

# EL CONCEPTO DE FAMILIA EN EL DERECHO LATINO \*

por EDUARDO IGNACIO FANZOLATO

**SUMARIO:** 1. Deslindes introductorios. 2. Modelos de familia. 3. La familia posmoderna. 4. Los nuevos modelos y las tradicionales funciones familiares. 5. Las nuevas formas de familia, el *status familiae* y la extensión de los vínculos que las generan. 6. Advertencia. Reflexiones valorativas. Conclusiones.

## 1. Deslindes introductorios

El tema circunscribe el estudio al concepto de familia *en el ámbito del derecho*. Esto implica desligarse de los criterios éticos o religiosos, anteriores a la organización política de las naciones, prescindiendo -también- de los conceptos sociológicos de familia. Sólo nos proponemos precisar la noción de familia a la luz de los elementos que la originan, y establecer su composición, con estricto ajuste a las normas del derecho de cada país. Así, la noción jurídica de familia, y su integración amplia o restringida, dependerá de la realidad legal de cada Estado.

Nos limitaremos al análisis normativo de una o varias estructuras jurídicas de raíz romana, a fin de determinar los fundamentos de la familia moderna, que serán distintos según el país del que se trate puesto que, en la actualidad, en múltiples territorios se constata una creciente desconexión entre el matrimonio y la familia. Como este proceso disociativo no se cumple del mismo modo y en las mismas épocas, en los diferentes estados del mundo latino, el concepto de familia estará imbuido de la relatividad propia de cada orden jurídico; no va a tener validez universal ni siquiera validez general dentro de la misma familia de derechos. La temática se encuentra en permanente evolución. En las diversas naciones, las nuevas leyes modifican, directa o indirectamente, la respectiva noción jurídica de familia. El cotejo entre varios ordenamientos normativos familiares es fructífero porque permite señalar analíticamente la tendencia del derecho actual y, si es posible, indicar el ligamento jurídico común a los múltiples prototipos de familia reconocidos hasta el presente.

## 2. Modelos de familia

A la fecha, desde el punto de vista legal, en la mayoría de los países latinos occidentales no existe un modelo único de familia <sup>1</sup>. Por el contrario, teniendo en cuenta la heterogeneidad de relaciones jurídico familiares reconocidas por los respectivos ordenamientos nacionales, resulta que cada persona o grupo de personas tiene la posibilidad de elegir o de seleccionar el tipo de familia a la cual quiere someter sus relaciones intrafamiliares.

El imperativo sistema tradicional de un único “paradigma familiar”, representado por la familia fundada en el matrimonio, ha sufrido duros embates que, en muchos países, terminaron haciéndolo sucumbir frente al propósito de cada individuo o de grupos colectivos de elaborar sus propias y específicas relaciones familiares conyugales o convivenciales. Así, en determinados países, las estructuras normativas, atendiendo a la multiplicidad de formas admitidas culturalmente en el particular entorno social, reconocieron semejantes vínculos tan peculiarmente perfilados.

De este modo, primero se produce la equiparación jurídica de la familia natural respecto de la legítima, estableciéndose la igualación legal de los hijos y descendientes extramatrimoniales respecto de

los matrimoniales, lo que ha gozado de un beneplácito mayoritario. Simultánea o sucesivamente se llega a la juridización de relaciones convivenciales fácticas, estables, que se presentan como el producto de convenios privados relativamente formales o informales o de arbitrios u opciones que la ley reconoce u homologa. Y, en la actualidad, al tiempo que eclosionan unas interesantes y respetables convivencias no carnales de ayuda mutua, se halla en proceso de franco desarrollo el reconocimiento, como entidad familiar, de las uniones entre personas del mismo sexo y de las “familias” monoparentales integradas con descendientes logrados a través de mecanismos de fecundación asistida.

### 3. La familia posmoderna

La familia posmoderna en el mundo latino se presenta bajo diversos moldes:

3.1. Como la casi extinguida familia patriarcal integrada por una pareja de esposos que convive con toda su descendencia (hijos, nietos, etc. y sus respectivos cónyuges). Los vínculos de la pareja con la parentela son bastante estrechos. Todavía tiene una vigencia limitada especialmente en zonas rurales. En las ciudades, aunque cada vez con menos frecuencia, se observa también un modelo de familia amplia, *pero sin coresidencia*, integrada con la familia nuclear y el resto de parientes, manteniendo vigorosas relaciones familiares afectivas, sociales y de solidaridad jurídica entre todos sus miembros.

3.2. Como una pareja casada que vive con sus hijos comunes (familia nuclear matrimonial) denotando marcada aminoración de vínculos respecto del linaje y de los parientes colaterales y por afinidad. Este fenómeno aparece junto a la urbanización y se acentúa con los alejamientos que generan las emigraciones o traslados por razones laborales o de otra índole.

3.3. Como un matrimonio que convive con sus hijos comunes y los hijos extraconyugales o de anteriores nupcias de cada consorte. En estas hipótesis, las cargas matrimoniales incluyen a los hijastros que conviven en esa familia nuclear ensamblada.

3.4. Como una pareja de casados sin hijos en donde el afecto, el amor, la solidaridad, la ayuda mutua y el compañerismo entre sus miembros, cualquiera sean sus edades, es suficiente fundamento de perduración <sup>2</sup>. La falta de descendencia puede originarse en una imposibilidad o en una deliberada exclusión de la prole por los esposos <sup>3</sup>; pero ello no es óbice para que exista familia, porque *“la familia no es sólo un núcleo generador de vida sino también apoyo y sustento -material y espiritual- de cada uno de sus componentes. Y no sólo de los nuevos seres en ella engendrados, sino también de sus propios elementos creadores, la propia pareja... que mantiene todo su sentido interpersonal y social aun cuando en ella no se produzca el fenómeno generador de vida”* <sup>4</sup>. Agreguemos que muchos piensan que lo esencial del matrimonio y de la familia es constituir una comunidad de vida entre los consortes y que la generación de hijos no es una función o presupuesto necesario <sup>5</sup>.

3.5. Como una unión heterosexual no casada con o sin hijos comunes (familia nuclear extramatrimonial o convivencias estables) situación a la que se sienten atraídas preferencialmente ciertas parejas por diversos motivos que van, desde el rechazo a asumir responsabilidades hasta la necesidad de afirmar una actitud seria y madura frente a la unión. Teniendo en cuenta la fragilidad del matrimonio, que pueden disolverse por el desistimiento unilateral de uno de sus miembros, estiman que la “formalización de la unión” es intrascendente y constituye uno de los resabios de hipocresía heredada de concepciones sociales perimidas. En este orden de principios, defienden y practican una convivencia “sin papeles”, a la que consideran como la genuina y auténtica unión <sup>6</sup>, que sólo está cimentada en la constante y renovada voluntad de convivir, prescindiendo de vanas sacralidades o formas que, por otro lado, sólo complicarían y tornarían onerosa la disolución de la unión cuando ha desaparecido la *affectio*

convivencial, la voluntad de seguir unidos. Tales realidades fácticas son reconocidas como entidades jurídico-familiares en muchas legislaciones; mientras que en otras se le desconocen efectos jurídicos específicos (o análogos a los matrimoniales) <sup>7</sup>. No hay duda alguna de que en estos últimos países, semejantes convivencias no constituyen un núcleo familiar; sólo si de dichas parejas nacieren hijos habría familia pero, entonces, no sería la unión estable la que originaría la familia sino que el grupo familiar se forma en torno a la relación de filiación.

3.6. Como un progenitor biológico que convive con sus hijos (familia monoparental de origen matrimonial, extramatrimonial o por fecundación con material de donante anónimo). Son formas de familias *desconyugalizadas*, y a tales situaciones se puede arribar por divorcio, separación, viudez, mera progenitoriedad biológica y no matrimonial, o a través de prácticas de fecundación asistida con material donado.

