



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA

“Santa María de los Buenos Aires”

FACULTAD DE DERECHO

DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

TESIS DOCTORAL

**LA SOLIDARIDAD FAMILIAR: PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO DE
FAMILIA**

CANDIDATA AL DOCTORADO: ANA MARIA MAZZIA

DIRECTOR DE TESIS: Dr. EDGARDO IGNACIO SAUX

Rosario, marzo de 2022

AGRADECIMIENTOS

Quiero expresar mi agradecimiento en primer término a mí distinguido Director de Tesis Dr. Edgardo Ignacio Saux: gracias por acompañarme, estimularme en esta tan ardua y difícil tarea, por haber tenido el honor de contar con su tutoría y conocimientos, por su gran generosidad en el tiempo que dedicó a esta dirección. Siempre recordaré con mi mayor gratitud la distinción de haberme aceptado como tesista.

A la Pontificia Universidad Católica Argentina, en particular a la Sede Rosario, por haberme aceptado como candidata al doctorado, por brindarme un cursado de excelencia y por estimularme en la presentación del trabajo final, esta tesis. Agradezco a todo el equipo académico: a su Director Dr. Alejandro Andrade y al cuerpo de colaboradores, que con su accionar en tiempos tan complejo me facilitaron los medios para continuar la investigación; entre otros a los bibliotecarios que me dieron acceso a los medios digitales imprescindibles para la labor en tiempos de pandemia, pudiendo contar con material de gran nivel intelectual.

A los profesores que ya no están entre nosotros, a los que les debo mi agradecimiento *in memoriam*: la Dra. María Josefa Méndez Costa, quien fuera mi profesora de Derecho de Familia en la carrera de grado y de posgrado de especialización en la U.N.L.Y muy especialmente en recuerdo y agradecimiento del P. Fr. Marcos González, o.p., quien a lo largo de su estancia en el Convento de Santo Domingo de Santa Fe, ciudad donde resido, impartió numerosos cursos de filosofía y teología, permitiéndome el acceso a esos campos del saber, y en particular por haberme brindado su amistad y guía filosófica al inicio de la formulación del plan de tesis, haciéndome conocer grandes autores de la filosofía tomista, y compartiendo conmigo sus escritos inéditos. Todos los días de mi vida está y estará presente en mis oraciones.

A todos los amigos y amigas que colaboraron con su estímulo, auxiliándome en la obtención de material de consulta, escuchando incansablemente mis desvelos, ayudándome y acompañándome con su aportes desde otros campos del conocimiento y fundamentalmente premiándome con su generosa paciencia y amistad.

A mis padres, quienes no están hoy en este mundo, pero a los que espero honrar dignamente en su memoria con un trabajo de investigación que busca solo la excelencia

académica, libre de otros fines, mostrando en mi escritura respeto, seriedad, cortesía y dedicación al estudio tal como ellos me educaron.

Y finalmente, a mi hermana, doctoranda Mercedes Mazzia, compañera de ruta en este difícil camino del doctorado, quien me ayudó, me estimuló y escuchó en todos y cada uno de los momentos de este viaje, el cual por momentos resultaba muy difícil de continuar, y que sin su apoyo no hubiera llegado a destino.

A todos ellos, van mi más sinceros agradecimientos y dedicatoria.

INDICE

ÍNDICE.....	5
ABREVIATURAS.....	9
INTRODUCCIÓN.....	11
Estructura del trabajo.....	18
Hipótesis de trabajo.....	19
Hipótesis principal.....	19
Hipótesis secundarias.....	19
Objetivos del trabajo.....	19
Objetivo principal.....	19
Objetivos particulares.....	19
Justificación.....	20
Limitaciones y Delimitaciones.....	20
Metodología empleada – Técnicas.....	21
Medios y recursos.....	22
PRIMERA PARTE.....	23
<u>CAPITULO I</u> : Los Principios Generales del Derecho: Aproximación ontológica.....	25
1. Primeras apreciaciones sobre los principios jurídicos: un refinado debate de todo tiempo.....	25
2. La tradición iusfilosófica tomista de la mano de Louis Lachance.....	29
3. El bien y la ley: una mirada metafísica de dos componentes jurídicos.....	32
4. El Bien común: consideraciones reflexivas.....	39
5. Descifrando la ley.....	44
6. La ley y el derecho: su vínculo.....	49
7. Las peculiaridades del derecho en el sistema tomista.....	55
8. Derecho objetivo – Derecho subjetivo: un solo Derecho.....	59
9. Derecho “a medias”, por más o por menos.....	64

10. Las divisiones del derecho: un recurso necesario.....	65
10. El derecho y la ciencia: la ciencia del derecho.....	68
11. Recapitular para comprender y cimentar.....	70
12. Epílogo.....	76
<u>CAPITULO II</u>: Los Principios Generales del Derecho en la Ciencia Jurídica.....	79
1. Enlazando saberes: La relación ciencia y filosofía jurídicas.....	79
2. El perfil otorgado por la teoría general del derecho a los principios jurídicos...	82
3. ¿Son funcionales los principios jurídicos?.....	89
4. Concurrencias y antinomia: un juicio de ponderación.....	95
5. Los principios jurídicos y las ramas del Derecho.....	100
6. Evocación sumaria del capítulo.....	106
A MODO DE COLOFÓN: reflexiones finales de la primera parte.....	111
SEGUNDA PARTE.....	115
<u>CAPÍTULO I</u>: Noción general de solidaridad y de solidaridad familiar.....	117
1. Preludio.....	117
2. Familia y Parentesco.....	118
3. La solidaridad en general para el Derecho Privado: ¿De qué hablamos cuando hablamos de solidaridad?.....	128
4. El tratamiento de la solidaridad en la Doctrina Social y Magisterio de la Iglesia Católica.....	131
5. La solidaridad en la sociedad: una mirada desde otros campos del saber.....	136
6. La solidaridad en la familia: un elemento necesario.....	141
7. Recapitulación final.....	145
<u>CAPÍTULO II</u>: La solidaridad familiar y sus antecedentes en el Derecho Romano.....	147
1. Palabras Preliminares.....	147
2. La familia romana.....	152
3. Derecho y valores en la familia romana: la <i>pietas</i> familiar.....	156

4. La subsistencia del derecho romano en Occidente con el auxilio de las <i>regulae iuris</i>	164
5.- Recapitulación final y conclusión.....	171

CAPÍTULO III: La solidaridad familiar como principio jurídico en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales.....	175
1. Introducción.....	175
2. La cuestión de los principios generales constitucionales.....	180
3. El derecho privado constitucionalizado.....	193
4. La constitucionalización del derecho de familia.....	200
5. Los principios jurídicos del Derecho de Familia constitucionalizado.....	205
6. El principio de solidaridad familiar en el marco de la constitucionalización del Derecho de Familia.....	209
7. Epílogo.....	213

TERCERA PARTE..... 217

CAPÍTULO I: La solidaridad familiar en el Derecho Civil Argentino: sus primeros tiempos.....	219
1. Introducción.....	219
2. El Código de Vélez Sarsfield.....	229
3. Las modificaciones del siglo XX y del siglo XXI.....	243
4. Conclusión.....	250

CAPÍTULO II: La solidaridad familiar: aspectos generales en el derecho argentino vigente.....	255
1. Introducción.....	255
2. Autonomía de la voluntad: la contractualización.....	259
3. Orden público: el límite al egotismo.....	267
4. Solidaridad familiar: equilibrio humanitario.....	272
5. Unas breves palabras sobre el interés superior del niño.....	281
6. Epílogo.....	285

<u>CAPÍTULO III: La solidaridad familiar y los institutos del derecho de familia</u>	
argentino.....	289
1. Introducción.....	289
2. El matrimonio.....	291
3. Las Uniones Convivenciales.....	310
4. Alimentos – Alimentos entre parientes.....	315
5. Epílogo.....	322
CONCLUSIÓN FINAL.....	325
BIBLIOGRAFÍA.....	337

ABREVIATURAS

Art., art.

CCyCN

CN

v. gr.

Artículo

Código Civil y Comercial de la Nación

Constitución Nacional

Verbi gracia

INTRODUCCIÓN

“...La exacerbación de los derechos conduce al olvido de los deberes. Los deberes delimitan los derechos porque remiten a un marco antropológico y ético en cuya verdad se insertan también los derechos y así dejan de ser arbitrarios. Por este motivo, los deberes refuerzan los derechos y reclaman que se los defiendan y promuevan como un compromiso al servicio del bien...” S.S. BENEDICTO XVI – CARITAS IN VERITATE¹

¹ SUMO PONTÍFICE BENEDICTO XVI – *Caritas in veritate*, Carta Encíclica, 2009, www.vatican.va – Consultada el 16/01/2022

La cuestión sobre los principios generales del derecho es un tema que ha suscitado en la doctrina múltiples posicionamientos. Estas posturas doctrinarias han dado como fruto grandes estudios jurídicos, con bases muy sólidas tanto en el campo ontológico como en el de la teoría general del derecho.

Por otra parte, el comienzo del cursado de la carrera de doctorado coincidió con el inicio del proceso de modificación del Código Civil vigente en ese momento. Las múltiples ponencias, las presentaciones de los miembros de las comisiones redactoras, las diferentes reuniones científicas que se llevaron a cabo en ese tiempo hasta la publicación del Anteproyecto, mostraron enormes posibilidades de renovación en el ámbito del Derecho de Familia.

Los nuevos postulados generaron múltiples interrogantes para investigar. En primer lugar, y contando ya con el antecedente de la ley 26618 de matrimonio igualitario del año 2010, la pregunta inicial que despuntó fue a qué tipo de familia o a qué modelos de familia estaba dirigida la reforma proyectada. Esta pregunta se relaciona directamente con otra: qué valoración realizó el redactor (y luego el legislador) del matrimonio, donde se evidencian cambios sumamente significativos como lo es el cese de la obligación jurídica de fidelidad (art. 431 del CCyCN), o la posibilidad de optar por un régimen patrimonial matrimonial de separación de bienes o de comunidad (art. 446 del CCyCN), entre otros; y la gran novedad de las normas referidas a las uniones convivenciales (arts. 509 y siguientes del CCyCN), que de no contar con regulación alguna, pasan a tener un estatuto propio. Se proyectaron, y luego sancionaron, otras modificaciones sustanciales de los institutos del derecho de familia, v. gr., las reglas relativas a la filiación por reproducción humana asistida (arts. 560 y siguientes del CCyCN); o también el cambio de denominaciones, ya no se habla más de patria potestad sino de responsabilidad parental (art. 638 del CCyCN), siendo su ejercicio conjunto, tanto si conviven o no sus titulares (art. 641 del CCyCN), estableciendo una preferencia por un cuidado del menor (art. 648 del CCyCN) –antes tenencia- compartido por ambos progenitores de ser posible (art. 651 del CCyCN). En materia de alimentos para los hijos, el deber se extiende hasta los 25 años, en los casos que el hijo/a esté cursando estudios o se esté preparando para una profesión o un oficio que le requieran una dedicación intensa y le impidan sostenerse (art. 663 del CCyCN).

Otro cambio significativo es el relacionado con el usufructo de los bienes de los hijos menores por parte de los padres, que tenían en la anterior legislación, y que hoy solo cuentan con el derecho de administrar los bienes de sus hijos, pero procurando que las rentas generadas por esos bienes se mantengan reservados hasta la mayoría de edad (art-697 del CCyCN), pueden utilizar las rentas de los bienes de los hijos para atender a los gastos de la subsistencia, educación, y otros pero todo lo que exceda estas necesidades debe conservarse para los hijos (art. 698 del CCyCN).

En definitiva, todas estas modificaciones, en general necesarias y oportunas, están obviamente vinculadas a las grandes mutaciones operadas en las estructuras sociales en las últimas décadas: la globalización, los cambios tecnológicos, la capacidad de comunicación casi ilimitada, la promoción de un consumo desmedido, la formación de comunidades multiculturales; mutaciones que, si bien se observan con mayor nitidez en los grandes centros urbanos, inciden en todas las organizaciones sociales, entre ellas la familia. (Debe tenerse en cuenta que estas transformaciones no han cesado, y continúan profundizándose.)

Estos grandes cambios sociales han generado grandes progresos, pero no ha de olvidarse que la humanidad está transitando también caminos oscuros, como lo señala SS Francisco en *Fratelli Tutti*: "...En el mundo actual los sentimientos de pertenencia a una misma humanidad se debilitan, y el sueño de construir juntos la justicia y la paz parece una utopía de otras épocas. Vemos cómo impera una indiferencia cómoda, fría y globalizada, hija de una profunda desilusión que se esconde detrás del engaño de una ilusión: creer que podemos ser todopoderosos y olvidar que estamos todos en la misma barca. Este desengaño que deja atrás los grandes valores fraternos lleva «a una especie de cinismo. Esta es la tentación que nosotros tenemos delante, si vamos por este camino de la desilusión o de la decepción...El aislamiento y la cerrazón en uno mismo o en los propios intereses jamás son el camino para devolver esperanza y obrar una renovación, sino que es la cercanía, la cultura del encuentro. El aislamiento, no; cercanía, sí. Cultura del enfrentamiento, no; cultura del encuentro, sí»...”²

En definitiva, se han modificado las formas de relación subjetivas, pero no, desde luego, la esencia única y perenne de ser humano; lo propio de la persona, lo

² SUMO PONTÍFICE FRANCISCO, *Fratelli Tutti Carta Encíclica*, 2020, www.vatican.va, consultada el 26/01/2022

inmutable, inalterable, permanece y por ende permanece también en el mundo comunitario y también en las relaciones jurídicas que en él se tejen.

Estas primeras reflexiones, con más la observación de la casuística variopinta, magno desafío para el operador jurídico, del derecho de familia, condujo a la búsqueda de desentrañar los puntos de encuentro, las bases únicas e invariables del sistema jurídico local, encontrándolas *prima facie* en los principios generales del derecho, reconocidos como herramienta de interpretación por el legislador (art. 2 del CCyCN), Y concretamente, en el mundo jurídico familiar, en la solidaridad familiar, principio rector que ha transitado la legislación local desde sus antecedentes históricos hasta el presente, en la hermenéutica propia tanto doctrinal como jurisprudencial.

Solidaridad es una expresión a la que se le pueden otorgar muchos sentidos, por ejemplo una significación altamente altruista casi análoga a la caridad cristiana. O como también enseña SS Francisco Solidaridad en *Fratelli Tutti*: "...es una palabra que no cae bien siempre, yo diría que algunas veces la hemos transformado en una mala palabra, no se puede decir; pero es una palabra que expresa mucho más que algunos actos de generosidad esporádicos. Es pensar y actuar en términos de comunidad, de prioridad de la vida de todos sobre la apropiación de los bienes por parte de algunos. También es luchar contra las causas estructurales de la pobreza, la desigualdad, la falta de trabajo, de tierra y de vivienda, la negación de los derechos sociales y laborales. Es enfrentar los destructores efectos del Imperio del dinero... La solidaridad, entendida en su sentido más hondo, es un modo de hacer historia y eso es lo que hacen los movimientos populares»...”³

Ahora bien analizando todos sus posibles sentidos, las deliberaciones previas encaminaron la selección de la solidaridad familiar como principio jurídico propio del derecho de familia argentino, es decir, sin negar su aspecto valorativo, encontrar y fundar la juridicidad de la cuestión planteada.

³ SUMO PONTÍFICE FRANCISCO, *Fratelli tutti*, op. cit.

Estructura del Trabajo

Luego de haber formulado la anterior introducción y presentación de esta investigación, la misma se desarrollará en tres grandes partes, divididas cada una de ellas en capítulos, con sus respectivos prólogos y conclusiones.

La primera parte estará dedicada a la investigación del tema más general, esto es el de los principios generales del derecho. El mismo será explorado desde dos campos. En primer lugar, se profundizará la cuestión desde la filosofía del derecho, en el análisis de sus aspectos fundamentales de la mano de las enseñanzas del tomista P. Louis Lachance, o.p. En segundo lugar, los principios jurídicos serán estudiados desde la óptica de la teoría general del derecho, recurriendo a las instrucciones de la doctrina local más destacada.

La segunda parte, contemplará la temática de la solidaridad familiar, tratando ambas cuestiones: solidaridad y familia, y también los principios jurídicos, desde tres grandes aspectos: su concepción desde los distintos campos del saber; los antecedentes en el derecho romano; y el tratamiento que recibe en la Constitución Nacional y los Tratados constitucionalizados.

La tercera y última parte estará dedicada a la investigación del principio jurídico de solidaridad familiar en el ordenamiento jurídico argentino. En un primer capítulo, el tratamiento que recibió en la primera codificación; luego, las posiciones doctrinarias más destacadas en la actualidad; y por el último el estudio se enfocará en las instituciones del derecho de familia que receptionan con mayor énfasis el principio.

Finalmente, en la conclusión se expondrán los resultados y postulaciones de la investigación.

Hipótesis de trabajo

Hipótesis principal

La solidaridad familiar es un principio general del derecho de familia vigente en el ordenamiento jurídico argentino,

.

Hipótesis secundarias

- Los principios generales del derecho son formulaciones jurídicas fundadas en el valor justicia que forman parte del ordenamiento jurídico local, reconocidas expresa o tácitamente por el legislador, y que cumplen funciones trascendentales para el operador jurídico.
- La solidaridad familiar como principio jurídico coadyuva al logro del valor justicia y los hace conjuntamente con los principios vertebradores del derecho civil: la autonomía de la voluntad y el orden público.
- La Constitución Nacional y los Tratados constitucionalizados consideran la solidaridad familiar tácitamente, como sostén de todo el ordenamiento.

Objetivos del trabajo

Objetivo principal

- Demostrar que la solidaridad familiar es un principio general del derecho de familia cuya aplicación permite la realización de la justicia y la paz social

Objetivos particulares.

- Demostrar la necesaria consideración del principio de solidaridad familiar para los operadores del derecho.
- Demostrar que su aplicación hace a la justicia y la paz social
- Demostrar la recepción del principio de solidaridad familiar en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales
- Demostrar su reconocimiento en la nueva codificación civil

Justificación

El estudio e investigación del principio jurídico de solidaridad familiar, además de las razones ya expuestas, se funda también en la advertencia de que si bien es citado reiteradamente por la doctrina más destacada, como así también es fundamento interpretativo e integrativo en la jurisprudencia argentina, no tiene una formulación legal expresa.

Por otra parte también se advirtió la posibilidad de llevar a cabo un estudio sistemático del tema que coadyuve a su reconocimiento normativo.

Limitaciones y Delimitaciones

Las limitaciones del trabajo surgieron del contexto en el que se llevó a cabo el proceso de escritura e investigación final, esto es en el aislamiento dispuesto por la autoridad sanitaria por la pandemia COVID-19, que generó el cierre de bibliotecas, siendo el recurso fundamental investigativo el medio digital.

Respecto a las delimitaciones, corresponden a la profundización del tema concreto propuesto para su investigación, de manera estricta y sin concesiones, pues el derecho de familia conforma un cuerpo legal, doctrinario y jurisprudencial de magnas dimensiones, de modo que avanzar sobre otras cuestiones, aun cuando resulte tentador por su conexidad, resultaría en un exceso a los postulados planteados y exigidos académicamente.

Metodología empleada - Técnicas

La metodología adoptada trata de una investigación bibliográfica, recopilando datos de la legislación local vigente, del derecho comparado, antecedentes históricos, datos jurisprudenciales, material aportado por otros campos disciplinares, y fundamentalmente las exposiciones de la doctrina más destacada.

Se procede luego al análisis de lo recopilado, y a la selección de lo que atañe específicamente a la hipótesis principal y las secundarias del trabajo.

A partir de ello, y por medio del método descriptivo se procede al desarrollo de cada cuestión en particular: los principios generales del derecho y la solidaridad familiar.

Por otra parte, se compararon distintos criterios doctrinales, legislativos, históricos: método comparativo.

Y lo más representativo de esta investigación es la aplicación del análisis (método analítico) del material seleccionado. Cabe aclarar que el material elegido para el análisis es producto de una elección estricta, en la que escogieron los autores y trabajos más notables y relevantes, quedando sin reproducir también notables trabajos, en mérito a la economía de la producción exigida reglamentariamente.

Medios y recursos

- Bibliotecas públicas, privadas y particulares
- Sitios web referidos a: legislación, doctrina, jurisprudencia, documentos eclesiásticos, estudios históricos, material bibliográfico digitalizado en general

PRIMERA PARTE

CAPITULO I

Los Principios Generales del Derecho: Aproximación ontológica

1. Primeras apreciaciones sobre los principios jurídicos: un refinado debate de todo tiempo

El interrogante sobre los principios generales del derecho o principios jurídicos es una cuestión que se generó en el mundo jurídico en un contexto histórico más reciente.

Los juristas romanos, si bien elaboraron axiomas, los “*regulae iuris*”, no eran entendidos como se discurren hoy los principios aludidos. Se trataban de máximas que extraídas del ordenamiento jurídico eran utilizadas para fines pedagógicos o explicativos, como lo fue, y lo sigue siendo el aforismo “*pacta sunt servanda*”. Podrían ser considerados, de alguna manera, como un antecedente, por su forma gramatical, y por la indiscutida incidencia del *Corpus Iuris Civile* en la civilización occidental: “... el derecho que proveyó de sus fundamentos a la comunidad europea fue, ante todo, el derecho romano. Sirvió comúnmente de criterio distintivo entre las leyes civilizadas y las leyes bárbaras y proporcionó el vínculo que permitió transformar las situaciones de hecho en orden jurídico... En principio, es un hecho universalmente conocido que los romanos hicieron participar de su derecho a todos los pueblos conquistados. Éstos no sólo fueron sometidos a un poder único y regidos por unos mismos principios políticos: quedaron sumisos también al régimen de un mismo derecho. El rasgo genial de Roma fue aquel famoso decreto de Claudio que concedió a los pueblos vencidos y conquistados, bien es ver que siguiendo toda una jerarquía de distinciones y de grados, los mismos derechos del vencedor. Esta medida, provocó como consecuencia, que casi

todos los pueblos de Europa quedaron como sumergidos e incorporados en la amplísima comunidad que por entonces representaba el Imperio romano...⁴

Otro antecedente histórico, a modo ejemplificativo, es el siguiente: en tiempos de San Luis, Rey de Francia, y dentro de lo que se llamó en su momento la Escuela de los Comentaristas, el benedictino Jacques de Révigny empezó a aplicar al estudio del derecho el método que se aplicaba a la teología Santo Tomás de Aquino, proveyéndole de una ideología, buscaba los principios generales y por el razonamiento deducía los corolarios allí contenidos⁵.

Pero la ciencia del derecho moderno, el mundo jurídico contemporáneo, encuentra en ellos, en los principios jurídicos, elementos más complejos y profundos.

Esto ha conducido a que eminentes autores brinden diferentes posicionamientos.⁶

Las voces doctrinarias no son uniformes al respecto, *prima facie* podría decirse que la preocupación mayor reside en su aplicabilidad, su función normativa, la obligatoriedad que poseen, la oportunidad que le brindan al operador jurídico de comprender el sistema desde otra posición. También se introduce la idea de que los principios jurídicos sean valores jurídicos, extendiendo su concepto al campo

⁴ LACHANCE, Louis, *El derecho y los derechos del hombre*, Título original *Le droit et les droits de l'homme* – París, 1959, versión española realizada por Luis Horno Liria para todos los países de habla castellana, Ediciones Rialp S. A., Madrid, 1979, pág. 40

⁵ LACHANCE, Louis, op. cit., pág. 97

⁶ El profesor Saux esquematiza la cuestión y pone de relieve las siguientes posturas explicando que "...Emilio Betti sostiene enfáticamente la negativa, entendiendo que ellos no son sino orientaciones e ideales de política legislativa, que sirven como criterios programáticos para la tarea del legislador, y que siendo su contenido esencialmente axiológico o valorativo no requieren de una forma lógica de formulación. Ronald Dworkin, en opinión traído y compartida por Rodolfo Vigo, agrega en similar punto de miras que la disyuntiva propia de la estructura normológica –que quiere un supuesto de hecho y una conducta debida frente al mismo- es ajena a la esencia misma de los principios, que por su peso e importancia no se conmueven en su eficacia prescriptiva ante la eventualidad de su acatamiento. En otro enfoque de cosas, Norberto Bobbio, con la claridad conceptual que los distingue, propone una respuesta opuesta:... En mi opinión –dice- los principios generales no son sino normas fundamentales y generalísimas del sistema, las normas más generales..." SAUX, Edgardo Ignacio, *Estudios de Derecho Civil en su Parte General*, Santa Fe, Centro de Publicaciones de la UNL, 2002, pág. 7-8

axiológico, a la dimensión moral o ética. Finalmente, se puede decir que algunos pocos doctrinarios no los consideran relevantes y retoman la idea romana de que son simplemente axiomas, *regulae iuris*.⁷

Estas enormes diferencias doctrinales nacen, desde un punto de vista, de las disimilitudes en las concepciones más trascendentes y generales filosófica-jurídicas. Sostener si los principios jurídicos obligan o no, requiere de su definición, de lo que se entienda que son, pero previo a ello necesita de un sustento más fino, que cale más hondo: determinar que se quiere decir cuando se habla de juridicidad, de principios, y por ende de ley y de derecho.

En estas definiciones, históricamente, juristas y filósofos han enseñado y enseñan con maestría sus posturas en las concepciones de persona, sociedad, política, libertad, bien individual y bien común. Con opiniones fundadas se han manifestados postulados que se encuentran uno en las antípodas del otro, y se han dividido en grandes trazas, tradicionalmente en iusnaturalistas y iuspositivistas, y también de “comunitaristas”, “metapositivistas”, “eccléticos” y otras denominaciones que agrupan a pensadores y juristas que coinciden en sus teorías y propuestas en algunos o varios rasgos⁸.

⁷ GHERSI, Enrique, *¿Metáforas o Principios generales del Derecho?*, conferencia en la plataforma Youtube del 6/6/2016, <https://www.youtube.com/watch?v=2lgmjS2hzLo&t=3559s>, consultada el 8/08/2020

⁸ La profesora Méndez Costa enseñaba con la siguiente síntesis de su propia investigación: “...Optamos por Busso como positivista, para quien los principios generales del derecho son los principios fundamentales de nuestra legislación positiva que, aun no escritos, son los presupuestos lógicos de las normas legislativas; por Orgaz como metapositivista porque, según la versión de Gardella, admite que el concepto de principio general del derecho no puede ser ligado a ningún sistema positivo sino que “habrá de atenerse mejor a los principios de justicia universal, a aquella conciencia jurídica de los pueblos de Savigny, que supera las circunstancias de tiempo y lugar”, por Borda como eclético pero, sin duda y junto a Llambías, inclinado decididamente por el Derecho Natural pues lo identifica con “los principios superiores de la justicia radicados fuera del derecho positivo y a los cuales éste trata de darles encarnación en una circunstancia concreta determinada, por Spota como científicista en su posición de investigar los principios que forman parte del fondo común legislativo supranacional, recomendando “no olvidar que en la configuración de esos principios generales el intérprete debe huir de todo subjetivismo y atenerse a aquel dato objetivo que surge de ese fondo común del Derecho Comparado para así hallarse en condiciones de obrar científicamente” y que “han de tenerse siempre presente las

Más allá de las divergencias, es posible constatar que en su gran mayoría los juristas aceptan que los principios generales del derecho están presentes en el sistema jurídico, con mayor o menor intensidad respecto de su aplicabilidad, con distintas concepciones en orden a su origen, pero necesarios para el entendimiento de ese sistema.

transformaciones económicas, sociales y morales, a fin de darles satisfacción a través de la ley y de las demás fuentes del Derecho. Gardella se concentra en el análisis del artículo 16 y asume una postura ecléctica en su distinción entre principios sistemáticos positivos nacionales que se abstraen del derecho positivo de distintas especialidades y niveles y principios sistemáticos positivos internacionales o supranacionales que son reconocidos por las naciones civilizadas y principios naturales de justicia...” MENDEZ COSTA, María Josefa, *Los Principios Jurídicos en las Relaciones de Familia*, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006. pág. 12-13. En esta apretada síntesis señala las manifestaciones de los más destacados juristas nacionales, que han sostenido por ende diversas opiniones sobre los temas fundamentales también. Asimismo los pensadores de la filosofía jurídica tienen marcadas divergencias en el tema. El profesor Rodolfo Vigo dice: “La distinción entre reglas, principios y valores o es una tarea simple, y la mayor dificultad se presenta en virtud de la función normativa que cumplen tanto los principios como los valores...el tema tradicionalmente ha sido estandarte de posiciones antiiuspositivistas, tal es el ejemplo clásico de Del Vecchio, y dicha cuestión, contemporáneamente lejos de perder importancia ha sido constituida en una pieza clave de las teorías jurídicas de Esser, Larenz, Dworkin o Alexy. Aprecio conveniente destacar a este último, quien ha enfrentado el modelo de sistema jurídico propuesto desde el positivismo (Hart y Kelsen) definido como sistema de reglas y en donde funciona la discrecionalidad judicial en los espacios vacíos dejados por el sistema jurídico; también ha desechado Alexy el modelo de Dworkin quien define al sistema jurídico esencialmente compuesto por principios, además de reglas y desde el cual se puede obtener en cada caso la respuesta correcta, y frente a ellos, propone el profesor de Kiel un sistema compuesto en su lado pasivo por dos tipos de normas: las reglas y los principios, y además en su lado activo por la teoría de la argumentación jurídica racional; posibilitando esos tres niveles (reglas, principios y argumentación jurídica) del sistema jurídico mantener una teoría que presuponga la única respuesta correcta como idea regulativa, en el sentido de confiar que ella es posible aunque no pueda saber en qué casos, por lo que corresponde intentar obtenerla en todos los casos...” VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación Constitucional*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1993, pág. 65 a 67. Los pensadores nombrados que representan lo más eximio de las distintas vertientes corresponden a nacionalidades diferentes, a ordenamientos jurídicos distintos,

De manera que se entiende pertinente adentrarse en su estudio, y para ello comenzar adhiriendo a una posición iusfilosófica que explique y fundamente el punto en cuestión.

2. La tradición iusfilosófica tomista de la mano de Louis Lachance

En el propósito de demostrar que la solidad familiar es un principio jurídico, en primer lugar -luego se especificará su pertenencia la del Derecho de Familia- resulta necesario recurrir a posiciones filosóficas que den tal sustento.

Para este quehacer, es una ayuda y acompañamiento invaluable el que brinda la filosofía del derecho clásica. Su subsistencia es un hecho que a lo largo de los siglos se ha mantenido y renovado, y sus conceptos se pueden ver en muchos postulados aun tácitamente.⁹

Es honesto manifestar desde el inicio que no siendo el propósito de este trabajo debatir filosóficamente sobre la cuestión en el tratamiento de los temas ontológicos se evitará abordar la infinidad de controversias que se pueden plantear. Por otro lado,

⁹ “...Por lo demás, bastaría con recordar que la ciencia del derecho moderno nació en los monasterios y en las escuelas teológicas de los siglos XIII y XIV para lograr la certidumbre de que el influjo de Santo Tomás hubo de ser considerable en ella. Bajo su égida y bajo la de San Aberto Magno, se realizaron, en efecto, casi la mayoría de las transformaciones espirituales de esta época. Su filosofía, sus métodos de inducción, de definición, de división, de reducción a un conjunto orgánico de principios racionales, su alta idea de la justicia y del derecho, la primordial importancia que otorga a la ley natural, a las leyes humanas y a los sistemas de derecho positivo, sus ideas sobre la primacía del bien común en el acondicionamiento de la vida comunal, parece que fueron cosas mejor conocidas por los juristas que por los teólogos, por cuanto que las disputas dogmáticas distrajeron menos a los primeros que a los segundos... Sin embargo, ninguna escuela fue tan tributaria de Santo Tomás como la de los maestros de Salamanca. Los tres mas célebres el dominico Francisco de Vittoria (1483-15469, gran pensador, gran humanista, y fundador indiscutible del derecho internacional; Domingo de Soto, que también perteneció a la Orden de Santo Domingo y fue autor de obras notables sobre el derecho y la justicia, y el jesuita Francisco Suárez, cuyos tratados sobre la ley sirvieron de autoridad durante mucho tiempo, tomaron literalmente prestado de é la substancia de sus doctrinas jurídicas “ LACHANCE, Louis, *El derecho y ...*, op. cit. pág. 98

abocarse al debate distraería el proceso de fundamentación buscado. Además, es también justo afirmar que se adhiere a una escuela filosófica en particular por compartir plenamente sus postulados, en todo sentido, ontológicos, morales y también religiosos.

Es oportuno traer a este apartado el pensamiento de un famoso académico del presente que se pregunta sobre el por qué de no llevar a la conversación pública las propias convicciones sobre la moral y la justicia y luego de un desarrollo histórica y políticamente fundamentado concluye que “... el intento de desligar los argumentos sobre la justicia y los derechos de los argumentos sobre la vida buena es un error por dos razones: en primer lugar, no siempre se pueden zanjar las cuestiones referentes a la justicia y a los derechos sin resolver cuestiones morales sustantivas; y en segundo lugar, incluso cuando es posible, puede que no sea deseable...”¹⁰

Retomando la idea central de la sección, el pensamiento aristotélico - tomista, que en esta particular investigación servirá de sustento, se introduce desde los postulados de su fiel estudioso el P. Louis Lachance.¹¹

La elección de este pensador, Louis Lachance, surge en primer lugar por los conocimientos previos sobre la llamada filosofía perenne que armonizan con el postulado a demostrar – y viceversa, el conocimiento del pensamiento tomista hizo brotar espontáneamente la elección de la materia-, y en segundo lugar emerge de la

¹⁰ SANDEL, Michael J., *Justicia ¿Hacemos lo que debemos?*, 3ª edición en castellano para todo el mundo traducida por Campos Gómez, Juan Pedro, nombre original *Justice*, Barcelona, Penguin Random House Grupo Editorial S.A., 2015, pág. 281

¹¹ Joseph-Henri Lachance nació en Québec el 18 de febrero de 1899. Profesó en la Orden de los padres Dominicos el 25 de setiembre de 1921 y fue ordenado sacerdote el 3 de mayo de 1925. Muere en Montreal, el 28 de octubre de 1963, a los 43 años de su profesión religiosa. Estudió en el *Petit Séminaire* de Québec y luego se unió a la orden dominicana en *St. Hyacinthe*. Estudió y enseñó en Ottawa hasta 1936, aparte de los años 1929-31 cuando estudió en Roma. En 1936 regresó a Roma para enseñar en la Universidad *Angelicum*. Su carrera allí fue interrumpida por la Segunda Guerra Mundial y regresó a Canadá como sacerdote, y en 1943 se mudó a la Universidad de Montreal como profesor de filosofía. La obra publicada no es demasiado extensa, se cuentan ocho títulos, de los cuales hasta el presente tres han sido vertidos al español: El concepto de derecho según Aristóteles y Santo Tomás de Aquino (Buenos Aires, 1953); El derecho y los derechos del hombre (Marid, 1979) y la que posiblemente adquirió más notoriedad: Humanismo político: individuo y Estado en Tomás de Aquino (Pamplona, 2001).

consulta realizada a algunos tomistas argentinos¹², que tan generosamente mencionan la obra de Lachance, la que sin lugar a dudas, y particularmente desde su Concepto de Derecho en Aristóteles y Santo Tomás de Aquino, permite ingresar en el mundo de su comprensión del derecho, comprensión tomista del derecho, pero tan extraordinariamente formulada que resuena hoy como algo sumamente nuevo.

Debe decirse inicialmente que la contribución del P. Lachance a la comunidad científica se encuentra plenamente vigente, su labor se destaca por la precisión de su hermenéutica y su fidelidad al pensamiento del Doctor Común, la que más adelante podrá apreciarse. Su visión y fundamentos antropológicos y metafísicos del concepto de bien común tomista, particularmente, lo que también más adelante se demostrará, avalan su elección, dado que logra un alcance tal que sostiene en su interior la solidaridad familiar como principio jurídico permanente.

Este breve texto es un arquetipo de lo que la obra de Lachance simboliza en esta investigación: "...Los primeros principios del orden jurídico han interesado desde siempre a los teóricos del derecho. Porque su influencia es suprema se prolonga hasta los menores detalles de la estructura de los regímenes políticos. Siendo a la vez aparato regulador y forma que anima las determinaciones, los desarrollos y las adiciones de las cuales resultan los sistemas legales, los primeros principios deciden sobre su valor y desempeñan el papel de criterios de apreciación. Además, para el hombre de estudio, son como el hilo conductor que le permite desenredarse del fárrago de agregados o de excresencias que forman los códigos de leyes de las naciones. La continuidad interna, si hay continuidad, es obra suya, y no se puede descubrir sin su luz..."¹³

¹² Entre las labores investigativas realizadas se entrevistó a Fr. Marcos González, o.p., titulado Lector de la Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino por la Universidad de Salamanca, miembro de la Sociedad Tomista Argentina, y autor de numerosos escritos filosóficos y teológicos, quien luego de un meditado análisis de la temática aconsejó el seguimiento de este autor, y a quien se le agradece *in memoriam* (falleció en el Convento de Santo Domingo de San Miguel de Tucumán - Argentina el 25/12/2020) el haber introducido el pensamiento de Lachance, de tan alto vuelo y de extrema exactitud.

¹³ LACHANCE, Louis, *El Concepto de Derecho según Aristóteles y Santo Tomás*, Primera edición castellana, Traducción Fernando N. A. Cuevilla, Revisor de la traducción Pbro. Dr. Julio Menvielle, nombre original: *Le Concept de Droit selon Aristote et S. Thomas*, traducción obtenida de la segunda edición canadiense, revisada y corregida, ofrecida por *Les Editions du Lévrier*, Ottawa, Montreal, 1948, Buenos Aires, ed. s/n, 1953, pág. 49

Desde esta clarísima semblanza de los principios jurídicos se parte. Previo a ello se debe escudriñar como llega Lachance a tan incisiva afirmación, considerando su pensamiento sobre el derecho y la ley y el bien común.

3. El bien y la ley: una mirada metafísica de dos componentes jurídicos

Estos tres elementos en el pensamiento del P. Lachance están perfectamente amalgamados según las enseñanzas tomistas.

Destaca que para Aristóteles y Santo Tomás la idea directora de la vida, el principio de todo movimiento es la idea de bien. Para Santo Tomás, fundado en el ser y su perfección. Y añade que, además, -el bien- debe ser atractivo al hombre, adaptarse a él, tener aptitud para perfeccionarlo y por ende lo que todo ser desea. Y concluye así, lo que es ya un dato orientador de su concepción del derecho: "...Debe tendernos hacia un bien -el derecho-, puesto que el bien es lo que todo ser busca..."¹⁴

Mirado desde el sujeto el bien tiene para el hombre razón de fin, en tanto que como ser creado es a lo que tiende: el bien es la perfección del hombre, lo que permite que se logre la totalidad de la naturaleza humana. Todo lo que es creado cuenta con perfección en expectación, en germen, y por ello es natural que desee existir, la existencia es la primera etapa de la bondad: "...Hay en realidad, en toda criatura, como tres etapas en la participación de la bondad. Hay, ante todo, aquella del ser substancial, seguidamente, aquella de las cualidades que lo habilitan en vista a la acción, por fin, aquella del despliegue de su actividad, rematando en la conquista del objeto apto para consumir su constitución. A toda determinación que recibe el ser substancial -dice Santo Tomás- sigue una inclinación hacia un fin o hacia la acción o hacia algo de esta clase, pues toda naturaleza por el hecho de estar realizada opera y tiende hacia lo que le conviene, según su determinación específica..."¹⁵

El indicio del ser en nosotros es el alma, dado en una materia organizable, el ser primero y substancial. Es sumamente interesante este punto, porque hay una suerte de

¹⁴ LACHANCE, Louis, *El concepto...*, op. cit. pág. 53

¹⁵ LACHANCE, Louis, *ib.*, pág. 55

opuestos que se armonizan ya que desde el punto de vista de la bondad el alma es perfecta pues comunica con el mundo espiritual, pero al estar en un cuerpo es imperfecta y requiere que todas sus facultades concuerden para lograr su perfección. Facultades que poseen una perfectibilidad indefinida, facultades de los instintos y los quererres, de lo sensible y de lo inteligible: "...Es lo que Aristóteles traducía en este aforismo: ...el alma humana es, de alguna manera, todas la cosas..."¹⁶ Esta es la primera etapa: es la existencia abastecida de sus potenciales intelectuales y sensibles, que tiende a su perfección y que por ello es la razón fundamental de su sociabilidad. La segunda etapa, explica es la evaluación interna de lo que tiene para cada hombre razón de bien, y arma así su vida social. La experiencia común nos confirma en lo manifiesto de tales afirmaciones: los infantes necesitan de adultos para sus desarrollos esenciales y espirituales, aun cuando naturalmente se nace con ideas universales obvias, su especificidad de conocimientos requiere de dirección, caso contrario quedarían en estado embrionario. Estos desarrollos individuales son múltiples, diversos, con una cierta integridad, y es en la sociedad donde encuentra satisfacción esa necesidad. Aristóteles y Santo Tomás esto afirman, es sumamente popular el axioma aristotélico: "El hombre es un animal político", cuestión que el Filósofo, definió en el Libro 1º de la Política.: "...De aquí se colige claramente que la ciudad es una de las cosas más naturales, y que el hombre, por su naturaleza, es animal político o civil, y que el que no vive en la ciudad, esto es, errante y sin ley, o es mal hombre o es más que hombre..."¹⁷

Santo Tomás en relación a esto expone que el hombre es animal político y animal social, se reproduce el manifestado en el Gobierno del Príncipe, entre otros: "...Pero es propio al hombre el ser animal social y político, que vive entre la muchedumbre, más que todos los otros animales; lo cual declaran las necesidades que naturalmente tiene. Porque a ellos la naturaleza le preparó el mantenimiento, el vestido de sus pelos, la defensa de los dientes, cuernos y uñas, o a lo menos la velocidad para huir, y el hombre, empero, no recibió de la naturaleza ninguna de estas cosas, mas en su lugar le fue dada la razón, para que mediante ella, con el trabajo de sus manos, lo pudiese buscar todo; a

¹⁶ LACHANCE, Louis, *El concepto ...*, op. cit. pág. 56

¹⁷ ARISTÓTELES, *La Política*, traducción de Pedro Simón Abril, Madrid, Ediciones Nuestra Raza, 1910, edición digital Biblioteca Digital Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, <https://bib.us.es/>, pág. 9, consultada el 10/08/2020

lo cual un hombre solo no basta, porque de por sí no puede pasar la vida suficientemente; y así, decimos le es natural vivir en compañía de muchos....No es pues posible, que un hombre solo alcance por su razón todas las cosas de esta manera; y así es necesario el vivir entre otros muchos, para que unos a otros se ayuden y se ocupen unos en inventar unas cosas y otros en otras...”¹⁸ La experiencia confirma este atributo de razón y estas carencias que mueven al hombre a relacionarse, a interactuar, a comunicarse con otros hombres para satisfacer intereses y para superar sus insuficiencias, sus imperfecciones. Apunta, en relación a ello, el P. Lachance el rol que juega el derecho, cuya función es adaptar al hombre a su bien, debe proporcionarlo a sus semejantes: “...Si la naturaleza misma del hombre requiere que sea injertado en un organismo social, el derecho debe, evidentemente, reglar sus relaciones con este organismo. Si su bien depende de las comunicaciones que establece con sus semejantes la ley y el derecho, aparatos reguladores de la acción deben determinar estas comunicaciones”¹⁹ En definitiva esta segunda etapa en la adquisición del bien se corresponde con modelar la propia naturaleza en la propia conveniencia. Merece ser mencionada la afirmación de Lachance sobre que el hombre nace como animal jurídico: “.... Eso es lo que implica el hecho de que por naturaleza sea... parte de una multitud. Para hacer la proposición menos hiriente, invirtamos sus términos y digamos que uno de los derechos fundamentales de la persona humana consiste en el de asociación. El individuo humano no sólo está ordenado a su cumplimiento individual, sino que, además, está subordinado a la sociedad y a los bienes que ella produce, conserva y transmite. Así, como condición de su desarrollo individual, tiene derecho a los bienes familiares, a los bienes societarios y sociales de todo tipo y también a los políticos...Y tan pronto como la persona entra en estos todos de orden que son las sociedades,

¹⁸SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Del gobierno de los príncipes*, Traducción de Alonso Ordoñez das Seyjas y Tobar, edición e Introducción del P. Ismael Quiles (SJ), Buenos Aires, Pcia. de Buenos Aires, Editora Cultural - Colección de Espiritualidad Cristiana -Facultades de Filosofía y Teología de San Miguel, 1945, edición digital “Stat veritatis- La verdad permanece” http://biblio3.url.edu.gt/Libros/gob_princ.pdf, consultada el 22/08/2020, pág. 6 y 7

¹⁹ LACHANCE, Louis, *El concepto...* op. cit., pág. 59

adquiere nuevos derechos, que son distintos a los implícitos en su conservación individual: a saber: los dimanentes de su misma inserción en un todo...”²⁰

Finalmente, la tercera etapa es la adquisición del bien supremo: la felicidad. Claro está que felicidad entendida en el sistema aristotélico-tomista, no es el contento mundano que nos ofrece este tiempo vital, la satisfacción inmediata, efectiva, finita, extingible de nuestros deseos de toda índole: del cuerpo o de la mente de cada uno de los individuos que convivimos en este planeta, y no pensando en deseos ilícitos o contrarios a la moral. Lejos está para los filósofos siquiera pensar en esos “bienes”, que pueden proporcionar alegrías momentáneas, como concepto de felicidad. En su sistema las características son totalmente otras; el bien supremo, la felicidad es el deseo de la naturaleza común a todos los hombres, es universal, completo, suficiente. Bien de todos y por ende bien común. Puede darse toda entera a uno y a todos, sin menoscabo. Y también acá el derecho tiene algo que ver: “...Tiene por misión disponer y reglar la actividad en la comunidad política, de manera de producir o conservar la felicidad de la misma manera como es de su naturaleza el promoverla...”²¹ Dicho de otro modo el bien, la felicidad común tiene motivo de fin, y el derecho debe conducir a todos los hombres a esta felicidad. Debe recordarse la cualidad humana que acentúa Lachance: “... el hombre que pertenece genéricamente al mundo de los espíritus y que gracias a esa pertenencia, es capaz de acoger de algún modo al infinito gravita inconscientemente ... hacia el bien considerado en la totalidad de sus formas concretas, sin excluir ninguna de ellas en particular, es decir, hacia el *bonunm in communi*... Su gravitación natural – gravitación anterior a toda reflexión y a toda consciencia- lo arrastra, pues, hacia una realidad más vasta que el mismo bien humano...”²² Esto último, claro está, se corresponde al orden de la metafísica.

Es clave en el pensamiento aristotélico - tomista el papel que juega el fin en el obrar humano: es causa primordial “...En la economía total de la acción se puede reducir su causalidad a dos postulados principales: es la razón de ser del principio eficiente y del principio formal de la acción... Se puede decir que el fin inicia la acción y la modela...Para que produzcamos un acto determinado, es menester que tengamos

²⁰ LACHANCE, Louis, *El derecho y...* op. cit., pág. 263

²¹ LACHANCE, Louis, *El concepto...* op. cit., pág. 60

²² LACHANCE, Louis, *El derecho y...* op. cit, pág. 126

una intención definida, y seguidamente, que todo lo que hagamos, lo produzcamos bajo el imperio de un fin. Por consecuencia, desde que es determinado, el fin es principio exterior del organismo formal de la acción...Esta doctrina está fundada sobre un hecho de psicología íntima. Cuando nos proponemos un fin, organizamos nuestra actividad de acuerdo con él, elaboramos nuestros planes en función del mismo, imprimimos a nuestros rumbos una orientación dirigida por ese fin, de manera que la característica de nuestro obrar es la de ser una proporción con él...”²³ En este sistema filosófico se puede afirmar que el derecho –más adelante se tratará su conceptualización precisa- debe determinar la actividad colectiva a la consecución del fin último, como así también de los fines intermedios necesarios para su adquisición.

Y en este desarrollo ya se puede vislumbrar un acercamiento a la noción de bien común como elemento específico del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, hay que ser claro que en este orden de ideas se tiene que el bien supremo del hombre y de todas las criaturas es Dios, la Suprema Bondad “...Los seres de la naturaleza tienen en común una potencia de expresión que supera considerablemente a aquella que tienen particularmente. Su perfección de conjunto es más grande que la que poseen como partes. El orden universal que las contiene y las rige, es mejor que el orden particular que cada una encarna. Imita y traduce mejor la bondad divina. Esa es la razón precisa, formal, por la cual Dios es, sin dejar de ser su bien propio, su bien común...”²⁴ Más adelante Lachance profundiza: “...En el sistema aristotélico-tomista, la perfección viene de lo Alto; emana de Aquel que la posee a guisa de manantial. No se cometa el error ilógico de hacerla proceder de la privación. Todo desciende y se remonta en virtud del impulso de Aquel. Ningún ser de la naturaleza llega al acrecentamiento y a su apego sin el concurso de una multitud de fuerzas anónimas, sin el aporte oculto de agentes superiores...”²⁵

El destino eterno sobrenatural de las criaturas y su fin último hacia la Bondad, no es obviamente el propósito de esta investigación, se trata del orden temporal, no solo material, del bien común del hombre en esta vida terrena, en su vida comunitaria que es fin de su actividad colectiva. Por eso claramente dice “... Existe, pues un triple bien del

²³LACHANCE, Louis, *El concepto ...*, op. cit. pág., 62-63

²⁴ LACHANCE, Louis, *ib.*, pág. 73

²⁵ LACHANCE, Louis, *ib.*, pág. 75

hombre, a saber: según el alma, según el cuerpo y según las cosas exteriores. Y la felicidad, siendo el bien del hombre llevado a su máximo florecimiento comprende todos estos bienes...”²⁶ Es muy antigua esta división de bienes, tan antigua que el mismo Aristóteles la pensaba antigua. En este contexto el entendimiento de lo que es el cuerpo y las cosas exteriores a él resulta obvio, y que la prosperidad en la satisfacción de esas necesidades físicas lo impulsan a la felicidad es también claro. La cuestión del alma requiere de un mayor desarrollo pues remite a la virtud, al obrar honesto, a la consecución de los valores se diría hoy. Algo que quizás no sea tan evidente para el hombre contemporáneo preocupado en el día a día por satisfacer sus deseos y necesidades más elementales, pero que en la profundidad, en la intimidad más honda del ser, está seguro de que “no solo de pan vive el hombre”, es más, parece inscripto en lo que Jung llamó el “inconsciente colectivo” de la humanidad, ese anhelo, esa búsqueda de algo más, y en este sistema de pensamiento es lograr la perfección de la virtud: “...En el sentir de Aristóteles, la virtud es necesaria como es necesario al hombre no estar por debajo de sí mismo. Se impone a éste de la misma forma como hace el ideal humano. A los ojos de Santo Tomás, es el complemento natural de sus facultades, el refuerzo de energía que lo pone en condición de obedecer a su impulso inicial y de evolucionar según toda la amplitud de su poder...”²⁷ Quizás lo que se cite a continuación resuene utópico, o idílico en estos tiempos convulsionados pero no por ello deja de ser una meta que el hombre y las comunidades puedan plantearse: “...S. Tomás estima también, que la virtud en estado de principio estable, inmanente, vital, es lo que hace que la vida comunitaria florezca en comodidad, delectación, belleza y perfección. Es el bien vivir en estado de fuente permanente. Es el orden, la amistad, la paz en su raíz...Y si todos ambicionasen el bien, de tal manera que cada uno se esforzase en superar al otro en bondad, comportándose mejor que él, resultaría de que todos tendríamos, colectivamente, con que colmar sus deficiencias individuales, pues uno socorrería a otro, y estos bienes que son los más estimables de todos, es decir las virtudes, se tornarían patrimonio de todos...”²⁸

²⁶ LACHANCE, Louis, *El concepto...*, op. cit., pág. 84

²⁷ LACHANCE, Louis, *ib.*, pág. 88

²⁸ LACHANCE, Louis, *ib.*, pág. 90

Desde luego todo esto no sucede espontáneamente, la virtud requiere de cierta disciplina, de entrenamiento para su perfección, y ahí es donde la ley humana, y toda la ley, abre su juego, y su institución resulta necesaria. Obviamente también para la consecución de los otros bienes.

Hasta aquí se expuso sobre cuáles son los bienes del hombre y de todos los hombres, se ahondará seguidamente un poco más en lo común, ya que algunos desean algunas cosas y otros otras muy diferentes, incluso opuestas, en el orden temporal. Y así es, todos quieren cosas distintas, pero para conseguirlas, siendo imperfectos, los hombres se necesitan mutuamente, claro está que dicho así podría resultar algo caótico y dominado por la fuerzas de los quererres individuales: "... Si se considera, entonces, que el bien común es fruto de la acción conjugada de una multitud de aportes, si por otra parte, fuerzas individuales y diversas tienden a producir efectos individuales y diversos, si, por fin, de entre todos los bienes, los más sensibles son aquellos que son más deseados por nuestras tendencias, es necesario concluir que es menester que haya en este enredo de fuerzas, un principio organizador. Dejados a sus propios impulsos, ellas se individualizarían, chocarían, y se anularían. Lo material prevalecería sobre lo espiritual, lo inferior dominaría a lo superior, la pasión gobernaría a la inteligencia y el resultado sería grotesco..."²⁹

¿Quién armoniza todas estas tendencias, deseos, necesidades? La ley dice Santo Tomás, pues el fin de la ley es el bien común. En este sentido afirma Lachance "...Luego el principio que es a la vez bastante universal y lo suficientemente potente como para balancear todas las fuerzas que se ejercitan en el seno de un grupo, este principio que racionaliza las relaciones sociales, es el derecho. Es éste el que tiene por misión equilibrar la acción del grupo y de hacer posible la producción de este bien "más bello" y "más rico", "más divino" que aquel otro que podrían realizar los individuos..."³⁰

²⁹ LACHANCE; Louis, *El concepto...*, op. cit., pág. 93

³⁰ LACHANCE, Louis, *ib.*, pág. 96

4. El Bien común: consideraciones reflexivas

La temática del bien común, como es sabido, es demasiado amplia y debatida en todos los tiempos y en todos los sistemas. La elección de uno en particular y para ser fiel al mismo conmina a reproducir sus conceptos al detalle. De modo que se toma esta manifestación de Lachance para introducir el tema: "... Para mayor precisión...el estudio del bien común corresponde a dos géneros de disciplina muy distintos, de los cuales, por lo demás, está uno siempre libre de servirse con tal de que se sepa no confundirlos. Hay ante todo un estudio metafísico del bien común; y se hace en dos tiempos. El primero es aquel en que uno se pregunta en qué consiste el bien del hombre, importándole poco sus condiciones de existencia, importando poco que viva en la jungla, en el clan, en la tribu, en la ciudad o en las grandes sociedades modernas. Se trata entonces de explicitar el contenido del *bonum in communi*, considerado en sus relaciones con las exigencias esenciales del hombre. Se desemboca en una enumeración y en una ordenación de los valores humanos. Los de contemplación son declarados esenciales; los de orden moral, dispositivos, y los de orden material, instrumentales. El segundo tiempo consiste en establecer la distinción imperfecta, pero específica, que hay entre el bien común y el bien propio. En suma, se confina uno en el campo de la verdad especulativa, en el de las esencias y de las definiciones. La segunda manera de considerar el bien común depende de las disciplinas prácticas. Se lo considera entonces bajo su aspecto formal de bien, es decir, como realizable o como realizado. Se examinan las condiciones concretas de su establecimiento de su conservación y de su promoción; y en este examen se deben tener en cuenta a la vez factores esenciales para el desarrollo de las colectividades y factores históricos y sociológicos que favorecen o perturban la acción de los factores esenciales. Y si uno se propone ... descubrir si el bien común es realizable, es en este segundo género de investigación en el que conviene detenerse ... parece claro que el bien común natural no posee existencia separada y que no es susceptible de ser realizado, si no es bajo forma de bien político histórico..."³¹

El bien común es la finalidad de la ley. Ahora bien la cuestión de su conciliación con el bien particular se impone, dado que no son lo mismo: el bien de un solo

³¹ LACHANCE, Louis, *El derecho y...*, op. cit., pág. 142

individuo no es el fin último de la especie humana, pero dice S. Tomás, que el bien común sí lo es.

Y se impone, porque es un debate permanente del mundo contemporáneo actual, que enfrenta circunstancias distintas y muy extremas: los terrorismos, fenómenos migratorios, enfermedades pandémicas a escala mundial, globalización, multiculturalismo, extremos entre riqueza y hambrunas, cambios climáticos, graves daños ecológicos, que mueven a interrogarse una y otra vez sobre libertad individual, bien común, unidad y multiplicidad.

El Papa Francisco, introduce esta noción en su Encíclica *Laudato Si* – Sobre el cuidado de la casa común, y lo hace precisamente en relación al medio ambiente³². El cuidado del planeta muestra tan clara, simple y gráficamente el concepto de bien común, que los niños pueden fácilmente asirlo. No obstante, los adultos necesitan más explicaciones, como los da S. S. Francisco en la mencionada Carta: “...Muchas cosas tienen que reorientar su rumbo, pero ante todo la humanidad necesita cambiar. Hace falta la conciencia de un origen común, de una pertenencia mutua y de un futuro compartido por todos...”³³

³² SUMO PONTÍFICE FRANCISCO, *Laudato Si - Sobre el cuidado de la casa común Carta Encíclica*, mayo 2015, www.vatican.va, consultada el 30/08/2020: “...La ecología integral es inseparable de la noción de bien común, un principio que cumple un rol central y unificador en la ética social. Es « el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a las asociaciones y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de la propia perfección ». El bien común presupone el respeto a la persona humana en cuanto tal, con derechos básicos e inalienables ordenados a su desarrollo integral. También reclama el bienestar social y el desarrollo de los diversos grupos intermedios, aplicando el principio de la subsidiariedad. Entre ellos destaca especialmente la familia, como la célula básica de la sociedad. Finalmente, el bien común requiere la paz social, es decir, la estabilidad y seguridad de un cierto orden, que no se produce sin una atención particular a la justicia distributiva, cuya violación siempre genera violencia. Toda la sociedad –y en ella, de manera especial el Estado– tiene la obligación de defender y promover el bien común...En las condiciones actuales de la sociedad mundial, donde hay tantas inequidades y cada vez son más las personas descartables, privadas de derechos humanos básicos, el principio del bien común se convierte inmediatamente, como lógica e ineludible consecuencia, en un llamado a la solidaridad y en una opción preferencial por los más pobres...”

³³ SUMO PONTÍFICE FRANCISCO, *Laudato...*, op. cit.

