

EL CONCEPTO JURIDICO DE FAMILIA. MATRIMONIO Y FAMILIA

*(a partir de la obra de la profesora homenajeadada:
Los principios jurídicos en las relaciones de familia, 2006)*

¿Cabe proyectar un doble esquema matrimonial legal?

Dra. MARÍA JOSEFA MÉNDEZ COSTA¹

DRA. CATALINA ELSA ARIAS DE RONCHIETTO²

Sumario

Introducción

Valía del magisterio y la personalidad de la Dra. María Josefa Méndez Costa.

¹ Miembro de la Comisión de Redacción del Proyecto de Código Civil Argentino, Com. Dec. 685/95. Méndez Costa, María Josefa: "Constitucionalidad del matrimonio disoluble. ¿Cabe proyectar un doble esquema matrimonial legal?", nota a fallo, en La Ley, t. 1998-C. Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio, Comisión Honoraria Decreto 685/95. Firmantes : Héctor Alegría, Atilio Alterini, Jorge Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio C. Rivera y Horacio Roitman, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999. De la jurista, en coautoría con Daniel H. D'Antonio, cf. su minucioso análisis: "Requisitos del matrimonio, impedimentos, consentimiento", págs. 138-256 y "Forma y prueba del matrimonio", en Derecho de Familia, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001, 3 tomos, t. I, págs. 259-302.

² Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales, summa cum laudae. Premio Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UM, 1996. Directora-Fundadora del Instituto de Derecho Civil "Profesor Dr. Guillermo A. Borda". Investigadora del Departamento de Investigaciones Científicas y Tecnológicas, DICYT-UM. Profesora Titular Ordinaria de Derecho Civil V. Derecho de Familia. Directora de Tesis de Doctorado y Miembro de Tribunales de Maestrías y de Tesis de Doctorado. Miembro Ex-

Primera parte

1. El concepto jurídico de familia: Los principios jurídicos en las relaciones de familia, de la Dra. María Josefa Méndez Costa.
2. El concepto jurídico de familia: el matrimonio y las diversas uniones “de hecho”.
3. El concepto legal de familia, las políticas públicas y el decreto reglamentario n° 415/06, de la Ley n° 26.061/05.
4. El concepto jurídico de familia y el derecho constitucional a casarse y fundar una familia.
5. El concepto de familia, la filiación o tutela por afinidad y las denominadas familias “ensambladas”. Su diferencia.

Segunda Parte

6. El concepto de familia, el matrimonio y la opción legal por el matrimonio religioso con efectos civiles.
7. “¿Cabe proyectar un doble esquema matrimonial legal?”; propuesta de Méndez Costa y de otro Miembro en minoría en la Comisión de Redacción del Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio (Com. Hon. dec. 685/95).³
8. La opción implantada en la reciente Ley chilena n° 19.947 de 2004.

traordinario del Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, CRICYT-Mendoza. Miembro de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho; Miembro del Instituto de Derecho y Ciencias Sociales, Región Cuyo, de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba; Miembro del Comité de Bioética de la FCS-Universidad de Mendoza. Autora del libro *La adopción*, coautora en obras colectivas, entre ellas *La persona humana*, y de diversos artículos sobre Derecho de Familia y Bioética.

³Proyecto de Código Civil, Com. Hon. decreto 685/95. Expresan: “...Con respecto a la separación judicial y a la disolución del vínculo, cabe destacar que no fue aceptada una posición minoritaria de la Comisión, que sugirió admitir la posibilidad de contraer matrimonio indisoluble en vida, lo que fue rechazado por la mayoría”, en *Fundamentos...*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, Título IV, 77, pág. 37.

Reflexión conclusiva

El derecho natural, los jóvenes, el matrimonio, y la creatural necesidad de ejemplaridad; la humana aspiración de grandeza, de bien, exigen al derecho el resguardo fiel del principio de prioridad de la familia de fundación matrimonial.

Introducción

Valía del magisterio y la personalidad de la Dra. María Josefa Méndez Costa.

En primer lugar, agradecemos a las autoridades de la Pontificia Universidad Católica Argentina el respaldo de su prestigio al ser hoy la Universidad anfitriona de este tan justo reconocimiento. Es también un deber a cumplir con sincera efusividad el de resaltar la laboriosa colaboración en la organización de este Encuentro de la Dra. Úrsula C. Basset, del Dr. Jorge Nicolás Lafferriere, y la de quienes han respondido a sus requerimientos.

Con amistad manifestamos nuestra gratitud a cada uno de los prestigiosos expositores que hoy nos acompañan en este Encuentro Interuniversitario de Derecho de Familia: Dr. Hernán Corral Talciani; Dr. Eduardo A. Sambrizzi; Dra. Zelmira Bottini de Rey y P. Lic. Alberto Bochaty, OSA.

En cuanto a mí, participo de este homenaje con profundo sentimiento de gratitud admirativa. Conozco a la Dra. María Josefa Méndez Costa desde hace muchos años; su valía profesional me consta al punto de subrayar algo que hoy es justo exaltar: la Universidad Católica de Santa Fe, sedes Santa Fe y Misiones, deben su realidad actual, en altísima medida, a su infatigable trabajo académico y a su extraordinaria capacidad de convocatoria de las personalidades más notorias y disímiles. Su auténtica sencillez, y la serena pero siempre franca firmeza de sus convicciones, junto a su importante obra publicada, le han permitido ser convocada y escuchada en los ambientes doctrinarios y legislativos más dispares.

Un buen ejemplo de ello es lo que ocurrió durante la realización del X Congreso Internacional de Derecho de Familia,⁴ realizado en

⁴ X Congreso Internacional de Derecho de Familia: "El derecho de familia y los nuevos paradigmas". Presidente: Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci. Se publicaron

Mendoza, en el año 1998. Tuve el honor de integrar con ella la Comisión nº 1: “Los principios jurídicos de la familia en nuestros días”. Ambas aceptamos con conciencia clara de su trascendencia y complejidad; vale hoy recordar verla llegar a mi estudio en Mendoza, incansable y diligente, dispuesta a que, reunidas también con la Dra. Dolores Loyarte, redactásemos la propuesta final de nuestra Comisión,⁵ sobre la base de las ponencias presentadas. Con el respaldo de su prestigio, la misma fue aprobada por amplia mayoría. Entre las conclusiones, resaltan:

i) [...] el reconocimiento del principio de inviolabilidad y dignidad de la vida humana, inviste especial importancia la consagración del concebido como sujeto de derecho; ii) [...] consolidar el paradigma de la familia matrimonial como el que mejor respeta los fines propios de la institución familiar.⁶

Muy importantes precisiones, máxime considerando que paralelamente, en la Comisión nº 4: “Diversas formas familiares”, se impusieron conclusiones totalmente opuestas.⁷

cinco volúmenes con las Conferencias Magistrales y las Ponencias, que testimonian el intensísimo trabajo cumplido y la puja entre las tendencias doctrinarias: “Profesores Invitados”, 380 págs.; “Los principios jurídicos en Derecho de Familia en nuestros días”, 447 págs.; “El niño como sujeto de derecho. El interés superior del niño en las distintas instituciones jurídicas”, 678 págs.; “Régimen económico de la familia”, 502 págs.; y “Diversas formas familiares”, 389 págs., respectivamente. Dirección de Publicaciones, Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, Argentina, 1998; cf. Kemelmajer De Carlucci, Aída: *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999; X Congreso...: cit., “Conclusiones”, en *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, nº 14, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, págs. 330-348.

⁵ X Congreso...: cit. Miembros de la Comisión nº 1: Pte.: Fernando Hinestrosa (Colombia), María J. Méndez Costa (Argentina), Olga Mesa Castillo (Cuba), Roberto Goyena Copello (Argentina), Nelson Reyes Ríos (Perú), Víctor Pérez Vargas (Costa Rica). Secretaria relatora: Dolores Loyarte (Argentina), Secretaria de Actas: Dra. Catalina Elsa Arias de Ronchietto (Argentina), en *Derecho de Familia. Revista...*, nº 14, cit., pág. 330.