3.7. Como un hombre o una mujer con sus hijos adoptados (familia monoparental de origen adoptivo), en la que se satisface el interés de un menor que carece de familia o que ha sido abandonado por ella y, también, el legítimo anhelo de paternidad o de maternidad del o de la adoptante que, por los motivos que fuera, no ha tenido la descendencia biológica deseada.

3.8. Como el grupo familiar que, constituido sobre la base del vínculo jurídico derivado de la tutela, de la curatela o de la guarda, enlaza al tutor (y su descendencia), al curador o al guardador con el pupilo, menor o incapaz a su cargo o bajo su custodia <sup>8</sup>.

3.9. Como una pareja homosexual con hijos biológicos no comunes o con hijos comunes adoptados o nacidos merced a métodos de fecundación asistida con material heterólogo u homólogo, según las particulares normas de algunos ordenamientos muy recientes (Navarra) que admiten la adopción por tales parejas <sup>9</sup> o que consienten semejantes procedimientos de fecundación asistida. Estas uniones pueden perseguir múltiples propósitos, tales como educar a los hijos que ya tuviesen o que adoptaren <sup>10</sup> o que llegaren a generar; satisfacer sus peculiares requerimientos sexuales; conformar un núcleo de consumo, de afecto, de compañerismo que les permita superar la soledad y brindarse apoyo material y moral frente a las adversidades de la vida, etc..

3.10. Como una pareja de compañeros del mismo sexo que conviven en relación de afectividad análoga a la de un matrimonio sin hijos, con independencia de su orientación sexual. Es un modo de existencia familiar adecuado a las aspiraciones y a los caracteres específicos de la pareja.

3.11. Otro novedoso modelo de familia, introducido hace poco tiempo en el mundo latino por la legislación catalana, son las llamadas convivencias de ayuda mutua destinadas especialmente a las personas de edad que intentan poner remedio a sus dificultades. Se trata de situaciones de convivencias no carnales de personas que, sin constituir una familia nuclear, comparten una misma residencia, unidos por vínculos de parentesco sin límite de grado en la línea colateral, o de simple amistad o compañerismo, y que contribuyen solidariamente a los requerimientos patrimoniales y tareas domésticas del grupo, con voluntad de ayuda mutua y de permanencia.

#### 4. Los nuevos modelos y las tradicionales funciones familiares

Frente a los nuevos paradigmas jurídicos de familia pretendemos precisar cómo se cumplen en ellos las principales *funciones* que tradicionalmente se le asignan a la entidad: a) función geneonómica (procreación y desarrollo de la descendencia); b) función protectora, formativa y socializadora de los hijos; c) función asistencial.

Aunque el tema sea más propio de la sociología, lo abordaremos con el fin de expurgar la noción jurídica de familia de elementos extraños. Ello implica establecer si -hoy- la satisfacción de tales funciones es requisito esencial para la existencia de una familia en sentido jurídico.

#### 4.1. Funciones geneonómica y de formación de la descendencia

Con relación a la procreación, recordemos que ciertos doctrinarios afirman que hay familia incluso cuando la pareja matrimonial carece de descendencia porque, aunque el núcleo no satisfaga las funciones geneonómicas y de formación de los hijos, basta que cumpla con la función asistencial, de ayuda mutua y solidaria, material y moral, entre sus miembros (*supra* § 3. 4.).

Respecto de la protección y formación integral de los hijos, se debe aclarar que es una potestad-función emergente del vínculo paterno-filial y de la patria potestad, haya o no matrimonio o unión “familiar” estable entre los progenitores. Además, el Estado y otros organismos sociales contribuyen a llenar aspectos importantes de esta función <sup>11</sup>.

Las parejas estables heterosexuales pueden desempeñar naturalmente todas las funciones referidas; en cambio, a las *uniones entre personas del mismo sexo* se las acusa de estar imposibilitadas para cumplir la función geneonómica. Sin embargo, si al matrimonio, por ser esperanza de procreación, ya se lo considera familia, como causa fundante de la misma, con el mismo argumento también debe calificarse como familia a la pareja de hecho (de ambos tipos) pues tales uniones estables podrían constituir ámbitos susceptibles de asegurar la renovación generacional de los ciudadanos a través de la procreación, crianza y formación integral de la prole por naturaleza, por adopción o, lograda artificialmente por medios que suministra la ingeniería genética <sup>12</sup>. La facultad de adoptar reconocida en algunos ordenamientos (Navarra, Québec) a las parejas del mismo sexo las equipararía a las convivencias matrimoniales o a las uniones fácticas heterosexuales estables. Además, las posibilidades (ciertas o previsibles) que brinda la ingeniería genética facilitan a estas parejas el “tener hijos propios” <sup>13</sup>, aunque semejantes uniones y procedimientos sean de discutible eticidad y legitimidad.

#### 4.2. Funciones asistenciales. Noción de cargas familiares

Además de las familias con progenie, en el ámbito del derecho latino habría una amplia gama de otras situaciones constitutivas de familia basadas en la imposición legal o en la asunción convenida de cargas de naturaleza familiar. Esto significa que, para la ley, estamos en presencia de una familia toda vez que exista el deber de asumir cargas familiares <sup>14</sup>, aunque los integrantes de ese grupo “familiar” no tengan parentesco entre sí, ni descendencia común, ni conformen una convivencia sexual <sup>15</sup>.

El concepto de “carga de familia” comienza a utilizarse en el Derecho Social y en Derecho Tributario, en materia impositiva, pero, sin dudas, existe en el derecho civil en donde lo generalizado es hablar de cargas del matrimonio o de la sociedad conyugal.

Puesto que modernamente, para muchos, la base fundacional, el ligamento o el factor determinante de la familia serían las cargas que pesan sobre sus miembros, es conveniente precisar esta noción. Y, así, diremos que la carga familiar, aunque puede ser una deuda alimentaria cuando no hay convivencia entre los sujetos involucrados, habiendo comunidad de vida doméstica no es propiamente una deuda alimentaria porque no presupone la necesidad, sino que *consiste en la obligación de los diversos*

*miembros de la comunidad hogareña, que conviven en una misma residencia, de contribuir o cooperar pecuniariamente “según sus posibilidades” a la economía del grupo* <sup>16</sup>.

Durante los primeros años de su existencia el hombre se encuentra imposibilitado de atender a su propio mantenimiento y esto mismo suele ocurrir en los últimos períodos de la vida. En tales situaciones y toda vez que, en el transcurso de sus años, por diversas causas, se enfrente a necesidades que no puede subvenir, la familia es la llamada a proveer a la subsistencia de sus miembros inhabilitados para afrontar por sí mismos las exigencias vitales. Estas son las cargas familiares alimentarias con el contenido y extensión que le asigne la específica estructura normativa. A ellas se suman las cargas de contribución que se imponen a quienes residen en una misma vivienda, y que consisten en el deber de soportar los gastos que genera su propio sostenimiento y el de los diversos miembros del grupo, y del hogar, en la medida de sus posibilidades; en primer lugar, en proporción a los recursos y, en su caso, si fuera necesario, en proporción a su patrimonio <sup>17</sup>.

La contribución a las cargas familiares se distingue de la asistencia familiar alimentaria, por su fundamento, los presupuestos y el objeto. La obligación alimentaria familiar, se funda en el deber de asegurar la supervivencia de las personas; y supone que el requirente está necesitado; en cambio, el deber de contribuir a las cargas económicas del grupo, se funda en razones de naturaleza colectiva que imponen a todos los integrantes, la obligación de soportar equitativamente las cargas comunes; mientras que su exigibilidad sólo depende de los recursos del deudor y no de la necesidad del grupo. Cada uno de los esposos debe contribuir a las cargas del hogar incluso cuando su cónyuge no se encuentre en situación de insuficiencia material <sup>18</sup>. La contribución excede o supera a la obligación alimentaria <sup>19</sup>.

