conyugal, si hubiere hijos menores o incapaces, dispone que faltando el acuerdo conyugal, el juez podrá autorizar la disposición del bien si fuese prescindible y el interés familiar no resulte comprometido.

En otros casos, la ley alude en forma indirecta o elíptica al interés familiar. Así ocurre cuando contempla la protección del interés de los hijos (arts. 309, 330, 397 inc. 1º, del Cód. Civil; las normas relativas a la tenencia de menores —art. 67 bis y 76 LMC—, las de la ley de adopción nº 19.134, arts. 4, 9, inc. d, y 21).

El derecho de oponerse a la celebración del matrimonio reglado por el artículo 21 LMC, como el derecho de demandar la nulidad matrimonial de los artículos 84/85, LMC, pueden también configurar ejemplos de derechos otorgados a ciertas personas, como órganos de la familia, para salvaguardar el superior interés familiar (Guastavino).

11. Organos de la familia.

Se denominan órganos de la familia a las personas a quienes por su posición en el grupo familiar la ley les atribuye el ejercicio de poderes o prerrogativas familiares, las cuales se caracterizan por estar atribuidas no en interés principal de su titular, sino en función de satisfacer intereses ajenos, y por eso tienen un aspecto

primordial de deber. En el derecho de familia se dan en materia de patria potestad, tutela, curatela, etc., cuyos poderes se atribuyen al titular con la finalidad de atender y cuidar el interés de la persona sobre la cual se ejercen, con lo cual se satisface también el interés familiar.

El padre o el tutor, por ejemplo, deben ejercer sus potestades en beneficio del hijo o del pupilo. Son órganos de un poder protector de la familia (Guastavino, Lacruz Berdejo-Sanchez Rebullida, Díez-Picazo-Gullón).

No siendo la familia una entidad con voluntad propia, desde luego no puede tener órganos en sentido técnico. Pero se utiliza la expresión con un significado muy particular, para dar relieve al hecho de que las diversas funciones de la familia son necesarias e inderogables, y que el encargado de realizarlas obedece a un deber, no a un espontáneo impulso, y en este sentido opera "como" el órgano de derecho público (Messineo).

Los órganos de la familia pueden clasificarse en órganos constituidos por personas individuales (padre, marido, tutor, curador), y en órganos colegiados (consejo de familia, consejo de tutela), los cuales no existen en nuestro país.

Otros autores incluyen a los organismos estatales, administrativos o judiciales, como órganos de la familia, lo que no corresponde, a nuestro entender, por tratarse de entes extraños al núcleo familiar, ya que en realidad son verdaderos y propios órganos del Estado, por más que las funciones que cumplan se relacionen con la familia.

12. La trascendencia jurídica del núcleo familiar.

Ya hemos dicho que la familia como sujeto de derechos distinto de sus miembros no existe, y que el derecho civil está estructurado sobre la base de la persona individual. No obstante, la realidad de la familia como núcleo social trasciende al plano jurídico y se manifiesta en la atribución de ciertos derechos subjetivos a sus miembros. Si bien se trata de derechos individuales, reconocen una estrecha relación con la realidad del grupo familiar. Así, por ejemplo, el derecho al nombre, al honor y a la intimidad; el bien

de familia, destinado a proteger la vivienda familiar contra las contingencias económicas de su titular; el derecho a la legítima hereditaria que protege la integridad del patrimonio familiar; y las asignaciones familiares, mediante las cuales se pretende extender el amparo económico a la familia del asalariado.

Si bien son todos derechos subjetivos individuales, lo exacto es que han sido consagrados por la ley no sólo en función del interés individual del titular, sino también en razón del interés del núcleo familiar, cuya unidad y consistencia pretende el legislador asegurar. Constituyen, por lo tanto, una manifestación de la realidad de la familia en el campo jurídico.

Examinaremos a continuación los derechos individuales de raigambre familiar directamente vinculados a nuestra materia: el derecho al nombre, al honor y a la intimidad familiar. El bien de familia será estudiado en el capítulo referente a los efectos patrimoniales del matrimonio, correspondiendo al derecho de sucesiones y al derecho laboral la consideración de las legítimas hereditarias y de las asignaciones familiares, respectivamente.

13. El nombre.

El nombre patronímico o apellido, además de constituir un derecho subjetivo del titular, tiene un carácter de derecho de familia desde que se transmite o se adquiere por los vínculos de filiación —legítima, extramatrimonial o adoptiva—, o por el matrimonio. Por lo tanto no pertenece sólo a una persona determinada, sino, es común a todos los miembros de la familia, y cuando se defiende el apellido, en realidad no sólo se actúa en interés propio, sino también en interés de los demás integrantes del grupo familiar.

Sobre la base de estas ideas la ley 18.248 ha otorgado legitimidad para accionar en defensa del nombre, en los supuestos previstos en sus artículos 20 y 21, no sólo al titular, sino también a su cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos (art. 22), porque el legislador ha considerado que todo el núcleo familiar está interesado en la defensa del apellido, precisamente porque es común a todos sus miembros. La protección legal del nombre así

extendida a los parientes del interesado, aparece entonces como una consecuencia jurídica directa de la unidad del grupo familiar.

14. El honor de la familia.

El honor es un bien inmaterial que pertenece a todos los miembros del grupo familiar. El atentado a la dignidad de uno de sus miembros repercute sobre los demás con la misma intensidad que en la propia víctima, principalmente dentro del núcleo circunscripto al hogar familiar: padres, hijos, esposos. Es una consecuencia de la unidad y solidaridad de la familia (Rébora; León; Cammarota).

Es por ello que el artículo 1080 establece que el marido y los padres pueden reclamar pérdidas e intereses por injurias hechas a la mujer y a los hijos.

Se trata de una acción propia que la ley concede al marido y al padre, independientemente de la que corresponde a la propia víctima. De ahí que la renuncia que haga la esposa o el hijo de su acción no impide el ejercicio de la que corresponde al esposo o padre (art. 1100) (Lafaille, Salvat-Acuña Anzorena; Orgaz; Aguiar; Trigo Represas - Cazeaux; Borda; Llambías).

La solidaridad normal del grupo familiar fundamenta naturalmente la disposición del artículo 1080. Es obvio que la injuria o calumnia hecha a la esposa hierde a su marido, y que la ofensa al hijo afecta por igual el honor de los padres. De ahí entonces, la doble acción derivada de la injuria: la de la esposa e hijos, como damnificados directos; la del esposo y padre, en cuanto damnificados indirectos.

Pero la ley sólo confiere acción al marido por el agravio hecho a su esposa. ¿Significa esto que la mujer no tiene acción por la injuria inferida a su esposo? La cuestión es discutible, pero nos inclinamos a admitírsela, porque parece innegable que la ofensa hecha al marido hierde también a su mujer. En consecuencia, y por aplicación de la regla general del artículo 1079, que establece la obligación de reparar el daño a toda persona que lo hubiese sufrido aunque sea de una manera indirecta, cabe reconocer también a la esposa la acción de resarcimiento (conf.: Borda. En contra: Orgaz, Cammarota y Llambías).

En caso de divorcio, ¿subsiste la acción? No, porque el divorcio ha desvirtuado el fundamento del artículo 1080, que es la solidaridad y unidad familiar. Además, resulta poco digno que el esposo aparezca lucrando por una ofensa inferida a la esposa de la cual se ha divorciado (Borda, Trigo Represas - Cazeaux, Machado. En contra: Aguiar). Y consideramos que igual solución correspondería aplicar en el caso de separación de hecho.

El padre ¿tiene acción cuando se trata de hijos mayores emancipados? Creemos que sí. El padre siempre sufre por la ofensa hecha a un hijo, cualquiera sea su edad o estado civil. Por eso la ley no distingue entre hijos menores e hijos mayores de edad, y el intérprete, por lo tanto, tampoco debe hacerlo (conf.: Aguiar, Acuña Anzorena, Borda y Llambías. En contra: Orgaz, Cammarota, Salvat, Trigo Represas - Cazeaux. Estos dos últimos autores, sin embargo, afirman que el progenitor tendría acción por la vía del artículo 1079).

Por último, ¿los hijos tienen acción por las calumnias e injurias inferidas a sus progenitores? El artículo 1080 no alude a ellos. Y el artículo 1099 dispone que la acción civil no pasa a los herederos, salvo que el damnificado directo la hubiese entablado en vida. La combinación de ambas normas excluiría a los hijos y descendientes del ejercicio de una acción de esa naturaleza, ya sea por derecho propio o por derecho hereditario. Esta restricción, sin embargo, nos parece excesiva. La solidaridad y reputación familiar y la identidad del apellido fundamentan un interés legítimo a favor de los hijos y descendientes, que los colocaría incluso en el deber moral de perseguir a los autores del hecho injurioso. Por ello entendemos que por aplicación del artículo 1079 debería reconocérseles también a ellos por derecho propio la acción resarcitoria (conf.: Lafaille, Borda. En contra: Llambías). Y tal es, por lo demás, la solución tradicional de la jurisprudencia francesa.

En el ámbito penal, la defensa del honor familiar encuentra acogida en el artículo 75 del código represivo que dispone: "Fallecido el injuriado, la acción puede ser ejercida por el cónyuge, hijos, nietos, o padres sobrevivientes", con lo cual corrige el criterio restrictivo del artículo 1099 del Código Civil (Rébora).

15. El derecho a la intimidad familiar.

El artículo 1071 bis del Código Civil, incorporado por la ley 21.173 del año 1975, consagra el derecho a la intimidad.

“El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, dispone la citada norma, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuera un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación”.

Se trata de un derecho subjetivo que integra los llamados derechos de la personalidad.

Ahora bien, como la familia brinda al hombre el ámbito de intimidad más perfecto en el cual se manifiestan sus afecciones más entrañables, es natural que la privacidad de cada persona sea compartida con la familia, con el cónyuge y con los hijos, de donde es posible hablar de la privacidad o intimidad familiar, cuyo ámbito comprende casi toda la intimidad de sus componentes. El ataque a la intimidad personal constituye así un ataque al ser familiar (Mosset Iturraspe). Por ello, el contenido del derecho a la intimidad involucra la protección del núcleo familiar, pues éste, en cuanto tal, tiene derecho a un ámbito de reserva caracterizado por un interés común del grupo en que no se realicen investigaciones indiscretas o divulgaciones que afecten o dañen los valores de la vida familiar. La familia tiene derecho a defenderse contra toda nota escandalosa que se pretenda hacer repercutir en su seno (Rébora, Tommasini).