En estos tiempos, en los que se está redactando esta tesis, es más visible, más luminosa la idea y realidad de bien común. Recurriendo otra vez a S. S. Francisco se percibe sin lugar a dudas que “nadie se salva solo”: “...«Al atardecer» (Mc 4,35). Así comienza el Evangelio que hemos escuchado. Desde hace algunas semanas parece que todo se ha oscurecido. Densas tinieblas han cubierto nuestras plazas, calles y ciudades; se fueron adueñando de nuestras vidas llenando todo de un silencio que ensordece y un vacío desolador que paraliza todo a su paso: se palpita en el aire, se siente en los gestos, lo dicen las miradas. Nos encontramos asustados y perdidos. Al igual que a los discípulos del Evangelio, nos sorprendió una tormenta inesperada y furiosa. Nos dimos cuenta de que estábamos en la misma barca, todos frágiles y desorientados; pero, al mismo tiempo, importantes y necesarios, todos llamados a remar juntos, todos necesitados de confortarnos mutuamente. En esta barca, estamos todos. Como esos discípulos, que hablan con una única voz y con angustia dicen: “perecemos” (cf. v. 38), también nosotros descubrimos que no podemos seguir cada uno por nuestra cuenta, sino sólo juntos... Y podemos mirar a tantos compañeros de viaje que son ejemplares, pues, ante el miedo, han reaccionado dando la propia vida. Es la fuerza operante del Espíritu derramada y plasmada en valientes y generosas entregas. Es la vida del Espíritu capaz de rescatar, valorar y mostrar cómo nuestras vidas están tejidas y sostenidas por personas comunes —corrientemente olvidadas— que no aparecen en portadas de diarios y de revistas, ni en las grandes pasarelas del último show pero, sin lugar a dudas, están escribiendo hoy los acontecimientos decisivos de nuestra historia: médicos, enfermeros y enfermeras, encargados de reponer los productos en los supermercados, limpiadoras, cuidadoras, transportistas, fuerzas de seguridad, voluntarios, sacerdotes, religiosas y tantos pero tantos otros que comprendieron que nadie se salva solo. Frente al sufrimiento, donde se mide el verdadero desarrollo de nuestros pueblos, descubrimos y experimentamos la oración sacerdotal de Jesús: «Que todos sean uno» (Jn 17,21)...»³⁴

En su última Encíclica, el Santo Padre lo reitera con estas profundas palabras: “...Nadie puede pelear la vida aisladamente. [...] Se necesita una comunidad que nos sostenga, que nos ayude y en la que nos ayudemos unos a otros a mirar hacia delante. ¡Qué importante es soñar juntos! [...] Solos se corre el riesgo de tener espejismos, en

³⁴ SUMO PONTÍFICE FRANCISCO, *mensaje Momento Extraordinario de Oración en tiempos de pandemia – Atrio de la Basílica de San Pedro*, Multimedia, www.vatican.va, Ciudad del Vaticano, 27 de marzo de 2020, consultado en la fecha.

los que ves lo que no hay; los sueños se construyen juntos». ...Soñemos como una única humanidad, como caminantes de la misma carne humana, como hijos de esta misma tierra que nos cobija a todos, cada uno con la riqueza de su fe o de sus convicciones, cada uno con su propia voz, todos hermanos...»³⁵

Esta concepción de bien común, del bien de todos, retomando el relato aristotélico - tomista, es también el bien del individuo en particular. Y aunque esto luzca como un conflicto, y muchos pensadores lo han sostenido, la solución del sistema tomista es superadora: "...S. Tomás, lejos de substituir el ideal común al ideal individual, afirma que el ideal individual no se realiza sino en la medida en que el ideal común es realizado..."³⁶ En otra de sus obras el P. Lachance explica con precisión la relación entre bien propio y bien común, los cuales por un lado se distinguen y de algún modo se oponen, también tienen un nexo de solidaridad y orden mutuo.³⁷

Por supuesto que el bien de los seres es lo que corresponde a su naturaleza, y que guarda proporción con cada especie. En el hombre se da una distinción obvia entre naturaleza abstracta y naturaleza individual, Santo Tomás no niega esto, por el contrario enseña que no todos desean el mismo bien como deleitable. Dice el P. Lachance al respecto: "... el bien propio es un orden particular establecido en los bienes, por la razón prudente, relativamente a nuestras disposiciones, para permitirnos participar en el bien común, y sobre todo en lo que hay de principal en él. El bien propio se distingue del bien común, pero nos opone a él. Puede haber oposición si el hombre es egoísta y perverso, pero si es verdaderamente hombre, hay un acuerdo natural entre su bien y el de la comunidad..."³⁸

El entendimiento de la doctrina tomista del P. Lachance es categórico: el bien común prima por sobre el bien individual: "...El bien común depende del bien

³⁵ SUMO PONTÍFICE FRANCISCO, *Fratelli ...*, op. cit.

³⁶ LACHANCE, Louis, *El concepto...*, op. cit., pág. 155

³⁷ Dice el P. Lachance: "El bien individual, para ser completo, debe ser recogido del bien común. El individuo está en la obligación de recibir de las instituciones nacionales su acabamiento personal. Se comporta ante ellas como lo perfectible respecto de su causa perfectiva. De manera que, incluso cuando ha llegado al término de su desarrollo y ya no necesita más su apoyo, no puede hacer que su bien propio no conserve respecto de ellas lazos de dependencia ni que no retenga para siempre la fisonomía de un efecto..." LACHANCE, Louis, *Humanismo político*, España, Ediciones Universidad de Navarra, 2001, pág-382

³⁸ LACHANCE, Louis, *El concepto...*, op. cit., pág. 157

individual en el orden de la causalidad, el bien individual es tributario del bien común en el orden de la perfección, así puede traducirse en suma su doctrina...”³⁹

Para sostener esto sólidamente debe decirse que el bien común es deudor de sus elementos materiales a los bienes propios. Así el bien común depende materialmente de los bienes individuales. Y es que el bien individual se alcanzará cuando al mismo tiempo se asegure el bien común. Lachance introduce una cita que resume la cuestión de modo clarísimo: “...Valerius Maximus decía de los antiguos romanos que preferían ser pobres en un imperio rico que ser ricos en un imperio pobre...”⁴⁰ Hoy día parece tener vigencia plena este aforismo romano, quizás en términos de paz o de seguridad cuando se piensa en los movimientos migratorios que se suceden en gran parte del planeta, donde miles y miles de personas optan por abandonar sus hogares en su busca, a sabiendas de que serán “pobres” pero procurando lograr cobijo en un “imperio rico”.⁴¹

Continuando con el análisis, la ley tiene su gran protagonismo, pues por su poder coercitivo, puede frenar el egoísmo propio del hombre y salvaguardar el bien común, ya que como se experimenta, los seres humanos están sujetos a la tendencia de salvar egoísta y desmedidamente la parte por encima del todo, satisfacer todos y cada uno de los deseos presentes y futuros sin considerar el entorno comunitario en el que se desarrollan. Claro que esto no es extraño, ya que no siempre coinciden, es más el interés individual las más de la veces entra en pugna con el comunitario, solo pensar en el pago de impuestos lo confirma.

Finalmente, para concretar un poco más estas afirmaciones del sistema aristotélico-tomista y siguiendo siempre al autor que se ha elegido como guía de esta investigación debe decirse que tanto para Aristóteles como para Santo Tomás las

³⁹ LACHANCE, Louis, *El concepto...*, op. cit., pág. 158

⁴⁰ LACHANCE, Louis, *ib.*, pág. 160

⁴¹ Naciones Unidas reporta que: “...En 2019, el número de migrantes alcanzó la cifra de 272 millones, 51 millones más que en 2010. Los migrantes internacionales comprenden un 3,5% de la población mundial, cifra que continúa en tendencia ascendente comparándola con el 2,8% de 2000 y el 2,3% de 1980 ... En la actualidad, una gran cantidad de personas vive en un país distinto de aquel donde nacieron, el mayor número hasta ahora ... Las causas serían la búsqueda de trabajo y oportunidades económicas, reunión con familiares, posibilidades de estudio, y también para escapar de conflictos, persecuciones, del terrorismo o de violaciones o abusos de los derechos humanos, de los efectos adversos del cambio climático, desastres naturales u otros factores ambientales...”, NACIONES UNIDAS, website, www.un.org, consultada en 27/08/2020

sociedades que buscan la riqueza, la libertad, la fuerza las entienden como de tipo disminuido pues esos atributos no apuntan a hacer al hombre mejor hombre sino a hacerlo rico, fuerte. Estos no son fines en sí mismos, sino medios otorgados al hombre para que armoniosamente puedan ennoblecer su naturaleza. ¿Cuál será entonces ese bien que deben buscar las comunidades? Dice Lachance: el que prima por sobre todos los otros, el bien honesto: “...Aristóteles la confundía –a la honestidad- casi con lo hermoso humano...todo el obrar del hombre virtuosos. Sto. Tomás...-dice- la honestidad es lo que por virtud de su propia excelencia nos atrae lo que por la aureola de dignidad con la que se engalana, nos alienta y nos ata...No es necesario, sin embargo, creer que lo honesto excluye el provecho y el placer. Yo no sé que exista bien más ventajoso para el hombre que la valorización de sus recursos naturales y el desarrollo armonioso de sus facultades. Y en cuanto al placer, ¡que más regocijante que la conciencia de una máxima perfección!...”⁴²

5. Descifrando la ley

Señala Lachance que “...Santo Tomás...la presenta (a la ley) tanto como un plan, un trazado espiritual, un ideal de vida práctica, así también como un pedagogo que prepara un camino, o como una enseñanza exterior destinada a modelar el obrar...Infiere su necesidad del hecho de que somos inteligentes, del hecho de que la forma de nuestro obrar procede de nuestros pensamientos, porque esta forma debe ser forjada por nuestro espíritu, debe vivir la vida de nuestra alma antes de suceder en la realidad...”⁴³ Resulta entonces conveniente adentrarse en el concepto tomista de ley, el cual es muy preciso y se relaciona íntimamente con lo que se viene relatando sobre el hombre y su necesaria vida en sociedad, y por ende la finalidad de los actos: el bien común.

En el sistema de pensamiento de Lachance la ley tiene un gran protagonismo, en primer lugar resalta la relación íntima entre ley y razón, poniendo de relieve lo dicho

⁴²LACHANCE, Louis, *El concepto...*, op. cit., pág. 163

⁴³ LACHANCE, Louis, *ib.*, op. cit., pág. 102

por Sto. Tomás que la ley es una regla y una medida del obrar, siendo la razón la regla y medida de los actos humanos, pues la que ordena el obrar hacia el fin, de modo que si la razón es regla y la ley es regla una es fruto de la otra, o las dos provienen de un principio común. La solución tomista es esta: "... La ley no es otra cosa que una orden de la razón, hecha y promulgada en vista del bien común, por quien preside los destinos de la comunidad..."⁴⁴.

El hombre en vistas a un fin de bien comunitario dicta las leyes para su obrar, y poder así alcanzarlo, lo hace en pleno uso de su razón práctica.⁴⁵

Es una orden de la razón práctica, de la recta razón, que debe guiar todo el obrar humano.⁴⁶

⁴⁴SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teológica, Parte I-II, q. 90, a. 4*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2da. ed, MCMLXXXIX, pág. 708, versión digital www.dominicos.org consultada el 30/08/2020

⁴⁵ Truyol y Serra sintetiza con total justeza los distintos tipos de ley del sistema tomista: "...Pero a diferencia del cosmos griego (configurado, no creado por Dios), el universo cristiano es producto de la acción creadora de un Dios personal, que lo rige y lo gobierna. La comunidad toda del universo es gobernada por la razón divina. La experiencia de este gobierno es ley eterna, definida por Santo Tomás como «razón de la divina sabiduría en cuanto dirige toda acción, todo movimiento». La ley eterna es en Santo Tomás, como en San Agustín, el principio «ordenador de la universalidad de lo creado. En su acepción más general, que abarca toda clase de leyes (aunque se aplique preferentemente a la humana), la ley es una ordenación de la razón al bien común promulgada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad»... el fundamento de la ley radica en la razón. La promulgación esencial a toda ley, se da en la ley eterna de una manera peculiar, ya como instinto o tendencia intrínseca, ya como participación intelectual. Si en efecto los seres inanimados y los irracionales están sometidos a la ley eterna necesaria y ciegame, el hombre lo está de un modo eminente, pues participa de ella por su razón, y ha de acatarla libremente «semejante participación de la ley eterna en los seres racionales es lo que se llama ley natural.»La ley natural es a su vez el fundamento de las leyes humanas. Las leyes humanas dimanan de la ley natural en virtud de su proceso mental que se hace más claro si se compara con el que tiene lugar en el orden especulativo. Santo Tomás distingue, sobre huellas aristotélicas, entre razón especulativa y razón práctica, según que la actividad racional se aplique aquella realidad objetivamente dada al hombre y sólo susceptible de ser por él aprehendida en la contemplación, o a aquella realidad que el hombre configura con su acción y que por ende depende de su voluntad. Y así como en el orden especulativo, de principios evidentes, natural y espontáneamente conocidos, fluyen las conclusiones que dan origen a las distintas ciencias, conclusiones cuyo conocimiento no nos es natural, sino adquirido después de no pequeños esfuerzos de la razón, así también la razón práctica puede llegar a obtener soluciones más concretas, más particulares, partiendo de la ley natural como de principios por sí mismos evidentes. Estas disposiciones o normas más concretas de la razón práctica, cuando reúnen todas las demás condiciones que el concepto de ley implica, se llaman leyes humanas. La ley natural participa de las notas de universalidad e inmutabilidad propias de la ley eterna. Pero la universalidad y la inmutabilidad de la ley natural son compatibles con la regulación adecuada de situaciones históricas variables; y ello no tan sólo al través de las cambiantes leyes humanas, sino también por la misma virtualidad de la ley natural..." TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado 1. De los orígenes a la baja Edad Media*, Madrid, Editorial Alianza Universidad Textos, 1991, tomo 1, pág. 367

⁴⁶ Enseñaba mi maestro el P. Fr. Marcos González o.p que "...La ley natural es una participación de la ley eterna en la creatura racional, como ordenación de los actos humanos hacia el bien divino y humano, conocida por la razón humana, naturalmente, sea de un modo quasi (sic.) intuitivo o no discursivo, o por

Es la recta razón de la que habla Santo Tomás, la que conduce la multiplicidad de actos individuales y el conjunto de relaciones comunitarias a su único fin último, el bien común. Y en este punto es donde encontramos la relación de la ley con la moral. El primer principio del obrar humano es la razón, y es de algún modo la fuente de la moralidad, pues las obras se reputan buenas o malas, justas o injustas. Es de mencionar en este contexto que la razón puede tener también sentido de facultad. El P. Lachance dice "... la moral es la ciencia que enseña a los hombres a guiarse por la razón. Y la materia propia de todo acto moral es aquello a lo que se impone la modalidad propia de la razón... una de las principales prerrogativas de la razón práctica ... reglar el apetito sensible...la perfección del acto del apetito consiste en que se deja reglar por la razón..."⁴⁷ Debe decirse que los principios de la razón están tanto en el orden práctico como en el especulativo, hay un paralelismo entre conocimiento y accionar: "...Todo ser es absolutamente verdadero por el hecho de que es, pero todo ser no es deseable por ser cognoscible. Puede ser conocido sin ser deseado. Desde un punto de vista subjetivo, pertenece a la facultad cognoscitiva discernirlo y presentarlo a las facultades apetitivas a título de bien sensible o intelectual útil o deleitable..."⁴⁸. Y es por eso que Santo Tomás enseña que el acto humano es el que proviene de la voluntad deliberada. Todo esto según Lachance nos permite ver la aproximación entre ley y moral conforme el sistema aristotélico-tomista: "...La naturaleza de la ley es la deducida por un razonamiento riguroso de los principios generales de la moralidad. La razón práctica es la regla y la medida del obrar; igualmente la palabra ley, en el sentimiento de aquellos que la emplean, designa una regla y una medida del obrar..."⁴⁹

modo de conclusión necesariamente derivada. Así, por ejemplo, el principio: "el bien se ha de hacer y el mal se ha de evitar", que es el primer principio que se participa en el orden moral (Cf. Summa Theol. I-II. 91,2); o también: no hay que robar, porque no hay que hacer daño a otro. La ley humana es una ordenación de la razón hacia el bien común temporal, promulgada por el príncipe de la comunidad que viene a determinar algo que permanece indeterminado según la ley natural, de un modo consonante con la misma. Por ejemplo, por derecho natural consta que el delincuente debe ser castigado. Para la determinación más precisa del castigo queda en particular, en manos de la autoridad humana. Esta determinación se concibe de modo semejante a lo que acontece en las artes. Así, un artista tiene una concepción general de lo que es una casa y determina esa concepción según distintos modos..." GONZALEZ, Marcos Rodolfo o.p., *Filosofía Moral Cristiana*, edición privada, San Miguel de Tucumán, 2016, pág. 102

⁴⁷ LACHANCE, Louis, *El concepto...*, op. cit., pág. 111

⁴⁸ LACHANCE, Louis, ib., pág. 114

⁴⁹ LACHANCE, Louis, ib., pág. 112

En este desarrollo referido al entendimiento de la ley, se recurre a su relación con la moral, pero se debe agregar también que la prudencia, virtud moral, incide en el obrar humano individual; cuando se la dispone al hacer desde la rectitud del juicio logra el dominio de la ejecución, obtiene el saber hacer. Y así también la ley es una obra de la prudencia, pero ya en relación a la prudencia del gobernante: "...Según Santo Tomás, la ley es una obra de la de prudencia. Pero es menester entender la palabra prudencia en el sentido de prudencia propia del rey y comprender en ella todo que esta virtud prolonga; pues no ignora que la ley natural es objeto de la *sindéresis* y la ley eterna de la Suprema sabiduría..."⁵⁰ Por la prudencia el gobernante podrá ver, medir, las medidas apropiadas para la comunidad en la obtención del fin, es la que le asegura a su prescripciones universalidad, eficacia y duración.

Todas estas aseveraciones sobre la ley, yendo un paso más adelante, y las que a continuación se desarrollan devienen importantes en el pensamiento de Lachance para entender el concepto de derecho del sistema tomista, al cual se adhiere para sostener ontológicamente el principio de solidaridad familiar como principio jurídico.

El P. Lachance estudia la relación entre ley y orden en sus diversos aspectos: orden universal, orden internacional, orden político y sus elementos. Siempre partiendo de la base que la ley es un orden, claro está. Esto en primer lugar, para luego tratar orden moral, jurídico y orden social.

Con respecto al orden universal, siguiendo como siempre al Santo Doctor, afirma que la constitución esencial del Universo no es otra cosa que el orden, orden que lo contiene, que lo reúne en una espléndida unidad. Como así también, cada viviente en el universo representa un orden, un todo armónico, incluyendo el hombre también.

Con relación al orden internacional, es muy interesante de analizar lo que pone de manifiesto, pues brinda las bases para lo que más adelante se mencionará y analizará en profundidad: los principios generales del derecho. Desde luego, el orden internacional, no era conocido como tal en la Antigüedad y en la Edad Media, ya que las naciones no habían nacido aún. Pero dice Lachance que Santo Tomás vio la necesidad de abordar un derecho que trascendiese las ciudades, un derecho que Lachance llama "interpolítico"⁵¹

⁵⁰ LACHANCE, Louis, *El concepto...*, op. cit., pág. 120

⁵¹ LACHANCE Louis, *ib.*, op. cit., pág. 132

Menciona también que Aristóteles “...había tenido la idea de un derecho que trasciende a las naciones. En el libro quinto de las *Éticas*, habla explícitamente de un derecho derivado de la naturaleza misma del hombre, y en el libro octavo, de un derecho no escrito del cual puede hallarse fragmentos, entre los poetas...”⁵² Luego, claro está, los romanos, elaboraron el concepto de Derecho de Gentes.

Y acá se destaca un concepto visceral para el sostenimiento de la hipótesis de trabajo y que requiere de una estricta transcripción: “... Santo Tomás, como lo hemos dicho, distingue muy claramente dos aspectos en esta cuestión, a saber, la sociedad humana y la sociedad política. En el interior del orden universal, existe la naturaleza racional, que lo participa de una manera absolutamente excelente... La ley eterna, en efecto, se manifiesta en aquella bajo forma de principios evidentes, imperiosos, moralmente necesarios. Estos principios son el fundamento de las reglas particulares o comunes, de la acción. Todas las legislaciones humanas –sean cuales fueren las diferencias que existan en razón de la diversidad de tiempos, lugares o razas- no tienen vigor de ley sino cuando se conforma a aquellos... Este embrión de orden es el mismo en todos los pueblos, está escrito en el corazón de la humanidad de una manera inmutable e indeleble... este orden está también contenido en la ley natural, bajo forma de prescripciones, y en el derecho de gentes, que se une a ella por un ligamen inmediato...”⁵³ Extraordinario conocimiento de la igualdad de la naturaleza humana, todos los hombres la compartimos con las diferencias de razas, culturas, religión, lenguas, filosofía, y hoy más que nunca se puede constatar en este mundo en el que gana terreno a pasos agigantados la “globalización”, que encuentra un fin universal para la humanidad. Y que el hombre contemporáneo denominó “derechos humanos”.

El orden político es la forma unificadora de ciudades y Estado. En la sociedad humana, la naturaleza propia del hombre da los principios del orden comunitario, y la ponderación, su modo “...sea por observación de las leyes de la naturaleza, sea por tomar conciencia del embrión natural del orden que rige siempre en grupos espontáneos... el orden político teniendo siempre su fundamento en la ley natural y

⁵² LACHANCE, Louis, *El concepto...*, op. cit., pág. 132

⁵³ LACHANCE, Louis, *ib.*, pág. 133

ejemplo en la naturaleza, se vincula, por un doble motivo, al orden eterno,...y a instancia de uno y otro surge la ley...”⁵⁴

En lo que respecta a los elementos del orden, se destaca la cuestión que se observa en relación a las partes que lo conforman y que poseen una cierta autonomía para su auto-organización, para formar un todo y la otra para conformarse al fin. Y el elemento del orden, que puntualmente interesa, pues implica específicamente el orden jurídico, es el bien común, como ya más adelante se mencionara. Es así, ya que si bien la ley en el sistema tomista es una ordenación de la razón, no toda ordenación de la razón es una ley, un requisito para que sea tal es elemento del bien común: “... la ley en general, -y por tanto, toda ley- no tiene otra razón de ser que la de trazar el orden que asegure su realización en el seno del grupo que ella rige. En consecuencia no es otra cosa que una proporción de la actividad colectiva con su bien específico, el bien común...”⁵⁵ Sería éste el elemento principal del orden que orienta la comunidad hacia su bien, y también hay otro elemento de cohesión que armoniza la multiplicidad de partes, y aquí aparece la sociedad política, en la cual las leyes son las que le brindan su forma orgánica, sea cual fuere el régimen del que se trate en lo que refiere a la autoridad, las relaciones armónicas de los ciudadanos entre sí, la vida doméstica y los ciudadanos con los extranjeros.

6. La ley y el derecho: su vínculo

Es por la ley que comienza el derecho. De ella, extrae su forma, y por ella toma cuerpo en la vida real.

Para Santo Tomás el derecho es objeto de la justicia y de la ley. La ley es su causa específica o formal. La ley impera los actos humanos, y haciendo esto engendra el derecho. El derecho solo puede darse entre personas, es función de las sociedades, es la medida de las relaciones comunitarias, es la “rectitud del obrar en relación a otro”.

⁵⁴ LACHANCE, Louis, *El concepto...*, op. cit., pág. 141

⁵⁵ LACHANCE, Louis, *ib.*, pág. 141

Dice el P. Lachance que se aclara aun más esta relación cuando se analiza la Justicia en el sistema tomista, y especifica: "...Ahora para poner de manifiesto el proceso psicológico por el cual la ley causa formalmente al derecho, es menester saber que, con respecto al derecho, ley y justicia se corresponden, se reencuentran en la misma materia. La ley traza el orden a establecer, la justicia lo ejecuta, y haciendo esto, realiza el derecho concreto, el derecho vivido. Por tanto, la ley causa al derecho por intermedio de la justicia..."⁵⁶

Y como se señalará más adelante, la virtud que permite concretar la ley en derecho es la prudencia, es la prudencia individual la que permite dirimir la aplicación de las prescripciones universales de la ley al acto, al obrar exterior.

A partir de acá se puede empezar a vislumbrar que es el derecho en el sistema aristotélico-tomista según la lectura de Lachance.

Enseña Lachance que en primer lugar el derecho es algo profundamente racional, y esto como exigencia de ser salvaguardia, ya que es su objeto, de la justicia que es una virtud moral. En segundo lugar es una verdad práctica, pues está en el acto humano- y es conformidad vivida con la ley y armonía vivida en el bien común. Y también un orden vivido, el derecho establece un orden de los ciudadanos con relación al bien común y a su dignidad. Dice Lachance: "... El derecho es razón, porque es la concepción vivida del jefe. El derecho es verdad, por ser un proporcionamiento con la ley. El derecho es orden ya que resulta del balance de la actividad colectiva y de su adaptación a las exigencias del bien común..."⁵⁷ A continuación nos brinda una primera aproximación al concepto del derecho: "...el derecho es la medida de la actividad de los ciudadanos y de la materia sobre la que ella versa, determinada por la ley, en relación con la dignidad de los otros, en vista de la felicidad común..."⁵⁸

Esto es solo una primera aproximación, pues seguidamente aborda el tema más complejo del concepto que es el principio de obligación. Advierte Lachance que en tiempos de Aristóteles y Santo Tomás la noción de obligación no tenía la connotación negativa con la que hoy se la concibe generalmente, se la entendía más como un impulso para la acción, y las sanciones se miraban, no como una amenaza, sino como

⁵⁶ LACHANCE, Louis, *El concepto...*, op. cit., pág. 174

⁵⁷ LACHANCE, Louis, *ib.*, pág 179

⁵⁸ LACHANCE, Louis, *ib.*, pág 179

una protección. Hoy se puede pensar la obligación también como un impulso como por ejemplo la labor del médico en tratar a su paciente: es una obligación pero es también un estímulo para su obrar; y las sanciones, pueden ser contempladas como una protección de uno mismo: la sanción por cruzar un semáforo en rojo, protege al otro y protege al que la incumple de sufrir un accidente. Dicho esto se puede entender entonces que la obligación es vista como un modo de dirigir el accionar, que, se recuerda, siempre está dirigida a la obtención de un fin: llegar a casa, en el simple ejemplo anterior, conservando la integridad física de todos. Lachance da un concepto de obligación: "...el constreñimiento de un ser libre a realizar ciertos actos, a favor de alguien en vista de un fin. Comprende tres cosas: una relación de sujeción, a un acto, motivada por un fin a alcanzar. Esta relación es entre dos personas. Ella somete al deudor en utilidad del acreedor..."⁵⁹ Ahora bien, se pregunta el autor ¿a qué se está obligado? ¿Quién obliga? Y responde: "...El valor intrínseco de los preceptos morales procede radicalmente del fin al que se orientan, e inmediatamente, de su carácter racional. La causa suprema de la obligación, en el orden del obrar es la finalidad del bien absoluto..."⁶⁰ Sería este el principio intrínseco de la obligación moral. Véase cómo responde la segunda pregunta, o dicho de otro modo, cual es el principio extrínseco para el accionar de un modo: la autoridad: "...S. Tomás, después de haber establecido que la ley es un orden dirigido al bien común ...-la atribuye- a quien tiene por fin la función de legislar para este bien. Esto es exigido por la correspondencia que debe haber entre el fin perseguido y el orden que permite alcanzarlo..."⁶¹

La ley entonces coacciona el obrar del individuo, hace que aquello a lo que nos obliga sea debido en justicia. Y citando a S. Tomás dice: "...la justicia consiste esencialmente en dar a otro lo que le es debido según la igualdad...Ahora bien, hay dos grados de lo debido...El primero es lo debido legal, a lo que se está constreñido a dar por ley; tal débito es, propiamente, objeto de la justicia..."⁶² Se presenta acá al concepto más elemental del derecho: es el objeto de la justicia que consiste en un débito que corresponde a la obligación que engendra la ley.

⁵⁹ LACHANCE, Louis, *El concepto...*, op. cit., pág 184

⁶⁰ LACHANCE, Louis, *ib*, pág 185

⁶¹ LACHANCE, Louis, *ib*, pág 190

⁶² LACHANCE, Louis, *ib*, pág 192

Dice entonces que el derecho es lo debido a alguien según una relación de igualdad.

Esto responde al concepto de lo que Lachance denomina “derecho perfecto”, enumerando sus tres componentes esenciales: débito, débito con respecto a otro, y en una relación de igualdad.

El derecho es un débito, desde luego, afirmar tal cuestión resuena tan extraña en los oídos del hombre contemporáneo que resulta contradictoria y por ende quizás inválida. En el sistema tomista es el fundamento del entendimiento del derecho, y es que lo debido es el objeto de la justicia, el débito es materialmente algo objetivo como es lo justo. En un sentido general es débito moral, y es que toda acción que tiene relación necesaria con el fin de la vida humana es una acción moral.

El débito del derecho, no es cualquier débito, es el que implica una relación moral de obligación del deudor y una relación de haber, del acreedor. Solamente hay derecho entre personas, y en medio de la vida social. “...La ley natural, el bien común, la justicia general, ejercen sobre la vida humana un elevado imperio, una forma de causalidad universal. El bien común, en particular, constituye un débito que brinda su propia justificación, un débito que vale por sí mismo, que es buscado por sí mismo. Ha sido siempre considerado como un *debitum per se*, es decir, un débito que no está subordinado a ningún otro y que no extrae de ningún otro, su virtud imperativa. Es en su orden, el primer móvil, supremo, el móvil de los móviles. Y la justicia general, que tiene como función promoverlo participa de su dignidad y de su virtud motora. Dirige y mueve sin ser dirigida ni movida...”⁶³

Y por tanto, el segundo elemento implicado: débito con respecto a otro. Obviamente, si hay alguien que debe hay también otro al que le es debido y surge acá el concepto de sujeto de derecho que más adelante se examinará. Además, el concepto de justicia y el de ley se definen en relación a otro, dice Santo Tomás que es propio de la justicia ordenar al hombre en las cosas que lo vinculan con otros hombres, y es que el acto de la justicia consiste en dar a cada uno lo suyo.

El tercer elemento consiste en una relación de igualdad. Lachance afirma que esto surge de la noción tomista de ley, ya que “...su oficio principal es balancear la actividad colectiva, organizarla, repartirla proporcionalmente a las cualidades de los

⁶³ LACHANCE, Louis, *El concepto...*, op. cit., pág 208

ciudadanos y según las necesidades del bien común...si una cosa es debida a otro en virtud de la ley, ello proviene de la necesidad del orden comunitario...”⁶⁴

En efecto, el tercer elemento constitutivo del derecho es una relación de igualdad, pues para Santo Tomás la justicia implica cierta igualdad. Es así que “...si se analiza con mayor atención, se percibe que la materia sobre la que actúa la justicia, no está proporcionada a otro porque le es igual, porque se ajusta a sus títulos, por ser la perfección que le corresponde, el coronamiento que requiere...”⁶⁵ La igualdad, es importante acotar, que se trata en derecho es igualdad moral, no aritmética, o de cantidad matemática o de equivalencia de objetos.

El autor concluye luego de haber analizado todos estos elementos que el derecho es el objeto de la justicia, tal como lo sostiene la doctrina tomista.

Para mayor abundamiento, es esclarecedor traer a este acápite la relación derecho natural y ley natural. Previamente, debe decirse que la ley natural no es un conjunto de abstracciones imprecisas, ni vagas idealizaciones. Según Santo Tomás la “... ley natural no es otra cosa que la participación de la ley eterna en la criatura racional...”⁶⁶ y además precisa cuáles son sus preceptos: “...los principios de la ley natural son en el orden práctico lo que los primeros principios de la demostración en el orden especulativo, pues unos y otros son evidentes por sí mismos. De ahí que el primer principio de la razón práctica es el que se funda sobre la noción de bien, y se formula así: «el bien es lo que todos apetecen». En consecuencia, el primer precepto de la ley es éste: «El bien ha de hacerse y buscarse; el mal ha de evitarse». Y sobre éste se fundan todos los demás preceptos de la ley natural, de suerte que cuanto se ha de hacer o evitar caerá bajo los preceptos de esta ley en la medida en que la razón práctica lo capte naturalmente como bien humano. Por otra parte, como el bien tiene razón de fin, y el mal, de lo contrario, síguese que todo aquello a lo que el hombre tiene natural inclinación, la razón naturalmente lo aprehende como bueno y, por ende, como algo que debe ser procurado, mientras que su contrario lo aprehende como mal y como evitando. De aquí que el orden de los preceptos de la ley natural sea correlativo al orden de las

⁶⁴ LACHANCE Louis, *El concepto...*, op.cit., pág 215

⁶⁵ LACHANCE Louis, *El concepto...*, ib., 215

⁶⁶ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teología, Parte I-II, q. 91, a. 2*, op. cit., pág. 708

inclinaciones naturales. Y así encontramos, ante todo, en el hombre una inclinación que le es común con todas las sustancias, consistente en que toda sustancia tiende por naturaleza a conservar su propio ser. Y de acuerdo con esta inclinación pertenece a la ley natural todo aquello que ayuda a la conservación de la vida humana e impide su destrucción. En segundo lugar, encontramos en el hombre una inclinación hacia bienes más determinados, según la naturaleza que tiene en común con los demás animales. Y a tenor de esta inclinación se consideran de ley natural las cosas que la naturaleza ha enseñado a todos los animales, tales como la conjunción de los sexos, la educación de los hijos y otras cosas semejantes. En tercer lugar, hay en el hombre una inclinación al bien correspondiente a la naturaleza racional, que es la suya propia, como es, por ejemplo, la inclinación natural a buscar la verdad acerca de Dios y a vivir en sociedad. Y, según esto, pertenece a la ley natural todo lo que atañe a esta inclinación, como evitar la ignorancia, respetar a los conciudadanos y todo lo demás relacionado con esto...»⁶⁷

Establecida esta cuestión, se puede entender la preocupación de Lachance en relación a confusión entre ley natural y derecho natural: “...Otra imprecisión que sigue perjudicando a la inteligencia del tema es la que se comete cuando no se distingue el derecho natural de la ley, de la cual deriva como de su causa eficiente y ejemplar. La ley traza el plan de acción: dicta la regla, la norma, su mandato, y cuando es natural, por lo menos en sus elementos más generales, es indeleble e imprescriptible. Por su parte el derecho es lo debido a otro en razón de la ley, en razón de los títulos que ella reconoce. Y el disfrute de esta deuda queda sometido a la libertad y a la prudencia; de modo que si no se tiene el poder de cambiar la ley natural, se tiene cuando menos el de renunciar a un derecho natural por un bien mejor...entre la ley y el derecho natural se vienen a interponer la libertad y la prudencia...”⁶⁸ Es una diferencia significativa: la ley natural, al participar de la ley eterna, no puede ser cambiada, ningún individuo humano tiene esa facultad. Mas cuando se habla del derecho natural es posible disponer, renunciar, mejorar. Interesante cuestión en el orden de la temática específica de esta investigación la cual más adelante se tratará, más aún si se considera que “...los preceptos que encierra la ley natural son generales, indeterminados y, con pocas excepciones, tienen

⁶⁷ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teología, Parte I-II, q. 94, a. 2*, op. cit., pág.708

⁶⁸ LACHANCE, Louis, *El derecho.*, op. cit., pág. 112-113

necesidad de ser adaptados por las disposiciones del derecho consuetudinario, o positivo, en unos contextos históricos muy entremezclados, para llegar a ser viables y eficaces...Lo mismo sucede con los valores que quieren promover; también estos son intimados en forma general e indeterminada. Y tampoco tienen la posibilidad de ser cumplidos sino a condición de entrar, a título de principios básicos o de aparato regulador en la realización del ideal de las diversas comunidades humanas. En conclusión, hemos de pensar que la ley natural converge hacia el mismo género de bien común que las leyes positivas, es decir, hacia un bien de tipo humano y político...”⁶⁹

7. Las peculiaridades del derecho en el sistema tomista

Habla Lachance de dos rasgos fundamentales del derecho en el sistema aristotélico-tomista: la objetividad o el carácter institucional y la coerción

Con respecto a la objetividad, se entiende que este es el sello característico del concepto del derecho en el sistema tomista, y parece la más compleja de abordar por la estructura del pensamiento contemporáneo que encara al derecho desde el punto de vista de la facultad humana, cuestión sabida por el Santo, y de la dignidad del hombre desde donde surge el poder exigirlo, pero esto es otra cuestión.

Lachance dice que muchos intérpretes de Santo Tomás explican la objetividad del derecho en relación a su fin último, que es fin real, objetivo, independiente del sujeto, esto es el bien común. Si bien este es un fundamento valioso de la objetividad, Lachance sostiene que esto incluye a todas las virtudes, de modo que no sería una nota específica del derecho. Para él la objetividad del derecho se encuentra en el elemento de la igualdad. Y encuentra esta razón en la justicia de la cual el derecho es su objeto, y es que el objeto se determina en sí mismo, si se hace abstracción del aspecto virtuoso, el bien o el mal proviene de la rectitud del acto exterior en sí mismo, que será siempre un medio que se establece rigurosamente en relación a otro. “...El derecho, por el contrario está constituido por comparación con otro, y fuera de toda consideración del sujeto que obra. Se llama justo, en efecto, lo que, en nuestras obras, responde a una cierta igualdad

⁶⁹ LACHANCE, Louis, *El derecho...*, op.cit., pág. 143

con otro, por ejemplo, el pago del salario debido en consideración de un servicio prestado...”⁷⁰ Es que una obra puede ser justa en sí misma, más allá del virtuosismo del sujeto que la realiza, y esto, dice Lachance es propio de la justicia, no de la demás virtudes, y por eso el Santo Doctor le asignó un objeto específico: el derecho.

Esta afirmación, además de lo ya dicho de la cuestión del derecho como facultad, suscita otro inconveniente, pues parecería que suprime la libertad del sujeto en su obrar, conformando una suerte de determinismo institucional. Mas de este conflicto, Lachance afirma, que si bien es cierto que la vida de los hombres se desarrolla principalmente en instituciones políticas, jurídicas, sociales y el derecho objetivo le señala sus prerrogativas y obligaciones, también es cierto, que esto se da en el marco de la libertad colectiva e individual.: “...Los pueblos se dan libremente su constitución y su forma de gobierno. Es a su voluntad que imponen a su propia existencia de tal o cual “molde”, son ellos mismos quienes determinan el tipo de relaciones que constituirán la trama de la vida pública. Y en este sentido, la medida del comercio humano, que es lo que constituye el derecho, es objeto de libertad...”⁷¹

La otra propiedad que señala Lachance es la coerción. Pues al ser engendrado por la ley posee la cualidad coactiva de ella. Ahora bien, en el sistema seguido se habla de dos clases de coerción, la que se impone desde lo externo, repugna a la voluntad y es incompatible con el mérito y es la que proviene del poder público, el derecho por su condición de racionalidad y finalidad al bien común la posee. Y la coerción interna, que proviene de la naturaleza propia de bien de la cosa propuesta, que no excluye ni lo meritorio, ni lo voluntario, dice Lachance. Y también el derecho tiene esta cualidad, pues por las mismas condiciones que se mencionaron, el derecho posee un prestigio moral que merece su respeto, y que atrae al hombre: “...Si lo situamos frente al deudor, aparece razonablemente inviolable; si lo colocamos frente al acreedor, se presenta racionalmente exigible...”⁷²

Ahora bien, la esencia de relación del derecho supone dos sujetos que se vinculan, su papel de regla y medida es en el intercambio humano, para que haya un deudor es necesario que exista un acreedor, es decir que ese derecho tenga un

⁷⁰LACHANCE, Louis, *El concepto...*, op. cit., pág 244

⁷¹LACHANCE, Louis, *ib.*, pág 246

⁷²LACHANCE, Louis, *ib.*, pág 248

beneficiario, sea de alguien, sino sería algo superfluo, vano. Y claramente la persona humana es la única que tiene aptitud jurídica

Obviamente la dificultad de este punto estriba en la concepción objetiva del derecho en el sistema tomista, que sin duda Santo Tomás era plenamente consciente de este asunto. En la comprensión del sujeto del derecho tomista debe evaluarse para lograr un entendimiento completo del sistema, mirando la relación entre capacidad moral y capacidad jurídica, pues el primer principio del derecho es el mismo que el de la moral: el bien, es su débito, débito con igualdad, “...debido a cada uno, es debido a todos; es debido a cada uno por todos; es debido a todos por cada uno. Es un derecho, un derecho propio y un derecho común...”⁷³ Dice Lachance que en este sentido la capacidad jurídica no consiste en la autonomía del querer o en la libertad, aunque la suponen, sino en la aptitud de alcanzar un bien, en unión con la sociedad, lo que supone también el sentido de responsabilidad. Porque “...el poder moral del sujeto no crea al derecho, al contrario, lo supone y de él deriva. Es la consecuencia inmediata de la exigibilidad objetiva y racional del derecho, de su rectitud moral, de su aptitud inherente para promover el establecimiento del bien común humano...”⁷⁴

El sujeto es siempre la persona humana, siendo menester suprimir la oposición errada entre derechos personales y derechos colectivos, o entre bien personal y bien común. Todos son personales, ya que el individuo tiene capacidad para poseer a título exclusivo y en común, como lo son los bienes de la cultura, de la civilización, incluso estos son bienes superiores, bienes humanos por excelencia, logrados a lo largo de la historia.⁷⁵

⁷³ LACHANCE, Louis, *El concepto...*, op. cit., pág 268

⁷⁴ LACHANCE, Louis, *ib.*, pág. 268 -269

⁷⁵ “...Para terminar con esta antinomia que ha causado a los estatistas y a los personalistas, basta disipar una confusión que proviene de la noción de derecho natural de los filósofos del siglo XVIII y aceptada, demasiado cándidamente, por muchos católicos. Se sabe en efecto que, después de Rousseau, el derecho natural se relaciona a los atributos esenciales de la naturaleza humana y es herencia inalienable de los individuos. Se identifica con el derecho individual ¡Sería de creer que la ley natural no prescribe la vida en sociedad y la búsqueda del bien común! No reparando en esta confusión, católicos eminentes han pensado que siendo que la ley natural es una ley inmanente, una ley cuyo escenario es la conciencia de la persona, conviene identificar los derechos de la persona con los derechos individuales. Los derechos del hombre serían los mismos del individuo. De esto a oponer violenta y falsamente derechos

Todo hombre es sujeto de derecho, cuenta con capacidad jurídica, que procede de la racionalidad de su naturaleza. La persona humana tiene el dominio natural de sus actos, orienta su conducta por sí, puede alcanzar el bien, siendo la comunidad la que proveerá de los medios aptos para el logro de su fin. Por esa aptitud jurídica humana se dice que "...hay derechos del hombre, derechos absolutos, derechos consecutivos de su naturaleza, derechos que derivan de su "status" ontológico. Hay, paralelamente, derechos relativos al hombre, derechos en relación con la historia y el régimen político. Ambos dos son derechos reales, aunque los primeros sean más fundamentales y esenciales que los segundos..."⁷⁶

Entonces es necesario establecer que cuando se dice que alguien tiene derecho a tal conducta, en el sistema en estudio, se está diciendo que el beneficiario del débito posee un título jurídico que le permite exigir se le respete. Según nuestro autor se llega a esto cuando se dice por analogía que alguien tiene derecho sobre una cosa, queriendo significar que tiene un título sobre ella. Es decir alguien que es beneficiario del derecho, es su titular. Y como ya se dijo cualquier persona tiene capacidad jurídica, y por tanto está calificada para ser titular de derecho. Distingue no obstante Lachance que la titularidad de derechos puede ser de origen natural o adquirida. Este título supone un hecho jurídico anterior que lo deriva: el nacimiento, la mayoría de edad, la locación de un inmueble. Pero marca una característica y es que requiere el impulsivo de la ley, que al considerar los títulos de cada uno, dirige los actos que él le corresponde. Y si bien, sostiene que el título no es esencial al derecho ya que puede lograrse la igualdad del derecho ajustando el obrar a la ley y ya estaría cumplido se entiende que esto se da en relación a la justicia divina. Por eso S. Tomás define casi siempre el derecho en función del título jurídico (recordar que el derecho es entre dos).

Se distingue el título según el tipo de justicia que realiza: la justicia general, social o legal es la virtud que regla al sujeto conforme las exigencias del bien común, y este es el objeto propio de la comunidad de modo que en ésta, o en sus representantes, recaerá el título jurídico de la justicia general.

de la persona y derechos colectivos, había sólo un paso y de hecho, no han dejado de darlo" LACHANCE, Louis, *El concepto...*, op. cit., pág. 268

⁷⁶ LACHANCE, Louis, *ib.*, pág. 268-269

Cuando se trata de la cuestión inversa, la justicia distributiva, la cuestión se complica porque el título jurídico de cada individuo en el sistema tomista es diferente frente a la comunidad, pero consiste en dar ciertas cosas a ciertas personas lo que es debido, logrando la igualdad en el bien común, según su dignidad, dignidad relativa al fin que trata de alcanzar. Entra aquí a tener una participación importante otra virtud: la prudencia, y prudencia política, virtud de quien detenta el poder en la colectividad.

Esta es la cuestión neurálgica, central, fundamental que diferencia el concepto del derecho tomista de todos los otros sistemas, incluidas interpretaciones de otros autores tomistas que entienden al derecho exclusivamente como derecho subjetivo, es decir, en relación al sujeto y al título. Se apartan de los elementos de igualdad y débito.

Se puede ahondar en esta cuestión al tratar la facultad moral del titular jurídico.

8. Derecho objetivo – Derecho subjetivo: un solo Derecho

Como se viene relatando, el modo singular de entender el derecho en el sistema tomista, conforme la interpretación que de él formula el pensador elegido, es muy dispar con lo que se referencia como tal en el lenguaje común hoy día. Se puede observar esta singularidad en la formulación que realiza Lachance con total contundencia: “...El derecho es una canalización de la acción; suele materializarse en las iniciativas de la voluntad o de la libertad, así como en las cosas sobre las cuales versan tales iniciativas. Mide la actividad externa de cada cual; la adapta al statuto jurídico ajeno, a sus títulos, a sus cualidades a su “dignidad”. Toma como norma los imperativos de la ley y como punto en definitiva referencia los requerimientos del orden y del bien común. Lo cual explica que los actos en los que se corporiza revistan el carácter de igualdad debida a otro. Ajusta, pues, las relaciones sociales; constituye los intercambios comunitarios en un todo jerárquico de igualdades debidas. Tal es su función propia, tal es, también, la fuente de su originalidad...”⁷⁷

⁷⁷ LACHANCE, Louis, *El derecho...*, op. cit., pág. 180

Seguir esta vía de análisis exhorta a pensar, a discurrir con un poco más de esfuerzo, para llegar a sustentar una ontología de los principios jurídicos sólida dentro de esta investigación.

De modo que continuando con este estudio y siguiendo el mismo enfoque llegamos al punto más neurálgico de la cuestión sobre el llamado derecho objetivo.

Dice el P. Lachance: "...El hombre recibe del orden jurídico establecido (natural o positivo) ciertos poderes intangibles. Es un hecho de experiencia. Quien posee un derecho, tiene el poder de usar del mismo. Se ha llamado a este poder, la facultad moral y se la ha confundido con el derecho..."⁷⁸ Insiste en su afirmación que cuando hablamos de sujeto de derecho, título jurídico y facultad moral y a todo lo denominamos derecho, se ha confundido lo que en esencia es.

Primero aclara que cuando se refiere a facultad moral, es por distinción con facultad física, y alude a la prerrogativa de gozar libremente del derecho que le ha sido asignado a cualquier miembro de la sociedad, como así también a reclamarlo si le fuere usurpado. Pero esto no es el derecho como tal, es una consecuencia necesaria de él.

Sostiene el autor que jamás confundió Santo Tomás facultad con derecho. En su pensamiento el derecho es siempre con respecto a otro, pero no se confunde con la facultad de usar de él: "... Una cosa es, para él lo que hace que una acción sea justa y otra, la facultad de cumplirla. Ella no es justa porque se tenga la facultad de cumplirla, sino que se tiene la facultad de cumplirla porque es justa..."⁷⁹

Claramente dice Lachance que fuera de la escuela tomista, la desviación del pensamiento es general. Inclusive dentro de la misma tradición tomista, manifiesta, se trató de falsear su sentido. Y se pregunta cómo sucedió esto. Para él definir el derecho como facultad moral de la voluntad y asignarle como fin la libertad, es hacer del querer del hombre y de la libertad la regla de la moralidad. Puede que su origen haya tenido sustento en la teoría kantiana según la cual la autonomía del querer sería la regla primera del obrar humano, y no la justicia, entre otras teorías que los juristas elaboraron. Inclusive quienes no comprendieron bien las enseñanzas del Santo Doctor generaron consecuencias en sus interpretaciones que desvirtúan toda la doctrina tomista. Menciona por caso la obligación de respetar el haber del otro fundada solo en su querer deviene en

⁷⁸ LACHANCE Louis, *El concepto...*, op. cit., pág. 313

⁷⁹ LACHANCE, Louis, *ib.*, pág. 315

una suerte de justicia legal formal, que ejerce presión sobre nosotros solo por la amenaza de la sanción. Y es que, señala Lachance, el *dominium* ha sido confundido con el derecho, pero esto no es correcto. El *dominium* se presenta como un atributo psicológico y natural del hombre, es una disposición previa a la moral y al derecho. El hombre es principio de sus propios actos, por su libertad y el poder que ejerce sobre sus obras, es decir es el dueño de sus obras gracias a la razón y a la voluntad. Para dirimir el obrar la razón juzga según los parámetros de la moral y la ley natural, y agrega los fines: el propio del individuo o bien individual y el bien común. “...Santo Tomás se plantea otra cuestión de la misma naturaleza cuando se pregunta si alguien puede poseer algo como propio. Busca entonces si este poder exclusivo, *potestas procurandi et dispensandi*, puede llegar, en efecto a ser un derecho. Su respuesta es afirmativa. Este poder exclusivo sobre las cosas y que sólo es posible cuando va acompañado de la apropiación es, por regla general, inviolable; es debido al individuo en la medida en que sus títulos son válidos, conforme a su condición y a su estatuto jurídico: es lo que le corresponde; es su derecho...”⁸⁰

El objetivo de la investigación se ve superado si se incluyen las disputas, que por otra parte el lector ya conoce y no requieren de más precisiones, pues constituyen el sistema de pensamiento predominante, siendo esta noción la que requiere de mayor adentramiento pues conforma de alguna manera un camino alternativo de aprehensión.

Además, se abordan los fundamentos de la facultad moral que resulta emparentada con el concepto de licitud, ya que es notorio que aquello a lo que se está facultado a hacer o no hacer es lo que moralmente puede hacerse o no, es decir lo lícito. De modo que debe mirarse la licitud y su relación con el fin y la ley. Y es que se impondrá con más rigor a nuestros semejantes nuestra facultad cuanto más urgente y necesario sea el fin.

Así también entiende la facultad del Estado en relación al bien común. Dice Lachance: “...Derecho público y derechos personales poseen un mismo soporte. El uno y los otros extraen de un mismo principio su vigor, su límite y su acuerdo. El derecho lejos de surgir de la expresión de muchas potencias deseadas que se encuentran y contraponen, procede de una fuente única y transcendente...Facultad moral y obligación, son el eco de las prescripciones de la ley, la una en el que es beneficiario del

⁸⁰ LACHANCE, Louis, *El derecho...*, op. cit., pág. 191

derecho, la otra en quien es su deudor. La ley determina, atribuye, distribuye, el haber y las prerrogativas de cada uno, en vista del bien común: esto es el establecimiento del derecho. De esto, resulta en todos, un poder fundado en la ley, con relación a sus derechos propios, y en virtud del mismo título, un deber de no violar los de otro...»⁸¹

Aclara que la supuesta “división” entre derecho objetivo y subjetivo, no es tal. En primer lugar lo que se denomina “derecho subjetivo”, que en el sistema tomista es la facultad moral, es derecho impropio, por similitud o por derivación del lenguaje. Y es que no hay en el entendimiento del Santo Doctor división entre derecho objetivo y subjetivo. Lachance lo explica muy certeramente desde todo punto de vista: si se sostiene el concepto de derecho como todo y el derecho objetivo y subjetivo como partes ninguno sería derecho, ya que si se los considera partes esenciales no serían derecho estrictamente pues a cada una le faltaría la otra ya que no pueden existir separadamente, si se ve el derecho como género –todo universal- y los derechos objetivos y subjetivo con subespecies, tampoco sería posible pues dice Sto. Tomás que el todo universal se encuentra en cada una de sus partes con toda su esencia.

Afirma entonces que “...el derecho objetivo, contiene, propiamente los principios esenciales del derecho, y el derecho subjetivo es llamado así en razón de la relación íntima que lo liga a él. En realidad este último no contiene la esencia del derecho...Lleva el mismo nombre, pero es concebido como tal, por asimilación. El espíritu humano ha extendido el concepto de derecho a todo lo que está en relación con él...”⁸²

Este es el núcleo del sistema de pensamiento que permite sostener ontológicamente que los principios jurídicos son tales. Mirar al derecho como ese todo, esa “doble faz”: “...A la facultad moral de una persona, debe corresponder la obligación moral de otras. Estos conceptos se armonizan entre sí. La facultad moral por designar un poder fundado en la razón, debe estar correspondida por la obligación igualmente moral y racional de otro, por la que no debe trabarse aquel poder. Se percibe ya que las raíces de la facultad moral se identifican con los fundamentos intrínsecos de la obligación...”⁸³

⁸¹ LACHANCE, Louis, *El concepto...*, op. cit., pág. 319-320

⁸² LACHANCE, Louis, *ib.*, pág. 327

⁸³ LACHANCE, Louis, *ib.*, pág. 318

Se debe apuntar que en la concepción del derecho como derecho objetivo no es elemento constitutivo la sanción, excepto en el derecho penal. A Lachance le llama la atención esta unión inseparable que se ha desarrollado, y dice que "... el derecho no es un sistema de intimidación, sino acondicionamiento de la existencia, una organización de conducta racional y comunitaria. Es una directriz luminosa, un principio de educación y rectitud...La sanción es pues correlativa a la falta, es posterior al desorden y al delito. Es, todo lo más, un apoyo externo del derecho objetivo. Porque el derecho es un órgano de vida pública; porque tiende a promover un bien cuyas exigencias no son comprendidas por todos; porque suele oponerse a los egoísmos y a las pasiones..."⁸⁴ Y es que Sto. Tomas distingue en la ley la *vis* directiva y la *vis* coactiva del derecho. De modo que no se puede reducir todo a la sanción. Por otra parte, y con una mirada omnicomprensiva del ser humano, sostiene que en la consecuencia del acto ilícito no solo es posible la sanción, puede ser la reparación y la satisfacción.

La adopción de esta tesis abre las puertas para ingresar al interior de lo que llamamos principios, en este estudio en particular el de solidaridad familiar, y descifrar su contenido jurídico más profundo, su esencia. Contenido que toca los dos lados: la facultad y la obligación, el título y el deber, y que en su conjunto, se adentran ambos en el bien común, en ligazón con la ley. "... El derecho humano ahonda sus raíces en la ley, en la ley humana, la que, prolongando y determinado a la ley natural, la cual comprende fatalmente. Se identifica con el débito estricto, que es absoluto cuando deriva de la ley natural, y relativo cuando toma su orden en un precepto particular de la ley positiva. Hay cosas que son debidas en todas partes y siempre; mientras que hay otras que por ser, ante todo facultativas, se torna debidas por voluntad de los legisladores. De acuerdo con el adagio escolástico, hay actos que son imperados porque son buenos y obligatorios, y hay otros que son buenos y obligatorios porque son imperados..."⁸⁵

⁸⁴ LACHANCE, Louis, *El derecho...*, op. cit., pág. 90

⁸⁵ LACHANCE, Louis, *El concepto...*, op. cit., pág. 211

9. Derecho “a medias”, por más o por menos

Con el propósito de lograr una mayor solidez en el entendimiento del derecho según la tesis tomista enseñada magistralmente por el P. Lachance se impone examinar el tópico de los derechos imperfectos o como los llama Santo Tomás *secundum quid*. Su estudio permite una mayor comprensión del sistema, apuntando a la sustentabilidad filosófica antes de ingresar en lo propio de la ciencia jurídica.

¿Cuáles son entonces esos derechos deficientes? aquellos en los cuales si bien se dan intrínsecamente los tres elementos que se analizaron, se dan de un modo atenuado porque la distinción de las personas es deficiente por defecto; en los que la igualdad es irrealizable y en los que la razón de débito esta mermada. Según lo entiende Lachance no se trataría de derechos completamente improprios, sino secundarios en relación al derecho estricto o derecho perfecto como lo llamó más adelante. Derechos en sentido propio, pues cuentan con todos los elementos, pero analógicos del perfecto.

Analiza Lachance estos derechos secundarios conforme lo que se detalla. En primer lugar por la distinción de las personas que adolece de defecto. Es muy interesante este punto, ya que incluye las sociedades domésticas. Tan profundas son las relaciones familiares, tan intensa la solidaridad de los miembros de la familia que parecería que la igualdad no podría realizarse. Con respecto a los vínculos, no hay una paridad en ellos, es más hay una suerte de unidad tan honda que forman una sola persona de alguna manera. Por eso para Santo Tomas nos dice Lachance, entre padre e hijos no hay derechos estrictos, sino solidaridad moral. En la experiencia cotidiana se ven tantas falencias a esta mirada que requiere de una reflexión profunda, pero resulta más que interesante pensar la familia más allá del derecho en sentido estricto. Cuando los intereses son tan comunes: que el hijo crezca sano, que los padres ancianos tenga calidad vital, e innumerables situaciones más, la unidad es tan estrecha que en el pensamiento tomista hay derecho pero en sentido analógico. La crisis de valores profunda que atraviesa la sociedad humana, hace pensar que cuando se vulnera esta solidaridad moral, esta magna unidad que es la familia, surge un “súper derecho”, un “doble débito”. Tenemos acá dos elementos señeros de análisis: la unidad espiritual de la familia trasciende el derecho como tal y en ese más allá del derecho la familia arraiga

sus relaciones en la solidaridad moral. Un punto de vista metafísico enriquecedor del intelecto.

Se analiza la cuestión también de cuando la igualdad es irrealizable, y uno de los casos ejemplificativos que utiliza el P. Lachance es el débito a la Patria, pues el ciudadano recibe de ella "...desde un punto de vista espiritual el hombre recibe de su patria una riquísima herencia de costumbres, de doctrinas, de artes, de virtudes. El ambiente y medio social en el que nace, le brinda todo un sistema organizado de medios aptos para satisfacer todas las aspiraciones espirituales de su alma..."⁸⁶ Esto podría aplicarse a la familia en general, pues cada miembro que la compone recibe de modo sutil el todo que construyeron no solamente sus padres, sino también sus ancestros, y el grupo genérico que la conforma.