### *4.3. Categorías de las cargas familiares*

*Las cargas familiares comprenden:*

*4.3.1. Cargas del matrimonio, strictu sensu,* que incumben a los esposos entre sí y abarca su personal sostenimiento y el de los hijos e hijastros menores o incapaces que residen en el hogar, en las familias ensambladas.

*4.3.2. Cargas paternas,* que pesan sobre un progenitor o ambos progenitores respecto de sus hijos menores (convivan o no con ellos) y que existen como consecuencia de la patria potestad e independientemente de las vicisitudes del matrimonio, o de la convivencia de los padres.

*4.3.3. Contribución filial,* o sea, el deber de los hijos bajo patria potestad, de contribuir equitativamente con los frutos de sus bienes al levantamiento de las cargas del hogar <sup>20</sup>.

*4.3.4. Contribución convivencial:* en la mayoría de las normativas civiles sobre uniones estables se imponen *cargas familiares a los convivientes* de distinto o igual sexo <sup>21</sup> y lo mismo, por definición, en las *convivencias de ayuda mutua*. Esto es característico de todos los regímenes de convivencia familiar (de cualquier tipo); así se distinguen de las situaciones de convivencia no familiar, en cuyo caso no existirán las cargas familiares, ni la ayuda mutua, ni la obligación alimentaria.

*4.3.5. Cargas parentales, posconyugales o posconvivenciales:* no habiendo corresponsabilidad, afloran estas cargas, las cuales se traducen en los alimentos que deben prestarse a los parientes y a los ex cónyuges o ex convivientes necesitados.

*4.3.6. Cargas tutelares:* en la tutela, la curatela o la guarda, se imponen tales cargas, por ser instituciones familiares destinadas a satisfacer funciones protectivas y asistenciales con los menores no sujetos a patria potestad, con incapaces o ancianos desvalidos <sup>22</sup>.

#### 4.5. Concepto de familia basado en las cargas familiares

El elemento común a todos los modelos de familia es el recíproco deber de sus integrantes de contribuir, en la escala de sus posibilidades, al sostenimiento del grupo en el que conviven; y de ayudar al miembro necesitado no conviviente de acuerdo a un orden de jerarquía familiar y a la “pudencia” de cada quien.

La función contributiva y asistencial, ínsita en la idea de carga familiar, está presente en las diversas formas reseñadas: tanto en la familia extensa o familia linaje, de viejo cuño, y en la nuclear; como en las familias ensambladas, en la monoparental, en las convivencias fácticas estables, sin distinción de orientación sexual, en las convivencias de ayuda mutua y en las instituciones tutelares. Sólo con este enfoque, podríamos decir que *la familia es un grupo solidario en los aspectos materiales y morales, formado por quienes jurídicamente deben contribuir al sostenimiento del conjunto y por quienes se deben y prestan asistencia alimentaria entre sí*<sup>23</sup>.

Este concepto es válido -exclusivamente- desde el punto de vista del derecho positivo. Empleamos la expresión “grupo solidario en los aspectos materiales y morales”<sup>24</sup> queriendo destacar que, jurídicamente, la carga familiar, en cuanto contribución o ayuda, no se agota en el aspecto pecuniario sino que debe integrarse con la asistencia moral, el apoyo afectivo o espiritual indispensable en todo vínculo de naturaleza hogareña o familiar; porque las relaciones de familia se inspiran, fundamentalmente, en un acendrado espíritu de solidaridad, en profundos sentimientos y en deberes morales ajenos a todo contenido económico; aunque la satisfacción de esta “carga” afectiva (cuyo indispensable reconocimiento subrayamos) no pueda lograrse a través de los mecanismos de exigibilidad propios del derecho patrimonial (ejecución forzada, cumplimiento por otro, indemnización de daños), desde que no existen métodos o procedimientos judiciales para obtener su cumplimiento coactivo o forzoso. Pero ello es una propiedad específica de todo deber familiar cuya observancia no es susceptible de ser compelida. El incumplimiento puede ser sancionado punitivamente pero no se puede lograr la ejecución forzada.

### 5. Las nuevas formas de familia, el *status familiae* y la extensión de los vínculos que las generan

#### 5.1. Parejas estables: estado civil y repercusión en las familias de sus miembros

La multiplicidad de formas de convivencias familiares reguladas en algunas legislaciones, obliga a preguntarse, si quienes integran tales uniones adquieren un nuevo estado que sería el de conviviente (hetero u homosexual). Y otro problema: ¿el emplazamiento en el “*status conviventiae*”, además de las relaciones jurídicas que origina entre los miembros de dicha unión, se proyecta, a su modo, en la familia de cada uno de los compañeros, generando un original “*status familiae*”?

Tratemos de responder ordenadamente a tales interrogantes.

En las uniones estables simplemente fácticas y no registradas no hay título de estado<sup>25</sup> susceptible de emplazar a la pareja en un *status conviventiae* y menos en un verdadero *status familiae*; sin embargo, cuando una pareja no matrimonial satisface los requisitos legales para ser considerada, a los ojos del derecho, como una convivencia estable y se inscribe la unión en el registro del estado civil (Bélgica) o

en los registros creados al efecto (Navarra) , o se deja constancia de la misma en documento público (Cataluña, Aragón) o se la establece judicialmente como tal, semejante inscripción, o instrumento público, o sentencia judicial, podría constituir el título de estado de “conviviente estable” del que se derivarán las consecuencias jurídicas específicas previstas en cada ordenamiento nacional <sup>26</sup>.

Pero hay más aspectos a dilucidar: en el supuesto de que exista semejante emplazamiento en el “*status conviventiae*”, además de las relaciones jurídicas que origina entre los miembros de la unión, semejante “vínculo fáctico juridizado” ¿se proyecta en los parientes de cada uno de los compañeros, engendrando una pertenencia de los convivientes a las familias de sus respectivas parejas?; ¿surgiría, así, un inédito y original estado de familia con similar plenitud a la que se le atribuye al estado conyugal?.

Si el *nuevo status* fuera un flamante e invasivo estado de familia, el emplazamiento repercutiría legalmente no sólo en la pareja sino también en la respectiva parentela de ambos, ya que por tal unión, cada conviviente se habría introducido jurídicamente en el seno de la familia del otro.

Pensamos que la respuesta al interrogante dependerá del particular ordenamiento jurídico que rija la situación. La mayor o menor trascendencia jurígeno-familiar de las convivencias estables reconocidas, según sus distintas clases, depende de cada estructura normativa.

Una cosa es el modelo de familia y otra la “medida” o composición del grupo. *Actualmente, el estado de familia en su plenitud surge de la relación intersexual matrimonial o de la filiación; es decir, la plenitud de las relaciones familiares (en el sentido de abarcar, comprender o producir mayor número de derechos subjetivos familiares, e implicar mayor cantidad de “familiares” involucrados) emergen del matrimonio y de la filiación.* Y esto es así, en general, incluso en los ordenamientos que reconocen y regulan *jurídicamente* a las uniones de hecho. El derecho positivo, por razones de organización social, puede desconocer, cercenar o restringir ciertos efectos de un vínculo jurídico familiar, sea una convivencia fáctica juridizada (hetero u homosexual), sea una filiación adulterina, sea una adopción simple, achicando el ámbito de sus ramificaciones jurídicas comparado con el vasto círculo propio de la filiación por naturaleza, o de las uniones matrimoniales formalizadas <sup>27</sup>.

## 5.2. Uniones heterosexuales de facto

Las parejas heterosexuales estables, cuando esta situación está normatizada por el derecho, podrían gozar de un “*título de estado*”, cuya adquisición (así como la medida, plenitud o limitación del estado) dependerá de la reglamentación respectiva; porque es la ley la que reconoce y regula las clases de estado de familia admitidas en el ámbito de su jurisdicción. Las diversas categorías *doctrinarias* de estado de familia deben fundamentarse en el orden jurídico vigente. Y sobre el particular, mientras en algunos países, como Argentina, Chile, Italia, Portugal, Puerto Rico, Uruguay, y en el C.C. español, no existe para la ley, el estado de conviviente, de compañero, de pareja, o de “partenaire”, porque tales situaciones fácticas, pertenecen al ámbito del “no derecho”, son meramente sociales y carecen de una orgánica regulación normativa civil; en cambio, en la mayoría de las legislaciones de países latinos, se puede detectar el estado jurídico de conviviente (con distinta trascendencia familiar).