Existen numerosas normas específicas en nuestro derecho civil tendientes a garantizar en casos concretos la protección y el respeto de la vida íntima familiar. Entre otros, podemos citar el artículo 326 del Código Civil, cuya disposición reproduce el artículo 3º de la ley 14.367, que prohíbe investigar la filiación extramatrimonial cuando tenga por fin atribuir un hijo a una mujer casada, y cuyo

fundamento es evitar el escándalo, salvaguardando el decoro de la mujer honesta, de su esposo y de su familia, cuya unidad y armonía quiere preservar, ya que se vería afectada por la imputación, aunque luego ésta resultara falsa (Machado, Bibiloni, Llambías, López del Carril).

Y uno de los fines primordiales del artículo 67 bis de la ley 2393, que establece el divorcio por presentación conjunta, es precisamente evitar la difusión de los hechos que dieron lugar a la separación, para lo cual impone la obligación de mantener la reserva sobre las causales, siendo esta discreción una de sus principales ventajas.

Las diversas vicisitudes que sufre un matrimonio, los divorcios, las separaciones, el origen familiar de una persona, están comprendidos ahora en el ámbito de intimidad que protege el nuevo artículo 1071 bis. Y este derecho a obtener el respeto de la vida familiar ampara no sólo a los integrantes del grupo individualmente considerados, sino también a la propia institución familiar, cuya unidad y fortalecimiento propende a consolidar.

Y por ello, como la intimidad pertenece a la familia, la muerte de uno de sus componentes no significa el fin de su derecho a la privacidad. O sea, la muerte no significa la apertura a la indiscreción. La memoria del miembro fallecido y el respeto del grupo familiar están de por medio, por lo cual sus parientes son titulares por derecho propio de la acción para impedir que se viole la reserva sobre su vida privada o para obtener el pertinente resarcimiento por su violación (León, Mosset Iturraspe, Rivera, Ferreira Rubio, Puig Brutau, Tommasini). Las leyes 3975 y 11.723 (de marcas y de propiedad intelectual), establecen expresamente que el derecho a la imagen y el secreto de la correspondencia se transmiten a los herederos, quienes son los únicos que pueden autorizar el empleo de la imagen o cartas del fallecido.

Nuestra doctrina y jurisprudencia han establecido que el derecho a la intimidad es el derecho de toda persona a que se le respete su vida privada y familiar (Belluscio-Zannoni: *Cód. Civil comentado*; Orgaz, etc.). Y este derecho de la personalidad, además de estar reglamentado en la generalidad de las legislaciones civiles contemporáneas, también ha sido consagrado por Declaraciones internacionales

(Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948; Declaración Universal de los Derechos del Hombre, 1948; Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos y Libertades del Hombre, 1950, etc.), como así también por Constituciones políticas de diversos países (España, art. 18; Bulgaria, art. 50; Puerto Rico, art. 2º, etc.).

II. EL DERECHO DE FAMILIA

16. Concepto.

El derecho de familia es una rama del derecho civil, y se puede definir como el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares (Ferrara, Castán Tobeñas, Belluscio, Zannoni).

17. Contenido.

El derecho de familia regula las relaciones familiares tanto de orden personal como patrimonial.

Ha quedado superado en la actualidad el antiguo esquema del Código de Napoleón, adoptado por el nuestro y por la mayoría de los códigos del siglo XIX, según el cual el derecho de familia sólo comprendía las normas que regulaban exclusivamente las relaciones personales de sus miembros, excluyéndose las que regían las relaciones patrimoniales, lo que determinaba que esos códigos incluyeran entre los contratos a la sociedad conyugal. Vélez Sársfield siguió ese sistema, legislando en el Libro I, Sección 2ª del Código, las relaciones familiares de carácter personal, y en el Libro 2º, Sección 3ª ("De las obligaciones que nacen de los contratos"), a la sociedad conyugal (título II).

Los códigos y proyectos modernos, como también la doctrina prevaleciente, agrupan en un solo conjunto a todas las normas del derecho de familia, extrapatrimoniales y patrimoniales. Tal es el método que en nuestro país siguen el proyecto de 1936 y el anteproyecto de 1954.

El derecho de familia comprende, entonces, el derecho matrimonial en todos sus aspectos, personales y patrimoniales; las relaciones jurídicas paterno-filiales (filiación legítima, extramatrimonial o

ilegítima y adoptiva); las relaciones parentales (derecho del parentesco); las relaciones cuasi-familiares (tutela y curatela) y también contempla los efectos jurídicos de la unión de hecho (concubinato).

18. Caracteres.

El derecho de familia ofrece una fisonomía propia y peculiar frente a las demás ramas del derecho civil, a causa del fundamento natural que presenta la familia (Planiol y Ripert). La doctrina viene señalando sus singulares características a partir de la exposición que de ellas hizo De Ruggiero, y son las siguientes:

a) *El contenido ético de sus normas*: Por el fundamento natural de la familia y su relación con las necesidades naturales del hombre (unión sexual, amor, procreación, asistencia, cooperación) el derecho de familia está directa y profundamente influido por los principios morales con mucha más intensidad que otros sectores del derecho, a tal punto que se afirma el carácter ético de sus reglas, transformadas por el derecho en normas jurídicas. De ahí también la significativa incidencia de las ideas religiosas en esta materia, que ha estado regida durante muchos siglos por el derecho canónico de la Iglesia.

b) *Rango superior de las relaciones personales sobre las patrimoniales*: El estado familiar, o sea la posición que un individuo ocupa en el grupo familiar (estado de cónyuge, de padre, de hijo, etc.) es inherente a la persona, y produce efectos de orden personal, y también consecuencias económicas y patrimoniales, en relación a los otros miembros de la familia. Esas relaciones patrimoniales derivan del propio estado, al cual, por lo tanto, están subordinadas (obligación alimentaria, derecho de usufructo paterno, relaciones patrimoniales entre cónyuges, etc.). Predominan, por lo tanto, las relaciones personales derivadas del estado de familia, sobre las relaciones de carácter patrimonial, que dependen de aquéllas.

c) *Primacía del interés social y del interés familiar sobre el interés individual*: el predominio del interés social y familiar impone una fortísima limitación al principio de la autonomía de la voluntad que produce las siguientes consecuencias:

1) La mayoría de las normas del derecho de familia son de *orden público*, y como tales, imperativas e inderogables por la voluntad de las partes. Belluscio cita como supuesto excepcionalísimo en que las partes pueden modificar la disposición legal, el artículo 1276, 3er. párrafo, *in fine*, según el cual cuando se confiere mandato entre cónyuges el mandatario está eximido de rendir cuentas.

2) El *intervencionismo estatal*, que se manifiesta en la intervención de funcionarios públicos en los actos de emplazamiento en el estado de familia o en determinadas autorizaciones vinculadas a la familia o a su patrimonio.

19. Naturaleza y ubicación en el derecho positivo. Teorías. Método de la ley.

Tradicionalmente se ha considerado al derecho de familia como una rama del derecho privado, y más precisamente del derecho civil. Pero sus características singulares han dado base a toda una teoría orgánica contraria a la concepción tradicional elaborada por Antonio Cicu, el ilustre profesor de la Universidad de Bolonia, quien ubica al derecho de familia en una categoría intermedia entre el derecho público y el derecho privado, dando lugar así a la tripartición del derecho objetivo.

Amplia resonancia ha tenido esta aguda tesis que parte de analizar comparativamente la relación jurídica de derecho público y la relación jurídica de derecho privado. En la primera no se concibe el interés individual en oposición al del Estado. Hay un solo interés, el del Estado, al cual debe subordinarse el interés individual. En la relación jurídica de derecho privado, en cambio, los intereses individuales son distintos y opuestos, encontrándose los individuos en libertad de establecer sus fines particulares. La relación jurídica familiar no tiene ninguna semejanza con la relación jurídica privada, y sí, en cambio, presenta profundas analogías con la de derecho público. En ambas el centro de gravedad de la relación es el momento del deber, y no el momento del derecho, y en ambas existe un interés superior al cual están subordinados los intereses individuales. Se diferencian en que el interés superior en la relación de derecho público es el del Estado, y en la relación jurídica familiar es el de la familia. Y a ésta, el profesor Cicu la concibe como un

organismo similar al Estado, aunque en escala menor, según hemos visto (Nº 9-b). Luego de desarrollar estos conceptos, concluye que el derecho familiar es perfectamente, autónomo respecto del derecho privado, y tiene una construcción semejante a la del derecho público.

En los últimos años de su vida, Cicu desecha la tesis de la tripartición del derecho, y vuelve a considerar al derecho de familia como una rama del derecho privado separada del derecho civil, aunque no estaría sometido a sus principios, pues le son extraños debido a sus particularidades específicas.

En nuestro país esta teoría ha sido rechazada por la doctrina que sostiene la ubicación tradicional del derecho de familia en el ámbito del derecho civil (Díaz de Guijarro, Borda, Guastavino, Mazzinghi, Zannoni, Belluscio). Nosotros compartimos esta opinión, que es también la que ha consagrado nuestro legislador, pues las normas que forman el derecho familiar positivo están contenidas en el Código Civil y en las leyes complementarias o modificatorias del mismo.

El hecho de que exista un interés familiar superior y distinto de los intereses individuales, y que se limite la autonomía de la voluntad mediante el orden público, no justifica que se separe el derecho de familia del derecho civil por diversas razones:

1) Porque a pesar de las restricciones, el individuo mantiene un margen decisivo de libertad en la constitución de muchas relaciones familiares (matrimonio, adopción, reconciliación, etc.).

2) Porque la eficacia de la voluntad también está restringida en otras ramas del derecho civil, fundamentalmente en los derechos reales, ámbito en el cual los particulares no pueden crear más derechos que los consagrados por la ley y no pueden alterar sus lineamientos sustanciales. En materia de derecho sucesorio, la libertad de testar está drásticamente limitada cuando existen herederos forzosos. También constituyen normas imperativas las disposiciones que garantizan la seguridad del tráfico jurídico, las que protegen la buena fe de terceros, y finalmente, los preceptos que para prevenir graves injusticias o atender a exigencias sociales, limitan la autonomía privada. La norma de derecho civil es, entonces, perfectamente compatible con una regulación limitativa de la voluntad

individual; el interés público siempre condiciona y relativiza el interés particular, y así lo establece con alcance de principio general el artículo 21 del Código Civil (Von Thur, Larenz, Castán Tobeñas, Díaz de Guíjarro, Guastavino, Mazzinghi, Zannoni).

3) Porque también en las asociaciones hay un interés distinto al de los asociados, un fin propio y superior al de sus integrantes y una voluntad encaminada a satisfacerlo, y no por ello se ha pretendido crear una rama independiente del derecho (Hernández Gil, Borda).

4) Porque no es conveniente romper la unidad científica del derecho civil, pues las relaciones familiares, por muy salientes que sean sus rasgos distintivos, van íntimamente enlazadas con las relaciones individuales de carácter patrimonial. La capacidad, la sucesión *mortis causa*, el régimen económico del matrimonio, son zonas en las que el derecho de familia y el derecho patrimonial aparecen unidos en indisoluble consorcio.