Evalúa también Lachance el caso en lo que la razón del débito está disminuida, que sucede cuando no cuenta con la fuerza coercitiva de la ley. No obstante, y por tratarse de cuestiones que son imperadas por ejemplo para la perfección de la vida social, son derecho en sentido analógico, y pone por ejemplo la liberalidad.

10. Las divisiones del derecho: un recurso necesario

Una opción más para aprehender con exactitud la materia en tratamiento es recurrir a la observación de las divisiones del derecho.

Así Lachance pone de manifiesto las que se dan en relación a su principio eficiente, que al igual que la ley puede ser: Increado: eterno, divino o Creado: natural, positivo –esto está relacionado con lo que se tratará más adelante.

También, con respecto a los modos de imponerse el derecho puede ser: prescriptivo, prohibitivo, permisivo, penal. En razón al fin: si busca el bien honesto, será derecho absoluto, si se trata de bienes útiles o agradables, derecho relativo. En cuanto al sujeto del derecho puede ser Dios, el individuo o la comunidad, y si por ejemplo, al individuo se lo considera como ocupando una situación determinada, por ejemplo la familia, se hablará de derechos familiares.

⁸⁶ LACHANCE, Louis, *El concepto...*, op. cit., pág. 235

Y se aborda a la división más imponente, ya que así como se habla de los distintos tipos de ley, siendo el derecho su objeto, también Lachance distingue el derecho natural y el derecho positivo. Para Lachance se diferencian en razón de la nota esencial del derecho: la igualdad: "...Hay cosas que consideradas en sí, absolutamente, se ajustan a la dignidad de otras, la igualdad entre el objeto y su beneficiario, es establecida por los mismos principios que constituyen uno y otro. Entonces, se obtiene el derecho natural..."⁸⁷ Por el contrario, sí en sí mismas las cosas no tienen esa cualidad y su igualdad proviene de una noción privada o de un estatus público, esto constituye el derecho positivo. También diferencia en estas dos clases de derechos, el derecho legal o general objeto de la justicia general, donde la igualdad se establece en una proporción al todo en proporción geométrica, que puede ser repartir el bien del todo entre sus partes: derecho distributivo –objeto de la justicia del mismo nombre- o la relación de parte a parte, donde la proporción es aritmética y es el objeto de la justicia conmutativa. Es decir, el derecho natural y el derecho positivo son al mismo tiempo legales, distributivos o conmutativos.

Y reflexiona aun más el autor: "... El derecho natural es una encrucijada. Se sitúa en el punto en que se encuentran la política, la moral, la filosofía de la naturaleza y la ciencia del derecho. No es, pues, extraño que cada vez que los juristas se han vistos forzados a reflexionar y a meditar sobre los primeros criterios de su disciplina, se haya asistido a lo que se ha llamado una "restauración" o un "renacimiento" o una "reviviscencia" del derecho natural. Y nuestra época, en que se tambalean las disciplinas que parecían estar mejor asentadas, se caracteriza precisamente por esa necesidad de repliegue sobre el derecho natural, repliegue realizado con la esperanza de hallar en él una base indefectible para el pensamiento práctico y para la vida. Esta necesidad, desbordando incluso al mundo jurídico, ha penetrado en los ambientes políticos de Occidente. Y tenemos su manifestación en las tentativas que se han hecho en los Parlamentos de gran número de países para definir los "derechos del hombre"..."⁸⁸ Interesante cruce entre el mundo de las esencias y el mundo de ciencia, que va introduciendo la cuestión siguiente.

⁸⁷ LACHANCE, Louis, *El concepto...*, op. cit. pág. 79

⁸⁸ LACHANCE, Louis, *El derecho...*, op. cit., pág. 80-81

Reconoce con total honestidad los obstáculos que tuvo y tiene la doctrina del derecho natural. Desde la que plantearon sus propios adeptos, mencionando a Montesquieu que por ampliarlo condujo a su descrédito por excesivo optimismo de entender que está grabado en el corazón del hombre. Como así también los que le quitaron alguno de sus elementos esenciales: Rousseau y Groccio, por ejemplo.

Sin ánimo de abordar las diferentes observaciones de la cuestión, y siguiendo con fidelidad el autor elegido, se mencionan las que a su juicio surgieron históricamente como más relevantes. De este modo se destaca el pensamiento de Groccio quien separó la moral del derecho, solo consideró derecho a lo que pueda ser “sancionado” e introdujo el elemento de la sanción en el concepto. Otras corrientes que ya antes habían separado el fuero interno del externo, por ejemplo el liberalismo religioso de Lutero. Y que Kant retoma con la idea de que el derecho consiste en la posibilidad del acuerdo de una coacción general y recíproca con la libertad de cada uno.

Otra, es la corriente positivista que solo considera derecho al que se corresponde con la letra del código y toma su validez jurídica de una norma fundamental, que puede ser la constitución.

Todas con muchos matices diferentes que no son objeto de esta investigación, por que se concluye que obviamente lo expuesto no tiene una aceptación unánime.

Para culminar este apartado es interesante apuntar una definición del autor que compendia con exactitud las diferencias que antes se mentaran y dice: “... El derecho natural es algo debido a otro según una igualdad natural, la cual permanece, muy particularmente en el hombre, general e indeterminada; mientras que el derecho positivo es algo debido a otro según una igualdad más definida, más adaptada al medio social, aun cuando mantenga, ella también, con la suficiente generalidad y la indeterminación bastante para recubrir la totalidad de las situaciones particulares ... Por lo cual ya se ve al pasar del derecho natural al derecho positivo, no se va de una realidad a otra, sino de una medida general a otra medida más determinada, más precisa, mas adherida a lo real y, sin embargo, más perfecta. Lo que basta para aniquilar ese prejuicio, convertido entre los adversarios del derecho natural en un verdadero cliché, que quiere que este derecho tome a los ojos de sus defensores la forma de derecho ideal, prefigurado, llevado de antemano a su más alto grado de perfección...”⁸⁹

⁸⁹ LACHANCE, Louis, *El derecho...*, op. cit., pág. 89

10. El derecho y la ciencia: la ciencia del derecho

Es interesante poner de manifiesto lo que Lachance enseña sobre la concepción aristotélico-tomista en relación a las ciencias. Dice que ambos, Aristóteles y Sto. Tomás, observaron un vínculo unificado en todas las especulaciones del hombre. Sin embargo vieron también la necesidad de crear ciencias especiales con objetos, principios y métodos propios.

Y con respecto al derecho sostiene Lachance que puede ser considerado una ciencia, siendo su objeto propio, debiendo aprehenderse los principios particulares que la presiden, en su formación inicial y en su vínculo con el origen y la coherencia presente, por ejemplo las fases que lleva ínsita un código civil.

También se puede colocar en un plano superior y analizar los principios a que se refiere el derecho como tal: “...Se puede...colocarse en un punto de vista superior y preguntarse a qué principio se refiere el derecho como tal. En este segundo caso, partiendo de datos ciertos y evidentes, se establecen las reglas generales que deben servir como guía en la determinación y en la interpretación de los derechos. Según este segundo procedimiento no se circunscribe más a lo particular, no se basa más sobre la convención, sino que se eleva a lo universal y se procede partiendo de los datos inmediatamente deducidos de los atributos esenciales del hombre...”⁹⁰

¿Desde donde entonces se debería observar el derecho? Es clara la respuesta del sistema tomista: desde la moral o la ética general. Y es que la vida individual y la vida social están inscrita en las leyes del acto humano como tal, como ya se vino afirmando desde el inicio, la naturaleza que hace al hombre sociable, lo provee de facultades para que coopere en el vida social, esa ley de su actividad individual y social está inscrita en su estructura y dada por las exigencias del bien común.

De manera que el derecho está sujeto a las exigencias cruciales del obrar humano. Obrar humano que perseguirá la felicidad, que reduce lo múltiple a unidad, mostrando la radical tendencia al bien común. Es necesario entonces que el derecho se

⁹⁰ LACHANCE, Louis, *El concepto...*, op. cit., pág. 333

adapte a lo más profundo y esencial que hay en el hombre y esto nos da la pauta de cómo se relaciona con la moral. Dice Lachance que los juristas "...deben conocer toda la psicología del acto humano no menos que el fundamento metafísico de las inclinaciones que surgen de nuestra naturaleza y sobre las que reposan nuestro fines de hombres. Deben poseer, también, nociones precisas sobre la naturaleza de lo voluntario y sobre las condiciones del acto libre. En segundo lugar, como el derecho es un ser moral, es necesario conocer los principios que constituyen, propiamente, la moralidad y que influyen sobre ella. Por fin, conviene, fundamentalmente, no ignorar las nociones de ley y de justicia. A menos de condenarse a un conocimiento completamente material, y esclavizarse a las disposiciones de un texto, debe abordarse el objeto de una virtud moral sin estar, previamente documentado, sobre su función y su fin..."⁹¹

En cuanto a la cuestión relacionada a la identificación del derecho con la moral, Lachance dice que si se trata de derecho positivo debe incluir los principios de la moralidad, pero estos principios son independientes de cualquier sistema en particular. Y con respecto al derecho natural, la distinción es muy clara, pues el derecho es objeto de la justicia, virtud que se distingue de las demás que forman parte de la moral; el moralista debe considerar la acción con relación a otro y con relación a uno mismo y su propio cumplimiento. No obstante por ser la justicia legal la que regla también el uso de todas las otras virtudes, debe reconocerse que el estudio del derecho natural es parte principal de la moral natural.

Enseña el P. González en una rica reflexión sobre el diálogo interdisciplinar que "...debe reconocerse el predominio de la Metafísica y de la Moral, por encima de las ciencias y artes humanas..."⁹²

El acápite tratado es la puerta de ingreso al siguiente capítulo donde se analizarán los principios generales desde la mirada de la ciencia del derecho.

Es justo realizar antes de iniciarlo una recapitulación de todos los postulados que se manifestaron hasta ahora.

⁹¹ LACHANCE, Louis, *El concepto...*, op. cit., pág.337

⁹² GONZÁLEZ, Marcos Rodolfo, o.p., *Apertura en el diálogo interdisciplinar*, obra inédita, pág 6

11. Recapitular para comprender y cimentar

En el camino ontológico recorrido, de la mano de las enseñanzas que sobre la doctrina aristotélico-tomista ha legado el P. Lachance hasta este punto se demostró el vínculo estrecho entre bien, ley, y derecho.

Inicialmente se trató la cercana relación que postula entre ley y bien; y se desarrolló la cuestión del bien como rector y fin de la vida, y perfeccionador del ser humano. Bien en su sentido de *bonum in comuni*, bien individual y bien común. Bien que es equivalente a la adquisición de la felicidad, el bien vivir, la evolución del ser humano en la virtud. Claramente se observa que los seres humanos quieren cosas distintas, en el orden temporal, las tendencias humanas diversas marcan diferencias y oposiciones, y en la escuela de pensamiento elegida quien armoniza estos deseos es la ley. Ley que tiene la misión de equilibrar la acción del grupo y por ende su finalidad será entonces lograr el bien común.

De modo que un punto importante es el bien común. Y se narraron sus dos géneros: el *bonum in comuni*: bien común mirado desde la metafísica, y que corresponde al mundo de los valores humanos, más allá de cualquier consideración en particular, valores de orden moral –dispositivo- y de orden material –instrumentales. Bien que está en la misma naturaleza humana, que iguala a los hombres más allá de la cultura, raza, religión, lengua, filosofía.

Y el otro aspecto del bien común que es el que consideran las ciencias prácticas, y que depende de factores históricos para su realización. Obviamente también se incluyó la cuestión de la relación bien individual y bien común. Cuestión de permanente debate en el mundo contemporáneo donde los querer personales luchan ferozmente por imponerse, aun a sabiendas de los daños que se podrían ocasionar. En el pensamiento aristotélico – tomista seguido, en el cual se entiende al hombre como animal social, esto es, ser humano que necesita de la comunidad para lograr su mayor desarrollo, su perfección, es en consecuencia el bien común, el bien de todos, al que deberá apuntar la ley. Y lo hará superando los aparentes conflictos entre bienes individuales y comunes, conflictos que no son otra cosa que egoísmo humano, ya que

primando el bien común todos los miembros de una comunidad participan de él, incluyendo en definitiva el bien individual.

El desarrollo apuntado se vincula con lo que más adelante se verá en relación al bien común familiar, cuyo ensamble lo logra la solidaridad.

Se trató luego la ley en el sentido tomista más amplio: regla del obrar humano que lo guía hacia el bien común. Y su relación con la moral, ya que la moral es la disciplina que le enseña al ser humano a guiarse por la razón. El acto humano proviene de la voluntad deliberada, por tanto ley y moral se vinculan estrechamente. Ley que en esa relación traza un orden para el grupo que ella rige. La palabra “orden” tiene cierto demérito cultural, por ello debe ser bien entendida y sin los sesgos negativos que la interpretación pueda darle. Orden no es solo un mandato que se deba observar y ejecutar, vista únicamente en ese sentido puede generar una resistencia de la mente que desea auto-organizarse. Orden es también la buena disposición de las cosas entre sí, el modo armónico del hacer, para el caso, en una comunidad que se dirige permanentemente hacia el bien común.

Esta disgregación semántica resulta importante de realizar cuando se asumen postulados de tantísimo tiempo, y que por tanto las palabras que utilizan fueron asociadas, en el devenir de la historia, a conductas negativas, o disvaliosas. La forma léxica hace a lo que se quiere comunicar, y por eso es prudente formular alguna que otra aclaración, para ser fiel a lo enseñado por los autores pero formulando su lectura en el contexto actual.

Retomando la recapitulación, se analizó la relación ley y derecho, que tan clara se manifiesta en la obra tomista, y que el P. Lachance enseña con maestría y que se reproduce una vez más: “...Ahora para poner de manifiesto el proceso psicológico por el cual la ley causa formalmente al derecho, es menester saber que, con respecto al derecho, ley y justicia se corresponden, se reencuentran en la misma materia. La ley traza el orden a establecer, la justicia lo ejecuta, y haciendo esto, realiza el derecho concreto, el derecho vivido. Por tanto, la ley causa al derecho por intermedio de la justicia...”⁹³

Se sigue este camino para arribar al concepto de derecho sin problemas, de manera más accesible. Por ello se destacó una cuestión relacionada con la obligación y

⁹³ LACHANCE, Louis, *El concepto...* 2 op. cit., pág. 174

su concepción en tiempos de Aristóteles y Santo Tomás, que no tenía ese sesgo negativo que la palabra hoy refiere, como una conducta pesimista, de carga oscura, que lleva sufrimiento, dolor. Por el contrario, se veía como impulso para la acción y las sanciones, no constituían una amenaza sino una protección. Desde luego también hoy la obligación, el deber de hacer o no hacer algo, se ve como algo positivo, la satisfacción que infunde el “deber cumplido” permanece en la conciencia individual y grupal, en términos generales, aun cuando no se tenga en cuenta la sanción o la recompensa de ese hacer o no hacer, hay un interior profundo que está más allá del afuera, del mundo exterior, y que genera una aceptación de sí superadora de cualquier culpa.

A lo largo de todas estas consideraciones se llega a la afirmación, quizás la más extraña del sistema, y es el considerar al derecho como un débito. Y sí, resulta rarísimo para el oído contemporáneo, es más: ¡son términos antagónicos! El lenguaje, nuevamente, fue llevando la cuestión hacia otros puertos, pero no es imposible volver a esa fuente. Más aun, entender el derecho de esta forma, sin negar el sentido semántico presente, darle esta acepción, posibilita tomar una visión integral que aclara ontológicamente la cuestión de los principios jurídicos.

Esto es así por cuanto en el pensamiento aristotélico tomista el derecho cuenta con tres elementos: el débito, el otro al que le es debido y la relación de igualdad (recuérdese que la igualdad no sólo es aritmética). Con todos estos elementos, se tiene que el derecho es el objeto de la justicia y de la ley, el propósito a lograr por la justicia y por la ley.

Abordando el tema desde lo que también se trató: derecho natural y ley natural, recuérdese que ambos tópicos no son lo mismo: “... Otra imprecisión que sigue perjudicando a la inteligencia del tema es la que se comete cuando no se distingue el derecho natural de la ley, de la cual deriva como de su causa eficiente y ejemplar. La ley traza el plan de acción: dicta la regla, la norma, su mandato, y cuando es natural, por lo menos en sus elementos más generales, es indeleble e imprescriptible. Por su parte el derecho es lo debido a otro en razón de la ley, en razón de los títulos que ella reconoce. Y el disfrute de esta deuda queda sometido a la libertad y a la prudencia; de modo que si no se tiene el poder de cambiar la ley natural, se tiene cuando menos el de renunciar a

un derecho natural por un bien mejor...entre la ley y el derecho natural se vienen a interponer la libertad y la prudencia...”⁹⁴

Uniendo, y a la vez diferenciando, estos elementos, tenemos lo que llama el P. Lachance el derecho en sentido objetivo, la gran peculiaridad que sostiene esta escuela de pensamiento, y que en esta línea investigativa da sustento ontológico a los principios jurídicos y específicamente el de la solidaridad familiar. Y es que según lo explica el P. Lachance el derecho objetivo se entiende en su relación con otro, relación de igualdad.

Ahora bien para mantener esta relación de igualdad en el entramado social, se requiere de la coerción, de autolimitar la libertad colectiva e individual del obrar para lograr la justicia, en definitiva el derecho. Dicho de otro modo el débito y la acreencia, el sujeto deudor y el sujeto acreedor conforman una relación que busca una igualdad, cuya medida le es dada por la ley, y que se impone a su voluntad, restringiendo –o no- la libertad de esos sujetos, siempre teniendo como fin último el bien común.

Entonces, cuando se afirma que el derecho objetivo concebido por el sistema tomista es el fundamento filosófico de los principios jurídicos, se sostiene porque es posible observar que un principio jurídico, el de la solidaridad familiar específicamente para esta investigación, encierra en sí los tres elementos: el débito, el sujeto al que le es debido y la medida igualdad.

Ya se dejó aclarado extensamente que en el modo usual de comunicar se dice de alguien que tiene derecho en este sistema en referencia al titular del débito, entonces se dice que la persona humana tiene derechos absolutos que derivan de su status ontológico y derechos en relación a la historicidad y politicidad.

Parece entonces que hay dos derechos: uno objetivo y otro subjetivo. Lachance nos dice que en el sistema tomista no existe tal cosa, que nunca expresó eso Santo Tomás, y que lo hoy se entiende como derecho subjetivo equivale a la facultad moral, al *dominium* que tiene el ser humano sobre sus propios actos.

Y si bien no se han mencionado las disputas para evitar el exceso, se puede mirar un poco, a modo de confirmar la existencia de los disensos la diferencia con el sistema kantiano donde la primacía está en el sujeto, en la autonomía de su voluntad. Y como lo refiere un gran pensador contemporáneo: “... “¡Deber! –se pregunta Kant- en uno de sus pasajes más líricos- ¿qué origen puede haber que sea digno de ti?, ¿dónde

⁹⁴ LACHANCE, Louis, *El derecho...*, op. cit., pág. 112-113

hallaremos la raíz de tu noble linaje que repudia orgullosamente cualquier parentesco con las inclinaciones?... La respuesta de Kant es que no hay que buscar el fundamento de la ley moral en el objeto de la razón práctica, sino en el sujeto de esta: un sujeto capaz de voluntad autónoma. Ningún fin empírico, sino “el sujeto de los fines, esto es, el ser racional mismo”, debe “fundamentar las más máximas de las acciones. Nada que no sea lo que Kant llama el “sujeto de todos los fines posibles” puede ser origen de los derechos, puesto que solo él es, asimismo, el sujeto de una voluntad autónoma...”⁹⁵ En esta afirmación se observa una síntesis ontológica del liberalismo e individualismo que sustentan otras doctrinas filosóficas jurídicas que, como ya se dijo, no son puestas en debate en esta disertación, y que por otra parte, han aportado y aportan otras clarificaciones a temas complejos.⁹⁶

Nada de esto sucede en el sistema tomista, por el contrario, ya se ha afirmado y explicitado la relación derecho, ley y bien, la relación con la moral y por ende el único concepto que emana “...el derecho objetivo, contiene, propiamente los principios esenciales del derecho, y el derecho subjetivo es llamado así en razón de la relación íntima que lo liga a él. En realidad este último no contiene la esencia del derecho...Lleva el mismo nombre, pero es concebido como tal, por asimilación. El espíritu humano ha extendido el concepto de derecho a todo lo que está en relación con él...”⁹⁷

La facultad moral de uno se entrelaza con la obligación moral del otro, es una doble faz, el yin y el yang podrían decir los sabios taoístas que ven en todo el universo

⁹⁵ SANDEL, Michael J., *Filosofía pública – Ensayos sobre moral en política*, Traducción de Albino Santos Mosquera, Barcelona, España, Penguin Random House Editorial, 2018, pág. 159, ebook

⁹⁶ Es de mencionar que otros autores sostienen que la herencia histórico-filosófica del debate se sitúa en el confrontamiento entre Kant y Hegel, partidario el primero de la realización moral del sujeto autónomo a través del cumplimiento de ciertas obligaciones universales, y el segundo a través de la plena realización moral del sujeto a partir de su integración a la comunidad. Por otra parte, hay también que decir que el comunitarismo, que en nada comparte las doctrinas de los sistemas totalitarios del siglo XX, nuclea a todos los críticos de los liberales, abarcando posturas políticas y filosóficas distintas, se agrupan en esta corriente pensadores como Michael Sandel, Alasdair MacIntyre, quienes han hecho una crítica profunda a los supuestos individualistas que están las bases de los enunciados liberales, críticas a las nociones de persona y libertad, Estado, sociedad y bien común y justicia.

⁹⁷ LACHANCE, Louis, *El concepto...*, op. cit., pág. 327

dos opuestos y complementarios, en su unidad se ve lo más profundo del principio jurídico de solidaridad familiar: hoy los progenitores tienen un débito con la prole, más tarde es la prole es quien encabeza la obligación, y así a lo largo de la historia del clan en todas sus vicisitudes de vida y muerte. Y como bien lo enseña el P. Lachance no es un elemento constitutivo la sanción, está más allá de ella, aun cuando fuera un apoyo para promover las conductas tal como se lo expresara.

Luego de todo esto ¿se podrían identificar los principios jurídicos con los derechos humanos? El profesor Vigo así lo sostiene: "...La tesis sintéticamente defendida hasta aquí es que los "principios del derecho" o "principios fuertes" o "principios en sentido estricto" coinciden con los genéricamente llamados "derechos humanos fundamentales o "derechos naturales" o "bienes humanos básicos"..."⁹⁸

En la conclusión de esta investigación no se llega exactamente a este resultado, aun que sí parcialmente, ya que se sostiene que el fundamento ontológico de los principios se encontró en la concepción tomista del derecho como unidad de débito, sujetos y relación de igualdad, lo que se puede resumir como derecho objetivo.

La formulación del principio jurídico y en particular el de solidaridad no se condice con la de derecho humano natural que remite, en el sistema elegido, al titular del *dominium*, pues en el marco del clan el sujeto del derecho va cambiando; las personas son las mismas, inclusive lo debido es idéntico, dos derechos naturales absolutos se sostienen, pero el factor temporal, las circunstancias históricas, la vida misma, generan un movimiento de deudor a acreedor y viceversa, dejando incólume el principio jurídico que prima por sobre ello. La solidaridad armoniza esta dinámica tan particular.

Por eso se confiere un tratamiento más genérico, más abarcativo, y por eso son varios los elementos que confluyen en su armazón metafísica: el derecho como se describió con todas sus partes y la ley natural con sus preceptos generalísimos y la finalidad suprema del bien común.

Aun cuando lo más propios de la naturaleza humana puedan identificarse con los derechos humanos. En este sentido se puede decir. "...es posible postular un doble tipo de derechos humanos naturales, según se vinculen con los bienes humanos básicos

⁹⁸ VIGO, Rodolfo L., *Los principios jurídicos – Perspectiva jurisprudencial*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2000, pág. 61

captados inmediatamente o por evidencia, por un lado, o se refieran a derivaciones o medios para el logro de ellos dilucidados argumentativamente por el otro. A los primeros podemos llamarlos derechos humanos naturales originarios, o primarios, o simplemente “fundamentales”,... que coincide con los “principios del derecho”, “principios fuertes” o “principios en sentido estricto”...”⁹⁹ Según se interpreta coincidirían con los preceptos de la ley natural, que como ya se señaló son muy escuetos, muy escasos, y que su concreción se actualiza cultural e históricamente. Y continúa el mismo autor: “... A los otros derechos humanos, que remiten a modalizaciones o proyecciones cercanas de los bienes básico o a medios que directamente los proveen, y que la razón discursivamente –aunque fácilmente- dilucida, procede llamarlos derechos humanos naturales “derivados”, “secundarios” o “no fundamentales”. Los originarios tienen una juridicidad evidente intrínseca o radical, y corresponden de considerar la naturaleza humana en sí misma –de ahí que coincidan con los “principios del derecho”, “principios fuertes” o “principios en sentido estricto”...”¹⁰⁰

Es decir, puede perfectamente sostenerse la relación derechos humanos – principios jurídicos, mas para el postulado de esta disertación se prefiere sostener el fundamento ontológico desarrollado a lo largo de todo el capítulo.

12. Epílogo

Hasta acá, con todo lo dicho, se puede afirmar, y se considera demostrado, que los principios jurídicos no son solamente axiomas, simples formas del decir, o expresiones formuladas con un fin mnemotécnico, como los *regulae iuris* del derecho romano, que se trataban de máximas que extraídas del ordenamiento jurídico se utilizaban para fines pedagógicos o explicativos

⁹⁹ VIGO, Rodolfo, op. cit., pág. 67

¹⁰⁰ VIGO, Rodolfo, ib., pág. 67

La filosofía concretamente la escuela aristotélico tomista elegida y enseñada por el P. Lachance como se vio a lo largo de este capítulo mostró acabadamente un anclaje ontológico, necesario para el desarrollo de toda legislación y actividad jurídica positiva.

La fundamentación ontológica de los principios en sí mismo es básica, ya que esta disertación se propone demostrar finalmente que la solidaridad es un principio del derecho de familia vigente y rector en el ordenamiento jurídico argentino. Se entiende logrado este propósito, de modo que corresponde continuar con los saberes propios de la ciencia jurídica que permiten asir con más vigor la importancia de los principios generales del derecho.

En definitiva, los fundamentos metafísicos de los principios generales del derecho se encuentran en este sistema de pensamiento, su conceptualización, concreción está en la ciencia del derecho, ya que responderán a cada sistema histórico en particular, lo que a continuación será de estudio.

Capítulo II

Los Principios Generales del Derecho en la Ciencia Jurídica

1. Enlazando saberes: La relación ciencia y filosofía jurídicas

En el capítulo precedente se investigó desde el campo de la filosofía el presupuesto ontológico de los principios jurídicos en su conexión con el concepto de derecho, con las características especulativas de este saber.

Continuando la investigación, se impone el abordaje desde el campo de la ciencia del derecho, con el ensamble de ambos campos del conocimiento que genera lo que se denomina la Teoría General del Derecho.

Ambos campos –filosofía y ciencia jurídica- comparten métodos rigurosos y lógicos para llegar a conclusiones, y abordan objetos comunes. Las diferencias surgen en la búsqueda de universales y abstractos de la filosofía y de problemas específicos y concretos de la ciencia, expresado esto a grandes rasgos.

En lo que respecta al mundo jurídico en particular, se entiende que el diálogo de ambas disciplinas se ve desplegado en lo que se llama Teoría General del Derecho, en la que quizás tenga mayor peso el método científico, y en la confluencia de ambos planos se logran importantes luces intelectuales.

La Teoría General del derecho observa el fenómeno jurídico de modo íntegro, y genera un encuentro interdisciplinario, que permite el análisis de la estructura y funcionamiento del ordenamiento jurídico.

Se entrecruzan saberes, el rigor científico es indudable, pero no es unánime la concepción sobre el contenido. Así, Norberto Bobbio enseñaba que la Teoría del Derecho se identifica con la teoría del ordenamiento jurídico: “...en efecto, sólo a través de la comprensión del ordenamiento en su conjunto se pueden captar aquellas

características del fenómeno jurídico...”¹⁰¹ Mientras que es sabido lo sostenido por Hans Kelsen en su obra *Teoría Pura del Derecho* en la cual expresa que “...dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas?, ¿por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado? Una pluralidad de normas constituye, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad...”¹⁰² La ya mentada pirámide jurídica de Kelsen, en cuya cúspide se encuentra la norma hipotética fundamental, que en su particular visión otorga al Derecho un orden; una sistematicidad al fenómeno jurídico.¹⁰³

Las singulares posiciones de cada jurista, dotan a la Teoría General del Derecho de tratamientos diferentes del fenómeno jurídico, con mayores elementos científicos unas o filosóficos otras.

Se tiene una clara y ejemplar definición científica de la cuestión brindada por el Dr. Saux: “...En definitiva, y al nivel que nos proponemos abordar el tema, coparticipamos entonces del punto de vista de quienes singularizan al Derecho como la ciencia que tiene por objeto la regulación de la conducta humana en sociedad, formulada a través de normas imperativas, justificadas en el designio del logro de

¹⁰¹ BOBBIO, Norberto, *Contribución a la Teoría del Derecho*, Valencia, edit. Fernando Torres, 1980, pág. 79.

¹⁰² KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho*, traducido por Nilve Moisés, Buenos Aires, Edit. Universitaria de Buenos Aires, 1986, pág. 135.

¹⁰³ El profesor Alexy expresa con claridad meridiana: “...La polémica sobre el positivismo jurídico parece ser una polémica sin fin, lo que es un rasgo característico de las discusiones filosóficas. En este tipo de disputas al mismo tiempo interminables, perspicaces y persistentes, se puede suponer que todos los participantes, en uno u otro sentido o bajo alguna condición, tienen razón...” ALEXY, Robert, *Una defensa de la fórmula de Radbruch*, en Anuario de la Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, <http://dialnet.unirioja.es>, consultado en 12/11/2020. En dos oraciones resume lo trabajoso de mirar el objeto jurídico desde la perspectiva filosófica, por ello se recurre a su ensamble con la ciencia en la búsqueda de una mejor perspectiva.

valores jurídicos entre los cuales aparece como prioritario y fundante, la justicia...”¹⁰⁴ Como puede observarse, en esta definición aparecen elementos que también aborda la axiología o teoría de los valores, del mundo de la filosofía, en confluencia de ambos campos disciplinares. Asimismo, se puede ver el vínculo de saberes en el análisis sobre derecho objetivo – derecho subjetivo del mismo autor: “...En síntesis...la noción del derecho subjetivo está vinculada estrechamente al concepto jusfilosófico que se tenga sobre el sistema jurídico integralmente considerado. Todo derecho subjetivo deriva de una norma –Derecho objetivo- que lo reconoce y torna operativo (trátese propiamente de él, o de otras situaciones legítimamente admitidas ya sin controversias en el Derecho contemporáneo e incluso reconocidas normativamente, como los intereses legítimos, o los derechos de incidencia colectiva) pero ese reconocimiento (o no) de la existencia en su singularidad del derecho subjetivo con facultamiento para obrar ... presupone una calificación previa hecha por el autor de la norma ... que no se limita a la mera detección de la existencia de una voluntad jurídica (como se proponía Savigny o Weinscheid), ni tan siquiera a un puro interés (según Ihering), sino más propiamente de un interés –vinculado a una voluntad genética, individual o colectiva- que no solo se mueva dentro de los límites de la licitud, sino que de manera directa o indirecta sea valioso para quien es dotado de esa facultad operativa que llamamos derecho subjetivo, y además compatible con los intereses de la sociedad, ya sea en su integralidad, ya sea en relación a un sector de ella...”¹⁰⁵ Nuevamente se perciben elementos de los dos campos disciplinares, que en su simbiosis brindan el rigor científico que la cuestión amerita.

Es oportuno investigar desde la visión científica, o si se quiere, desde la Teoría General del Derecho, todos los aspectos relevantes de los principios jurídicos.

Y para introducir el tema se acude a lo que enseña Ricardo Lorenzetti: “... La voz principio puede tener muchos usos. Tiene una función evocativa de valores fundantes de un ordenamiento jurídico, también alude al inicio de algo que comienza, a las nociones básicas de una ciencia, a los caracteres esenciales de un ordenamiento que representan su “espíritu”. En la jurisprudencia el principio es concebido como una regla

¹⁰⁴ SAUX, Edgardo Ignacio, *Tratado de Derecho Civil Parte General*, Rubinzal Culzoni Editores, 1° ed, Santa Fe, 2018, T. 1, pág. 28

¹⁰⁵ SAUX, Edgardo Ignacio, op. cit., pág. 33 - 34

general y abstracta que se obtiene inductivamente extrayendo lo esencial de las normas particulares, o bien como una regla general preexistente. Para algunos normas jurídicas, para otros reglas de pensamiento; para algunos son interiores al ordenamiento, mientras que para otros son anteriores o superiores al sistema legal...»¹⁰⁶

2. El perfil otorgado por la Teoría General del Derecho a los principios jurídicos

Ahora bien, avanzando un poco más hacia el análisis científico de los principios jurídicos, se advierten diferentes tipos: los que informan un ordenamiento jurídico en particular, reconocidos expresa o tácitamente como normas, con más los que propone el derecho natural o los valores, como así también, se pueden incluir los que responden a los derechos humanos universales.

De modo que aparecen visiones de juristas que los reconocen desde sus particulares ópticas, que como ya se señaló, con distintos criterios sobre su posibilidad de definición, fundamentos, aplicabilidad, utilidad, función normativa, la obligatoriedad que poseen; juristas que introducen la idea de que los principios jurídicos sean valores jurídicos, extendiendo su concepto al campo axiológico, a la dimensión moral o ética; otros que destacan la oportunidad que le brindan al operador jurídico de comprender el sistema desde otra posición.

También se dijo en el capítulo anterior, y es oportuno volver a mencionar, que hay quienes no reparan en su importancia, los menos.

Desde lo brevemente expresado, se puede observar como su definición y fundamentos se entrelazan con saberes más profundos, y posturas doctrinales determinadas, como lo hace la Teoría General del Derecho en sus formulaciones esenciales.

¹⁰⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría de la Decisión Judicial – Fundamentos del Derecho*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 1° edición, 2006, pág. 135

En este sentido todos los autores de primera línea reconocen tres corrientes de pensamiento que analizan su origen, sus cimientos, y son las corrientes iusnaturalista, la positivista, y autores que combinan ambos conceptos.

Así Mosset Iturraspe afirma "...Para una postura positivista, los principios se extraen del ordenamiento vigente, son como un precipitado o una síntesis del mismo; para otra, opuesta, en alguna medida jusnaturalista, están fuera del ordenamiento y desde allí lo enriquecen. En otras palabras, para un sector constituyen generalizaciones o abstracciones surgidas del Derecho positivo; para el opuesto, se trata de principios metajurídicos que impactan por deducción. Si se acepta lo primero, cada rama del Derecho tiene sus principios; si se sigue lo segundo, debe hablarse de principio sin particularizaciones. Aunque adherimos a este segundo criterio, nos parece conveniente separar los principios generales del Derecho Público de los del Derecho Privado..."¹⁰⁷

Y Julio César Rivera: "...Para la corriente que podríamos denominar iusnaturalista, representada entre otros por Gény, Del Vecchio, Aftalión, García Maynes, los principios generales del derecho son los principios del derecho natural ... En corriente de opinión semejante, se alude a principios que emanan de la idea de justicia (Guastavino) o de la naturaleza de las cosas... Otra corriente de pensamiento es la positivista, que concatena los principios generales con el derecho positivo (Coviello, Carnelutti, De Diego); se habla así de los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado... de los principios básicos del derecho vigente, de los postulados genéricos que se abstraen de las normas jurídicas. Estas expresiones tienen en común que encarnan los principios generales derecho en el sistema jurídico positivo, por lo que en última instancia, son principios científicos o sistemáticos... Hemos sostenido con Bueres que en la idea de principios generales pueden tener cabida ambos conceptos. No escapa a nadie que ciertas reglas (o principios no formulados normativamente en formas específicas por su esencialidad u obviedad) pueden dimanar del derecho positivo, sea que se los induzca de normas particulares o que se aprehenden por deducción sistemática (principios dogmáticos)... Pero ello no puede oscurecer que la especie más trascendente del género

¹⁰⁷ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Derecho Civil Constitucional*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 2011, pág. 67

está dada por las reglas derivadas del orden natural, de la naturaleza de las cosas, que al decir de Larenz, operan como fundamento inicial de las regulación positiva...”¹⁰⁸

Esclarece el tema el Dr. Saux. “... desde la Filosofía del Derecho hace ya varias décadas que se ha dado el fenómeno del reconocimiento de la vigencia de los principios generales del Derecho como ámbito integrativo del ordenamiento jurídico diferenciado del sistema de reglas o normas jurídicas, postulado en el mundo anglosajón por Hart desde su cátedra en la School Law de Oxford, adquiriendo singular importancia dentro del ámbito de la teoría general del derecho, a punto tal que hay quienes, como Luis Pietro Sanchís, que aluden a una nueva “Edad de Oro” de los principios..”¹⁰⁹ Y ahondando más en este sentido, sostiene. “... Estos principios y valores, que de alguna manera decimos han pasado a ocupar el lugar que durante siglos se asignó al Derecho natural como informador y orientador del Derecho positivo...”¹¹⁰

Puntualmente y al enfocarse en las definiciones, el Dr. Saux ha llevado a cabo un detallado desarrollo en el orden conceptual, relevando proposiciones de autores destacados que abarcan un amplio catálogo de posturas sobre la cuestión, y que incluye partidarios de la doctrina positivista y de la jusnaturalista, en sus distintas vertientes, que van desde la identificación de los principios con los derechos humanos fundamentales (Vigo); como enunciados normativos amplios y abstractos (Lorenzetti); criterios normativos coercibles derivados de la justicia y generalizaciones del orden jurídico (Guastavino); juicios de valor general (Cossio); pautas generales que fundamentan y dan razón vital al sistema jurídico ligadas al principio eterno de justicia (Alvarez Gardiol), criterios formulados como aforismos o reglas que inspiran la legislación y que se transmiten por tradición con una eficacia propia (Puig Peña)¹¹¹

¹⁰⁸ RIVERA , Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2013, T. I, pág. 156-157

¹⁰⁹ SAUX, Edgardo Ignacio, op. cit., pág. 38

¹¹⁰ SAUX, Edgardo Ignacio, ib., 39

¹¹¹ En su Tratado de Derecho Civil el Dr. Saux selecciona textualmente las siguientes definiciones “...Lorenzetti alude a que “...el principio es un enunciado normativo amplio que permite solucionar un problema y orienta un comportamiento, resuelto en un esquema abstracto a través de un procedimiento de reducción a una unidad de la multiplicidad de hechos de la vida real”...Guastavino menciona “...que son criterios normativos coercibles de la conducta intersubjetiva, que provienen de la idea de justicia y que, en el caso de los pertenecientes al Derecho positivo, se obtienen por progresivas y

Sumando otras voces al tema se puede apuntar lo sostenido por otro importante doctrinario, Luis Díez Picazo, quien define los principios generales desde las dos posiciones doctrinales predominantes: “...Para la dirección positivista los principios generales del derecho son normas obtenidas mediante un proceso de generalización y de decantación de las leyes. Por consiguiente, las leyes pueden derivarse o deducirse lógicamente de tales principios. Los principios jurídicos generales son de esta manera “principios científicos” o “principios sistemáticos”. Según esta idea, especialmente grata a la doctrina italiana, los principios generales del derecho son “principios generales del ordenamiento jurídico”, que resultan, por vía de sucesivas abstracciones, del conjunto de normas particulares y en los cuales las mismas normas habrían encontrado inspiración...”¹¹² En esta sistematización normativa por un lado se pueden abstraer de las leyes los principios, y viceversa, los principios son “...los antecedentes

cada vez más amplias generalizaciones del entero ordenamiento jurídico”. Carlos Cossio, desde la Escuela Ecológica argentina, postula que “...son juicios estimativos de valor muy general o supremo capaces de determinar la conducta de los hombres en razón de su intrínseco valor, de manera que faltando la norma legal que configure el comportamiento, siempre es posible traer a cuento una norma que surja de aquel juicio estimativo preexistente a la acción legislativa, y al juicio de valor original que ella puede implicar”. Ariel Alvarez Gardiol, distinguido jusfilósofo rosarino, los perfila como “...aquel conglomerado de pautas que se constituyen en el elemento esencial del todo sistema positivo, no sólo como un fundamento sino como una razón vital que supervisa la realización del conjunto, haciendo que evolucione, se modifique y cambie, siempre que conforme a los principios eternos de justicia”; en tanto que otro jusfilósofo (santafesino), Rodolfo L. Vigo, enrolado en lo que concierne al tema en la “moral thesis” de Ronald Dworkin, expresa que “...el contenido de los principios jurídicos fuertes coincide con los derechos humanos fundamentales (que también se podrían llamar derechos naturales, originarios, primarios o preexistentes) que le son atribuidos al hombre por la sola razón o título de su condición de tal, y que todo hombre conoce por connaturalidad o por evidencia manifiesta...En España Puig Peña los define como “...aquellas verdades o criterios fundamentales que informan el origen y desenvolvimiento de una determinada legislación, conforme a un determinado orden de cultura, condensados generalmente en reglas o aforismos, transmitidos tradicionalmente, y que tienen una virtualidad o eficacia propia con independencia de las normas formuladas de modo positivo...” SAUX, Edgardo Ignacio, op. cit, pág. 39. Un vistazo clarificador y sintético de gran utilidad conceptual

¹¹² DÍEZ PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*, Barcelona – España, Editorial Ariel, 1° ed.: noviembre 1973, Reimpresión: octubre 1975, pág. 204

del ordenamiento positivo, en los cuales el legislador se ha inspirado, y que han penetrado a través de una legislación concreta en el ordenamiento jurídico...”¹¹³

Por otra parte, el mismo autor continúa su análisis considerando la visión iusnaturalista de los principios y sostiene que “... equivalen a normas del derecho natural, esto es, son normas que no han encontrado formalización ni sanción estatal, pero que poseen innegable vigencia, validez y obligatoriedad, por formar parte de un sistema superior grabado por Dios en el corazón de todos los hombres, según la expresión paulina, y adecuado a la naturaleza humana...”¹¹⁴

Hasta acá plasma el mencionado autor las dos corrientes que son reconocidas de manera unánime. Mas luego continúa con una muy interesante observación, “...Ninguno de estos dos puntos de vista –el iusnaturalista y el positivista- son enteramente exactos. No cabe confundir los principios generales del derecho, que son normas de derecho positivo... con las reglas del derecho natural, porque ni todas las reglas del derecho natural son recibidas por el derecho positivo, ni las normas del natural son susceptibles de dar origen a un principio general jurídico. La tradición de un país o la ideología política que lo domina pueden dar origen a principios de derecho, que en rigor no tienen nada que ver con el derecho natural, cualquiera sea la forma en que se entienda éste...”¹¹⁵ Es que en los ordenamientos jurídicos de cada país se incorporan particularidades de su comunidad que pueden dar origen a principios jurídicos, criterios locales, miradas nacionales, por ejemplo lo dispuesto por el Código Civil del Perú cuando los regula en su Artículo VIII – “Obligación de suplir los defectos o deficiencias de la ley – Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano”, específicamente menciona los que inspiran el derecho del país, es decir, el legislador señaló expresamente las singularidades que se mencionan.

El autor citado, Díez Picazo, agudamente observa la confusión que se puede dar entre ambas corrientes, y da una clarificación científica de la cuestión: “...1) Los principios son las “ideas” fundamentales inspiradoras del ordenamiento, es decir, las

¹¹³ DÍEZ PICAZO, Luis, op. cit., pág. 204

¹¹⁴ DÍEZ PICAZO, Luis, ib., pág. 204-205

¹¹⁵ DÍEZ PICAZO, Luis, ib., pág. 206

“bases de las normas jurídicas tanto legales como consuetudinarias”; o bien 2) Los principios son un conjunto normativo no formulado y, por tanto, una especial fuente de derecho que da lugar a una especial tipo de normas...”¹¹⁶

Es muy interesante su resolución, dice primero: “...a) Los principios en sentido estricto. Son juicios de valor que inspiran e informan una normativa o la disciplina de una institución (por ejemplo, el llamado principio de buena fe, el de fe pública, el de carácter subjetivo de la responsabilidad o responsabilidad por culpa, etc.) b) Las normas “principales”. Son normas jurídicas de carácter básico en la organización del grupo social o en la disciplina de instituciones que a su vez son básicas para el grupo social. Las normas “principales” pueden ser legales o pueden ser simplemente consuetudinarias. Su carácter normativo les es dado por propia fuente de producción, pero su carácter “principal” es ajeno a ella. Tiene su fundamento en la comunidad entera, en la medida en la que es ella misma, a través de las convicciones, creencias o juicios de valor que profesa, quien le confiere este carácter...”¹¹⁷ Arriba a una posición sincretista, ya que por un lado identifica los principios con juicios de valor pero también habla de “normas principales” legales o consuetudinarias. No queda muy claro en esta exposición la coercitividad de ambas.

Otro importante doctrinario, el Dr. Lorenzetti formula también el distingo entre principios “...como normas reconocidas en el ordenamiento jurídico. Los diferenciamos de aquellos que otros autores toman en cuenta basados exclusivamente en el Derecho natural, en la moral, sin recepción normativa. También separamos su tratamiento de los principios ocultos, que este libro llamamos “paradigmas”...”^{118 119}

¹¹⁶ DÍEZ PICAZO, Luis, *ib.*, pág. 206

¹¹⁷ DIEZ PICAZO, Luis, *op. cit.*, pág. 207

¹¹⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría ...*, *op. cit.*, pág. 135 - 136

¹¹⁹ El Dr. Lorenzetti en la obra precitada alude a lo que denomina “principios ocultos” o “paradigmas” diciendo que son “...los modelos decisorios que tienen un status anterior a la regla y condicionan las decisiones, dando preeminencia al contexto por sobre la norma...” y los identifica conforme los objetivos que tienden a lograr: “...proteger a los débiles (paradigma protectorio), a los excluidos (paradigma de acceso), a los bienes colectivos (paradigma colectivo), organizar la sociedad (consecuencialista), hacer respetar los procedimientos antes que obtener los fines de cualquier modo (paradigma del Estado de Derecho). Los tres primeros se inclinan por la intervención con fines paternalistas. Los tres primeros se inclinan por la intervención con fines paternalistas, prefiriendo los resultados antes que los medios, y

Y expresa que en su obra refiere a los principios como normas. En este contexto, brinda una definición, dentro del positivismo jurídico por la aseveración ya citada, que dice: "... El principio es un enunciado normativo amplio que permite solucionar un problema y orienta un comportamiento, resuelto en un esquema abstracto a través de un procedimiento de reducción a una unidad la multiplicidad de hechos que ofrece la vida real. En esta definición encontramos que el principio es un enunciado, y dentro de esa categoría es un enunciado normativo. Asimismo tiene una formulación abstracta y un procedimiento de identificación propio. Finalmente, tiene funciones que son referidas a la solución de problemas y orientación de comportamientos..."¹²⁰

Como se puede observar subyace en lo expuesto que los fundamentos últimos de los principios jurídicos se corresponden con los fundamentos últimos de las normas, las concepciones metafísicas previas o no que dan sustento a cualquier entendimiento sobre lo que es un ordenamiento jurídico se puede aplicar tanto a la normas en particular como a los principios generales que lo informan, es decir de lo que se piense sobre lo que el Derecho es, se dirá lo que los principios jurídicos son. De modo que sintéticamente se puede sostener: "... Tanto la doctrina del Derecho natural como el positivismo jurídico se sitúan en un plano ontologista, concibiendo al Derecho como sustancia o realidad preexistente. La tendencia actual es considerarlo como lenguaje, dejando de buscar esencias para encontrar significados. Dentro de esta línea se destaca la corriente hermenéutica y la analítica anglosajona, aunque ambas tiende a complementarse, si el análisis no se reduce al sentido o a las formas..."¹²¹

En el capítulo precedente, se demostró la relación ley natural, derecho natural, principios jurídicos, en la mirada de la concepción aristotélico-tomista, la cual da fundamento a esta investigación. Y siguiendo ese camino, aun cuando se utilice otra terminología, se entiende que los principios jurídicos encuentran su anclaje en la ley natural, que con sus breves indicaciones, de obvias verdades que hacen a la naturaleza

entran en tensión con los otros dos que se orientan hacia la no intervención y la preferencia antes que los resultados, que refuerzan los procedimientos, en la creencia de que los resultados vendrán como derivación de su respeto..." LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría ...*, op. cit., pág. 459-460.

¹²⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis, op. cit., pág. 138

¹²¹ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Las normas fundamentales del derecho privado*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 1995, pág. 46

de las cosas contienen todo lo necesario para desplegarse en el derecho natural y por ende para la protección de la dignidad humana; la meta es el logro de los valores humanos, valores que conducen al ser humano hacia su posibilidad de perfeccionamiento, reconocidos o no por un ordenamiento jurídico en particular.¹²²

Esto nos lleva a considerar otros aspectos que ahondan la cuestión y permiten perfilar los principios jurídicos con mayor nitidez, facetas tales como su utilidad, la relación con los valores jurídicos, las prelación y categorizaciones que pueden darse entre ellos

3. ¿Son funcionales los principios jurídicos?

Cuando Lorenzetti expone sobre lo que él llama el big bang legislativo –en la parte de su obra que cuenta con el inquietante título: “La era del desorden”- hace la mención a la diversificación del producto legislativo en comparación de la que ocurre en economía esto es una diferenciación de productos para la mejorar la satisfacción del consumidor: “...la creación de leyes y decretos ad hoc para solucionar un problema específico o para atender una necesidad de un grupo es un proceso de diferenciación del producto legislativo. Sin embargo, no trae mejora en la eficiencia. Así como el consumidor muchas veces está indeciso frente a la variedad de productos, quien actúa puede estar paralizado frente a la cantidad de leyes. La norma jurídica guía la acción, y si no es clara, el actuante se detiene porque no puede hacer el cálculo jurídico. La

¹²² En la obra del citada el Dr. Saux formula una observación muy interesante: “...la opinión de Ricardo Lorenzetti ... apunta que tanto el debate vinculado a si los principios generales del Derecho son emanaciones del mismo Derecho positivo o si bien son un producto histórico, o en cambio son derivaciones del Derecho natural, y por otra parte el concerniente a si tienen o no formulación o esencia normativa, se ha relativizado mucho a partir del entramado de tratados internacionales que han sido constitucionalizados, incorporando una multiplicidad de principios –a la que juzga incluso como excesiva- que determina que los mismos “...se aplican no tanto por ser tales, sino por tener reconocimiento constitucional”. De tal manera, concluye entonces en que queda poco en el Derecho natural o en la historia, o en la naturaleza de las cosas, que no esté incorporado de alguna manera en el lenguaje normativo. Coincidimos con ello...” SAUX, Edgardo Ignacio, *Tratado...*, op. cit., pág- 43-44

proliferación produce inseguridad y parálisis. No se sabe exactamente cual ley está vigente, como se solucionan los conflictos de leyes, cuál será la decisión final del intérprete porque su margen de discrecionalidad es grande. El principio que el Derecho se presume conocido por todos es una falacia...”¹²³ Esta abundante multiplicación e inestabilidad la detecta también el autor en relación a la interpretación jurídica. “...Con el estructuralismo se privilegiaba el análisis del texto como objeto; con el posestructuralismo se pone el acento en el autor y el lector. Surge así una estética de la recepción, la hermenéutica, la deconstrucción. Una suerte de deformación patológica ocurre cuando la actividad interpretativa se sustenta sólo en el intérprete, sin limitaciones provenientes del objeto interpretado...”¹²⁴

En este ambiente perturbado: “la era del desorden”, los principios jurídicos encuentran su mejor protagonismo, ya demostrado en otros tiempos: “... En su larga historia, han mostrado dos caracteres que les han dado fortaleza: -El primero es su simplicidad, o por lo menos la aspiración de tener un conjunto de ideas que guían el cálculo jurídico. -El segundo es su jerarquía superior. Cualquiera sea la concepción que se desarrolle acerca de ellos, siempre se los ha ubicado bien alto; para algunos integran el Derecho natural, para otros tienen una raíz histórica; para otra opinión son interiores al ordenamiento, pero se obtienen por generalización de normas y son superiores a ellas. Esta altura, esta superioridad, es la que permite conferirles una función de control, de límite, de guía de la actividad infraprincipal. Con estos caracteres de simplicidad y de alta jerarquía, los principios constituyen una “armazón”, una “arquitectura” del ordenamiento jurídico...”¹²⁵

Este vigor se ve más aun reforzado por las funciones que se le atribuyen en relación al Derecho positivo: “... no menos de cuatro funciones relevantes ... 1) Una función interpretativa o hermenéutica, como la que les asigna el artículo 2° del Código Civil y Comercial argentino sancionado en 2014; b) una función integradora de los vacíos de las fuentes formales; c) una función directiva, propia de los principios constitucionales de tipo programático (como sería v. gr., los principios de legalidad, reserva o debido proceso) destinados a orientar la actividad de los órganos legisferantes

¹²³ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Las normas...*, op. cit. pág. 36

¹²⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis, *ib.*, pág. 37

¹²⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoría ...*, op. cit pág. 135 - 136

y judicantes; y d) una función limitativa (como, por ejemplo, la que cumple en España con relación al Derecho Foral respecto del sistema de Derecho común español)...”¹²⁶

Rivera delimita las funciones a dos: “... Los principios generales pueden entenderse que cumplen dos funciones, como fuente y como elemento de interpretación de la ley. Como fuente se sostiene generalmente que los principios generales del Derecho son tales en cuanto se recurre a ellos para resolver las cuestiones que no tienen solución en la ley o las costumbres, como lo señala el artículo 16 (*Código de Vélez*¹²⁷). Ello así pues los jueces no pueden dejar de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley (art. 15 –*Código de Vélez*-¹²⁸). Sin embargo, esta tesis es controvertida; un estudioso español señala que cuando el Código Civil enuncia los principios generales del Derecho no importa decir que ellos son fuente como la costumbre y la jurisprudencia sino que indica al juez cómo suplir las lagunas de la ley. Pero no son fuente porque no son forma de creación o producción del Derecho, sino raíz o fundamento de donde deriva la validez intrínseca o racional del contenido de las normas jurídicas particulares (García Valdecasas). Y cuando el juez tiene que resolver una cuestión que no está resuelta por norma legal y consuetudinaria, los principios generales sólo le proporcionan una fuente remota de inspiración para la decisión que ha de tomar y un fundamento último en que apoyarse. Fijan también un límite a su arbitrio garantizando que la decisión no esté en desacuerdo con el espíritu del ordenamiento jurídico. Pero, por su alto grado de abstracción los principios no pueden suministrar la solución exacta del caso, la cual en gran medida deberá ser obra de la actividad creadora del juez. De otro lado es difícil que a través de la ley, las leyes análogas, la costumbre, no se encuentre regulación en las fuentes normales; por lo tanto normalmente los principios generales servirán como elemento de interpretación de la ley y en este sentido, ello trae dos consecuencias fundamentales: - las posibles contradicciones entre las disposiciones positivas concretas se resolverán sobre la base de los principios generales; - el principio general inspirador de una disposición que ofreciere dudas nos dará la clave para su interpretación...”¹²⁹

¹²⁶ SAUX, Edgardo Ignacio, op. cit., pág. 42

¹²⁷ Texto agregado de la autora

¹²⁸ Texto agregado por la autora

¹²⁹ RIVERA, Julio César, op. cit., pág. 158

El Código Civil de Vélez Sársfield, en el art. 16 decía: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”. De su lectura textual se desprende su concepción de fuente del derecho, una herramienta resolutoria para el juez que le proporciona la posibilidad de creación normativa para las partes pero dentro del sistema¹³⁰.

En relación a esto Mosset Iturraspe afirma: “...Los principios jurídicos o principios generales del Derecho constituyen una fuente de derecho y de deberes reconocida por el art. 16 del Código Civil... Los principios cumplen un variado rol: 1) Son fuentes de derechos; 2) puede recurrirse a ellos para colmar o regular una “laguna” o vacío jurídico (ausencia de regulación o imperfección técnica); 3) concurren a la interpretación de las normas legales...”¹³¹

El actual art. 2° del Código Civil y Comercial de la Nación textualmente expresa: “Interpretación: La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico”. La actual redacción se puede vincular expresa y directamente a la función interpretativa¹³² Más aun cuando se observa que en el art. 1° expresamente

¹³⁰ Es deber de fidelidad con lo sostenido por el autor citar su compromiso con la seguridad jurídica, cuando expresa lo siguiente: “...Si se pretende la solución de un conflicto judicial por vía de la aplicación de un principio general, debe afirmarse: -la vigencia del principio general, exponiendo los argumentos en cuya virtud el principio deba considerarse como general del derecho en nuestro ordenamiento, citando textos legales que los sancionen o haciendo ver la conexión existente entre el principio y ciertos textos o bien aportando la sentencia con que lo reconoce o aplica; -se debe acreditar que no hay ley o costumbre aplicable al caso. Estos criterios emanan de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, pero pueden considerarse aplicables también a nuestro derecho...” RIVERA, Julio César, op. cit., pág. 161 - 162

¹³¹ MOSSET ITURRASPE, Jorge, op. cit., pág. 66

¹³² Como se sabe, el Código Civil redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield estuvo vigente desde 1870 hasta 2015, con modificaciones importantes como la Ley 17711 pero sin variaciones al artículo. Es decir los principios generales del derecho son fuente del derecho argentino desde hace más de ciento cincuenta años, su historicidad ha conformado y conforma la conciencia jurídica colectiva. Su solidez en

se mencionan las fuentes del derecho: “Fuentes y aplicación: Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, práctica y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”. Se entiende que es la intención del legislador no considerar a los principios jurídicos como fuentes del derecho, sino únicamente como criterios de interpretación. Es más, en comentario al reproducido artículo 1° Ricardo Lorenzetti dice expresamente que las fuentes “...formales resultan obligatorias conforme una norma de reconocimiento y son: a) la ley caracterizada por su carácter general y obligatorio; b) la costumbre en los supuestos que comentamos más abajo; c) la jurisprudencia obligatoria; d) las decisiones de tribunales internacionales y de organismos creados por tratados internacionales en los supuestos previstos por la Constitución...Las fuentes materiales son las que carecen de obligatoriedad, pero son importantes porque fija el contenido del Derecho, y son tales la doctrina y la jurisprudencia no obligatoria. En todos los casos nos referimos a

el ordenamiento jurídico se puede en ver los diversos anteproyectos y proyectos de reforma del Código, así el llamado “Anteproyecto de Bibiloni” del año 1936 en el propuesto 16 decía: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aun la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”. Y en el Anteproyecto de 1954 de redacción semejante a las mencionadas en la segunda parte del art. 5°: “Si la cuestión controvertida no pudiera decidirse por aplicación de norma legal, consuetudinaria o emanada de tribunal de casación, se atenderá a los principios generales del derecho y a las exigencias de la equidad teniendo en consideración las circunstancias del caso”. Otro dato histórico interesante es el mencionado por Rivera, quien al esclarecer el pensamiento de Vélez Sarsfield sobre principios generales del derecho sostiene que los pensó con carácter de fuente y dice “...Gorostiaga enseña que el artículo 16 está tomado del artículo 7 del Proyecto Acevedo, el cual a su vez habría sido concebido sobre la base de la regla XIV de las disposiciones del Código de Comercio del Estado de Buenos Aires de 1859...” RIVERA, Julio César, op. cit., pág. 157. En definitiva, y como se afirmó, la línea temporal de presencia normativa muestra la incidencia de los principios para la legislación local.

las fuentes de Derecho objetivo y no a las fuentes que sólo producen derechos subjetivos como el contrato o la sentencia...”¹³³

En la lectura global de los textos, y teniendo en mente que es difícil encontrar lagunas en el estado de desarrollo legislativo actual (ya se mencionó la impronta negativa que conlleva la sobreabundancia de normas) es cuasi obligatorio adherir a lo expuesto. Quedaría de esta manera la función de fuente del Derecho en el ámbito del Derecho Civil y Comercial del ordenamiento jurídico local extremadamente limitada, con un poco más de margen en lo que refiere en el comentario señalado como Derecho subjetivo, específicamente las sentencias. Función de gran importancia que le imprime a los principios jurídicos un rol de “utilidad”, de “herramienta” imprescindible para el operador jurídico que debe crear, aplicar, pensar las normas jurídicas vigentes.

