

EL DERECHO DE FAMILIA COMO PARTE INTEGRANTE DEL DERECHO CIVIL ANTE LAS TENDENCIAS DE UNIFICACION DEL DERECHO PRIVADO

Por ENRIQUE DIAZ DE GUIJARRO

Ex-profesor de derecho civil de la Universi-
dad de Buenos Aires.

I

INTRODUCCION

1. La unificación del derecho privado involucra un problema co-relativo: Impedir la desintegración del derecho privado. Precisamen-te, la tendencia unificadora persigue la reintegración de las ramas es-cindidas, al mismo tiempo que procura la aceptación universal de fór-mulas que superen las diferencias nacionales de las estructuras norma-tivas que rigen los mismos fenómenos jurídicos.

2. Es indispensable considerar ese doble planteamiento, a fin de evitar que mientras se propugnan reglas uniformes, por una parte, se produzcan diversificaciones, por otra. Esto último es lo que acontece con el derecho de familia: En el primer aspecto, el profesor peruano Valverde señala que en América existe marcada tendencia a realizar, en el estatuto familiar, la uniformidad del derecho privado (1); en cam-bio, en el segundo, se intenta abandonar la concepción clásica del de-recho de familia, como parte integrante del derecho civil, para presen-tarlo como rama autónoma, ubicada entre el derecho privado y el de-recho público, diferenciación que aparece en la técnica legislativa y en la sistematización científica.

(1) VALVERDE. El derecho de familia en el código civil peruano, t. 1, Lima, 1942, ps. 17 y sigtes.

3. Entendemos que el estudio de la unificación del derecho privado ha de acompañarse con una debida preservación de su propia integridad. Esto nos mueve a analizar la situación del derecho de familia y a anticipar nuestra tesis adversa a la tripartición que se intenta.

II

LA RENOVACION EN LA TECNICA LEGISLATIVA

4. Dos manifestaciones originales han aparecido durante el corriente siglo, en orden a la regulación legal de la familia: La inclusión de normas sobre la familia en las constituciones políticas de los Estados; y el cisma del derecho civil, con la autonomía de las reglas sobre la familia. Ambos movimientos se vinculan con procesos generales y políticos, aunque de distinto alcance: Universal, el primero, que tiende a presentar una estructura integral del Estado y a enunciar las bases de todo su régimen legal, tanto en el derecho público como en el privado; dogmático y particular, el segundo, que remodela la familia para ajustarla a cierta concepción socialista —la soviética, antes; la democracia popular, ahora —y que para ese fin formula un cuerpo legal separado, que se anuncia dirigido a suprimir el antagonismo entre el interés del Estado capitalista y el interés de la familia, a la que protege en sí misma, y cuyo fortalecimiento y preservación como entidad propugna actualmente (2), después de superar la etapa inicial de disolución del grupo y de disociación de sus integrantes (3).

5. Distinta repercusión han logrado esos dos movimientos renovadores de la técnica legislativa. El primero de ellos, por su planteamiento universal y por estar desprovisto de carácter dogmático, ha sido aceptado por la mayoría de las constituciones modernas, aunque con diversa intensidad y representa una de las características del constitucionalismo social o constitucionalización del derecho privado, cuyo propósito esencial es vincular la renovación constitucional con el derecho privado, a fin de que éste se ajuste a las bases expresadas en la constitución (4). Pero adviértase que ese sistema no significa el acogimiento del derecho de familia como derecho público, puesto que lo mismo se hace con los principios fundamentales de la propiedad, del trabajo, de la actividad económica, de la asistencia social, de la cultura, de la educación, etc. Sólo implica un cambio en la técnica constitucional.

(2) CEPICKA, Discours sur le nouveau code de la famille, en Bulletin de droit tchécoslovaque, Praga, año VIII (1950) n° 2, p. 97; PETRZELKA, Le nouveau droit de famille tchécoslovaque, en Bulletin de droit tchécoslovaque, año VIII, n° 2, p. 126.

V. Le mariage et le divorce d'après la législation actuelle de l' U.R.S.S., en Revue internationale de droit comparé, t. 2, p. 347.

(3) FRUGONI, La esfinge roja, Bs. Aires, 3a. ed., 1948, ps. 397 y sigtes.; LAMBERT, Posición de los códigos rusos en la jurisprudencia comparada, en Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 17-6 (sec. legislación comparada); CASTÁN, Hacia un nuevo derecho civil, Madrid, p. 17.

(4) V. nuestro estudio La familia en la reforma constitucional de 1949, en Jurisprudencia Argentina, 1950-IV-6 (sec. doctrina).