5) Porque si, en definitiva, el derecho civil rige a la persona en cuanto tal y regla sus relaciones con sus semejantes, con mayor razón ha de regir sus relaciones familiares, que derivan de su integración en la familia, en cuanto, además de persona, es padre, esposo, hijo, hermano, etcétera.

Por los motivos expuestos, concluimos que la integración del derecho de familia en el ámbito del derecho civil responde al contenido sustancial de ambas disciplinas, y que ninguna ventaja práctica justifica su pretendida autonomía.

No obstante, reconocemos que tal afirmación no es enteramente pacífica en la doctrina. Gierke, en Alemania, incorporaba el derecho de familia al derecho social, opinión que en nuestro país sostiene Jorge Antoni, profesor de la Universidad de Tucumán. Y hubo también otros autores alemanes que afirmaban la pertenencia del derecho de familia al derecho público (Jellinek, Binder), coincidiendo algunos italianos (Filomusi - Güelfi, Pisanelli). El tratadista alemán Nipperdey, sostiene resueltamente que no es derecho privado, y que constituye un cuerpo extraño en la codificación de éste.

Los países socialistas han legislado en forma autónoma al derecho de familia, separándolo del derecho civil. Así, por ejemplo, han

sancionado códigos de la familia: la URSS, en 1918, reformado luego en 1926, 1944, y por último en 1968; Yugoslavia, en 1946; Checoslovaquia en 1950 y sustituido luego por el de 1963; Hungría, en 1952; Rumania, en 1953; Polonia, en 1964; República Democrática Alemana, en 1965; Bulgaria, en 1968. En estos países, sin embargo, hay una fuerte corriente de opinión, a la que adhieren reputados civilistas, que se opone a la existencia de un derecho de familia separado del derecho civil, y considera que el mantenimiento de un código autónomo de la familia se explica en la actualidad principalmente por razones socio-políticas (Eminescu, Y. y Popescu, T.: *Les codes civils des pays socialistes*, Bucarest - París, 1980, N° 7).

Fuera de la órbita socialista, en Bolivia y Costa Rica se han sancionado códigos de la familia, en 1972 y 1975, respectivamente.

20. Interpretación.

Por las destacadas características del derecho de familia y los principios que rigen su regulación en el derecho positivo argentino, se pueden establecer las siguientes pautas de interpretación:

1º) El afianzamiento y la defensa de la familia legítima constituye la regla fundamental de interpretación de las normas del derecho familiar, pues es el modo típico de asegurar el bien común para todo hombre y para la sociedad civil (Méndez Costa), y además, es una directiva básica de nuestro sistema de derecho civil (Guastavino). La jurisprudencia nacional ofrece numerosos e importantes ejemplos de aplicación del principio expuesto. Así, entre otros, la Corte Suprema Nacional reiteradas veces ha rechazado la inconstitucionalidad de las normas previsionales que otorgan derecho de pensión sólo a la viuda, planteada por concubinas que entienden que la protección integral de la familia proclamada por la Constitución en el artículo 14 bis, comprende también a la familia natural. La Corte ha establecido el alcance preciso de dicha norma constitucional, afirmando que sólo el matrimonio es la base de la familia protegida por nuestra Ley Fundamental, y que la mera relación de hecho no aprobada por ley no genera derechos ni obligaciones, ni consecuencias jurídicas, salvo que la ley expresamente se las reconozca por razones que no podrían fundarse en la existencia de un vínculo matrimonial. E inspirados también en la protección

de la familia legítima, trascendentes fallos de los más importantes tribunales del país han negado a una pareja de concubinos la adopción conjunta del hijo fruto de su unión concubinaria; y a un concubino adoptar el hijo o los hijos legítimos de su concubina, etcétera. En otros aspectos, la protección se ha realizado también a través del reconocimiento de efectos sancionadores sobre el culpable de la separación de hecho, etcétera.

2º) Constituye otra pauta, el principio de subordinación del interés individual al interés familiar (Díaz de Guijarro). Ello no significa que la integridad y solidez de la familia legítima esté reñida con el interés personal del individuo, sino a su servicio, pues se lo protege al defender la comunidad en que mejor se realiza a sí mismo (Méndez Costa). Siendo la familia, por lo tanto, esencial a la persona para su realización como ser humano, defendiéndola a aquélla se protege a ésta, por lo cual en caso de colisión de intereses debe prevalecer el interés del grupo. Diversas normas legales así lo proclaman, como lo hemos visto (Nº 10), e interpretando una de ellas, el 2º párrafo del artículo 1277, que exige el consentimiento del otro cónyuge para disponer del inmueble propio donde está asentado el hogar conyugal cuando hay hijos menores o incapaces, la jurisprudencia ha resuelto que el fin de proteger al grupo familiar, garantizando su asentamiento, determina también, por extensión, que el cónyuge titular de ese inmueble no pueda exigir a su mujer e hijos del matrimonio la desocupación del mismo.

3º) Por último, en la interpretación del derecho de familia se debe excluir el auxilio del derecho comparado. El legislador, sin perjuicio de orientarse hacia la perfección de las costumbres del pueblo, cuando sanciona las normas que regulan el núcleo familiar, debe respetar la idiosincrasia, las costumbres y la psicología de cada pueblo. Y desde luego, el intérprete tampoco puede apartarse de este principio (Díaz de Guijarro).

21. Relación con el derecho hereditario.

Han sido autores alemanes (Savigny, Unger) quienes han destacado la conexión sustancial del derecho de familia con el sucesorio. Savigny enseñaba que ambos tienden a solucionar ciertas

deficiencias del ser humano, pues el hombre, decía, es un ser doblemente incompleto en razón de la diferencia de sexos y porque su existencia tiene duración limitada. El matrimonio corrige la primera imperfección; engendra toda una serie de relaciones jurídicas entre el hombre y la mujer, y luego entre ellos y los hijos, que perpetúan su personalidad. La regulación normativa de dichas relaciones configura el derecho de familia.

Con respecto a la segunda imperfección provocada por la muerte de la persona, ella se resuelve por el derecho de sucesiones, que prolonga la personalidad del individuo, por una suerte de ficción, transmitiendo a ciertas personas que son puestas en el lugar del causante, los derechos y obligaciones de que éste era titular. El patrimonio subsiste y sólo cambia de titular. Gracias a ello, la continuidad de las relaciones de derecho queda asegurada y la muerte no es más que un accidente que no interrumpe ni detiene la vida jurídica.

Completa Oertmann esta esencial relación entre ambas ramas del derecho civil, al señalar que si se atiende a los grandes requerimientos del ser humano, que son el instinto de la propia conservación y el instinto de conservación de la especie, observamos que con los derechos creditorios y reales se satisface el primer instinto, y con el derecho familiar y el sucesorio se tiende a satisfacer el segundo.

Además, señala Lafaille que la mayor relación entre ambas ramas del derecho civil se comprueba al examinar los efectos jurídicos del parentesco. La familia en sentido amplio es la base que toman las leyes para la sucesión ab intestato; y para determinar la sucesión forzosa o legitimaria se atienden al concepto restringido de familia.

22. La familia en la Constitución Nacional.

La Constitución argentina de 1853 no contiene ninguna disposición referente a la familia; ni siquiera la menciona. La omisión es explicable: la ideología individualista imperante en aquella época concebía a la sociedad sólo integrada por individuos aislados. En-

tre ellos y el Estado no se interponía ninguna asociación o grupo natural.

La Constitución de 1949, acorde con la nueva tendencia del constitucionalismo impuesta después de la primera guerra mundial, que reconoce a la familia como unidad social primaria y la coloca bajo su protección, en su artículo 37, apartado II, dispone lo siguiente:

“La familia como núcleo primario y fundamental de la sociedad, será objeto de preferente atención por parte del Estado, el que reconoce sus derechos en lo que respecta a su constitución, defensa y cumplimiento de sus fines.

“1. El Estado protege el matrimonio, garantiza la igualdad jurídica de los cónyuges y la patria potestad.

“2. El Estado formará la unidad económica familiar, de conformidad con lo que una ley especial establezca.

“3. El Estado garantiza el bien de familia conforme a lo que una ley especial determine.

“4. La atención y asistencia de la madre y del niño gozarán de la especial y privilegiada consideración del Estado”.

Restaurada la vigencia de la Constitución de 1853, la reforma de 1957 introdujo el artículo 14 bis, en cuya parte final, sintetizando los postulados de 1949, garantiza “la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia, la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”.

La declaración es poco feliz; pareciera referirse sólo al aspecto de la seguridad social de la familia; no la reconoce como núcleo esencial de la sociedad, ni establece que la familia se asienta sobre el matrimonio.

Y, por último, la referencia es ocasional, no se le ha dedicado un tratamiento especial como corresponde por sus trascendentes proyecciones sociales, jurídicas, económicas y políticas. Por ello, una futura reforma constitucional debiera consagrar en normas expresas el reconocimiento y protección del grupo familiar fundado en el matrimonio (Conf.: Lafianandra).

III. ESTADO DE FAMILIA

23. El estado de las personas.

El estado de las personas es la posición jurídica que ellas ocupan en la sociedad. Determinar el estado de una persona es calificarla de acuerdo al punto de vista desde el cual se la considera. Y el estado se puede apreciar desde tres ángulos:

1º) Con relación a la comunidad política en que la persona vive, puede ser nacional o extranjero. Es el *estado político*, que acuerda el derecho activo y pasivo del sufragio, da lugar a la protección diplomática, etc., y es materia del derecho público.

2º) Con relación a la posición que ocupa en la familia, puede ser padre, esposo, hijo, etc. Es el *estado de familia*, que determina el estado civil de las personas, y es regido por el derecho civil.

3º) Con relación a la profesión o función que la persona desempeña, puede ser comerciante, militar, sacerdote, profesional liberal, etc. Es el *estado profesional*, que se refiere al conjunto de derechos y deberes que corresponde a una persona en razón de su profesión u ocupación, y que fundamentalmente interesa al derecho laboral y al derecho comercial (Marty y Raynaud, Llambías, Aráux Castex, Abelenda). Sin embargo, hay autores que sostienen que no puede considerarse un verdadero y propio estado, porque éste se refiere a las calidades fundamentales de las personas, y no a aquellas subsidiarias derivadas de sus ocupaciones o profesiones (Planiol, De Page, Spota, Busso, Crespi).