⁶ X Congreso..., Comisión 1: “Los principios jurídicos...”, cit., en Méndez Costa, María Josefa: *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2006, pág. 55.

⁷ X Congreso..., Comisión 4: “Formas Familiares”. Pte.: Julián Güitron Fuentecilla (Méjico), Ulises Pitti (Panamá) Lourdes Wills (Venezuela), Ivette Coll (Puer-

Luego de esta introducción y con el fin de resultar clara, anticipo que esta exposición consta de dos partes: la primera, sobre el concepto de familia: modelo central y otras formas de familia; y la segunda, sobre la propuesta de incorporación al Código Civil Argentino de la opción por el matrimonio religioso con efectos jurídicos, como forma legal de fundar una familia y promover el modelo matrimonial. Por otra parte, en cuanto a su fundamentación, este desarrollo entronca con mi exposición del año pasado aquí, compartida con muchos de los presentes, exaltando a la familia como encuentro de naturaleza y cultura, y al matrimonio, a su vez, como encuentro de naturaleza e institución,⁸ entendida ésta como sistema de normas ético-jurídicas; confluencias configurantes de la vida personal y social pautadas en su punto axial por el derecho natural,⁹ siguiendo a Raúl Madrid Ramírez en el citado estudio,¹⁰ en el que desarrolla: "... puede haber naturaleza sin institución pero no institución sin naturaleza"; la institución carecería de juridicidad intrínseca y, por lo tanto, de fundamentación objetiva.

to Rico), Dra. Martinic (Chile), Cecilia Grosman (Argentina). Secretaria Relatora: Dra. Delia Iñigo, Secretaria de Actas: Dra. Alicia Puerta de Chacón (Argentina). Concluyó, entre otros temas: Uniones de hecho: "...El derecho a contraer matrimonio reconocido por convenios internacionales y por las constituciones de los diferentes países importa también el derecho a no hacerlo. En este sentido, la convivencia entre hombre y mujer, cualquiera sea su denominación, no contradice los valores culturales de la comunidad, en razón de que las funciones familiares asumidas por la pareja son similares a las matrimoniales". Uniones homosexuales: se expidieron "...a favor de una regulación de estas convivencias, con el fundamento de evitar la discriminación y respetar el derecho a la identidad y orientación sexual. Se recomendó el estudio interdisciplinario", en *Derecho de Familia...*, n° 14, cit., págs. 347-8.

⁸ Arias de Ronchetto, Catalina Elsa: "El principio jurídico de matrimonialidad y las políticas públicas. La familia: cordón umbilical de la humanidad", en el Congreso Familiaris Consortio, organizado por el Instituto del Matrimonio y la Familia, Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, mayo de 2006.

⁹ Massini Correas, Carlos Ignacio: del destacado iusfilósofo argentino, cf. en *Filosofía del Derecho. El derecho, los derechos humanos y el derecho natural, la fundamentación y análisis del concepto de derecho que destaca: "...aquella conducta humana, exterior, y referida a otro sujeto, objetivamente debida y en principio coercible"*, pág. 49; cf. *De los derechos a los deberes*, 2ª ed., Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2006, págs. 97-107.

¹⁰ Madrid Ramírez, Raúl: "¿Naturaleza o convención? La extraña economía...", cit. en *Philosophia*, Anuario de Filosofía, cit. págs. 98-99.

Primera Parte

1. El concepto jurídico de familia en la obra “Los principios jurídicos en las relaciones de familia”, de la Dra. María Josefa Méndez Costa.¹¹

Esta reciente obra suya , publicada en enero de 2006, “Los principios jurídicos en las relaciones de familia”, está centrada en considerar tal como ella lo subraya, a : “la familia de ahora y aquí”.

Luego de un primer capítulo dedicado al concepto y clasificación de los principios jurídicos y de sus funciones y convergencia ya en armonía, ya en conflicto, circunscribiendo su consideración al Derecho de Familia. Destaca la relación de los principios con los derechos humanos¹² y analiza la trascendencia de la incorporación de los tratados constitucionalizados en la reforma de 1994, fundamentando su carácter operativo en materia de derecho de familia.¹³

Méndez Costa comienza señalando la evidencia empírica y analítica del principio básico: el reconocimiento de la familia como institución natural y fundamental para el ser humano y la sociedad.¹⁴

Luego, “el principio derivado: su protección”. Asumo aquí como mías sus conclusiones y agradezco públicamente su generosa referencia comparativa a mi propio estudio: “Los principios jurídicos en derecho de familia. Identidad y familia”, de 1998.¹⁵

¹¹ MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA: Los principios jurídicos en las relaciones de familia, ob. cit.; cf. Azpiri, Jorge O.: Nota bibliográfica en Derecho de Familia. Revista de doctrina y jurisprudencia, n° 34, cit., págs. 302-05.

¹² MÉNDEZ COSTA, María Josefa, Los principios jurídicos..., cit., págs. 16-19.

¹³ MÉNDEZ COSTA, María Josefa, Los principios jurídicos..., cit., págs. 30-33.

¹⁴ MÉNDEZ COSTA, María Josefa, Los principios jurídicos...,cit., exalta que tal principio base “no es creado por la normativa que se limita a reconocerlo (...) sin que esta recepción le comunique una validez de la que disfruta antes de haberse concretado en palabras y aunque esta etapa nunca tenga lugar...”, pág. 35.

¹⁵ RIAS de RONCHIETTO, Catalina Elsa, “Principios Jurídicos Básicos en Derecho de Familia, hoy. Identidad y Familia”, en AA.VV, Apuntes Jurídicos, Consejo Latinoamericano de Estudiosos del Derecho Internacional y Comparado, COLADIC, año 2, n° 3, Artes Gráficas Unión, Mendoza, Argentina, 1999, pp 7-32., citado en MÉNDEZ COSTA, María Josefa, Los principios jurídicos..., cit., págs. 29 y nota 51, pág. 30 y págs. 43-4.

Luego de abundantes citas de doctrina y legislación comparada, la tratadista plantea sin ambages el centro de la cuestión: el concepto jurídico de familia. Lo hace a conciencia de que: "...definirla ha concitado y concita ingentes esfuerzos"; titula: "¿De qué 'familia' se trata?". Responde con una primera precisión:

es indiscutible que los cónyuges y sus hijos forman familia aún no habitando en la misma casa por razones de estudio o enfermedad, por ejemplo.¹⁶

Pero, advierte:

a partir de aquí los interrogantes se multiplican planteándose si constituyen familia los abuelos o las tías que comparten el hogar; [...] si forman familia las comunidades de la pareja conviviente y sus hijos comunes; la madre o el padre viudo con los hijos del matrimonio; el padre o la madre divorciados o separados con los hijos comunes, el padre o la madre con los hijos de otro progenitor no determinado, del ex marido o la ex esposa de un matrimonio anterior disuelto con el nuevo consorte o compañero y los hijos de aquel y de éste vínculo o relación; del o los adoptantes con los hijos adoptivos y con éstos y los hijos de sangre de aquellos.¹⁷

Al respecto y como segunda precisión, resalta el supuesto básico que sostiene impone ser reconocido por el derecho:

es indiscutible que el vínculo generacional es suficiente para crear familia entre padre-madre e hijos, [es decir matrimonial y no matrimonial].

Afirma: "...la potencialidad de generar es inseparable de la concepción familia", fundamento que le permite indicar, en consecuencia, una tercer precisión configurante del concepto jurídico de familia que ofrece: se "excluye el concepto de la pretendida 'pareja' homosexual".¹⁸

¹⁶ MÉNDEZ COSTA, María Josefa, Los principios jurídicos...,cit., pág. 42.

¹⁷ MÉNDEZ COSTA, María Josefa, Los principios jurídicos...,cit., págs. 42-3

¹⁸ MÉNDEZ COSTA, María Josefa: Los principios jurídicos..., cit., pág. 43; cf. Polaino Lorente, Aquilino: Informe ante el Senado español, citado en Pithod, Abelardo: "La creciente homosexualidad", págs. 74-77, en Psicología y ética de la conducta. De la psique al logos, Buenos Aires, Dunken, 2006. Prólogo de Aquilino Polaino Lorente.