Y es que en un sentido amplio la función interpretativa, en su intento de desentrañar o explicar el sentido de un texto que podría entenderse de diferentes modos se acompaña de funciones que profundizan su acción y son la “...Función finalística: permite orientar la interpretación hacia fines más amplios, de política legislativa. En general se le adjudica este carácter fundante de la actividad legislativa; son pensamientos directores de una regulación posible. Función delimitadora: pone un límite al actuar de la competencia legislativa, judicial y negocial. Sin que se ahogue la tarea creativa y dinámica del derecho, los principios jurídicos constituyen lineamientos básicos que permiten establecer un límite, al igual que los valores, a las bruscas oscilaciones de las reglas. En el proceso de la decisión judicial pueden controlar el excesivo activismo judicial, confiriéndole un marco de actuación. Función fundante: ofrece un valor para fundar internamente al ordenamiento, y dar lugar a creaciones pretorianas...”¹³⁴

De este modo se puede ver una vez más reafirmado el protagonismo de los principios jurídicos; elementos que coadyudan a determinar el significado y alcance de las normas jurídicas cuando es oportuno, que le dan sustento al ordenamiento, que marcan un rumbo a seguir.

¹³³ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación – Comentado*, Santa Fe, Ed. Rubinzal – Culzoni Editores, Año 2014, T. I. pág. 28

¹³⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría de la...*, pág. 142

4. Concurrencias y antinomias. Sopesar y ponderar

Al igual de lo que sucede con la superproducción de normas, los principios jurídicos son numerosos. Esta situación conduce directamente a interrogarse sobre si todos tienen la misma jerarquía, y si pueden concurrir dos o más de manera antagónica a un mismo acto.

Advierte Robert Alexy: “...Más importante que la referencia a la diversidad es la constatación de la indeterminación. En el amplio mundo de los principios, hay lugar para muchas cosas. Puede ser llamado un mundo del deber ser ideal. Cuando hay que pasar del amplio mundo del deber ser ideal al estrecho mundo del deber definitivo o real, se producen colisiones o, para usar otras expresiones frecuentes, tensiones, conflictos y antinomias. Es entonces inevitable sopesar principios contrapuestos, es decir, hay que restablecer relaciones de preferencia...”¹³⁵

Esta ponderación el individuo la realiza, como todo, desde un presupuesto filosófico previo, que como ya se relató en el capítulo precedente se puede recorrer la historia del pensamiento jurídico y encontrar el variopinto mundo de ideas que ofrece. En la posición que se sostiene se asumen como elementos de ponderación el bien individual con su vínculo indisoluble con el bien común y los valores jurídicos.

En este respecto se han elaborado diversas teorías: la de la jerarquía “...que consiste en elaborar una tabla jerárquica abstracta o apriorística de aquéllos –principios– de manera que ante la tensión o el conflicto se escoja el de mayor peso o importancia...”¹³⁶; la del balanceo: “...en lugar de la referida “jerarquización” apriorística, se confía en el juicio del operador, para que resuelva en cada caso cual es el peso, importancia o prevalecencia (sic) que cabe reconocer a los principios o derechos a ser tenidos en cuenta para la solución del mismo. Esta técnica de balanceo (balancing test) o de la ponderación de bienes (Güterabwägung) se apoya en la capacidad del jurista que ha asumido la resolución del entuerto para que, sobre la base de las peculiares y concretas circunstancias del problema, establezca una cierta preferencia o

¹³⁵ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, versión castellana Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, primera reimpresión, Año 1997, pág. 133

¹³⁶ VIGO, Rodolfo L., *Los principios...*, op. cit., pág. 181

desplazamiento de alguno de los principios en juego. La idea central ... es que no hay orden ni tabla ni categorías diferenciadas entre los derechos o los principios, sino que, por el contrario, todos ellos valen igual, por lo que el intérprete tiene el deber de intentar la conciliación o armonización, sin perjuicio de escoger uno de ellos en razón de las exigencias y modalidades que ofrece el caso que resuelven por la sentencia o la norma que dictan...»¹³⁷

Una tercera posición que trae el citado autor es la que denomina “teoría del contenido esencial”, y que básicamente sostiene que los conflictos entre principios son, en realidad, aparentes, ficticios, que se deshacen con la sola lectura profunda de la cuestión. Dice Rodolfo Vigo: “...Insistimos en que esta tercera perspectiva elaborada para los derechos humanos puede proyectarse al campo de los principios, de una manera directa al campo de los “principios fuertes”, pero también a los principios débiles mixtos como a los principios débiles juspositivos, en el sentido de que es necesario un esfuerzo dilucidador del “contenido” de los principios que pretenden operar, particularmente en cuanto a la dimensión axiológica de ellos, y por esta vía se procurará evitar sacrificios de juridicidad. Urge no quedarse en meros enunciados vagos y ambiguos, sin penetrar en el significado real y en los intereses a los que sirven los diferentes principios, para que nada valioso jurídicamente se pierda y para que lo sustancial no se desborde...”¹³⁸

Otra posibilidad de examinar la complejidad de la cuestión es desde una mirada más cercana a la ciencia del derecho que a la filosofía jurídica, observando que “...los principios son indeterminados, porque no tienen un supuesto de hecho específico (por ejemplo: si se utiliza un principio en lugar de una regla para regular la velocidad, diría: “conduzca de manera que no dañe a otro”, pero sería muy difícil porque cada conductor haría una valoración diferente; demandaría mucho trabajo tomar la decisión sobre la velocidad a cada instante...Al no haber un supuesto de hecho no se aplica la deducción (subsumir el hecho en el derecho). Son guías para el razonamiento legal, y ordenan que se cumplan lo máximo posible, porque siempre habrá otro principio con el cual se contraponen. Pero la colisión entre principios no es una opción, sino una ponderación,

¹³⁷ VIGO, Rodolfo L., *Los principios...*, op. cit., pág. 182

¹³⁸ VIGO, Rodolfo L., *ib.*, pág.186

puesto que en cada caso hay que ver cómo se mide la importancia de cada uno de ellos...»¹³⁹

Arribamos entonces, ante la posibilidad de un conflicto, a la necesidad de dirimir en primer lugar si se trata de una controversia real o aparente, si existe la posibilidad de jerarquizar los intereses en juego y a partir de allí armonizar los principios que involucran, en definitiva todo conduce a formular lo que la doctrina llama un juicio de ponderación. “...Ponderar es establecer comparaciones, establecer el peso de cada uno y aplicar el mayor en el caso concreto. Por eso, el grado de generalidad no es decisivo para el principio jurídico; lo importante es su aptitud como causa de justificación. Por ello es necesario identificar principios que son contradictorios, complementarios y otros competitivos entre sí...”^{140 141}

La guía de la ponderación se podrá encontrar en los valores jurídicos que están en juego como así también en la lógica interna del ordenamiento jurídico. Sobre este último tópico debe referirse como ejemplo que “...en el Código hay muchos principios, los cuales están presentados de modo general, para luego relacionarlos con diversos aspectos específicos. Por ejemplo, se afirma el principio de la buena fe (art. 9) que luego se relaciona con otros principios y reglas específicas ...nulidad matrimonial y terceros

¹³⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Fundamentos de derecho privado – Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*, Argentina, Ed. Thomson Reuters La Ley, 2016, pág. 48

¹⁴⁰ LORENZETTI, Ricarco Luis, *Teoría...*, op. cit., pág. 141

¹⁴¹ En la citada obra “La Teoría de la decisión judicial”, el Dr. Lorenzetti menciona cuales son los pasos lógicos que hay que realizar para aplicar el juicio de ponderación, y menciona los siguientes: “...1. Identificar un campo de tensión: constatación de una situación de conflicto entre principios contrapuestos, lo que ocurre cuando, satisfaciendo totalmente un principio, se produce la lesión de otro. 2. Alternativa más económica: si se puede encontrar una solución que permita el cumplimiento de un principio sin afectar a otro del mismo rango, debe optarse por ello. 3. Inaplicabilidad del juicio de ponderación: en algunos casos el Derecho ha prohibido algunos principios, o hay un conflicto entre bienes no comparables, o se trata de bienes que gozan de una protección máxima, no susceptible de restricciones. Cualquier solución contraria es rechazada por contradictoria y no resulta aplicable a la ponderación. 4. Aplicación de la ponderación: en los casos de principios competitivos hay que dar a cada uno lo suyo, de allí que el juez deba considerar cuál es el punto óptimo de equilibrio entre lo que se da a unos y se saca a otros, y cómo ponderar los valores en juego...” LORENZETTI, Ricarco Luis, *Teoría...*, op. cit., pág. 258

(art. 426); buena fe en la celebración del matrimonio (art. 427); efectos de la buena fe de uno de los cónyuges (art. 429); cosas muebles no registrables del matrimonio (art. 462); momento de extinción de la comunidad matrimonial (art. 480); bigamia (art. 504) principios generales de los procesos de familia (art. 706)...”¹⁴²

Con respecto a los valores jurídicos, mencionados también en el art. 2° del CCyCN como regla interpretativa, ayudan a superar armónicamente la tensión entre principios. Y es que los valores cumplen un rol en el discurso jurídico: “...En el campo de la validez material, hay un límite axiológico que puede ser encontrado mediante la invocación de valores...En el campo argumentativo, los valores pueden ser contenido de los principios, en tanto éstos tienen una idea o referencia valorativa. En este caso, la argumentación jurídica implica que el principio lleva a un análisis comparativo de valores...”¹⁴³ Contenido de los principios, ya que valores y principios no son exactamente lo mismo: “...La diferencia entre principios y valores se reduce así a un punto. Lo que en el modelo de los valores es *prima facie* lo mejor es, en el modelo de los principios, *prima facie* debido; y lo que en modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente debido. Así pues, los principios y los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente. En el derecho, de lo que se trata es de qué es lo debido. Esto habla a favor del modelo de los principios... el modelo de los principios tiene la ventaja de que en él se expresa claramente el carácter de deber ser...”¹⁴⁴

El supuesto de conflictos antagónicos no sucede en términos generales y abstractos, sino frente al caso concreto, en el cual puede suceder que uno desplace a otro, pero no por ello le hace perder su validez en otro contexto particular, y menos aun, lo elimina del sistema jurídico. Por ello la doctrina no habla de antinomia en sentido estricto –contradicción de preceptos–, sino de tensión, entendiendo tal expresión en relación al “peso” que tienen y como su aplicación “equilibra la balanza”, en esto radicaría la decisión que se adopte no como opción sino como ponderación. Ello es así si se sostiene que no hay un orden jerárquico dado a priori y vinculante para el operador jurídico.

¹⁴² LORENZETTI, Ricardo Luis, *Fundamentos...*, *op. cit.*, pág. 50 - 51

¹⁴³ LORENZETTI, Ricardo Luis, *ib.*, pág. 52

¹⁴⁴ ALEXY, Robert, *op. cit.*, pág. 147

La doctrina sostiene en confirmación de esto: “...Hemos señalado que los principios son mandatos de optimización. Ello significa que su aplicación nunca es absoluta, sino que debe ser entendido como una aspiración a lograr su máxima satisfacción posible en el caso. En este sentido, el principio tiene un carácter *prima facie*, presentando razones que pueden ser debilitadas o reforzadas por otros principios. Analicemos un caso: la privacidad de la persona da la impresión de ser absoluta, y sin embargo ella está sometida a ponderación y es debilitada en algunos casos, como cuando concurre con el derecho a la información; es decir que un principio debe ser compatibilizado con otros que concurren en el caso...”¹⁴⁵

Esto puede entenderse mejor cuando se observa cómo funcionan las normas o reglas. Las normas o reglas pueden tener excepciones, pero éstas son establecidas por el legislador de antemano, inclusive frente a la antinomia, se supera por otras vías: jerarquía, cronología, especialidad, desplazándose unas a otras, según se trate, y en definitiva anulando su validez. Es decir, el juicio de ponderación que conlleva la aplicación de los principios, no es propio de la aplicación de normas o reglas.

Para finalizar este apartado es importante considerar que el juicio de ponderación del que habla la doctrina no es una puerta abierta hacia el subjetivismo en detrimento de la seguridad jurídica. La ponderación es un procedimiento que forma parte del razonamiento jurídico: “...los principios son mandatos de optimización con respecto a las posibilidades jurídicas y fácticas. La máxima de la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, el mandato de ponderación se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades jurídicas. Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto...”¹⁴⁶

¹⁴⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría ...*, op. cit., pág. 253 - 254

¹⁴⁶ ALEXY, Robert, op. cit., pág. 112

5. Los principios jurídicos y las ramas del Derecho

Un aspecto a considerar que coadyuva a profundizar este tema refiere a la posibilidad de singularizar los principios jurídicos en relación a las diversas ramas del Derecho.

En el entendimiento de que los principios jurídicos responden a cuestiones vinculadas a los derechos fundamentales del hombre, a su dignidad, a los valores humanos, fundados en la ley natural, debe considerarse que hay un núcleo de ellos que abarcaran todas las ramas del derecho, como cuestiones fundantes del ordenamiento jurídico.

No obstante, y propio de la ciencia jurídica, al mirar la materia que cada rama trata, resulta conveniente separarlos, y de esta manera ahondar en sus implicancias funcionales para el operador jurídico.

Esto es sostenido por parte de la doctrina nacional: "... Cabe distinguir, liminarmente, los principios generales del derecho de los principios especiales de una rama del derecho. Los primeros, desde luego, rigen en todo el mundo jurídico, y por ende, se aplican a cualquier sector de él. No entramos aquí en el problema de la naturaleza de esos principios (v. gr., si emergen del derecho positivo o derivan del derecho natural): sólo basta constatarlos, y advertir que muchos de ellos pueden confundirse con ciertos valores jurídicos-políticos (así por ejemplo, es factible hablar de un principio de justicia, de otro principio de seguridad), de los que se desprenden, a su turno, subprincipios también generales: *pacta sunt servanda*, no enriquecimiento sin causa, buena fe, publicidad de las normas, lo no prohibido como permitido, etcétera. Bajo esos principios generales del derecho, nacen principios específicos, propios de cada disciplina jurídica: *nulla paena sine lege*, en derecho penal; *in dubio pro operari*, en el derecho laboral; nadie debe ser obligado a declarar contra sí mismo, en el derecho procesal penal, entre otros...."¹⁴⁷

Más adelante se mencionó la conveniencia de separar los principios generales del Derecho Público de los del Derecho Privado. Menciona Mosset Iturraspe los siguientes, como pertenecientes al Derecho Civil-Constitucional: "...Dar a cada uno lo

¹⁴⁷ SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, , Ed. Astrea, 2001, pág. 88

suyo conforme con la justicia y la equidad; -vivir honestamente y de acuerdo con la buena fe, lealtad y probidad, -no hacer daño a nadie, y en su caso, reparar los daños injustos causados a víctimas inocentes; -la no discriminación negativa y el respeto a la igualdad; -el intercambio equilibrado de las prestaciones; -el respeto a la voluntad declarada en similar poder de negociación; -eminente dignidad de la persona humana; - la capacidad de las personas es la regla y la incapacidad, la excepción; - nadie puede enriquecerse sin una causa lícita; -el fraude a la ley y al ordenamiento como conductas ilícitas; - la prohibición de la justicia por mano propia; -todas las personas son iguales ante el ordenamiento, pero el juez debe atender a la situación de los débiles o vulnerables; se debe esta a favor *debitoris*; - en favor *debilis*; -a favor del consumidor; - la centralidad de la persona humana; -los derechos humanos como “principios del ordenamiento”; -el activismo judicial; -la justicia sin vendas; -la vigencia de la moral social; - la vigencia del orden público de dirección y de protección; - la preeminencia de la sociedad civil sobre el mercado – el mercado sometido a una visión capitalista-humanista; -la lucha por la superación de las indigencias; la función social del contrato; -la función social de la propiedad...”¹⁴⁸ La enumeración del autor queda aclarada en nota al pie que dice: “...Aunque ahora, en virtud o en mérito de la constitucionalización del Derecho Civil, los principios de uno y otro Derecho se hallan aproximados y muchos de ellos se muestran como comunes a ambos Derechos...”¹⁴⁹

En análisis de la enumeración, se puede decir que hay principios jurídicos que, por ejemplo, al concurrir a la interpretación de las normas legales corresponden a todas las ramas del derecho. Del listado podría tomarse el que sostiene “dar a cada uno lo suyo conforme con la justicia y la equidad”, o “los derechos humanos como “principios del ordenamiento” o “la justicia sin vendas” y sin duda alguna afirmar que hacen a todo el ordenamiento jurídico, trátase del Derecho Público o Privado. El intérprete, aun sin tener una intención marcada hacia ello, tendrá en mente estos principios jurídicos, pues son propios de la naturaleza jurídica, fundantes del sistema legal.

Por otra parte, si se examina el que expresa “la función social del contrato” quedaría bajo la órbita del Derecho Privado.

¹⁴⁸ MOSSET ITRURRASPE, Jorge, op. cit., pág. 68

¹⁴⁹ MOSSET ITRURRASPE, Jorge, ib., nota a pie de pág. 68

En otros la delimitación es difusa, por ejemplo, “la función social de la propiedad”, queda bajo la órbita del Derecho Privado, pero de alguna manera si el caso en examen toca aspectos de política pública, sirve para interpretar cuestiones de Derecho Público.

Ahora bien, la enumeración que realiza el Dr. Saux es la que sistematiza y manifiesta con maestría cuales son los principios del Derecho Civil, listado que sin ser taxativo, sin tener carácter de *numerus clausus*, encierra en sí mismo el principalismo por antonomasia del Derecho Privado y son: la autonomía de la voluntad, el orden público y el equilibrio en las prestaciones “...el primero de esos principios generales que le son propios y singulares es el de la autonomía de la voluntad, motor primigenio de la gestación de relaciones jurídicas entre particulares. A él le sigue, como pauta limitativa necesaria en su ejercicio –y así lo perfila claramente el artículo 21 del mismo Código Civil argentino- el orden público, “noción tan vaga como fundamental”, al decir de Josserand. Y finalmente cierra el elenco –sin que ello implique una pauta limitativa o de *numerus clausus*- el equilibrio de las prestaciones o de los intereses privados, en el cual la morigeración axiológica de los potenciales desajustes que el libre juego de esa autonomía de la voluntad pudiera generar nace no ya del propio sistema normativo, sino de la activa participación del juez como figura preponderante en la heterocomposición de los intereses en conflicto...”¹⁵⁰

Mayor claridad meridiana se logra al introducirse en el concepto que el autor brinda de los tres principios como así también de sus interrelaciones. Así “...La autonomía de la voluntad, o la autonomía privada, al decir de Castro y Bravo, quien la menciona como “el ámbito de la libertad reconocido a las persona para el ejercicio de sus facultades”, es, sin duda alguna, la piedra angular sobre la que se estructura todo el sistema de derecho privado. Según Bonet sus manifestaciones en relación con el negocio jurídico son, cuando menos, tres; crear al mismo, determinar sus efectos y precisar la ley que le es aplicable... En su faz normativa, el principio de la autonomía de la voluntad aparece dentro de nuestra legislación civil en el texto del artículo 1197 del código, en tanto determina la conocida formulación según la cual “las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, texto que no es sino una concreción positiva de la regla del *pacta sun*

¹⁵⁰ SAUX, Edgardo Ignacio, *Estudios de Derecho Civil...*, op. cit., pág. 11

servanda, y que reconoce como fuente próxima aquello de que las “convenciones tienen fuerza de ley entre los que la celebran”, del artículo 1134 del Código Napoleón ... baste simplemente recordar que su formulación u aplicación viva son el fruto del triunfo de las ideas individualistas sobre el absolutismo, que encuentra históricamente su cuna en la Revolución Francesa de 1789 y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano...”¹⁵¹¹⁵²

El orden público, por su parte, y según la opinión del autor, quien sostiene la diversidad de criterios que sobre él se formulan, afirma: “ ... nuestro criterio coincidente con el de quien, como De Ruggiero, sostiene que “una determinación absoluta y universal del orden público no es posible, porque este principio es en sí mutable y contingente, varía con el variar de la constitución orgánica de la sociedad, con las diversas fases de conciencia colectiva de cada pueblo, con la convicción de lo que debe ser la utilidad general ... desde esa primigenia identificación del concepto de orden público con el de derecho público, una importante corriente de opinión evoluciona aproximando el principio a lo que puede estimarse como de interés general, o de interés público.... El criterio quizá mayoritario, tanto en derecho comparado como nacional –con algunos matices que en honor a la brevedad nos abstenemos de pormenorizar (Risolia, Bonet, Salvat, Llambías)- ve al orden público como el conjunto de principios fundamentales que hacen a la estructura de una organización social, los que pueden ser variables y mutables en el tiempo, y que se derivan de las concepciones

¹⁵¹ SAUX, Edgardo Ignacio, *Estudios de Derecho Civil...*, op. cit., pág. 11-13

¹⁵² Los artículos del Código Civil que obran corresponden al Código Civil de Vélez Sársfield, hoy derogado. La actual codificación civil recoge esos principios en distintos artículos, el artículo 12 trata específicamente del orden público: “Orden público. Fraude a la ley. Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”; diversos artículos del título correspondiente a las Relaciones de Familia consagran la autonomía de la voluntad; en relación a los contratos: el art 958 dice: Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

políticas, económicas, religiosas y, obviamente, jurídicas, que esa comunidad tenga para sí...»¹⁵³ Una revisión histórica de nuestro ordenamiento jurídico, de la doctrina y la jurisprudencia local, cotejándola con su estado actual acreditan de modo pleno esas mutaciones temporales en el contenido de lo que las comunidades entienden por orden público.

Resulta importante reflexionar sobre los efectos “... el texto del artículo 21 del Código Civil argentino...coloca al orden público como un límite al ejercicio de la autonomía de la voluntad... Además de ese pre-mencionado y relevante rol, el principio del orden público cumple otros por imperio de la propia ley...aparece como pauta básica en todo lo inherente a la regulación de la personalidad (física y jurídica, con la enunciación de sus atributos y derecho personalísimos), la familia, el régimen de adquisición, ejercitación, transmisión y extinción de los derechos reales, el derecho sucesorio (vocación hereditaria, formas testamentarias, legítima, etc.) la nulidad de los actos jurídicos, prescripción, etc. Ello sirva como prueba de la relevancia que lo singulariza...”¹⁵⁴ En el Derecho de Familia se ve claramente la evolución del juego de estos dos principios: con la sanción del vigente Código Civil y Comercial de la Nación se pudo observar con nitidez un avance de la autonomía de la voluntad frente a un cierto debilitamiento del orden público en institutos como, por ejemplo, el régimen patrimonial matrimonial.

Por último, menciona Saux “...El equilibrio de las prestaciones, o “el equilibrio de los intereses privados” es, según Sauer, el fiel de la balanza en la relación jurídica, en tanto explica y justifica el logro y la realización del valor justicia en esa relación jurídica bilateral y singular que los intereses contrapuestos de los particulares han conformado...”¹⁵⁵ Desde una mirada iusnaturalista, parecería que este principio es el que involucra a los dos anteriores y el que en definitiva, marca el camino hacia el fin último: la justicia.

Ninguna duda cabe que estos son los tres principios generales del derecho civil de los que se sirve la hermenéutica permanentemente, y que concentran en sí mismos o son raíz de otros de la misma rama.

¹⁵³ SAUX, Edgardo Ignacio, *Estudios de Derecho Civil...*, op. cit., pág. 17-18

¹⁵⁴ SAUX, Edgardo Ignacio, *ib.*, pág. 18-19

¹⁵⁵ SAUX, Edgardo Ignacio, *ib.*, pág. 19

Prueba de ello se obtiene si se analizan, como más adelante se hará, todas las características, fundamentos y relaciones con el principio de solidaridad familiar, que si bien se corresponde con su propia rama, esta es la del Derecho de Familia, conserva todas las cualidades del Derecho Privado.

Dicho esto podría objetarse de innecesario ampliar el número de principios, y retomar la crítica de la sobreabundancia. La doctrina es unánime al afirmar que ningún listado, enumeración, ningún cómputo es cerrado. Los principios jurídicos sea cual fuere la concepción que se tenga de ellos, se vinculan a las particularidades de cada ámbito del Derecho Privado, y del Derecho Público también. De modo que se pueden encontrar principios propios del Derecho Penal, por ejemplo el principio *indubio pro reo*, o del Derecho Laboral: v. gr.: *indubio pro operari*.

Es válido entonces afirmar que hay una concepción principalista propia también del Derecho de Familia. Sin adelantar información que se tratará en los capítulos sucesivos se puede decir que la doctrina sostiene a este respecto: "...un principio jurídico central que es el del reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad con dos principios derivados de contenido, a saber, el de protección integral de la familia y el de protección del interés superior del niños. De la protección de integral de la familia deriva el principio de matrimonialidad, que abarca una amplísima temática, y el principio de resguardo del interés familiar, asimismo de amplia comprensión. Del principio de protección del interés-bien superior del menor de edad, deriva el principio de reconocimiento de la inviolabilidad de la vida humana desde la concepción y el principio del reconocimiento del derecho a nacer, crecer y educarse en familia con prioridad de la familia de origen..."¹⁵⁶ Lo citado resume nítidamente las particularidades propias de esta rama del Derecho que amerita se examinen con detenimiento los principios generales del derecho que le son privativos, aun cuando participen de las cualidades del gran ámbito al que pertenece esto es el Derecho Privado.

En cuanto al principio general objeto de esta investigación, debe afirmarse que el conocimiento humano, en su permanente evolución y desarrollo, en todas las áreas, y en la ciencia del derecho en particular, suscita una apertura hacia la amplitud y mejoramiento de los sistemas, en la búsqueda incesante de la elevación de la calidad de

¹⁵⁶ MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Los Principios...*, op. cit., pág. 29

vida de los ciudadanos, en el logro de la justicia y el bien común. Esto se vincula obviamente a los avances científicos, tecnológicos, como así también a los cambios colectivos, que abarcan los cambios que se dan en las sociedades domésticas. Las variaciones en las formas de relacionarse que tan claro se están viendo en lo que hoy se llama la “nueva normalidad” impactan notablemente en los modelos familiares. En este sentido, considerar el principio de solidaridad familiar, es un postulado destinado a dar mayor precisión a la interpretación de las normas en los casos y desafíos que se le presenten al operador jurídico contemporáneo, frente a la velocidad de las mutaciones que se generan en esta tercera década del nuevo siglo y las que seguirán produciéndose a futuro.

6. Evocación sumaria del Capítulo

En el presente capítulo se trató el análisis de los principios generales del derecho desde la mirada de la Teoría General del Derecho.

En un primer momento, se realizó una reseña de lo que para esta investigación representan la Filosofía del Derecho y la Ciencia del Derecho, saberes que confluyen y suman sus contenidos disciplinares, los cuales compendia la mencionada Teoría General del Derecho. Se sostuvo también que la visión de ésta, elabora y desarrolla postulados más propios de la ciencia jurídica, aun cuando los saberes se crucen y se enriquezcan mutuamente.

En virtud de ello se recurrió a la autoridad de los principales doctrinarios - científicos del derecho para demostrar la existencia, validez, actualidad, importancia, eficacia que cuentan los principios generales del derecho.

La existencia e importancia de los principios jurídicos queda demostrada ampliamente por el servicio que los mismos le prestan al operador jurídico: “...A pesar de la multiplicidad de concepciones y de la ambigüedad del término, los principios son muy usados por el juez para resolver, por el legislador para legislar, por el jurista para pensar y fundar y por el operador jurídico para actuar. No solo son perennes al devenir del tiempo, sino que su importancia se acrecienta cada vez más. Ante el evidente

desprestigio de la ley producido por la superproducción legislativa, ante el peso abrumador que tienen los digestos y las oscilaciones de la jurisprudencia, ante la multiplicidad de ordenamientos que conviven en el contexto de la globalización del mundo, se postula cada vez más una tarea de simplificación en base a principios...”¹⁵⁷

Su recepción normativa a lo largo de la historia da cuenta de su relevancia y actualidad.

Al adentrarse en el análisis de sus características, se pone de relieve el protagonismo que tienen para el mundo jurídico contemporáneo, pero también las dificultades que presentan: “...Para el funcionamiento del sistema jurídico, el problema central no es tanto el principio como fuente, ni su origen, sino su carácter normativo. Este fenómeno provoca dos cuestiones adicionales: - La primera es que las complejas cuestiones de la filosofía práctica que antes se debatían en el Derecho natural o la historia, hoy están dentro del sistema jurídico. La libertad o la igualdad no ingresan sólo como derechos, sino como complejos problemáticos y obligan a establecer reglas de solución. - La segunda es que aquella nota de simplicidad se ha vuelto relativa frente a la multiplicidad de principios que se pueden encontrar en las fuentes mencionadas...”¹⁵⁸

Cuestión que obliga a una definición, o bien a una toma de posición frente a la obligatoriedad que ellos tienen, y para su discernimiento se recurrió a las posturas doctrinarias de mayor claridad y excelencia.

Para recapitular de algún modo lo que se expuso se retoma lo enseñado por Ricardo Lorenzetti que afirma “... La doctrina actual es coincidente en que los principios son normas. Sin embargo, no es sencillo establecer qué tipo de normas. Algunos autores han adoptado una solución negativa: los principios generales del Derecho comprenden todo el conjunto normativo no formulado de normas, o sea aquel impuesto por la comunidad, que no se manifiesta en forma de ley o de costumbre. Su característica es que no están enunciadas en forma de ley o de costumbre, que no es nuestro tema. Además es insuficiente en el estado actual del Derecho, puesto que, como lo señalamos, muchos principios son positivizados y recibidos expresamente en la ley. La concepción normativista asigna al principio el valor de una norma. Para algunos

¹⁵⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría de la...*, op. cit., pág. 136

¹⁵⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis, *ib.*, pág. 138

autores, los principios condensan los elementos lógicos del ordenamiento. Sin embargo, como bien lo ha señalado Cossio, la lógica provee conocimiento, mientras que los principios se refieren a juicios estimativos que sirven para regular comportamiento. De modo que son normas que tienen una estructura deóntica, ya que establecen juicio de deber ser...”¹⁵⁹ Y continúa el autor sosteniendo que se tratan de mandatos con un contenido sustancial destinado al logro de un valor, por lo cual explica esta definición detallando sus elementos y características singulares, y dice que tienen: “...Carácter normativo: son normas, como lo hemos señalado en el punto anterior. Tienen una estructura deontológica puesto que señalan un deber ser, pero son distintos que las reglas porque éstas pueden ser cumplidas o incumplidas de un modo claro. El principio expresa la orden de cumplir un mandato en la mayor medida posible. – Carácter inacabado: los principios, como su propio nombre lo indica, se oponen a algo acabado, terminado; son ideas germinales. Como tales son normas *prima facie* sin una terminación acabada, y por ello susceptibles de ser completadas. – Carácter valorativo: los principios normas que receptan valores y como tales no pueden ser sino aspiraciones cuyo grado de concreción varía según los sistemas jurídicos, los períodos históricos, y la relación con las reglas. – Carácter excesivo: la aplicación total de lo que dice el principio resulta excesiva, es decir, colisiona con otros principios, otros valores, u otros derechos. En este sentido, el principio es excesivo, expresa demasiado porque es una aspiración, como dice Betti, son criterios de valoración que se caracterizan por una excedencia de contenido deontológico, por ellos hay que medirlo, establecer su relación con otros principios y reglas para llegar a un contenido. – Mandato de optimización: en este sentido debe entenderse que son mandatos, es decir ordenan hacer algo, pero como son *prima facie*, no definen totalmente la conducta, sino que establecen una dirección que debe cumplirse en la mayor medida posible...”¹⁶⁰

Para mayor abundamiento se entendió necesario indagar en otros aspectos y así se avanzó sobre la funcionalidad. La doctrina elaboró una serie de funciones que cumplen los principios jurídicos, destacándose hoy por hoy, la función de interpretación. La interpretación es clave en el presente social, más aun cuando la sociedad está ingresando en lo que se denomina la nueva normalidad, en la que usos y

¹⁵⁹ LORENZETTI, Ricardo, *Teoría ...*, pág. 139

¹⁶⁰ LORENZETTI, Ricardo, *ib*, pág. 139-140

costumbres cambian a ritmo vertiginoso lo que requiere un permanente estado de resiliencia, que incluye una interpretación dinámica, humanitaria y comprometida con los tiempos que corren. Además la entrada en vigencia del CCyCN impone al operador jurídico la elucidación permanente del nuevo texto ya que, como dice la doctrina: “...El nuevo Código Civil presenta una serie de modificaciones de paradigmas en la regulación del Derecho Privado, que generan un cambio de mirada, en algunos aspectos radical...El intérprete no debe limitarse a aplicar las reglas propias del Código sino que tiene que acudir a las restantes fuentes del Derecho y, fundamentalmente a las reglas, principios y valores que consagra la la Constitución Nacional y el bloque de constitucionalidad (art. 1° CCyCN)...”¹⁶¹

Ahora bien en la tarea de interpretar el texto legal en su vínculo con los hechos, se puede encontrar el intérprete con la presencia de dos o más principios jurídicos. Estos pueden concurrir al caso de modo armónico o en un estado de aparente antagonismo. Como ya se señaló, lo principios son muchos. Los autores en general afirman la existencia de principios metajurídicos, principios interiores al ordenamiento, principios que responden al derecho natural y los que pertenecen al derecho positivo. El intérprete se encontrará entonces con principios que han sido recepcionados explícitamente por el legislador –principios codificados- y otros que sin estar explícitamente normados son de deducción dentro del mismo ordenamiento positivo local, y como se dijo aquellos que provienen de lo que algunos llamaron la “naturaleza de las cosas” y otros del derecho natural.

Es unánime la doctrina en afirmar que no hay un número cerrado de principios, y que su existencia es esencialmente dinámica y abierta, por lo que podrían concurrir simultáneamente principios de diverso orden.

Si los principios que concurren a una situación determinada son congruentes, coadyuvan a la decisión y no representan conflicto alguno. Mas si son antagónicos, es decir, dos o más principios cuando se aplican a un caso generan una colisión entre ellos, por ejemplo libertad de expresión – intimidad, el operador jurídico debe, posiblemente, optar. Se ensayaron para ello diversas soluciones: la teoría de la jerarquización, del balanceo, del contenido esencial. En esta investigación se ha puesto de relieve la del “juicio de ponderación”. Esta doctrina es la que enseña que frente a la posibilidad de

¹⁶¹ SAUX, Edgardo Ignacio, *Tratado...*, Coautor del Capítulo: REYNA, Carlos Alejandro, T. I, pág. 188

una controversia se debe ponderar si la misma es real o aparente, si existe la posibilidad de jerarquizar los intereses en juego y a partir de allí armonizar los principios que involucran, es decir formular un juicio de ponderación. La guía de la ponderación se podrá encontrar en los valores jurídicos que están en juego como así también en la lógica interna del ordenamiento jurídico. Siempre teniendo presente que el supuesto conflicto se da en una coyuntura real y concreta, y no en términos no abstractos y generales. Se dejó a salvo que el juicio de ponderación pertenece al área del razonamiento jurídico, y por lo tanto no se trata de una operación antojadiza o subjetiva del operador jurídico, sino que está sujeta a las reglas de dicho razonamiento, reglas que resuenan en el propio sistema jurídico de que se trate.

En el último apartado del capítulo se trató la posibilidad de singularizar los principios generales del derecho conforme las ramas del Derecho que ellos informen. Como se mencionó, los principios jurídicos son numerosos, no conforman un *numerus clausus*, y por el contrario en algún sentido su existencia es dinámica y abierta.

Se observó que desde la concepción iusnaturalista podría decirse que los principios se corresponden con todo el campo jurídico; no obstante ello y para lograr uno de los cometidos más destacados: el de la interpretación, se entiende que es conveniente distinguir, en la medida de lo posible, los principios generales del Derecho Público de los principios generales del Derecho Privado. Se reprodujo un gran listado de principios del Derecho Privado, señalándose como los más destacados los enumerados por el Dr. Saux: la autonomía de la voluntad, el orden público y el equilibrio en las prestaciones. Estos tres principios engloban de modo genérico todos los que luego podrán derivarse en su ámbito. Aun en relación con el tema propio de esta investigación que corresponde al Derecho de Familia, puede verse la relación de estos tres principios del Derecho Privado con el principio de solidaridad familiar, que pertenece obviamente al Derecho Civil. Puede parecer entonces superfluo indagar sobre éste, pero singularizar con precisión y detalle el principio de solidaridad familiar, como así también determinar sus características y fundamentos, es la tarea que a continuación se desarrollará.

A MODO DE COLOFÓN: reflexiones finales de la primera parte

En esta primera parte de la investigación, se profundizó sobre los principios generales del derecho desde dos vertientes: ontológica y científica, lo que amerita la exposición de un cierre de este proceso especulativo.

En el primer capítulo, y de la mano del P. Louis Lachance como maestro de la doctrina aristotélica-tomista seguida, se indagó en profundidad sobre el vínculo existente entre bien, ley y derecho. En el segundo, la concepción de los principios generales del derecho desde la Teoría General del Derecho con sus diversas posiciones doctrinales.

Es menester arribar a una conjunción de los criterios apuntados, armonizar los relatos disciplinares pilares de la continuidad del presente estudio.

Se apuntó que para los científicos los principios generales son mandatos, normas, presentándose la pregunta sobre qué tipo de normas, y se mostraron distintas posiciones.

Las grandes diferencias se vieron en lo que refiere a su origen: si son preceptos del orden natural, metajurídicos, superiores al sistema legal, o mandatos que se encuentran en el interior del conjunto normativo y pueden ser de él deducidos. No obstante, se observó que si bien la diferencia es rotunda, la doctrina entiende, que en el estado actual del desarrollo legislativo, los principios jurídicos supralegales o del derecho natural han sido incorporados a los sistemas jurídicos positivos.

Dicho esto, la preocupación más actual estaría en la posibilidad de conflictos entre principios a aplicar en el caso concreto, y se refirió la importancia del juicio de ponderación.

Se entiende entonces que frente a este supuesto, el intérprete conjugará los saberes ontológicos y científicos, y contemplará, aun sin proponérselo, los conceptos que la filosofía propone.

Este fue el propósito del abordaje de la temática ontológica, en la cual se trató la cuestión metajurídica del derecho natural y ley natural, recordándose que ambos tópicos no son lo mismo: "... Otra imprecisión que sigue perjudicando a la inteligencia del tema es la que se comete cuando no se distingue el derecho natural de la ley, de la cual deriva

como de su causa eficiente y ejemplar. La ley traza el plan de acción: dicta la regla, la norma, su mandato, y cuando es natural, por lo menos en sus elementos más generales, es indeleble e imprescriptible. Por su parte el derecho es lo debido a otro en razón de la ley, en razón de los títulos que ella reconoce. Y el disfrute de esta deuda queda sometido a la libertad y a la prudencia; de modo que si no se tiene el poder de cambiar la ley natural, se tiene cuando menos el de renunciar a un derecho natural por un bien mejor...entre la ley y el derecho natural se vienen a interponer la libertad y la prudencia...”¹⁶²

Al pensar el derecho desde la óptica tomista, se debe mirar a la ley en el sentido más amplio: regla del obrar humano que lo guía hacia el bien común. Y verlo en su relación con la moral, ya que la moral es la disciplina que le enseña al ser humano a guiarse por la razón: el acto humano proviene de la voluntad deliberada, por tanto ley y moral tienen un estrecho vínculo. Ley que en esa relación traza un orden para el grupo que ella rige. Orden, no solo en el sentido de obligatoriedad, sino también de armonía en el hacer, en el hacer individual y colectivo, orden que le da a la conducta sentido de conjunto.

Otro concepto clave que se menciona en la relación ley y derecho, es lo que el P. Lachance enseña con maestría: “...Ahora para poner de manifiesto el proceso psicológico por el cual la ley causa formalmente al derecho, es menester saber que, con respecto al derecho, ley y justicia se corresponden, se reencuentran en la misma materia. La ley traza el orden a establecer, la justicia lo ejecuta, y haciendo esto, realiza el derecho concreto, el derecho vivido. Por tanto, la ley causa al derecho por intermedio de la justicia...”¹⁶³

En el entramado de estas relaciones con más el vínculo con el concepto de bien común, se arribó al concepto de derecho que en sistema tomista es el objeto de la justicia, el débito, lo debido a otro en una medida de igualdad, concepto que hoy resulta de difícil entendimiento y que por ello se lo identifica como derecho objetivo.

Con este osado resumen del primer capítulo, de modo intrépido puede conjugarse lo sostenido por la ciencia, fundamentalmente en lo que refiere al carácter deóntico de los principios generales del derecho. Esto es pensar los principios como

¹⁶² LACHANCE, Louis, *El derecho....*, op. cit., pág. 112-113

¹⁶³ LACHANCE, Louis, *ib.*, pág. 174

“...normas que constituyen mandatos para la realización de un valor en su nivel óptimo...”¹⁶⁴ Realizar valores en su nivel óptimo, es el propósito de la ley, y del derecho, ya que la justicia es el valor supremo al que debe tender todo el sistema. Justicia que se realiza en el logro del bien individual, y en el del bien común.

Entonces al afirmar que “...el principio es un enunciado normativo amplio que permite solucionar un problema y orienta un comportamiento, resuelto en un esquema abstracto a través de un procedimiento de reducción a una unidad la multiplicidad de hechos que ofrece la vida real...”¹⁶⁵ se puede decir que los principios generales del derecho son formulaciones jurídicas que fundados en el valor justicia, se conforman como mandatos para la realización de valores derivados del valor justicia, con sentido de conjunto.

Desde todos estos conceptos se parte para encarar el estudio de un valor en particular: la solidaridad en el ámbito de la familia. Valor que está inmerso en el bien común familiar, propio de la misma naturaleza humana, del ser social del hombre. Valor que se lo puede analizar desde el punto de vista de la metafísica, y que corresponde al mundo de los valores humanos, más allá de cualquier consideración en particular, valores de orden moral –dispositivo- y de orden material –instrumentales. Como así también desde la visión de los factores históricos necesarios para su realización.

El principio de solidaridad familiar, específico de esta investigación, muestra como se unen los elementos de la definición tomista del derecho: el débito, el sujeto al que le es debito y la medida igualdad, el elemento bien común: visceral en la tesis tomista, la obligatoriedad emana de la ley; y lo considerado por la doctrina científica del derecho en relación a sus características fundamentales ya mencionadas y que oportunamente se reiteran: “...Carácter normativo:...Tienen una estructura deontológica puesto que señalan un deber ser, pero son distintos que las reglas... Carácter inacabado:son ideas germinales....Carácter valorativo: los principios son normas que receptan valores y como tales no pueden ser sino aspiraciones cuyo grado de concreción varía según los sistemas jurídicos, los períodos históricos, y la relación con las reglas... Carácter excesivo: ... son criterios de valoración que se caracterizan por una excedencia de contenido deontológico, por ellos hay que medirlo, establecer su

¹⁶⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría...*, op. cit., pág. 139

¹⁶⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis, *ib.*, pág. 138

relación con otros principios y reglas para llegar a un contenido...Mandato de optimización: ordenan hacer algo, pero como son *prima facie*, no definen totalmente la conducta, sino que establecen una dirección que debe cumplirse en la mayor medida posible...”¹⁶⁶

La vida familiar, la dinámica del clan exige que el operador jurídico del Derecho de Familia atraviese la interpretación de la norma provisto de este principio jurídico, con todos sus fundamentos filosóficos y todas sus características científicas.

¹⁶⁶ LORENZETTI, Ricardo, *Teoría ...*, pág. 139-140

SEGUNDA PARTE

Capítulo I

Noción general de solidaridad y de solidaridad familiar

1. Preludio

En la primera parte de esta tesis, la investigación se centró en el estudio de los principios generales del derecho desde la Filosofía, saber a partir del cual se obtuvieron sus fundamentos ontológicos hallados en los postulados aristotélico-tomistas y de la mano de las enseñanzas del P. Lachance. Y se analizaron las razones que demuestran su ser jurídico proporcionadas por la Teoría General del Derecho. Esta perspectiva evidencia que, si bien los principios jurídicos en su alcance más teórico y universal involucran a todo el ordenamiento, es conveniente su división según las distintas ramas, diferenciando así los propios del Derecho Privado de los del Derecho Público.

En virtud de ello, se adhirió también por entender que es la síntesis perfecta de los principios generales del Derecho Privado que lo rigen en todo su entendimiento a lo sostenido por el Dr. Saux, y es oportuno reiterar ya que se trata del prototipo del principalismo: la autonomía de la voluntad, el orden público y el equilibrio en las prestaciones "...el primero de esos principios generales que le son propios y singulares es el de la autonomía de la voluntad, motor primigenio de la gestación de relaciones jurídicas entre particulares. A él le sigue, como pauta limitativa necesaria en su ejercicio –y así lo perfila claramente el artículo 21 del mismo Código Civil argentino- el orden público, "noción tan vaga como fundamental", al decir de Josserand. Y finalmente cierra el elenco –sin que ello implique una pauta limitativa o de numerus clausus- el equilibrio de las prestaciones o de los intereses privados, en el cual la morigeración axiológica de los potenciales desajustes que el libre juego de esa autonomía de la voluntad pudiera generar nace no ya del propio sistema normativo, sino de la activa

participación del juez como figura preponderante en la heterocomposición de los intereses en conflicto...”¹⁶⁷

Podría decirse entonces que no sería necesario agregar algo más ya que el Derecho de Familia forma parte del Derecho Privado, pero se entiende conveniente singularizar la cuestión que abarca esta rama ya que como se sabe: : “... El derecho de familia está integrado por el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones jurídicas familiares. Como estas relaciones conciernen a situaciones generales de las personas en sociedad integran el derecho civil...”¹⁶⁸

Las particularidades que tiene el sustrato fáctico que regula, esto es la familia, imprime especialidad en las normas, y por ende en los principios jurídicos que la rigen. El elegido en esta investigación es el de solidaridad familiar, que se analizará desde distintas ópticas, con el objetivo de demostrar su pertenencia específica a la rama del derecho.

Previo a tratar entonces el objeto de preciso de estudio, resulta necesario comenzar introduciendo el tema desde lo mencionado, su sustrato fáctico: la familia. Es decir, singularizar el objeto, la materia subyacente.

2. Familia y parentesco

La existencia del grupo humano al que se denomina familia es un hecho evidente, una agrupación propia de la naturaleza humana, primera en el orden cronológico donde se inicia la vida humana, y donde luego crece, se educa y se desarrolla la persona.

Desde la noción más básica del término¹⁶⁹, se podría considerar la familia como el conjunto de personas que viven bajo un mismo techo y donde satisfacen sus primeras

¹⁶⁷ SAUX, Edgardo Ignacio, *Estudios...*, op. cit., pág. 11

¹⁶⁸ BOSSERT, Gustavo – ZANNONI, Eduardo A., *Manual de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1999, pág. 8

¹⁶⁹ Se juzga innecesario abundar en la etimología del término familia dado lo reiterado de su tratamiento, por lo que se referencia solamente que algunos, pocos, encuentran su origen en la antigua

necesidades físicas y espirituales, que tienen lazos de parentescos. Esta descripción simple solo dice lo que se puede constatar primariamente del grupo humano al que se denomina familia.

Las definiciones, descripciones, conceptos de familia provienen de distintas áreas del saber, como así también de la autoridad de pensadores, escritores, líderes religiosos. De este modo, San Juan Pablo II en la Exhortación Apostólica *Familiaris Consortio* del año 1981 enseña: "... La familia, fundada y vivificada por el amor, es una comunidad de personas: del hombre y de la mujer esposos, de los padres y de los hijos, de los parientes. Su primer cometido es el de vivir fielmente la realidad de la comunión con el empeño constante de desarrollar una auténtica comunidad de personas..."¹⁷⁰ Y también en *Centesimus Annus*: "...La primera estructura fundamental a favor de la «ecología humana» es la familia, en cuyo seno el hombre recibe las primeras nociones sobre la verdad y el bien; aprende qué quiere decir amar y ser amado, y por consiguiente qué quiere decir en concreto ser una persona. Se entiende aquí la familia fundada en el matrimonio, en el que el don recíproco de sí por parte del hombre y de la mujer crea un ambiente de vida en el cual el niño puede nacer y desarrollar sus potencialidades, hacerse consciente de su dignidad y prepararse a afrontar su destino único e irrepetible. En cambio, sucede con frecuencia que el hombre se siente desanimado a realizar las condiciones auténticas de la reproducción humana y se ve inducido a considerar la propia vida y a sí mismo como un conjunto de sensaciones que hay que experimentar más bien que como una obra a realizar. De aquí nace una falta de libertad que le hace renunciar al compromiso de vincularse de manera estable con otra persona y engendrar hijos, o bien le mueve a considerar a éstos como una de tantas «cosas» que es posible tener o no tener, según los propios gustos, y que se presentan como otras opciones...Hay que volver a considerar la familia como el *santuario de la vida*. En

lengua sánscrita en la palabra *dhaman* (o *dharman*) (lo doméstico, de la casa), pero más adhesión tiene la tesis que deriva de las palabras latinas *famel* (hambre) o bien de *familiam* (conjunto de criados de una persona), *famulum* (criado) -en Roma, la familia era el conjunto de esclavos en propiedad de un mismo dueño, el conjunto de fámulos que dependían del paterfamilias; pero también era el conjunto de personas libres unidas por cierto parentesco.

¹⁷⁰ SAN JUAN PABLO II, *Familiaris Consortio – Exhortación Apostólica*, Roma, 1981, www.vatican.va consultada el 1°/05/2021

efecto, es sagrada: es el ámbito donde la vida, don de Dios, puede ser acogida y protegida de manera adecuada contra los múltiples ataques a que está expuesta, y puede desarrollarse según las exigencias de un auténtico crecimiento humano. Contra la llamada cultura de la muerte, la familia constituye la sede de la cultura de la vida...»¹⁷¹

En lo que concierne a la materia, la doctrina nacional ha expresado distintas nociones de familia, que han respondido a la temporalidad social en la que se expresaron, y se expresan. Hay un desarrollo de la concepción de la familia que acompaña los distintos momentos históricos que transita la humanidad. Muchos estudios pueden encontrarse que con sus propias valoraciones muestran esa dinámica.¹⁷²

¹⁷¹ SAN JUAN PABLO II, *Centesimus Annus - Carta Encíclica*, Roma, 1991, www.vatican.va, consultada el 1°/05/2021

¹⁷² Dice Mauricio L. Mizhari: "...La familia justiniana, tras la evolución verificada en el derecho romano, fue ... la negación o destrucción de la estructura de familia primitiva romana. A partir de aquélla vendrán luego los aportes del derecho canónico y, en la Edad Media, del derecho feudal. Las notas peculiares que se observan durante el dominio de este derecho son el influjo político que recobra la familia –por debilitamiento del Estado– y la supremacía categórica de la Iglesia, que mantuvo sujeta a su disciplina el grueso de las instituciones familiares. Es verdad que la familia medieval es una prolongación de la familia esclavista de la antigüedad, y del derecho que la regula, una vez más, quedará sometido al imperio de la religión dominante..." MIZHARI, MAURICIO LUIS, *Familia, matrimonio y divorcio*, Buenos Aires Editorial Astrea, 1998, pág. 53. Y continúa analizando el desarrollo de la familia en su contexto histórico: "...Modernidad. Revolución Industrial...La familia, institución social por antonomasia que ha servido de modelo a las restantes instituciones sociales, no receptó en la primera fase del individualismo los nuevos valores de la modernidad. Preservó una estructura semifeudal y jerárquica, sin perjuicio de sufrir el impacto emergente de la nueva organización industrial. Con razón se dijo que "el hombre, liberado de la servidumbre en casas ajenas, se hizo amo de la suya"; esto es, se constituyó en el "nuevo jefe de familia" y, como tal, conservó su mayor jerarquía y poder dentro del interior del grupo familiar..." Continúa diciendo: "...La posmodernidad ... Por una parte, denotamos una ruptura con la sociedad disciplinaria y coercitiva estructurada hasta entonces. Tal vez una segunda revolución individualista: el pase del individualismo "limitado" de la modernidad al individualismo "total" de nuestros días. El reemplazo de las reglas disciplinarias permite ingresar en organizaciones más flexibles y abiertas, en las que primaría el orden de la seducción y la persuasión. Es decir, la desreglamentación de los marcos estrictos y el aflojamiento de los controles anunciaría el fin de la estructuración jerarquizada de la sociedad. Estaríamos en la sociedad posindustrial: una organización fundada no en la producción en serie de mercancías, sino primordialmente en el sector de los servicios. Una sociedad regida por

Enseñaba la Dra. Méndez Costa y el Dr. D'Antonio que "...Determinar conceptualmente lo que es la familia ha requerido esfuerzos de los juristas especialmente a partir del siglo pasado, pero las diversas acepciones del vocablo han obstaculizado el logro de una definición acabada. A nuestro parecer el problema deriva de los distintos sentidos en que la palabra es utilizada, ya que, dejando de lado significaciones de menor relevancia o meramente ocasionales las cuales reconocen un origen histórico o legislativo, es de toda notoriedad que por familia usualmente puede comprenderse tanto el grupo primario y celular denominado también familia particular, "pequeña familia", "familia nuclear" o "familia conyugal", a la que preferimos llamar familia-institución, como asimismo al grupo compuesto por individuos que reconocen un vínculo parental, denominado "gran familia" o familia-parentesco..."¹⁷³ De esta definición se destaca la distinción entre "pequeña familia" y la "gran familia", pues como se verá más adelante, a todos sus miembros alcanza el principio de solidaridad, de distintos modos, según los grados de parentesco, y con diferentes variantes de derecho-deber.

sistemas acelerados de consumo, por la preponderancia de la electrónica o de la tecnología sofisticas. Elementos, en suma de reproducción y no de producción...Por otra parte, la profundización del proceso de personalización –un emergente de la modernidad- y el laxismo actual de las sociedades, hace que adquiriera una nueva significación la idea de autonomía del sujeto. Resalta como valor esencial el culto a la realización personal; que cada uno pueda escoger, libre e íntegramente, su modo de existencia, por lo que se aniquilan –diríamos ahora de una manera muy pronunciada- los sentidos únicos; "el posmodernismo aparece como la democratización del hedonismo...". En este contexto social que impacta en el individuo como lo describe el autor, también impacta, en su lectura existencial, en la familia: "...La posmodernidad hizo caer en crisis el estilo de familia conyugal tradicional, de naturaleza patriarcal típica, que existió hasta la primera mitad del siglo XX. Se produce la llamada democratización de la familia nuclear, en la que ya no juega la supremacía indiscutida del padre-marido, un rol puramente doméstico de la madre - mujer, ni tampoco una terminante posición subordinada de los hijos, tras la mayor participación de éstos en la toma de decisiones familiares. Es el reemplazo del modelo jerárquico –fundado en relaciones de subordinación- por el asociativo, de corte igualitario..." MIZHARI, Mauricio Luis, op, cit. pág. 56, 63, 65

¹⁷³ MENDEZ COSTA, María Josefa – D'ANTONIO, Daniel Hugo, *Derecho de Familia*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, Año 1994, T. I, pág. 15-16

Continuando con la conceptualización realizada por estos autores, que consideran un bloque inescindible el formado por las cuestiones referidas a la naturaleza jurídica, la extensión del clan y lo propio del concepto, sostenían "...1) La familia debe ser conceptualizada a través de los distintos sentidos a que el vocablo hace referencia en la realidad social y jurídica, correspondiendo distinguir, dejando de lado acepciones sin mayor trascendencia, la familia institución y la familia parentesco. 2) La familia-institución se compone del grupo primario conformado por el padre, la madre y los hijos no emancipados por matrimonio, siendo los elementos convivencia y sometimiento a la autoridad paterna esenciales integrantes del concepto. 3) La familia-parentesco consiste en el grupo constituido por parientes legítimos sin la presencia de los elementos indicados anteriormente, de naturaleza no institucional. Definimos entonces a la pequeña familia como la institución natural integrada por el padre, la madre y los hijos no emancipados por matrimonio que conviven en el hogar común bajo la autoridad de los padres. En lo que hace a la familia-parentesco la concebimos como el conjunto de personas unidas por un vínculo de parentesco legítimo, sin convivencia ni sujeción a autoridad familiar..."¹⁷⁴ Nótese que estas aseveraciones responden al contexto histórico jurídico en el que se brindaron, no obstante los elementos esenciales se repiten en el contexto actual. Incorporar así el término "legítimo" en la definición del parentesco precisa la definición en los individuos que la ley vigente considera tales.