Un sector de la doctrina alude a un cuarto estado: el estado personal o estado de las personas en relación a sí mismas, el cual estaría determinado por causas físicas individuales, la edad y la sanidad mental, en virtud de las cuales las personas son mayores o menores de edad; mentalmente sanos, dementes o inhabilitados (Planiol, Ripert-Boulanger, Busso, Salvat-López Olaciregui, Borda, Belluscio, etc.). Pero esos elementos que determinarían el llamado estado personal, se refieren en rigor a la capacidad de obrar de las personas y no al estado. El estado y la capacidad son atributos netamente distintos de la personalidad, y lo distingue la misma ley civil (art. 8, C. Civil; dec.-ley 8204/63, etc.). En efecto, la capaci-

dad no hace nacer derechos y obligaciones, como el estado. El estado influye sobre la capacidad (los esposos no pueden hacerse donaciones, ni celebrar entre sí ventas, ni cesión de bienes, ni permutas —arts. 1807 inc. 1º, 1358, 1441, 1490—; el menor emancipado necesita autorización de su cónyuge mayor de edad o judicial para disponer de bienes recibidos a título gratuito, art. 135, CC.; etc.). La capacidad o incapacidad, en cambio, no influyen jamás sobre el estado. Por último, la capacidad o incapacidad se refieren a la aptitud que la persona tiene para gozar o ejercer sus derechos; el estado es la situación familiar por la que se califica a una persona (De Page, Spota, Llambías, Abelenda, Crespi).

No existe, por lo tanto, el llamado “estado personal”, concebido en relación a la persona misma. Jurídicamente, el estado sólo existe en relación a la familia.

24. Estado de familia: Estado civil

El estado de familia se define como la posición jurídica que una persona ocupa en el grupo familiar, en virtud de la cual la ley le atribuye derechos y deberes, prerrogativas e incapacidades (Messineo, Diaz de Guisjarro, Spota, Busso, Llambías, Borda).

En la terminología de nuestro derecho positivo siempre que el legislador emplea las expresiones “estado” o “estado civil” se refiere inequívocamente al estado de familia quedando así legalmente identificadas dichas expresiones (por ejemplo, arts. 845, 1001 —“estado de familia”—; 846, 847, 4019, inc. 2º del Cód. Civil, y ley 2393, arts. 27 inc. 1º, inc. 3º, 42, inc. 9º, y 101; decreto-ley 8204/63 —“estado” o “estado civil”; etc.).

El significado jurídico de la expresión “estado civil” o simplemente “estado” cabe referirlo exclusivamente, en consecuencia, al estado de familia (Orgaz, Spota, Llambías, Abelenda, Boffi Boggero, Aráuz Castex, Crespi; en contra: Borda, Belluscio).

El estado de familia abarca todas las relaciones jurídicas que la persona tiene con todos los otros miembros de la familia, comprendiendo el vínculo conyugal y el vínculo parental, que puede ser consanguíneo, por afinidad y adoptivo.

25. Caracteres.

El estado de familia es un atributo de la personalidad, naturaleza que determina sus principales caracteres. La doctrina coincide en señalar los siguientes:

a) Está sometido a un *ordenamiento legal imperativo de orden público*, y por lo tanto, fuera del ámbito de autonomía de la voluntad. La situación jurídica de una persona en la familia es una cuestión en la que está directamente interesada la sociedad.

b) Es *inalienable*: ello significa que el estado de una persona no puede ser enajenado ni transmitido mediante acto jurídico alguno (art. 953 CC.), ni puede ser objeto de transacción o renuncia (arts. 262, 845 y 872, CC.). Este principio, no obstante, reconoce numerosas excepciones:

1º) Se puede transar sobre las cuestiones patrimoniales subordinadas al estado de familia, con tal que la transacción no verse sobre el estado mismo (art. 846, CC.);

2º) Se puede transar a favor de la validez del matrimonio (art. 843, CC.), entendiendo la doctrina que esta norma sólo es aplicable en caso de nulidad relativa;

3º) La ley de adopción autoriza la revocación de la adopción simple por acuerdo de partes manifestado judicialmente (ley 19.134, art. 28, inc. b).

4º) La ley de adopción también permite que los padres manifiesten expresamente su conformidad para que el menor sea adoptado, habilitando esa manifestación el otorgamiento de la adopción plena que implica la extinción del parentesco del adoptado con su familia de sangre (art. 11, inc. c, 14 y 16, inc. c).

c) Es *inherente a la persona*, y como consecuencia de ello, es intransmisible por causa de muerte (arts. 498 y 3417), y está vedado su ejercicio a toda persona que no sea su titular.

d) Es *imprescriptible*, el transcurso del tiempo no ejerce influencia sobre él. Ni se pierde por el no uso de los derechos que lo integran, ni se adquiere por el uso de los mismos (arts. 262 y 4019, inc. 2º).

e) Es *indivisible o único*, de manera que no es posible ostentar frente a unas personas un estado de familia, y frente a otras

otro diferente. No se concibe que una persona sea considerada soltera frente a unos, y casada frente a otros, como tampoco se puede ser hijo matrimonial de una persona, y extramatrimonial respecto del otro genitor.

f) Es *correlativo*: los vínculos entre las personas que componen el grupo familiar son recíprocos o correlativos entre sí. Por ejemplo, al estado de padre, corresponde el de hijo; al de esposo, el de esposa, y ello determina que a cada derecho corresponda una obligación correlativa. Excepcionalmente, el estado de soltero y el estado de viudo carecen de estados correlativos (Díaz de Guijarro, Belluscio).

26. Fuentes.

El estado de familia puede reconocer las siguientes fuentes:

a) *Hechos jurídicos*: el nacimiento y la muerte (el casado se convierte en viudo por la muerte de su cónyuge);

b) *Actos jurídicos*: el matrimonio, el reconocimiento de hijo.

c) *Sentencias de estado*: sentencias que acuerdan la adopción, que decretan el divorcio o la nulidad del matrimonio; que declaran la filiación extramatrimonial.

27. El emplazamiento en el estado de familia.

Veamos, ahora, cómo se llega al estado de familia.

El emplazamiento, o sea la posición en el estado de familia, se obtiene normalmente de modo espontáneo, ya sea por voluntad propia, cuando son los contrayentes de las nupcias los que asientan en el Registro Civil su matrimonio, o por voluntad ajena, cuando uno o ambos cónyuges inscriben los hijos habidos en el matrimonio, o el progenitor extramatrimonial reconoce a su hijo mediante un acto auténtico e idóneo (Díaz de Guijarro). Tales actos voluntarios que emplazan en el estado de familia (matrimonio, reconocimiento, etc.), son los actos jurídicos familiares de emplazamiento en el estado de familia.

Pero fuera de esta situación ordinaria, existe y con harta frecuencia, el emplazamiento por vía de acción judicial, a través de las llamadas acciones de estado. Por ejemplo, cuando los cónyuges

no inscriben su hijo y lo desconocen, éste puede reclamarles su filiación legítima (arts. 259/260, CC.); lo mismo que el hijo extramatrimonial no reconocido por su padre o su madre (art. 325, CC.); o los cónyuges que carecen de acta matrimonial deben promover la acción de reclamación del estado de casados, etc.

Pero una vez emplazada una persona en un estado de familia, ese emplazamiento puede ser modificado, ya sea por un hecho jurídico (la muerte de un cónyuge, por ejemplo, convierte al sobreviviente en viudo), o por una sentencia judicial, como la que decreta el divorcio.

También ese emplazamiento puede ser destruido por una acción judicial de contestación o impugnación de estado, como por ejemplo la acción de desconocimiento de la paternidad, de impugnación de la filiación legítima, de nulidad de matrimonio, etc.

28. Título de estado.

Título de estado es el instrumento público o conjunto de instrumentos públicos con los cuales se acredita el estado de familia de una persona (Belluscio, Zannoni).

Ahora bien, ¿cuáles son los instrumentos públicos que constituyen título de estado?

Para algunos autores únicamente son las partidas del Registro Civil (Borda, Aráuz Castex, Albadalejo García).

Otros, a las partidas del Registro Civil agregan las sentencias judiciales que emplazan a una persona en un estado de familia determinado (López del Carril, Zannoni, Crespi).

Finalmente, otros autores consideran título de estado no sólo a las partidas del Registro Civil y a las sentencias de estado, sino también a los instrumentos públicos en general (Busso, Lafaille, Cafferata, Belluscio. Llambías y Mazzinghi mencionan también como título de estado del hijo extramatrimonial el testamento en el cual lo hubiese reconocido el progenitor).

Compartimos esta última opinión. En efecto, la sentencia firme que admite la existencia de una relación filial por ejemplo, produce el emplazamiento en el estado de hijo y constituye el título de ese estado, aun cuando no se inscriba en el Registro Civil. Y lo mismo

ocurre con el reconocimiento de hijo efectuado por escritura pública: hace plena fe respecto de terceros y es irrevocable (arts. 995, C. Civil y 2, ley 14.367). Y en cuanto al reconocimiento por testamento, habría aclarar que la opinión de Llambías y Mazzinghi que lo consideran título de estado, la compartimos en cuanto se refieren al testamento por acto público, pero respecto a los testamentos ológrafos y cerrados, entendemos que éstos deberían ser protocolizados para considerarlos tales, pues recién entonces son instrumentos públicos (artículo 984, Código Civil).

La inscripción de dichos instrumentos públicos en el Registro Civil responde a un ordenamiento administrativo con la sola finalidad de asegurar la prueba y la publicidad del estado de familia (Guastavino). Su falta de registración no priva al acto de su calidad de constitutivo de título, ni de efecto alguno (Busso).

El título de estado es la prueba auténtica y privilegiada del estado, que produce efectos por sí mismo y habilita a ejercer todos los derechos que de él derivan con sólo exhibirlo (Fassi). La simple prueba del estado, como por ejemplo un instrumento privado, carece de tales efectos y requiere el reconocimiento judicial (Lafaille, Busso, Belluscio).

En consecuencia, es título de estado matrimonial la partida de matrimonio o la sentencia que declara comprobada la existencia del matrimonio; es título de estado de hijo legítimo el formado por la partida de matrimonio de los padres y la de nacimiento del hijo; de hijo ilegítimo, la partida de nacimiento y el instrumento público del que surja el reconocimiento del progenitor, o la sentencia que admite la acción de reclamación de la filiación; de hijo adoptivo, la sentencia de adopción, etcétera.

29. Posesión de estado. Su importancia.

La posesión de estado consiste en el ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes propios de una determinada posición familiar, con prescindencia del título correspondiente a la misma (Lafaille, Rébora, Borda, Llambías, Mazzinghi, Belluscio, Zannoni).

Hay posesión de estado, dice Llambías, cuando alguien ocupa una determinada situación familiar —hijo, padre, esposo— y goza

de hecho de las ventajas anexas a la misma, soportando igualmente los deberes inherentes a esa situación, independientemente del título. Es vivir en la realidad de los hechos como corresponde a la condición de hijo, padre, esposo, pariente (Borda).