Inquieta concretamente: “¿es la matrimonialidad un principio jurídico determinante de la existencia de familia?”; o “¿la misma se configura por la relación sexual mantenida entre dos personas que carecen de este tipo de vínculo entre sí?”.¹⁹ Citando variada doctrina a favor de una y otra respuesta, concluye:

El juicio de prudencia resulta aplicable [al conflicto de principios] y entre atribuir a la unión de hecho idénticos efectos que al matrimonio, implicando prácticamente la supresión de éste, y mantener la preeminencia del consentimiento formalizado en el que recae un interés social prevaleciente [...] es indudable acatar lo segundo. [...] Nuestra conclusión [subraya] se define por la matrimonialidad de la familia [pero considerando familia también], aceptando la lógica irrefutable de la protección de la constituida sólo por el padre o la madre con los hijos (familia monoparental), ya sea por causa de muerte o de separación, y asimismo de la familia ensamblada en que convergen los cónyuges con hijos de anteriores vínculos.²⁰

Concluye, con Vidal Taquini:

Cabe sentar que la protección debe estar junto a la familia matrimonial, ya que la acción debe estar dirigida a que ésta sea la única familia que se constituya manteniéndose la diferente regulación de una y otra.²¹

Adhiere a Roca Trías,²² subrayando:

no puede decirse que el tratamiento con criterios diversos de las familias denominadas “de hecho” constituye una forma de discriminación.²³

¹⁹ Méndez Costa, María Josefa: Los principios jurídicos..., cit., pág. 43.

²⁰ Méndez Costa, María Josefa: Los principios jurídicos..., cit., págs. 47-8. Avalando sus conclusiones, subraya detalladamente en los documentos internacionales constitucionalizados: a) “...la referencia constante al matrimonio, es tan persistente como la referencia a los hijos, sin distinción por la situación jurídica de sus progenitores”; también, b) “... el exclusivo reconocimiento del matrimonio como unión entre varón y mujer”, págs. 49-50.

²¹ Méndez Costa, María Josefa: Los principios jurídicos..., cit., pág. 48.

²² Méndez Costa, María Josefa: Los principios jurídicos..., cit., pág. 51.

²³ Massini Correas, Carlos Ignacio: “Algunas precisiones semánticas sobre la noción jurídica de la discriminación”, en *El Derecho*, Buenos Aires, 9-9-2000.

Por mi parte, coincido en tanto se reconozca a la denominada familia “ensamblada” origen exclusivamente en nuevo matrimonio civil y no en una mera unión de hecho. Con esta salvedad, sumo entonces al concepto de familia de Méndez Costa citado, el supuesto de aquella familia que es fruto de la sentencia de nulidad matrimonial respecto del cónyuge de buena fe y sus hijos; en cambio, para quien actuó de mala fe, el vínculo parento-filial se reconocerá no por su origen matrimonial, sino a partir de los efectos legales del vínculo jurídico de la filiación biológica o adoptiva.

2. El concepto jurídico de familia; el matrimonio y las diversas uniones “de hecho”

Parece ser ésta la expresiva opción contemporánea, en la que aflora aquello que Abelardo Pithod denomina “crisis de pusilanimidad”:

La acidia es una enfermedad del ánimo, es, justamente, la falta de ánimo, una pusilanimidad que se manifiesta como desgano de la vida, retraimiento del yo, en fin, como miedo a los riesgos que son propios de la humana existencia, sobre todo respecto de las grandes obras y responsabilidades.²⁴

Por mi parte, también he señalado:

la opción de casarse o de no hacerlo, es libre. Por lo tanto, si no se quiere contraer matrimonio que no se lo celebre, pero que luego no se reclamen, por forzada vía analógica, sus efectos jurídicos cuando uno de los convivientes o ambos advierten la inconveniencia de la elección efectuada. Quien decide convivir en una “unión libre”, al margen de toda reglamentación legal, no puede luego pretender la aplicación de los preceptos de la ley que ambos eludieron. Tal actitud evidencia una conducta abusiva, va contra sus propios actos, descalifica su pretensión. En el interés de los hijos y de la sociedad es importante incentivar, desde el derecho, la conversión de las uniones de hecho libres de impedimentos, es decir, con aptitud nupcial, en matrimonio. Sancionado el divorcio vincular, corresponde promover la clarificación y consolidación de las situaciones familiares. Las uniones de hecho son uniones no matrimo-

²⁴ Pithod, Abelardo: Psicología y ética de la conducta. De la psique al logos, cit., pág. 257

niales queridas por sí mismas y manifiestan la voluntad de excluir al matrimonio.

Por ello, el Derecho de Familia nacional no debe equiparar, ni amparar por analogía desde su régimen, la igualación de las uniones de hecho concubinarias (estables y sin impedimentos matrimoniales) con el matrimonio; porque de ese modo los convivientes se benefician con la protección jurídica que por su proyección y eficacia social sólo el matrimonio merece.²⁵

Guillermo A. Borda, desde su autoridad, dedica precisas consideraciones al tema, y concluye que tal equiparación:

sería nefasta [...] y no sólo sería socialmente disolvente, precipitando la aguda crisis que hoy aflige a la familia, sino que repugna al sentimiento moral argentino.²⁶

Jorge A. Mazzinghi, por su parte, ha enojado a la militante doctrina adversa con la frontalidad sincera de un artículo suyo advirtiendo, desde el título, que legislar al respecto sería: "...la consumación de un extravío".²⁷ Adhiero a su opinión, nuevamente.²⁸ También debe

²⁵ Arias de Ronchietto, Catalina Elsa: "El derecho a casarse y fundar una familia", en *El Derecho*, número especial en el Cincuentenario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Buenos Aires, n° 9646, 1998. Asimismo, cf. "Promover la voluntad matrimonial: una cuestión de salud. Necesidad de la implementación legal del principio jurídico de matrimonialidad", en AA.VV.: *Revista de Derecho Privado*, Universidad Católica Argentina de Rosario, 2007.

²⁶ Borda, Guillermo A.: *Manual de Derecho de Familia*, 12ª ed., Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2002, pág. 7. Con la colaboración de Guillermo Julio Borda. Del ilustre maestro, cf. voz: "Derecho de familia", en *Enciclopedia de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Universidad, 1991, págs. 828-834; "La familia, hoy" en *Derecho de familia*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1991, págs. 11-18. Obra publicada en homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa.

²⁷ Mazzinghi, Jorge A.: "La consumación de un extravío", en *El Derecho*, Buenos Aires, Boletín n° 42, 11-10-92, págs. 3 y ss., citado en Gil Domínguez, Andrés, Fama, María Victoria y Herrera, Marisa: *Buenos Aires, EDIAR*, 2006, 2 tomos. Prólogo de Aída Kemelmajer de Carlucci. Autores que, rechazando el título tan expresivo de Mazzinghi, opinan: "... cuyo título desafortunado no resiste mayores comentarios", t. 1, pág. 118.

²⁸ Cf. Mazzinghi, Jorge A.: "Ley borrosa e interpretación disolvente", en *El Derecho*, Buenos Aires, n° 9645, 1998, citado en Arias de Ronchietto, Catalina Elsa: "El derecho a casarse y fundar una familia", cit. Firme comentario crítico del jurista,

mencionarse el análisis crítico de las uniones de hecho en relación con el concepto de familia y de sociedad, en el recientemente publicado Tratado de Derecho de Familia de Jorge O. Perrino, quien luego de exhaustiva fundamentación y referencias al derecho comparado, concluye: “...por tanto las uniones de hecho se caracterizan por ignorar, postergar o rechazar el matrimonio”.²⁹

Coincido con los juristas citados; sostengo que las uniones de hecho estables y sin impedimentos matrimoniales deben ser alentadas con firmeza desde la educación y las políticas públicas auténticas promotoras del bienestar social, referidas a educación, vivienda familiar,³⁰ trabajo, salud y otras, a formalizar jurídicamente sus responsabilidades familiares, en bien de la mujer, del varón y de sus hijos.