En un sentido similar se expresaba Belluscio: "...No es posible sentar un concepto preciso de familia, en razón de que se trata de una palabra a la cual pueden asignarse diversas significaciones: una amplia, otra restringida, y aun más, intermedia. ... En el sentido amplio (familia como parentesco) es el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico de orden familiar. Comprendería, según Fassi, al "conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales del cónyuge, que reciben la denominación de "parientes por afinidad"; a esa enunciación habría que agregar al propio cónyuge, que no es un pariente. Desde este punto de vista, cada individuo es el centro de una familia, diferente según la persona a quien se refiera...El expresado sentido de la familia es que reviste importancia jurídica, puesto que las relaciones a que da lugar son las reguladas por el derecho de familia ...En el sentido más restringido, la familia comprende sólo el núcleo paterno - filial –denominado también "familia

¹⁷⁴ MENDEZ COSTA, María Josefa – D'ANTONIO, Daniel Hugo, op. cit., pág. 18-19

conyugal” o “pequeña familia”- es decir la agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que viven con ellos o que están bajo su potestad. A diferencia de la familia en sentido amplio, definida por la existencia de relaciones jurídicas familiares y que determina el campo del derecho de familia, la familia en sentido restringido asume mayor importancia social que jurídica. Es el núcleo más limitado de la organización social y el que ha merecido la atención de numerosos textos constitucionales del siglo XX, que tiende a imponer al Estado su defensa o protección. La contempla también el art. 14 Bis de la Constitución argentina, introducido en 1957, según el cual “la ley establece...la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”...En el concepto intermedio, familia es el grupo social integrado por las gentes que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella. En éste es el sentido de la familia romana, por lo menos en la primera etapa del derecho histórico. Como supervivencia de la época romana, y también como reflejo de la ampliación de la esfera de la autonomía de la familia que acompaña al debilitamiento del Estado en la Edad Media, aparece de nuevo este concepto en la definición de las Partidas, que entiende por familia “*el señor della, e todos los que biuen so el, sobre quien ha mandamiento, assi como los fijo e los sirvientes e los otros criados*” (Partida VII, tít. XXXIII, ley 6°)...¹⁷⁵ Nuevamente se observa el carácter historicista de la definición, y aparecen las figuras de la “pequeña familia”: la nuclear, la formada por los padres y los hijos bajo su potestad, y la “gran familia”: el parentesco. Pero el autor advierte también la existencia de un grupo que llama la “familia intermedia”, que sería una suerte de sociedad doméstica de gentes que conviven bajo un mismo techo y bajo la autoridad del señor de la casa, copia de la familia romana. Otra vez, se ve la cuestión temporal como elemento transversal de estos formatos. Y es que en su momento esta “familia intermedia”, por ello lo menciona, el antiguo Código de Vélez le otorgaba el derecho de uso y habitación, así el art. 2953 del Código derogado decía: “El uso y habitación se limitan a las necesidades personales del usuario, o del habitador y su familia, según su condición social. La familia comprende la mujer y los hijos legítimos y naturales, tanto los que existan al momento de la constitución, como los que naciesen después, el número de sirvientes necesarios, y

¹⁷⁵ BELLUSCIO, Augusto César, *Manual de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 7° edición, 2002, T. I, pág. 4-6

además las personas que a la fecha de constitución del uso o de la habitación, vivían con el usuario o habitador, y las personas a quienes éstos deban alimentos.”¹⁷⁶

Siguiendo al mismo autor, se puede observar el tema de la naturaleza jurídica de la familia, e indagar si es posible considerarla un persona jurídica, que no lo es, sostiene, ya que no le es posible ser titular de derechos ni contraer obligaciones; se pregunta también si es un organismo jurídico, una organización de caracteres jurídicos similares a los del estado, pero la doctrina, dice, rechaza esta postura; y finalmente si es una “institución” que con diversas definiciones muchos han adherido, pero no de manera unánime, y concluye: “... una familia es una unión o asociación de personas, pero la familia es una institución de que se vale la sociedad para regular la procreación, la educación de los hijos y la trasmisión por herencia de la propiedad...”¹⁷⁷

Otro parte de la doctrina, también fue coincidente en señalar los aspectos y diferencias de la familia nuclear y del parentesco, como así también la importancia que revisten esas distinciones en los distintos ámbitos disciplinares, tanto en lo teórico como en lo práctico: “...Desde una perspectiva sociológica, la familia es una institución permanente que está integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco. Este concepto, que desde un punto de vista sociológico, permite señalar qué es la familia, tal como aparece en cualquier sociedad, admite a su vez dos acepciones de distinta extensión. El concepto que hemos enunciado permite aludir sin límites a la familia integrada por todos los individuos vinculados por el matrimonio y el parentesco. Sin embargo, la sociología se interesa

¹⁷⁶ El artículo vigente expresa: “Art. 2154: Concepto. El uso es el derecho real que consiste en usar y gozar de una cosa ajena, su parte material o indivisa, en la extensión y con los límites establecido en el título, sin alterar su substancia. Si el título no establece la extensión del uso y goce se entiende que se constituye un usufructo. El derecho real de uso sólo puede constituirse a favor de persona humana”. La doctrina entiende que se trata del usuario y su familia, pero con la noción de familia obviamente interpretada “...a la luz de las disposiciones que emergen del Libro Segundo, Relaciones de familia (Títulos I y III), de donde surge que el concepto de familia es más amplio que el previsto por el código derogado, pues abarca a los contrayentes o convivientes de distinto o igual sexo, a los hijos bilaterales, unilaterales y adoptivos, como así también a los familiares por línea ascendente y descendente, colaterales y por afinidad que estuvieran a cargo del usuario...” LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil...*, op. cit., Comentado por: MALIZIA, Roberto, T. IX, pág. 799

¹⁷⁷ BELLUSCIO, Augusto César, op. cit., pág 12

primordialmente por el estudio de la familia nuclear, es decir, la integrada por el padre, la madre y los hijos, cuando están bajo la esfera de la autoridad de los progenitores, por edad y por convivencia. Es en relación a esta familia nuclear que se efectúan análisis destinados a formular planes de alcance y beneficio social, ya que es ese grupo familiar, sociológicamente hablando, el verdadero núcleo de la sociedad al que se alude cuando se hace referencia a la familia. De manera equivalente, es posible señalar dos conceptos, de distinta extensión, al aludir desde la perspectiva jurídica a la familia. En un sentido amplio, la familia está formada por todos los individuos unidos por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco. Es decir, en primer lugar, y en la medida en que, como el concubinato no produce efectos jurídicos familiares por sí mismos, es necesario aludir a los vínculos que derivan del matrimonio y no de la mera unión intersexual; además, en la filiación quedan comprendidas la biológica, o por naturaleza, y la adoptiva. En cuanto a la extensión de la familia así definida, surge del mismo concepto, ya que habrá vínculos jurídicos familiares entre determinados sujetos cuando existan derechos subjetivos familiares entre ellos. Así, no podremos hablar de límites en la relación de ascendientes y descendientes, pues no hay límites de grado para heredarse, o para pedir alimentos...¹⁷⁸ Nótese también acá la línea temporal.

Estos destacados juristas nacionales, se preguntaron también sobre la naturaleza jurídica de la familia, y concluyeron que si bien para la sociología es una institución social, para el mundo jurídico carece de sentido descubrir una naturaleza jurídica específica.

Luego de esta breve síntesis que atañe a la concepción de la familia por parte de la doctrina nacional de la historia jurídica más reciente, es menester arribar al plano actual, a la conceptualización que hoy con la nueva legislación civil ha de realizarse. En este sentido y sin dudas la palabra de mayor autoridad es la de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, quien enseña: "...Ciertamente, la familia tiene origen en un hecho biológico. Así, por ejemplo, los lazos biológicos que unen a un niño y sus padres son innegables; esos vínculos son independientes de las formas institucionales y traducen una realidad que no se puede ignorar. Pero esos lazos biológicos que unen a cada niño con su padre y su madre están condicionados por la cultura de cada sociedad. Por eso, el concepto

¹⁷⁸ BOSSERT, Gustavo A. – ZANNONI, Eduardo A., op. cit., pág. 5-6

jurídico de filiación, al igual que el de familia y el de matrimonio, no está atado a la “naturaleza” sino que depende de las poblaciones, las filosofías políticas, las creencias religiosas, los modos de vida, etc. El concepto jurídico de familia es, pues, un dato cultural. En otras palabras, aunque distintas formas familiares han existido y existen en todos los pueblos y en todas las épocas, el concepto de familia, como el de matrimonio y el de filiación es una creación “cultural”, no “natural” o “esencial” y, por lo tanto, cambiante. Esta posición favorece el libre intercambio de ideas sin falsear la realidad; bien decía Stuart Mill que “apelar a la naturaleza” es, con frecuencia, fuente de “pruebas falsas, filosofía falsa, moralidad falsa e incluso malas leyes”; “la apelación al statu quo y a lo supuestamente natural tiene un poder tan grande sobre nuestras mentes que muy raramente consideramos las malas consecuencias de seguir haciendo lo que hacemos...Carbonier enseñó que “la familia, la propiedad y el contrato son los tres pilares del orden jurídico capaces de contener, a su sombra los sistemas económicos y políticos diversos”. Pues bien, resultan paradójicas que siendo un pilar, la primera dificultad jurídica consiste precisamente, en definir la familia; quizás es por ese obstáculo que los tratados de derechos humanos, las constituciones, las leyes, no contienen definiciones. La omisión, sin embargo, tiene tres aspectos positivos: en primer lugar, autoriza a sostener que el orden constitucional y supra constitucional admite diversos tipos o modelos de familia, en segundo lugar, permite al derecho adaptarse a las nuevas realidades; finalmente, evita discusiones interminables, como sucedió en Italia, en torno al debate generado por el artículo 29 de la Constitución. Lo cierto es que la familia tradicional, estática, casi inmutable, dio paso a una noción más dinámica y cambiante, mucho menos estable y plural. Ha cambiado, pues, un pasaje de la familia (modelo único, tipo) a las familias. Se trata de una evolución inevitable con el cambio de las costumbres, aunque hay que reconocer que “las nuevas organizaciones no son nuevas; nuevo es el registro de lo que existía omitido, silenciado o negado...”^{179 180}

¹⁷⁹ KEMELMAJER de CARLUCCI, Aida - HERRERA, Marisa - LLOVERAS, Nora, *Tratado de Derecho de Familia* – Según el Código Civil y Comercial de 2014, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 2014, Autora: KEMELMAJER de CARLUCCI, Aida, T. 1 pág. 41 a 43

¹⁸⁰ En igual sentido se expresa Daniel Angel Borrillo: “...La familia es una construcción social. Las diversas formas que ha ido adoptando a lo largo de la historia, hace que debamos utilizar el término plural (familias) para, de este modo, expresar la ausencia de un modelo único. El incremento del número de

Más allá de disentir en el menoscabo a la naturaleza, naturaleza humana que acompaña necesariamente la creación cultural, es también necesario reconocer que sociológicamente existen diversos formatos de familia, hoy por hoy, y que el ordenamiento jurídico debe atenderlos a todos, aun a costa de legislar sobre los ingeniosos recursos humanos para huir del miedo al faltante. De este modo la norma debe considerar otros formatos, que si bien algunos lo ven como mayoritarios, en verdad no lo sean: “...La tradicional familia nuclear compuesta por una pareja heterosexual con hijos biológicamente emparentados está ahora en minoría. Por el contrario, un número creciente de niños es educado por progenitores que conviven sin casarse, un padre o una madre sin pareja, padrastros y madrastras o progenitores del mismo sexo, y muchos de esos niños entran y salen de estas estructuras familiares diversas a medida que crecen. Lo más notable es que hoy en día es posible que un niño tenga hasta cinco «progenitores» en lugar de los dos habituales. Dichos progenitores pueden incluir una donante de óvulo, un donante de semen, una gestante subrogada (que lleva adelante el embarazo) y los dos progenitores sociales a quienes el niño llama papá y mamá. Los años recientes han contemplado también la emergencia de acuerdos de coparentalidad, por los que un hombre y una mujer que no mantienen una relación entre sí –que pueden vivir en diferentes casas o pueden haberse conocido por internet con el solo propósito de ser padres– crían un niño juntos...”¹⁸¹ Estas familias modernas,

parejas de hecho, el uso corriente del divorcio, la multiplicación de las parejas que optan por la unión civil, las familias recompuestas, monoparentales u homoparentales, así como los hijos nacidos fuera del matrimonio, han hecho de la familia una realidad compleja y diversa. En cambio, en singular, en tanto que ideal de organización de la vida privada, la familia se impone a menudo como algo obvio, pese a los dispares contornos que esta institución adhiere en la vida real. En las manifestaciones contra el matrimonio entre personas del mismo sexo en Francia podía leerse en las pancartas un concreto número de eslóganes que subrayaban el supuesto carácter natural de los vínculos familiares...”: KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, BORRILLO, Daniel Angel y FLORES RODRIGUEZ, Jesús, *Nuevos desafíos del derecho de familia*, , Santa Fe, Rubinzal y Culzoni Editores, 2014, Autor: BORRILLO, Daniel Angel pág. 20

¹⁸¹ GOLOMBOK, Susan, *Familias modernas: padres e hijos en las nuevas formas de familia*, Madrid, Spain, Siglo XXI de España Editores S.A., 2016, Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/sibuca/47599?page=16>, fecha de consulta: 15/05/2021

sumadas a la tradicional familiar nuclear, generan lazos entre sus miembros que la ley civil debe tener presente.

Y no sólo si se detiene la mirada en la quita de derechos humanos que la legislación podría generar en su omisión, sino también, en la contracara, es decir, en la liberación injusta de deberes familiares que hacen al todo que constituye la solidaridad en la nueva visión ampliada de las familias que en esta segunda y tercera década del segundo milenio la codificación argentina ha receptado. Es decir, pensar solamente en una familia fundada únicamente en el matrimonio y nacida de formas solemnes, como así también dependiente económicamente y comunitariamente del poder del padre, es imposible de sostener y se verifica con la sola observación de la realidad. Las personas haciendo uso de la autonomía de la voluntad, y en la adaptación a los cambios sociales, van dando forma a sus uniones familiares, y generando así derechos y deberes, que la ley debe integrar para mantener, como se sostenía al inicio del capítulo el “equilibrio en las prestaciones” y establecer un “orden público” que armonice la comunidad en la que se aplica.

Esto conduce directamente al análisis de la solidaridad familiar, principio que engloba estos aspectos, con la singularidad que le da su ámbito de aplicación la familia, que en sus diversos formatos exigen una mirada detallista jurídicamente hablando, y observando los vínculos más cercanos –los que se llamaron “la pequeña familia”- y los más extendidos, los del parentesco –la “gran familia”.

3. La solidaridad en general para el Derecho Privado: ¿De qué hablamos cuando hablamos de solidaridad?

En el mundo jurídico se habla de solidaridad en el derecho privado, en el derecho societario, en el campo del derecho previsional o de la seguridad social, en el derecho constitucional, en el derecho tributario, en el derecho laboral, en el derecho concursal. La solidaridad es un elemento transversal a todo el ordenamiento jurídico.

Para la lengua castellana, la solidaridad es "...la adhesión circunstancial a la causa o empresa de otros – Der. Modo de derecho u obligación *in solidum*..."¹⁸². Así en un sentido se puede decir que es la relación cordial y afectuosa entre personas, el compañerismo, la fraternidad, la amistad, la camaradería. También se habla de solidaridad cuando se apoya una causa o idea. Y al hablar de cuestiones humanitarias, altruistas, filantrópicas, es utilizado el término solidaridad.

En su acepción correspondiente al mundo jurídico se encuentra relacionada con el latinismo *in solidum*: "...por entero, por el todo. U. más para expresar la facultad u obligación que, siendo común a dos o más personas, puede ejercerse o debe cumplirse por entero por cada una de ellas. Juan y Pedro son deudores *in solidum*..."¹⁸³ Así, en cita del Art. 827 del CCyCN - Comentado, el comentarista menciona: "...AMEAL, en Belluscio y Zannoni, ob cit p. 299, parág. 1, dice que la palabra solidario, según Planiol y Ripert, procede etimológicamente de *solidum*, que expresa la idea de totalidad, cosa entera, no partida; solidaridad implica al decir de Josserand, "obligación al todo"..."¹⁸⁴

Dice el art. 827 CCyCN: "Concepto. Hay solidaridad en las obligaciones con pluralidad de sujetos y originadas en una causa única cuando, en razón del título constitutivo o de la ley, su cumplimiento total puede exigirse a cualquiera de los deudores, por cualquiera de los acreedores". Puede observarse claramente la identificación entre solidaridad y unidad: "...Se debe destacar que la pluralidad de causas generadoras de la obligación es incompatible con la idea de solidaridad y conduce inexorablemente a la existencia de varias obligaciones distintas...Los elementos de la figura son la pluralidad de sujetos, la causa fuente única, la unidad de objetos, y la pluralidad de vínculos. Estos vínculos tienen una particular estructura que los presenta coligados o concentrados y que infunden a la obligación una estructura unitaria, que produce que lo que suceda a uno de los vínculos se propague en principio a los demás vínculos paralelos. Es carácter específico y a la vez efecto principal de las

¹⁸² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª ed., [versión 23.4 en línea]. <<https://dle.rae.es>, consultado el: 17/05/2021

¹⁸³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, op. cit., consultado el: 17/05/2021

¹⁸⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial...*, op. cit., comentado por: SILVESTRE, Norma Olga, T.V. pág. 285-286. Se trae a colación la cita, pues brevemente referencia varios doctrinarios que coinciden en el significado de la expresión tan apropiado para el campo en investigación.

obligaciones solidarias es que cada coacreedor puede demandar a cada deudor el cumplimiento total del objeto debido, con prescindencia de su carácter divisible o indivisible. Al mismo tiempo el pago efectuado por un codeudor extingue totalmente la obligación...”¹⁸⁵ Este tipo de obligaciones solidarias del Derecho Privado son excepcionales –la regla es el fraccionamiento- deben estar explícitamente legisladas o asumidas por la voluntad de las partes. Así, “... La solidaridad legal surge de normas existentes en mismo Código y en leyes especiales. Son algunos casos: -Varias personas que participan en la producción del daño que tiene una causa única (art. 1751), ejemplo: delitos y cuasidelitos. –Responsabilidad de los padres por los daños causados por los hijos menores (art. 1754). –Responsabilidad de los tutores y curadores por los daños causados por las personas que están a su cargo (art. 1756). –Los dueños y ocupantes de un edificio, por cosas suspendidas y arrojadas (art. 1760). – Los gestores que asumen conjuntamente un negocio ajeno (art. 1788). –Titulares de cuenta corriente bancaria a la orden de dos o más personas (art. 1399). –Participantes de las agrupaciones de colaboración, por las obligaciones que sus representantes asuman en nombre de la misma (art. 1459). –Consortio de cooperación, en caso de que no se haya establecido la proporción en que cada uno responde (art. 1477). –Obligaciones del deudor principal y fiador principal pagador (art. 1591).- Los participantes de la venta de un fondo de comercio (intermediario, comprador y vendedor) por las omisiones y transgresiones a los establecido en la le 11.867. –Los integrantes de la cadena de comercialización en un contrato de consumo (art. 40, ley 24.240)...”¹⁸⁶

Lo significativo del término para el Derecho Civil se encuentra en la unidad de deberes frente a una causa, un hecho, o viceversa, unidad de acreencias.

Se podría agregar para mejor comprensión lo que atañe a las personas jurídicas en el Artículo 144 del CCyCN, que dice: “Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados. Lo dispuesto se aplica sin afectar

¹⁸⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial...*, op. cit. T. V. pág. 285

¹⁸⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis, *ib.*, T. V, pág. 285-287

los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados”. En el art. 148 del CCyCN se especifican cuáles son esas personas jurídicas: “Personas jurídicas privadas. Son personas jurídicas privadas: a. las sociedades; b. las asociaciones civiles; c. las simples asociaciones; d. las fundaciones; e. las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas; f. las mutuales; g. las cooperativas; h. el consorcio de propiedad horizontal; i. toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento”. Nuevamente la solidaridad como deber de responsabilidad, en este caso, el legislador lo hizo considerando la unidad de persona jurídica y personas humanas.

En resumen y expresándolo brevemente, el derecho civil entiende la solidaridad con los componentes de unidad, totalidad, tanto en relación a la obligación como a la acreencia.

Claro está que el ámbito al que se refiere esta tesis es más específico, ya que trata del Derecho de Familia, cuestión entonces que conduce a investigar la apreciación de la solidaridad que se formula en otros ámbitos, a fin de enriquecer la perspectiva y establecer el pilar del principalismo a demostrar.

4. El tratamiento de la solidaridad en la Doctrina Social y Magisterio de la Iglesia Católica

Otro gran campo del saber universal, y diferente del mundo jurídico, lo brinda una voz de autoridad en materia social a lo largo de la historia, es la de los Papas de la Iglesia Católica, Apostólica y Romana, que a través de sus alocuciones, exhortaciones apostólicas y otros medios de expresión conforman lo que se llama la Doctrina Social y el Magisterio de la Iglesia Católica: “...Desde el origen mismo del Cristianismo, la Iglesia ha venido desarrollando una labor constante por el reconocimiento de los derechos humanos fundamentales y por asegurar la vigencia práctica de los mismos en los países a través de los cuales ha ido extendiendo su influencia benéfica. La dimensión

social de su apostolado se ha traducido progresivamente en tantas iniciativas e instituciones, que ninguna otra institución humana podría jactarse de haber realizado obra semejante...”¹⁸⁷ Esta autoridad interpela no solo a los cristianos, sino a todas las personas que se introducen seriamente en sus enseñanzas. Y es que en las denominadas Encíclicas Sociales “...los Papas de los últimos tiempos, especialmente a partir de León XIII, elaboraron un cuerpo doctrinal sin parangón alguno en la historia humana. En él se contienen los principios rectores de todo orden social auténticamente humano, tanto en lo económico, en lo social, lo político y lo cultural. Principios esenciales que, a manera de estructura arquitectónica deben configurar todo el orden de las relaciones humanas en sociedad...”¹⁸⁸

Una clarificadora demostración de lo que tratan estos documentos lo enseña el Pontificio Consejo “Justicia y Paz”: “... La doctrina social de la Iglesia no ha sido pensada desde el principio como un sistema orgánico, sino que se ha formado en el curso del tiempo, a través de las numerosas intervenciones del Magisterio sobre temas sociales. Esta génesis explica el hecho de que hayan podido darse algunas oscilaciones acerca de la naturaleza, el método y la estructura epistemológica de la doctrina social de la Iglesia. Una clarificación decisiva en este sentido la encontramos, precedida por una significativa indicación en la *Laborem exercens*, en la encíclica «*Sollicitudo rei socialis*»: la doctrina social de la Iglesia «no pertenece al ámbito de la ideología, sino al de la *teología* y especialmente de la teología moral. No se puede definir según parámetros socioeconómicos. No es un sistema ideológico o pragmático, que tiende a definir y componer las relaciones económicas, políticas y sociales, sino una categoría propia: es «la cuidadosa formulación del resultado de una atenta reflexión sobre las complejas realidades de la vida del hombre en la sociedad y en el contexto internacional, a la luz de la fe y de la tradición eclesial...”¹⁸⁹

Esta definición delimita el campo específico de su materia, que al abordar el área de la moralidad torna imperativo cotejar las manifestaciones del Magisterio sobre

¹⁸⁷ SACHERI, Carlos A., *El orden natural*, Buenos Aires, Ediciones del Cruzamante, 5° ed., 1980, pág. 1

¹⁸⁸ SACHERI, Carlos A., op. cit., pág. 13-14

¹⁸⁹ PONTIFICIO CONSEJO “JUSTICIA Y PAZ”, *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*, 2004, www.vatican.va, Consultado: 27/05/2021

solidaridad, en particular de los últimos Papas, que han demostrado un compromiso humanitario único.

Un compendio de esas instrucciones se encuentra en el Catecismo de la Iglesia Católica, desde la perspectiva de la persona humana como ser social "...que necesita la vida social. Esta no constituye algo sobre añadido sino una exigencia de su naturaleza. Por el intercambio con otros, la reciprocidad de servicios y el diálogo con sus hermanos, el hombre desarrolla sus capacidades..."¹⁹⁰, por ende entiende la solidaridad humana como un requerimiento de la sociabilidad. En palmaria apreciación dice: "...El principio de solidaridad, expresado también con el nombre de "amistad" o "caridad social", es una exigencia directa de la fraternidad humana y cristiana... La solidaridad se manifiesta en primer lugar en la distribución de bienes y la remuneración del trabajo. Supone también el esfuerzo en favor de un orden social más justo en el que las tensiones puedan ser mejor resueltas, y donde los conflictos encuentren más fácilmente su solución negociada... Los problemas socioeconómicos sólo pueden ser resueltos con la ayuda de todas las formas de solidaridad: solidaridad de los pobres entre sí, de los ricos y los pobres, de los trabajadores entre sí, de los empresarios y los empleados, solidaridad entre las naciones y entre los pueblos. La solidaridad internacional es una exigencia del orden moral. En buena medida, la paz del mundo depende de ella..."¹⁹¹ Esta visión de la solidaridad responde a la realidad del mundo contemporáneo, a la sociedad en su conjunto. El Magisterio en innumerables documentos y alocuciones ha manifestado su gran preocupación por el crecimiento de las desigualdades entre países; a la par que aumentan de modo vertiginosos las vías de comunicación y de información, con la posibilidad de relacionar a tantas personas en cualquier sitio del mundo, aun desconocidas, las situaciones de injusticia y de menoscabo de derechos no ha disminuido. Y entre otros preceptos, encuentra en la solidaridad social en todos sus aspectos una herramienta para superar estas situaciones de inequidad a escala global, pues considera que hoy más que nunca existe un conciencia difundida del vínculo e interdependencia entre pueblos y hombres y mujeres, en todos los niveles, conciencia de interdependencia humana favorecida por el desarrollo extraordinario de los medios

¹⁹⁰ CATECISMO DE LA IGLESIA CATÓLICA, Colombia, Ed. Librería Juan Pablo II, 1992, pág. 422

¹⁹¹ CATECISMO DE LA IGLESIA CATÓLICA, op. cit., pág. 433

informáticos pero que sin el desarrollo a la par en el plano ético-social, puede generar graves consecuencias negativas para la humanidad.

Lo sostuvo también San Juan Pablo II en su Encíclica *Sollicitudo rei socialis* (del año 1987), en el texto en que trata la conciencia de dignidad de hombres y mujeres, y como contribuyó positivamente a esa toma de conciencia la Declaración de los Derechos del Hombre, señala: "...Al mismo tiempo, en este mundo dividido y turbado por toda clase de conflictos, aumenta la convicción de una radical interdependencia, y por consiguiente, de una solidaridad necesaria, que la asuma y traduzca en el plano moral. Hoy quizás más que antes, los hombres se dan cuenta de tener un destino común que construir juntos, si se quiere evitar la catástrofe para todos. Desde el fondo de la angustia, del miedo y de los fenómenos de evasión como la droga, típicos del mundo contemporáneo, emerge la idea de que el bien, al cual estamos llamados todos, y la felicidad a la que aspiramos no se obtienen sin el esfuerzo y el empeño de todos sin excepción, con la consiguiente renuncia al propio egoísmo..."¹⁹². Más adelante, define: "... Ante todo se trata de la interdependencia, percibida como sistema determinante de relaciones en el mundo actual, en sus aspectos económico, cultural, político y religioso, y asumida como categoría moral. Cuando la interdependencia es reconocida así, su correspondiente respuesta, como actitud moral y social, y como « virtud », es la solidaridad. Esta no es, pues, un sentimiento superficial por los males de tantas personas, cercanas o lejanas. Al contrario, es la determinación firme y perseverante de empeñarse por el bien común; es decir, por el bien de todos y cada uno, para que todos seamos verdaderamente responsables de todos..."¹⁹³

Concepción que nuevamente trata en la Encíclica *Centesimus annus* (de 1991): "...De esta manera el principio que hoy llamamos de solidaridad y cuya validez, ya sea en el orden interno de cada nación, ya sea en el orden internacional, he recordado en la *Sollicitudo rei socialis*..., se demuestra como uno de los principios básicos de la concepción cristiana de la organización social y política. León XIII lo enuncia varias veces con el nombre de «amistad», que encontramos ya en la filosofía griega; por Pío XI es designado con la expresión no menos significativa de «caridad social», mientras

¹⁹² SAN JUAN PABLO II, *Sollicitudo rei socialis* - Carta Encíclica, www.vatican.va, consultada el 25/05/2021

¹⁹³ SAN JUAN PABLO II, op. cit., consultada el 25/05/2021

que Pablo VI, ampliando el concepto, de conformidad con las actuales y múltiples dimensiones de la cuestión social, hablaba de civilización del amor...»¹⁹⁴ Se dejan ver palabras cargadas de significado, de sentido: amistad, caridad social, que, siempre hablando a nivel comunitario, caracterizan el llamado principio de solidaridad social por el Magisterio de la Iglesia.

Más recientemente, S.S. el Papa Francisco se refirió así sobre el valor de la solidaridad en su admirable Carta Encíclica *Fratelli Tutti* (octubre de 2020): “...Quiero destacar la solidaridad, que «como virtud moral y actitud social, fruto de la conversión personal.... En estos momentos donde todo parece diluirse y perder consistencia, nos hace bien apelar a la solidez que surge de sabernos responsables de la fragilidad de los demás buscando un destino común. La solidaridad se expresa concretamente en el servicio, que puede asumir formas muy diversas de hacerse cargo de los demás. El servicio es «en gran parte, cuidar la fragilidad. Servir significa cuidar a los frágiles de nuestras familias, de nuestra sociedad, de nuestro pueblo». En esta tarea cada uno es capaz de «dejar de lado sus búsquedas, afanes, deseos de omnipotencia ante la mirada concreta de los más frágiles. [...] El servicio siempre mira el rostro del hermano, toca su carne, siente su proximidad y hasta en algunos casos la “padece” y busca la promoción del hermano. Por eso nunca el servicio es ideológico, ya que no se sirve a ideas, sino que se sirve a personas»...»¹⁹⁵¹⁹⁶

¹⁹⁴ JUAN PABLO II; *Sollicitudo rei socialis ...*, op. cit., consultada el 28/05/2021

¹⁹⁵ SUMO PONTÍFICE FRANCISCO, *Fratelli tutti...*, op. cit., consultada el 13/05/2021

¹⁹⁶ Conmina destacar el contexto temporal que el mismo Papa enuncia al inicio de *Fratelli tutti*: “...Asimismo, cuando estaba redactando esta carta, irrumpió de manera inesperada la pandemia de Covid-19 que dejó al descubierto nuestras falsas seguridades. Más allá de las diversas respuestas que dieron los distintos países, se evidenció la incapacidad de actuar conjuntamente. A pesar de estar hiperconectados, existía una fragmentación que volvía más difícil resolver los problemas que nos afectan a todos. Si alguien cree que sólo se trataba de hacer funcionar mejor lo que ya hacíamos, o que el único mensaje es que debemos mejorar los sistemas y las reglas ya existentes, está negando la realidad... Anhele que en esta época que nos toca vivir, reconociendo la dignidad de cada persona humana, podamos hacer renacer entre todos un deseo mundial de hermandad. Entre todos: «He ahí un hermoso secreto para soñar y hacer de nuestra vida una hermosa aventura. Nadie puede pelear la vida aisladamente. [...] Se necesita una comunidad que nos sostenga, que nos ayude y en la que nos ayudemos unos a otros a mirar hacia delante. ¡Qué importante es soñar juntos! [...] Solos se corre el

Es interesante señalar que el Papa Francisco en la nota 88 de la Encíclica menciona que "...la solidez está en la raíz etimológica de la palabra solidaridad. La solidaridad, en el significado ético-político que esta ha asumido en los últimos dos siglos, da lugar a una construcción social segura y firme..."¹⁹⁷ Una vez más aparece "lo sólido" en relación a la solidaridad, como ya se mencionó al tratar las obligaciones *in solidum* del Derecho Privado, y como más adelante se discurrirá sobre la solidaridad en la familia. Además, marca otros aspectos de la solidaridad: el servicio, el cuidado de los frágiles de la familia.

Esta ilustración que ofrecen los documentos papales, enriquece humanitariamente el concepto de solidaridad, y aun cuando refiera específicamente a la sociedad humana en general, se puede trasladar sin inconvenientes a la comunidad familiar.

5. La solidaridad en la sociedad: una mirada desde otros campos del saber

La idea de solidaridad remite a lo comunitario por excelencia, como ya se pudo observar, de modo que tratarlo en el ámbito de lo social y acudiendo a otras áreas del saber, al igual que lo ya realizado con el Magisterio de la Iglesia, confiere la capacidad de lograr más agudeza en la aprehensión de su concepto.

Por tratarse de la materia social, es lógico recurrir a la sociología (ciencia que estudia las interacciones sociales). Son numerosos los estudiosos del área, por lo que se cree apropiado acudir a quien trató por vez primera la cuestión de la solidaridad: el sociólogo francés Émile Durkheim¹⁹⁸, considerado universalmente junto a Auguste

riesgo de tener espejismos, en los que ves lo que no hay; los sueños se construyen juntos»... Soñemos como una única humanidad, como caminantes de la misma carne humana, como hijos de esta misma tierra que nos cobija a todos, cada uno con la riqueza de su fe o de sus convicciones, cada uno con su propia voz, todos hermanos..." SUMO PONTÍFICE FRANCISCO, *Fratelli...*, op. cit.

¹⁹⁷ SUMO PONTÍFICE FRANCISCO, ib.

¹⁹⁸ "...Émile Durkheim (1858-1917) profesor de ética y filosofía hasta que en 1913 ocupa la primera cátedra de sociología en la Sorbona de París. Influyó poderosamente en los sociólogos coetáneos a

Comte y Max Weber, uno de los padres de la sociología contemporánea. Durkheim ha sido conceptualizado como un pensador clásico y sus formulaciones continúan ilustrando el saber, claro está desde otro punto diverso a los ya apuntados.

La obra de Durkheim es extensa, más puntualmente habla de la solidaridad en la que fuera su tesis doctoral titulada: “La división del trabajo social”. En dicha obra sostuvo que la sociedad moderna mantiene la cohesión debido a la solidaridad, entendiéndola como hecho moral. Y consideró que hay dos tipos: la solidaridad mecánica y la solidaridad orgánica. Dicho de manera elemental, la primera, la solidaridad mecánica, es aquella que se presenta en comunidades rurales, en la familia, en grupos de mejores amigos, donde las relaciones y la comunicación son directas; la otra, la orgánica, es la que se da en las sociedades industriales como consecuencia de la división del trabajo, en las empresas, lo cual hace que los individuos sean más distintos entre sí y el sentido de pertenencia a un grupo (que predomina en las comunidades pequeñas o en la familia) pierde intensidad. Y es que “...Durkheim se hace una pregunta y nos da una respuesta: ¿cómo es posible que, a la mayor autonomía del individuo, este dependa cada vez más de la sociedad? Estos movimientos

través de las páginas del *L'année Sociologique*, que dirigió de 1896 a 1913. É. Durkheim es el discípulo más aventajado de la escuela sociológica francesa influida por Comte, representada por un grupo de sociólogos entusiasmados por el conocimiento de la evolución de la sociedad y por el hallazgo de sus leyes reguladoras, que llenan la segunda mitad del siglo XIX y los primeros años del siglo XX. En este grupo destaca Durkheim por su amplitud de miras y el rigor de la exposición. Se eleva al plano de una comprensión general de la sociedad y de su evolución en su primera obra importante, *De la división du travail social* (De la división del trabajo social), de 1893, y utiliza un nuevo método social, precisando la interacción de los hechos sociales, en su segunda obra importante *Les regles de la méthode sociologique* (Las reglas del método sociológico), de 1895. También sobresale por ser uno de los primeros sociólogos que verificaron sus hipótesis con investigaciones empíricas. Quizá por ello su obra *Le suicide* (El suicidio), de 1897, se ha convertido en un best-seller de la literatura sociológica, siendo frecuentemente citada y empleada en la enseñanza de la sociología. También interesa Durkheim por su aportación a la sociología del fenómeno religioso, en lo que coincide con las preocupaciones de Max Weber, escribiendo *Las formas elementales de la vida religiosa*, de 1912. Redactó obras menores de filosofía moral y pedagogía, materias que constituían sus programas de enseñanza...” SORIANO, Ramón, *Sociología del derecho*. Barcelona, Spain, Editorial Ariel, 2005, Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/sibuca/48242?page=92>. Consultado el 24/05/2021

contradictorios aparecen paralelamente. La pregunta y la respuesta nos las brinda en De la división del trabajo social (1893): la contradicción es solo aparente, lo que ocurre es que la solidaridad social se transforma debido al desarrollo de la división del trabajo. De esta manera el estudio de la solidaridad social es centro de preocupaciones teóricas. Existen dos tipos de solidaridad, una derivada de las semejanzas, ella está arraigada en la conciencia común o colectiva. Esta solidaridad, denominada mecánica, contribuye a la integración de la sociedad y puede medirse en razón de las normas jurídicas penales. La otra solidaridad, denominada orgánica, contribuye también a la integración social, debida a la división del trabajo, y puede medirse en razón de las normas jurídicas cooperativas, las cuales expresan estados excéntricos de la conciencia común. De esta manera, el derecho represivo tiene preponderancia sobre el cooperativo, mientras más peso tengan las similitudes sociales y menos la división del trabajo y a la inversa. Históricamente, prima el derecho represivo en las sociedades más antiguas y el cooperativo en las modernas o que dividen ampliamente su trabajo. Al predominio de cada tipo de solidaridad le corresponde una estructura social, la segmentaria a la mecánica; y la organizada a la orgánica. «La vida social deriva de una fuente doble, la similitud de las conciencias y la división del trabajo» (Durkheim, [1893] 1967: 192); los derechos mencionados vienen acompañados de normas morales, donde predomina el derecho penal está extendida la moral común, donde predomina el cooperativo o retributivo está extendida la moral profesional. La estructura segmentaria, pese al crecimiento de la orgánica y su cubrimiento cada vez más por esta última, nunca desaparece. Los progresos de la división del trabajo tienen por causas el aumento de la densidad moral y el aumento del volumen societario que la acompaña...»¹⁹⁹

Al pensamiento de Durkheim es interesante anexar y complementar el de su colega y contemporáneo, jurista y sociólogo León Duguit (1859-1928)²⁰⁰, pues hizo

¹⁹⁹ TEJEIRO SARMIENTO, Clemencia, *Émile Durkheim: entre su tiempo y el nuestro*, e. Universidad Nacional de Colombia, 2009, Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/sibuca/127821?page=59>, consultado el 29/05/2021.

²⁰⁰ “...Duguit, León Sociólogo francés (1859-1928) cuyo principal interés fue el concepto sociológico de “cohesión social” o “solidaridad social”. Duguit consideró a la solidaridad social como una tendencia natural de la gente que vive dentro de una sociedad, y al derecho como un aspecto integral del mantenimiento de esa solidaridad. Como parte de este enfoque, Duguit desconfió tanto del concepto de soberanía estatal y poder fuerte del Estado, como de las tesis del individualismo y los derechos individuales. Duguit consideraba a las normas jurídicas no como algo impuesto por el soberano, sino

suyo con sus singularidades el concepto de solidaridad de Durkheim. "...Duguit ponía la noción de función social en relación con el concepto durkheimiano de solidaridad social, o como prefiere decir, para alejarse de toda contaminación política, de "interdependencia social", y que constituye un hecho, el hecho mismo de la estructura social. En particular, esa solidaridad por división del trabajo que es propia de las sociedades modernas civilizadas, uniendo a los hombres a través de una diferencia de situaciones y aptitudes que los lleva a colaborar mutuamente para dar satisfacción a esas necesidades diversas...Es sobre ella que reposa el derecho, ya que todo individuo, por el sólo hecho de vivir en sociedad, está obligado a cumplir una función, que tiene su propio valor social y debe ser como tal protegida...Si Duguit venía sosteniendo estas tesis desde hacía más de una década, en las conferencias porteñas estudiará las transformaciones que esta nueva concepción implicaba en el derecho privado, a través de las nociones de libertad, contrato, propiedad y responsabilidad..."²⁰¹

En los aportes de la sociología clásica se observan los elementos de "interdependencia social", de "cohesión", que remiten a la idea de unidad, de "todo" que implica la solidaridad. La sociología, acompaña al derecho, le brinda herramientas científicas para nutrir las normas que se integran con la solidaridad, y abordando, como se mencionó, lo que considera "hechos morales".

Para concluir este acápite, avanzar en el tiempo y sumar el aporte de otro campo del saber, resulta valioso referir lo sostenido por el destacado filósofo político Michael J. Sandel, a quien se incluye en el colectivo de pensadores llamados "comunitaristas", y por ende se destaca su interés por la defensa de lo social por sobre lo individual. Sostiene Sandel que existen "...tres categorías de la responsabilidad moral: Deberes morales: universales; no requieren consentimiento. Obligaciones voluntarias: particulares; requieren consentimiento. Obligaciones de la solidaridad: particulares; no

como el reflejo de las tendencias o la conciencia de la comunidad..." BIX, Brian, *Diccionario de teoría jurídica*, México, 2009, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/sibuca/37834?page=120>. Consultado 23/05/2021

²⁰¹ HERRERA, Carlos Miguel, *Léon Duguit en Buenos Aires: sociabilidad y política en la recepción de una teoría jurídica*, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-43872014000100006, consultado: 29/05/2021

requieren consentimiento...”²⁰² Pero la existencia de esas obligaciones de la solidaridad no tiene una concepción unánime: “...Algunos sostienen que las llamadas obligaciones de la solidaridad son en realidad meros ejemplos de egoísmo colectivo, un prejuicio a favor de los congéneres. Quienes hacen esta crítica reconocen que de ordinario nos preocupamos más por la familia, los amigos y los compañeros que por los demás. Pero, se preguntan, ¿no es ese preocuparse con creces por la propia gente una actitud localista, una introversión que deberíamos superar en vez de valorarla en el nombre del patriotismo y de la fraternidad? No, no necesariamente. Las obligaciones de la solidaridad y... ser parte de algo apuntan tanto hacia afuera como hacia dentro. Algunas de las responsabilidades especiales que dimanaban de las comunidades donde en particular habito puede que las tenga ante quienes son miembros de ellas como yo. Pero otras las tengo ante aquellos con los que la historia de mi comunidad ha sido moralmente insufrible, como ocurre con la relación de los alemanes con los judíos y de los estadounidenses blancos con los afroamericanos. Las peticiones de perdón y las reparaciones colectivas por las injusticias históricas son buenos ejemplos del modo en que la solidaridad puede crear responsabilidades morales hacia comunidades que no son la mía...”²⁰³

Brinda otro ejemplo de solidaridad social, que resulta muy esclarecedor en cuanto a idea de unidad de una comunidad: “...A veces la solidaridad puede darnos razones especiales para criticar a nuestra propia gente o las acciones de nuestro gobierno. El patriotismo puede conducir al disenso. Consideremos, por ejemplo, dos razones distintas que llevaban a oponerse a la guerra de Vietnam y a protestar contra ella. Una era la creencia en que la guerra era injusta; la otra, la creencia en que era indigna de nosotros y contradictoria con lo que somos como pueblo. La primera razón podrán compartirla quienes se opongan a la guerra, sean quienes sean y vivan donde vivan. La segunda, en cambio, solo la pueden sentir y expresar los ciudadanos del país responsable de la guerra. Un sueco pudo oponerse a la guerra de Vietnam y considerarla injusta, pero solo a un estadounidense pudo avergonzarle. El orgullo y la vergüenza son sentimientos morales que presuponen una identidad compartida. A los estadounidenses que viajan al extranjero puede resultarles embarazoso el comportamiento grosero de

²⁰² SANDEL, Michael J., *Justicia...*, op. cit., pág. 255

²⁰³ SANDEL, Michael J., *ib.*, pág. 265

unos turistas americanos aunque no los conozcan personalmente. A quienes no sean estadounidenses quizá les parezca también poco decoroso ese mismo comportamiento, pero no podrá resultarles embarazoso. La facultad de sentir orgullo y vergüenza por los actos de los parientes y de los conciudadanos guarda relación con la facultad de sentir una responsabilidad colectiva. Ambas requieren que se vea que lo que uno mismo es tiene una situación, que está sometido a las exigencias de lazos morales que no ha escogido, que forma parte de las narraciones que moldean nuestra identidad en cuanto agentes morales...”²⁰⁴ El autor introduce, con claros ejemplos o modelos, la concepción de obligación de la solidaridad, como deber moral del individuo hacia la comunidad, deber moral de una comunidad en particular hacia otra comunidad o grupo. Se observa así nuevamente aquí la noción de unidad, de cohesión que implica la solidaridad.

Estos elementos compilados de autores de diversos campos, contribuyen a consolidar la concepción de la materia específica: solidaridad en su sentido general, aplicable a la solidaridad familiar en particular, evento fáctico y moral, nociones que más adelante se podrán vincular con el aspecto jurídico de fondo.

6. La solidaridad en la familia: un elemento necesario

Hasta aquí se vieron distintas ponencias sobre lo que implica la familia y la solidaridad, en los diferentes campos del saber. Es preciso ahora armonizar conceptos, y se considera inspirador dar inicio reiterando lo ya citado: “... Hay que volver a considerar la familia como el *santuario de la vida*. En efecto, es sagrada: es el ámbito donde la vida, don de Dios, puede ser acogida y protegida de manera adecuada contra los múltiples ataques a que está expuesta, y puede desarrollarse según las exigencias de un auténtico crecimiento humano. Contra la llamada cultura de la muerte, la familia constituye la sede de la cultura de la vida...”²⁰⁵

Pensar la familia como “santuario de vida” acorta el camino para congeniar familia y solidaridad, como se tratará a continuación.

²⁰⁴ SANDEL, Michael J., op. cit., pág. 266-267

²⁰⁵ SAN JUAN PABLO II, *Centesimus...*, op. cit. consultada el 1º/05/2021

Cuando se habló de familia, se dieron muchas definiciones desde diferentes ópticas y momentos históricos, todas enriquecedoras y genuinas. En el día de hoy, el concepto de familia que se requiere precisar para este estudio es el que se corresponde con el ordenamiento jurídico local, es decir, el más amplio, que incluye todas posibilidades que la legislación contempla. Y es que "...El Derecho es una ciencia social que, cada vez más, requiere ser sensible a los cambios. La complejidad del vivir hace que el significado de la existencia sea, normalmente, el de coexistencia: el individuo no está aislado, sino en relación con otros, con quienes en ocasiones de las más variadas, tiene conflictos de intereses, desencuentros, tensiones latentes, en fin, infinidad de posibilidades antitéticas. El jurista debe afrontar los problemas concretos y actuales de la persona y ofrecer soluciones con imaginación y valentía..."²⁰⁶ Las nuevas formas de convivencia fueron receptadas por la moderna legislación argentina entendiendo que la familia es un producto cultural (aun de lo que podría ser una cultura disipada en muchos aspectos, y virtuosa en otros), y por ende todas ellas quedan alcanzadas por los principios jurídicos, en particular el de solidaridad familiar.

En cuanto al concepto de solidaridad, se vio también que para las distintas áreas del saber implica una sumatoria de matices y formas. De las recopiladas se fueron advirtiendo modalidades comunes. Se mostró que el derecho civil entiende la solidaridad con los componentes de unidad, totalidad, tanto en relación a la obligación como a la acreencia.

Se comprobó, también, que para el Magisterio eclesial el principio de solidaridad, es una exigencia directa de la fraternidad humana y cristiana, y que puede ser expresado con el nombre de "amistad" o "caridad social". Como así también que la solidaridad se expresa concretamente en el servicio, que puede asumir formas muy diversas de hacerse cargo de los demás. Y entendiendo el servicio, entre otros casos, cuidar a los frágiles de las familias, de la sociedad, de la propia comunidad.

Se examinó la solidaridad desde la sociología, obteniéndose los conceptos de interdependencia y cohesión social. Finalmente, la filosofía política introduce la concepción obligaciones de la solidaridad.

Por último, y como parte del trabajo de investigación, se agrega la consulta formulada a la Directora del Instituto de Estudios Orientales "*Damarú*" de la ciudad de

²⁰⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y otros, *Nuevos desafíos...*, op. cit., pág. 103

Santa Fe (Argentina) y estudiosa de la lengua Sánscrita, en relación al vínculo etimológico del vocablo familia en el idioma sánscrito, quien explicó su relación en este sentido, y que sostiene desde otro campo del saber universal la cuestión de la solidaridad familiar: "... El término *Dharma* proviene de la raíz *Dhri* que significa "sostener". *Dharma* es aquello que nos mantiene unidos como sociedad; es lo que nos permite vivir felices con los demás. Es aquello que trae bienestar. Es muy difícil definir la palabra *Dharma*, ya que tiene diversos significados. *Dharma* es rectitud, deber, virtud e incluso religión; es el principio de la unidad. Mientras que todo lo que crea conflicto, discordia y odio es *Adharma* o vicio, su opuesto. *Dharma* es lo que consolida y sostiene la vida social. Las reglas del *Dharma* se establecen para regular las cuestiones mundanas del hombre. Si uno sigue estos principios de rectitud y virtud, si cumple con sus deberes en la sociedad, puede vivir feliz en el mundo. Otra definición de *Dharma* es "aquello que nos eleva". Es lo que nos llevará al sendero de la perfección, lo que nos ayuda a tener comunión con Dios. En cuanto a tu pregunta específica, el término sánscrito *Dharma* no proviene de la palabra "familia". Sin embargo, existe el *Dharma* familiar que consiste en los deberes que tienen los miembros de una familia unos con otros, entre los que se encuentran el ayudarse mutuamente, el ser solidario. Estamos en una época en la que todos creen tener derechos y nadie piensa en sus deberes. Los padres tienen deberes hacia los hijos, los hijos tienen deberes hacia los padres, los esposos tienen deberes entre sí, los hermanos también tienen deberes entre sí. Uno tiene el deber de cuidar a sus mayores del mismo modo en que ellos lo cuidaron cuando era niño. El incumplimiento de los deberes hacia la familia o hacia la sociedad, trae infelicidad. También tenemos deberes para con nosotros mismos y para con Dios. En el caso particular con el que estás trabajando tu tesis, sería el *Dharma* aplicado a la familia y sus miembros. Cuando dos personas se casan, la esposa es llamada *Dharmapatni*, lo que significa aquella que acompaña en el cumplimiento del *Dharma*. En este caso, ese *Dharma* no es sólo hacia la familia sino también hacia la sociedad en su conjunto; representa todos los deberes de la persona de familia. Marido y mujer cumplirán juntos sus deberes en la vida..."²⁰⁷ Otra cultura, otra filosofía, otro saber, sin embargo se

²⁰⁷ LUSARDI, Suchitá, traducción e interpretación privada, email de fecha 24/05/2021, reproducción y publicación autorizada expresamente por la autora y experta.

reiteran las nociones de deberes, de servicio para con los miembros de la familia, y de unidad y felicidad.

El ya citado Michael J. Sandel, se refirió a las “obligaciones de la solidaridad” como aquellas que no requieren consentimiento, y entre ellas incluye a las obligaciones familiares. Y con mucha claridad explica: “... Para dejar aparte el consentimiento, pensemos en la responsabilidad de los hijos para con sus padres. Supongamos que unas progenitoras ancianas necesitan cuidados. Se trata de dos madres, una es la mía, la otra es la madre de otro. La mayoría estará de acuerdo en que, si bien sería admirable que pudiese atender a ambas, tengo una responsabilidad especial de cuidar de mi madre. En este caso, no está claro que el consentimiento pueda explicar la razón de que sea así: no escogí a mis padres. Se puede argüir que la responsabilidad moral de atender a mi madre deriva de que ella me cuidó cuando yo era pequeño. Como me crió y me atendió, tengo la obligación de devolverle lo que hizo por mí. Al aceptar los beneficios que me reportó, consentí implícitamente en devolvérselos cuando tuviese necesidad de ello. Habrá a quienes este cálculo de consentimientos y beneficios mutuos les parezca una forma demasiado fría de ver las obligaciones familiares. Pero supongamos que usted la acepta. ¿Qué diría usted de una persona cuyos padres fueron negligentes o indiferentes? ¿Diría que la calidad de la crianza determina en qué grado son los hijos responsables de ayudar a los padres cuando estos lo necesiten? En la medida en que los hijos estén obligados a ayudar incluso a unos malos padres, la exigencia moral sobrepasará seguramente lo que pide la ética liberal de la reciprocidad y el consentimiento...”²⁰⁸

Todos estos conocimientos, demuestran que la solidaridad es una parte constitutiva de las relaciones sociales, y por ende, de la comunidad más pequeña y base que es la familia. Tanto en el plano teórico, como en la experiencia cotidiana de cada persona humana, se obtiene cognición y vivencia de ello. Así lo afirma Méndez Costa: “... La apelación a la solidaridad es recurrente en los intentos de conceptualizar la familia o de describirla en sus facetas definitorias....Pero resulta prácticamente imposible citar una expresión comprensiva de los alcances precisos de la palabra solidaridad. Parece referirse a algo más conocido por la experiencia o la reflexión que susceptible de reflejarse en una fórmula redactada... Por de pronto, la solidaridad convoca a la respuesta personal de cada miembro de la comunidad, desde la más íntima, la familia, a

²⁰⁸ SANDEL, Michael J., op. cit., pág. 256

la global de la comunidad de naciones. Se trata de un rasgo constitutivo de la condición humana, es la disponibilidad humana a responder por el bien del otro conquistada por convencimiento por sobre la tendencia innata a la autosatisfacción. Implica además, la convergencia de esfuerzos individuales o de los grupos menores. Es cuestión de contribución y de colaboración en contra de oposición y también de dispersión...”²⁰⁹

Dicho de otro modo, la solidaridad forma parte de una manera sutil de la comunidad familiar, de cualquier modelo de familia que se asuma, y por ende esa existencia etérea le da cohesión, unidad, para los deberes, el servicio, la lealtad.

7. Recapitulación final

En la primera parte de esta investigación, en el apartado correspondiente a los fundamentos ontológicos recabados, se refirió extensamente al bien común, se estudió a la luz de los postulados aristotélico-tomistas, y de la mano del ya mencionado P. Lachance, la necesidad de la persona humana, que es también su cualidad, de una comunidad para desplegar sus potencialidades. Y en ese contexto de sociabilidad, la envergadura que representa, y que tan claramente hoy se puede experimentar, el concepto de bien común, como bien de todos y cada uno. El aparente antagonismo entre bien propio y bien común, es solo eso, una fachada engañosa, que proviene, quizás, del egoísmo, o del miedo a la carencia.²¹⁰ Para recordar lo sostenido se reproduce una afirmación contundente: “...El bien común depende del bien individual en el orden de la causalidad, el bien individual es tributario del bien común en la orden de la perfección, así puede traducirse en suma su doctrina...”²¹¹

En el contexto de familia, claramente se lucen los aspectos de sociabilidad y bien común. Y el nexo supremo entre ellos es la solidaridad. Todas las apreciaciones relevadas de distintos campos del saber en torno a la cuestión de la solidaridad en general, muestran su valor y significado en la trama de las relaciones familiares. Desde

²⁰⁹ MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Los principios...*, op. cit., pág. 287

²¹⁰ V. Primera parte – Cap. 1 – Ptos. 3 y 4

²¹¹ LACHANCE, Louis, *El concepto...*, op. cit., pág. 158

el punto de vista más teórico y abstracto, hasta la cuestión de la practicidad más cotidiana de la experiencia vital del ser humano, relatan la dinámica permanente de la solidaridad, entendiéndola como amistad, o servicio, o deber, o virtud.

Constatadas entonces las característica esenciales de la solidaridad, y de la solidaridad en el contexto familiar, es perentorio rastrear su acogida en la legislación positiva, expresa o tácita, y particularmente, y en su oportunidad, en el Derecho de Familia actual, examinando previamente sus antecedentes en el Derecho Romano.

Capítulo II

La solidaridad familiar y sus antecedentes en el Derecho Romano

1.- Palabras Preliminares

En el desarrollo de la investigación, y con las limitaciones propias del caso, luego de haber analizados los conceptos de familia, como así también el tratamiento de la solidaridad desde los diferentes campos del saber, resulta necesario observar sus antecedentes en el derecho romano, fundamentalmente por tributar el ordenamiento jurídico local al sistema romanista.

Es bien sabido que Vélez Sarsfield era un jurista de auténtica formación romanista, de modo que el Código Civil (1869) por él redactado es fruto de su educación y sus conocimientos pudiéndose apreciar en su articulado y notas una gran cantidad de elementos del derecho romano que fueron consagrados como parte del ordenamiento civil local. Y si bien el CCyCN vigente emprendió la renovación de muchas instituciones del derecho de familia y las sucesiones resulta posible observar la continuidad de la impronta romanista en ellas.

Sin lugar a dudas, el desarrollo legal del mundo romano, va de la mano de su propia historia, con diferentes etapas y en cada una de ellas destacándose distintos jurisconsultos.²¹² Es importante mencionar, previamente, que el Imperio romano no fue

²¹² "...Lo que se denomina "Derecho Romano" —en sentido propio— abarca el estudio de las instituciones jurídicas romanas que hacen al Derecho Privado (*ius privatu*), consideradas desde la fundación de Roma (año 754 o 753 a C) hasta la compilación realizada por el emperador Justiniano en el siglo VI d C (que abarcó entre el año 529 y el año 556), que se conoce con el nombre de *Corpus Iuris Civilis*..." - DI PIETRO, Alfredo, *Derecho privado romano*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, AbeledoPerrot -2° ed -2014 – 3° edición versión e-book

solo una unidad política forzada, sino que generó el progreso de la civilización impulsando muchas áreas como las de la producción, el comercio, la arquitectura, la alfabetización secular generalizada, la literatura. Allí radica también la importancia de contemplar su historia, para observar la evolución y desarrollo de la propia condición humana, que naturalmente se comparte.