La posesión de estado es, por consiguiente, una situación de hecho. Normalmente, esta situación de hecho corresponde al estado de derecho, es decir, quien goza de hecho un determinado estado de familia, generalmente tiene también título a ese estado. Es el caso del esposo, cuyo matrimonio está inscrito en el Registro Civil y cohabita con su mujer; o del hijo legítimo o extramatrimonial reconocido, que reciben de sus padres el trato de tales, conviviendo con ellos. Esto es lo normal; pero en la realidad de los hechos pueden aparecer disociados el título de estado y la posesión de estado. En efecto, los esposos que viven separados de hecho tienen título de estado, pero sin la posesión del mismo, lo cual ocurre también con los hijos legítimos o extramatrimoniales reconocidos que no están bajo la guarda de sus padres. A la inversa, un hijo extramatrimonial que convive con su padre, quien le da el trato de hijo y provee a su educación y subsistencia, pero se abstiene de reconocerlo formalmente, carece del título de estado, aunque goza de la posesión del mismo.

Según una teoría clásica cuyo origen se hallaría en el derecho canónico medioeval, la posesión de estado debe reunir estos tres elementos: nomen, tractatus y fama. El nomen es el uso del apellido familiar; el tractatus es el trato público como hijo, esposo, etcétera. Y la fama es haber sido considerado como tal por la familia o la sociedad.

La doctrina y la jurisprudencia modernas han prescindido de la exigencia conjunta de estos tres elementos. Es verdad que reunidos configuran de una manera más precisa la posesión de estado, pero se considera en general que basta con el trato, pues constituye el elemento revelador de la posesión de estado, aunque no hubiera exteriorización ni uso del apellido (Lafaille, Rébora, Borda, López del Carril, Belluscio, Zannoni).

La posesión de estado no importa emplazamiento en el estado familiar ni es por lo tanto título de estado. Se configura sólo por un conjunto de hechos que tienen significativa relevancia como prueba

del estado de cuyo título se carece. La sentencia que admite la acción de reclamación de estado es la que produce el emplazamiento en el estado de familia y constituye el título de estado.

Ahora bien, la importancia de la posesión de estado como prueba varía de acuerdo al estado de que se trate:

a) *Reclamación del estado de casados*: la posesión de estado de esposos, sin el acta matrimonial, carece de eficacia para acreditar por sí sola la existencia del matrimonio. En tal caso, es preciso demostrar la celebración de las nupcias.

La posesión de estado, sin embargo, adquiere enorme importancia en esta materia cuando el acta matrimonial existe, pero es nula por vicios formales que invalidan el matrimonio. En este supuesto, la posesión de estado unida a la constancia del acta viciada cubre las imperfecciones formales y convalida el matrimonio (artículo 101, LMC).

b) *Reclamación del estado de hijo legítimo*: a falta de partidas, para acreditar la filiación legítima son admisibles todos los medios de prueba, y entre ellos la posesión de estado. Pero el criterio para apreciar las condiciones de la posesión de estado tratándose de hijo legítimo es más severo que respecto de un hijo extramatrimonial. El tratamiento distinto se justifica porque es necesario tener en cuenta las diferencias profundas que existen entre ambas categorías de hijos resultantes de la ley y de las costumbres. Mientras los padres legítimos no tienen motivos para ocultar su paternidad, los naturales suelen no manifestarlo. Por ello, la doctrina nacional coincide en exigir necesariamente la presencia de por lo menos dos requisitos: a) que el hijo haya llevado siempre el apellido del presunto padre; y b) que el padre y la madre a la vez lo hayan tratado como hijo propio. La prueba debe ser categórica e inequívoca, y en tal caso puede bastar la posesión de estado para dejar acreditada la filiación legítima. El matrimonio de los padres, desde luego, también deberá probarse.

c) *Reclamación del estado de hijo extramatrimonial en vida del presunto progenitor*: en este supuesto igualmente puede resultar suficiente, a criterio del juez, la posesión de estado para que prospere

la acción. La doctrina predominante entiende que equivaldría a un reconocimiento tácito del vínculo de filiación por parte del presunto padre o de la presunta madre. La evaluación de las condiciones que debe reunir la posesión de estado es efectuada con un criterio más flexible, y para configurarla se requiere sólo la presencia de un elemento, el trato, siendo suficiente que exista con respecto al padre o a la madre, indistintamente, y no con respecto a ambos, como se requiere en la filiación legítima.

d) *Reclamación del estado de hijo extramatrimonial después de fallecido el presunto progenitor*: En este caso, la posesión de estado adquiere una importancia superlativa: la ley la erige como requisito ineludible de admisibilidad de la acción. Si no hay posesión de estado, la acción nunca podrá prosperar. No bastaría la prueba más completa del nexo biológico si al mismo tiempo no se probase la posesión. Así lo dispone el artículo 325, segundo párrafo del Código Civil.

e) *Reclamación del estado de hijo legitimado*: la legitimación de un hijo natural se logra a través del subsiguiente matrimonio de los padres y del reconocimiento que éstos hagan del hijo, que puede efectuarse antes del matrimonio, al inscribirse éste en el Registro Civil o hasta dos meses después de la celebración (arts. 311 y 317. Código Civil). La cuestión se plantea cuando no ha habido reconocimiento y aquí adquiere relevancia la posesión de estado, pues se la equipara a un reconocimiento tácito. En efecto, la doctrina y la jurisprudencia sostienen pacíficamente que aun cuando los padres no hayan reconocido expresamente al hijo en ninguna de las oportunidades señaladas, la legitimación se produce lo mismo siempre que el hijo haya gozado de la posesión de estado.

30. Acciones de estado. Concepto.

Son las acciones judiciales referidas al estado de familia, que tienen por finalidad la declaración de existencia de un determinado estado, como asimismo la constitución, modificación o extinción del estado de una persona (De Page, Belluscio, Zannoni, Mazzinghi).

31. Caracteres.

Los caracteres de las acciones de estado emergen del propio estado de familia, puesto que importan el ejercicio de derechos subjetivos derivados de dicho estado, y son los siguientes:

a) *Inalienabilidad*: siendo el estado familiar inalienable, también lo son las acciones derivadas de él. Por lo tanto, no pueden cederse (art. 1445, CC). Respecto a la transacción es aplicable lo dicho sobre el estado de familia.

b) *Irrenunciabilidad*: este principio es exacto siempre que la renuncia se articule contractualmente, pues cabe observar que las acciones pueden dejarse extinguir por el transcurso de un término de caducidad o de perención de instancia respecto de un juicio en trámite. También es posible renunciar a la acción de divorcio, pues nada obsta a que el cónyuge ofendido perdone al ofensor o que se produzca la reconciliación entre ellos. Por ello, debe concluirse que el principio de irrenunciabilidad es relativo.

c) *Imprescriptibilidad*: esta característica deriva del hecho de que el transcurso del tiempo no influye sobre el estado de las personas. Pero este principio está cuestionado por la falta de preceptos legales claros y divide a la doctrina. En efecto, nuestro Código en forma expresa sólo establece la imprescriptibilidad de las acciones de reclamación de la filiación y de impugnación de la legitimidad de la misma (arts. 259, 262 y 4019, inc. 2º, CC). Y el artículo 4019, a su vez, declara en el primer párrafo que todas las acciones son prescriptibles, con excepción de las que él enumera, entre las cuales sólo figura la acción de reclamación de la filiación ejercida por el hijo mismo. Por lo tanto, una interpretación literal de esta última norma conduciría a afirmar que salvo la acción en él mencionada, todas las demás referidas al estado de familia prescribirían.

Las opiniones discrepan acerca del alcance de los preceptos legales, y se pueden distinguir tres corrientes:

1º) Los que sostienen la *imprescriptibilidad absoluta* de todas las acciones que se refieren al estado de familia (Machado, Colmo, Llambías, Belluscio, Zannoni). Tal es la solución del Anteproyecto de Bibiloni (art. 306, 2º párrafo), del Proyecto de 1936 (art. 323,

inc. 4º), del Anteproyecto de 1954 (art. 306, 2º párrafo) y del Proyecto de De Gásperi (art. 3553).

2º) Otros autores afirman la *imprescriptibilidad como principio, admitiendo numerosas excepciones* (Salvat, Spota, León, Borda, Mazzinghi).

3º) Finalmente, para Díaz de Guijarro y López del Carril, *la prescripción es un instituto ajeno al derecho de familia, y afirman que las acciones de estado se encuentran sujetas a caducidad, siendo inextinguibles sólo por excepción*. No obstante, en algunos casos en que la ley no establece la caducidad sostienen que debe aplicarse el plazo común de prescripción decenal del artículo 4023, trasladando así un plazo de prescripción a la institución de la caducidad, aplicándolo, por ejemplo, a la acción de reclamación de la filiación legítima ejercida por los herederos del hijo.

Por nuestra parte, consideramos que las acciones de estado de familia no son susceptibles de prescripción y pueden entablarse en cualquier momento.

A este respecto consideramos decisivos los siguientes argumentos: la enumeración del artículo 4019 no es taxativa, puesto que en el mismo Código hay mencionadas otras acciones imprescriptibles, no contempladas en aquella disposición (arts. 259, 262, 2510, 3460, etcétera), y además, la doctrina y la jurisprudencia admiten la imprescriptibilidad de diversas acciones tampoco enumeradas en aquella norma (Belluscio). Por ello, procede afirmar la imprescriptibilidad de las acciones de estado en virtud de la imprescriptibilidad del propio estado de familia, del cual derivan, sin que ello implique desconocer aquella disposición.

La aplicación extensiva de la prescripción decenal del artículo 4023 para las acciones de estado cuya imprescriptibilidad no está establecida expresamente, es improcedente por cuanto aquel plazo de prescripción se refiere exclusivamente a las obligaciones patrimoniales y a la nulidad de los actos jurídicos en general, quedando, por lo tanto, excluidos de su campo de aplicación los derechos extrapatrimoniales que se resuelven en facultades puras, como son los que se traducen en el ejercicio de acciones de estado de familia (Colmo, *De las obligaciones en general*, Bs. As., 1928, Nº 916-a; Belluscio).

Aun cuando el artículo 4019, inciso 2º, declare imprescriptible sólo la acción del hijo, es indudable que el mismo régimen corresponde a todas las demás acciones de estado, puesto que todas tienen las mismas características, y no se justifica un tratamiento diferente (Llambías, Belluscio).

Además, cabe observar que cuando el legislador ha querido limitar en el tiempo el ejercicio de las acciones de estado, lo ha hecho expresamente, imponiéndole a determinadas acciones un plazo de caducidad. En esos casos la caducidad de la acción importaría consolidar situaciones familiares cuyo mantenimiento puede interesar a la sociedad. En los demás supuestos, en que no se ha fijado plazo alguno, es porque al legislador le ha resultado indiferente la tardanza en el ejercicio de la acción, y ello ocurre porque no hay interés social en consolidar la relación familiar afectada. Así sucede, por ejemplo, en la acción de nulidad de matrimonio por vicios del consentimiento: si la caducidad de la acción no se ha producido porque se interrumpió la cohabitación antes de cumplirse los plazos fijados por el artículo 85, inc. 3º, LMC, sería inícuo que el matrimonio se consolidase a los dos años en virtud de la prescripción del artículo 4030, ya que no puede haber interés social en mantener la validez de un matrimonio viciado y sin vigencia en la realidad de los hechos (Belluscio).