A su vez, Augusto C. Belluscio –de quien debe ser recordado su voto en minoría, como ministro de la Corte Suprema de Justicia Nacional, en contra de admitir la inconstitucionalidad del artículo 64 de la Ley 2393, en el caso Sejean, de 1986, resultando entonces en minoría junto con el voto del Dr. José Caballero, de dos sobre cinco–³¹ escribe:

cuyas observaciones comparto ampliamente, al fallo del 10º Juzgado Civ. Com. y Minas, 1ª circ., Mendoza. La sentencia concede los beneficios de la Obra Social del Ministerio de Economía, con base en una convivencia homosexual, fundándolo en una abstrusa extensión del concepto de familia.

²⁹ Perrino, Jorge Oscar: Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2006, 2 tomos, t. 1, pág. 231. Prólogo de José María Castán Vázquez.

³⁰ Cámara Nacional Civil, Sala A, 11-julio-2000. Fundando en la aplicación del principio de matrimonialidad la exclusividad de la familia matrimonial respecto del beneficio del bien de familia; cf. Peralta Mariscal: Régimen del bien de familia. Legislación nacional y provincial, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2006, pág. 59. Propicia la igualación en ese tema, págs. 58-9, pero reconoce que puede ser considerado desde óptica opuesta, pág. 59.

³¹ Boggiano, Antonio: El divorcio en la Corte. Constitucionalidad del matrimonio indisoluble, Buenos Aires, Depalma, 1987, págs. 13-15. En su “Presentación”, subraya: “...La Corte no ha llegado a decir que lo único constitucionalmente válido sea el matrimonio disoluble. Además, ¿hubiera podido decir esto la Corte sin asumir el poder constituyente necesario para reformar la Constitución?”, pág. VII; Méndez Costa, María Josefa: Los principios jurídicos..., cit., sobre esta compleja cuestión y comentando los casos “Sejean” y “Franzini”, págs. 275-284; cf. su artículo “Constitucionalidad del matrimonio disoluble. ¿Cabe proyectar un doble esquema matrimonial legal?”, cit.

El ideal jurídico y ético es y ha sido ordinariamente la organización de la familia sobre la base del matrimonio. Pero ello no implica que la unión de hecho y la procreación fuera del matrimonio no den lugar a vínculos que determinan también la existencia de una familia extramatrimonial, vínculos cuya regulación jurídica también es necesaria, sea cual fuere el criterio que se adopte para organizar su ordenamiento frente a la matrimonial.³²

Coincido, con la salvedad de que las diferencias en la reglamentación de los efectos jurídicos sean estrictas y limitadas a la protección de los hijos.

Por su parte, el prestigioso iusfilósofo y profesor de Oxford, John Finnis,³³ reciente huésped de honor de esta Universidad, contribuye a la sistematización de esta cuestión, al denominar “watered-down” (“aguadas”, “diluidas”) a aquellas realidades que respecto del modelo central, “central type”, sólo permiten del mismo una pálida realización de la perfección del bien al que se aspira.³⁴

Aplicando esta expresiva imagen, analógica en definitiva, diremos que las formas de familia no matrimoniales son formas diluidas, incompletas, formas insuficientes de familia, porque carecen de los elementos necesarios para permitir alcanzar la perfección del bien que las configura. Esto, que es evidente, que no es de ningún modo peyorativo sino realista, debe ser aceptado de buena fe. Las familias reconocidas tales a partir del vínculo jurídico de la patria potestad, y no desde la conyugalidad, son: i) las familias originadas en uniones de hecho heterosexuales, estables, y no afectadas por impedimentos matrimoniales; ii) y también, las familias monoparentales devenidas tales por circunstancias sobrevivientes y no por elección autonómica.

³² Belluscio, Augusto C.: Manual de Derecho de Familia, 5a. ed., Depalma, Bs. As., 1995, t. I, pág. 6.

³³ AA.VV., Legarre, Santiago, Miranda Montecinos, Alejandro y Orrego Sánchez, Cristóbal (eds.): La lucha por el derecho natural. Actas de las Jornadas en homenaje a John Finnis, a 25 años de la publicación de Natural Law and Natural Rights, Santiago de Chile, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2006.

³⁴ Finnis, John: Aquinas, Founders of Modern Political and Social Thought, Oxford University Press, 1998. “...so a watered-down (or corrupted) version of the type can rightly [...] be called by the same name, not with the same meaning (“univocally” as Aquinas translates) nor merely equivocally...”, pág. 43.

En cambio, las convivencias homosexuales, las varias formas plurales que también ya se mencionan, y las uniones afectadas por impedimentos matrimoniales:³⁵ incestuosas, adulterinas, etcétera, están –y deberán seguir estándolo–³⁶ jurídicamente excluidas como forma de unión legítima para dar origen a una familia.³⁷ En todos estos casos, incluidas las monoparentales autonómicas, ya sean biológicas, por adopción y/o por aplicación de las técnicas de fecundación asistida, sólo se les reconocerán algunos efectos jurídicos en resguardo del derecho a la igualdad ante la ley de todos los hijos, salvando la desigualdad de circunstancias, su inocencia respecto de su situación de origen y su derecho a la protección jurídica, en interés suyo y de la propia sociedad.

Es más, para que la ley sea congruente con la aplicación del principio de matrimonialidad –como debe destacarse que así lo han hecho la mayoría de los fallos judiciales– debiera estar expresamente prohibida la adopción de menores de edad, así como la aplicación de las técnicas de fecundación asistida³⁸ a toda persona no unida en matrimonio que lo solicite, ya sea soltera, divorciada o viuda. Incluso la cónyuge separada judicialmente, en estos casos, debería quedar equiparada a ellas. Y en el supuesto de que estos vínculos filiatorios igual se consumasen, serán consideradas entonces monoparentales autonómicas. Deberán ampliarse y preverse sanciones legales específicas civiles, administrativas y penales para los sujetos transgresores y para quienes hubiesen colaborado con ellos, desde su profesión o en la forma que fuere.

³⁵ Sambrizzi, Eduardo A.: *Impedimentos matrimoniales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.

³⁶ Finnis, John: *Aquinas, Founders of Modern Political...*, cit. “.. or corrupted”. *Corrupted significa corrompido. Debe recordarse: de corrompido a corruptor, basta un mínimo deslizamiento... ¿“legal”?*, pág. 43.

³⁷ Massini Correas, Carlos I.: “*Algunas precisiones semánticas sobre la noción jurídica de la discriminación*”, cit.

³⁸ Sambrizzi, Eduardo A.: *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001. Prólogo de Jorge A. Mazzinghi; Krasnow, Adriana: *Filiación*, Buenos Aires, La Ley, 2006. “...recordamos que el derecho de procrear no es de carácter absoluto, debiendo ceder en interés del hijo”, pág. 316.

3. El concepto legal de familia, las políticas públicas y el decreto reglamentario n° 415/06, de la Ley n° 26.061/05

Bien sabemos que son tiempos inciertos, de violenta siembra de mezquindad y confusión en los jóvenes. En nuestro país, en 2002 la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires sancionó la Ley n° 1004, creando el registro de uniones civiles hetero y homosexuales, de resbaladizos efectos jurídicos, para poder sortear la tacha de inconstitucionalidad dada la limitada competencia legislativa del órgano de origen. No obstante, más que suficiente para dar origen a numerosas indeseables situaciones, además de ya varias “desuniones”, y a sembrar intencionada confusión entre nuestros jóvenes y en la propia sociedad, buscando alterar cuanta realidad verdaderamente mayoritaria respecto de la familia todavía es tal en nuestro país.³⁹ No merece más tiempo detenernos en esta ley ahora, pero está claro que debemos estar atentos al estudio de los proyectos que al respecto se pretendan impulsar en el Congreso Nacional “aprovechando” la insidia de este abusivo ensayo piloto.⁴⁰

Prueba de ello son, por ejemplo, los inadmisibles –por irreconocibles– conceptos de familia, de acrítica importación,⁴¹ presentados

³⁹ Sambrizzi, Eduardo A.: “El proyecto de ley de uniones civiles presentado en la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires”, *El Derecho*, n° 10.514, 2002; *La Nación* tituló en primera página: “Buscan darle al concubinato los mismos derechos del matrimonio. Se equipararían en materia de bienes, herencia y adopción...”, Buenos Aires, 2-10-2005. Con anterioridad, el 18 de septiembre, publicó un importante editorial, “Matrimonio y concubinato”, que concluye: “El proyecto de ley debería archivarse sin más trámite [...] muestra una iniciativa sin sentido [...] como no sea un nuevo ataque a la familia”.