Como dato socio-político-cultural, es oportuno referenciar someramente que los distintos autores en su mayoría coinciden en hablar o agrupar para su mejor análisis y entendimiento la historia del pueblo romano por etapas o períodos temporales, desde sus primitivos inicios hasta la caída del Imperio. Se señala el “período monárquico” el cual se extiende desde mediados del siglo VIII a. C., con la fundación de Roma, hasta el año 509 a. C. con la expulsión de la ciudad del Rey Tarquino “el Soberbio”, último gobernante de los reyes romanos, dando pie así a la República romana. Le sucede entonces el “período republicano”, el cual comienza con la caída de la monarquía a inicios del siglo V a. C. y culmina con el otorgamiento por parte del Senado romano de facultades absolutas a Octavio Augusto en el año 27 a. C. Es en este período que se publica la Ley de las XII Tablas, dando inicio formalmente al derecho romano, y construyendo una organización política de poderes equilibrados: se elegía un grupo de magistrados democráticamente en asambleas populares, encargados de funciones asignadas; mientras que el Senado se ocupaba de dictar senadoconsultos con rango de ley. Continúa el denominado “período del principado”, desde el 27 a. C., que surge como resultado de la crisis que se ve afectada la República, con el gobierno en manos de Príncipes o Emperadores tales como Augusto (27 a. C. – 14 d. C.), Calígula (37-41 d. C.), Nerón (54-68 d. C.) entre otros. Roma alcanzó en este período su máxima extensión territorial: 5 millones de kilómetros cuadrados. Avanza Roma hacia el “período del Imperio absoluto” que comienza a mediados del siglo II d. C. hasta el año 476, cuando el Imperio Romano de Occidente colapsa y desaparece. Es una época de poder absoluto del Estado, en manos del Emperador, quien gobierna a través de constituciones imperiales. En el año 380 el Imperio asume el cristianismo como religión oficial y posteriormente se divide en dos partes, de donde nacerá el Imperio Romano de Oriente. Y finalmente se señala el “período del gobierno de Justiniano” que va de 527 a 565 d. C., y es la época en que se publica la compilación justiniana del derecho romano en el año 529, marcando el punto final de su historia. Luego de la muerte de Justiniano se

erige el Imperio Bizantino, un Estado más bien medieval, que durará hasta el siglo XV, cuando caiga frente a los turcos.^{213 214}

En este contexto temporal extenso, y variopinta situación histórica, se lleva a cabo la magna obra jurídica del pueblo romano, que trascendió su tiempo, su geografía, su lengua, su cultura. “...Roma impuso ideales a las edades posteriores. Los romanos fueron una “nación inspirada por el derecho”, pero este derecho fue creación suya y se lo impusieron ellos mismos. Al estudiar las ideas fundamentales de ese derecho se verá

²¹³ Cfr. BARROW, R. H., *Los Romanos*, Trad de Margarita Villegas de Robles, México, Fondo de Cultura Económica, 20° reimpresión, 2000

²¹⁴ “...El derecho romano, desde el siglo IV, había iniciado un progresivo proceso de simplificación y vulgarización que afectó de manera desigual a las distintas partes del Imperio. En Oriente, durante el primer tercio del siglo VI, el emperador Justiniano emprendió la elaboración de un nuevo código y la depuración de la tradición jurídica romana con lo que el fenómeno vulgarizador, quedó momentáneamente reducido y paralizado. Justiniano se propuso enmendar, depurar y compilar las *leges* y los *iura*. A tal efecto, el emperador nombró una comisión de juristas para elaborar un nuevo *codex*. En poco más de un año el trabajo quedó terminado y en el 529 fue promulgado el *Codex Primus*, también llamado *Vetus*, que nos ha llegado a nosotros. La tarea de reunir los *iura* resultó mucho más ardua. Consistía en reunir las mejores obras de la jurisprudencia romana, seleccionar los pasajes por materias y distribuirlos sistemáticamente por libros que recibieron el nombre de *Digesta* («distribución sistemática»), en griego *Pandectae* o, dicho de otro modo, «que contiene todo». La obra fue realizada por una comisión que procedió a seleccionar fragmentos de *iura* de más de cuarenta juristas y 1625 obras. Se llegaron a reunir 9142 pasajes a los que se suprimió lo superfluo y se añadió lo que estimó conveniente. La obra fue promulgada en el 533 por la constitución *Tanta*. Expresamente se prohibió que se realizaran comentarios del Digesto, si bien se permitió traducir al pie de la letra los numerosos textos griegos y anotar sus títulos (*paratitla*). Al año siguiente, en el 534, se llevó a cabo una revisión del *Codex Primus* siguiendo los criterios del *Digesto*; se suprimieron las *leges* derogadas y se añadieron las posteriores al 529. La legislación de Justiniano posterior al 534, así como la de sus sucesores –Justino II (565-587) y Tiberio II (578-582)– se recogió en colecciones privadas con el título de *Novellae*. Por último, con una finalidad didascálica se elaboró una pequeña obra, la *Instituta*. A partir de ese momento, el Código, el Digesto y las Instituciones se convirtieron en las únicas obras que podrían utilizar los jueces, prácticos y maestros en la resolución de los litigios y en la enseñanza del derecho. Cuando estas tres obras se imprimieron conjuntamente por primera vez en 1583, su editor, Dionisio Godofredo, lo denominó *Corpus Iuris Civilis*, término que ha llegado hasta nuestros días...” ROGEL VIDE, Carlos, *Historia del Derecho*, Madrid, Spain: Editorial Reus. . 2008, Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/sibuca/46341?page=175>., consultado en 24/06/2021

que contienen los ideales y las cualidades de los romanos de los primeros tiempos, ampliados, perfeccionados y adaptados para su aplicación universal...^{215 216}

Es posible y necesario rastrear en ese mundo jurídico el ideal de solidaridad, que los romanos reconocieron y visibilizaron, claro está con sus singularidades: "... La aportación de los romanos a la filosofía jurídica, como a la filosofía en general, tenía que ser escasa, dado su carácter más inclinado a la acción que a la especulación. En general, los romanos se limitaron a adoptar doctrinas helénicas, simplificándolas muchas veces. Pero sería injusto desconocer el hecho de que supieron imprimir su sello a no pocas de las nociones recibidas, principalmente en el campo de la ética. Su originalidad se halla ante todo en aquella sabiduría jurídico-positiva sin igual, que les permitió edificar piedra sobre piedra, en magnífica continuidad, un derecho que la posteridad equipararía, por su perfección a la razón escrita..."²¹⁷

Por último, es posible señalar que en las extensas etapas históricas de obvios cambios religiosos, sociales, económicos y políticos se desarrolla, evoluciona y madura el derecho romano, que los historiadores identifican como: "... a) El "derecho antiguo" (o "quiritario", "Quirites" es la vieja denominación que se daban a sí mismos los

²¹⁵ BARROW, R. H., op. cit., pág. 219

²¹⁶ "...En Occidente, con el establecimiento de los pueblos germánicos, la tradición jurídica romana no desapareció totalmente. En Italia, en donde la vulgarización fue más débil, en el segundo tercio del siglo VI, se recibió todo el derecho justiniano al quedar sometida al Imperio Romano de Oriente. El fenómeno vulgarizador quedó amortiguado como consecuencia de esta recepción. En el sur de Francia, tras la dominación visigoda y la ocupación por los francos, el criterio personalista seguido por éstos permitió a la población galorromana seguir rigiéndose por el derecho romano, a través de la recopilación oficial (*Lex Romana Visigothorum* o Breviario de Alarico) de la legislación imperial hecha por Alarico II a principios del siglo VI. En Hispania la continuidad de la tradición jurídica romana se verificó, primero, por medio del Breviario y disposiciones de naturaleza edictal dictadas por los monarcas visigodos y, después, por medio del *Liber Iudiciorum*. A ello cabría añadir que en los territorios hispánicos ocupados por los bizantinos se conocieron los textos de la compilación justiniana. Posteriormente, tras la desaparición del reino visigodo, la utilización del *Liber Iudiciorum* bien como fuente única, o como *lex communis*, mantuvo la tradición jurídica romana en los reinos alto- medievales hasta que la obsolescencia de sus normas y el progresivo desarrollo del derecho foral fueron desplazando lentamente al viejo código visigodo..." ROGEL VIDE, Carlos, op. cit., consultado en 24/06/2021

²¹⁷ TRUYOL Y SERRA, Antonio, "Historia de la Filosofía...", op. cit., T. 1, pág. 188-189

romanos), y que ubicamos desde la fundación de Roma hasta el año 130 a C; b) El “derecho romano clásico”, que abarca entre el 130 a C hasta el 230 d C (dentro del cual podemos distinguir una primera etapa, que algunos ubican como "preclásica", durante la República; años 130-30 a C; una segunda, el " derecho clásico central"; años 30 a C-130 d C; y una tercera, el" derecho clásico tardío "; años 130-230 d C); c) El “Derecho Romano post-clásico”, que va desde el 230 d C al 530 d C, fecha en la cual podemos ubicar la compilación justiniana, que se continuará hasta la muerte de Justiniano (565)...»^{218 219}

²¹⁸ DI PIETRO, Alfredo, op. cit., ebook

²¹⁹ Para mayor precisión y entendimiento en menester reiterar que: “... Está uniformemente aceptado entre los romanistas que no se puede confundir la Historia de Roma con la del Derecho Romano. La primera es muy sencilla: Monarquía, República e Imperio, dividido éste en Alto y Bajo, las fechas en que cada una de estas etapas inicia y termina está claramente definida, Roma nace como Monarquía en el 753 a J.C., se transforma en República en el 509 a J.C., deviene Imperio con Augusto en el 27 a J.C. bajo la forma al comienzo de un Principado, que muta en Dominado bajo Diocleciano, allá por el 284 d J.C. El Imperio se fractura en dos luego de la muerte de Teodosio en el año 395 de nuestra era, cabiéndole a Occidente y Oriente distinta suerte, aquél cae definitivamente en el 476 cuando Roma es conquistada por Odoacro, mientras que éste, bajo la forma ya de un Imperio Bizantino, perdura hasta el año 1453, año en que los turcos se apoderan de Constantinopla. Las fechas que acabo de mencionar son tajantes, indiscutidas e indiscutibles. Pero también se dice de manera unánime que si de la Historia del Derecho Romano se trata, no se puede hablar de los mismos períodos, ya que los cambios en este ámbito no suceden de manera abrupta, puesto que están presentes en germen antes de que una etapa histórica finalice, y se cristalizan definitivamente después que la siguiente haya comenzado. Dicho de otra manera, un cambio de forma de gobierno no implica *per se* y automáticamente una mutación de las instituciones jurídicas, éstas van variando gradualmente, no necesariamente al compás de los tiempos históricos. ... Aceptemos de todos modos la premisa: el Derecho en su evolución tiene períodos que son distintos a los de la Historia del pueblo al que rigió. Pero, ¿cuáles fueron esos períodos en lo que al Derecho Romano se refiere? Sobre esto se han vertido ríos de tinta y suministrado clasificaciones para todos los gustos, basadas en los criterios más dispares. ... Normalmente se parte de una base: el Derecho Romano se inicia con la fundación de la ciudad en el 753 a J.C. y termina con la muerte de Justiniano en el 565 d J.C. Si queremos ser más precisos, el primero de estos hechos tuvo lugar el 21 de abril, el segundo el 14 de noviembre de los años precedentemente citados. Tal pareciera ser el ámbito dentro del que todos acotan sus divisiones, con algunas variaciones por cierto, ya que algunos autores ponen como fecha de inicio de la evolución del Derecho Romano el 451 a J.C. cuando se sancionan las XII Tablas, y otros hablan de su finalización en el 534 d J.C. cuando alumbró el segundo Código de

2. La familia romana

Encontrar algún vestigio de la idea de solidaridad en el vasto mundo del derecho romano es una tarea que realizada en profundidad sería objeto de otro trabajo investigativo. De modo que se consignan los rasgos más destacados de ese mundo antiguo, y como es de rigor, la mirada se posa en lo que significaba la familia para los romanos.

La familia fue para los romanos una cuestión de suma importancia, pues a partir de las relaciones que en ella se construían nacieron varios institutos jurídicos que mantuvieron vigencia a lo largo de los siglos en diversos ordenamientos jurídicos. “...En Ulp.50.16.195.1 se regula a la familia como el “Cuerpo, del cual se desprende el derecho propio de las personas que lo conforman, por derecho propio llamamos familia a todas las personas que están bajo la potestad de uno, sujetos por la naturaleza o por el derecho, y los que suceden a estos;” en donde el matrimonio era concebido como el acto fundacional, cuya finalidad era la procreación y descendencia...”^{220 221}

Justiniano...” GHIRARDI, Juan Carlos, *Una nueva división en épocas de la historia del derecho romano*, Revista de Derecho Romano N° 2 junio 2004 - https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=402836&d=1 - consultada en 16/07/2021

²²⁰ BARROW, R. H., op. cit., pág. 23

²²¹ Domicio Ulpiano; Tiro, 170 - Roma, 228 - Jurisconsulto romano considerado uno de los más grandes de la historia del derecho. Miembro de una de las más ilustres familias ecuestres de la provincia romana de Siria, Ulpiano fue el discípulo más aventajado del insigne jurista clásico romano Papiano, de quien fue asesor cuando éste ocupó el cargo de prefecto del pretorio en el año 203, cargo en el que permaneció hasta el 212. Durante el reinado del emperador Caracalla (211-217) fue *magister liberorum*, puesto que mantuvo cuando Heliogábalo (218-222) sucedió a Caracalla. Pero se vio obligado a abandonar Roma cuando el nuevo emperador, ante quien había caído en desgracia, le condenó al exilio. Regresó en el año 222 a Roma e inmediatamente pasó a ser miembro del *consilium* del emperador Alejandro Severo (222-235), de quien había sido maestro durante su infancia. Su talento y condiciones personales llamaron la atención del emperador, quien le nombró prefecto de la anona y prefecto del pretorio, cargo este

En el mundo romano, la familia era eminentemente patriarcal, y la formaba el grupo de personas vinculadas bajo la autoridad de un jefe único. Este jefe único era el *paterfamilias*, y el conjunto lo integraban los descendientes sometidos a su autoridad, la mujer *in manu*, las personas colocadas bajo su autoridad, y los esclavos, todos ellos

último reservado a los miembros del orden ecuestre. Este puesto tenía, junto al mando militar, las funciones de asesor jurídico del emperador y las labores de instancia suprema del sistema jurídico romano. Ulpiano murió en el 228 a manos de los pretorianos, con los que había tenido duros enfrentamientos, y quienes le degollaron en presencia del propio emperador. Uno de sus discípulos, Herenio Modestiano, se convirtió en el jurista más destacado de la siguiente generación...Su producción, muy abundante, abarcó todas las ramas del derecho romano. Se le atribuyó la autoría de 287 libros, lo que lo convierte en el jurista más prolífico de su época. Entre sus obras destacaron *Libri LXXXI ad edictum praetoris* y *Libri II ad edictum aedilium curulium*, en los que comentaba los contenidos de los edictos de los pretores y de los ediles. En ellos siguió con bastante rigor el orden de los edictos. Especial fama alcanzó *De officio proconsulis*, una especie de guía para los gobernadores de provincias que fue muy seguida en su tiempo y posteriormente, como refleja la mención a este escrito que figuraba en una inscripción de Éfeso del siglo IV. Dejó incompleta una obra que tenía el título de *Libri LI ad Masurium Sabinum*, y escribió numerosas monografías dedicadas a los *offici* elaborados por los magistrados imperiales. También fueron fundamentales *Libri VII regularum*, *Libri II Institutionum* y *Libri VII Regulae*. De toda esta producción sólo se conservan algunos fragmentos de las *Institutiones* y el *Liber singularis*. El resto de sus obras conocidas nos han llegado en los fragmentos que quedaron reflejados en el *Digesto*. Sus obras, poco originales aunque muy profundas, tuvieron un gran éxito entre los juristas contemporáneos y posteriores. En ellas citaba a muchos de los juristas precedentes y copió literalmente textos de leyes y senadocunsultos. Hizo grandes comentarios enciclopédicos de las obras de autores anteriores, y sobre todo del Edicto. Ulpiano trataba de coleccionar y organizar todo el material existente de la época clásica; su intención era conseguir hacer comprensible todo el ordenamiento jurídico en su conjunto, de forma que toda su producción estaba revestida de un enorme sentido práctico. Ulpiano llamó la atención de sus colegas por el perfecto dominio de todas las materias que aparecían en sus escritos. Al centrarse en la labor compiladora, sus tratados no aportaron novedades a la evolución del derecho romano; en sus escritos se deshacía en continuos elogios hacia los juristas que le precedieron en su oficio. Para Ulpiano las costumbres en el derecho quedaban instituidas por su largo uso. La autoridad de la costumbre nacía del consentimiento del pueblo, lo que era asumido por las generaciones posteriores como el ideal de la nación romana. Describió la jurisprudencia como la ciencia del derecho que define la noticia de las cosas divinas y humanas, ciencia de lo justo y de lo injusto. En

Biografías y Vidas – La Enciclopedia biográfica online -
<https://www.biografiasyvidas.com/biografia/u/ulpiano.htm>. consultado el 27/06/2021

tenían un vínculo civil. Este poder o autoridad del *paterfamilia* era sobre las personas y los bienes adquiridos por los miembros de la familia, que integraban así un solo patrimonio, cuyo propietario era el *paterfamilia*. Otra destacadísima función era la de “sacerdote” de los *sacra privata* (dioses domésticos), de modo que el *pater* encabezaba todas las ceremonias del culto privado de la casa. “... Lo característico de la familia típicamente romana –familia *propio iure*- fue el sometimiento de todos los miembros a una sola autoridad –*manus, potestas*- del *paterfamilias*, señor o soberano del grupo y no “padre de familia”. *Paterfamilias* significaba cabeza libre, esto es, persona no sometida a potestad alguna o, como decían las fuentes, “el que tiene dominio en la casa” (*qui in domo dominium haber*). El vocablo *paterfamilias* no aludía a la idea de generación, ni se refería a alguien que tuviera descendencia biológica; indicaba una situación de independencia jurídica (*sui iuris*), una ausencia de sumisión a potestad. No coincidía pues con padre de familia, ya que podía no haber procreado, ser, inclusive, impúber, mientras no estuviera sujeto a una potestad. A los miembros de la familia colocados bajo el poder o potestad del jefe se los llamaba *filiifamilias*, sólo que *filius* no significa procreado, ni equivalía exactamente a nuestra palabra “hijo”...”²²²

Estas particularidades muestran dos tipos de parentesco, los llamados: parentesco agnaticio y parentesco cognaticio. Así el *paterfamilias* y las personas colocadas bajo su autoridad mantenían una relación de parentesco llamada *agnatio* y aunque se produjera la muerte del *paterfamilias* la *agnatio* como vínculo familiar subsistía, este formato de parentesco conformaba el parentesco civil. El parentesco natural era el parentesco por cognación o *cognatio*. Esta clase de parentesco natural vinculaba a los parientes en línea descendiente o colateral, sin distinción de sexo, pero no necesariamente formaban parte de la familia civil para lo cual se necesitaba el título de agnado, aun cuando en muchos casos coincidía (“...Agnación y cognación se mostraban coincidentes, toda vez que los hijos nacidos de matrimonio legítimo eran agnados y también cognados con respecto al padre, siempre que el lazo civil no se hubiera extinguido por emancipación o por haber ingresado por adopción a otra familia. Otras veces, esa coincidencia no presentaba, como en el caso de la mujer *in manu*, que

²²² ARGUELLO, Luis Rodolfo, *Manual de derecho romano*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2004, 3° edición corregida, 10° reimpresión, pág. 398

era agnada con relación a la familia del *pater* bajo cuya potestad se encontraba y cognada respecto de los miembros de su anterior familia...²²³)

Diversos autores sostienen la dificultad de definir la *agnatio* o parentesco civil sujeto a la autoridad del *pater*. Se afirma que lo conformaban los descendientes por la vía paterna de un *pater* común, hijos e hijas nacidos del matrimonio legítimo, o los que se incorporaron por adopción, y como ya se mencionó, las personas que se colocaban bajo la *manu* del *pater* y los esclavos. “...La familia o *domus* fue originariamente el grupo de personas sobre las cuales el *paterfamilias* ejercía su potestad y se integraba por el *pater*, único *sui iuris* que no dependía más que de sí mismo y por los *filiifamilias*, esto es, los *alieni iuris*, libres o no libres, colocados bajo la potestad del *paterfamilias*, esto es los *alieni iuris*. Los *alieni iuris* libres eran: la mujer *in manu maritii*, es decir, sometida al poder marital; los hijos y otros descendientes por línea de varones; y los extraños ingresados al grupo, si eran *alieni iuris*, por adopción y si eran *sui iuris*, por adrogación. Los *alieni iuris* no libres eran los esclavos colocados bajo la *dominica potestas* del jefe y, asimiladas a éstos, las personas entregadas al *pater* en *mancipium*. Se relacionaban también con la familia los emancipados hijos salidos de la potestad paterna-, sobre los cuales el jefe de la *domus* ejercía los derechos de patronato (*iura patronatus*), sujeción muy estrecha en el antiguo derecho romano...^{224 225 226}

²²³ ARGUELLO, Luis Rodolfo, op. cit, pág. 403

²²⁴ ARGUELLO, Luis Rodolfo, ib., pág. 400

²²⁵ Cfr. TORIBIO, Martha, Manual de derecho romano. Universidad Abierta para Adultos (UAPA), 2018. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/sibuca/175612?page=151>, consultado el 28/06/2021

²²⁶ “...Entre los romanos el parentesco se entiende en dos sentidos; pues hay un parentesco de derecho civil y otro natural, cuando concurren ambos derechos, se contrae un parentesco natural y civil a la vez. Se entiende por parentesco natural y no civil el que deriva de las mujeres, cuando tiene hijos ilegítimos; el parentesco civil o legítimo sin derecho natural consiste en la adopción; participa el parentesco de ambos derechos cuando deriva de un matrimonio legítimo. D. 38, 10, 9 (Paul. 4 sent.) Las series del parentesco en línea recta se dividen en dos: la ascendiente y la descendiente. D. 38, 10, 10, 12 -14 (Paul. de grad. et adf.) ... En el primer grado de parentesco ascendente hay dos: el padre y la madre, en el descendente otros dos: el hijo y la hija, pero puede haber más de dos... En el segundo grado hay doce personas: el abuelo, es decir, el padre del padre y de la madre; la abuela, también paterna y materna; también el hermano puede serlo por ambos: sólo por la madre o por el padre, o por ambos a la vez, el padre y la madre ... Ley XII Tablas, VI, 2 (Ulp. Tit. 10, 1) Si el padre de familia ha vendido tres veces al

En la investigaciones sobre la familia romana surge también una clase de agrupación civil que se llamaba *gens* y sus miembros eran llamados gentiles. Cada *gens* tenía su culto propio: *sacra gentilitia*. Asimismo, todos los integrantes llevaban el mismo *nomen gentilium*. Se podría señalar que la *gens* es la familia extensa, esto es, el conjunto de los agnados, pudiendo integrarla en su origen solo las familias nobles patricias.

Todo este desarrollo de la conformación y características de la familia romana, conduce a preguntar sobre el modo de ejercer la autoridad, y si se puede ver allí algún vestigio del actual concepto de solidaridad familiar, como así también, si sus grandes jurisconsultos consideraron este aspecto en las relaciones jurídicas.

En su indagación es preciso señalar que el término solidaridad es propio de nuestra era, de modo que los antecedentes tienen otra terminología, como así también otro alcance y significado: eran otros hombres y otras mujeres con otras costumbres y medios a su alcance, y aun así generaron una obra legal que ilumina la intelección hasta el presente.

3. Derecho y valores en la familia romana: la *pietas* familiar

Hasta aquí se presentaron las características de la conformación de la familia romana, como así también las figuras jurídicas que fueron acompañándola a la par. Téngase en cuenta que, como ya se dijo, se trata de un desarrollo y evolución que duró siglos, y que este estudio es una semblanza de esa evolución.

La temática que se impone seguir está referida los valores que iluminaban esas relaciones familiares, como así también los que inspiraban a los grandes jurisconsultos, y se plasmaban en su sistema legal.

hijo, sea el hijo libre de la potestad paterna...” MOLLÁ NEBOT, Sonia y LLANOS PITARCH, José María, *Manual de casos prácticos de derecho romano*, Madrid, Spain: Dykinson, 2013, Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/sibuca/57051?page=74.>, consultado en 24/06/2021

El la primera etapa del desarrollo, primaban los criterios morales virtuosos. Siendo, además que el derecho romano antiguo (derecho quiritario), era un derecho costumbrista: “... El *ius* en un principio no estuvo escrito. Consistía en los denominados *mores maiorum*. Esta palabra sirve para hablar de las "viejas costumbres de los antepasados", como criterios morales de virtud, que se respetaban estrictamente. Pero también para referirse a los "ritos" (palabra intercambiable con *mores*, y que aquí tomamos como "ritos jurídicos") ...Los poderes del *paterfamilias* se ejercen bajo la forma de *potestates* (la *patria potestas* sobre los *filiifamilia*; la *manus* sobre la mujer casada; la *dominica potestas* sobre los esclavos y las cosas; y el *mancipium* sobre otras personas libres)...”²²⁷

En los años 450 a. C. se aprueba la famosa Ley de las XII Tabas, que “...no se puede decir que introdujo un derecho nuevo, sino más bien se asentó por escrito los viejos ritos jurídicos y reglas vigentes con anterioridad. No se habla de la organización política romana. Están referidas a los procedimientos judiciales, incluso de ejecución (en tal sentido resultan importantes para conocer las *legis actiones*). También contienen disposiciones del Derecho Penal romano y reglas del derecho hereditario. Al contrario, salvo alguna excepción referida a la *mancipatio*, no hay un tratamiento expreso de los negocios jurídicos...”²²⁸

El período posterior, denominado por los autores del “derecho romano clásico” es el de mayor auge, donde se realiza la propiamente dicha ciencia jurídica, con la labor de grandes jurisconsultos que hicieron evolucionar ampliamente el derecho de la época quiritaria.

Dentro de este vasto mundo legal, en lo que interesa a esta investigación, y en los primeros tiempos de su evolución se destaca el trabajo de Cicerón²²⁹ por su elevada

²²⁷ DI PIETRO, Alfredo, op. cit., ebook

²²⁸ DI PIETRO, Alfredo, ib., ebook

²²⁹ “... Marco Tulio Cicerón (106-43 a.C.), si bien no es original ni profundo como pensador, tiene el mérito indiscutible de haber difundido la filosofía griega entre los romanos. Orador elocuentísimo, escritor pulcro y elegante, poseía las condiciones que favorecieron la transmisión del patrimonio filosófico helénico a la latinidad. Procedía Cicerón de una familia de la clase media de Arpino. Logró elevarse, gracias a cualidades excepcionales, a los más altos cargos políticos. Había recibido una formación esmerada y se hizo célebre en el ejercicio de la abogacía. Sus dotes de polemista, su dominio de la retórica y la perfección artística de su prosa le aseguraron el primer puesto en el foro, que la posteridad sigue reconociendo...” TRUYOL Y SERRA, Antonio, op. cit. T. I pág. 189

concepción del hombre, que lo llevó a utilizar el término *humanitas*. Y es que “... En la doctrina jurídica de Cicerón destaca la formulación elocuente de la teoría de la ley natural. La ciencia del derecho no nace del mero conocimiento de edictos de los pretores o de la ley de las Doce Tablas, sino del seno de la filosofía, *ex intima philosophia*. Esto enseña que hay en todos los hombres una razón común que proviene de Dios, y es la ley misma. A cuantos ha concedido razón naturaleza, les ha concedido recta razón, y con ella, la ley, que no es sino la recta razón en cuanto manda o prohíbe. ...El orador romano profesa un igualitarismo social afín al de los estoicos. Los hombres son iguales, no de una manera absoluta, pero sí en una esencial dignidad, por cuánto todos poseen razón y un conocimiento general de lo honesto y deshonesto, de lo justo e injusto. La elevada idea que del hombre que tenía Cicerón se refleja en el uso frecuente de la palabra *humanitas*, que bajo su pluma significa la formación humana y espiritual que en la cultura helénica alcanzara su más noble expresión...”²³⁰

Esta sublime concepción del hombre por parte de Cicerón que se destaca, está vinculada a lo que los romanos de los primeros tiempos consideraban de las virtudes que debían cultivar. “...En todo catálogo de virtudes figura en primer lugar alguna constancia de que el hombre debe reconocer su subordinación a un algo externo que ejerce “una fuerza vinculatoria” sobre él, a la que se llamó *religio*, término que tiene una amplia aplicación. De un “hombre religioso” se decía que era un hombre de la más alta “*pietas*”, y *pietas* es parte de esa subordinación de la que hemos hablado. Se es *pius* respecto a los dioses si se reconocen sus derechos; se es *pius* respecto a los padres, los mayores, los hijos, los amigos, respecto de la patria y a los bienhechores y respecto a todo lo que puede provocar el respeto y quizás el afecto, si se reconocen los derechos sobre uno y se cumple con el deber en conformidad con ellos. Los derechos existen porque las relaciones son sagradas. Las exigencias de *pietas* y *officium* (deber y servicio) constituyen por sí solas un voluminoso código, no escrito, de sentimientos y conductas que estaba más allá de la ley, y era lo bastante poderoso para modificar en la práctica las rigurosas disposiciones del derecho privado a las que se acudía como último recurso...”²³¹

²³⁰ TRUYOL Y SERRA, Antonio, op.cit., pág. 191

²³¹ BARROW, R. H. op. cit, pág. 23-24

Este concepto noble de las relaciones humanas, se encuentra íntimamente vinculado a la idea de naturaleza social del hombre, con su necesidad de justicia y utilidad pública, lo expone claramente Cicerón: "... En el orden político, reafirma Cicerón reiteradamente, y sobre todo por boca de Escipión en *De re publica*, la naturaleza social y política del hombre, frente al contractualismo utilitarista que Carnéades había opuesto a la doctrina estoica. La realización de la justicia, o sea de una ordenada convivencia humana, es el fin esencial de la sociedad política, que ahora se designa preferentemente con las expresiones *res publica* o *res populi*. La sociedad política o *res publica* es aquella asociación humana cuyo vínculo consiste en la noción de lo justo y la común utilidad. De esta fórmula arranca la interpretación agustiniana de la ausencia de justicia reeduca la república al nivel de una cuadrilla de malhechores..."²³²

Se puede decir que en los romanos de los primeros tiempos que cultivaron "...valores morales, religiosos, políticos y jurídicos...representaban a cada familia aglutinada bajo el poder del *pater*, basada en la *constantia*, la *gravitas*, la *firmitas*, la *comites*, la industria, la *clementia* y la *frugalitas*. Este plexo de valores se ordenaba con la *virtus* (energía o gran voluntad), la *pietas* (en el sentido de justicia, cuidado, respeto, deber para con el otro y afecto) y la *fides* (como la fe, compromiso y confianza interna)..."²³³, hay una manifestación, un antecedente del actual concepto de solidaridad, al menos en el aspecto moral.

Esos ideales van madurando, y en el período de la República, se encuentra un concepto jurídico y filosóficamente más desarrollado de *humanitas*, que engloba esos valores, y del que como se mencionó, exponía abundantemente Cicerón.

Desde luego esos valores, esas virtudes, se vivían en el marco de la familia que se describió supra, y constituyó una organización de carácter social y también religioso "...la *domus* fue en Roma una sociedad de carácter religioso. En efecto, tenía su culto propio (*sacra privata*), sobre el cual los pontífices de la *civitas* sólo ejercían un simple derecho de vigilancia, con sus divinidades, los dioses, *lares*, identificados con el fundador de la estirpe, y los dioses *manes*, representados por las almas de los

²³² TRUYOL Y SERRA, Antonio, op. cit., pág. 192

²³³ BARROW, R. H., ib., pág. 23

antepasados y de otros miembros ilustres del grupo ya desaparecidos...”²³⁴ Es decir, una organización con cualidades muy singulares, modelo para el desarrollo de esos valores, y que según los historiadores fue una organización que perduró mucho tiempo, llegando hasta casi los tiempos de Justiniano.

No obstante ello, y como contracara de lo expuesto²³⁵, la legislación no plasmaba lisa y llanamente esos valores en relación a la familia; hay que recordar que la autoridad familiar estaba en cabeza del padre, y esa autoridad estaba dotada de facultades legales fenomenales: “... El poder unitario del *pater* comprendía como sabemos cuatro potestades: la *patria potestas*, sobre los hijos; la *dominica potestas*, sobre los esclavos y el *mancipium* o cuasi servidumbre de personas libres vendidas al *pater familias*. A tales potestades había que agregar, como emanación de su poder, el *dominium* o señorío absoluto sobre las cosas...Durante largo tiempo la potestad sobre las personas y el poder sobre las cosas fueron considerados de la misma naturaleza y el derecho romano los reconoció y rodeó de garantías...Frente a los individuos libres y no libres sujetos a potestad, el señorío del *pater* le otorgaba el derecho de vida y muerte...el derecho de exponer...y de vender a sus hijos...poder absoluto...”²³⁶ Lo más sorprendente era el poder sobre la vida, y la muerte, de los hijos: “...Desde antiguo, constan varias facultades en el ejercicio de la *patria potestas*: a)El derecho de vida y muerte (*ius vitae nec isque*) figuraba en la ley de las XII Tablas (4.2) y aún nos lo recuerda Papiniano, respecto de todos los miembros de la *domus* (Coll., 4.8). Esta *potestas* era el ejercicio del poder doméstico para imponer penas, incluso la capital, a los miembros de la familia, sin estar obligados a ocurrir ante el magistrado. Todo esto estaba regido por los *mores*, existiendo el uso de consultar a los parientes y amigos (*iudicium domesticum*), para recabar de forma su opinión en orden a la falta cometida y el castigo que corresponde aplicar (así, casos concretos en Valerio Máximo, 5.8.2;

²³⁴ ARGUELLO, Luis Rodolfo, op. cit., pág. 400

²³⁵ De ninguna manera se intenta mostrar probidad e inocencia de la civilización romana tratando de negar sus vicios y oscuridades. Solo recordar lo que tradicionalmente se cree: que existieron diez persecuciones generales contra el cristianismo por parte del Imperio romano y muchas otras locales, en las que llevaron a cabo matanzas y todo tipo de actos de crueldad, nos muestra la historia de un pueblo que tuvo muchas debilidades y sombras en su devenir temporal.

²³⁶ ARGUELLO, Luis Rodolfo, op. cit., pág. 413

Salustio, *de bello Catil.*, 39). Igualmente el censor tenía la facultad de vetar, por medio de una nota censoria, las arbitrariedades del *pater familias*...²³⁷

En la evolución del pensamiento desde el período republicano, se comienzan a suceder nuevas concepciones sociales, mayor intervención estatal, que van mermando el absolutismo de *pater*, cambiando por ende la fisonomía de la familia romana, y el pensamiento jurídico: "...Con el correr del tiempo se fueron produciendo limitaciones. Así, si aún en la época republicana la *lex Pompeia de parricidis* (año 52 a C) no se menciona al *pater* en la lista de personas culpables de parricidio, ya en la época imperial se va produciendo una reacción. Trajano obliga a emancipar al *filius* maltratado (Pap., D.37.12.5). Hadriano condenó a la *deportación* (*deportatio in insula* al *pater* que había matado, tendiéndole una trampa, a su hijo culpable de adulterio con su suegra (Marciano, D.48.9.5), donde se menciona un bello principio de neta influencia estoica : "la *patria potestas* debe consistir en la *pietas*, no en la *atrocitas* ... Por constituciones posteriores, el *pater* puede castigar a su *filius* por faltas menores, pero si se trata de la pena capital debe acudir ante el magistrado (Ulp., D.48.8.2; Alej.Severo, C.8.47. 3; año 227). La muerte del *filius* por el *pater* será considerado *parricidium* por Constantino (C.9.17.1; año 319). Valentiniano y Valente (C.9.15.1, año 365) permiten la corrección normales de los hijos, aunque para el castigo de faltas graves había que recurrir a los jueces. Finalmente, Justiniano declara abolido el "derecho de vida y muerte" (C.8.47 (46) .10 itp.)...²³⁸

En una palabra hay un desarrollo social y legal que arribando a la época de la compilación justiniana, se encuentran reformas en beneficio de la familia natural o cognaticia, "...para más adelante insertarse en la sucesión pretoriana e imperial y especialmente en el régimen sucesorio de las Novelas 118 y 127 de Justiniano, que le dieron un lugar preponderante dentro del particular derecho familiar romano...²³⁹

Es importante apreciar el desarrollo de la *patria potestad*, desde el señorío total y absoluto del *pater* a facultades acotadas a la enmienda y orden de los miembros de la familia: "...Con Justiniano, debido fundamentalmente a la influencia cristiana y en alguna manera al helenismo, la *patria potestad* quedó reducida a un mesurado poder de

²³⁷ DI PIETRO, Alfredo, op. cit., ebook

²³⁸ DI PIETRO, Alfredo, op. cit., ebook

²³⁹ ARGUELLO, Luis Rodolfo, op. cit., pág. 401

corrección y disciplina. El derecho justinianeo sólo permitió la venta²⁴⁰ del hijo en caso de extrema necesidad, facultando al padre a recuperar la libertad del vendido mediante oferta al comprador del pago de un rescate. Es abolida la *noxas deditio* y el *ius exponendi* y del *ius vitae et necis* sólo queda un mero recuerdo. Ha llegado el momento en que el principio moral “la patria potestad debe consistir en la piedad, no en la atrocidad” (*patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere*) ha alcanzado en el derecho romano rango jurídico...”²⁴¹

Desde los tiempos del derecho quirritario, que como se dijo, según los distintos historiadores, la familia romana y particularmente el *pater*, con todas sus facultades, se guió en su accionar por virtudes morales, en su evolución arriba al reconocimiento de la *pietate* con rango jurídico, en la legislación justiniana.

La más clara expresión de esa *pietas*, que en principio era deber a los dioses, y que se derrama a todas las relaciones, se ve plasmada en lo que aun hoy es el arquetipo de la solidaridad familiar: la obligación alimentaria: “...Los hijos legítimos tenían derecho a exigir de sus padres la prestación de alimentos si ellos no podían subvenir a

²⁴⁰ “...También el *pater* podía enajenar al hijo. Como castigo, podía venderlo como esclavo en el extranjero... Pero si lo hacía en Roma, entonces se entendía que lo estaba dando *in mancipi*. Así, ... para evitar la responsabilidad por delito cometido por el hijo ... para otorgarle una cierta *potestas* (el *mancipium*) por parte de un tercero sobre el *filius* mediando un precio en dinero; por ej., para que trabajara a las órdenes de un tercero ... otras veces, por pura forma, a los efectos de poder realizar la adopción y la emancipación ... El negocio utilizado era la *mancipati* (Gayo, 1.117). El adquirente lo tenía sometido a su *mancipium*, estando el hijo *in causa mancipi*. En esa situación, era libre en cuanto al *ius publicum*, permaneciendo como un esclavo respecto al *ius privatum* (Gayo, 1.116-7; 138; 141). Para liberarlo, el adquirente debe realizar una manumisión. En ese caso, regresa en principio a la *patria potestas* anterior (Gayo, 1.138-141)...Caracalla declaró ilícita la venta de hijos (C.7.16.1). Tampoco lo puede dar en *pignus* o en *fiducia*, castigándose al acreedor que lo sabe con la *deportatio* (Diocl., C.4.43.1; Paulo, 5.1.1)... Sin embargo, esta afirmación de la *humanitas* cedió bajo la presión de la crisis económica del siglo IV. Es así que será tolerada por Constantino sólo para el caso de extrema necesidad (FV, 34; CTh., 5.10.1), para evitar la exposición de hijos recién nacidos. Pero se le acuerda al *pater*, mediante el pago de una suma de dinero o la trasmisión de un esclavo, redimir al hijo vendido...Justiniano también la admite en caso de gran indigencia del padre, concediéndoles también el poder redimirlo por una suma de rescate o la trasmisión de un esclavo (C.4.43.2; itp. Del CTh., 5.10.1). DI PIETRO, Alfredo, op. cit., ebook

²⁴¹ ARGUELLO, Luis Rodolfo, op. cit., pág. 415

sus propias necesidades. Esta obligación se imponía en primer lugar al padre y a la madre, y en defecto de éstos a los abuelos. La prestación de alimentos era recíproca y en consecuencia los hijos estaban obligados a mantener a sus padres cuando estuvieran en la indigencia. Otro deber fundamental que imponía a los hijos era el de respeto y obediencia a sus padres. Ello hacía que no pudieran iniciar acción infamante contra sus progenitores, ni exigir por sus créditos más allá de los medios que tuvieran para proveer a sus subsistencia (*beneficium competentiae*)... ”²⁴²

La influencia cristiana en el desarrollo y evolución del derecho romano merece ser destacada, pues modificó radicalmente el pensamiento colectivo. En este orden de ideas, la legislación justiniana, coinciden los autores, recibió la impronta de las enseñanzas de los Padres de la Iglesia: “...los Padres dignificaron espiritualmente la familia como célula de la sociedad, y destacaron el papel del amor y el mutuo auxilio con un acento no conocido de las escuelas filosóficas antiguas. El nuevo sentido del valor de la vida humana se puso de manifiesto en su total oposición al suicidio y al infanticidio en cualquiera de las formas en que los aceptara la gentilidad...”²⁴³ El mutuo auxilio en la vida familiar no es otra cosa que la solidaridad, la fraternidad, el ejercicio de los deberes y derechos en paridad de términos en las relaciones familiares.

En este osado resumen de casi un milenio de historia, se aprecia por una parte un modelo de familia que subsistió durante siglos, y cuya subsistencia no fue casual ni estática, ya que los nexos entre sus miembros fueron desarrollándose, y evolucionando, y el derecho acompañando ese desarrollo y evolución hacia un modelo familiar y legal de mayor fraternidad, como se dijo.

Ahora bien, el derecho de los romanos, que se dieron a sí mismos, trascendió su mundo, geográfica y temporalmente; llegó a ser antecedente y fuente de los ordenamientos contemporáneos, y sucedió por un interesante camino que la historia jurídica destaca y valora por la complejidad de su producción. Si bien la obra magna de los juristas romanos es inconmensurable, tiene también un aura de grandeza la que llevaron a cabo los juristas del Medioevo que salieron al rescate y puesta en valor de ese sistema jurídico. Y lo llevaron a cabo con precisión, agudeza, detalle, respeto por la letra escrita, y fundamentalmente método.

²⁴² ARGUELLO, Luis Rodolfo, op. cit., pág. 432

²⁴³ TRUYOL Y SERRA, Antonio, op. cit., T. I pág. 256

4. La subsistencia del derecho romano en Occidente con el auxilio de las *regulae iuris*

La travesía por el espacio y el tiempo del Derecho romano es también, como se dijo, extensa y singular. Merece atención en dos aspectos de esta investigación: el primero, como se vio, en la evolución del desarrollo humano y legal de las relaciones familiares: la *pietas* familiar. Y una segunda cuestión que, aprovechando este capítulo se puede considerar: las *regulae iuris* como antecedentes de los hoy consolidados principios generales del derecho.

La caída de Roma (año 476), no implicó la desaparición total del derecho romano, que quedó latente en los pueblos separados y gobernados por los “bárbaros”. No obstante, su resurgimiento comienza en el siglo XI con la llamada “Escuela de los Glosadores”, que con su centro en la Universidad de Bolonia, produce un movimiento de renovación de los estudios romanísticos. Los juristas que la conformaron se dedicaron en principio a estudiar el manuscrito del *Corpus Iuris* de Justiniano, a su lectura y comentarios. El nombre de “glosadores” se les atribuyó por el procedimiento que utilizaron en el estudio de los textos legales, “...método exegético...que significaba un respeto total a la letra de lo escrito por los bizantinos y a la autoridad de Justiniano. A la lectura, seguía una exégesis de cada uno de los textos. Como era necesaria la explicación de cada una de las palabras importantes, realizaban una pequeña glosa, es decir, un breve comentario en el cual se ampliaba el concepto de cada palabra o bien de una frase completa. Estas glosas figuraban, ya al margen (glosa marginal), o si eran más breves, intercaladas en el propio texto (glosa interlineal)...”²⁴⁴

Debe tenerse presente que estos juristas enfrentaron grandes dificultades, como por ejemplo la lengua: muchos textos estaban escritos en griego, y por ende, la idealización que esos textos abarcaban era complicada en su aprehensión. De modo que las glosas pretendían aclarar estas complejidades analíticamente. Pero precisar el sentido literal de las palabras era una tarea sumamente difícil cuando ellos contaban con

²⁴⁴ DI PIETRO, Alfredo, op. cit., ebook

una formación filológica e histórica adecuada pero limitada, por eso se dice que la interpretación que hacían de muchas de las palabras no era totalmente la acertada. “...En ocasiones, ante una palabra que presentaba varios sentidos, los glosadores optaban por el más verosímil o por el del uso más frecuente. ...Originariamente, las glosas eran simples aclaraciones de palabras, por lo que se introducían entre las líneas de los textos justinianos; de ahí que se denominen «glosas interlineales». Pero más tarde, se recogieron pequeños desarrollos teóricos, concordancias con otros textos del Corpus, antinomias y excepciones. La amplitud de este *apparatus* determinó que la glosa se tuviera que escribir al margen del texto estudiado, dando lugar así a las «glosas marginales». Paulatinamente la labor del glosador se desligó de la interpretación puramente gramatical para llegar a comprender el sentido de la ley o la capacidad normativa que cada precepto tenía respecto a las posibles situaciones de hecho. El glosador empezó a hacer silogismos, argumentos y distinciones de cara a la comprensión de la *mens legum*. Ello suponía toda una serie de operaciones lógicas. En primer lugar, agrupar los pasajes que dentro del *Corpus iuris* concordaban con el texto estudiado *–loci paraleli–* y, del mismo modo, reunir aquellos pasajes que daban soluciones distintas *–exceptiones–*. Los glosadores, partiendo de la unidad de todo el *Corpus*, se negaron a admitir sus defectos del mismo e intentaron salvar todas estas contradicciones y redundancias. Ello significó un enorme esfuerzo por parte del glosador, quien tuvo que apartarse de la literalidad del texto y, mediante su razonamiento, tratar de hacer una construcción sistemática de todos los textos del *Corpus*...”²⁴⁵

Esta primera puesta en valor de gran esfuerzo y paciencia, caracterizada por el método literal exegético siguió su desarrollo y continuaron avanzando otros juristas en la tarea de asentamiento y recopilación también de las propias glosas y de anotaciones.

Siguiendo este proceso, en siglo XIV surge un grupo de expertos del derecho romano que se los conoce como “Escuela de los Comentaristas”: “... estos estudiosos, conocidos como "comentadores" y también como "bartolistas", continúan en la labor de los Glosadores ("post-glosadores"). Pero el método es ahora distinto. La tarea de apego a la letra de los textos romanos, es decir, el método exegético, es reemplazada por el

²⁴⁵ ROGEL VIDE, Carlos, op. cit., pág. 179

modelo escolástico. Se trabajan los textos pero buscando establecer generalizaciones de las materias, con ampliaciones, divisiones, subdivisiones y clasificaciones que atendieran a los problemas vigentes en su época, sirviendo a los jueces y a los estudiantes...”²⁴⁶ Y se dice que de estos estudiosos, entre los cuales se destaca Bartolo (por ello la denominación “bartolistas”), surgió la autoridad para erigir en Europa el Derecho Romano como Derecho Común.

Se podría avanzar en la evolución y dispersión del Derecho Romano hasta la hispanidad que genera su cruce transoceánico, lo cual es ciertamente magno, pues transcurren dos milenios de vigencia de un sistema jurídico que permitió y permite su aplicación en pueblos y culturas diferentes, y lo hace a través de su correcta interpretación en relación a la evolución humana.

Mas lo que interesa en este acápite, es el papel fundamental que tuvieron las *regula iuris* para los glosadores y post-glosadores en el entendimiento e interpretación del cuerpo normativo romano. Herramientas que al hacer efectiva la comprensión coadyuvaron, aunque quizás indirectamente, a la propagación del derecho romano por Occidente.

Así en la recuperación que con tanto esfuerzo asumieron los glosadores, aparecen como señeras las “*regulae iuris*”. Pues para sobrellevar las dificultades de comprensión que le presentaban los textos se sirvieron de estas “*regulae iuris*”. Y es que “...en su afán por entender los textos, los glosadores tuvieron siempre una gran preocupación por las definiciones. Se esforzaron por definir y concretar los conceptos y para ello tuvieron la estimable ayuda de las *regula iuris*. Utilizaron su capacidad dialéctica para aclarar los conceptos y definir los principios sobre los que descansan los fundamentos de cada norma. Estas reglas, llamadas primero *generalia* y más tarde *brocarda*, tenían una finalidad escolar. Estos procesos lógicos descritos – concordancias de pasajes paralelos y contrarios, elaboración de definiciones y reglas generales– constituyeron el camino preparatorio para otro tipo de obras de más envergadura: las *summae* o tratados sistemáticos y completos en donde confluían todas las nociones y conceptos de la materia tratada...”²⁴⁷.

²⁴⁶ DI PIETRO, Alfredo, op. cit., ebook

²⁴⁷ ROGEL VIDE, Carlos, op. cit., pág. 180

Las *regula iuris* de los juristas romanos fueron llamadas también “adagios” o “aforismos”, y en principio las utilizaron sólo con fines didácticos, pero en su desarrollo trascendieron lo meramente pedagógico, y fueron valederas para la práctica, y han sido y siguen siendo utilizadas.

Los historiadores sostienen que, en un principio, los juristas romanos no tenían la intención de elaborar conceptos jurídicos abstractos y generales tales como hoy en día se formulan distinguiendo teoría de práctica. Su propósito era la solución del caso concreto: *utilitas*, y lo hacían mirando las circunstancias del caso, la naturaleza de las cosas, y dando una respuesta jurídica basada en conceptos tradicionales de lo justo o de lo injusto captado de la realidad, y no como una abstracción. Ahora bien, esto no significa que no teorizaran de ningún modo, lo hacían pero en el formato de lo que podría entenderse como “teoría útil”.

En este contexto y avanzado el tiempo de los juristas del período clásico “... los juristas de la época republicana tardía, bajo la influencia de la dialéctica griega, formularon ciertos principios en un sentido abstracto por medio de la generalización de las decisiones que habían ido alcanzando a través del estudio de los casos concretos. Al ser los juristas esencialmente prácticos, procuraban alcanzar las mejores decisiones en los casos que se les presentaban, no buscaban establecer regla alguna al respecto. En el período postclásico se revivió la influencia griega que se correspondía a su vez con un interés en las reglas generales, muy seguidas por los bizantinos... Los juristas romanos utilizaron el término “*regulae*” para hacer referencia a reglas que fueron formuladas por los *veteres*. Los propios juristas clásicos no formularon reglas en sentido estricto: las reglas generales fueron ... un producto helenístico y por consiguiente sólo se pueden encontrar entre los *veteres* y los bizantinos. De las Instituciones de Gayo, por ejemplo, podemos señalar que en raras ocasiones se decide a realizar alguna definición ... pero en ocho ocasiones se refiere a la palabra “*regulae*” en sus Instituciones... dos como estándar o medida de la conducta necesaria para dotar de eficacia un acto jurídico, otras tres como *Spruchregel*, y otras tantas como *Rechtsregel*, lo que traduce como norma jurídica...”²⁴⁸ Estas máximas que elaboraron, como afirmaciones generales y teóricas,

²⁴⁸ DE LAS CASAS LEÓN, María Etelvina, “El origen de las *regulae iuris*”, *Revista General de Derecho Romano* N° 32, Año 2019, https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=11&numero=32, consultada en 3/07/2021

fueron, un instrumento de trabajo usado por muchos juristas, y de la labor de resolver casos concretos, y dar respuesta y soluciones a los problemas que se le presentaban, surgieron esas reglas que luego también usaron en su tarea.

En cuanto al concepto de las *regulae iuris* los romanistas lo encuentran en la obra de Paulo²⁴⁹: “... “*Regula est quæ rem quæ est breviter enarrat. Non est regula ius*

²⁴⁹ “...Paulo Julio (180 – 235 d. C.) Jurisconsulto de la antigua Roma, cuyas fechas de nacimiento y de muerte se desconocen, aunque se sabe que ejerció su carrera en el período comprendido entre el reinado de Comodo y el de Alejandro Severo(180-235 d.C.). ...Era discípulo de Cervidio Escévola, al cual se refería en sus escritos con el apelativo de *master*. ...Fue asesor de Papiano cuando éste ocupaba el cargo del prefecto del pretorio. Posteriormente, desempeñó los cargos de *magister memoriae*, pretor y prefecto del pretorio, puesto éste último que desempeñó bajo Alejandro Severo, quien lo había rescatado del destierro al que había sido condenado por Heliogábalo, y desde el cual, además de sus labores militares, actuó como asesor jurídico del emperador y como el más alto juez de la administración judicial del Imperio...Paulo fue el escritor jurídico más fecundo de la Antigua Roma. Entre todos sus escritos destacaban los 78 libros *ad Edictum*, en lo que trataba de seguir con fidelidad la legislación edictal. También escribió dos libros en los que analizaba los edictos edilicios. Dedicó dieciséis libros a las obras de Sabino. Redactó varias *notae* a obras de juristas anteriores, entre las que se encontraban los *digesta* de Juliano, las *quaestiones* de C. Escévola y los *responsa* y *quaestiones* de Papiano. Fue autor de dos libros de *institutiones* y los seis de *regulae*, comentarios a varias leyes y senadoconsultos, sobre los *officia* de los funcionarios imperiales y sobre temas de derecho fiscal y penal. Comentó las *leges* de Augusto: *Iulia et Papia Poppea* y *Iulia de adulteriis*. También escribió varios *libri responsorum* en los que daba respuestas a casos prácticos concretos, que se ordenaban generalmente conforme al sistema edictal. A todo ello hay que añadir 25 libros de *quaestiones* y los 23 de *responsa* que eran de naturaleza causística...Con excepción de las obras *Sententiarum*, *Regularue Institutionum*, que han llegado hasta nosotros en su integridad, las demás nos han llegado en fragmentos que fueron recopilados en el Digesto, obra en la que los compiladores incluyeron dos mil fragmentos a él atribuidos. A través del Derecho visigótico nos han llegado las *Pauli sententiae*, obra compuesta a fines del siglo II d.C. con escritos jurídicos del período clásico tardío, entre los que se encontraban fragmentos de Paulo y otros escritores, aunque posteriormente se demostró que esta obra era en realidad de un jurista posterior que imitó su estilo. En la Biblioteca Vaticana se ha conservado un escrito que contiene fragmentos de comentarios a la legislación imperial atribuida a Paulo...Con el comienzo del período clásico tardío en el Derecho romano. Su labor se orientó hacia la recopilación y ordenación del derecho de las épocas anteriores, el cual trató de hacer comprensible en su conjunto. Sus escritos se basaban en los patrones de la época clásica. Algunos autores, como fue el caso de Otto, lo calificaron de sabiniano, mientras que otros le incluyeron en el grupo de los *Erciscondae*; pero los autores contemporáneos a

summatur, sed ex iure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, uti ait Sabinus quasi causæ coniectio est, quæ simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum” (“Regla es la que expone brevemente la cosa, tal cual es. El derecho no se toma de la regla, sino que la regla se hace con arreglo al derecho que existe. Así pues, por medio de una regla se hace breve narración de las cosas y, como dice Sabino, es como un compendio de la causa, que tan pronto como es viciada en algo, pierde su eficacia”). En este texto se explica con toda claridad la misión de la *regula*: un carácter de explicación breve de una determinada decisión jurídica. La regla se forma del Derecho, tal y como ya hemos expresado y por lo tanto, a él están subordinadas (*non ex regula ius sumatur*); en caso de que se demuestre su inaplicabilidad, sería cuando perdería su función... el uso de una *regula iuris* orienta y aclara casos particulares. Pero desde el momento en que se quiera generalizar su alcance, es cuando se entraría en contradicciones. De ahí que los juristas romanos,

Paulo, Escévola, Ulpiano y Moscovio, le describieron como *legum peritorum coryphaeus*, debido a su perfecto dominio de la gigantesca y complicada materia que apareció en sus escritos. Una de sus principales características era la de mantenerse siempre adherido a lo que él consideraba los principios rigurosos del Derecho. Elogió a los jurisconsultos que le habían precedido en su tarea, aunque no dudó en impugnar con frecuencia sus opiniones si consideraba que no respondían al espíritu de la ley. ... Desde finales del siglo III d.C. hasta mediados del siglo IV d.C. sus escritos fueron estudiados a fondo en las escuelas jurídicas de Roma y de todo el Imperio. Durante esta época se compusieron numerosas obras con su nombre, cuya falsedad se ha comprobado en investigaciones posteriores. Durante el dominado surgió el problema de cómo aplicar en los juicios el Derecho plasmado en la literatura clásica. Con el fin de solucionar esta situación, Constantino prohibió en 321 que se utilizaran como alegación, durante los procesos judiciales, las *notae* que realizó a las *quaestiones* y *responsa*. Seis años después, el mismo emperador declaró que las *Pauli Sententiae*, de cuya autenticidad no se dudaba en aquella época, eran la máxima autoridad en los procesos judiciales...En el 426 d.C. el emperador Valentiniano III aprobó la Ley de Citas, la cual establecía que las únicas opiniones que podían alegarse durante un juicio eran las de Papiano, Paulo, Ulpiano, Modestino y Gayo. Las de Paulo se aceptaron porque sus escritos era una importante fuente de todo el Derecho romano del período clásico. En el 438, el emperador de Bizancio Teodosio II, estableció que se podía utilizar la opinión de cualquier jurista, siempre que fuera confirmada por algún escrito de los cinco de la Ley de Citas...” MCNBiografías, <http://www.mcnbiografias.com/app-bio/do/show?key=paulo-julio>, consultada el 3/07/2021

generalmente, no las formularan como resumen de un derecho vigente, ni como principios a aplicar siempre de forma rigurosa...”²⁵⁰

Esta definición de Paulo presenta un neto antecedente histórico de lo que hoy llamamos “principios generales del derecho”, ya que sin duda contempla claramente una de las funciones que sin dudas cumplen: la interpretativa.

A modo ejemplificativo se reproducen algunas de esas máximas, la de los tiempos más antiguos, a saber: "el que puede lo más, puede lo menos", "nadie puede aprovecharse de su propia torpeza o dolo", "las leyes claras no se interpretan", "donde el derecho no distingue, no es lícito al intérprete distinguir", "la madre siempre es cierta", "nadie puede hacérsele un heredero en su contra", "nadie puede obligarse a algo imposible". Estos adagios, muestran la capacidad de observación, de síntesis, de sentido común de los juristas romanos.

Y si bien se entiende que son los antecedentes claros de los principios jurídicos actuales, hay que señalar que los romanistas mencionan que estas *regulae iuris* son la “... elaboración científica del derecho, ya que se pueden considerar como un medio característico del avance de la ciencia, viniendo derivadas de la experiencia secular de la práctica jurídica, por lo que fueron transmitidas y consideradas siempre como principios fundamentales del *ius civile* y, en cuanto tales, inderogables...”²⁵¹ pero su carácter normativo continua siendo un problema abierto para los estudios romanistas.²⁵²

²⁵⁰ DE LAS CASAS LEON, María Etelvina, op. cit., consultada en 3/07/2021

²⁵¹ GARCÍA FUEYO, Beatriz, *Anotaciones a la regula iuris, prior tempore potior iure: de roma al derecho vigente*, *Revista General de Derecho Romano* N° 32, Año 2019, https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=11&numero=32, consultada el 3/07/2021

²⁵² Cfr. DE LAS CASAS LEÓN, Ma. Etelvina, op. cit. en nota 72 refiere: “...Blanch Nougues, J.M. Op. cit. pp. 59; Sansón Rodríguez, M.V. La regla “nemo plus iuris... op. cit. pp. 3 considera que el tema de las *regulae iuris* ha sido y sigue siendo debatido por la doctrina. No solo su origen, sino igualmente sus características y fuerza normativa. En este sentido, para la opinión todavía predominante, la regla tenía eficacia vinculante, mientras que para otros esa eficacia vinculante era diversa dependiendo de que se tratase de una regla normativa, casuística o definitoria. Así las reglas más antiguas formuladas por los *veteres* (dicta) tendrían fuerza vinculante, mientras que las reglas de los *libri regularum* del Principado eran consideradas únicamente como casuísticas, de carácter descriptivo y de valor relativo...”