Así, por ejemplo, en Aragón, la inscripción en el Registro Administrativo de parejas estables no casadas constituirá el *título de estado* de una pareja estable, no conyugal, sea hetero u homosexual <sup>28</sup>. Sin embargo, a pesar de reglamentar el estado de conviviente estable no se atribuye a esa situación la intensa gravitación propia del *estado de familia de cónyuge*, porque la registración de la pareja de facto no incide en las familias de cada uno de los miembros de la unión, ya que no ingresan en la familia del otro. Con claridad, se estatuye que “*la pareja estable no casada no genera relación alguna de parentesco entre cada uno de sus miembros y los parientes del otro*” <sup>29</sup>. Con tan explícita norma no hay dudas que, en Aragón, los integrantes de la unión de hecho estable sólo adquieren un *estado restringido* a sus

mutuas relaciones. El estado de “*pareja estable*” existe al margen y con independencia de las familias de cada conviviente, los cuales no se hacen parientes “por afinidad” de los consanguíneos de su pareja. El reducido *status* de conviviente se diferencia del “estado de familia de cónyuges” porque, mientras los esposos, a raíz del vínculo matrimonial, se injertan en la familia de su consorte, ello no ocurre con los convivientes. En esta legislación, la pareja estable tiene una posición jurídica aislada ya que, el vínculo que los une, carece de fuerza expansiva familiar. Al faltarle virtualidad para introducir a cada uno de los compañeros en la familia (consanguínea o adoptiva) del otro, no genera emparentamiento por afinidad. El vínculo de convivencia juridizada, según la ley aragonesa, sólo envuelve o atrapa a los convivientes ya que, en principio, queda limitado a las relaciones entre ellos.

De este modo se sustituye la plenitud del *estado de familia*, reemplazándolo por el reconocimiento jurídico de una relación directa e interindividual entre convivientes estables, independiente de familia, o sea, sin que semejante vínculo se propague (tal como sucede con el estado de cónyuge o de hijo) ni comporte un *status familiae* integral. La situación es similar a la que origina una adopción simple en el derecho argentino, en donde el art. 329 del C.C. prescribe que “*la adopción simple confiere al adoptado la posición del hijo biológico; pero no crea vínculo de parentesco entre aquél y la familia biológica del adoptante*”.

A diferencia del sistema aragonés, en otras legislaciones (Panamá, Honduras, Guatemala, Cuba, Ecuador, Bolivia, estados mejicanos de Hidalgo y Tamaulipas) la convivencia estable heterosexual, una vez que esté reconocida por la autoridad competente o debidamente inscripta, se equipara al matrimonio civil, surtiendo todos los efectos propios del matrimonio. Por ende, los miembros de la pareja no casada adquieren un estado de familia análogo al conyugal; ergo, se hacen parientes de todos los consanguíneos de su pareja.

### 5.3. Uniones homosexuales estables

Veamos los que se puede predicar jurídicamente respecto del conviviente homosexual y de su ingreso legal en la familia de su compañero. La cuestión consiste en precisar si tales parejas, cuando están juridizadas, generan relaciones familiares que implican un estado de familia expansivo o si sólo conllevan una singular “relación de familiaridad” o de “convivencialidad”; si únicamente se establecen *relaciones segmentarias y cerradas*, sin emparentamiento, respecto de quienes integran los grupos familiares de cada uno de los convivientes.

Reiteramos que la caracterización jurídico familiar depende de cada estructura normativa. En Iberoamérica ninguna legislación hasta la fecha (noviembre de 2000) regula estas convivencias las que, para tales ordenamientos, carecen de repercusión jurídica, comenzando por las propias relaciones entre sus miembros. En la Europa latina (Francia, Bélgica, Cataluña, Aragón, Navarra) han surgido particulares reglamentaciones con mayor o menor impacto familiar. En la mayoría de estas leyes la pareja homosexual no adquiere un verdadero *status familiae* sino sólo un mero estado jurídico convivencial que no se propaga, ni trasciende al resto de los parientes del otro. Es decir, que la situación jurídica se circunscribe al vínculo entre la pareja involucrada, sin extender sus efectos fuera de ese ámbito.

Sin embargo, en *Navarra*, pareciera que la reglamentación no limita la fuerza expansiva familiar del vínculo jurídico que une a la pareja estable (hetero u homosexual) ya que “*en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico navarro, nadie puede ser discriminado por razón del grupo familiar del que forme parte, tenga éste su origen en la filiación, en el matrimonio o en la unión de dos personas que convivan en análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual*”<sup>30</sup>. Estas y otras normas que tienden a lograr que los nuevos modelos de familia admitidos culturalmente en el actual entorno social queden plenamente equiparados con la familia tradicional, basada en el



matrimonio, constituyen sólidos argumentos para afirmar que los convivientes entran en la familia de sus parejas. Y ello generaría una suerte de “afinidad” entre cada uno de los convivientes y los parientes consanguíneos del otro. Con el propósito de definirlo, lo podríamos bautizar como una *afinidad convivencial*, a fin de no emplear, por extensión, la terminología desvalorizante o minimizadora de “cuasi afinidad”, que se generó en el derecho canónico, como antecedente del actual impedimento matrimonial de pública honestidad. Cabe preguntarse si dicha *afinidad convivencial* tendría los mismos efectos que el típico parentesco por afinidad matrimonial, especialmente en orden a la obligación alimentaria, a los impedimentos matrimoniales, a las repercusiones penales, etc.. El interrogante queda planteado...

#### 5.4. Otras relaciones de naturaleza familiar

En las otras relaciones de naturaleza familiar ya conocidas como la que genera la adopción simple, o los vínculos tutelares, o en los nuevos nexos que se originan entre los convivientes ligados por pactos de ayuda mutua, existe un “*status*” independiente de familia porque sólo tiene una correlatividad directa, exclusiva y singular con el otro sujeto de la relación (o sea, entre adoptado, y su descendencia, con el adoptante simple; entre tutor, y su descendencia, con el pupilo; entre curador o guardador con la persona, mayor o menor, a su cargo) o entre las personas comprometidas por el pacto de convivencia de ayuda mutua. *Tales vínculos carecen de la gravitación propia del emplazamiento en un “status familiae” genuino, pleno e incontestable, ya que no trascienden a los demás integrantes de sendas familias de los sujetos involucrados.* Por eso hablamos de relaciones “cerradas”, o de relaciones jurídicas de naturaleza familiar pero independientes de familia.

Con tal perspectiva, se puede concluir afirmando la existencia de múltiples “*status independientes de familia*” ya que esta es una entidad concreta, de dimensiones variables en cada caso, de acuerdo a las razones que aconsejan reconocerla, debiéndosela medir con diversidad de diámetros, en cada uno de los círculos excéntricos descritos por las leyes de cada país <sup>31</sup>.

#### 6. Advertencia. Reflexiones valorativas. Conclusiones

Hasta aquí no hemos planteado interrogante alguno sobre la conformidad o discordancia de una determinada estructura normativa nacional con la religión, el derecho natural o la moral ; ni sobre la justicia o sobre la jerarquía de los valores que se buscan realizar, por considerarlos temas cuya dilucidación corresponde a ámbitos no jurídicos o a la Filosofía del Derecho mas no a la dogmática del derecho de familia. Ello no significa, ni mucho menos, que los desarrollos efectuados traduzcan nuestra personal concepción de la familia ni nuestro particular modo de pensar; sólo los exponemos tratando de ser fieles a los respectivos ordenamientos jurídicos y a la noción de familia que de ellos surge. Ni siquiera intentamos una interpretación que disimule o magnifique el riesgo ínsito en ciertas leyes de socavar los fundamentos de la sociedad, debilitando aun más la unión matrimonial heterosexual. Al exponer en forma impersonal o desapasionada la realidad jurídica del mundo latino pretendemos no hacerle decir al derecho positivo lo que el mismo no dice ni mezclarlo con nuestras convicciones de vida. Pero, a continuación, entraremos en el campo de las reflexiones valorativas y de las conclusiones personales.