6. Por el contrario, tanto por su identificación con el sistema político preindicado —aunque hay autores que propician la escisión con prescindencia de toda ideología (5)— como por el mantenimiento de los principios clásicos, la autonomía legal del derecho de familia ha tenido escasas manifestaciones. Por una parte, y en forma integral, el código de la familia en Rusia (1918) (6) —luego reformado varias veces—, Yugoslavia (1946), Bulgaria —aunque bajo el nombre de ley sobre las personas y la familia— (1949) (7) y Checoslovaquia (1950) (8); y, por otra parte, en aspecto parcial, el código del niño, dictado en algunos países —a veces con la denominación de código de menores— pero sin sentido político y con el propósito concreto de proveer a la protección del incapaz en todos los aspectos, por lo cual engloba normas penales y asistenciales, conjuntamente con las civiles que toma del derecho de familia.

El sistema soviético y de las llamadas "democracias populares" continúa aislado. Aunque algunos autores denominan código de la familia al decreto-ley francés del 29 de julio de 1939 (9), es inexacta esa designación, no sólo porque se denomina decreto relativo a la familia y a la natalidad francesas, sino también porque no sustrae del código civil el régimen familiar, porque modifica algunas de las normas de ese cuerpo legal y del código penal y porque provee a la asistencia del núcleo por medio de la creación de instituciones protectoras, como asignaciones familiares, primas para nacimientos, préstamos nupciales, etc. (10).

7. Debemos señalar que el código del pueblo alemán (BGB), que proyectara sancionar el régimen nazista, mantuvo la unidad tradicional del código civil, pese al movimiento doctrinario que precediera a esa iniciativa y que propugnaba el traspaso de las normas sobre la familia al derecho público (11). También conservó esa unidad el anteproyecto de código civil que redactara Ossorio para Bolivia, pese a su original art. 118, en el cual establece que "la institución de la familia" "participa del derecho público y del derecho privado" (12), en norma errónea, pues no cabe que un código civil declare que excede su

(5) DAVID, La noción del derecho civil, en *La Ley*, Buenos Aires, 46-920.

(6) PATOUILLET y LAMBERT, Los códigos soviéticos. Código de la familia y código civil, en *Jurisprudencia Argentina*, 17-1 (sec. legislación comparada).

(7) V. Un nouveau code de la famille en Bulgarie, en *Revue internationale de droit comparé*, t. 3 (1951), p. 304.

(8) V. CEPICKA, Discours sur le nouveau code de la famille, en *Bulletin de droit tchécoslovaque*, año VIII (1950), p. 97; PETRZELKA, Le nouveau droit de famille tchécoslovaque, en dicho *Bulletin*, año VIII, p. 126; Un nouveau code de la famille en Tchécoslovaquie, en *Revue internationale de droit comparé*, t. 2 (1950), p. 701.

(9) PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 43 ed., París, 1948, t. 1, p. 431, en nota; BERRO, El código de la familia, apartado del *Boletín del Instituto Internacional Americano de Protección a la Infancia* (t. XIV, nº 1, julio de 1940), Montevideo, 1940.

(10) V. el texto de ese decreto-ley en DALLOZ, *Recueil périodique et critique*, París, 1939, p. 369.

(11) BELTRAN DE HEREDIA, Sistema del código del pueblo alemán, en *Revista de derecho privado*, Madrid, t. 27, p. 125.

(12) OSSORIO, Anteproyecto del código civil boliviano, Buenos Aires, 1943, p. 75.

propio ámbito la materia sobre la cual legisla íntegramente, con lo cual deja sin saber sobre qué incidirán las leyes de derecho público.

8. Frente a las reseñadas manifestaciones de la técnica legislativa moderna, expresamos que compartimos el sistema de formulación constitucional de las bases de la estructura de la familia —por ser inherentes a la estructura social—; en cambio, disentimos con la autonomía legal del derecho de familia, pues entendemos que integra el derecho civil, lo cual excluye la especialización normativa que quiebra la unidad. La conclusión práctica que se extrae de la renovación de la técnica legislativa es que ahora el derecho de familia está compuesto por dos categorías de reglas: Unas, orientadoras o básicas —las constitucionales—; y otras, reguladoras —las civiles—.

