

1. Evolución histórica de la familia

El hombre desde sus orígenes ha tenido la tendencia de vivir o de vincularse con otros, sea por identificación, procreación, subsistencia, permanecía de vida, etc. con lazos más o menos fijos o acordados hasta llegar a estadios más conocidos desde donde parten los registros de su historia y evolución. Si tenemos en cuenta la evolución geneonómica¹, ésta tiene tres épocas: a) del parentesco, b) familiar y c) individual -o sea- desde la descendencia común y consanguinidad del clan, a la disolución del mismo con surgimiento de la Familia y posteriormente del Estado que manifiesta una sociedad organizada con el pleno desarrollo del individuo.

Por otro lado, Eduardo Zannoni² explica la evolución del hombre desde la endogamia (el hijo conoce sólo a su madre, clara predominancia del matriarcado); posteriormente la exogamia (relaciones sexuales con mujeres de otras tribus), y finalmente el avance de grupos familiares asentados en relaciones individualizadas, con cierto carácter de exclusividad, que evolucionaran a etapas monogámicas hasta llegar a la Familia Nuclear donde las relaciones sexuales son exclusivas y recíprocas en beneficio de la prole.

Borda, por su parte y en clara aproximación también a la geneonomía, explica la evolución de la familia desde un aspecto social y político en tres fases³ el clan, la gran familia y la pequeña familia.

- El clan como una vasta familia o grupo de familias unidas bajo la autoridad de un jefe común. Era una agrupación social, política y económica.

¹ Geneonomía: Fenómeno sociológico que mediata o inmediatamente se relacionan con la procreación de seres humanos. Linck de descarga: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/11/dtr/dtr2.pdf> consultado en fecha 03/11/2011

² Bossert Gustavo y Zannoni Eduardo, Manual de Derecho de Familia 5ª edición actualizada y ampliada 2ª reimpresión, Editorial Astrea Ciudad de Buenos Aires, 2000 pag. 2

³ Belluscio Augusto C., Manual de Derecho de Familia, 7ª Edición actualizada y ampliada 1ª reimpresión T. I, Editorial Astrea, Ciudad de Buenos Aires 2004, pag 16

- La gran familia nace con la aparición del Estado con lo cual deja de pertenecer a la familia el poder político. Su tipo clásico es la familia romana primitiva sometida a la autoridad del *paterfamilias* (antecesor común de todos sus integrantes), con poderes muy amplios sobre las personas integrantes de la familia, único propietario de los bienes del grupo, magistrado y sacerdote. Comprendía esta gran familia no sólo a los descendientes del *pater*, sino también a sus esposas, clientes y esclavos.
- La pequeña familia, última etapa de la evolución, es el tipo actual de núcleo paterno-filial. Su unidad política y económica ha desaparecido limitándose a su función biológica y espiritual. Su función primordial es la procreación y la educación de los hijos, así como la asistencia moral y espiritual de sus integrantes.

2. Familia argentina: evolución

Entre los siglos XVI y principio del siglo XIX, la mayor parte de lo que conocemos como territorio Latinoamericano pertenecía a la corona española (época colonial). La familia española-americana de la época poseía sólidas bases romanos-cristiana heredadas de la Madre Patria en donde la autoridad del hombre predominaba en el núcleo familiar (padre/marido).

Esa familia constituida por medio del matrimonio, estaba prohibida para aquellos que no profesaran el culto católico (herejes). La unión permitida era la consagrada por medio de la Iglesia Católica. La disolución del matrimonio sólo se daba por causa de muerte, y excepcionalmente se reconocía la simple separación de cuerpos dispuesta o resuelta sólo por la Iglesia. El hombre era el jefe de hogar y la mujer se sometía a su autoridad; aquel ejercía la patria potestad de forma arbitraria porque tenía derechos sobre la persona y bienes de su hijo y en casos extremos podía hasta venderlos.