Por ello, concluimos que las acciones de estado son imprescriptibles, aunque ello no significa que sean todas inextinguibles, pues algunas lo son por estar sujetas a caducidad.

d) *Inherencia personal*: siendo el estado de familia inherente a la persona, también lo son las acciones derivadas de él, lo cual significa que no pueden ser ejercidas por los acreedores mediante la acción subrogatoria. Y también que son intransmisibles por vía sucesoria, aunque este principio reconoce algunas excepciones, pues la ley autoriza en algunos casos la transmisión hereditaria de la acción (arts. 258 y 259, CC.; Borda, Belluscio). Sin embargo, hay autores para quienes los herederos del titular de la acción la ejercerían en esos casos a título propio y originario (Cicu, Busso, Díaz de Guijarro, Crespi), criterio erróneo, a juicio de Borda, quien acertadamente expresa que los herederos sólo pueden ejercer la acción

únicamente en caso de muerte del titular originario y siempre que él no hubiese perdido el derecho, lo cual demuestra que se trata de una verdadera transmisión mortis causa de la acción.

32. Clasificación.

Las acciones de estado pueden ser clasificadas conforme a diversos criterios (Belluscio):

- a) Por el *vínculo familiar* al cual se refieren, se distinguen en acciones de estado matrimonial y acciones de filiación, y dentro de estas últimas, acciones de filiación legítima, de filiación ilegítima o extramatrimonial y de filiación adoptiva;
- b) Por los *efectos de la sentencia* que las admite, en acciones constitutivas y acciones declarativas de estado de familia, y a su vez las segundas en acciones de reclamación y acciones de contestación o impugnación de estado.

Las *acciones constitutivas* son las que tienen por finalidad crear un estado de familia nuevo, extinguir o modificar el existente. Así, por ejemplo, la sentencia de adopción crea un estado nuevo de familia (sea adopción simple o plena); la de divorcio constituye un estado nuevo, el de divorciado, y a la vez modifica el anterior de casado; y la de revocación de la adopción simple extingue el estado adoptivo sin crear otro nuevo.

Las sentencias constitutivas carecen de efecto retroactivo, salve la adopción que los produce a partir de la promoción de la demanda (art. 13, ley 19.134).

No existen acciones constitutivas referentes a la filiación de sangre (legítima o extramatrimonial), pues tanto una como otra sólo pueden derivar de la realidad biológica y no de decisiones judiciales; por consiguiente, las acciones referidas a la filiación de sangre sólo pueden tener por finalidad establecer la concordancia de los vínculos jurídicos con la realidad biológica, y por lo tanto, sólo pueden ser declarativas.

Las *acciones declarativas* son las que tienden a obtener una sentencia que se limita a reconocer o desconocer una situación existente con anterioridad, es decir, a establecer el estado real, verdadero, de

una persona cuando no concuerda con el estado aparente que ostenta (De Page, Marty y Raynaud).

La sentencia declarativa siempre produce efecto retroactivo al momento en que comenzó la situación jurídica que ella reconoce o desconoce.

Las acciones declarativas se distinguen a su vez en *acciones de reclamación de estado*, que tienen por objeto que se reconozca el estado preexistente, de cuyo título se carece, y *acciones de contestación o impugnación de estado*, cuya finalidad es aniquilar el estado, privar a una persona del estado que goza, porque no le corresponde en razón de ser falso o inválido.

Son acciones de reclamación de estado: la acción de reclamación del estado matrimonial; la acción de reclamación de la filiación legítima; la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial, etcétera. Son acciones de contestación o impugnación de estado: la acción de nulidad de matrimonio; la acción tendiente a comprobar la inexistencia del matrimonio; la acción de impugnación de la paternidad; la acción de desconocimiento de la legitimidad; la acción de nulidad de la adopción, etcétera.

Las acciones declarativas de impugnación o contestación de estado persiguen la destrucción de un estado de familia porque los presupuestos del vínculo familiar impugnado son falsos o inválidos, por ello la sentencia no constituye el fundamento sustancial de la extinción del estado, sino que se limita a declarar la inexistencia de aquellos presupuestos, por lo cual sus efectos se retrotraen al momento en que, según la ley, debieron haber existido dichos presupuestos para que naciera el estado familiar desconocido.

Las acciones constitutivas también pueden perseguir la extinción de un estado de familia, pero en este caso los presupuestos del estado existen, son reales y válidos, y por causas sobrevinientes se demanda su extinción, por lo cual la sentencia asume el carácter de fundamento sustancial de la nueva situación jurídica que crea, y por ello es constitutiva. Consiguientemente no produce efectos retroactivos, sino para el futuro (acción de revocación de la adopción simple, acción de divorcio vincular prevista por el artículo 31, ley 14.394, etc.).

c) Por su relación con el *título de estado*, las acciones se clasifican en acciones de emplazamiento y acciones de desplazamiento del estado de familia.

Acciones de emplazamiento son las que tienen por objeto emplazar a una persona en un estado de familia determinado, de manera que la sentencia es el título de estado. Son acciones de emplazamiento las acciones declarativas de reclamación de estado, y también las acciones constitutivas, en general, pues algunas, como la de revocación de la adopción simple, son de desplazamiento.

Acciones de desplazamiento son las acciones que tienden a destruir el título de estado existente. Tales son las acciones declarativas de contestación o impugnación del estado.

33. Extinción: Caducidad y prescripción.

Ya hemos expuesto someramente la cuestión de la prescripción de las acciones de estado y nuestra opinión coincidente con la de los autores que sostienen la imprescriptibilidad de todas las acciones referente al estado de familia (Nº 31-C), dejando a salvo que algunas están sujetas a extinción por vía de caducidad.

La caducidad, enseña Llambías, es un modo de extinción de ciertos derechos en razón de la omisión de su ejercicio durante un plazo prefijado por la ley o por la voluntad de los particulares. En materia de acciones de estado, los plazos están fijados exclusivamente por la ley. La caducidad provoca la extinción de la acción de estado y la de los derechos que la acción tendía a hacer valer, produciéndose esa extinción de pleno derecho, por el solo transcurso del plazo o por el acaecimiento de ciertos hechos. En consecuencia, la acción que ha caducado debe ser rechazada de oficio por los jueces, aun cuando el demandado no lo solicite. Así lo impone el carácter de orden público de las normas que regulan la materia (Borda, Belluscio).

La caducidad de la acción de estado produce como consecuencia la consolidación de ciertas situaciones familiares, que hubieran podido ser modificadas o destruidas por esa acción. Por ejemplo, si el marido cohabita con su esposa durante tres días después de haber conocido el dolo de que fue víctima, la acción de nulidad ma-

trimonial caduca (art. 85, inc. 3º, LMC), y el matrimonio queda consolidado. Y esta caducidad la ha establecido el legislador precisamente porque está interesado en amparar el matrimonio. Por lo tanto, cuando la acción de estado no está sujeta expresamente a caducidad, es porque el legislador ha considerado que no existe interés social en proteger la situación familiar en cuestión, y por ello permite que la acción se deduzca en cualquier momento. Ante el silencio de la ley, pareciera atinado entonces no aplicar a la acción de estado los términos de prescripción previstos para otras situaciones distintas (arts. 4023 y 4030, CC).

Los supuestos de caducidad de las sanciones de estado son los siguientes:

a) *Relativos a la acción de nulidad del matrimonio*: la acción de nulidad del matrimonio caduca, en principio, por la muerte de uno de los cónyuges, y en caso de bigamia, cuando a la muerte de uno de los contrayentes del matrimonio viciado, se suma la muerte del cónyuge del primer matrimonio del bígamo (art. 86, LMC). Sin embargo, de acuerdo al párrafo 3º de dicha norma, agregado por la ley 17.711, en los casos de nulidad absoluta, la acción puede igualmente ser entablada por el ascendiente o descendiente que tenga algún interés concreto que proteger mediante esta acción.

La acción de nulidad por falta de edad legal caduca por continuar la cohabitación, después de alcanzar la edad legal el cónyuge o los cónyuges menores, o por haber concebido la esposa (art. 14, ley 14.394).

En el caso de nulidad por locura, la caducidad se produce para el loco, por continuar la vida marital después de recobrada la razón, y para el sano, por hacerlo después de conocida la locura (art. 85, inc. 2º, párrafo 3º, LMC).

Tratándose de vicios del consentimiento, la acción caduca para el marido si continúa cohabitando durante tres días después de haber conocido el error o el dolo o de cesada la violencia, y para la mujer, si cohabita durante 30 días (art. 85, inc. 3º, 2º párrafo, LMC).

Para el caso de impotencia, la ley no establece plazo de caducidad.

b) *Acción de divorcio*: caduca con la muerte de uno de los cónyuges, aunque ya haya sido promovida. El principio deriva del objeto de la acción, que es únicamente la separación personal de los cónyuges (art. 64 LMC). Tal es la opinión mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia (Bidart Campos, Díaz de Guijarro, Belluscio. En contra: Lafaille, Colombo, Fassi).

c) *Acciones de estado filial*: la acción de desconocimiento de la paternidad caduca para el marido a los 60 días o dos meses desde que tuvo conocimiento del parto (arts. 254 y 4042). En cuanto a los diferentes plazos dados por uno y otro artículo, la doctrina predominante entiende que debe computarse el plazo más largo. Para los herederos del marido, la caducidad se produce a los dos meses de haber entrado el hijo en posesión de los bienes de aquél (art. 258 y 4043), entendiéndose que se trata de la posesión física (Bidau, Belluscio).

La acción de reclamación de la filiación extramatrimonial, si no hay posesión de estado, caduca con el fallecimiento del presunto padre o de la presunta madre (art. 325, 2º párr., CC.).

Acción de impugnación del reconocimiento: la acción del hijo reconocido contra el reconocimiento hecho por quien se dice su padre, se prescribe a los dos años desde que el hijo llega a la mayoría de edad (art. 4029). El Código habla de prescripción, pero la doctrina entiende que es un plazo de caducidad (Díaz de Guijarro, Belluscio).

d) *Acciones de estado adoptivo*: La acción de revocación de la adopción simple caduca por fallecimiento de los interesados.

La acción de nulidad relativa por falta de edad mínima del adoptante caduca por llegar éste a la edad legal; y la fundada en vicios del consentimiento, por renovarlo aquel cuyo consentimiento estaba viciado o por fallecer sin haber ejercido la acción.