III

LA RENOVACION EN LA SISTEMATIZACION CIENTIFICA: LA DOCTRINA DE CICU.

a) *Formulación.*

9. La construcción jurídica realizada por Cicu (13), sobre la autonomía del derecho de familia, parte de la diferencia existente entre el derecho público y el derecho privado, cuya distinción lleva a ese autor a examinar el concepto de Estado y la posición que en su seno ocupa el individuo. Nos presenta al Estado como un organismo, cuyos elementos constitutivos son las personas, consideradas como entidades espirituales que se encuentran orgánicamente unidas entre sí, por cuanto los fines del Estado superan a los fines del individuo como tal. Los conflictos entre el Estado y los individuos se resuelven dentro del Estado mismo, partiéndose de este interrogante: ¿Interesa al Estado considerar como fines suyos a todos los fines individuales, o le interesa dejar al individuo una determinada esfera de libertad —más o menos amplia— en que sea dueño de realizar sus fines particulares?

Este planteamiento —destaca el profesor de la Universidad de Bolonia— indica que el individuo no está en contra del Estado ni fuera del

(13) CICU, *El derecho de familia*, en la traducción de Sentís Melendo, efectuada sobre *Il diritto di famiglia*, Roma, 1914. La tesis de la obra fué anticipada bajo el título *Lo spirito del diritto familiare*, discurso inaugural, Macerata, 1914 —según anota el autor, ob. cit., p. 32— y posteriormente sintetizada en la introducción a *La filiación*, reproducción del curso de derecho civil desarrollado en la Universidad Católica del Sagrado Corazón de Milán, en 1926-1927, versión castellana de Faustino Jiménez Arnau y José Santa Cruz Teljeiro, Madrid, 1930.

Resúmenes de la teoría de CICU, proporcionan NEPPI, en el Estudio preliminar que precede a la mencionada traducción de Sentís Melendo; DE RUGGIERO, *Instituciones de derecho civil*, traducción de la 4ª ed. italiana por Serrano Suñer y Santa-Cruz Teljeiro, Madrid, 1931, t. 2, p. 657 y sigtes.; PUIG PEÑA, *Tratado de derecho civil español*, Madrid, 1947, t. II, vol. 1, p. 14 y sigtes.; SANTA CRUZ TELJEIRO y JIMENEZ ARNAU, *La posición del derecho de familia en la doctrina del profesor CICU*, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, t. 14, p. 241.

Estado, sino en dependencia del mismo. La distinción entre derecho público y derecho privado se halla en la diversa posición que el Estado reconoce al individuo, y que es de dependencia en el primer ordenamiento y de libertad en el segundo: La reglamentación jurídica de tal libertad es derecho privado. En la relación jurídica pública y en la relación jurídica privada hay, como carácter general, interés y voluntad: En la privada, interés individual con libertad de juicio y de acción, ejerciéndose la tutela jurídica por medio de la tutela de las voluntades. En la pública, no admitiéndose que el interés del individuo constituya una antinomia con el del Estado; y como el interés del último es superior al individual, la voluntad se subordina a aquel interés, produciéndose coordinación de las voluntades con un fin único, al cual se supeditan.

10. Al ubicar las relaciones de familia dentro de estas categorías de relaciones jurídicas, observa Cicu que no se tutelan los intereses individuales como autónomos ni una libertad de querer referente a aquéllos; se subordinan las voluntades a un interés único y superior a los intereses individuales. El examen de la relación conyugal —dice— lo comprueba: Se forma sobre la bases del consentimiento, pero la ley no da a los esposos libertad de constituir, ni de regular, ni de disolver su relación. Luego no se toman en cuenta los fines particulares tenidos en vista al contraer matrimonio, sino que la ley es la que señala los fines y somete a ellos la voluntad de los cónyuges. Semejante supeditación es más notoria aún en la filiación, donde se tutela el interés de los hijos en su carácter de incapaces. Por todo esto, Cicu sostiene que, en el derecho de familia, la relación jurídica presenta caracteres iguales a los que ofrece la relación de derecho público: Interés superior y unitario; y voluntad tendientes a su satisfacción.

Como consecuencia, afirma que la familia es un organismo idéntico al Estado y que las relaciones de derecho familiar chocan con los elementales criterios de sistematización científica, cuando se las incluye en el derecho privado. Hay diferente tutela jurídica: En el derecho privado se trata de conflictos de interés basados en la voluntad y en la responsabilidad de los particulares afectados; en el derecho de familia hay "unidad y no antítesis de intereses" y se protege el interés superior frente a los intereses individuales, de modo que "la voluntad sirve para la persecución del interés que se establece, por consiguiente, frente a los individuos como superior" (14).