⁴⁰ Méndez Costa, María Josefa: *Los principios jurídicos...*, cit., sobre la Ley 1.004, advierte: “no inducir a confusión”, págs. 77-78. En discrepancia: doctrina que propugna el acrecentamiento de los efectos jurídicos de las uniones de hecho, en “Uniones de hecho”, AA.VV.: *Derecho de Familia*. Revista de doctrina y jurisprudencia, n° 23, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003; Azpiri, Jorge: “Caracteres de la unión marital de hecho”, págs. 35-43; Grosman, Cecilia: “Alimentos entre convivientes”, págs. 45-62; Iñigo, Delia: “Bien de familia y convivencias de pareja”, págs. 63-70; Wagmaister, Adriana y Bekerman, Jorge: “Tenencia y derecho de comunicación de los hijos en las parejas del mismo sexo”, págs. 71-88; y otros autores.

⁴¹ Belluscio, Augusto C.: “El concubinato y el pacto civil de solidaridad en el derecho francés”, Buenos Aires, *La Ley*, 2000-C, págs. 1100-1106; Azpiri, Jorge O.: “Las uniones de hecho hetero y homosexuales en la ley catalana 10/1998”, *La Ley*, 1999, págs. 765-775.

en proyectos legislativos y en normas de reciente sanción. Así, el que ofrece el reciente decreto 415/06, reglamentario de la Ley 26.061/05, “Ley de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes”.⁴²

Si bien el inconsulto texto de la ley podía hacerlo presumir,⁴³ el decreto reglamentario no ha dejado duda alguna. En el artículo 7, define:

Se entenderá por “familia o núcleo familiar”, “grupo familiar o grupo familiar de origen”, “medio familiar comunitario” y “familia ampliada”, además de los progenitores a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad⁴⁴ o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal, como así también en su desarrollo asistencia y protección.⁴⁵

⁴² Ley 26.061/05: “Ley de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes”. Véanse las irrefutables observaciones de Zannoni, Eduardo A.: “El patronato del Estado y la reciente Ley 26.061, en *La Ley*, 2005-F, 923; Belluscio, Augusto C.: “Una ley en parte inútil y en parte peligrosa: la 26.061, en *La Ley*, 24-2-06.; Basset, Úrsula C.: “La inveterada costumbre de legislar inconstitucionalmente. El reciente ejemplo de la Ley 26.061 y sus inciertos decretos reglamentarios”, *El Derecho*, 217-949. Repárese, también, en el artículo 3, referido al resguardo del interés superior del niño: “Debiéndose respetar: [...] 7. su centro de vida [...] el lugar donde los niños niñas y adolescentes hubieran transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia”, cursivas nuestras. Discrepan: Fama, María Victoria y Herrera, Marisa: “Crónica de una ley anunciada y ansiada”, *Adla*, Bol. 29/2005. Mizrahi, Mauricio: “Los derechos del niño y la Ley 26.061”, *La Ley*, 16-12-05.

⁴³ Cfr diversos comentarios en GARCÍA MENDEZ, Emilio, compilador de AA VV Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la Ley 26.061, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006

⁴⁴ Observación. Se ha omitido mencionar el parentesco adoptivo; es significativo respecto del reconocimiento de este parentesco en la ley. Belluscio, Augusto C., inquiriere: “¿...el derecho a crecer en la familia de origen implica la derogación de la adopción o la limitación del instituto?”. Reclama: “...El descuido en la redacción es realmente asombroso y la respuesta afirmativa al último interrogante sería terrible”; en “Algunos desatinos, fallas y oscuridades”, en “Una ley en parte inútil y en parte peligrosa: la 26.061”, en *La Ley*, 24-2-06. Coincido al respecto.

⁴⁵ Decreto 415/06, publicado en *Derecho de Familia. Revista de doctrina...*, cit., n° 34, 2006, págs. 132-133.

4. El concepto jurídico de familia y el derecho constitucional a casarse y fundar una familia

Como indica María Angélica Gelli:

la capacidad reglamentaria no es ilimitada, tiene bordes: las leyes no deben alterar los principios, los derechos y garantías.⁴⁶

En el tema, también mucho puede aportarnos Santiago Legarre a partir de su inteligente análisis sobre “Poder de policía y moralidad pública”.⁴⁷ El artículo citado es inconstitucional. Altera, agravia el reconocimiento de la noción de familia constitucionalmente reconocida.

Resumiendo: según la familia sea de fundación matrimonial o no, el concepto⁴⁸ de familia está jurídicamente vertebrado: en el primer caso, desde la conyugalidad; en los demás, desde la relación paterno-filial y en los parentescos: biológico, adoptivo y por afinidad; las tres clases de parentesco son la exclusiva y excluyente fuente de vínculos jurídicos de familia en nuestro derecho. Esta precisión es fundamental frente a la desmesura de algunas propuestas.

Así, en similar tesitura a la del decreto reglamentario 415/06, en nuestro derecho, en la doctrina de derecho constitucional de familia, Andrés Gil Domínguez,⁴⁹ abrevando en su reseña de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y doctrina afín citada, presenta como “concepto constitucional de familia”, el siguiente:⁵⁰

⁴⁶ Gelli, María Angélica: Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada, 2ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, pág. 247.

⁴⁷ Legarre, Santiago: Poder de policía y moralidad pública, Buenos Aires, Abaco de Rodolfo Depalma, 2004. Prólogo de Néstor P. Sagüés.

⁴⁸ Corominas, Joan: Breve diccionario etimológico de la lengua castellana, 2ª ed., Madrid, Gredos, 1967; voz: “concebir”: “...deriv. Concepción, 1438, tom. del lat. Conceptio, -onis ‘acción de concebir’, pensamiento...”, pág. 164.

⁴⁹ Para interpretar en el contexto del pensamiento de su autor este concepto es necesario señalar una expresiva dedicatoria suya, en AA.VV., Cassagne, Juan Carlos y otros: Estudios de derecho administrativo III, Mendoza, Diké, 2000, Andrés Gil Domínguez expresa: “Dedicado a Deodoro Roca, olvidado autor del Manifiesto Liminar, valiente reformista y lúcido pensador, por su lucha contra el tradicionalismo clerical, conservador y autoritario”, pág. 145.

⁵⁰ Santolaya Machetti, Pablo: El derecho a la vida familiar de los extranjeros, en pág. 75, citado en Gil Domínguez, Andrés, Fama, M. Victoria y Herrera, Marisa:

Cualquier forma de convivencia en la que se creen vínculos afectivos y materiales de dependencia mutua, sea cual sea su grado de formalización o incluso el sexo de sus componentes, puede ser considerada una “vida familiar” protegida por el Convenio de Roma, por alejada que resulte de los parámetros de la familia tradicional basada en el matrimonio.⁵¹

Nuevamente, una firme advertencia del ilustre estadista y jurista Guillermo A. Borda advierte:

hay en esta publicización del derecho de familia un peligro grave que es necesario destacar y al que urge poner coto. [...] El poder público se inmiscuye en su vida íntima, debilita los vínculos, pretende sustituir a los padres en la educación y formación moral de sus hijos. Todo ello es contrario al derecho natural y debe ser enérgicamente repudiado.⁵²

Derecho Constitucional de Familia, Buenos Aires, EDIAR, 2006, 2 tomos. Prólogo de Aída Kemelmajer de Carlucci; en tomo 1, pág. 75; cf. “El concepto constitucional de familia”, en la obra colectiva citada en esta nota, págs. 70-77 .