##### 6.1. La valoración de los nuevos modelos

La verdad objetiva es que, contemporáneamente, en los países occidentales, se va instalando una nueva concepción de sociedad en la que, con el propósito de enaltecer prioritariamente la autonomía individual y el desarrollo de la personalidad, se remueve al matrimonio como fundamento exclusivo de la familia. Las bases que dan origen a una familia se amplían y el matrimonio queda como un medio más y no como el único instrumento legal que la cimienta y satisface sus funciones.

Muchos ordenamientos jurídicos nacionales, en pos de la libertad, ofrecen un verdadero menú legal de “familias” permitiendo que cada individuo pueda elegir el modelo que más se ajuste a sus particulares creencias religiosas, convicciones éticas o sociales, principios ideológicos, intereses económicos, formas de sentir, características u orientaciones sexuales. Algunos de estos flamantes modelos de familia - así como las prácticas de ingeniería genética que sirven para complementarlos- son verdaderas concesiones legales a la libertad y a la vida privada *tomadas como valores absolutos* pues resulta dudosa la compatibilización de semejantes entidades jurídico familiares con otros respetables intereses sociales, reconocidos por el derecho, que son tan o más dignos de observancia<sup>32</sup>. De allí su discutible legitimidad esencial. La reciente incorporación de tales modelos familiares en varios ordenamientos, propios de las sociedades permisivas o tolerantes, (que defienden la idea de que el legislador debe adecuar el derecho a las libres prácticas de los individuos), implica desconocer, menospreciar o, quizás, interpretar “a su aire”, con soltura u osadía, la vigencia universal de determinados principios fundamentales.

Si bien la libertad sexual y de fecundación o de procreación son otras tantas manifestaciones de la libertad propia del hombre, no se debe olvidar que el infinito o exagerado respeto a las prerrogativas del individuo, a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad, hace correr el riesgo de que un legislador ensoberbecido llegue a consagrar la “*deificación*” del individuo por el derecho. Lo cierto es que, en estas discutidas creaciones del hombre, Dios es el único que suele resultar verdaderamente excluido.

La libertad e igualdad ante la ley y el rechazo a toda discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, o cualquier otra condición o circunstancia personal, social o cultural, como la orientación sexual, no implica desconocer el superior derecho del Estado a organizar la familia y la sociedad de acuerdo a aquellos principios universales y a las particulares concepciones que sobre dichos institutos se tengan en un país determinado. La cuestión podría desencadenar *un choque entre principios de orden público; o sea, una colisión entre el respeto a los derechos de la persona humana y el respeto a intereses colectivos superiores*.

*No todos los principios constitucionales tienen la misma jerarquía; pero como tampoco hay una jerarquía convenida, en el fondo, resolver la cuestión, es un problema axiológico que requiere establecer la prioridad de unos principios sobre otros.* Pensamos que, en esta hipótesis de conflicto, la solución debe encaminarse por la vía del acatamiento al bienestar general y a la moral pública. Ambas son nociones preeminentes ya que, en la mayoría de las Constituciones Nacionales, y en muchas Declaraciones y Convenciones Internacionales, se cuentan dentro de las pocas restricciones que es factible imponer a la libertad de las personas. Esta es una pauta teórica porque, en la práctica, toda precisión sobre el “bienestar general” o los “intereses colectivos superiores” y sobre la “moralidad pública” *es relativa y variable según las épocas y los lugares*. Por eso la antes citada profesora, María del Carmen Cerutti, dice que resolver la cuestión es un problema de axiología y no de lógica jurídica.

## 6.2. Conclusiones

En base al desarrollo precedente enunciamos las siguientes conclusiones:

1. El matrimonio continúa siendo base de familia pero ha perdido la exclusividad como única institución fundante.

2. *La juridificación de las convivencias fácticas estables (en sus diversas especies), y su inclusión legal dentro de las relaciones familiares, determina que la noción jurídica de familia sufra una transformación.* Cuando el derecho avanza sobre esos ámbitos que le eran ajenos y coloniza jurídicamente ciertas esferas de la vida social que, hasta entonces, pertenecían al círculo del no derecho de familia, se crean nuevas bases constitutivas de familia.

Los motivos que impulsan al legislador para obrar en tal sentido varían según los países. En Guatemala, Panamá, Bolivia, Honduras, las causas que determinaron la normativa habrán sido diferentes respecto de las que influyeron en Francia, Bélgica o en las comunidades forales españolas; pero sean cuáles fuesen tales razones (las compartamos o no) es elemental admitir que aquella realidad puramente social se ha transformado en un instituto jurídico familiar.

3. No todo lo que es legal o lícito es legítimo. Sólo será legítimo lo que se compece con los principios fundamentales de orden público, los cuales abrevan en las fuentes del derecho natural, de la moral y de las buenas costumbres locales. Es indudable que el derecho legislado no es omnipotente para dibujar a su antojo nuevos modelos de familia prescindiendo de los superiores principios esenciales que hacen a la organización de la sociedad y que están fuera y por encima de la ley y en el propio orden jurídico establecido en la Constitución. Nos referimos al orden público que se convierte así en el principio informador del sistema jurídico; y el primer orden público es la Constitución <sup>33</sup>.

4. *El derecho natural cumple función informativa y circunferente de las leyes positivas,* en tanto suministra el contenido, la sustancia de la norma, su orientación fundamental; y en cuanto enuncia los principios que el legislador no puede violar sin quitar automáticamente legitimidad a la norma sancionada <sup>34</sup>.

5. *La legitimidad de los nuevos modelos de familia dependerá, asimismo, de que tales paradigmas no agredan a la moral pública y las buenas costumbres.* No obstante la diferenciación entre *derecho y moral*, es indiscutible que la cuestión ética interviene decisivamente en las instituciones del derecho de familia. Así como no se deben confundir las buenas costumbres con los prejuicios sociales, también es incorrecto identificar ligeramente a la moral pública con la “moral media” o mayoritaria existente en un pueblo, en un momento dado. Rechazamos esta equiparación porque, en la realidad actual, la “moral media” del ciudadano suele ser resultado “de la influencia de una minoría que a través de los medios de comunicación masiva han ido formando los criterios que se internalizan en la conciencia y que le hacen admitir como si fueran propios, los que esa minoría le ha inducido a aceptar por falta de la madurez suficiente para realizar su crítica <sup>35</sup>. Los individuos responsables deben preocuparse por difundir y defender lo sanos principios de la moral pública contra la propaganda liberadora de ciertos colectivos que actúan embozados bajo el difuso rótulo de “reivindicación de la libertad y dignidad del hombre”, que impacta y allana una mayor captación de adherentes, en particular en la población de países que hay vivido, largos años, bajo gobiernos de fuerza. Puesto que la caracterización de la moral pública y las buenas costumbres varía, según las épocas, y de uno a otro país de acuerdo a su idiosincrasia, las nuevas formas de familia tendrán recepción en algunos ordenamientos nacionales y serán rechazadas o ignoradas en otros.

6. Por ello, *los nuevos paradigmas familiares deben comenzar teniendo un auténtico y maduro acogimiento social para poder, luego, incorporarse a la normativa legal.* Cuando en un país se advierten *reservas morales generalizadas* frente a definidas uniones fácticas, o a todas ellas, el legislador deberá abstenerse de juridizarlas. Además, siempre que ciertos “modelos de familia” carezcan de interés o de finalidad social, “los poderes públicos no deberían intervenir ni para limitar el ejercicio de un derecho, ni para condicionarlo a unos requisitos ajenos a la finalidad indicada” <sup>36</sup>. De ahí el peligro de calcar modelos extranjeros e injertarlos en naciones que tienen distintas ideas de la vida, de la moral, de la familia y de la sociedad.