11. Sin embargo, Cicu expresa que el derecho de familia no debe ser incorporado al derecho público: "Si derecho público es el del Estado y el de los demás entes públicos, el derecho de familia no es derecho público. La familia no es ente público, no porque no esté sujeta, como los entes públicos, a la vigilancia y a la tutela del Estado (no se ha garantizado todavía a la familia, frente al Estado, una libertad y una autonomía de la misma naturaleza que la privada), sino porque los intereses que debe cuidar no son, como en los entes públicos, intereses

(14) CICU, *El derecho de familia*, p. 443.

de la generalidad, por lo cual no está organizada como éstos. Por tanto al derecho de familia se le podría asignar un lugar independiente en la distinción entre derecho público y derecho privado; es decir, que la bipartición podría ser sustituida por una tripartición que respondiera a los caracteres particulares que socialmente asume el agregado familiar frente al agregado político" (15).

12. Durante el curso de su exposición, Cicu destaca que se ha intuido —más que visto— la aproximación del derecho de familia al derecho público y que algunos autores han enunciado rápidas afirmaciones sobre que la familia debe ser concebida como institución de derecho público o sobre que ciertas instituciones familiares —como la patria potestad— asumen naturaleza de obligación de derecho público frente a la comunidad. Añota que el desenvolvimiento de esa doctrina se encontró trabado por la concepción del interés público como interés colectivo. Pero superado ese obstáculo, "la estructura pública de la relación familiar nos parece que no se pueda poner en duda: No sólo como estructura interna de la relación, en cuanto incluso ésta presenta más acentuadas las características de la relación de derecho público; sino también como estructura externa, esto es, como estructura de la relación entre familia y Estado: En uno y otro aspecto se tiene relación de *status*" (16).

13. La extensa demostración que desenvuelve Cicu ofrece algunos aspectos que conviene destacar. Así, advierte que la inclusión del derecho de familia en el derecho privado se encuentra atenuada por la afirmación de que está constituido predominantemente por normas de orden público. Considera que es erróneo valorar las normas del derecho familiar sobre la base del principio de orden público, tal como lo ha elaborado el derecho privado: "Puesto que éste tiene su razón de ser en un interés general y superior que viene a limitar (y no a excluir "a priori") la libertad individual, así para decidir si cada norma del derecho de familia es o no de orden público podría ser necesario indagar caso por caso si concurre un interés general. Para nosotros el interés no general, sino superior, existe siempre; el mismo excluye, y no limita, la libertad individual de establecer y perseguir fines individuales (17).

Esto significa, en la concepción que exponemos, que el individuo carece de libertad en la formación de los negocios jurídicos del derecho de familia, hasta el punto de que el matrimonio es acto del poder estatal; tesis que llega a su máxima expresión en el reconocimiento del hijo natural y en el desconocimiento de la paternidad legítima, que tampoco son negocios privados, sino actos del poder familiar. Todos los negocios del derecho de familia consisten en actos del poder estatal o en actos de los poderes familiares, sin que la voluntad privada sea eficaz para constituir, modificar o disolver los vínculos jurídicos familiares. El

(15) CICU, *La filiación*, p. 14.

(16) CICU, *El derecho de familia*, p. 288.

(17) CICU, p. 299.

interés individual está reemplazado por un interés superior, el de la familia, pues la regulación normativa responde a las necesidades del núcleo y no a las del individuo; y por ese medio se protege el más alto interés del Estado, desde que depende de la solidez del grupo familiar. El fin de la familia no está constituido por los fines queridos por las personas sino por el fin superior de la sociedad, lo cual implica la prevalente intervención del Estado para establecer la regulación jurídica de la familia y para fijar inflexiblemente sus consecuencias.

Llega este autor a afirmar que la voluntad y su declaración deben justipreciarse con diversos criterios que los que utiliza el derecho privado, de modo que no habrá que valorarlas en sí mismas, sino en cuanto vician el acto estatal, porque el principio de responsabilidad —característico del derecho privado— es inaplicable en el derecho de familia, porque siendo inoperante el propósito práctico individual, la voluntad real encuentra su límite en las exigencias del interés superior familiar y estatal. La voluntad privada, a lo sumo, funciona como condición del pronunciamiento estatal en determinadas situaciones, como en la separación de los cónyuges, en la reconciliación, en la adopción.