⁵¹ Gil Domínguez, Andrés, Fama, M. Victoria y Herrera, Marisa: Derecho Constitucional de Familia, cit. “...estamos persuadidos de que una familia resulta digna de protección y promoción por parte del estado cuando es posible verificar la existencia de un vínculo afectivo perdurable que diseña el proyecto biográfico conjunto en los aspectos materiales y afectivos”. En este sentido y de manera meramente enunciativa, existe una familia entre: “a) dos personas de distinto sexo unidas en matrimonio por ley civil con o sin hijos; b) dos personas de distinto sexo unidas en matrimonio religioso con o sin hijos; c) dos personas de distinto sexo que conviven, con o sin hijos; d) dos personas de igual sexo que conviven, con o sin hijos; e) dos o más parientes consanguíneos o afines (o adoptivos), convivan o no; f) una persona que vive sola con sus hijos tras haberse separado o divorciado (o anulado) su matrimonio; g) el progenitor y sus hijos con los que no convive tras haberse separado o divorciado (o declarado nulo su matrimonio); h) una madre que cría y educa sola a su hijo no reconocido por su padre; dos personas divorciadas que conviven con los hijos del matrimonio anterior de uno o ambos. Ello no significa que necesariamente todas las formas de vivir en familia vayan a gozar del mismo grado de cobertura legal”, pág. 76.

⁵² Borda, Guillermo A.: Tratado de Derecho Civil. Familia, 9ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1993, t. I, págs. 15-16; cf. Toller, Fernando y De la Reina Tartiere, Gabriel: “Interés estatal y patria potestad en el asesoramiento de menores en materia sexual”, en *El Derecho*, 198-349; Arias de Ronchietto, Catalina Elsa: “Un tribunal que honró su fuero”, *Tribunal de Familia* n° 2, 27-9-01, *El Derecho*, 198-316, en *Revista del Foro*

5. El concepto de familia, la filiación (o tutela) por afinidad y las denominadas familias “ensambladas”. Su diferencia

Pasamos a considerar ahora un supuesto a partir del concepto central de familia: la familia matrimonial, el concepto jurídico de la familia fundada en el matrimonio civil en segundas nupcias luego de divorcio⁵³ o viudez, durante la minoridad de los hijos.

Cecilia Grosman e Irene Martínez Alcorta, destacadas investigadoras en el tema, postulan algo muy diferente: sostienen que esta forma de familia admite también ser originada en uniones de hecho, es decir, no necesariamente en un segundo matrimonio civil, como es nuestra propuesta a la doctrina.

Es ésta una cuestión que exige especial atención al derecho de familia porque, incorporado el divorcio, el segundo matrimonio civil se presenta en el plano del derecho civil, como aspiración adulta legal que reclama pautas sistemáticas y específicas en resguardo de la protección jurídica integral de los hijos, y según nuestro criterio como importante aplicación, también, del principio de matrimonialidad, al

de Cuyo, n° 51, Mendoza, 2002; Méndez Costa, María Josefa: “Patria potestad y disposiciones sobre ‘salud reproductiva y procreación responsable’”, en *El Derecho*, 198-331. En discrepancia: Fama, María Victoria, Herrera, Marisa y Revsin, Moira: “Una ley bienvenida”, en *La Ley*, 2003-C-1045; de las autoras: “¿Hasta cuándo relegaremos a la salud reproductiva de la nómina de los derechos fundamentales?”, comentando elogiosamente el fallo del Tribunal de San Isidro, sala I, del 7-5-02, en *La Ley*, 2003-A-237 y ss.

⁵³ Arias de Ronchietto, Catalina Elsa: “El divorcio vincular: herida a soportar dentro del régimen matrimonial civil nacional. La familia, el divorcio y el régimen patrimonial del matrimonio”, *El Derecho*, n° 9930, 27-1-2000. *Codex: Nuevo Diccionario Enciclopédico*, Buenos Aires, t. 2., voz: “soportar” (del latín, *supportare*), sostener una carga o peso, la expresión está empleada también en el sentido de la voz: “asumir” (de *assumere*, tomar), atraer a sí, t.1. Barcia, Roque: *Sinónimos castellanos*, voz: “soportar”, “suportar”. En sugestiva precisión, indica: “Tanto soportar como suportar implican la idea [...] de una carga, un peso, el peso propio de algo que se lleva o porta. Suportar se emplea en la actualidad sólo en sentido literal, soportar se usa en sentido figurado. Entre los ejemplos que ofrece: “El que soporta, aguanta, sobrelleva... Suporta el cuerpo, soporta el alma”, pág. 454.

excluir de sus beneficios a las segundas uniones originadas simplemente en concubinato.

La diferencia es insalvable y evidente desde su nombre. Considero que el mismo es inadecuado a la dignidad de la familia,⁵⁴ trascendente “elemento natural y fundamental”, así reconocido por el derecho. Por mi parte, he fundamentado que no obstante la convivencia conformarán jurídicamente familia sólo en el caso que estén originadas en un nuevo matrimonio civil incorporando los hijos de anterior unión de uno y/o del otro cónyuge, luego del divorcio o la viudez; pero no así cuando se originen en meras uniones de hecho. Doctrina que, en cambio, sostienen en especial Cecilia Grosman e Irene Martínez Alcorta,⁵⁵ entre los autores que se destacan en su defensa.⁵⁶

⁵⁴ Arias de Ronchietto, Catalina Elsa: *La Adopción*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997. Prólogo de Guillermo A. Borda, “...denominación lamentable pero expresiva de la realidad relacional a regular. Lamentable porque sugiere precariedad y está referida al núcleo fundamental de la salud moral de cada persona y de la sociedad...”, pág. 232.

⁵⁵ Grosman, Cecilia P. y Martínez Alcorta, Irene: *Familias ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio. Ley y creencias. Problemas y soluciones legales*, Buenos Aires, Universidad, 2000. Las autoras, destacadas investigadoras, discrepan con la limitación que exigimos y abarcan, también, a las familias originadas en uniones de hecho. Consultar: “La adopción de integración y la familia ensamblada”, en *Jurisprudencia Argentina*, n° 6107, número especial sobre la nueva Ley de adopción, 24.779, coordinado por Nora Lloveras, 1997; voz: “Familia ensamblada o reconstituida”, págs. 273-295, en Lagomarsino-Salerno (dirs.): *Enciclopedia de Derecho de Familia*, Bs. As., Universidad, 1992, t. 2, págs. 273-295.

⁵⁶ Arias de Ronchietto, Catalina Elsa: “La filiación por afinidad”, cap. XIII, págs. 219-240, en *La Adopción...*, cit. En la obra, propugno reservar el vínculo paterno-filial y familiar adoptivo, con las exigencias ético-jurídicas configurativas vigentes, para la adopción plena exclusivamente; reemplazar a la adopción simple por distintas formas de tutelas y guardas familiares judiciales para los casos de relativo desamparo del menor de edad; y la regulación integral del régimen específico de la filiación por afinidad: derechos y deberes personales, patrimoniales, impedimentos y derechos sucesorios recíprocos, estrictamente limitada a las segundas nupcias, excluyendo a las familias denominadas “ensambladas” y originadas en convivencias de hecho; todo lo cual clarificaría al propio régimen de filiación nacional y al régimen adoptivo. Asimismo, ver “Supresión y sustitución de la adopción simple (Filiación por afinidad, tutela adoptiva y guardas judiciales)”, en *Jurisprudencia Argentina*, n° 6107, número especial sobre la nueva ley de adopción, 24.779..., cit.