7. *Actualmente ni la procreación ni la educación y formación de la descendencia es indispensable para que, jurídicamente, exista una familia . Hoy, el elemento fundante común a toda especie familiar es la existencia de cargas de familia.* Para la ley, estamos en presencia de una familia siempre que exista el deber de asumir cargas familiares <sup>37</sup>, aunque los miembros de ese grupo “familiar” (sea unión conyugal, sea convivencia fáctica estable, carnal o asexuada de ayuda mutua) carezcan de parentesco entre sí o de descendencia común. Sólo dentro de este orden de pensamiento se podrá decir que *la familia es un conjunto solidario, moral y económicamente, integrado por dos o más individuos que viven ligados por cargas de familia recíprocas, emergentes de los vínculos del matrimonio, de las diversas especies de convivencia estable juridizada, de la filiación , del parentesco o de la tutela, curatela o guarda.*

8. *Desde el punto de vista del derecho, la familia no está en crisis.* Lo que está en crisis es el matrimonio como exclusivo soporte legal para constituir familia. La afirmación se demuestra constatando que, mientras el matrimonio se disuelve, subsiste la familia porque, incluso entre divorciados perduran las mutuas cargas familiares como los alimentos de toda necesidad.

9. *Aunque algunos tipos “modernos” de familia no estén naturalmente orientados hacia la procreación, lo mismo merecen el amparo jurídico integral que las Constituciones aseguran a la familia; porque todos configuran una fuente solidaria de sostenimiento mutuo y de sobrevivencia material y moral para el familiar en penuria.* Así se justifica el reconocimiento y la protección jurídica a estos grupos ya que, al asumir cargas familiares, se transforman en calificados centros de solidaridad grupal y familiar, constituyendo los instrumentos más aptos para la promoción y el logro del bienestar general, que es una de las bases programáticas consignadas en infinidad de Declaraciones y Pactos Internacionales y en la mayoría de las Constituciones Estatales.

10. *La familia, en su pluralidad de paradigmas, es irremplazable por las organizaciones no gubernamentales o por las instituciones oficiales* porque es el único medio idóneo para aportar la contribución participativa o suministrar la requerida asistencia alimentaria, con la calidez y afectividad humana indispensable para evitar los riesgos que generan la soledad, el desamor, el abandono, la falta de formación, la miseria, la enfermedad, el pesar moral, las angustias económicas, la depresión, procurando que, al mejorar la situación de la persona, pueda asumir sus propios deberes respecto de sí mismo, de los familiares y de la sociedad. Todos los conjuntos familiares, en los diversos moldes jurídicos nacionales, coadyuvan a la prosperidad general, al desempeñar, en el ámbito doméstico, funciones equivalentes a las de una seguridad social.

Y en esta empresa solidaria, recordemos que *“todos somos socios de Dios en la sublime tarea de luchar por un mundo mejor”* <sup>38</sup>.

Notas:

\* El presente trabajo fue expuesto por su autor, en calidad de ponente internacional, en el IV Congreso de la Conferencia Iberoamericana de Academias de Ciencias Jurídicas y Sociales, en Valencia, España, 13 al 16 de diciembre de 2000.

<sup>1</sup> En cambio, en los países islámicos, el concepto de familia sigue regido por las normas religiosas unitarias, aunque se advierten diferencias nacionales, según el mayor o menor acatamiento al Corán de la legislación respectiva.

<sup>2</sup> Relata el Génesis, 2, 18, que, al concluir la Creación, Yahvéh, dijo: *“No es bueno que el hombre esté solo. Voy a hacerle una ayuda adecuada”* y creó a la mujer.

<sup>3</sup> La deliberada exclusión de la prole es causa de nulidad del matrimonio canónico pero, frente al matrimonio civil, en la generalidad de los ordenamientos, no es motivo de ineficacia.

<sup>4</sup> José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El fenómeno de la pareja no casada en España*. Libro Homenaje a Dalmacio Velez Sarsfield, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Tomo III, Córdoba, 2000, pág. 419.

<sup>5</sup> Ver José Antonio SOUTO PAZ, *Derecho matrimonial*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 36.

<sup>6</sup> En 1981, la Asamblea General del Consejo de Europa, aprobó una Resolución en la que se exhorta a los Gobiernos a adoptar en sus ordenamientos internos medidas tendientes a equiparar las uniones de hecho con el matrimonio.

<sup>7</sup> Las uniones de hecho presentan infinidad de modalidades difíciles de sistematizar dogmáticamente; pero, en general, existe acuerdo en el sentido de que hay convivencia fáctica o pareja estable cuando dos personas que tienen edad nupcial, sanidad psíquica y aptitud legal, sin estar casados formalmente entre sí, hacen vida marital notoria, singular y estable. Efectuando un estudio comparativo de los métodos empleados en los diversos países latinos para regular las consecuencias jurídicas directas o indirectas de la convivencia de hecho, tenemos los siguientes sistemas:

#### *1. Equiparación con el matrimonio formalizado.*

Algunos, lisa y llanamente, equiparan a todas las uniones estables que encuadren en los requisitos legales con el matrimonio civil formalizado. En cierta manera podría decirse que, para tales ordenamientos jurídicos, existen dos formas de contraer matrimonio: una la tradicional y solemne y la otra a través de una convivencia de hecho estable. Ambos modos de “matrimonializar” la unión generarían las mismas consecuencias jurídicas familiares. Habría una absoluta parificación entre matrimonio y unión de hecho. Así, en *Panamá*, el Código de la Familia, en su artículo 53, proclama que “la unión de hecho entre personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio, mantenida durante cinco años consecutivos en condiciones de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos del matrimonio civil”. Fórmulas análogas se emplean en los Códigos de la Familia de *Honduras*, de *Cuba*, del *Estado de Hidalgo (México)*, de *Bolivia*, y en los Códigos Civiles y leyes especiales de *Guatemala*, del Estado mexicano de *Tamaulipas*, de *Ecuador*, de *Paraguay* (ley 1/92).

#### *2. Regulación integral autónoma*

Hay países en los que la unión more uxorio tiene un ordenamiento integral específico, pudiendo hablarse de una institucionalización, o plena juridificación de las uniones de hecho, lo que no implica identificarlas con el matrimonio formalizado. Ello significa que, a pesar de la regulación legal, las derivaciones jurídicas de una y otra situación no tienen que ser, necesariamente, iguales; precisamente, porque son distintas las circunstancias que las originan. Adoptaron este método, por ejemplo, la unificación legislativa de 1984, llevada a cabo en uno de los estados de la Federación australiana, mediante la “De facto Relationships Act”, de *Nueva Gales del Sur*. Asimismo, es el criterio seguido por *Brasil*, ley 9278/96 y el Código de la Familia de *El Salvador*, de 1994. La ley de *Cataluña*, aunque admite la regulación convencional de la convivencia, establece un completo estatuto supletorio del pacto, dentro de las competencias de derecho civil que le corresponden a la “Generalitat”. En *Francia*, la ley 99/ 944, luego de declarar la validez de los pactos civiles de solidaridad, incluye una amplia regulación supletoria que comprende los más importantes efectos que se pueden generar en los diversos ámbitos del derecho; lo mismo en *Bélgica*, en la reciente ley sobre “cohabitación legal”

#### *3. Regulación civil sólo en el ámbito patrimonial*

Dentro de este grupo de legislaciones incluimos las que, en el ámbito civil familiar, se limitan a regular las derivaciones patrimoniales de la convivencia no formalizada, como el Código de la Familia de *Costa Rica*; y, con algunas variantes, el C.C. de *Perú*; la ley 54 de 1990, de *Colombia*; el C.C. para el Distrito Federal de *México* regula sólo la obligación alimentaria entre concubinos; el derecho hereditario ab intestato recíproco a favor del conviviente supérstite, y los alimentos que el testador debe dejar a su concubina.