Esta monopólica organización familiar contaba con una sólida base económica, cuya incolumidad estaba asegurada por el mayorazgo. Este 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, transmitiéndolos al próximo primogénito por orden sucesivo. Así 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 común⁴. Las familias españolas enraizadas en América mantuvieron sus costumbres y su organización patriarcal, siendo éstas el centro de reuniones.

De esto podemos deducir que la evolución de la familia no era un fenómeno aislado dentro del desarrollo histórico sino que siempre estuvo vinculado con los temas de la propiedad y de la sucesión, como también al de organización social y política de las naciones.

Con la Revolución de Mayo (1.810), la familia colonial experimenta cambios que modifica su apariencia. La Asamblea del año XIII decreta la libertad de vientre, concede derechos políticos a los naturales, y decide abolir el mayorazgo y títulos de nobleza.

Los constituyentes de 1853, en base al precepto albedriano de *"gobernar es poblar"*, inician políticas migratorias favoreciendo el ingreso al territorio argentino a diversas colectividades (alemanas, judías, Italianas etc.) y con ellos, sus costumbres⁵. Así, un dicho popular sentenciaba: "los mexicanos descienden de los aztecas, los peruanos descienden de los incas, los argentinos descienden de los barcos".

La causa de la inmigración a la Argentina se debió no sólo a su extensión territorial "virgen" sino también a las necesidades de mano de obra más "calificadas" y expansión de redes de transporte. Entre fines de los siglos XIX y XX, el Continente Europeo sufre diferentes crisis (políticas, económicas y sociales), la modernización

⁴ Mendez Costa Maria Josefa y Otros, Derecho de Familia T. I, Editorial Rubinzal y Culzoni, Santa Fe 1982, Pag. 25

⁵ La Constitución de la Nación Argentina en su artículo 25 dispone: "El Gobierno Federal fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias e introducir y enseñar las ciencias y las artes".

tecnológica, la escasez de la mano de obra, los bajos salarios, etc., circunstancias todas que favorecieron la migración de la población en búsqueda de bienestar.

Los inmigrantes contribuyeron al progreso de la Argentina y lógicamente fue acompañado por el proceso legislativo. Así, de manera cronológica, se sancionaron las siguientes leyes:

En 1888 se sanciona la ley 2393 que seculariza el matrimonio civil. Esta ley no altero la esencia ni la estructura del matrimonio católico, sino que propuso que un oficial público -investido por el Estado- interviniera en el acto matrimonial y declarase la unión de éstos y, que en caso de conflictos entre los cónyuges, ser competente la jurisdicción civil. De este modo, el matrimonio civil podía ser celebrado por todos los ciudadanos siendo el único que produce efectos legales. El matrimonio canónico subsiste pero como un acto de fe, careciendo de efectos jurídicos. Incluso el legislador exige la celebración del matrimonio civil antes de la ceremonia religiosa.

En 1926 se sanciona la ley 11.357 llamada: "Los Derechos Civiles de la Mujer". Esta norma marca el cierre de la lucha de la mujer por el reconocimiento de sus derechos. Según esta ley, la mujer mayor de edad (soltera, divorciada o viuda) tiene capacidad para ejercer todos los derechos y funciones civiles que las leyes reconocen al hombre. Con relación a la mujer casada mayor de edad, no deroga su incapacidad. El art. 3 enumera los actos que podía realizar sin venia marital ni judicial, como ser: ejercer profesión, oficio, empleo, comercio o industria honestos, la libre administración y disposición del producido de esas ocupaciones, y la adquisición con dicho producido de toda clase de bienes que podía administrar y disponer libremente, aunque mantuvo -a favor del marido- un suero de mandato tácito para administrar sus bienes en tanto ella no lo revocara. También quedaba incluida, la administración y disposición a título oneroso de sus bienes propios y de los obtenidos por la división de los gananciales en caso de separación judicial de bienes, y otros derecho mas. Los art. 5 y 6 consagraron el principio y las excepciones de la responsabilidad por las deudas contraídas por cada uno de los cónyuges. Con respecto a la mujer casada menor de

edad se le atribuye los mismos derechos que la mujer casada mayor de edad con la salvedad de que para realizar actos de disposición, necesitaba la venia del marido cuando este fuere mayor⁶.