El parentesco por afinidad es aquel que ipso iure vincula al cónyuge con los parientes consanguíneos o adoptivos plenos del otro. Parentesco que con inobjetable criterio ético-legislativo, no finaliza ni aún luego de la muerte del cónyuge y menos todavía luego del divorcio. Se mantiene el impedimento de matrimonio y es fuente de obligación alimentaria,⁵⁷ cada vez de modo más directo en la jurisprudencia. En mi opinión, este vínculo de parentesco por afinidad, subordinándolo a precisos requisitos legales,⁵⁸ también debería dar lugar a derechos sucesorios.⁵⁹

Cuando la ulterior unión durante la minoridad de los hijos se funda en el matrimonio civil, sus efectos jurídicos deben ser reglamentados en atención a la igual protección de los hijos menores de edad de una y otra unión, y también de los propios vínculos familiares, que a su vez determinan en alto grado el tono moral de la sociedad. También se funda en la aplicación del principio de matrimonialidad; esto debe ser subrayado. Ofrecer desde el derecho de familia nacional una adecuada reglamentación legal imperativa y específica denominada filiación por afinidad en consideración al parentesco que sólo el matrimonio genera deslinda claramente el concepto de familia en segundas nupcias. Con fundamento también constitucional en el derecho a la igualdad en igualdad de circunstancias: el divorcio o la viudez y segundo matrimonio de uno o ambos progenitores durante la minoridad de los hijos.

No obstante mi convicción, las observaciones de Mazzinghi al respecto,⁶⁰ me han hecho repensar su nombre, y en la actualidad, de-

⁵⁷ Zannoni, Eduardo A.: “Subsistencia del deber alimentario entre afines después de la disolución del matrimonio”, ofrece interesante análisis de tres respuestas factibles, que hacen a la reglamentación de nuestra propuesta, en *Derecho Civil. Familia*, 4ª ed., Astrea, 2002, 2 tomos, págs. 124-6.

⁵⁸ Arias de Ronchietto, Catalina Elsa: *La Adopción...*, cit.; ver pág. 299 y “Los derechos sucesorios”, págs. 224-231.

⁵⁹ Zannoni, Eduardo A.: El notable jurista así lo ha reseñado en *Derecho Civil. Familia...*, cit., en la nota nº 100 de la 4ª edición, 2002, así como en la edición anterior. Señala: “Esta categoría sustituiría a la actual adopción simple e implicaría consagrar legislativamente los efectos que tal filiación generaría respecto de padrastros e hijastros (‘hijos por afinidad’) como consecuencia del matrimonio, incluyendo derechos sucesorios recíprocos”, t. 2, pág. 619.

⁶⁰ Mazzinghi, Jorge A.: *Tratado de Derecho de Familia...*, cit. “Filiación...”, t. 4, parág. 741, págs. 153-54. El distinguido tratadista ha tenido la gentileza de evaluar

sisto de denominarla filiación por afinidad –como técnicamente lo es– y propongo denominarla Tutela por Afinidad,⁶¹ obviando también la dificultad técnico-jurídica de que la tutela no siempre es titularizada por parientes del menor en orfandad o desamparo. También su nacimiento ipso iure en todas las circunstancias; podrían preverse fundadas excepciones.

Por cierto, hay normas que regulan este parentesco que pueden ser aplicadas en aspectos parciales pero, insisto, una previsión integral y sistemática es necesaria. El tema es realmente complejo, pero merece ser pensado en resguardo de los derechos de los hijos matrimoniales y de la trama familiar y social, más allá del divorcio de los progenitores.

Por lo general, esta situación sobreviene para los hijos durante su minoridad, único supuesto que se considera. Cuando sus padres se casan nuevamente, sabemos que en demasiadas oportunidades son víctimas del “¡sálvese quien pueda!”; se convierten de muchos modos en “huérfanos con padres vivos”. Tal vez esa experiencia explique que al exponer el tema en clase o someterlo a encuesta, he encontrado que muchos jóvenes en esa situación aspiran a ser integrados plenamente en el segundo matrimonio⁶² de uno de sus progenitores con el cual conviven desde la primera infancia.

la propuesta. Manifiesta que no concuerda con que la reglamentación integral de la filiación por afinidad pudiera contribuir a conjurar los efectos negativos del divorcio y nuevas nupcias en protección de los hijos, de los propios ex cónyuges y de la sociedad. Por el contrario, piensa que “...generará aún más conflictos”; refiriéndose a los hijos frente al divorcio de sus padres, expresa: “...muchos de ellos lo viven como un auténtico drama que es muy difícil conjurar”.

⁶¹ Arias de Ronchietto, Catalina Elsa: “Reforma al régimen de filiación y tutela. Reflexiones sobre la tutela por afinidad, la tutela adoptiva, la filiación por adopción plena y la filiación por dación de embrión crioconservado”, en AA.VV.: Apuntes Jurídicos, n° 4, Consejo Latinoamericano de Estudiosos del Derecho Internacional y Comparado, (COLADIC), Mendoza, 2003, págs. 67-88.

⁶² En posgrado, el tema se debate mucho, lo cual da pauta del interés que despierta. Suelen objetarse algunos aspectos patrimoniales, sucesorios, y aun alimentarios: es una solución “cara” dado nuestro régimen patrimonial conyugal. Pero insisto: creo que es proporcionada a la entidad jurídica del matrimonio civil en nuestro derecho y en nuestra sociedad.

A su vez, los magistrados deberán cumplir con el principio de intermediación y en especial con el derecho del hijo menor de edad a ser oído, sin dudas desde los diez años, y aún antes, según sean su madurez personal y demás circunstancias. Es de prever que algunos de ellos manifestarán, por ejemplo, que desean integrarse al nuevo matrimonio de uno solo de sus progenitores y mantener contacto con el otro cuando éste también se hubiera casado o no en segundas nupcias, un trato de menor entidad; otros dirán que necesitan integrarse con ambos segundos matrimonios por igual. Siempre será, claro está, según el caso y la edad que los hijos tenían cuando sobrevino el divorcio y las segundas nupcias y seguramente, también influirá la persona elegida por sus padres y la relación que se entable. Otros jóvenes, en cambio, tal como objeta Mazzinghi, manifiestan que el divorcio de sus padres ha sido una violencia que sufren como tal, más allá de la racionalización posible de la situación.⁶³

La participación de Eduardo A. Sambrizzi en nuestro Encuentro hace especialmente grato resaltar que muchas veces el encendido capítulo “Valoración del divorcio”, en su obra Separación personal y divorcio,⁶⁴ me ha dado muy inteligente punto de partida para abordar el tema al finalizar la clase... y seguir dialogando en los recreos.

La previsiblemente infinita casuística de las diversas situaciones familiares a sobrellevar no es óbice sino, por el contrario, es la razón por la que se deben establecer pautas generales del régimen jurídico de este parentesco en estas circunstancias concretas: el ulterior matrimonio civil durante la minoridad de los hijos, para pautar la obligada relación, la necesaria convivencia debido a la edad de los hijos y los deberes y derechos y obligaciones respectivos, cuyos sujetos se superponen y se multiplican en relación con los hijos menores de edad de diferentes uniones, afectando la falta de una normativa la real igualdad en igualdad de circunstancias, pautando al magistrado que resuelva el caso concreto.

⁶³ Mazzinghi, Jorge A.: Tratado de Derecho de Familia, 4ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2006, t. 4, “Filiación...”, cit., págs. 153-54. Ver también nota 55.

⁶⁴ Sambrizzi, Eduardo A.: capítulo II “Valoración del divorcio”, en Separación personal y divorcio, Buenos Aires, La Ley, 2 tomos, en tomo I, págs. 77-101; Arias de Ronchetto, Catalina Elsa: Nota bibliográfica a Sambrizzi, Eduardo A.: Separación personal y divorcio, 2º ed., Buenos Aires, La Ley; Buenos Aires, La Ley, 6-octubre-04.

Segunda Parte

6. El concepto de familia, el matrimonio y la opción legal por el matrimonio religioso con efectos civiles

A veinte años desde la sanción de la Ley 23.515,⁶⁵ implementando el divorcio en nuestro país, debe reconocerse como muy expresiva de la voluntad de la mayoría de nuestra población la casi inexcusable conducta de contraer matrimonio –también– ante los altares de las respectivas religiones de los contrayentes. Es más, se ha generalizado la costumbre de realizar el matrimonio civil en el lugar de la fiesta de bodas y luego de haber celebrado la ceremonia religiosa en el templo correspondiente a la religión de los contrayentes.