Lo anterior se comprueba, según el maestro italiano, con la imposibilidad individual para restringir o condicionar los efectos jurídicos de los negocios jurídicos familiares; como también con la inaplicabilidad del principio de representación y con la intransmisibilidad, irrenunciabilidad e imprescriptibilidad de los derechos familiares. Sobre todo esto —agrega— predomina la decisiva intervención del poder público en la formación de la relación jurídica familiar, en virtud de que la voluntad privada es impotente, por sí sola, para crearla, desde que sólo representa, en ciertas situaciones, un presupuesto de hecho que reviste significación en cuanto actúa como iniciativa o como determinante de la intervención del poder público. En síntesis, la relación jurídica familiar se constituye por voluntad estatal.

b) *Antecedentes y repercusión.*

14. Como advierte De Ruggiero (18) y como reconoce Cicu (19), la idea central de esta concepción había sido anticipada esquemáticamente por algunos tratadistas, aunque sobre la base de la naturaleza de derecho público de ciertas instituciones familiares o sobre la íntima relación del derecho de familia con el derecho público. Pero es Cicu quien ha expuesto orgánica y ampliamente el problema, superando los términos de los bosquejos precedentes, ya que, además de establecer la estructura pública de la relación familiar, propuso la tripartición del derecho como medio de solucionar las diferencias entre el derecho público y el derecho de familia, que hacían que éste permaneciera dentro de la tradicional clasificación bipartita.

15. Formulada la nueva doctrina, y presentada con las precisas características enunciadas por Cicu, los autores la estudian especial-

(18) DE RUGGIERO, t. 2, p. 667, nota 2.

(19) CICU, p. 287.

mente en cuanto a la novedad que introduce en punto a la tripartición del derecho. Especial apoyo le ha brindado De Ruggiero (20) —si bien señala que en algunos extremos es exagerada la tesis—, aunque incurriendo en notoria discordancia entre su rotunda afirmación de que el derecho de familia "se separa del resto del derecho privado y que constituye una rama autónoma" (21) y su anterior y mera clasificación del derecho en público y privado (22), según la clásica doctrina de la bipartición, en criterio mantenido cuando divide el derecho privado, con inclusión de las normas que rigen la familia (23), y en coincidencia —en estos dos últimos aspectos— con la denominación de su obra: "Instituciones de derecho civil".

16. Sin mencionar la obra de Cicu, varios escritores alemanes, según informa Beltrán de Heredia (24), enunciaron ideas equivalentes con posterioridad. Así —anota aquél— L. Dukow, E. Swoboda, Binder, Schmidt, Hedemman, y más especialmente Nipperdey, que llegaba a afirmar terminantemente que el derecho de familia podría ser derecho social, o derecho público, o un derecho especial; pero "lo indudable es que no es derecho privado". Y, por tratarse de normas de derecho público que sólo al Estado cabía determinar, debiendo quedar sustraídas a la voluntad privada, pasaban también al campo del derecho público, que por leyes especiales habría de establecerlas".

17. En contraposición, Barassi (25) ha formulado aguda crítica al sistema del profesor italiano; Hernández Gil (26) lo descarta sintéticamente; Valverde (27) se mantiene dentro de la concepción clásica; y Puig Peña (28), tras exponer con detalle el pensamiento de Cicu, aunque sin pronunciarse expresamente, lo desecha en forma implícita, por la razón metodológica que objetiva la aparición de su derecho de familia como parte integrante de su tratado de derecho civil español.

Entre los autores argentinos, Busso (29) —aunque sin desarrollo— y Ferreras (30) rechazan la tripartición. Dubitativo se manifiesta Ferrer (31); y sin mencionar la renovadora teoría del profesor italiano, Ré-

(20) DE RUGGIERO, t. 2, p. 658 y sigtes.

(21) DE RUGGIERO, t. 2, p. 667.

(22) DE RUGGIERO, t. 1, ps. 43 y sigtes.

(23) DE RUGGIERO, t. 1, ps. 71 y sigtes.

(24) BELTRAN DE HEREDIA, Sistema del código del pueblo alemán, en Revista de derecho privado, Madrid, t. 27, p. 125.

(25) BARASSI, La famiglia legittima nel nuovo codice civile, 3ª ed., Milán, 1947, ps. 7 y sigtes.

(26) HERNANDEZ GIL, El concepto del derecho civil, en Revista de Derecho Privado, Madrid, t. 27, p. 38.

(27) VALVERDE, ps. 12, 13 y 17 y sigtes.

(28) PUIG PEÑA, t. II, vol. 1, ps. 14 y sigtes.

(29) BUSO, Código civil anotado, Buenos Aires, t. 2, 1945, p. 7, nº 4.

(30) FERRERAS, El derecho de familia en la sistemática jurídica, en Boletín del Instituto de Derecho Civil, Córdoba, año VII (1942), p. 259.