Nuestro Código Civil originariamente estableció las categorías de hijos legítimos e ilegítimos, en esta última a su vez, lo clasifico en hijos incestuosos, sacrílegos y adulterinos. En 1954 se sanciona la ley 14.367 que elimina la clasificación entre los hijos extramatrimoniales confiriéndoles a todos los derechos que hasta ese momento sólo tenían los hijos naturales; además elevo su porción hereditaria de la cuarta parte a la mitad de lo que le correspondería a un hijo matrimonial. Con la ley 23.254 se establece que la filiación matrimonial y extramatrimonial producen los mismos efectos, la categoría se mantiene al solo efecto, de que existen diversas formas de establecer la paternidad.

Por decreto ley 9983/57, el Gobierno Argentino ratifico la Convención Interamericana de Concesión de Derechos Civiles a la Mujer, pero recién en 1968 con la sanción de la ley 17.711 se ajusto la legislación interna a dicha Convención suprimiendo, de este modo, la incapacidad que todavía pesaba sobre la mujer casada. Esta ley modifico el art. 1 de la ley 11.357 que ahora dispone: "La mujer mayor de edad, cualquiera sea su estado, tiene plena capacidad civil" derogando así los art. 3, 4, 7, 8 de la misma ley. Con respecto a la mujer casada menor de edad, queda sujeta al régimen de emancipación también modificado por la ley 17.711. Entre otras cosas introduce el divorcio por presentación conjunta de ambos conyugues sin expresión de causas⁷.

En 1971 se sanciona la ley 19.134 que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico, la institución de la adopción plena para menores abandonados, sin filiación acreditada, huérfanos o cuyos padres hubiesen perdido la patria potestad. Sin perjuicio de ésta se mantuvo la adopción simple respecto de los menores que no se encontraren en estas circunstancias.

⁶ Belluscio Augusto C. ob.cit. pag. 407

⁷ Belluscio Augusto C. ob.cit. pag. 409

En 1985 se sanciona la ley 23.264 que combina los sistemas del ejercicio conjunto e indistinto de la patria potestad estableciendo los límites a dicho ejercicio. El art. 264 párrafo primero dispone: "La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado".

En 1987 se sanciona la ley 23.515 del matrimonio civil sustituyendo las disposiciones de la ley 2393, regulando las causales de separación personal y divorcio vincular. Mantiene el divorcio por presentación conjunta e incorpora otras causales objetivas que revelan la imposibilidad de continuar la convivencia sin atribución de culpa entre los cónyuges: separación de hecho sin voluntad de unirse, alteraciones mentales de carácter permanente, alcoholismo o adicción a las drogas.

En 2010 se sanciona la ley 26.618 que modifica la ley 23.515 otorgándoles a las personas del mismo sexo derecho a contraer nupcias y a adoptar conjuntamente.

Esta fue la evolución jurídica de nuestro Derecho de Familia, entre otras leyes, rescatándose aquí a las de mayor trascendencia jurídica.

3. Naturaleza jurídica de la familia

El estudio de la familia, desde una mirada jurídica, llevo a los estudiosos a preguntarse cuál es la naturaleza jurídica de la misma.

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 por la existencia de diversas categorías de derechos subjetivos que no pertenecen 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, etc. Y entre los derechos patrimoniales

menciona el bien de familia, los bienes matrimoniales afectados a la carga 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 ella⁸.