7 “¿Cabe proyectar un doble esquema matrimonial legal?”; propuesta de Méndez Costa y de otro Miembro de la Comisión de Redacción del Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio (Com. Hon. dec. 685/95)⁶⁶

Propugnamos abiertamente que sí. Bastaría con respetar sin cortapisas el derecho a la libertad religiosa para que nuestro país adoptase un sistema matrimonial que permitiese a los contrayentes elegir entre el matrimonio religioso o el matrimonio civil y se reconociese igual eficacia jurídica a uno u otro, con la exigencia de inscribir el matrimonio religioso⁶⁷ en el Registro del Estado Civil y Capacidad

⁶⁵ Borda, Guillermo A.: Tratado de Derecho Civil. Familia., 9ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1993, t. 1, pág. 60. Afirma: “...la institución del matrimonio civil como única institución válida en pueblos de vivencias religiosas, choca contra la realidad social”.

⁶⁶ Méndez Costa, María Josefa: cf. su análisis del tema y de los casos “Sejean” y “Franzini”, en “Constitucionalidad del matrimonio disoluble. ¿Cabe proyectar...?”, cit., en La Ley, t. 1998-C; ver Boggiano, Antonio: El divorcio en la Corte, Buenos Aires, 1987; Barbero, Omar U.: “¿Son inconstitucionales los compromisos irrevocables y los vínculos indisolubles?”, La Ley, 1987-B-898; Basset, Úrsula C.: “El matrimonio: España vs. Arizona. Dos políticas en derecho de familia”, El Derecho, n° 11.331, Buenos Aires, 30-agosto-2005.

⁶⁷ Mazzinghi, Jorge A.: “Matrimonio civil y religioso”, en Tratado de Derecho de Familia, cit., págs. 333-343.

de las Personas. Coincidimos con Alfonso Santiago (h), en su adhesión al voto minoritario de Antonio Boggiano, quien al fundar su voto en el caso “Franzini” (Fallos, 321:92), sostiene la inconstitucionalidad del artículo 230 del Código Civil, que impide a los esposos introducir voluntariamente una cláusula de indisolubilidad matrimonial.⁶⁸

Volvemos a recordar el modelo de familia matrimonial, en la lograda conceptualización de Jorge A. Mazzinghi; concepto que propugnamos como modelo jurídico central de familia⁶⁹ y que, por lo tanto, exige guardar la debida proporción en la regulación legal de las que resultan de otras formas:

Es una institución basada en la naturaleza y entendida como sistema de normas, que tiene el fin de asegurar la existencia y el desarrollo de la comunidad de personas, vinculadas por el matrimonio y la filiación en orden a procurar a todos sus miembros el logro de su destino personal, terreno y trascendente.⁷⁰

8. La opción implantada en la reciente ley chilena n° 19.947 de 2004⁷¹

Nos ofrece materia para reflexionar por la afinidad de nuestras culturas jurídicas la Ley de Matrimonio Civil chilena, n° 19.947 de 2004, la que, tras muy intenso debate, implantó el divorcio, pero incluyó –no obstante– un artículo en el que reconoce efectos civiles al matrimonio religioso.

En el artículo 20, la citada ley prevé:

⁶⁸ Santiago, Alfonso (h): Bien común y derecho constitucional. El personalismo solidario como techo ideológico del sistema político, Buenos Aires, Abaco de Rodolfo Depalma, 2002, pág. 155. Prólogo de Rodolfo Vigo.

⁶⁹ Arias de Ronchietto, Catalina Elsa: Nota bibliográfica con motivo de la cuarta edición de Mazzinghi, Jorge Adolfo: Tratado de Derecho de Familia, 4ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2006, 4 tomos. Prólogo de Guillermo A. Borda; en El Derecho, suplemento bibliográfico, Buenos Aires, 19 de abril de 2007.

⁷⁰ Mazzinghi, Jorge Adolfo: Tratado de Derecho de Familia, cit., en tomo I, “El matrimonio como acto jurídico”, pág. 19.

⁷¹ Cf. exhaustivo análisis crítico en AA.VV., Corral Talciani, Hernán y Assimakópulos Figueroa, Anastasía (eds.): Matrimonio civil y divorcio. Análisis crítico y criterios para la aplicación de la Ley n° 19.947, de 2004, Santiago de Chile, 2005.

Los matrimonios celebrados ante entidades religiosas que gocen de personalidad jurídica de derecho público producirán los mismos efectos que el matrimonio civil, siempre que cumplan con los requisitos contemplados en la ley,⁷² en especial lo prescrito en este capítulo, desde su inscripción ante un Oficial del Registro Civil.⁷³

Si bien la afirmación de la validez del segundo matrimonio civil implica aceptar como realidad insoslayable la legitimidad del divorcio, la conducta de contraer nuevo vínculo matrimonial civil expresa clara voluntad de formalización jurídica de una relación que interesa a la sociedad, y que en caso contrario, descendería a la condición de unión concubinaria.⁷⁴ Es necesario tener presente que su postulación se plantea a nivel de legislación positiva y que esta misma legislación puede ser la llave para implantar la opción por el matrimonio religioso con efectos jurídicos, luego de su inscripción en el Registro Público del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Reflexión conclusiva

Señala Carlos I. Massini Correas:

La teoría del derecho natural se encuentra en los tiempos posmodernos en una situación paradójica: por una parte aparece como la necesaria salida del atomismo nihilista y des-fundamentador del cre-

⁷² Corral Talciani, Hernán: “El régimen de los requisitos del matrimonio y de la nulidad en la nueva ley de matrimonio civil”, en AA.VV., Corral Talciani, Hernán y Assimakópulos Figueroa, A.: cit., págs. 37-75.

⁷³ Assimakópulos Figueroa, Anastasia: “El reconocimiento civil del matrimonio religioso”, en AA.VV., Corral Talciani, Hernán y Assimakópulos Figueroa, A.: cit., págs. 77-89. Señala: “En nuestra cultura la unidad del pacto conyugal se ha difuminado por la existencia del matrimonio civil como única forma de unión conyugal reconocida por el Estado de Chile. Tenemos la impresión de que las personas se casan dos veces aunque para la gran mayoría de los chilenos una celebración es la verdadera: la religiosa”, pág. 78.

⁷⁴ Arias de Ronchietto, Catalina Elsa: “El divorcio vincular: herida a soportar dentro del régimen matrimonial civil nacional...”, cit., *El Derecho*, n° 9930, 27-1-2000; “Promover la voluntad matrimonial: una cuestión de salud. Necesidad de la implementación legal del principio jurídico de matrimonialidad”, en AA.VV.: *Revista de Derecho Privado*, cit., 2007.

púsculo de la modernidad; pero, por otra, se encuentra con graves dificultades de formulación y comunicación al hombre contemporáneo. [...] A pesar de estas dificultades [...] la teoría del derecho natural tiene una función irremplazable que cumplir. [...] esta función no es otra que la de procurar la necesaria fundamentación fuerte de las realidades jurídicas, es decir, la de suministrar una justificación racional de su obligatoriedad y exigibilidad de tal modo que resulte proporcionada al carácter inexcusable o absoluto en sentido deóntico de los imperativos deberes y potestades jurídicas. [...] es necesario abordar esta tarea de reformulación de la teoría del derecho natural; esta tarea habrá de realizarse encarando y superando las dificultades que nuestro tiempo le plantea pero sin amedrentarse por la complejidad y multiplicidad de esas dificultades.⁷⁵

En derecho de familia, ello implica centralmente que debe lograrse el reconocimiento en las leyes de la intrínseca juridicidad de la familia, como el mejor legado a nuestros jóvenes y en defensa de la sociedad, de nuestra Nación y de la familia, ¡cordón umbilical de la humanidad!

⁷⁵ Massini Correas, Carlos I.: “El derecho natural en el tiempo posmoderno”, en *Filosofía del Derecho. El Derecho; los Derechos humanos y el derecho natural*, cit., t. 1, pág. 289.