#### *4. Abstencionismo legislativo con alguna regulación parciaria incidental*

Otro sistema es el de la *indiferencia jurídica* el que se traduce en ignorar estas situaciones fácticas como entidades familiares; por ejemplo, en *Argentina*, *Chile*, *Uruguay*, *Puerto Rico*, *Italia*, *Portugal* se desconocen efectos civiles a todas las uniones que no se hayan celebrado de acuerdo a las formas y disposiciones establecidas para el matrimonio. Las legislaciones que se enrolan en este grupo sólo se refieren a las uniones de hecho incidentalmente; en la mayoría de los supuestos para adscribirles determinadas repercusiones negativas o caducidades. Es una forma de reprimirlas o desalentarlas a través de sanciones civiles que implican pérdida de derechos o prerrogativas que se conservaban hasta el comienzo de esas uniones. Sin embargo, en todos estos países se constata que el vínculo fáctico convivencial va ganando juridicidad. Primero en las órbitas legales no civiles y, luego, adquiriendo algún reconocimiento más o menos extenso dentro del puro ámbito civil. Así, en materia de previsión social, al o a la conviviente se le reconocen algunos derechos subjetivos que, en esencia, son familiares asistenciales, derivados de su vínculo fáctico. En estos ámbitos, a los convivientes se les reconocen derechos que no se concilian con los otorgados por la estructura normativa civil sólo a los cónyuges. Por este medio se abre una brecha en la frontera legislativa por la que ingresan indirectamente los convivientes dentro de la familia, con un fundamento de realismo jurídico, a fin de proteger a los “familiares” de la vida real, es decir, aquellos que dependían económicamente del titular fallecido o de la víctima, aunque no se hubieran formalizado los vínculos jurídicos. En *España*, en el Código Civil aplicable a todo el Reino, la unión de hecho carece de régimen legal; sin embargo, *al igual que en los países incluidos en este sistema*, en algunos aspectos parciarios, las convivencias fácticas reciben un tratamiento jurídico equivalente a los matrimonios. Pero, tanto el Tribunal Constitucional, como el Tribunal Supremo, han sostenido que el matrimonio y las uniones de hecho son realidades distintas que, en general, (y sobre todo en cuanto al régimen de bienes), no pueden considerarse regidas por las mismas normas jurídicas, rechazando la analogía entre ambas situaciones.

#### *5. Regulación convencional*

Hay quienes sostienen que la extraordinaria diversidad de uniones de hecho, y que la variedad de fines perseguidos con ellas, desaconsejan una regulación legal uniforme. Manifiestan que las decisiones autónomas y pactadas en cada caso, por los protagonistas de la unión de hecho, según las peculiaridades de la concreta realidad que se intenta normatizar, es el medio más idóneo para lograr el fin propuesto y que, el Estado debería reconocer, dándole la protección y publicidad adecuada, en la medida que no afecten los principios básicos de una sociedad civilizada. Cuando los preceptos convenidos no contemplaran aspectos en discordia, los jueces deberían zanjar las diferencias aplicando las normas del derecho común; todo, sin perjuicio de que, por excepción, se admitan algunas normas específicas supletivas o sectoriales secundarias (Navarro Valls). Como ejemplo de preceptiva legal admitiendo la validez de estos convenios citamos la ley 10, de *Cataluña*, del 15 de julio de 1998; en *Francia* la ley 944, del 15 de noviembre de 1999, reconoce la validez del llamado “pacto civil de solidaridad”; en *Bélgica*, la ley del 23 de noviembre de 1998, que instaura la “cohabitación legal”, entró en vigencia el 1 de enero de 2000, y se adhiere al sistema de regulación convencional de la unión; ídem en *Aragón*, la ley 6/1999, de 26 de marzo de 1999 y en *Navarra*, la ley foral 2/2000, de 3 de julio de 2000.

<sup>8</sup> El derecho argentino adscribe a estos vínculos funciones y efectos típicamente familiares: cuidado y formación integral de la persona, obligación alimentaria; impedimentos matrimoniales impedientes; agravación de figuras penales, etc. (ver nota 20).

<sup>9</sup> Existen movimientos nacionales e internacionales de homosexuales y lesbianas que reclaman el derecho a adoptar, juntamente con su pareja. En este sentido, el Parlamento de la Unión Europea, el 8 de febrero de 1994 aprobó la Recomendación 28/1994 sobre adopción por parte de homosexuales, en la que se invita a los gobiernos de los Estados integrantes de la Unión a «poner término a toda restricción de los derechos de las lesbianas y de los homosexuales, a ser padres, adoptar o criar niños». Frente a esta Recomendación, el Vaticano reprueba la misma manifestando que «la unión de dos hombres o de dos mujeres no puede constituir una verdadera familia. En esta familia suplente los hijos no encuentran al padre o a la madre sino a dos padres o a dos madres y esto es peligroso»; y contraproducente para la correcta y natural formación integral del menor adoptado. Aun cuando se habilite a las uniones homosexuales para adoptar, recordemos que es característica del derecho moderno el principio de que **la adopción sólo se otorga en interés del menor**. Ello significa que el juez deberá valorar, en el caso concreto, si una adopción solicitada por una pareja del mismo sexo, consulta los intereses y conveniencias del menor. Allí reside la esencia del problema.

<sup>10</sup> En la Recomendación del Parlamento Europeo, consignada en la nota anterior, se invita a los gobiernos de los países miembros a otorgar similares efectos legales que los emergentes del matrimonio a las convivencias estables, hetero y homosexuales, entre ellos el derecho a adoptar.

<sup>11</sup> Ciertos organismos públicos y privados (Iglesia, escuelas, universidades, talleres, ámbitos de trabajo, empresas, etc.) colaboran en el cumplimiento cabal de estas funciones; pero cuando el individuo llega a participar en esas instituciones ya ha recibido un importante “baño familiar” de sociabilización, aprendió a hablar y a comunicarse con los demás, se le impartieron las mínimas reglas sobre la interrelación personal y está en camino de adquirir trascendentes hábitos de conducta, tareas todas en que la familia es casi imposible de ser sustituida.

<sup>12</sup> Paráfrasis del razonamiento de, José A. SOUTO PAZ (ob. cit., págs. 29 y 319), que hacemos extensivo a todo tipo de pareja sexual estable dadas las facultades que les reconocen ciertas leyes de adopción y las probabilidades que ofrecen las técnicas de reproducción asistida, como las consignadas en la nota siguiente.

<sup>13</sup> Las parejas de hombres podrían concebir niños en un futuro mediante una técnica que se llamaría “transferencia del núcleo del óvulo” y que consiste en extraer el material genético a un óvulo saludable en el que después se insertarían cromosomas del esperma de uno de los convivientes, creando una especie de “óvulo masculino”, que luego sería fertilizado con el semen del compañero. El estudio fue anunciado en Londres por Calum MacKellar, de la Universidad de Edimburgo. Diario La Voz del Interior, Córdoba, Argentina, 26 de setiembre de 2000, pág. 17.

<sup>14</sup> José A. ALVAREZ CAPEROCHIPI, *En torno al origen y significación del matrimonio civil*. Diario La Ley, Bs. As., 27 de agosto de 1984, pág. 1, N° I, columnas 1 y 3.

<sup>15</sup> DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, sostiene que estas uniones tienen un carácter nítidamente asociativo y que tales relaciones “no pertenecen en sentido estricto al derecho de familia”. Libro de Ponencias de Profesores Invitados. X Congreso Internacional de Derecho de Familia. Mendoza, Argentina, 1998, pág. 65.

<sup>16</sup> Conforme J. LACRUZ BERMEJO y F. SANCHO REBULLIDA, ob. cit., pág. 114. Para mayor desarrollo, consultar: María Paz GARCÍA RUBIO, *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*. Civitas, Madrid, 1995, págs. 19 a 25; 68 y 69.