34. Características del proceso de estado.

La naturaleza de los derechos en juego en las acciones de estado y la circunstancia de que el interés social esté vinculado con su resultado, hacen que los procesos a que dan lugar tengan características especiales, que son las siguientes:

1º) *Trámite*: los procesos de estado de familia se tramitan por el procedimiento ordinario. Así lo disponen el Código de Procedimiento de la Nación (art. 319) y los códigos provinciales que lo han adoptado. Excepcionalmente, respecto a la acción de reclamación de estado matrimonial cuando es promovida de común acuerdo por ambos contrayentes o sus sucesores, la práctica judicial ha impuesto el trámite de la simple información sumaria (en contra: Díaz de Guijarro). Y con el juicio de adopción también se atenúan los formalismos del trámite ordinario, salvo que hubiese controversia con los padres del adoptado. Hay provincias que han establecido el trámite oral para los procesos de familia (Buenos Aires, ley 7861; y Santa Fe, ley 5531, arts. 548 y sgtes.).

2º) *Limitaciones al principio dispositivo*: este principio significa que el impulso procesal, iniciativa, la tienen las partes, pudiendo el actor desistir de su derecho, el demandado allanarse, y ambas partes transar. En materia de acciones de estado, el desistimiento del derecho implica una renuncia a la acción de estado, por lo tanto será inválido, si se trata de una acción irrenunciable. En cuanto al allanamiento, en principio es inadmisibile y carece de efectos. Estando comprometido el orden público, también resulta irrelevante la falta de contestación de la demanda, por lo cual no exime al actor de probar los hechos en que la funda (art. 307, C. Pr. de la Nación; art. 230, C. Pr. Sta. Fe). Sin embargo, hay excepciones a estos principios. En la acción de filiación extramatrimonial el allanamiento del demandado implica el reconocimiento perseguido por el actor; y en la revocación de la adopción simple el allanamiento importa el acuerdo de partes autorizado por la ley de adopción (art. 28, inc. a). En cuanto a la transacción, remitimos a lo ya expuesto en el nº 25-b. Por último, las cuestiones de estado no pueden ser remitidas al juicio de árbitros pues está comprometido el orden público.

3º) *Intervención del Ministerio Público*: puesto que las acciones de estado se vinculan con el interés social, las leyes procesales le confieren intervención al ministerio público fiscal. No obstante, no tiene intervención en el juicio de adopción, puesto que aquí es

parte necesaria el ministerio de menores, representante también del interés público; y en el juicio de divorcio por presentación conjunta.

4º) *Partes*: Finalmente, toda acción de estado de familia debe ventilarse con la intervención de todas las partes a quienes afecte el vínculo en cuestión, con el objeto de que ninguna de ellas pueda sustraerse a los efectos de la sentencia (Mazzinghi).

35. La cosa juzgada en las acciones de estado. Teorías.

Un antiguo debate se plantea respecto de los efectos de las sentencias dictadas en las acciones de estado. Se discute si sólo hacen cosa juzgada en relación a las partes intervinientes en el proceso, como es el principio general de relatividad de la cosa juzgada en materia civil, o si producen efectos absolutos, erga omnes, que alcanzan también a los terceros que no fueron parte en el juicio.

Las diversas doctrinas enfrentadas son las siguientes:

1º) *Teoría de los efectos absolutos de la cosa juzgada*: esta doctrina presenta dos variantes:

a) *Teoría del legítimo contradictor*: es la más antigua en esta cuestión y reconoce su origen en la enseñanza de los glosadores de la Edad Media, aunque quien esboza su construcción completa es el jurista francés Bertrand D'Argentré en el siglo XVI. Sostiene este autor que la cosa juzgada en materia de estado de familia produce efectos erga omnes siempre que se reúnan los siguientes requisitos: 1º) Que la sentencia haya sido dictada contra un "legítimo contradictor", o sea contra la persona que tiene el más próximo y principal interés. Por ejemplo, el padre o la madre en la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial. 2º) Que la cuestión de estado haya sido el objeto principal del pleito. 3º) Que no haya mediado fraude o colusión entre las partes y haya intervenido el Ministerio Público. Esta doctrina fue seguida en Francia por algunos comentaristas del Código de Napoleón (Toullier, Marcadé, Bonnier, Proudhon, Duranton), en Italia, por Chironi, Stolfi, Messineo, etc., y fue acogida por el Código Civil holandés y el chileno.

b) *Teoría de la indivisibilidad del estado*: llamada así porque fundamenta los efectos absolutos de la cosa juzgada en el principio de la indivisibilidad del estado de familia, en el sentido de que el estado es único frente a todos. No es admisible, por ejemplo, que una demanda de impugnación de la filiación sea rechazada, y posteriormente otro interesado plantee nuevamente la cuestión y esta vez prospere, con lo cual resulta que el demandado no es hijo de aquel padre, como lo había declarado la sentencia anterior, y tendría así dos padres. La doctrina fue enunciada en Francia por Boncasse. En nuestro país ha sido aceptada por Bibolini, Jofré, Díaz de Guijarro, Llambías y Crespi. Estos dos últimos autores entienden que se deben reunir ciertos requisitos para que se produzcan los efectos erga omnes: citación al juicio de todos los que puedan tener interés en contradecir al accionante e intervención del Ministerio Público, a los que Crespi agrega que la cuestión de estado sea el objeto principal del pleito, que el trámite sea contradictorio y que no exista fraude de las partes.

2º) *Teoría de los efectos relativos*: parte del principio básico de la relatividad de la cosa juzgada, que aplica a las sentencias que versan sobre el estado de familia, puesto que éstas no son distintas de las que se pronuncian sobre derechos patrimoniales. Además, con el efecto relativo de la cosa juzgada se evita el riesgo de una eventual colisión entre las partes para preconstituir un título de estado que sería inatacable y oponible a todos, pues un tercero extraño al pleito podría nuevamente plantear la cuestión. La teoría, que admite numerosas excepciones a su principio general de relatividad, fue expuesta primero por Merlin, y seguida por Demolambe, Aubry y Rau, Laurent, Jossierand, Planiol, Mazeaud, Ripert, etc., y se considera que es la doctrina consagrada por la jurisprudencia francesa a partir de 1925. En nuestro país la sigue Molinario, según la referencia de Crespi.

3º) *Teorías intermedias*. Se destacan principalmente las siguientes:

a) *Teoría de la autoridad absoluta provisoria*: es la más moderna y distingue entre la sentencia y el título de estado que ella comporta, de acuerdo a tres supuestos diferentes:

En primer lugar, si la sentencia rechaza la demanda no confiere ningún título nuevo, sino se limita a mantener el statu quo anterior, pudiendo por lo tanto otros titulares de la acción, que no fueron parte en el juicio, intentarla nuevamente.

En segundo término, si la sentencia emplaza en el estado de familia, ella, en cuanto tal, produce los efectos de la cosa juzgada sólo entre las partes del pleito; como título de estado, en cambio, es oponible erga omnes, pero como tal puede ser impugnada por los terceros que no intervinieron en el juicio, como ocurre con cualquier otro título de estado (actas del Registro Civil, etc.).

Y por último, si la sentencia destruye un título de estado (el del matrimonio, anulándolo, por ejemplo) opera entonces en plenitud el principio de indivisibilidad del estado, y la sentencia producirá efectos erga omnes, pues no es posible que ese título se pierda frente a los que intervinieron en el juicio, y a la vez continúe valiendo para quienes no fueron parte de él.

Tal es la doctrina que originariamente expusieron Colin, Capitant y Julliot de la Morandiere, y la siguen Marty y Raynaud, Cicu, etc., siendo la que ha tenido mayor predicamento entre nuestros autores (Rébora, Busso, Fassi, Mazzinghi, Zannoni y Belluscio, debiéndose a este último el mayor desarrollo de la teoría).

Compartimos esta doctrina porque, como señala Mazzinghi, concilia dos principios fundamentales: el de que la sentencia sólo produce efectos entre las partes, y el de que el título de estado, por ser indivisible, produce efectos universales, pero no amparados por la autoridad de la cosa juzgada.

b) *Teoría circunstancial*: fue enunciada primeramente por Des Loynes, y luego por Cheneaux y Baudry Lacantinerie. Sostienen estos autores que es imposible determinar de una manera general que la autoridad de las sentencias recaídas sobre cuestiones de estado sea absoluta o relativa. La solución depende de la naturaleza de cada cuestión planteada. Borda comparte esta opinión, sosteniendo que el problema debe resolverse con un criterio eminentemente circunstancial, alejado de toda teoría a priori, debido a la múltiple y compleja naturaleza de las acciones de estado, como

también a los diversos y a veces contradictorios intereses individuales y sociales en juego.

36. La jurisprudencia nacional y los proyectos de reforma.

La jurisprudencia de nuestros tribunales no ha logrado una orientación uniforme acerca de este problema. Algunos fallos aceptaron la teoría de los efectos relativos, un fallo hizo la distinción entre la sentencia y el título, y otros más recientes acogen la doctrina de los efectos absolutos, y pareciera ser ésta la tendencia que tiende a prevalecer (Borda, Crespi).

El Anteproyecto Bibiloni estableció la autoridad absoluta de la sentencia que declara la nulidad o inexistencia del matrimonio, como así también de las relativas a la filiación legítima o ilegítima. Igual sistema adoptó el Proyecto de 1936 y el Anteproyecto de 1954, salvo este último para la filiación ilegítima, respecto de la cual no trae norma específica alguna.

37. Derechos subjetivos familiares.

De acuerdo a la doctrina moderna, el derecho subjetivo en general es un poder concedido al individuo por el ordenamiento jurídico como medio de protección de sus intereses (Enneccerus-Nipperdey, Messineo, Puig Brutau, Spota, Guastavino, Méndez Costa, Vidal Taquini).

Sus elementos constitutivos son: un *interés*, consistente en la exigencia de que sea satisfecha una necesidad humana, y un *poder*, atribuido y garantizado por el ordenamiento jurídico al sujeto, a fin de que se valga de él para satisfacer un interés. Este poder jurídico es un conjunto de facultades que implican para el sujeto posibilidades de actuar, de disponer, de reclamar (Messineo, Puig Brutau).

El interés puede recaer sobre un objeto o bien determinado, material o inmaterial, que constituye el *contenido* del derecho subjetivo. Y la diversidad de su contenido determina la existencia de distintos tipos o clases de derechos subjetivos, entre los que encontramos a los derechos subjetivos familiares (Larenz, Puig Bru-

tau). Constituyen una especie dentro del género "derecho subjetivo", y participan de su misma naturaleza, aunque con caracteres propios. Se diferencian de los derechos de la personalidad, en cuanto éstos se refieren a la persona en sí misma, y los derechos familiares a la relación jurídico - personal con otra persona (Larenz).

Se pueden definir como los poderes atribuidos a las personas por el ordenamiento jurídico para la satisfacción de sus intereses familiares.