(31) FERRER, El derecho de familia en el código de Vélez Sarfield y su evolución posterior, en Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fe, año XII (1950), p. 90.

bora, en forma incidental, afirma que las instituciones de la familia se trasladan paulatinamente del orden privado y consuetudinario al del derecho privado, y de éste al derecho público (32).

c) *Crítica.*

18. Ardua y extensa labor sería intentar una réplica sistemática y orgánica a la concepción de Cicu. Por eso, nos limitaremos a formular las objeciones fundamentales que nos sugiere.

19. Ante todo, afirmamos que la familia no es un organismo —como pretende Cicu—, sino una institución. Basta tal carácter institucional para explicar el obligado funcionamiento del orden normativo preestablecido, con el valor potencial del vínculo jurídico familiar y la reducción de la voluntad humana al mero acto impulsor. Estamos de acuerdo en cuanto a que las obligaciones y los derechos emergentes del estado de familia se ejercen automáticamente y en cuanto a la ineptitud del arbitrio individual para modificar unas y otros. Pero eso no significa que el negocio jurídico familiar sea acto del poder estatal o acto derivado exclusivamente de los poderes familiares, abstractamente considerados. Siempre actúa, y en forma decisiva, la voluntad humana, tanto en lo relativo al surgimiento de la relación jurídica familiar, como en lo que atañe a los efectos de la misma, en cuanto esos efectos no son susceptibles de producirse sin la acción humana, esto es, sin voluntad concreta de provocarlos o de realizarlos. Es inaceptable deshumanizar la voluntad humana y mecanizarla. Lo extremo de la teoría de Cicu se advierte, por ejemplo, cuando señala que el dolo es insusceptible de causar la nulidad del matrimonio. La debilidad de ese argumento —ejemplo quizá, más que argumento— se comprueba con la diversidad legislativa que al respecto existe, pues si hay códigos que no aceptan la invocación del dolo como causa para anular las nupcias, en cambio otros lo consignan expresamente; y esto sin contar con que el fundamento de la primera posición es ajeno a las consideraciones teóricas del profesor italiano. Tampoco es admisible que en el reconocimiento del hijo natural se niegue la prevalencia de la voluntad individual del reconociente, situación que no desaparece porque sea exigible, desde que la voluntad actúa decisiva y exclusivamente mientras el emplazamiento depende de la espontaneidad del acto paterno. Idéntica prevalencia se advierte en el desconocimiento de la paternidad legítima, porque incumbe al emplazado como padre producir la repulsa del hijo que se le atribuye.

20. Por otra parte, la regulación de la libertad humana y el establecimiento de límites y de restricciones a su manifestación, no permiten inducir la inexistencia de derecho privado. Creemos que todo el derecho privado está construido sobre esa regulación limitativa de la

(32) REBORA, *Instituciones de la familia*, Buenos Aires, 1945, t. 1, ps. 8 y 484.

autonomía de la voluntad: Aun el viejo principio de la máxima autonomía en materia contractual no es sino una regulación de la libertad humana. Sustancialmente, en todas las instituciones del derecho privado se manifiesta —con intensidad o sin ella— la intervención del Estado en la formación de las relaciones jurídicas. Para Cicu, verbigracia, la relación jurídica conyugal demuestra que los esposos carecen de libertad para constituir el matrimonio y para regular sus características y efectos. Pues lo mismo ocurre con los derechos reales, que no pueden ser creados por la voluntad humana, la que ha de conformarse a los establecidos en la ley, del mismo modo que ha de aceptar sus consecuencias tal como están previstas, sin que le sea dado alterar su naturaleza, ni sus matices, ni sus repercusiones: El derecho real juega con prescindencia de la voluntad humana, la que sólo origina su surgimiento al producir el presupuesto determinante (33). Todavía más: La extensión del dominio no la decide la plena voluntad humana, ni aun dentro de las teorías individualistas. Sus límites y restricciones son múltiples y obedecen a la función propia del dominio. Es que la idea de función no es privativa de la relación jurídica familiar; también contiene el derecho de propiedad, sin que por eso exceda la órbita del derecho privado (34). En réplica a una pareja observación de Crome, sobre la participación del poder público en el campo de los derechos reales y de las sucesiones, y en la cual se sostiene que la participación del poder público en el derecho familiar representa una mera forma, De Ruggiero aduce que no se trata en el último supuesto, de una mera forma, puesto que el Estado, mediante la declaración o la intervención de sus órganos, constituye la relación jurídica familiar, sin limitarse a la simple función de recibir y de hacer pública la declaración del particular (35). Por nuestra parte, consideramos que no es absoluta y privativa la constitución del estado familiar por acto estatal, pues en la inscripción del nacimiento —que emplaza en un estado de familia— sólo hay recepción y publicidad por parte del Estado, tal como en la inscripción de los derechos reales. Aun cuando la intervención del Estado es activa y se exterioriza con actos jurisdiccionales, las sentencias judiciales —fuera de que no todas son constitutivas, sino que asumen, en ciertas ocasiones, carácter declarativo— siempre son consecuencia del requerimiento individual, que actúa originaria, exclusiva y determinantemente.