5.- Recapitulación final y conclusión

La tarea de encontrar en el derecho romano el antecedente histórico de la solidaridad familiar, y también de los principios jurídicos, corresponde a un campo científico abordado por romanistas, juristas e historiadores de tal magnitud que merece un tratamiento específico, y aun así la cuestión quedaría abierta, por la falta de fuentes que algunos mencionan, como así también por la posibilidad de encontrarlas a futuro. Por ello, en este capítulo se mencionan las conclusiones que tienen mayor consenso entre los estudiosos del derecho romano.

En primer lugar se relatan los elementos de tiempo, espacio, situación social, cultural y jurídica, que dieron marco al inicio y desarrollo del derecho romano, pues permiten una mejor comprensión de la evolución de ese pueblo, que como se dijo elaboró su derecho para sí mismo, y sin intención, su obra los trascendió y llegó al presente día.

El estudio de la familia romana se desarrolla brevemente, mostrando sus características sobresalientes como lo fue la figura del *pater* y su grandes atributos de autoridad: "...El derecho Romano reconoció al *paterfamilias* una serie de potestades, con carácter unitario y extendiéndose por igual a todas las cosas, personas sometidas y esclavos, sobre los hijos y descendientes..., definidas por Gayo (Inst. 1.55) como "*algo propio y específico de los ciudadanos romanos*", un poder absoluto, de carácter ilimitado que consistía en una serie de facultades sobre los hijos, como el *ius vitae et necis* ... que durante mucho tiempo pudo ejercer sobre sus sometidos, el *ius vendendi*..., el *ius noxae dandi*, y el *ius exponendi*, una práctica habitual que permitía al *pater* regular la formación de su propia familia, pudiendo abandonar a los hijos recién nacidos. Dichas potestades, ejercidas en la época primitiva con carácter absoluto, estaban sujetas a una serie de limitacionessu ejercicio, venía limitado por las costumbres de los antepasados, *mores maiorum*, contrarias a todo abuso en la conducta paterna, y por la ritual consulta al tribunal llamado *iudicium domesticum*, que constituía una institución familiar consuetudinaria equilibradora del poder paterno, que

normalmente se consultaba, con carácter previo, a toda cualquier decisión sancionadora emitida por el cabeza de familia...²⁵³

Y en este contexto singular de familia, se puede hallar la virtud de la *pietas*, valor moral que los romanistas resaltan en relación a todas áreas que involucraba la vida de esa familia, en primer lugar la religión, pero también en relación a los nexos de todos sus miembros y los vínculos sociales.

Desde luego, hay una evolución y desarrollo de esos valores a lo largo del tiempo, esa *pietas* fue creciendo a la par, y se vio como la cristiandad influyó en su maduración, encontrándose así con la figura del derecho alimenticio en el sistema jurídico romano: "...En el año 374, encontramos dos disposiciones dadas por los emperadores Valentiniano, Valente y Graciano, a Probo, prefecto del pretorio, recogida en C.8.51.2, donde expresamente se prohíbe la exposición, y se sanciona, en consonancia con la normativa precedente con la pérdida de la *patria potestas*, al afirmar que existe obligación de los padres de criar a los hijos *unusquisque subolem suam nutriat*...."²⁵⁴

Además, otros romanistas ven la aplicación e influencia de la *pietas* romana en otras instituciones del derecho civil romano con lo fue la *sucesión mortis causa*, ya que la sucesión intestada fue variando a lo largo del tiempo y desplazando a lo que se denomina familia agnaticia.

Con respecto a los principios jurídicos, es notable lo que representan las *regulae iuris* como antecedente histórico. Y es que los juristas romanos no tuvieron ninguna intención de teorizar, al menos con el formato que hoy se conoce, sin embargo por su gran poder de observación, la influencia del pensamiento griego, y la evolución natural del pensamiento, llegaron a formulaciones, a máximas, que contenían todo el peso de sus normas. Muchos aforismos fueron solo didácticos, pero otros tuvieron un contenido superior "...Algunas fórmulas tienden a ampliar las exigencias morales en la vida del derecho hasta confundir el derecho y la moral, al estilo helénico. Los preceptos

²⁵³ ORTEGA GONZALEZ, Tewise, *Conservación y pérdida de la patriapotestas: a propósito del d. 40.4.29*, Revista General de Derecho Romano N° 34, 2020, https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=422696&d=1, consultada el 3/07/2021

²⁵⁴ ORTEGA GONZALES, Tewise, op. cit., consultada el 3/07/2021

fundamentales del derecho son: vivir honestamente, no hacer daño a nadie y dar a cada uno lo suyo (Ulpiano). El derecho natural consiste en lo que es equitativo y bueno, *aequum ac bonum* (Paulo). La jurisprudencia es *ars boni et aequi* (Celso)...Aun suponiendo que tales fórmulas fueran en algún caso adornos retóricos nacidos de un prurito filosófico, es de justicia reconocer aquí la huella de la idea ciceroniana de un saber jurídico *ex intima philosophia...*²⁵⁵

Pietas y *regulae iuris* son claros antecedentes del derecho romano, que en la evolución y desarrollo del pensamiento humano y en particular del mundo jurídico, es posible hallar una clara huella en el principio jurídico de solidaridad familiar.

²⁵⁵ TRUYOL Y SERRA, Antonio, op. cit., pág. 198

Capítulo III

La solidaridad familiar como principio jurídico en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales

1.- Introducción

La segunda parte de la investigación se inició examinando el significado, la definición, el concepto de solidaridad en distintas ramas del saber, con el propósito de precisar lo que esas disciplinas aportan al entendimiento y alcance del conocimiento jurídico de la cuestión. Aclarado y fundamentado su sentido, se dirigió la investigación al mundo del derecho, iniciando la indagación sobre el principio jurídico de solidaridad en el derecho romano, en congruencia con la base romanista del ordenamiento jurídico argentino. El estudio arrojó resultados altamente positivos, conformando un antecedente de relevancia en los fundamentos de la hipótesis de trabajo planteada.

Para culminar esta segunda parte, se midió metodológicamente adecuado el estudio del tratamiento de la solidaridad familiar y los principios jurídicos en el ámbito del Derecho Público, específicamente en la Constitución Nacional y el “bloque de constitucionalidad”, como etapa previa y básica para el desarrollo del principio en su ámbito natural, el Derecho Privado.

Adecuada e imprescindible esta etapa de estudio por dos razones: en primer lugar, porque la Ley Fundamental es el cimiento sobre el que se edifica todo el sistema jurídico, teniendo así supremacía por sobre toda otra norma, y en segundo lugar, si bien el principio de solidaridad familiar corresponde naturalmente al Derecho de Familia, es necesario investigar en el Derecho Constitucional dado el desarrollo del concepto de constitucionalización del derecho privado. De modo que todo ello conduce en ante todo a examinar el ámbito los principios generales del derecho constitucional, y todo lo que con ello se vincula.

Como se dijo, también, la necesidad de este acápite reside en la concepción contemporánea del Derecho Público y del Derecho Privado ya que "...puede registrarse un cambio de cultura constitucional, que importa el tránsito de la idea que hemos llamado de la constitución-promesa (un texto pletórico de derechos, pero de realización muy futura, y principalmente a cargo de los poderes "políticos": el Congreso y el Presidente), a la noción de la constitución-contrato: una constitución reclamable y exigible ante los tribunales...."²⁵⁶ Este cambio de cultura constitucional, por así decir, se traduce en lo que la doctrina actual denomina "constitucionalización del derecho privado", y por el cual en líneas generales se observa la incorporación en el texto de la CN y de los tratados constitucionalizados cuestiones que siempre se han considerado propias del Derecho Privado.

Por su parte, y haciendo suya esta nueva cultura constitucional, la redacción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, ha tenido presente los Tratados Internacionales en general, en particular los de Derechos Humanos, como así también los reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. El vigente CCyCN establece una comunidad de principios entre la Constitución, el Derecho Público y el Derecho Privado: "...El Título Preliminar es concebido como la puerta de entrada al Código Civil y Comercial y al resto del sistema, lo que tiene varias consecuencias...La primera consecuencia es que articula la Constitución y todo el bloque de constitucionalidad, que incluye los tratados de derechos humanos, con el derecho privado. Ello es así porque en este título están las mismas categorías típicas que recoge la norma constitucional y que antes no existían en el derecho codificado..."²⁵⁷

En verdad es un cambio cultural para el pensamiento jurídico nacional, un paso evolutivo por el cual colectivamente se adhirió a la idea que sostiene la doctrina en torno al Derecho constitucional "...El Derecho Constitucional no es un conjunto de doctrina sino un diálogo continuo sobre las cuestiones fundamentales que atañen a la naturaleza de nuestra sociedad..."²⁵⁸

²⁵⁶SAGÜES; Néstor, "Trabajo del programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina", *Diálogo Político*, Buenos Aires, Fundación Konrad Adenauer, 2010, Nº 4.

²⁵⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Fundamentos...*, op. cit., pág. 21

²⁵⁸SOLA, Juan Vicente, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2010, pág. 2

Durante un largo tiempo se pensó prioritariamente a la Constitución como una herramienta del orden estructural de la Nación, en este sentido el profesor Sagiés enseña “... El derecho constitucional clásico es el sector del mundo jurídico que se ocupa de la organización fundamental del Estado.... -y más adelante agrega- Hesse apunta que la constitución (y por ende, cabe añadir del derecho constitucional) no es solamente el orden jurídico fundamental del Estado, sino el orden jurídico de toda la comunidad. La Tesis es correcta, en el sentido de que el derecho constitucional se ocupa asimismo, a menudo, de asuntos de derecho civil, mercantil, procesal, penal, etc. Y no únicamente del Estado en sentido estricto. Pero conviene dejar en claro (salvo que se acepte una concepción totalitaria, de por sí inaceptable) que el derecho constitucional, como cualquier rama del mundo jurídico, no está habilitado para regular aspectos que hagan a la esfera privativa de las personas y de las familias, salvo para declarar que en tales ámbitos su comportamiento es propio de ellas, y no debe ser interferido por el Estado o por individuos o corporaciones...”²⁵⁹.

Esta complejidad del fenómeno constitucional va más allá de lo puramente jurídico, la interacción del individuo, grupos sociales e instituciones, hacen que el Derecho Constitucional moderno abarque, no solamente las normas positivas que determinan la estructura formal de un sistema político, sino también de las instituciones políticas y las conductas individuales. Y obliga, a su vez a que el Derecho Privado “entrecruce” esas normas con las propias.

En palabras de Bidart Campos: “...La materia o el contenido (del derecho constitucional) están dados por dos grandes ámbitos o partes a) la que se refiere al poder, sus órganos, sus funciones, y las relaciones entre órganos y funciones; b) la que se refiere al modo de situación política de los hombres en el estado; sea en las relaciones del hombre con el propio estado, sea en las relaciones con los demás hombres. La primera parte se llama parte orgánica, o “Derecho constitucional del poder”. La segunda se llama parte dogmática, y en el constitucionalismo moderno (que define la situación política del hombre por el reconocimiento de su libertad y sus derechos) se puede llamar también “derecho constitucional de la libertad...”²⁶⁰ Expresión cargada de significado:

²⁵⁹SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Teoría de la...*, op. cit., pág. 59-60

²⁶⁰BIDART CAMPOS, Germán J, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino – El Derecho Constitucional de la Libertad*, Buenos Aires, Ediar S. A., 1992, T. I, pág. 35

“derecho constitucional de la libertad”, que evoca todos los derechos humanos que a lo largo de la historia han recibido su consagración constitucional, y que el derecho común hoy también consagra.

Ahora bien, esta constatación de la complejidad del Derecho Constitucional moderno que incorpora normas de conducta del ámbito privado, mueve a preguntar, y no como mera cuestión académica: cuando las normas de derecho privado están incluidas en la constitución ¿son de derecho constitucional? La doctrina responde: “... Cabe reiterar que la decisión del constituyente de incluir en la constitución reglas de contenido referentes a otras ramas del derecho, es legítima si es ejercida con prudencia y si tales áreas “constitucionalizadas” hacen efectivamente a la organización fundamental del Estado. Pellegrino Rossi, ya a mediados del siglo XIX, advertía que el derecho constitucional comprendía las “têtes de chapitre” (cabeza o títulos de capítulos) de las diferentes partes del mundo jurídico. En tales supuestos, la norma constitucional de contenido es, necesariamente, de derecho constitucional, aunque simultáneamente su materia aluda a puntos laborales, civiles y comerciales. Es factible así hablar de un derecho constitucional civil (si la regla constitucional disciplina cuestiones de matrimonio, dominio, herencia, etc.)...”²⁶¹ Algo no menor, dada la jerarquía que se le otorga al discernir la cuestión en este sentido.

Otra cuestión introductoria, que responde a la conformación del tema consiste en repensar, para su mejor comprensión, ya que genera un proceso mental inmediato de identificación, la categorización o clasificación que ha formulado la doctrina nacional en relación a la CN. Y dice que se trata de una Constitución “... codificada: ha sido dictada en 1853 con unidad de sistema y las reformas que se le han introducido se han incorporado a dicho sistema. Sin embargo, luego de la reforma de 1994 debe preguntarse si la Constitución no ha adquirido cierta dispersión al introducir un sector de normas que sin estar incorporadas al texto ostentan jerarquía constitucional (los once instrumentos internacionales sobre derechos humanos enumerados en el art. 75, inc. 22, párr., 2º, más los que Congreso pueda agregar por el mecanismo del tercer y último párrafo de esa norma)... 2. Es escrita: ... 3. Es rígida: para ser reformada, el artículo 30 CN dispone un procedimiento más dificultoso que el utilizado para dictar la legislación ordinaria y la intervención de un órgano extraordinario como es la Convención. ... Sin

²⁶¹SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Teoría de la ...*, op. cit., pág. 61-62

embargo, luego de la reforma de 1994, nuestra Constitución ha dejado de ser totalmente rígida a partir de la novedosa semirrigidez normativa prevista para dotar de jerarquía constitucional a aquellos tratados de derechos humanos que no la tienen art. 75, inciso 22 párrafo 3°. 4. No es pétrea ni contiene cláusulas pétreas... 5. Es derivada... 6. Es ideológica: históricamente, desenvuelve la ideología liberal individualista prevaleciente en el espíritu de los constituyentes de 1853; sumamente atenuado por el paso del tiempo y, en especial, por las reformas de 1957 y 1994 que la acercan al Estado de Bienestar o de Prestaciones... 7. Es normativa y nominal: atento a que su fuerza normativa no se expande a la totalidad de la realidad circundante. 8. Es cuasi genérica: porque si bien continúa sentando las líneas generales (estructura del Estado y la enunciación de los derechos) conforme al molde histórico del siglo XIX, la reforma de 1994 acrecentó considerablemente su texto...²⁶² Esta reseña de las características de la CN, resultan muy significativas, como por ejemplo, su naturaleza ideológica: el espíritu liberal e individualista predominante, pues sin dudas incide notablemente en la interpretación global de sus normas.

Parte de la doctrina sostiene también que "...la Ley Fundamental del país tiene rasgos racionales-normativos indelebiles: a) el principio de legalidad consagrado en el art. 19;... d) hace la separación entre poderes constituidos (legislativo, ejecutivo y judicial) y poder constituyente (convención constituyente); e) reconoce los derechos y garantía (parte dogmática) ..."²⁶³ Rasgos que deben iluminar minuciosamente todas las conductas de los operadores jurídicos y de la ciudadanía en su conjunto, con sus gobernantes incluidos.

Y finalmente, luego de observar detenidamente las particularidades de la Ley Fundamental, debe observarse el fenómeno de la constitucionalización del derecho privado tomando el nuevo CCyCN, legislado conforme los más modernos criterios doctrinales de la materia y que sus propios autores señalan: "... un Código del siglo XXI es un proceso de recodificación y de resistemización: en el primer aspecto se trata de pasar de un Código de reglas determinadas y autosuficientes a uno que contenga reglas,

²⁶²QUIROGA LAVIÉ, Humberto y otros, *Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, Tomo I, pág. 36-37

²⁶³ARMANAGUE, Juan F., *Curso de Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2009,, pág. 36

principios y valores capaces de constituirse en premisas básicas para el funcionamiento del derecho privado con la suficiente flexibilidad como para permitir su adaptabilidad; en el segundo aspecto, este Código es pensado como un sistema, es decir que su pretensión es articular las diversas partes del ordenamiento de modo coherente y flexible. Por ello es que hay una relación clara entre este Código y la Constitución, así como con los diversos microsistemas jurídicos...En este punto, no se trata solamente de un código de derecho civil y comercial, es decir, es transversal a las especialidades. El especialista en derecho constitucional encontrará las normas de aplicación de dispositivos de la Carta Magna; el procesalista advertirá que hay regulaciones sobre carga de la prueba...”²⁶⁴

Claramente el codificador ha respetado la nueva cultura de la constitucionalización que se señaló supra, considerando el ideario y la axiología constitucional.

Para concluir esta introducción, es oportuno mencionar que la tarea de avenir el Derecho Público y el Derecho Privado, es ardua, intrincada y de permanente estudio y labor “...la Constitución, reconocida la diversa jerarquía de las normas y la necesidad de su armonización, es la “fuente suprema”. La armonización, entre las fuentes, la Constitución y los tratados internacionales, por una parte; las Constituciones, la nacional y las provinciales, por otra parte, y la Constitución y las leyes, por lo demás, no es tarea sencilla y requiere de un gran esfuerzo...”²⁶⁵ Uno de los propósitos de esta investigación, trata sobre la concurrencia de los principios generales del derecho de ambas ramas, en el principio jurídico de solidaridad familiar.

2. La cuestión de los principios generales constitucionales

Entrando en la cuestión propia a examinar, es forzoso considerar en primer lugar si es posible referirse, y sin lugar a dudas, a la existencia de principios generales

²⁶⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Fundamentos...*, op. cit., pág. 17

²⁶⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Derecho Civil...*, op. cit., pág. 84

constitucionales, y en su caso, el contenido y trascendencia dentro del ordenamiento jurídico.

En la primera parte de esta obra se desarrolló ampliamente la cuestión de los principios jurídicos desde dos miradas complementarias: la ontológica y la de la teoría general del derecho. Dos puntos de vista distintos pero complementarios, cuyos exponentes, filósofos y grandes doctrinarios locales, afirman la “vitalidad” de los principios en todas sus facetas. Este cruce disciplinar se repite, como más adelante se verá, al considerar los principios jurídicos constitucionales, con la singularidad propia de su materia.

De modo que, y a riesgo de reiterar conceptos, tratándose de la Ley Fundamental, la cuestión amerita, en función de su superioridad, indagar en primer lugar en la especificidad de las normas constitucionales, pues tanto en lo que respecta a su imperatividad, como a su supremacía, deberá ser considerado para los principios. Teniendo en cuenta además, que la Constitución expresa los valores fundantes y básicos del ordenamiento jurídico todo.

Concreta y brevemente, se puede sostener que la doctrina distingue, entre las normas constitucionales, las operativas que son las que funcionan sin necesidad de reglamentación alguna; como lo son los art. 14 –de los derechos civiles de los habitantes – o el 18 –las garantías de los ciudadanos, pues aunque no tengan una ley reglamentaria, los jueces deben reconocerlos, de las normas programáticas, que tienen objetivos generales y necesitan para su aplicación y funcionamiento una norma que las reglamente. La doctrina en general entiende que el caso del juicio por jurados constituye una norma programática.

Esta distinción es muy importante, ya que “... No todas las reglas constitucionales tienen idéntico vigor formal. Pueden distinguirse: a) las cláusulas declarativas; b) las cláusulas programáticas (a su turno de cumplimiento discrecional o de cumplimiento obligatorio para el legislador), y c) las cláusulas operativas (permisivas, preceptivas y prohibitivas, de eficacia irrestricta o de eficacia restringida);... c) La cláusula constitucional programática es aquella no auto-operativa, o no autoaplicativa, (también se la llama de efecto diferido). En concreto, para funcionar requiere el dictado de otra norma, de tipo infraconstitucional u ordinario, que la reglamenta o instrumenta. Por eso las normas programáticas han sido juzgadas como

“bajo condición suspensiva” (la condición es el dictado de esa norma infraconstitucional, que entonces motoriza a las reglas constitucionales programáticas, convirtiéndolas en operativas). Frente a las normas programáticas, las operativas son autoaplicativas: se efectivizan sin necesidad de una norma complementaria. Un ejemplo drástico lo da el art. 15 de la Const. Argentina que proclama que en país no hay esclavos; y “los pocos que hoy existen (la Constitución se aprobó en 1853), quedan libres desde la jura de esta Constitución...”²⁶⁶

Es posible afirmar que existe consenso doctrinal en relación a esta clasificación de normas constitucionales.²⁶⁷

Ahora bien, dentro de este copioso entramado normativo constitucional, surge el interrogante si queda algún “espacio” para los principios jurídicos. Y tal como ya se investigó desde las más profundas disciplinas que atañen al derecho, la doctrina sostiene

²⁶⁶SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Teoría de la ...*, op. cit., pág. 260-262

²⁶⁷Un interesante análisis sobre las normas constitucionales es el que formula Mosset Iturraspe: “...el papel o rol de la Constitución ha sido sumamente debatido y ha dado lugar a criterios diferentes: a) Para un sector de la doctrina, calificado como tradicional actuaría como “límite” o “barrera” frente a las normas ordinarias. Admitido el ordenamiento como sistema completo y legítimo, la Constitución se encargaría, en forma excepcional o residual, de incidir sobre los “enunciados normativos ordinarios” para que los mismos “no ofendan” los intereses constitucionales protegidos; b) otro sector clásico, califica la norma constitucional como “principio general”, que pone límites a las normas ordinarias o infraconstitucionales; por ende, las normas nacidas de la Constitución carecerían de operatividad; c) una tercera posición, coincidente en buena medida con las anteriores, decimonónica, en nuestro parecer, niega a las normas constitucionales la posibilidad de disciplinar una relación de Derecho Civil, que queda en manos exclusivas de la normas infraconstitucionales; se juzga a las constitucionales como de aplicación indirecta, negándose su operatividad de manera exclusiva, dado que necesitan de la presencia de las normas ordinarias; d) coincidimos con Perlingieri en rechazar las opiniones precedentes y afirmar que las normas constitucionales, que son tales y no meros “principios”, generales o no, sin operatividad –y menos aun pautas o criterios-, tienen aplicación u operatividad directa, con carácter preeminente, debido a los “valores que ellas expresan, en un ordenamiento unitario, caracterizado por sus contenidos” (Perlingieri), exista o no norma ordinaria, específica, y en no limitar su alcance a la mera interpretación de las normas infraconstitucionales; se trata de “una norma de comportamiento” que obliga y, coincidiendo con la ordinaria, la refuerza, confirmando su eficacia. Frente a una contradicción ha de privar (sic.) –primar- la norma constitucional, puesto que la ordinaria aparecería como violatoria de un ordenamiento jerárquicamente superior. Perlingieri concluye su examen señalando que la constitucionalización del Derecho Civil es, a la vez, un esfuerzo de modernización, de actuación, “una renovación jurídica de valor”; es armonizar el derecho de las personas, el civil, con los valores y principios fundamentales, con “las necesidades existenciales de las personas”, con su pleno reconocimiento, con el valor unanimidad y dignidad; es mostrar los perfiles funcionales de los sistemas jurídicos...” MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Derecho Constitucional...*, op. cit., pág. 85-86

la existencia de los principios generales constitucionales, como otra “categoría” normativa. Los constitucionalistas lo observan del siguiente modo: “...Una corriente doctrinaria, por cierto hoy divulgada, postula diferenciar, entre las cláusulas constitucionales, a las normas de los principios. Aunque las pautas distintivas no siempre son uniformes, podría decirse que la cláusula-principio admite por su generalidad diversos grados de cumplimiento, y no dispone consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se den los supuestos a los que ella se refiera. Opera más bien como una especie de criterio o directriz que hace que el operador de la constitución tienda a inclinarse hacia una determinada solución jurídica. La cláusula-norma, en cambio, más específica, regula puntualmente una conducta y estatuye las consecuencias del caso. ... Para esta tesis de haber conflictos entre dos o más principios de la constitución, el operador constitucional debe ponderarlos y balancearlos, sin extinguir en esa tarea a ninguno de ellos. En cambio, de haber oposición entre normas constitucionales, bien podría ocurrir que una de ellas invalide a la otra (Dworkin). En términos muy generales, cabe constatar que los principios constitucionales anidan a menudo en las normas declarativas, en las programáticas y en el preámbulo, mientras que las normas o reglas, en el sentido restrictivo que aquí se les da, se insertan en las cláusulas autoejecutivas y autoaplicativas de la constitución...”²⁶⁸

En el texto citado, puede notarse la singularidad de la cuestión, siendo una tarea de incisiva contemplación desentrañar donde se encuentra radicada la categoría principalista en el texto de la Ley Fundamental.

Asunto complejo para la doctrina constitucional, que sostiene: “... El tema de los principios generales del derecho es uno de los más difíciles en filosofía jurídica. A los fines del derecho constitucional baste decir que se trata de principios informales del orden jurídico del estado, que arrancan de su constitución. En el caso argentino, de la constitución formal. Es admisible sostener que tales principios forman parte del derecho positivo. Pueden estar expresamente enunciados en sus normas, o no estarlo (es decir, hallarse implícitos). Lo que se discute es si son mero producto del derecho positivo, o si a veces provienen de una instancia superior (derecho natural o valor justicia). En el derecho constitucional argentino, creemos que buena parte de los principios generales que él anida, derivan del valor justicia o derecho natural. Se debate también si cada

²⁶⁸SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Teoría de la...*, op. cit., pág. 273

rama del derecho tiene sus propios principios generales, o si éstos pertenecen al “todo” del derecho, sin dividirse sectorialmente. Sea una cosa u otra, parece suficiente recordar que, por ser el derecho constitucional la base y raíz de todo el orden jurídico, se hallan en él principios generales, algunos que pueden considerárseles propios, y otros compartidos con otras partes del mundo jurídico (derecho civil, penal, procesal). Lo importante es advertir que el legislador, los jueces y sobre todo la Corte suprema acuden a menudo a los principios generales del derecho constitucional cuando debe aplicar la constitución, y especialmente cuando deben integrar lagunas del orden normativo...”²⁶⁹ Aseveración doctrinaria que se comparte, ya que la mera lectura del texto constitucional brinda clara y manifiesta certeza.

Admitiendo así su existencia primordial, resulta una consecuencia lógica sostener que el rol de los principios constitucionales es decisivo en sus funciones, en razón de tratarse del fundamento del ordenamiento jurídico positivo, y deben ser (y lo son) considerados por todos los operadores jurídicos: legisladores, jueces, doctrinarios, etc., al integrar las lagunas, interpretar normas, legislar sobre temas particulares. Claramente lo define Tobías, cuando se pregunta si los principios generales se identifican con los principios constitucionales y certeramente afirma: “...No obstante que puede decirse que una buena parte de ellos se ha "constitucionalizado", es necesario no confundirlos: los segundos producen efectos que no tienen los primeros. Los principios constitucionales tienen: a) eficacia interpretativa: la interpretación de una norma común debe hacerse de modo que resulte conforme con ellos: la integridad del ordenamiento jurídico impone una interacción entre el principio constitucional y la norma común que conduce a una interpretación de la segunda conforme al primero; b) eficacia informadora: los principios constitucionales sirven de orientación a la legislación ordinaria posconstitucional (son una directriz para el legislador y a la vez un límite a la potestad legislativa); aun, informan el ordenamiento preconstitucional, coadyuvando a la reconsideración de la interpretación de las normas ordinarias; c) eficacia directa: plasmados en una norma constitucional, se pueden invocar directamente cuando hay ley que no regule la garantía o derecho (salvo que se trate de normas programáticas); d) ineficacia por vía de inconstitucionalidad: plasmados en una

²⁶⁹ BIDART CAMPOS, Germán J., op. cit., T. I, pág. 72-73

norma constitucional, las normas inferiores que los contravienen son susceptibles de la tacha de inconstitucionalidad...»²⁷⁰

En otras palabras, existen principios específicos del derecho constitucional preeminentes “...No es frecuente encontrar en la literatura especializada una teoría sistemática de estos principios. Lo corriente es que se den por sobreentendidos ciertos principios, pero sin que se los clasifique y, más todavía, sin que se los describa en su conjunto. Paralelamente se constata que el tema, como cualquier otro de derecho constitucional, tiene un fuerte grado de ideologización, cosa comprensible en una materia que está teñida de politicidad. Detrás de cada proclamación de principios de derecho constitucional, en efecto, existe una postura política acerca del sentido y de los fines del poder. Cabe añadir que el listado de los principios del derecho constitucional no es pétreo ni concluido. Tanto por el desarrollo intelectual de la disciplina, como por mutaciones en su contexto ideológico, es factible que emerjan nuevos principios o que se alteren los presentes, en razón de las transformaciones operadas en el marco político y en la conciencia jurídica predominante. Un claro ejemplo de ello es el principio vigente del Estado social y democrático de derecho, que no era por cierto el imperante a los fines del siglo XIX...”²⁷¹

Otros ejemplos de estos principios son “... la expropiación no debe enriquecer ni empobrecer al expropiado; no hay más figuras privativas de la libertad corporal que las propias del proceso penal y del estado de sitio; toda persona física es a la vez y siempre persona jurídica; el proceso debe develar la verdad objetiva por sobre la verdad formal; las sentencias tienen que ser fundadas...”^{272 273}

²⁷⁰ TOBIAS, José Washington, *Tratado de Derecho Civil – Parte General*, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, Tomo I, e-book, consultado 17/09/2021

²⁷¹ SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Teoría de la...*, op. cit., pág. 91

²⁷² BIDART CAMPOS, Germán J., op. cit., T. I, pág. 73

²⁷³ Muy ilustrativa, interesante y a la vez profunda es la exposición del Prof. Casagne sobre el principio de igualdad, que resulta muy valioso reproducir: “...Un dato no muy divulgado que proporciona la historia comparada de los derechos fundamentales revela que Jean-Antoine Nicolas Caritat, marqués de Condorcet, una suerte de «filósofo universal» (según Voltaire), que sirvió de enlace entre la Ilustración y la Revolución, fue el primero en elaborar un Proyecto de Constitución en el que la igualdad era la base de los demás derechos en el marco de un modelo constitucional republicano. En su proyecto de Declaración de los Derechos Naturales, Civiles y Políticos de los Hombres de 1792, que presentó a la Asamblea francesa, definió el principio en el art. 1º de la siguiente forma: «una Constitución republicana que tenga como base la igualdad es la única conforme con la naturaleza, con la razón y la justicia, la

Puede ocurrir una situación de conflicto entre principios constitucionales, (como así también entre normas constitucionales), ante esta situación y para una posición doctrinaria: “... de haber conflicto entre dos o más principios de la constitución, el operador constitucional debe ponderarlos y balancearlos, sin extinguir en esa tarea a

única que puede conservar la igualdad de los ciudadanos y la dignidad de la especie humana»... Las constituciones decimonónicas tomaron, como es sabido, otro camino, inclinándose por la fórmula de la «igualdad ante la ley» sin atribuirle la condición de base y fundamento del sistema republicano ni preferencia alguna sobre la libertad y demás derechos fundamentales. En rigor, fue la consagración de una igualdad jurídica y no la concepción de la igualdad material o sustancial que propugnaba el marqués de Condorcet, la que, en definitiva, se impuso en el curso de la praxis constitucional a través de la legislación y la jurisprudencia, sin reconocer una prevalencia absoluta ni aún relativa, a la igualdad sobre las libertades y demás derechos fundamentales. De ese modo, con las debidas cautelas interpretativas para armonizarlo con la justicia y los derechos fundamentales, el principio constitucional de igualdad ante la ley se ha generalizado de tal manera que configura un principio general de derecho público, cuyo contenido formal y material se extendió a diferentes sectores y situaciones en el constitucionalismo moderno (v.gr., igualdad real de oportunidades, no discriminación, etc.). El proceso descrito determina la necesidad de contar con una construcción integral del principio de igualdad que sirva como fundamento que sustente la interpretación del principio en las leyes, en las decisiones administrativas sistemáticas que proponemos para analizar la teoría general, con sus raíces y los diferentes elementos que integran el principio, separándola de la praxis jurisprudencial y de la proyección del principio a diferentes sectores específicamente determinados. En otros términos, evitar el peligro de hacer de la igualdad una teoría holística que no discrimine los diferentes elementos y situaciones que integran su realidad en el mundo del derecho. Esa construcción integral no debe olvidar que si la igualdad tiene por fin proteger la dignidad del hombre, la desprotección que algunas legislaciones dejan a los seres humanos concebidos (que obviamente no pueden defenderse) al legalizar el aborto implica impedirles a las personas por nacer el derecho humano más fundamental de todos que es el derecho a la vida, dado que esos seres son personas humanas desde su concepción en el seno materno, como fue reconocido durante el siglo XIX y buena parte del XX por parte de los antiguos liberales que (ya fueran ateos o agnósticos) tenían plena conciencia de los principios del derecho natural y de los derechos fundamentales del hombre...” CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)*, Madrid, Editorial Reus, 2016, Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/sibuca/100489?page=196>. Como se sabe, el 24 de enero de 2021 entró en vigencia en todo el territorio nacional la Ley Nº 27.610 de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE) que garantiza: el derecho a decidir y acceder a la interrupción voluntaria del embarazo hasta la semana 14, inclusive, del proceso gestacional; el derecho a decidir y acceder a la interrupción voluntaria del embarazo a partir de la semana 15 del proceso gestacional en las siguientes situaciones: si el embarazo fuere resultado de una violación, con el requerimiento y la declaración jurada de la persona gestante, ante el personal de salud interviniente. En los casos de personas menores de 13 años de edad, la declaración jurada no será requerida; si estuviera en peligro la vida o la salud de la persona gestante. Claramente no se ponderó al legislar el principio constitucional de igualdad de las personas por nacer en ese período de su vida, de lo cual nada dice en los fundamentos para su sanción.

ninguno de ellos. En cambio, de haber oposición entre normas constitucionales, bien podría ocurrir que una de ellas invalidase a la otra (Dworkin)...”²⁷⁴

Reconoce también la doctrina que hay principios constitucionales que forman parte del plexo de los principios generales del derechos y otros de “...otras disciplinas jurídicas que ocasionalmente pueden quedar constitucionalizados, si una constitución los incorpora a su articulado. Por ejemplo el principio de “igual remuneración por igual tarea” está incluido en diversas constituciones... pero no es un principio privativo del derecho constitucional, sino un principio especial del derecho laboral (secuela, a su vez, de un principio general del derecho de igualdad), constitucionalizado en muchas leyes supremas...”²⁷⁵

Puede aseverarse entonces que no solo se pueden identificar los principios generales constitucionales, sino también que cumplen una función preeminente en el ordenamiento jurídico. Superioridad a considerar, como ya se expresara, recordando que “... los principios generales del derecho son “normas axiológicas” que aún sin formulación expresa tienen igual eficacia vinculante que las escritas, y que en los sistemas jurídicos de base romanistas –como el nuestro- es viable apreciar una creciente incorporación de los mismos en los textos legales no sólo en función interpretativa, sino fundamentalmente integradora. Su empleo frecuente por los operadores jurídicos es la muestra más cabal del agotamiento de los criterios del positivismo individualista, y de la vigencia de esa constante y vivificante “lucha por el derecho”...”²⁷⁶

Esta proclama se reitera, ya que la función de interpretación jurídica entendida en el sentido de tener por motivo “... reconocer o atribuir un significado jurídico a ciertos textos jurídicos (conductas, cosas, palabras y otros signos)...la interpretación jurídica ... es constitutivamente práctica, es decir, tiene por fin más o menos inmediato la dirección de una conducta en la que aparece implicada la justicia; dicho de otro modo: procura establecer racionalmente una norma de conducta jurídica...determinar racionalmente la conducta jurídica prohibida, obligatoria o permitida, ella se instala en el campo de la razón práctica, pues a ése modo de ejercer la razón le compete definir y

²⁷⁴SAGÜES, Néstor Pedro, *Teoría de la...*, op. cit., pág. 273

²⁷⁵SAGÜES, Néstor Pedro, *ib-*, pág. 88-89

²⁷⁶SAUX, Edgardo Ignacio, *Tratado ...*, op. cit., pág. 22

justificar el carácter deóntico de las conductas...²⁷⁷ Asunto de singular importancia cuando de los principios generales constitucionales se trata.

En cuanto a lo referido a la interpretación constitucional en general, Bidart Campos, enseña que "... La interpretación constitucional significa la interpretación de las normas que componen la constitución formal, así como las normas que, fuera de ella, tienen naturaleza o contenido constitucional. La interpretación busca desentrañar el sentido de la descripción efectuada por el autor de la norma; ello supone dos cosas a) que el intérprete retrocede mentalmente al momento de creación de la norma, y a la voluntad creadora en igual momento; b) que el intérprete confronta el sentido que a la norma le asigna la comunidad actual con sentido que le atribuyó el autor..."²⁷⁸

Otra parte de la doctrina expresa "... La importancia de la interpretación en materia constitucional –y en materia jurídica en general- resulta fácilmente verificable si se tiene en cuenta que antes de aplicar una norma jurídica a un caso concreto es necesaria su interpretación. Si la interpretación es el proceso racional por el cual se desentraña el sentido y alcance de una norma jurídica, no se concibe su aplicación a las relaciones sociales sin haber previamente acudido a la correcta aplicación del arte de interpretar. Aunque una norma no suscite dudas sobre su significado, de todas maneras resulta conveniente la sujeción de ella a las reglas de interpretación..."²⁷⁹

La tarea de interpretar esta dirigida a encontrar el significado de los postulados de una norma para que su aplicación sea fiel a la intención que tuvo su redactor. Ahora bien, la permanencia en el tiempo de la misma norma obliga al intérprete a tener una mirada amplia y dinámica, que vaya más allá del momento histórico particular de su dictado. Se produce entonces una suerte de coloquio entre el pasado, el presente y el futuro. En este diálogo tienen una voz protagonista los principios jurídicos.

Siguiendo el relato de la interpretación constitucional, se ha dicho que hay pautas básicas que el intérprete debe seguir: "... Al respecto, se impone la noción de supremacía de la constitución, principio que pone de manifiesto que su jerarquía obliga a que todas las normas inferiores no se opongan a lo que ella establece. Asimismo, la ley fundamental de un país es un pacto social que reúne las normas básicas que regulan

²⁷⁷VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación...*, op. cit., pág. 14-15

²⁷⁸BIDART CAMPOS, Germán J., op. cit., T. I, pág. 67

²⁷⁹BADENI, Gregorio, op. cit., pág. 79

las relaciones que se establecen en su ámbito, se trata de una suerte de gran programa o proyecto nacional concebido con la idea de que perdure lo máximo posible en el tiempo. En consecuencia, a diferencia de lo que ocurre con una ley común esta vigencia por un dilatado lapso, obliga al intérprete a adaptar el sentido de sus disposiciones en función de las circunstancias cambiantes que se van dando con el paso del tiempo. La reforma de 1994 le ha dado jerarquía constitucional a un conjunto de tratados de derechos humanos (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional); así, estos instrumentos comparten con la constitución el vértice superior de la pirámide jurídica, lo que lleva consigo la adhesión de nuestro derecho positivo a todos los postulados del derecho internacional de los derechos humanos...²⁸⁰

Es de destacar que la doctrina local se ha manifestado expresamente sobre este tópico. Al efecto se puede mencionar "...No es un método recomendable de hermenéutica suponer la inconsecuencia del legislador. Por eso, se reconoce que una norma no está aislada del restante orden jurídico, sino inserta en un sistema unitario y concluso, debiendo ser aprehendida en su conexión con las demás y, en particular, con las de la Constitución Nacional y los principios fundamentales que aseguren la íntima coherencia del ordenamiento en su conjunto, como también las otras disposiciones que disciplinan la material..."²⁸¹

Además, es preciso mencionar sucintamente otro tema relacionado, el de la integración normativa. "...La integración de la norma constitucional es un proceso jurídico creativo, destinado a cubrir lagunas o vacíos de la Constitución. Es un mecanismo distinto al de interpretación porque no existe aquí la norma a interpretar..."²⁸² Y claro está, acá también juegan un rol preponderante los principios generales del derecho: "...Mediante la autointegración, el jurista llena la laguna haciendo uso de elementos que brinda el propio ordenamiento constitucional; emplea así la analogía y los principios (generales y específicos) contenidos en la constitución de

²⁸⁰ SABSAY, Daniel Alberto, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2010, T. I, pág. 2

²⁸¹ SABSAY, Daniel Alberto, op. cit., pág. 12

²⁸² SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Teoría de la...*, op. cit., pág. 194

ese Estado ... A su turno, los principios de derecho positivo constitucional sirven asimismo para llenar los vacíos constitucionales, históricos o axiológicos...”²⁸³

Y como se mencionara, la reforma de 1994 incorporó el denominado “bloque de constitucionalidad”²⁸⁴: “... Una de las reformas más importantes incorporadas por la Convención reformadora de 1994 en la Constitución Nacional, consistió en la implícita modificación de su art. 31. Antes de la reforma, se entendía que los tratados internacionales se encontraban en igual ubicación jerárquica que las leyes de la Nación.... Tal situación ha variado sustancialmente a raíz de las disposiciones contenidas en los incs. 22 y 24 del art. 75 de la Constitución...”²⁸⁵ Esta reforma introduce en el Derecho Constitucional la normativa sobre Derechos Humanos de categoría internacional, de abundancia axiológica y de sumo interés para la investigación de los principios jurídicos, en todo su significado y funciones interpretativas e integrativas.

Se incorporaron en el inc. 22 del art. 75 las siguientes normas internacionales supralegales de protección de los derechos humanos: 1) la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 2) la Declaración Universal de Derechos Humanos; 3) la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 4) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 5) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; 6) la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; 7) la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; 8) la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 9) la Convención

²⁸³ SAGÜÉS, Néstor Pedro, *ib.*, pág. 202-203

²⁸⁴ La doctrina es unánime en afirmar que esta incorporación deviene de un proceso evolutivo jurisprudencial que va desde una postura tradicional de la CSJ –monismo jurídico- hasta el *leading case* “Ekmekdjian, Miguel Angel c, Sofovich, Gerardo” – sentencia del año 1992 - Fallos, 314:1492 – momento en el cual se da inicio al cambio de la posición jurisprudencial –dualismo-, variación que se verá consolidada con el fallo “Fibraca Constructora S.C.A. c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande” al año siguiente -Fallos, 316:1934- El desarrollo detallado de la transformación jurisprudencial se encuentra en: RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, *La Corte Suprema en el origen y el desarrollo de la constitucionalización de los Tratados sobre Derechos Humanos*, Fecha: 1-ene-1999 Cita: MJ-DOC-867-AR | MJD867

²⁸⁵ BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004, T. I, pág. 189

contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y 10) la Convención sobre los Derechos del Niño. Hoy día son catorce los tratados que gozan de rango constitucional, ya que se incorporaron con posterioridad los siguientes: 1) Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Ley N° 24.820, publicada en el B.O. del 29/05/1997); 2) Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (Ley N° 25.778, publicada en el B.O. del 03/09/2003); y 3) Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley N° 27.044, publicada en el B.O. del 22/12/2014). Sin lugar a dudas la nómina encierra en sí una riqueza axiológica humanitaria que repercute en el legislador, el jurista, en todos los hacedores del mundo del derecho.

Nótese que el grupo de tratados sobre derechos humanos usufructúan un rango superior, no solamente respecto de las leyes, sino también de los tratados de integración. De modo que, ante un eventual conflicto entre ellos, tendrán preferencia los tratados sobre derechos humanos. “... Es posible que las disposiciones contenidas en esta categoría de tratados resulten contradictorias. En tal caso, y por aplicación de la regla interpretativa finalista, se deberá dar preferencia a la cláusula que, de manera armónica, brinde una mejor tutela a la libertad y dignidad del hombre...”²⁸⁶

Esta prevalencia normativa, se puede aplicar analógicamente en relación a los principios jurídicos que anidan en el bloque de constitucionalidad y que el operador jurídico deberá considerar. Cuestión trascendental, pues como se apuntó al inicio de esta investigación, parte importante de la doctrina nacional considera que los principios generales del derecho encuentran su contenido (filosóficamente observados) en lo que denominan derechos humanos fundamentales. Afirma el Dr. Vigo: “...hemos concluido que el contenido de estos últimos –principios del derecho- son los derechos humanos naturales primarios o bienes humanos básicos o derechos fundamentales, y que por ende ellos constituyen la primera fuente de validez jurídica y la condición última de cualquier otra plena o inequívoca realidad jurídica. Por consiguiente, si el contenido de las normas jurídicas reitera el contenido de los derechos humanos fundamentales, sobreañade a la juridicidad intrínseca que recibe directamente de los “principios del derecho” ciertas notas que tienen que ver con la juridicidad contingente o

²⁸⁶BADENI, Gregorio, op. cit., pág. 191

extrínseca...²⁸⁷ Esta aseveración, si bien ontológica, llevada al campo de lo constitucional, confirma todo el relato realizado, en todo sentido, en su contenido substancial como en el formal. Tomando por ejemplo el principio *pro homine* que determina que toda interpretación deba redundar a favor del más amplio reconocimiento de los derechos y libertades de la persona, que comprendan el objeto de la disputa o litigio sobre el cual verse, consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos - art. 29, y examinándolo atentamente, se confirma que es un principio constitucional cuyo contenido se corresponde con los derechos humanos fundamentales, y que su consagración como norma supralegal le añade a su juridicidad intrínseca, juridicidad extrínseca.

Pero ahondando más aun en el tema, eminentes juristas argentinos encuentran que esta consagración de los tratados internacionales de protección de los derechos humanos ha resuelto de alguna manera la necesidad de desentrañar el alcance de los principios jurídicos, como así también lo relativo a su esencia, a su substancia. Esta es aseveración compartida por los Dres. Saux y Lorenzetti: "...No deja de ser relevante en la cuestión la opinión de Ricardo Lorenzetti, quien apunta que tanto el debate vinculado a si los principios generales del Derecho son emanaciones del mismo Derecho positivo, o si bien son un producto histórico, o en cambio son derivaciones del Derecho natural, y por otra parte el concerniente a si tienen o no formulación o esencia normativa, se ha relativizado mucho a partir del entramado de tratados internacionales que han sido constitucionalizados, incorporando una multiplicidad de principios –a la que juzga incluso como excesiva- que determina que los mismos "...se aplican no tanto por ser tales, sino por tener reconocimiento constitucional". De tal manera, concluye entonces en que queda poco en el Derecho natural, o en la historia, o en la naturaleza de las cosas, que no esté incorporado de alguna manera al lenguaje normativo. Coincidimos con ello...²⁸⁸

El examen realizado analizando en primer término las características propias de las normas constitucionales, su primacía, sus funciones, la incorporación del bloque de constitucionalidad, la analogía en el tratamiento de los principios generales del derecho constitucional, la trascendencia que para el tema genera la consagración constitucional

²⁸⁷ VIGO, Rodolfo, *Los principios...*, op. cit., pág. 73

²⁸⁸ SAUX, Edgardo Ignacio, *Tratado de Derecho Civil...*, op. cit., pág. 42 - 43

de los tratados internacionales de protección de los derechos humanos fundamentales, todo ello, se constituye como paso introductorio y fundamental para abordar el tema de la constitucionalización del derecho privado en general y del derecho de familia en particular.

Y para cerrar el tratamiento de este apartado y afirmar todo su contenido se entiende pertinente hacerlo con la aseveración de Lorenzetti: “...En el Derecho argentino, cuando se dice “Constitución” se hace referencia al “bloque de constitucionalidad”, que está constituido también por los tratados de derecho humanos. Es fuente de Derecho en dos sentidos: directa, a través de normas que se aplican en las relaciones jurídicas de Derecho Público y Privado; indirecta, modificando el “espíritu informador del Derecho” y cambiando los principios generales. Esta norma de conocimiento fundamenta el resto del sistema y por eso se dice que hay un principio de “supremacía constitucional”. En este sentido, el resto del sistema es “Derecho constitucional aplicado”, puesto que en él se detecta el proyecto de vida en común que la Constitución intenta imponer y representa a los valores sociales de vigencia efectiva...”²⁸⁹

3. El derecho privado constitucionalizado

Continuando con el orden elegido para la presente investigación, el cual está orientado a identificar y demostrar la vigencia, supremacía y eficacia del principio de solidaridad familiar, siendo la propuesta encontrar uno de sus cimientos en el seno del Derecho Constitucional, este postulado requiere, como se ha venido desarrollando, necesariamente entrecruzar distintas áreas del saber, dentro y fuera del campo disciplinar del mundo jurídico –como ya se hiciera-. Por ende, lo que a continuación se tratará es la unión de dos áreas que por mucho tiempo se estudiaron separadamente: el Derecho Público del Derecho Privado

Como se adelantó, antes de examinar la materia específica de la constitucionalización del Derecho de Familia, referirse a su marco global es un paso

²⁸⁹LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial...*, op. cit., T. I pág. 29

previo imprescindible. Esto es tratar la constitucionalización del derecho privado en general.

La doctrina local revela que "... En la doctrina europea viene desarrollándose en los últimos años un movimiento que estudia lo que ha dado en llamar "Derecho Civil constitucional". El motivo de estos estudios se encuentra en los procesos de reforma constitucional de la posguerra en algunos países como Italia, Alemania y la misma Francia, o más próximos en el tiempo como ha sucedido en España..."²⁹⁰ Sucede que han sido recepcionados en las constituciones derechos civiles que no se corresponden con el modelo clásico de la materia que debe normar. "... Así, en la Constitución española aparecen reglas relativas a los derechos de la personalidad tales como la intimidad, la imagen, el honor, el nombre; lo mismo que en la Ley Fundamental de Alemania Federal, con tal vigor que permite fundar lo que Larenz llama el Derecho general de la personalidad. Y otras normas constitucionales hacen referencia a la familia, la propiedad, el Derecho Sucesorio, en fin a muchas materias que se consideran propias del Derecho Civil..."²⁹¹

Hay que mencionar, como también se señalara anteriormente, la categorización de constitucionalidad dada a los Tratados y pactos internacionales de protección a los derechos humanos, ya que algo en su contenido coincide con este acápite, y obviamente los Estados partes se comprometen a garantizarlos conformando sus leyes locales.

Tradicionalmente, los derechos humanos han sido "catalogados" por la doctrina y la jurisprudencia dentro del derecho público, esto es la tutela de la situación del individuo frente al estado por parte principalmente de la Constitución Nacional, y el derecho privado se ocupó de las relaciones civiles entre los individuos. "...En otros términos, y tal como señala Aída Kemelmajer de Carlucci, básicamente se presentaba "el ordenamiento jurídico en dos campos: uno "the man versus the State" y, consecuentemente, una Constitución que le pone límites al accionar del Estado concediendo a la persona derechos que ella puede ejercer contra él; otro, el de una sociedad casi autorregulada "compuesta de hombres iguales en los que la autonomía de la voluntad es el primer motor del tráfico ... el transcurso del tiempo y la sucesión de

²⁹⁰RIVERA, Julio César, "El derecho privado constitucional", *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N°7, Santa Fe, 1994, pág. 27

²⁹¹RIVERA, Julio César, op cit., pág. 29-30

diversos acontecimientos políticos, sociales y culturales, han dado nacimiento a una nueva perspectiva que tiende a superar los ámbitos normativos cerrados y a dejar de lado la separación estricta entre estado y sociedad, equiparando la naturaleza de los derechos independientemente de quien sea el obligado a cumplirlos...²⁹²

Dicho de otro modo, la constitucionalización del derecho privado implica desplegar el área de aplicación de los principios constitucionales, superando la idea de “desconexión” entre el derecho constitucional y el derecho privado, y profundizando el diálogo permanente que debe imperar entre ambos.

Nos ilustra el profesor Rivera diciendo: “... Es casi inexplicable el largo silencio de la doctrina argentina –en particular la civilista- sobre la íntima relación del Código con la Constitución, siendo que Alberdi describió con precisión cuál debía ser el rol de aquél ... es difícilmente explicable por qué las ideas de Alberdi tan claramente expresadas, han pasado casi desapercibidas para los civilistas del siglo XX. Probablemente haya sido la veneración de que se hizo objeto el Código y a su autor, así como la atribución a Alberdi del error de haber pretendido evitar la sanción de un código único para todo el país, código que sin duda sirvió como un elemento de cohesión nacional ...”²⁹³. Realmente notable si se mira en retrospectiva esta omisión ya que algunas cuestiones del derecho privado se encuentran previstas en la constitución desde su sanción en 1853, como por ejemplo la propiedad (art. 17). Claro está, que resulta más atinado hablar de la constitucionalización del derecho privado desde la reforma del año 1994. Y es que el texto abarcó otros asuntos del derecho privado como lo son los art. 41, 42 y 43²⁹⁴. Y, en lo que a este trabajo respecta, es decisiva la

²⁹²GIL DOMINGUEZ, Andrés y otros, *Derecho Constitucional de Familia*, Buenos Aires, 2006, Ediar, T. I, pág. 2- 3

²⁹³RIVERA; Julio César, “La Constitucionalización del Derecho Privado en Proyecto de Código Civil y Comercial”, *Revista de Derecho Privado Comunitario*, Santa Fe, , Ed. Rubinzal-Culzoni, 2012, pág. 3-4

²⁹⁴ Por tratarse de normas constitucionales que muestran explícitamente el fenómeno de la constitucionalización se las reproduce: ARTÍCULO 41.- Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o

incorporación a la Constitución de los Tratados y pactos internacionales que tratan numerosos aspectos de la persona y la familia, pudiendo afirmarse sin dudar que operó una verdadera constitucionalización del derecho de familia.

Ahora bien, es de destacar la cuestión sobre la naturaleza de estas disposiciones: si se trata de normas de Derecho Civil o Comercial o de Derecho Público. El autor citado (siguiendo a Larenz), sostiene que la Constitución no pretende sustituir el ordenamiento jurídico privado vigente sino antes bien confirmarlo en cuanto totalidad y en sus fundamentos decisivos. Cuestión de importancia sustancial en lo que a interpretación judicial refiere, ya que pueden presentarse conflictos:^{295 296}

potencialmente peligrosos, y de los radiactivos. ARTÍCULO 42.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control. ARTÍCULO 43.- Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio. Los textos se reproducen para representar nítidamente las normas que corresponderían según la tradicional división nombrada al derecho privado y al derecho procesal, y que con la reforma de 1994 son normas constitucionales.

²⁹⁵ RIVERA, Julio César, *El Derecho Privado...*, op. cit., pág. 43

²⁹⁶ Mosset Iturraspe afirma que en la doctrina nacional "...es Rivera quien se ha ocupado con ilustración y plena solvencia del Derecho Privado Constitucional...como conclusión señala...a) Reconocimiento de que la Constitución es una verdadera norma jurídica de la que emanan derechos y facultades directamente operativos; b) incorporación a la Constitución de materias que se considera propias del Derecho Civil; ...d) reconocimiento en la Constitución del Derecho Supranacional de los Derechos

Por otra parte, la consitucionalizalización del derecho privado, no significa el tratamiento del CCyCN como una suerte de “ley reglamentaria” de la CN. Es evidentemente necesaria la coherencia de todo el ordenamiento jurídico, y como ya se citara con anterioridad esa fue una de las directrices seguidas por los relatores del CCyCN, de adecuar todas sus normas a la CN y al bloque de constitucionalidad. Ahora bien, lo que la doctrina refiere con constitucionalización es una cuestión más trascendente, que va al interior del sistema, y que por ello involucra los principios jurídicos los cuales sostienen el entramado normativo.

Vale también recordar que doctrinariamente se desarrollaron dos corrientes de pensamiento: las teorías verticalistas y las horizontalistas; “... frente a las teorías “verticalistas” para las que los derechos fundamentales sólo tienen aplicación en las relaciones entre los individuos y el estado y/o demás entes públicos, las últimas décadas han sido testigos del auge de las posturas “horizontalistas” -y, dentro de ellas, las “horizontalistas directas” –por las cuales se propicia la aplicación del catálogo de los derechos humanos entre los sujetos privados. Estas teorías se caracterizan por la eliminación de cualquier distinción rígida entre lo público y lo privado. En este sentido, “todo derecho, como construcción estatal que es, está sujeto, al igual que todas las relaciones que regula, a la Constitución y a los derechos fundamentales contenidos en ella. Así, en lugar de confiar en una división artificial de lo público y lo privado, debe aceptarse que todo tipo de normas jurídicas, y consecuentemente cualquier tipo de relación –pública o privada-, quedan sujetas a un examen de consistencia con la norma superior de los derechos humanos. Sólo de este modo...se respeta la unidad del ordenamiento jurídico y la debida protección de la persona...”²⁹⁷

La constitucionalización del derecho privado ha puesto sin lugar a dudas el énfasis en dos aspectos trascendentales: la unidad del ordenamiento y la debida protección de la persona. En relación a todo ello, Mosset Iturraspe refiere, tratando la reforma de 1994: “... Por su parte, el artículo 75, sobre las Atribuciones del Congreso, menciona: a) Los derechos de los pueblos indígenas; b) proveer lo conducente al

Humanos, que constituyen las causas del interés de la doctrina y de la jurisprudencia de los países europeos del denominado Derecho Civil Constitucional...” MOSSET ITURRASPE, Jorge, op. cit., pág. 35 –

36

²⁹⁷GIL DOMÍNGUEZ, Andrés y otros, op. cit., pág. 4

desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores; c) asegurar la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; d) medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato; e) asegurar la vigencia de los derechos humanos respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad, en particular...No pueden haber dudas acerca de la influencia de estos textos constitucionales –así como de los tratados internacionales- en el procesos de humanización del Derecho Privado, en general, y del Civil en particular. De ahí que se aluda, con alguna insistencia, al “Derecho Civil Constitucional”. La persona humana aparece, por fin en toda su plenitud, como centro y eje del Derecho. Ya no es más el *homo faber* el único tema de preocupación, la capacidad laboral o de producir bienes o riquezas; son ahora todos, mujeres y hombres, con aptitud para el trabajo y la producción o sin ella, desde la persona por nacer a la vejez, pasando por todas las etapas de la vida humana. Por lo demás, la Constitución Nacional, dentro del constitucionalismo social, “entra en diálogo” con los Códigos y microsistemas – “diálogo de las fuentes” – para buscar juntos la justicia social e individual, la equidad, la seguridad, el bien común, en otras palabras, el tránsito terrenal con un piso o mínimo de “felicidad”, superando la discriminación, la inseguridad, la marginación, la miseria...”²⁹⁸ Estas agudas observaciones, muestran claramente las implicancias de esta nueva concepción del derecho, de la nueva cultura constitucional, que en la unidad del sistema y la consideración de la persona, logra un Derecho Privado humanitario, en búsqueda de una base de bien común, que incluye contenidos del mundo de los valores.