El interés propio del derecho subjetivo familiar, es, entonces, el interés del individuo en realizarse como persona a través del matrimonio, la paternidad y el parentesco (Méndez Costa).

El poder jurídico está constituido por un haz de facultades para actuar y realizar la satisfacción de ese interés.

Los derechos subjetivos familiares nacen con el estado de familia, por lo tanto son de adquisición originaria (Guastavino, Méndez Costa). No comparte esta afirmación Vidal Taquini, quien sostiene que los derechos subjetivos no surgen del estado de familia, sino del hecho jurídico familiar, como por ejemplo el hecho biológico de la filiación. Disentimos de esta opinión. Los derechos subjetivos la ley los atribuye a la persona que ya está emplazada en un estado de familia y precisamente en razón de esa posición que ocupa en el grupo. Si no goza de ese emplazamiento, el individuo será titular de un derecho subjetivo personal que responde a un interés propio, como el derecho a reclamar la filiación, pero mientras el vínculo familiar no esté judicialmente reconocido y el accionante emplazado en el estado de familia, no surgen los derechos subjetivos familiares correspondientes a ese estado.

Son derechos relativos a una relación duradera de vida con otra persona, y se atribuyen generalmente al titular en razón de los deberes morales impuestos al mismo hacia esa otra persona, en virtud del vínculo familiar legalmente establecido entre ellas. La atribución del derecho está en función del cumplimiento de un deber, de ahí que su ejercicio sea funcional, porque el derecho es un medio para el cumplimiento de funciones o deberes hacia otras personas. Por eso se dice que tienen un carácter ético y un fin altruista, llamándoselos "derechos - deberes". Tales, por ejemplo,

los derechos de la patria potestad, de la tutela, y los de los cónyuges a la comunidad de vida (Enneccerus - Nipperdey, Spota, Puig Brutau, Méndez Costa, etc.).

Como consecuencia de la correlatividad del estado de familia, los derechos subjetivos son recíprocos: cada titular lo es de un derecho y un deber hacia otro sujeto que a su vez también es titular de un derecho y un deber correlativos. Tal situación se observa con claridad, por ejemplo, en los derechos conyugales y en el derecho alimentario.

La inherencia personal del estado de familia determina que los derechos subjetivos que emergen de él tengan también la misma característica, y por lo tanto sean *intransmisibles*, ya sea por acto entre vivos o mortis causa. Los artículos 498 y 3417 establecen de un modo general la intransmisibilidad de los derechos inherentes a la persona, y el artículo 374 lo hace con respecto al derecho alimentario, como también de los artículos 262, 845, 872 y 953 surge que no pueden ser objeto de renuncia, transacción u otro acto de disposición.

En razón de su intransmisibilidad, los derechos subjetivos familiares se extinguen generalmente con la muerte de su titular.

IV. ACTO JURIDICO FAMILIAR

38. Concepto.

Partiendo del concepto de acto jurídico que brinda el artículo 944 del Código Civil, los autores definen al acto jurídico familiar como el acto voluntario lícito que tiene por finalidad crear, modificar, ejercer, conservar o extinguir relaciones jurídicas familiares (Lafaille, Guastavino, Belluscio, Zannoni).

39. Naturaleza.

El acto jurídico familiar no constituye una categoría diferente del acto jurídico en general, sino una especie de este género. La noción de negocio jurídico, dice Von Thur, es igual en todas las partes del derecho privado. Así, hay negocios jurídicos del derecho

patrimonial, del derecho hereditario y del derecho de familia (en la terminología alemana, italiana y española, la noción de negocio jurídico equivale a nuestro acto jurídico). Y agrega Díaz de Guijarro que siendo el derecho de familia parte integrante del derecho civil, la teoría general de los actos jurídicos comprende, en consecuencia, al acto jurídico familiar, y es aplicable a éste a falta de reglas específicas. La diferencia a que da lugar el contenido propio de estos actos, no impide que pertenezcan al mismo género, respondan a la misma estructura y estén sometidos al mismo régimen legal (Mazzinghi, Belluscio, Zannoni).

Quien mencionó por primera vez en nuestro país a los actos jurídicos familiares y expuso su concepto y características generales, fue Lafaille, aunque el mayor desarrollo sistemático de la teoría se debe a los numerosos y excelentes trabajos de Díaz de Guijarro.

40. Clasificación.

Los actos jurídicos familiares pueden clasificarse según diversos criterios:

A) *Personales o patrimoniales*: según sea económico o no su contenido. Son personales: el convenio sobre guarda de los hijos; el reconocimiento de hijo extramatrimonial; etcétera. Son patrimoniales: la constitución del bien de familia; los convenios de liquidación y partición de la sociedad conyugal; los convenios sobre alimentos, etcétera.

B) *Unilaterales o bilaterales*: de acuerdo al criterio general de clasificación de los actos jurídicos (art. 946, CC), según que para su formación se requiera la voluntad de una persona o la concorde de dos o más. Son actos unilaterales el reconocimiento de hijo extramatrimonial, la emancipación por habilitación de edad, etcétera, y bilaterales: el matrimonio, las convenciones matrimoniales, convenios sobre alimentos, etcétera. Incluimos también como acto jurídico familiar bilateral a la reconciliación (conf.: Díaz de Guijarro), pues se trata de un acto que tiene por finalidad el restablecimiento pleno de la comunidad de vida entre los cónyuges, y cuyos efectos jurídicos están prefijados en la ley (art. 71, LMC), como ocurre

con los demás actos jurídicos familiares (en contra Belluscio, para quien se trata de un simple acto lícito real).

C) *Solemnes y no solemnes*: según que las formalidades exigidas por la ley sean condición de existencia del acto, o sólo un requisito de prueba del mismo. El matrimonio es solemne (art. 14, LMC), y no lo es el reconocimiento.

D) *Declarativos y constitutivos*: cuando crean un nuevo estado de familia, son constitutivos, como el matrimonio o la adopción. Cuando se limitan a reconocer un estado de familia preexistente en los hechos es declarativo (reconocimiento de hijo extramatrimonial). En el primer caso producen efectos para el futuro; en el segundo, se retrotraen al momento inicial de la relación familiar reconocida.

41. Elementos.

Los elementos esenciales de todo acto jurídico son el sujeto, el objeto y la forma. En el ámbito del derecho de familia presentan características singulares que permiten fundamentar la especialidad de esta categoría de negocios jurídicos, sin que por ello quede excluida del concepto genérico de acto jurídico (Guastavino). Tales características son las siguientes:

A) *Respecto del sujeto*: cabe mencionar primeramente a la *capacidad* para el otorgamiento de actos jurídicos familiares, que se aparta en varios casos de las reglas generales del Código Civil sobre la capacidad de obrar. Así, el matrimonio no sólo puede ser celebrado por incapaces relativos (los varones de más de 16 años, y las mujeres de más de 14, art. 14, ley 14.394), sino inclusive por personas a las que el artículo 54 del Código Civil las considera incapaces absolutos, como la mujer menor de 14 años que ha concebido o ha sido víctima de un delito contra la honestidad (art. 14, ley 14.394). Y el reconocimiento de hijo puede ser hecho por menores adultos, o sea, incapaces relativos (arts. 55 y 286, CC).

En segundo término, la *representación* en los actos jurídicos familiares tiene una fisonomía propia. Si bien está prevista la actuación de mandatarios para ciertos actos jurídicos familiares (el

matrimonio, art. 15, LMC —ver incidencia de la Convención de Nueva York de 1962, Cap. IV—, y el reconocimiento de hijo, art. 1881, inc. 6º, CC), lo exacto, se señala, es que se trata de supuestos de *representación impropia*, en los cuales la voluntad del representado ya está plenamente formada y el representante sólo se limita a transmitirla; no contribuye a formarla. Sólo cabe en esta clase de representación, por lo tanto, la figura del portador de la voluntad o nuncio, quedando excluida la representación propia, que involucra la sustitución de la voluntad de una persona por otra (Guastavino, Díez - Picazo y Ponce de León). Y ello es debido, explica Díaz de Guijarro, al carácter personalísimo de la voluntad humana en el acto jurídico familiar, en virtud del cual no se concibe que actúe con poder decisorio otra voluntad distinta de quien crea el acto.

Y, por último, en cuanto a la *voluntad del sujeto*, no hay peculiaridades especiales en nuestro derecho relativas a la teoría de los vicios de la voluntad en los actos jurídicos familiares. Sólo se advierte que el error invalidatorio del matrimonio se restringe a los casos en que recae sobre la identidad del individuo físico o de la persona civil del contrayente (art. 16, LMC).

B) *Respecto del objeto*: esta cuestión se relaciona con los alcances de la autonomía de la voluntad en los actos jurídicos familiares. El contenido y los efectos del acto están preestablecidos en la ley, siendo impotente la voluntad privada para modificarlos. La eficacia de la voluntad, como característica esencial del derecho de familia, está limitada entonces al momento impulsor e inicial de la relación jurídica, fundamentalmente en los actos constitutivos de estado (Lafaille, Díaz de Guijarro, Guastavino, Belluscio).

C) *Respecto de la forma*: en los actos jurídicos familiares se acentúa el formalismo en razón de la trascendencia que los mismos tienen para la sociedad, a tal punto que se habla de un principio de solemnidad frente al de libertad de formas que rige en el resto del derecho privado. Las formalidades se complementan con un sistema de publicidad especializado, como son los Registros Civiles, en donde se han de inscribir todos los actos y hechos que den origen, alteren o modifiquen el estado de las personas (art. 1º, decreto-ley 8204/63; Guastavino, Díez Picazo y Ponce de León, Belluscio).

42. Modalidades de los actos jurídicos familiares.

Se sostiene como principio general que los actos jurídicos familiares no pueden estar sometidos a modalidades —condición, plazo y cargo— (Rezzónico, Guastavino, Mazzinghi).

Así lo establece expresamente la ley de matrimonio civil en su artículo 44, respecto del matrimonio: la declaración de los contrayentes de que se toman respectivamente por esposos no puede someterse a término o condición alguna.

El reconocimiento de hijo extramatrimonial tampoco puede someterse a modalidades que alteren sus consecuencias legales (art. 2º, ley 14.367).

Y, en general, los actos de emplazamiento en el estado de familia no pueden estar sujetos a modalidades que supongan una incertidumbre para el estado civil (Diez Picazo y Ponce de León).

Pero existen en nuestro derecho positivo numerosas excepciones al principio que dejamos expuesto. Así, por ejemplo, el nombramiento de tutor puede estar sometido a cualquier condición no prohibida (art. 384, CC), prohibiendo el artículo 385 las cláusulas que eximan al tutor de hacer inventario de los bienes del menor o rendir cuentas.

Las donaciones nupciales se hacen bajo la condición implícita de que el matrimonio se celebre (arts. 1238, 1240 y 1248, CC).