Para Borda, esta tesis es exagerada ya que la familia carece de capacidad jurídica, no puede adquirir derechos ni contraer obligaciones. La llamada propiedad del hogar o bien de familia no le pertenece a ella, sino al titular del derecho; sólo que la ley en protección del núcleo familiar, ha establecido ciertas limitaciones tendientes a evitar su enajenación o su gravamen. En suma, no existe tal personalidad ni es necesaria. El propósito tuitivo de los intereses comunes se cumple satisfactoriamente con otros recursos legales⁹.

La tesis que referencia a la familia como un organismo jurídico ha sido sostenida por Antonio Cicu. Para este autor, la familia se presenta como una formación natural y necesaria similar al Estado, pero es anterior y superior a él. Si bien reconoce que la familia no es persona jurídica, afirma que se trata de un organismo jurídico, carácter este que estaría dado por la circunstancia de que entre los miembros de la familia no habría derechos individuales sino vínculos recíprocos, de interdependencia entre los sujetos, y subordinación de todos ellos a un fin superior con asignación de funciones que son ejercidas por sus miembros a quienes se las confiere la ley. Este parangón que realiza el autor con el Estado se debe en que, en éste habría relación de interdependencia entre los individuos y sujeción de ellos al Estado; en la familia -en tanto- las relaciones jurídicas serían análogas sólo diferenciándose en que la sujeción es al interés familiar¹⁰.

Este concepto no ha tenido acogida en la doctrina nacional. Díaz de Guijarro 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

⁸ Mendez Costa María Josefa y Otros, ob. cit., pag. 31

⁹ Borda Guillermo A., Tratado de Derecho Civil Familia Tomo I, Editorial Perrot edición digital, 1993 pag 16

¹⁰ Belluscio Augusto C., ob. cit., pag. 10

poderes familiares, abstracción que es inadecuada tratándose de una realidad tan concreta y tangible como la familia¹¹.

La doctrina nacional (entre ellos Borda, Belluscio, etc.)¹², concuerda que la familia no es ni una persona jurídica ni un organismo, y que el fin que tiene el derecho respecto de la familia es de regularla estableciendo deberes y derechos a sus miembros. Zannoni alude, sin duda alguna, que la familia es una institución social, pues las relaciones determinadas por la unión intersexual, la procreación y el parentesco constituyen un sistema integrado en la estructura social con base en pautas estables de la sociedad...esto no significa que el derecho debe regular la totalidad de los aspectos de la institución familiar, pues suelen haber comportamientos basados en las costumbres, las tradiciones que la ley no recoge, y otros que deliberadamente quedan librados a la espontaneidad o a la conciencia, y que obedece a concepciones éticas o morales e incluso religiosas de los miembros de la familia¹³.

4. La familia en la Constitución Nacional

La Constitución Nacional de 1949 en su capítulo III “Derecho del trabajo, de la familia, de la ancianidad y de la educación y la cultura”, estableció en el art. 37 la siguiente declaración de superlativa importancia:

I. Del trabajador

8. Derecho a la protección de su familia: La protección de la familia responde a un natural designio de individuo, desde que en ella generan sus más elevados sentimientos efectivos y todo empeño tendiente a su bienestar debe ser estimulado y favorecido por la comunidad como el modo más indicado de propender al mejoramiento del género humano y a la consolidación de principios espirituales y morales que constituyen la esencia de la convivencia social.

¹¹ Mendez Costa María Josefa y Otros, ob. cit., pag. 33

¹² Borda Guillermo A., ob. cit., pag. 16 y 17, Belluscio Augusto C., ob. cit., pag. 10 a 13

¹³ Bossert Gustavo y Zannoni Eduardo, ob. cit. pag. 9

II. De la familia

La familia, como núcleo primario y fundamental de la sociedad, será objeto de referente protección 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 formara 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 gozaran de la especial y privilegiada consideración del Estado".

Restaurada la vigencia de la Constitución de 1853, la reforma de 1957 introdujo el art. 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". La declaración es poco feliz, pareciera referirse sólo al aspecto de la seguridad social de la familia; no la reconoce como grupo fundamental de la sociedad ni establece que la familia se asienta sobre el matrimonio. No le ha dedicado un tratamiento especial, como lo hubiese merecido por sus importantes proyecciones sociales, económicas, jurídicas y políticas¹⁴.