Todo esto nos lleva a afirmar que el emplazamiento en el estado de familia se obtiene, siempre, con intervención del Estado: Es una situación formal que se crea dentro del Estado, frente al Estado —para ser reconocido y tutelado por éste—, e, igualmente, dentro de la familia, frente a la familia —para ser reconocido y tutelado por medio de la

(33) Ver nuestro estudio Los elementos de la situación jurídica: Glosa y observaciones en torno a la doctrina de Carnelutti, en *Jurisprudencia Argentina*, 1942-III-40 (sec. doct.); y nuestro comentario bibliográfico al Tratado teórico-práctico de la hipoteca, la prenda y demás privilegios, de Raymundo L. Fernández, en *Jurisprudencia Argentina*, 76-16 (sec. bibl.).

(34) BARASSI, ps. 11 y 12.

(35) DE RUGGIERO, t. 2, p. 666, en nota.

misma familia. Pero la forma del acto jurídico familiar tampoco es elemento diferenciador entre el derecho de familia y el derecho privado.

21. En efecto, en el derecho privado común, la forma —y aun la solemnidad— se exige frecuentemente para que el acto alcance efectos contra terceros y aun para que valga y exista en sí mismo. En el orden familiar, esa forma es característica y adecuada a la relación que se crea. Nada sustancial diferencia esa forma de la que rige el surgimiento de otros estados jurídicos. La circunstancia de que intervenga normalmente el oficial del Registro Civil en los actos jurídicos familiares, tampoco asume significación especial, por cuanto obedece a razones de especialización y centralización de registros; como también porque, en determinadas hipótesis, no es indispensable su actuación, como ocurre en la celebración del matrimonio en artículo de muerte, que puede realizarse ante cualquier funcionario judicial, de acuerdo con el sistema legal argentino (art. 46, ley de matrimonio civil). El estado de familia, por lo demás, puede existir con prescindencia de la intervención del oficial público y originar la posesión de estado de familia, la que logra plenitud por medio de la sentencia judicial declarativa de esa posesión de estado. En estos supuestos, la intervención estatal se produce con posterioridad y para consolidar el estado de familia y darle entidad formal. En este último caso, hay evidente semejanza con la declaración judicial de derechos patrimoniales no instrumentados, tal como la intervención del oficial del Registro Civil equivale a la intervención del oficial público en la celebración de ciertos actos jurídicos patrimoniales.

22. Se arguye que la relación jurídica familiar no surge por la mera voluntad individual, la que es insuficiente si no concurre la del poder público. A esto se replica con lo antedicho, porque también hay actos jurídicos patrimoniales que no se crean por la mera voluntad de los particulares contratantes, si no concurre, asimismo, la del poder estatal, por medio del funcionario público. Todo se reduce a una especialización restrictiva en cuanto a los funcionarios estatales autorizados para intervenir en la formación de las relaciones jurídicas familiares; y aun en este aspecto, no es ineludible la actuación del oficial del Registro Civil, puesto que cabe la de cualquier funcionario judicial en el matrimonio en artículo de muerte o la de un escribano público en el reconocimiento que el padre haga de sus hijos naturales (art. 332 del código civil argentino). Queda demostrado, pues, que se trata de materia de forma y que, por muy peculiar que sea, no legitima la escisión del derecho de familia.

23. Desde otro punto de vista, cuando la doctrina de Cicu sostiene que el fin de la familia no responde a los fines queridos por las personas, sino al fin superior de la sociedad, y de ahí deduce la prevalente intervención estatal, se olvida que, en muchas otras manifestaciones del derecho privado, el fin querido por las personas está regulado por el fin superior social, como se comprueba en el régimen de los derechos reales, en el establecimiento de privilegios para determinados acreedores, en las restricciones insalvables de la autonomía contractual,

etc., hipótesis en que también predomina la intervención estatal, producida al determinar la regulación normativa de esas figuras jurídicas. Reiteramos nuestra observación anterior en cuanto a que en todas las instituciones del derecho privado se exterioriza —aunque con gradaciones— la intervención del Estado en la formación de las relaciones jurídicas: La circunstancia de que esa intervención se acentúe en cuanto atañe a la familia, no representa una nota diferenciadora en punto a la naturaleza de las normas.