<sup>17</sup> Cualquiera sea el régimen de bienes propiamente dicho, en toda situación rige el llamado “estatuto patrimonial básico o primario”, que impone a los cónyuges el deber de contribuir, en proporción a sus recursos, a su propio sostenimiento, el del hogar y de los hijos comunes, o incapaces de uno de los esposos que convivan con ellos. También se dispone la responsabilidad solidaria de los cónyuges por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar y la educación de los hijos. En un régimen comunitario, tales erogaciones suelen ser cargas de la comunidad; en un régimen separatista se impone la contribución personal de los esposos en proporción a sus recursos. Las leyes de países que regulan las uniones de hecho consignan disposiciones análogas respecto de los miembros de la pareja; en las convivencias de ayuda mutua

los convivientes comparten los gastos comunes o el trabajo doméstico, o ambas cosas, tratando de equilibrar las cargas de acuerdo a las posibilidades de cada uno.

<sup>18</sup> Por ello, no se aplica a los atrasos en cumplir el deber de contribución el principio que rige en materia alimentaria, según el cual la deuda por alimentos no se acumula; la obligación alimentaria desaparece para el pasado. Se considera que quien no ha reclamado la pensión alimentaria es porque no la necesitaba; o sea, se interpreta que, en los períodos pasados, estuvo al abrigo de la necesidad, no tenía necesidad. La regla “*in praeteritum non vivitur*”, no rige para las cargas familiares no fundadas en la necesidad sino en el deber de contribución.

<sup>19</sup> En Francia, el deber subsiste durante la separación de hecho y sólo cuando se dispone judicialmente el levantamiento del deber de cohabitar será sustituido por el deber alimentario (Ph. MALAURIE, *Les régimes matrimoniaux*, pág. 72; *La famille*, pág. 515). En España se sostiene que, al interrumpirse la convivencia, desaparece la carga y se la reemplaza por el deber alimentario (María Paz GARCÍA RUBIO, ob. cit., pág. 25; en contra Encarna ROCA I TRIAS).

<sup>20</sup> En España se autoriza a los padres que, en ejercicio de la patria potestad, administran los bienes de sus hijos, para destinar directamente los frutos de tales bienes al levantamiento de las cargas familiares, sin que deban rendir cuentas de lo consumido (art. 165-2 C.C. español). En el derecho argentino, el usufructo de los padres, está afectado a soportar determinadas cargas familiares (art. 291 C.C.).

<sup>21</sup> En Francia, los “*partenaires*” vinculados por un pacto civil de solidaridad se deben suministrar ayuda mutua y material, estando solidariamente obligados respecto de terceros por las deudas contraídas por uno de ellos para las necesidades de la vida cotidiana y para los gastos relativos a la vivienda común (art. 515-4 Code). El Consejo Constitucional ha interpretado que esta regla es inderogable; en Aragón, el art. 5º de la ley 6/99, dispone que, en defecto de pacto, los convivientes deben contribuir al mantenimiento de la vivienda, al sostenimiento de la pareja y de los hijos comunes o no que convivan con ellos, incluyendo el derecho a alimentos, educación, atenciones médico-sanitarias y vivienda, estableciendo la solidaridad de ambos por las deudas que originen estos gastos comunes; similar solución se preceptúa en Navarra (art. 5, ley 6/2000), aclarando que la contribución podrá satisfacerse “mediante aportación económica o trabajo personal”; ídem en Cataluña (arts. 3.2; 4; 5; 22.2; 23 y 24), agregando que “los miembros de la pareja estable tienen la obligación de prestarse alimentos, con preferencia a cualquier otro obligado” (arts. 6 y 26); en Bélgica, “los cohabitadores legales contribuyen a las cargas de la vida común en proporción a sus posibilidades” (art. 1477, C.C.); en Brasil, la ley 9278/96 reconoce como entidad familiar a la unión estable heterosexual, imponiendo a los convivientes el recíproco deber de asistencia moral y material y, disuelta la unión el deber alimentario

<sup>22</sup> En Argentina, incurre en delito de incumplimiento de deberes de asistencia familiar el tutor, curador o guardador que se sustrajeren a prestar los medios indispensables para la subsistencia del menor o incapaz que se hallaren bajo su tutela, curatela o guarda (ley 13.944, art. 2). Esto nos permite afirmar que tales relaciones son constitutivas de familia, en el sentido y con las limitaciones consignadas “*infra* 5.4.”.

<sup>23</sup> Conf. Santiago FASSI, *La familia..* Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad del Litoral. N° 98 y 99, Santa Fe, Argentina, 1959, pág. 106, § 71.

<sup>24</sup> Así nos ajustarnos a toda realidad familiar y, en cierto modo, al sentido que le asigna la Real Academia de la Lengua al vocablo “grupo”, es decir, “pluralidad de seres...que forman un conjunto, material o mentalmente considerado”.

<sup>25</sup> A los fines del presente análisis, convengamos que el título de estado es el instrumento público o conjunto de instrumentos públicos con los cuales se acredita el emplazamiento jurídico en el estado de familia.

<sup>26</sup> En Francia, según la interpretación del Consejo Constitucional, el pacto civil de solidaridad no determina cambio alguno en el estado civil de las personas y, por consiguiente, no da lugar a que se labre acta de estado civil (Guillaume DRAGO, *La constitution “en reserves”*, Revista Droit de famille, dic., 1999, N° 16, pág. 48).

<sup>27</sup> Para un desarrollo más extenso, ver E. DÍAZ DE GUIJARRO, ob. cit., págs. 115, 117, 119 y 390. En algunos países se continúa diferenciando los derechos de los hijos adulterinos con relación a las otras filiaciones: ver la situación en Francia, en MALAURIE PH. ET AYNES L., *La famille*. Cujas, Paris, 1993/1994, N° 826, pág. 473.

<sup>28</sup> El artículo 5º, del decreto 203/ 1999, al establecer los efectos de la inscripción, dispone que “*la inscripción constituirá requisito necesario para la aplicación a los miembros de la pareja estable no casada de los derechos y obligaciones reconocidos a los cónyuges por la normativa de derecho público aragonés*”. La convivencia estable se acredita mediante escritura pública otorgada por la pareja, por acta de notoriedad o documento judicial que acredite la convivencia o mediante cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho.

<sup>29</sup> Artículo 14 de la ley 6/1999.

<sup>30</sup> Art. 1º, ley foral 2/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables.

<sup>31</sup> La idea coincide, en líneas generales con el pensamiento que, Juan Carlos RÉBORA, desarrolla en sus *Instituciones de la familia*, Bs. As., 1946, Tomo I, pág. 412.

<sup>32</sup> Por ello la Constitución Argentina consagra el respeto a las acciones privadas de los hombres mientras no ofendan a la moral y al orden público ni perjudiquen los derechos de terceros (art. 19)

<sup>33</sup> María del Carmen CERUTTI, *El orden público en el Código Civil argentino. Algunas cuestiones relativas a su uso*. Libro homenaje al Dr. José Buteler Cáceres, Córdoba, Advocatus. 1990, págs. 107 a 111.

<sup>34</sup> Jorge Adolfo MAZZINGHI, *Derecho de familia*, Abaco, 1995, t. 1, cap. I, pág. 40.

<sup>35</sup> José I. CAFFERATA, *Nulidad matrimonial y Constitución Nacional*, Córdoba, Advocatus, 2000, pág. 83.

<sup>36</sup> José Antonio SOUTO PAZ, ob. cit., pág. 31.

<sup>37</sup> José A. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, “En torno al origen y significación del matrimonio civil” diario La Ley, Bs. As., 27 de agosto de 1984, pág. 1, N° I, columnas 1 y 3.

<sup>38</sup> Expresión de Tommy Baer, presidente de la entidad judía B'nai B'rith, al dirigirse a Juan Pablo II, en una audiencia que éste le concedió en el Vaticano.