5. Concepto de familia

El término "familia" de múltiples significados y variadas connotaciones, no se haya regido solamente por el derecho si no que en él influye la moral, la costumbre,

¹⁴ Ferrer Francisco, Cuestiones de Derecho Civil Familia y Sucesiones, Editorial Rubinzal y Culzoni, Santa Fe 1979, pag. 93 y 94,

etc. Es por eso que resulta complejo encasillarlo en una sola definición teniendo en cuenta las circunstancias que lo rodean y la disciplina que lo estudie.

Eguiluz, se refiere a la familia como *"...sistema abierto constituido por varias unidades ligadas entre sí por reglas de comportamiento; cada parte del sistema se comporta como unidad diferenciada, al mismo tiempo que influyen y es influida por otras que forman el sistema"*¹⁵. Los sistemas que hace referencia la autora son: subsistema conyugal, parental y fraterno. De esta manera explica la dinámica interna de una familia núcleo.

Eduardo Zannoni da un concepto sociológico y otro jurídico de lo que entiende por familia¹⁶:

- Aspecto sociológico: la familia es una institución permanente que está integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco...El concepto permite aludir sin límites a la familia integrada por todos los individuos vinculados por el matrimonio y el parentesco. La sociología se interesa primordialmente por el estudio de la familia nuclear, la integrada por la madre el padre y los hijos.
- Aspecto jurídico: la familia en sentido amplio, está formada por todos los individuos unidos por vínculos jurídicos familiares que encuentran origen en el matrimonio, en la filiación y el parentesco...podemos reducir el concepto de familia a los padres y a sus hijos menores (nuclear)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostiene que "cualquier forma de convivencia en la que se creen vínculos afectivos y materiales de dependencia mutua, sea cual sea su grado de formalización o incluso el sexo de sus componentes, puede ser considerada una "vida familiar" protegida por el convenio, por alejada que resulte de los parámetros de la familia tradicional basada en el matrimonio"¹⁷.

¹⁵ Eguiluz Luz de Lourdes, ob. cit., pag 1

¹⁶ Bossert Gustavo y Zannoni Eduardo, ob. cit. pag. 6

¹⁷ Ronda Romina, ¿Discriminación o diferencia? El derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio, Cita Lexis N° 0003/015065 Abeledo Perrot OnLine consultado en fecha 21/3/2011

Compartimos aquí también el concepto jurídico dado por la Dra. Mirta Hebe Mangione Muro¹⁸:

“familia es un grupo de personas unidos por vínculos jurídicos, en la medida y extensión determinada por la ley, que surgen de la relación intersexual y de la filiación”

“grupo de personas unidos por vínculos jurídicos”: nos referimos a las familias que nacen del matrimonio. Con la sanción de la ley 26.618 quedan incorporadas las uniones matrimoniales de personas del mismo sexo.

“en la medida y extensión determinada por la ley”: forman parte de la familia todas aquellas personas a las que la ley atribuye derechos subjetivos familiares.

“que surgen de la relación intersexual”: la relación sexual determina vínculos biológicos entre los componentes de la pareja y con respecto a sus hijos originando un estado natural que existe con independencia del que resulte de los preceptos reguladores de esta situación. Todas las relaciones intersexuales son idénticas, por lo tanto, también están incluidas en el concepto la familia la que nace del concubinato.

“de la filiación”: la filiación es la matrimonial, la extramatrimonial y la adoptiva.

Sostenemos que el término familia puede definirse de la siguiente manera:

“La familia es un grupo de personas que conviven juntas bajo el mismo techo, unidas por un vínculo afectivo y con el compromiso de asistencia mutua, independientemente de su conformación y del sexo de los miembros.”

¹⁸ Mangione Muro Mirta Hebe, ob. cit., pag. 25.