24. Por último, y con el propósito de sintetizar esta crítica a la doctrina del maestro italiano, observaremos que la cantidad de normas de orden público que contenga una institución no modifica su naturaleza. Es innecesario demostrar que, en múltiples fases del derecho privado, funciona continuamente el principio del orden público. Aunque todas las disposiciones que comprende el derecho de familia fueran de orden público, no por eso habría mudado de naturaleza en cuanto a su sustancia esencial como derecho privado. Sólo se trataría de un sector de normas en que el orden público actúa constantemente. Es un problema de intensidad y no de naturaleza.

25. Todo lo expuesto nos mueve a disentir con la tripartición del derecho que postula Cicu. No nos basamos únicamente en razones prácticas —como las que a veces se aducen (36)—, sino que nos apoyamos en las razones fundamentales antes expuestas, que reafirman la naturaleza del derecho de familia como parte integrante del derecho privado.

Por lo mismo, sustituimos el concepto de estructura pública de la relación familiar —que en la concepción del maestro italiano conduce a la naturaleza de la norma jurídica— por el de estructura pública del estado de familia, que entendemos como caracterización de los requisitos formales del acto jurídico familiar y con el cual expresamos la medida de la intervención estatal en el emplazamiento en el estado de familia.

IV

EL DERECHO DE FAMILIA COMO PARTE INTEGRANTE DEL DERECHO CIVIL.

26. Cuanto queda dicho en la réplica a la concepción de Cicu, es suficiente para establecer que el derecho de familia forma parte integrante del derecho civil.

Es innecesario que nos detengamos a analizar qué es derecho civil. Basta recordar que responden a esa categoría las normas que legislan relaciones comunes o situaciones generales (37).

(36) PUIG PEÑA, t. II, vol. 1, pág. 17.

(37) V. la segunda parte de nuestro comentario bibliográfico *Método y sentido del Código Civil Anotado*, por Eduardo B. Busso, en *Jurisprudencia Argentina*, 1944-IV, (sec. bibl.), p. 23.

Esas situaciones generales o relaciones comunes están descriptas con precisión en las siguientes palabras de Arauz Castex: "Derecho civil alude al obrar del hombre de su casa, de su familia; al que nace, se cría, se casa, compra o alquila su vivienda o un campo, hipoteca, educa a sus hijos, hereda, testa y muere; en suma, al hombre cuando se conduce simplemente como tal con relación a otros que se comportan en igual carácter, sin calificación ni particularidad" (38). Este enunciado desenvuelve descriptivamente la fórmula clásica de diferenciación del derecho civil y contiene las diversas etapas básicas de la vida familiar del hombre, con lo cual objetiva las razones naturales —biológicas y psíquicas— de la inclusión y permanencia del derecho de familia dentro del derecho civil.

27. La naturaleza civil del derecho de familia se ratifica si se tiene presente que es imposible desvincular la familia de las demás instituciones del derecho común, pues la mayoría de las mismas actúan en función de aquélla. Como ha observado Bonnecase, la organización y el funcionamiento de la familia ponen en juego las reglas más alejadas entre sí y repercuten, por ejemplo, en los regímenes patrimonial y sucesorio (39). Se trata de un fenómeno comprobado en el orden histórico.

V

EL CONGRESO DE JURISTAS

DECLARA:

1. El movimiento de unificación del derecho privado ha de acompañarse con la debida preservación de su propia integridad, para evitar que se quiebre por la especialización normativa.

2. El derecho de familia no integra el derecho público ni forma una rama autónoma, sino que integra el derecho privado y, dentro de éste, el derecho civil.

3. Las fórmulas constitucionales sobre la organización de la familia no significan el acogimiento del derecho de familia como derecho público, sino la enunciación de las bases del derecho privado como elemento de la estructura integral del Estado, por lo cual constituyen normas orientadoras.

4. Las normas reguladoras de la familia deben estar contenidas íntegra y sistemáticamente en el código civil.

(38) ARAUZ CASTEX, Necesidad de replantear la unidad y contenido del derecho civil, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 3ª época, año V, p. 1217.

(39) BONNECASE, *La filosofía del Código de Napoleón aplicada al derecho de familia*, traducción de Cajica, Puebla, México, 1945, t. XX, ps. 40 y sigtes.