. Completa este desarrollo, la contemplación de este sistema jurídico desde el punto de vista de lo que Rivera denomina la dimensión dikelógica o axiológica: “...En este sentido la constitucionalización implica que –como señalaba Alberdi- el derecho privado debe recoger valores propios del liberalismo político al que adscribe la Constitución...De lo cual –el liberalismo- van a resultar algunos principios fundamentales que estructuran la sociedad liberal, y que – como mínimo- son: ...Toda autoridad o convención social es susceptible de ser sometida a crítica... La neutralidad

²⁹⁸ MOSSET ITURRASPE, Jorge, op. cit., pág. 105-106

moral del Estado frente a las perspectivas morales de cada uno... la autonomía personal ... la inviolabilidad de la persona... la tolerancia... La dignidad personal ...”^{299 300}

Y continúa relatando con gran acierto: “...Los aspectos del constitucionalismo social incorporados con la reforma de 1994...Esta nueva realidad en la cual los derechos civiles parecen enraizados en la Constitución y en el derecho supranacional produce ciertos efectos de los cuales nos parece necesario destacar por lo menos dos: La pérdida del centralismo del Código ...el Código de hoy, no pretende tener un valor constitucional, no pretende ser perenne ni completo, pero sigue siendo el tejido conectivo de todo el derecho privado, el hace inteligible el sistema... Un nuevo perfil de Código...El nuevo CCy C que nos rige, se preocupa no solo de los derechos individuales, sino también de los denominados derechos de incidencia colectiva, e incorpora nuevos paradigmas que hunden sus raíces en la Constitución reformada de 1994: no discriminación, igualdad real, sociedad multicultural...”³⁰¹

De manera que esta incorporación al derecho constitucional y al derecho internacional de los derechos humanos de numerosos textos que tradicionalmente se los entendió propios del derecho privado, forjaron una trama interrelacionada de derechos, valores y obviamente de principios jurídicos. Toda ésta interrelación que hace posible

²⁹⁹ RIVERA, Julio César, *Introducción...*, op. cit., pág. 11 y sig.

³⁰⁰ El profesor Augusto Morello realiza también una destacada puesta en valor de la constitucionalización del derecho privado observándolo desde el punto de vista procesal, y expresa: “...Una es la constitucionalización, en la reforma de 1994, de un poderoso elenco de técnicas procesales de punta —amparo, hábeas corpus, hábeas data, etcétera—; otra, es el ensanchamiento del contenido, las direcciones y las perspectivas de los derechos humanos potenciados en tratados que, al nivel de jerarquía de las demás normas de nuestra Ley Máxima, asumen vigorosos perfiles que se interiorizan en cada habitante mediante un accionar activo del Estado y de la inteligente participación de la gente (art. 75, incs. 18,19 y 23 de la Const. Nac). Por último, devino clara la necesidad de remover los obstáculos de hecho, culturales y económicos, para el acceso generalizado a la jurisdicción y asegurar la cancelación de discriminaciones que quebrantan el principio de igualdad. Con esas notas distintivas queda dibujado el rostro de una concepción humanista, ética y justa que, desde el sistema de justicia, pero no sólo desde ese registro, avanza hacia el cruce de la frontera que separa (supera) el Estado de Derecho porfiando por consolidar el Estado de Justicia...” MORELLO, Augusto Mario, *El derecho y nosotros*, La Plata - Argentina, Librería Editora Platense S.R.L., 2010 Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/sibuca/66578?page=58>, consultado el 10/07/2021

³⁰¹ RIVERA, Julio César, op. cit., pág. 2-3

contar con un derecho civil constitucionalizado, elaborado con una mirada global e integradora, permite afirmar que el sistema cuenta con principios generales del derecho privado que poseen jerarquía constitucional, es decir, están dotados de la primacía y superioridad que la Ley Fundamental tiene en sí, y que por ende deben ser considerados al momento de necesitar recurrir a ellos.

Como se mencionó son numerosos, y se corresponde con los valores que se enunciaron. Con aludir a dos principios jurídicos, que fueran citados en este capítulo, el principio *pro homine* y el principio de igualdad, ambos derivados del principio de dignidad humana, se puede tener una clara idea de las implicación que surgen, cuestión que de analizarse sería el propósito de una investigación cuyo estudio excede el marco de la presente, por lo que, siguiendo el camino metodológico trazado, se ha de circunscribir el tema a lo esencial: la constitucionalización del derecho de familia.

4. La constitucionalización del derecho de familia

Sin apartarse del camino trazado, en la continuidad del relato naturalmente se arriba al área temática precisa: el Derecho de Familia.

En relación a ello, y haciendo extensivos los conceptos desarrollados a la materia en particular, la situación normativa actual descrita es la que se conoce como “constitucionalización del derecho de familia”. El término ha sido creado por Aída Kemelmajer de Carlucci, y así es reconocido por la doctrina local.³⁰²

La expresión “constitucionalización del derecho de familia” sintetiza la recepción que en el derecho público con doble fuente le otorgan al Derecho de Familia el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que no da lugar para que los códigos de derecho privado y las legislaciones dispersas sean pensados como techo del ordenamiento jurídico, pues tienen parámetros y normas superiores y vinculantes. Encuentra la doctrina local una perspectiva obligatoria marcada al derecho de familia por los derechos humanos, cuyos puntos principales sintetizan así: “... a) El Derecho de Familia deber ser observado para su aplicación

³⁰² v. nota 7 en GIL DOMÍNGUEZ, Andrés y otros, op. cit., pág. 3

desde la Constitución Nacional Argentina. b) Los tratados de derechos humanos que están presentes en la Constitución Nacional Argentina de 1994 no son una abstracción, sino que exigen adecuar la legislación del país a sus preceptos, por una parte; y por la otra, a los tribunales observar ese bloque de constitucionalidad prolijamente. c) Este imperativo se impone por mandato constitucional y urge que los operadores jurídicos institucionales internalicen y apliquen en su labor diaria la concepción jurídica de los derechos humanos en las relaciones de familia...f) Es exigible salvaguardar en las relaciones familiares, los derechos humanos presentes en los Tratados Internacionales que han recibido rango constitucional. g) Los instrumentos existen a disposición de los jueces para resolver conforme a la Constitución Nacional, ésta es la perspectiva diferente que debe imponerse, conforme la fuerza normativa de la Carta Magna...”³⁰³

Este fue el criterio que adoptaron los redactores del CCyCN: “...En efecto, desde la perspectiva jurídica, se requiere que los valores que la ley familiar recepta coincidan con los textos constitucionales. De allí que a nadie sorprenda el proceso de “constitucionalización” que vive el Derecho de Familia, hilo conductor de la reforma de 2014. Ese bloque de constitucionalidad, en los diversos países, hoy se integra con importantes documentos de derechos humanos, como son la Convención Europea y la Convención Interamericana, que incorporaron expresamente el “derecho de toda persona al respeto de la vida privada y familiar” (art. 8º, CEDH y art. 11.2. CIDH)...”³⁰⁴

El reconocimiento de esta dinámica normativa, generó una visión del derecho de familia con bases en nuevos arquetipos: “...Luego de la reforma constitucional de 1994 y a la luz de los tratados y convenciones que han venido a conformar la nueva redacción del art. 75, inc. 22, la doctrina ha puesto de resalto el surgimiento de nuevos paradigmas en el marco de la evidente interacción entre derechos humanos y derecho de familia. Estos paradigmas se han erigido como pautas interpretativas tanto frente a los viejos problemas que acarrea la regulación de la familia, como ante las diversas problemáticas y retos que han estallado en el mundo y han incidido directamente en el derecho de familia, particularmente, en las últimas décadas del siglo XX, tales como las uniones

³⁰³ LLOVERAS, Nora y otros, *Edición Homenaje – Dra. María Josefa Méndez Costa*, UNL, Santa Fe, 2001, pág 207-208

³⁰⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida y otros, *Tratado de Derecho de Familia*, op. cit., T. I pág. 28

homosexuales, el transexualismo, la reproducción asistida, entre tantos otros...mencionaremos sólo a título enunciativo, a saber: .Protección constitucional de la familia. “Desnaturalización” del concepto de familia y aceptación de nuevas formas de familia tales como uniones de hecho heterosexuales y homosexuales, familias ensambladas, familias monoparentales, etcétera. Reconocimiento y garantía de los derechos humanos de los integrantes de la familia. Protección integral de los niños y adolescentes: el niño como sujeto de derechos. Interés superior del niño. Humanización del derecho de familia. Trabajo interdisciplinario de la familia. Democratización de las relaciones de género en el seno de la familia y de los vínculos paterno-filiales y reconocimiento del acceso en igualdad de oportunidades y de trato al goce de sus derechos por parte de sus integrantes, especialmente de mujeres y niños. Libertad de intimidad familiar y autonomía de la voluntad en el marco de la regulación interna de las relaciones familiares. Responsabilidad parental vs. patria potestad como principio regulador de las relaciones paterno-filiales en función del interés del niño y su reconocimiento como sujeto de derechos. El derecho a la identidad constitutivo de la subjetividad como principio rector en materia de filiación biológica y adoptiva...”³⁰⁵

Todos ellos forman parte de la nueva legislación, ya que “...No debe extrañar, pues, que el Derecho de Familia esté hoy “contaminado” o, mejor dicho, presidido por el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esta nueva visión fue el punto de arranque del denominado proceso de “democratización” de la familia, que significó consagrar, entre otras garantías, la igualdad de los hijos y la de los cónyuges, la libertad individual o autonomía, la libertad de conciencia, etcétera, todo lo cual implicó importantes cambios en la legislación nacional para adecuarse a estos nuevos paradigmas, en distintas órbitas, incluso la de la previsión social. La importancia del cambio fue mayúscula...”³⁰⁶

A la luz de esta nueva cultura jurídica, es dable resaltar, en primordial lugar, su incidencia en la concepción actual de la familia, que como bien se aseveró anteriormente apunta hacia su “democratización”, y en virtud de ello se amplía su perspectiva en relación a los esquemas tradicionales, incorporándose los nuevos formatos familiares, con nuevas miradas también sobre los roles que cada uno de sus

³⁰⁵ GIL DOMINGUEZ, Andrés y otros, op. cit., T. I, pág. 39

³⁰⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y otros, *Tratado...*, op. cit. T. I pág. 32-33

miembros desarrolla. Una concepción democrática de familia, a la luz de Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, implica que jurídicamente hablando, merecen reconocimiento y protección legal las configuraciones contemporáneas del pequeño clan: “ ...Sobre las bases expuestas y a la luz de los derechos humanos reconocidos en el ámbito interno y en el contexto internacional, 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 un proyecto biográfico conjunto en los aspectos materiales y afectivos. En este sentido, y de manera 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, convivan o no; f) una persona sola con sus hijos tras haberse separado o divorciado; h) una madre que cría y educa sola a su hijo no reconocido por su padre; i) 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...Pero sí debe traducirse en la existencia de un piso mínimo de protección signado por el reconocimiento de los derechos humanos enunciados en nuestra regla de reconocimiento constitucional, piso que no puede ser desconocido por ningún orden jurídico infraconstitucional...”³⁰⁷ Se pueden reconocer todos estos formatos familiares con claridad con solo observar la comunidad en la que la vida presente se desarrolla, y por ende, dar acogida normativa a los mismos es realmente fiel al estilo organizacional que la sociedad local adoptó, esto es la vida democrática. Además, este criterio honra el principio de no discriminación, cuya consagración legal está plasmada en distintos institutos, como lo son la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención Internacional de todas Formas de Discriminación contra la Mujer, solo por mencionar dos. Esto implica, también, otra visión de los roles tradicionales que los miembros de la

³⁰⁷ GIL DOMINGUEZ, Andrés y otros, op. cit., T. I pág. 76

familia cumplen, por ejemplo, en razón del género cuestión que hoy es examinada con criterios evolucionados.³⁰⁸

La constitucionalización del derecho de familia, implica en definitiva, adoptar criterios multiculturales que abarcan la realidad globalizada en la que se desarrolla la vida cotidiana y que se puede palpar con solo acceder por un momento a las grandes redes sociales de comunicación virtual. Este ha sido también el sustrato filosófico del legislador del CCyCN, que en su lectura se puede observar : “...Por eso , el concepto jurídico de filiación, al igual que el de familia y el de matrimonio, no está atado a la “la naturaleza” sino que depende de las poblaciones, las filosofías políticas, las creencias religiosas, los modos de vida, etcétera. El concepto jurídico de familia es, pues, un dato

³⁰⁸ Esta concepción, es tributaria de otros principios constitucionales interrelacionados, como lo son el principio de igualdad, y en definitiva el de dignidad de la persona: “... El principio general de igualdad es parte del principio mayor de la dignidad humana y el carácter jurídico que se le atribuye tiene siempre por objeto el hombre, en forma directa (personas físicas) o indirecta (personas jurídicas). Desde luego que su contenido varía en función de la finalidad que cumple la igualdad en las diferentes formas de justicia de la filosofía clásica (conmutativa, distributiva y legal). Como principio jurídico, la igualdad aparece como un derecho o garantía a favor de los particulares, frente al Estado, en la mayoría de las constituciones antiguas y contemporáneas, lo que no fue óbice para que la proyección del principio, a través de la interdicción legal de la discriminación, se haya extendido a las relaciones entre particulares. Como todo derecho humano fundamental, su reconocimiento no proviene del Estado ni de la sociedad, sino de la propia naturaleza y dignidad del hombre. En este sentido, el principio de igualdad ha sido consagrado en tratados internacionales que, en nuestro sistema, poseen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN). Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos proclama que «todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos» mientras que la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe que «Los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social». A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha puntualizado que «existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación» señalando que «El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional»...” CASSAGNE, Juan Carlos, op. cit., recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/sibuca/100489?page=197>.

cultural. En otras palabras, aunque distintas formas familiares han existido y existen en todos los pueblos y en todas las épocas, el concepto de familia, como el de matrimonio y el de filiación, es una creación “cultural”, no “natural” o “esencial” y por lo tanto, cambiante. Esta posición favorece el libre intercambio de ideas sin falsear la realidad: bien decía Stuart Mill que “apelar a la naturaleza” es, con frecuencia, fuente de “pruebas falsas, filosofía falsa, moralidad falsa e incluso malas leyes”; “la apelación al statu quo y a lo supuestamente natural tiene un poder tan grande sobre nuestras mentes que muy raramente consideramos las malas consecuencias de seguir haciendo lo que hacemos...”³⁰⁹ Las aseveraciones apuntadas están en consonancia con el ideario de la CN: liberal, como ya se expresara.

Dicho todo esto sobre los criterios jurídicos actuales en la concepción de la organización familiar del tiempo presente, es momento de proseguir con el examen de los principios jurídicos constitucionales que informan esta rama del Derecho, y en particular el de solidaridad familiar.

5. Los principios jurídicos del Derecho de Familia constitucionalizado

Esta relación más íntima y vinculante entre el Derecho Privado y la Constitución Nacional permite enfocar el estudio de los principios generales constitucionales en relación con el Derecho de Familia

No es sencillo delimitar cuales son los principios jurídicos propios del Derecho de Familia, diferenciados del Derecho Privado y del constitucional, tampoco hay una barrera infranqueable entre ellos. “...Los que califican como principios específicos que, sobre la base del reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, comprenden su protección integral y los aspectos de esta protección en cuanto recaen sobre el matrimonio, la filiación (y la proyección de ambos sobre la identidad personal), la patria potestad y el parentesco, y después aquellos principios que

³⁰⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y otros, *Tratado ...*, op. cit. T. I pág. 42

el Derecho de Familia comparte con otras especialidades por formar parte del Derecho, a saber, la igualdad, la autonomía de la voluntad, la subsidiariedad, la solidaridad, la privacidad, e incluso los derechos del niño en cuanto su protección excede los límites de la responsabilidad de la familia. El tratamiento no puede ser exhaustivo ni pretender ser definitivo... porque ofrecen matices cambiantes y constantemente renovados bajo la influencia de los cambios de los hechos, incluido el progreso científico y, lo que es más valioso, la mayor agudeza con que se perciben las exigencias de Justicia y Bien Común....”^{310 311}

Como ya se consignara, la reforma constitucional de 1994 con la incorporación de los Tratados y Convenciones, puso de resalto doctrinariamente la interacción entre derechos humanos y derecho de familia, dando origen a nuevas pautas principalistas, que contienen estos nuevos paradigmas que responden a los cambios sociales.

En este orden de ideas un principio general del derecho privado constitucionalizado, que en otro momento estaba cuasi relegado para el ámbito del derecho de familia (sostenido histórica y casi exclusivamente por el principio de orden público), es el principio de la autonomía de la voluntad. Principio que consiste en disponer libremente sobre el contenido de la relación jurídica. Y la libertad corresponde a la esencia misma del ser humano y por ende “...tan importante es este principio que el sistema de derechos humanos lo reconoce en una pluralidad de normas. También tiene una consagración expresa en la Constitución Nacional (art. 19), que desde el Preámbulo garantiza “los beneficios de la libertad”. La primera obligación que surge de este mandato es negativa, no hacer, abstenerse, con lo cual ni el Estado ni las demás personas deben interferir ni obstruir la voluntad de cada uno en la elección de su forma de ser, de su propio proyecto personal y de la forma en que quiere organizar su vida

³¹⁰MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Los Principios...*, op. cit., pág. 30

³¹¹ Uno de los principios constitucionales del derecho de familia es el del interés superior de niños, niñas y adolescentes, muestra clara de la armonización entre principios constitucionales y principios del derecho de familia. Recuérdese que dicho principio se encuentra explícitamente normado en el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño (de rango constitucional como ya se ha dicho) que dispone que: “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

familiar. La libertad positiva comprende la posibilidad de que cada persona planifique y concrete todas las actividades individuales o sociales que le permitan proyectar su visión de sí mismo y adoptar las decisiones que conciernen y afectan el desarrollo de la personalidad. Esta libertad consagrada necesita del reconocimiento de una zona de reserva personal propia del ser humano dentro de la cual puede excluir las intrusiones ajenas, la “libertad de intimidad”...»³¹² Esta “libertad de intimidad” se proyecta en el principio de autonomía de la voluntad en el ámbito del derecho de familia, generando un movimiento evolutivo pendular, ya que en el derecho de familia clásico, como es sabido, la mayoría de sus normas eran de orden público inexcusables.

Este desplazamiento sin dudas responde a los ya referidos cambios operados en la conformación social, globalizada e intercomunicada, con más el cambio operado con la cultura jurídica de la constitucionalización del derecho privado y del derecho de familia en particular: “...Sin embargo, con el transcurso del tiempo y como resultado del proceso evolutivo...la familia fue perdiendo su carácter “sacro”. Para Mauricio Mizrahi, ello ha significado una reformulación de conceptos circunscripta a tres premisas básicas: el cambio de lugar de la familia, tras la admisión del papel prioritario de la persona humana, su bienestar y el pleno desarrollo de sus capacidades y virtudes; la limitación del concepto de orden público en la regulación jurídica de las instituciones familiares; y en ensanchamiento del campo de la intimidad y privada en el ámbito general del derecho de familia. Estas transformaciones han motivado que la doctrina y la jurisprudencia aceptaran la posibilidad de incorporar la autonomía de la voluntad en la solución de los conflictos familiares. Y ello por cuanto la dinámica intrafamiliar se identifica a una situación jurídica que, aun presuponiendo el interés familiar como categoría dogmática y dato a priori, moviliza pretensiones controvertidas que pueden superarse generalmente en el ámbito de la autonomía privada. Los procesos sociales, jurídicos y culturales de las últimas décadas nos han enseñado que el modo de obtener la realización de los intereses familiares suele no estar referido a la indisponibilidad de las partes, sino todo lo contrario: es a través de acuerdos razonablemente negociados con los que se alcanza su satisfacción...”³¹³

³¹² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y ot., *Tratado...*, op. cit. T.I pág 99

³¹³ GIL DOMINGUEZ, Andrés y otros, op. cit., T. I pág. 246

Este protagonismo que adquiere hoy día el principio de autonomía de la voluntad en el derecho de familia, no implica obviamente la desaparición del principio de orden público, principio éste último sobre el que se sustenta la organización del Estado y de la sociedad en su conjunto para la protección de la persona. Es decir, con el mismo vigor de siempre, el principio de orden público solamente es redefinido conforme los nuevos paradigmas. Desde luego: "...El problema radica en trazar una línea fronteriza que nos permita colocar, de un lado, la zona de autonomía de intimidad en las decisiones de los miembros de la familia, y, del otro, las limitaciones que consagra la ley y el reconocimiento de los derechos humanos de los terceros y de los propios miembros de la familia, conforme expresa la fórmula del art. 19 de nuestra Constitución Nacional. Y ello por cuanto –en ciertas ocasiones- las decisiones adoptadas por la propia familia –aun en su conjunto- pueden significar la violación de los derechos fundamentales de alguno de sus integrantes, derechos que por cierto resultan indisponibles e irrenunciables. Es preciso examinar, entonces, qué es aquello que en las relaciones de familia hemos de reservar al ámbito de la intimidad y de la autonomía de la voluntad, y qué es aquello que no encuadra en ella, que la excede y, por lo tanto, debe someterse al poder de contralor del estado. Todo ello sin olvidar que, en principio, la balanza se inclina por favorecer el respeto de la libertad de intimidad y de las decisiones personales, reservando la intervención estadual para las cuestiones que con claridad y certeza no puedan quedar enteramente libradas a la voluntad individual en todo ello signifique la vulneración –para uno de los miembros de la familia- de otros derechos humanos reconocidos en nuestro bloque de constitucionalidad..."³¹⁴

En definitiva, la constitucionalización del derecho de familia, ha impactado rotundamente en los principios generales de la materia, que también constitucionalizados han movido el péndulo desde un pétreo orden público, hacia la libertad de intimidad.

Y es en este singular movimiento que se entiende oportuno incorporar el principio de solidaridad familiar, como herramienta de equilibrio entre principios, y que también reviste de su propia consagración constitucional.

³¹⁴ GIL DOMINGUEZ, Andrés y otros, op. cit., T. I pág. 246

6. El principio de solidaridad familiar en el marco de la constitucionalización del Derecho de Familia

El análisis del principio de solidaridad familiar, específico del derecho de familia, con carácter de principio constitucional es posible en el marco de la constitucionalización del derecho de familia que previamente se estudiara.

Debe advertirse en primer lugar lo que señala la doctrina "... Téngase presente que ha de recurrirse igualmente a los principios aunque no hayan sido recepcionados en documentos internacionales o constitucionales expresos..."³¹⁵

Es menester exponer previamente que rastrear la solidaridad familiar como principio constitucional conlleva también entenderlo como principio estructural "... El mismo Perlingieri, cuyo aporte al esclarecimiento de estas cuestiones es imperioso reconocer como verdaderamente fundacional, enseña que igualdad, solidaridad y pleno desarrollo de la persona devienen los parámetros axiológicos de una jurisprudencia y de un aparato conceptual apto para fundar una verdadera revolución en los conceptos y sobre todo en la función de esos conceptos...la creación de las normas de Derecho Privado, debe estar enderezada a hacer eficaces esos principios estructurales: sistema de vida democrático, forma republicana de gobierno, igualdad, libre desarrollo de la personalidad y solidaridad, y en la interpretación ha de tenerse en cuenta la interacción de las normas constitucionales e infraconstitucionales, de modo que éstas se ajusten a la Constitución, sin que ello implique substituir el sistema jurídico privado por los principios constitucionales, pues el intérprete ha de tener en cuenta el contenido que el Derecho Privado da a cada una de las instituciones..."³¹⁶

En capítulos precedentes se trató la dificultad de definir el término "solidaridad", para lo cual se acudió a distintos campos disciplinares. Desde luego existe un concepto común en la conciencia colectiva que se traduce en actitudes de colaboración y ayuda entre los miembros de una comunidad, trátase de actos espirituales (apoyo, acompañamiento, respaldo, etc.) o materiales concretos, buscando el bien común.

³¹⁵ MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Los principios...*, op. cit., pág. 33.

³¹⁶ RIVERA, Julio César, *El Derecho Privado...*, op. cit., pág. 52

El estudio doctrinario esclarecedor de esta cuestión lo formula Méndez Costa quien manifiesta: "... La concurrencia de afanes opera hacia la consecución inmediata de lo razonablemente deseado para el grupo que, mediatamente enfocado, no puede ser sino lo mejor para la plena realización de cada sujeto..."³¹⁷ Y más adelante afirma "...El "espíritu" que anima la solidaridad, su alma, por así decir, se identifica con la amistad aunque no vaya necesariamente acompañada por el afecto sentimental ...La solidaridad puede tener expresiones aparentemente pequeñas (por ejemplo, colaborar con la construcción de la vivienda del vecino) y llegar al extremo del sacrificio de la vida por el bien de la comunidad. Es siempre manifestación de amistad, de sentir con el otro, de ponerse a su lado. Y ello respecto de todo hombre, porque parafraseando la expresión conocida, todo hombre es mi amigo. Por otra parte, amistad es prácticamente sinónimo de fraternidad... sin alusión alguna a vínculos biológicos pero identificada con la filiación de todos los hombres como hijos de Dios..."³¹⁸

Ahora bien, en la familia la solidaridad es aun más presente, ya que la sostiene y unifica de tal forma, que no necesita demostración. La decisión personal de conformar una vida en familia, va más allá de los nexos jurídicos y biológicos que unen a los miembros, y también supera la situación fáctica de convivir en un mismo lugar, y es precisamente la solidaridad familiar la que sostiene esa resolución personal. El individuo se compromete con el grupo brindándose a él, soportando las cargas que esto supone y recibiendo recíprocamente lo que los otros asumieron familiarmente.

"...La recordada conclusión del Congreso mendocino la califica de principio primordial que expresa y da sentido a la comunión del grupo familiar. Y si enfocamos la comunidad global, para la sociedad política organizada, tomando como ejemplo la Constitución argentina, se identifica a su techo ideológico, esto es, la concepción fundamental del hombre y de la vida social que subyace e informa su texto, con la concepción del personalismo ideológico que busca armonizar la persona humana con los grupos sociales y el Estado. La solidaridad figura entre los dos criterios que vertebran y estructuran las relaciones entre las personas, los grupos sociales y el

³¹⁷MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Los Principios...*, op. cit., pág. 288

³¹⁸MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *ib.*, pág. 289-290

Estado...³¹⁹ En este sentido es un principio jurídico constitucional con todo lo que ello implica.

Méndez Costa refiere expresamente a la solidaridad familiar como “principio constitucional de base internacional”, y aclara que “...el término solidaridad es completamente excepcional en los tratados sobre derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional de 1994. Pero no sus expresiones equivalentes y la mención del bien común tanto en algunos textos como en los preámbulos de los distintos documentos a los cuales se da justificadamente, una importancia análoga a la que reviste el Preámbulo de la Constitución argentina...³²⁰”

Los textos que se mencionan doctrinariamente haciendo alusión directa o indirectamente a la solidaridad familiar en los Tratados internacionales son: el art. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica): “Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos - 1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. -2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

En relación a esta última norma, Méndez Costa, citando la doctrina expresa “...adhiera con claridad a una postura solidarista, que remarca el carácter social de la persona humana, la realidad de los grupos sociales intermedios y la existencia correlativa de derechos y deberes personales hacia terceros, los grupos sociales, la sociedad política y la humanidad” y destaca el empleo de la expresión “bien común” que es propia y específica de la tradición solidarista y claramente opuesto a concepciones de cuño individualista...³²¹

El Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño se refiere a este tema expresando: “...Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales

³¹⁹MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Los Principios...*, pág. 290-291

³²⁰ MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *ib.*, pág. 292

³²¹MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Los Principios... op. cit.*, pág. 293

proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad...”. Y puntualiza también la Convención en el artículo 29 inciso d: “Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena”. De más está precisar que toda referencia a la amistad abarca en ella los deberes de solidaridad.

Por último se debe mencionar “...una expresión mínima de la solidaridad aparece explícita en la protección del derecho alimentario, por ejemplo, entre padres e hijos, en el artículo XXX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre o el párrafo 4 del artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ésta es la manifestación más evidente de la solidaridad familiar pero su mención es expresa (véase el art. 32.1 citado de la Convención Americana) o está indiscutiblemente sobre entendida en todas las referencias proporcionadas por textos de los tratados sobre derechos humanos...”³²² Los deberes alimentarios son una de las expresiones materiales más concretas de la solidaridad familiar, como así también el régimen sucesorio muestra la primacía de este principio (en la parte siguiente se analizarán estos institutos y otros con mayor precisión y detalle).

De modo que el principio de solidaridad familiar como principio constitucional de base internacional, queda reflejado en los Tratados que se enumeraron. Y sostenido por la doctrina más actual que asevera: “...La solidaridad es un principio constitucional básico, porque la tutela de la familia debe ser leída en función de esta verdadera cláusula general del ordenamiento...”³²³

Esta característica de principio base permite introducirlo como elemento de equilibrio entre los dos grandes principios rectores: el de la autonomía de la voluntad y el del orden público. Así la solidaridad familiar se entiende como principio general del derecho de familia constitucional, estructural y fundamental.

³²² MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Los Principios...*, op. cit., pág. 294

³²³ KEMELMAJER DE CARLUCCHI, Aída, *Tratado de Derecho de Familia...*, op. cit. T. I pag.79

7. Epílogo

Recapitulando todo lo examinado hasta este punto: se introdujo el tema presentando el cambio operado en la cultura constitucional: de considerar la CN como una constitución- promesa a entenderla como una constitución-contrato, haciendo un recorrido por las características más sobresalientes, su ideario y valores, que impregnan todo el sistema jurídico nacional. Siguiendo la doctrina constitucional más importante, se destacaron conceptos como el ya citado, de Bidart Campos, quien llama a la parte dogmática de la CN, en consonancia con el constitucionalismo moderno “derecho constitucional de la libertad”³²⁴. En la lectura global de este acápite puede concluirse que éste es un concepto transversal a todas las ramas del derecho.

Antes de abordar el fenómeno de la “constitucionalización del derecho privado”, esto es, la incorporación de normas del derecho civil en el texto constitucional y en los tratados internacionales constitucionalizados, se analizaron los distintos tipos de normas constitucionales. A partir de ello se examinó la existencia de principios generales constitucionales, su preeminencia y funciones. En primer lugar se identificaron los diferentes tipos de normas constitucionales, con sus características propias, para luego observar los principios, y de la mano de la doctrina más destacada poder afirmar que “... los principios constitucionales anidan a menudo en las normas declarativas, en las programáticas y en el preámbulo...”³²⁵ También, se los puede encontrar con mucha claridad en los Tratados Internacionales constitucionalizados de protección de los derechos humanos, resaltando que la doctrina nacional destacada sostiene que los principios jurídicos encuentran su contenido en los derechos humanos, con una cita esclarecedora que nuevamente se considera por su importancia: “...el contenido de estos últimos –principios del derecho- son los derechos humanos naturales primarios o bienes humanos básicos o derechos fundamentales, y que por ende ellos constituyen la primera fuente de validez jurídica y la condición última de cualquier otra plena o inequívoca realidad jurídica. Por consiguiente, si el contenido de las normas jurídicas reitera el contenido de los derechos humanos fundamentales, sobreañade a la juridicidad

³²⁴ BIDART CAMPOS, Germán J.; op. cit., T. I pág. 35

³²⁵ SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Teoría de la...*, op. cit., pág. 273

intrínseca que recibe directamente de los “principios del derecho” ciertas notas que tienen que ver con la juridicidad contingente o extrínseca...”³²⁶

Teniendo clara conciencia de la dificultad que posee la identificación de los principios jurídicos como tales, se vio lo provechoso del esfuerzo en relación a las eminentes funciones que tienen: interpretación e integración del sistema jurídico.

Se continuó la investigación con la cuestión de la moderna concepción de la denominada “constitucionalización del Derecho Privado” en general. Este concepto, proviene de la incorporación en los textos constitucionales y tratados internacionales constitucionalizados de materias que se habían considerado tradicionalmente propias del derecho civil. Siguiendo también la doctrina nacional más sobresaliente, se aseveró que la constitucionalización del derecho privado, implica desplegar el área de aplicación de los principios constitucionales, superando la idea de “desconexión” entre el derecho constitucional y el derecho privado, y profundizando el diálogo permanente que debe imperar entre ambos. Lo cual, después de un pormenorizado análisis, se concluyó que hoy día existe una trama interrelacionada de normas, valores y principios jurídicos, que sin duda logra un derecho más humanitario.

El tema de la “constitucionalización del derecho de familia” se discurrió seguidamente, haciendo hincapié en los nuevos arquetipos sociales y familiares, que fueron reconocido por el legislador del CCyCN, el que tomó para sí todos los aportes de la mencionada constitucionalización, alcanzando así una concepción democrática de familia, a la luz de Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En este marco, se examinaron los principios generales del derecho de familia constitucionalizados, resaltando el movimiento de un pétreo principio de orden público general desde la postura tradicional del derecho de familia hacia un recupero de la autonomía de voluntad, en orden al respeto de la libertad de intimidad.

Y finalmente se llegó al examen desde esta mirada del derecho de familia constitucionalizado del principio de solidaridad familiar.

Siendo este el tema nuclear de la investigación, se pudo cotejar, que si bien su formulación expresa es muy poca, subyace en todo en el texto constitucional y en los

³²⁶ VIGO, Rodolfo, *Los principios...*, op. cit., pág. 73

tratados internacionales constitucionalizados. Y más aun, el principio de solidaridad es reconocido como uno de los principios estructurales del derecho de familia.

Para culminar el acápite, merece otorgar un espacio a la cuestión axiológica del tema, recordando que el primer cometido de la familia "...es el de vivir fielmente la realidad de la comunión con el empeño constante de desarrollar una auténtica comunidad de personas..."³²⁷ Ese ejercicio cotidiano y efectivo de la solidaridad familiar trasunta el pequeño y el gran clan, imprimiendo en la sociedad principios humanitarios que mueven a la paz. Estos valores humanos deben ser recordados una y otra vez, para conservar el respeto por la dignidad humana de todos y cada uno de los miembros de la comunidad.

³²⁷ SAN JUAN PABLO II, *Familiaris Consortio* ...op. cit.

TERCERA PARTE

Capítulo I

La solidaridad familiar en el Derecho Civil Argentino: sus primeros tiempos

1.- Introducción

La exposición minuciosa de los distintos aspectos y elementos que componen el principio jurídico de solidaridad familiar, fueron examinados desde diferentes ángulos. Es el turno ahora de posar la mirada desde lo más propio: el Derecho Civil.

De modo que en este acápite se analizará el tema en relación a los principios de la codificación de Vélez Sarsfield, y seguidamente la nueva era del Derecho Civil argentino.

Es oportuno recordar sintéticamente lo ya narrado en relación a la cuna romanista del Derecho Civil local, y para ello se reproduce lo sostenido por el Dr. Saux: “...Este hito genético incontrovertible del Derecho Civil que se identifica con el Derecho Romano implica admitir que la impronta grecorromana de la cultura occidental (influida luego por la tradición judeo-cristiana y por posteriores aportes del sistema germánico, y más acá en el tiempo, del diseño jurídico del *common law*) las construcciones romanistas en la Ley de las XII Tablas (de los años 450 a. C) hasta el *Corpus Iuris* justiniano (de los años aproximados al 530 a.C) implicaron nada menos que diez siglos de desarrollo jurídico, francamente monumental para la época, que generó el sustrato, complementado luego por aquellas influencias subsiguientes, de lo que es hoy lo que llamamos Derecho Civil...”³²⁸

Desde luego, esa es la base sobre la que se fueron desarrollando evolutivamente las normas civiles a lo largo de la historia. Debe tenerse en cuenta que se trata de un proceso que se desarrolló a lo largo del tiempo, ya que el *ius civile* romano no se corresponde exactamente con lo que hoy decimos Derecho Civil: “...Aunque no haya

³²⁸ SAUX, Edgardo Ignacio y ot., *Tratado...*, op. cit., T. I pág. 71-72

una exacta correspondencia en cuanto al contenido, es indiscutido el que nuestra expresión «Derecho civil» sea una reproducción material de la romana *ius civile*... el Derecho civil, en su sentido propio y originario, sería el ordenamiento tradicional que habían adoptado los grupos primitivos romanos, reunidos en comunidad política, y estaría constituido por una serie de principios fundamentales, enunciados y establecidos por la jurisprudencia, religiosa primero y laica después, de los prudentes... Con todo y aun siendo cierto que la jurisprudencia romana construyó, con preferencia, las instituciones privadas (personas, familia, propiedad, obligaciones, herencia), ello no quiere decir, ni mucho menos, que el *ius civile* fuera, exclusivamente, Derecho privado. Por el contrario, hay, en el *ius civile*, materias e instituciones que, hoy, son extrañas al Derecho civil; así, las de carácter penal (*furtum, de vi bonorum raptorum, de adulteriis, de sicariis, de laesa maiestatis, etc.*); así, las de carácter procesal (*de officio iudicis, de jurisdictione, de actionibus, de exceptionibus, de replicationibus, de interdictionis, etc.*); así también las de carácter eminentemente político o administrativo, puesto que, en el Digesto justiniano, considerado como la más genuina recopilación del «ius civile», se pasa revista a las más importantes instituciones políticas romanas (*de senatoribus, de officio quaestoris, de officio praetorum, de officio praefecti vigilum*). Querer encontrar, en el Derecho romano, una concepción del *ius civile* como derecho exclusivamente privado parece contrario a los textos indicados. El *ius civile* es, ciertamente, derecho privado, pero contiene, también, normas de Derecho penal, de Derecho procesal y de Derecho administrativo...³²⁹ Y en este entramado de normas, se puede hallar, como ya se demostró con anterioridad, el antecedente histórico del principio de solidaridad familiar: la *pietas* familiar romana.

Naturalmente, la historia del Derecho Civil siguió su propio devenir. En un relato extremadamente abreviado, haciendo referencia a lo también ya mencionado anteriormente, en relación a las Escuelas de los Glosadores y Post-glosadores de la Edad Media, quienes retoman el *ius civile*: "...Durante la Edad Media, Derecho civil es el Derecho romano. Este concepto medieval de Derecho civil produce dos consecuencias importantes: una, que pervive la idea del Derecho civil como Derecho antiguo, tradicional, a que antes nos referíamos; otra, que se acentúa la privatización del Derecho

³²⁹ ROGEL VIDE, Carlos, *Derecho civil: método y concepto*, Madrid, Spain: Editorial Reus. (2010), Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/sibuca/46427?page=169>, consultado el 24/10/2021

civil. El Derecho civil como Derecho romano cumplirá, durante la Edad Media, una función sobre manera importante: se convierte en el Derecho común del Occidente europeo y se aplica para suplir las deficiencias de los derechos particulares. Además, el Derecho civil, así entendido, adquiere el valor de «*ratio scripta*». Lo que Roma había aportado al Derecho, como verdaderamente original, era un pensamiento jurídico vigoroso, la aplicación de la reflexión a la realidad jurídica, que dio lugar a la creación, por primera vez en la historia, de un sistema de conceptos e instituciones. El Derecho romano es importante, históricamente, como sistema conceptual, más que como sistema normativo. Es un sistema racional y científicamente construido. Por eso será recibido como razón escrita, como «*summa iuris*» y, por eso, los civilistas medievales son simples glosadores de los textos clásicos, como los teólogos son glosadores de los textos bíblicos o los filósofos son glosadores de los textos de Aristóteles...»³³⁰

Los estudiosos e historiadores de la cuestión encuentran una continua y asombrosa vitalidad del *ius civile* romano más allá de la Edad Media, a lo largo de los tiempos y hasta nuestros días: “...El derecho civil actual encuentra sus raíces más profundas en el derecho romano, la elaboración jurídica más importante que puede haber brindado un pueblo en toda la historia de la Humanidad. Desde la Ley de las XII Tablas, cuyo origen se remonta (según la tradición) a los años 451 a 449 a.C. hasta la elaboración del *Corpus Iuris Civile* por mandato del emperador Justiniano (529 a 533 d. C.), transcurrieron diez siglos en los cuales se desarrolló una intensa labor, que resulta tan fecunda que puede decirse, sin temor a exageración alguna, que el derecho patrimonial de los códigos actuales sigue siendo un mero desarrollo de las construcciones legislativas, consuetudinarias, pretorianas y jurisprudenciales del derecho romano. Y su influencia aparece por doquier, aun en otros campos, por lo que la comprensión de este fenómeno es indispensable para el conocimiento del derecho civil actual, no ya con la simple finalidad de la indagación histórica sino para reconocer las fuentes de nuestro derecho vigente...”³³¹ Afirmación que permite observar el modo como fue transitando, evolucionando y permaneciendo esa *pietas familiar* romana –

³³⁰ ROGEL VIDE, Carlos *Derecho civil...*, op. cit.

³³¹ RIVERA, Julio César – CROVI, Luis D. *Derecho Civil y Comercial - Derecho Civil: parte general*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2019, 2a ed. Libro digital, Archivo Digital

solidaridad familiar principio jurídico en el sistema de base romanista local, con solo observar, por ejemplo, el actual derecho sucesorio.³³²

Por otra parte, es menester introducir el tema con un concepto de derecho civil, a fin de precisar aun más los límites del principio jurídico que se investiga. Esto va de la mano, también, de la investigación del principio en relación a la cuestión de la “constitucionalización del derecho privado” operada por la nueva cultura constitucional a partir de la reforma de 1994. Para especificar el alcance de este tópico se recuerdan también los conceptos ya desarrollados con lo sostenido por el Dr. Saux: “...Personalmente...somos de la opinión de que aun cuando la Constitución capte y someta a regulación expresa temas que son ontológicamente propios del Derecho Civil (como por ejemplo, el resguardo de la intimidad, o los derechos de los consumidores o usuarios, y varios más), no puede derivarse que la naturaleza del derecho tutelado tenga prevalencia sobre el rango de la norma que lo tutela. La Constitución rige materia de muy variada esencia (hay aspectos penales, como la garantía de no ser juzgado si no es por ley penal previa al hecho), pero la circunstancia de que se constitucionalicen lo que hace es jerarquizar su tutela de un modo tal que torna inconstitucional cualquier norma legal que la contradiga, cualquiera sea su esencia. En otras palabras, las normas de Derecho Civil contenidas en la Constitución son normas constitucionales, y es su jerarquía supralegal las que las califica, y no su esencia jusprivatista...”³³³

En el apartado correspondiente se mencionó esta cuestión, y se determinó el carácter constitucional de las normas de derecho privado así tratadas, y cuya doctrina se vuelve a sostener: “...Cabe reiterar que la decisión del constituyente de incluir en la constitución reglas de contenido referentes a otras ramas del derecho, es legítima si es ejercida con prudencia y si tales áreas “constitucionalizadas” hacen efectivamente a la

³³² Vale la pena mencionar que la incorporación del derecho romano en las legislaciones de otros países de Europa, ha sido tan significativa que tiene su propia nominación histórica: “...Bajo el nombre de "recepción" se conoce un fenómeno ocurrido a finales del siglo XI y comienzos del XII, por el cual el derecho romano vino a constituirse en sinónimo del derecho común de todos los pueblos de la Europa Occidental. En particular, de los que hoy constituyen los Estados de Alemania, España, Italia y Francia; y tuvo en esos pueblos naturalmente, causas y significaciones diversas...” RIVERA, Julio César y otros, *Derecho Civil ...*, op. cit., libro digital

³³³ SAUX, Edgardo Ignacio, *Tratado ...*, op. cit, nota 85 T. I pág. 54

organización fundamental del Estado. Pellegrino Rossi, ya a mediados del siglo XIX, advertía que el derecho constitucional comprendía las “têtes de chapitre” (cabeza o títulos de capítulos) de las diferentes partes del mundo jurídico. En tales supuestos, la norma constitucional de contenido es, necesariamente, de derecho constitucional, aunque simultáneamente su materia aluda a puntos laborales, civiles y comerciales. Es factible así hablar de un derecho constitucional civil (si la regla constitucional disciplina cuestiones de matrimonio, dominio, herencia, etc.)...³³⁴ Algo no menor, dada la jerarquía que se le otorga al discernir la cuestión en este sentido, y como se vio, se puede afirmar la presencia del principio de solidaridad familiar.

De modo que, hecha esta sumaria recopilación de datos básicos, se puede decir que al situarse la materia a examen en su propio campo general: el Derecho Privado³³⁵ y puntualmente: el Derecho Civil, es oportuno consignar algunos conceptos de Derecho Civil, que brindan el marco específico del principio jurídico.

Como se sabe, el derecho civil fue la base de la cual se fueron separando otras áreas del derecho privado como lo son el derecho laboral, el derecho comercial, el agrario y otros, conformando un núcleo normativo fundamental para el desarrollo del ejercicio de los derechos de la persona y persona jurídica.

Pueden reproducirse muchas definiciones, tenemos la que dice que: “...El derecho civil ha conservado en su seno todo lo que es realmente fundamental del derecho privado: es el derecho que rige al hombre como tal, sin consideración de sus actividades o profesiones peculiares; que regula sus relaciones con sus semejantes y con el Estado, cuando éste actúa en su carácter de simple persona jurídica y en tanto esas

³³⁴SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Teoría de la...*, op. cit., pág. 61-62

³³⁵ Dado que se comprueba cómo se operan cruces notables entre las dos grandes ramas del derecho: Público y Privado, la distinción entre ambos permanece y es muy clara, así lo sostiene la doctrina cuando afirma: “...Por ello, el criterio que ha obtenido mayor preponderancia en la doctrina ha sido el de diferenciar el derecho público y el derecho privado según que la relación jurídica de que se trate presente caracteres de subordinación o de coordinación entre los sujetos. Así suele leerse que es derecho público aquel sector del derecho en el cual una de las partes tiene relación de superioridad respecto de la otra, por participar el Estado con su *imperium* en el lugar de hacerlo como titular de un derecho subjetivo privado. En cambio, en el derecho privado, las relaciones jurídicas están siempre establecidas sobre la base de coordinación o igualdad de los sujetos...” RIVERA, Julio César y ot., *Derecho Civil...*, op. cit., libro digital

relaciones tengan por objeto satisfacer necesidades de carácter genéricamente humano...³³⁶ y en el mismo sentido "...en la actualidad el Derecho Civil es definido como el que rige al hombre como tal, sin consideración de sus actividades o profesiones en sus relaciones entre sí y con el Estado en tanto estas relaciones tengan por objeto satisfacer necesidades de carácter humano..."³³⁷ Claramente la materia que atrapa el derecho civil tiene su propia singularidad dentro del vasto campo del derecho privado. Puede así afirmarse que "...El Derecho Civil, en cambio –el cual si bien en sus orígenes históricos germinales, para muchos, pudo estar conceptualmente identificado con el Derecho Privado-, hoy sin duda es la categoría más relevante de éste, pero con matices propios diferenciales de otras ramas del universo jusprivatista que le dan su singularidad conceptual; aupado en esa historicidad que lo singulariza, ha ido cambiando su perfil, su contenido, sus instituciones y su noción misma, hasta cimentarse en lo que al día de hoy pareciera ser un pacífico plano conceptual, lo que no empece a la dinámica mutabilidad de ese contenido que va, como la sociedad misma, afrontando siempre nuevos desafíos y proponiendo respecto de ellos nuevas reglas..."^{338 339}

³³⁶ BORDA, Guillermo A., *Manual de Derecho Civil – Parte General*, Buenos Aires, Editorial Emilio Perrot, , 1996, 18° Ed. actualizada, pág. 72

³³⁷ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil – Parte General*, Buenos Aires, Abeledo Perrot S. A., 2009, T. I pág. 42

³³⁸ SAUX, Edgardo Ignacio, *Tratado...* op. cit, pág. 68

³³⁹ Una sumaria definición y caracteres del Derecho Civil se puede encontrar en la siguiente recopilación de enseñanzas de Luis Moisset de Espanés recopilado por María del Pilar Hiruela, publicado por la Academia Nacional del Derecho de Córdoba: "... el Derecho Civil es: "El sector del ordenamiento jurídico, común y privado, regulador de la persona y sus atributos, en todas sus dimensiones: como sujeto de derechos, como miembro de una familia y como titular de un patrimonio"... De la definición dada, se deducen con claridad las notas características del Derecho Civil, las cuales admiten el siguiente compendio: 3. A. DERECHO COMÚN. Es común en el sentido de que sus normas están destinadas a regular la vida sociojurídica en su totalidad. Es decir, su objeto material es la persona en todas sus dimensiones, íntegramente considerada, y no a través de una perspectiva fragmentada o en alguna dimensión particularizada. Desde esta óptica se sostiene que el Derecho Civil comprende todas aquellas cuestiones de derecho privado no reguladas por otras ramas jurídicas, suministrando a éstas los lineamientos básicos de la ciencia del derecho, tales como la teoría de las personas, la de las cosas, y la de los hechos y actos jurídicos en general...3. B. DERECHO PRIVADO Decimos que se trata de un derecho privado porque se erige como un conjunto de normas del derecho objetivo, que regulan y ordenan los

De todo lo sostenido por la doctrina nacional en relación al concepto de Derecho Civil, la noción más aguda y completa la formula el Dr. Saux, identificando sus características más actuales y precisando sus elementos esenciales en el sentido ontológico de la palabra: "...nos permitimos proponer como conceptualización del Derecho Civil la que lo singulariza como la rama principal del Derecho Privado, de impronta constitucional-convencional, conformada por el diálogo de fuentes normativas

derechos de los particulares o, lo que es lo mismo, la situación jurídica de la persona, las relaciones de los individuos entre sí y la de los individuos con el Estado cuando éste obra desprovisto de sus atributos esenciales de soberanía...3. C. OBJETO FORMAL: TUTELA INTEGRAL DE LA PERSONA. Su objeto formal, es la tutela de la persona en todas sus dimensiones y atendiendo a la integridad de sus fines. Efectivamente, el Derecho Civil se ocupa de las personas consideradas en sí mismas (sus valores, bienes y atributos) independientemente de toda otra calidad o cualidad, y como sujeto de relaciones jurídicas de naturaleza patrimonial y familiar. Su finalidad es la defensa de la persona.... 3.D. DERECHO ESENCIALMENTE NACIONAL. ...El Derecho Civil se erige como un derecho esencialmente nacional (interno), en el sentido que la estimación de la persona y la organización de la familia (su objeto) son lo más nacional y arraigado en el vivir de un pueblo. De ahí que en algunas ocasiones se haya dicho que, para entender la idiosincrasia de una Nación, resulta suficiente analizar su Código Civil, y por esto, la agudeza de De Castro al afirmar que "el Derecho Civil, conforme a su naturaleza, es el menos apto para la exportación" ... El contenido nuclear del Derecho Civil, puede compendiarse en cinco instituciones básicas: A) La persona en sí misma: El Derecho Civil se ocupa, tal como hemos señalado anteriormente, de la persona regulando los diversos aspectos de su vida en sociedad. Dentro de tal núcleo temático, el *ius civile* establece los lineamientos relativos a: 1) La existencia, individualización y capacidad de las personas físicas y 2) La existencia, individualización y capacidad de las personas jurídicas. B) La persona mirada con respecto a la familia: Rige la organización primaria en la que toda persona nace y se desarrolla. Abarca tal institución, cuestiones tales como: 1) El matrimonio, su celebración y disolución, 2) La filiación, 3) El parentesco y 4) La patria potestad, la tutela y la curatela. C) Los derechos personales de obligación: Determina, igualmente, la regulación propia de las relaciones jurídicas entre particulares... D) La propiedad y todos los demás derechos reales desmembrados: Se ocupa igualmente el Derecho Civil de disponer las pautas y reglas jurídicas que regulan la relación entre la persona y las cosas. E) El derecho sucesorio: El *ius civile* también se encarga del denominado "derecho hereditario" o, lo que es igual, la transmisión de bienes "mortis causa" y sus diversas modalidades..." MOISSET DE ESPANÉS, Luis - HIRUELA María del Pilar, "Derecho Civil y Codificación", *Academia Nacional del Derecho de Córdoba*, <http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/derecho-civil-y-codificacion> - consultado el 30/10/2021

múltiples, legales, valorativas, principalistas, jurisprudenciales y consuetudinarias, que regula la vida de la persona y su interacción en relaciones jurídicas patrimoniales y extrapatrimoniales comunes a su esencia biológica y sin distinción de situaciones, actividades singulares, profesiones o posicionamientos específicos, siendo las instituciones principales que conforman su objeto de estudio la personalidad, la familia, el patrimonio y la herencia; todo ello bajo las premisas comunes de respeto a la libertad, la autodeterminación, la igualdad real, el pluralismo ideológico y la tutela de los vulnerables...»³⁴⁰

Con esta brevísima semblanza histórica y conceptual sobre el Derecho Civil, se introduce el tema específico a abordar seguidamente, que tiene por objeto examinar los principios jurídicos del Derecho Civil en la anterior y en la vigente codificación nacional, y en particular en el derecho de familia.

Y previo a ello, merece una consideración el tema de la codificación, ya que quizás forma parte también del proceso evolutivo de la legislación civil y puesto que es en este sistema en donde se examinan específicamente los principios.

Históricamente, el movimiento codificador se inició en los s. XVIII y culmina con el Código Civil Francés llamado Código de Napoleón (1804) y el Código Alemán, los que resultaron modelos de todo el movimiento moderno³⁴¹. La influencia del Código de Napoleón como es por todos conocido se encuentra en los Códigos europeos

³⁴⁰ SAUX, Edgardo Ignacio, op. cit, pág. 97

³⁴¹ "...A la luz de estas ideas, el primer movimiento codificador, en el verdadero sentido de la palabra, lo inicia la emperatriz María Teresa de Austria en 1752 al crear una comisión compiladora a fin de dar a todos los países que formaban el Imperio Austriaco una ley uniforme en materia de Derecho Civil. La labor de esta Comisión fue reimpulsada por el emperador José II y continuada por su sucesor el emperador Leopoldo II, aprobándose el proyecto definitivo el 1 de julio de 1811 como Código vigente en todos los territorios del Imperio, menos en los de la Corona de Hungría. Este Código Civil austriaco, que, como dice Von Tuhr, vino a separar Austria de la comunidad del Derecho que hasta entonces la unía a Alemania, fue formado bajo la influencia del Derecho natural. Aunque la codificación austriaca ocupe el primer lugar por figurar en el tiempo en una situación cronológica de gestación legislativa anterior al Código Civil francés, éste, sin embargo, es el que debe ser estudiado en primera línea por su relevancia e interés y por ser el punto de partida del movimiento moderno de la codificación..." DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, "La Codificación", *THEMIS Revista de Derecho*, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5109849.pdf> consultado el 28/10/2021

posteriores, y se extiende también al movimiento codificador de América Latina. “...El Código francés ha tenido la virtud de proyectarse en el espacio y en el tiempo a través del reconocimiento que, de su carácter ejemplificador, hicieron los legisladores de otros países. Así es evidente su influencia en el Código italiano de 1865 que fue prácticamente una copia textual del Código de Napoleón con algunas adaptaciones; en Alemania, destacándose que en 1809 se introduce como derecho territorial badense una traducción del Código de Napoleón; Bélgica y algunos cantones suizos lo adoptaron como derecho propio y tuvo también gran incidencia en el derecho latinoamericano...”³⁴². Es oportuno mencionar aquí los principios sobre los cuales estaba fundado este Código: “...los principios fundamentales sobre los cuales asentaba la codificación napoleónica eran la autonomía de la voluntad, la propiedad absoluta y la responsabilidad por culpa. El derecho de familia se sostiene en el matrimonio indisoluble y la filiación matrimonial como única merecedora de la protección de la ley...”³⁴³ Esto permite tener una idea de cuáles fueron las nociones generales que repercutieron en las codificaciones posteriores.

La etapa de la codificación civil generó críticas, disputas famosas y adhesiones contundentes, más lo cierto es que sus beneficios han resultado mayores que sus inconvenientes ya que “...Una revista panorámica del Derecho Civil de todos los países civilizados, nos lleva necesariamente al concepto institucional de la codificación como “fenómeno universal”, porque -con la excepción de contados países- todo Derecho Civil está codificado...”³⁴⁴

Un juicio agudo sobre el movimiento universal de la codificación, que conduce a la reflexión lo realiza Díez-Picazo: “...Hay que preguntarse, entonces, en qué medida la “codificación” jurídica ha sido y es también un código y si nuestros códigos son de algún modo sistemas convencionales de señales para transmitir y recibir informaciones. Cuando se habla de “codificación” se alude a un proceso histórico que se desenvuelve en la Europa continental o, de un modo más general, en el Occidente –puesto que la codificación se produce también grandes zonas americanas-, que comienza a finales del

³⁴² RIVERA; Julio César, *Instituciones...*, op. cit., pág. 46

³⁴³ RIVERA; Julio César, *ib.*, pág. 46

³⁴⁴ RIVERA; Julio César, *ib.*, pág. 47

siglo XVIII y del que no se puede decir claramente que haya concluido aun. En la “codificación”, así entendida, hubo sin duda el intento de introducir unos determinados puntos de vista político-sociales. La codificación se identificó con el intento de insuflar en los ordenamientos jurídicos los esquemas y los ideales de un tipo de vida liberal-burgués, al mismo tiempo que se adoptaba en la formalización de las normas un conjunto de criterios de carácter económico. Porque significaban la renovación de unos ideales de vida, los códigos debían constituir obras unitarias, lo que exigía la derogación del derecho anterior y la prohibición o el impedimento de una heterointegración del sistema. En los Códigos hubo además un intento de tecnificación y racionalización de las actividades jurídicas...³⁴⁵

La crítica a la codificación como situación que genera la paralización del desarrollo y la evolución jurídica en un sentido de progreso, resulta opacada por la utilidad que provoca: “...Contribuye a la estabilidad del Derecho. Las leyes sueltas, aun si se quiere las compiladas, se prestan más a su posible sustitución por el legislador. En cambio, un código es más difícil de destruir sustituyéndolo por otro. La obra legislativa de la codificación es lenta, difícil, requiere una previa labor de comisiones, estudios, petición de informes, crítica, etc., todo lo cual contribuye a la dificultad de sustitución. d) Facilita el conocimiento y aplicación de las normas. Una justicia buena y eficaz requiere que existan pocas leyes, que éstas sean claras y concisas y que estén a la mano del juzgador. No puede en esta cuestión establecerse siquiera comparación con los regímenes legislativos anteriores a la fase codificadora...”³⁴⁶

Y el gran provecho que causa la codificación, y que interesa a esta investigación es que “... Permite elaborar los principios generales que han de servir de base para adaptar el Derecho a la vida. Por debajo de las normas legislativas concretas corren los principios generales informadores del sistema que vienen a actuar como una infraestructura de todo el organismo. Pues bien, establecidos clara y concretamente estos principios generales, se puede desarticular alguna pieza sustituyéndola por otra, cuando al rozar aquélla con la vida ha demostrado su ineficacia. Muchos, en efecto, han sido los Códigos que han sufrido modificación en sus preceptos y la obra legislativa en

³⁴⁵ DÍEZ-PICAZO, Luis, op. cit., pág. 151

³⁴⁶ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, op. cit.

general no se ha resentido, porque los nuevos preceptos han respondido a los principios generales que gobiernan el sistema...³⁴⁷

En este marco histórico, conceptual, es el turno de analizar la codificación civil local, en la obra de Vélez Sarsfield y el actual CCyCN, observando en particular el tratamiento dado a los principios jurídicos.

2. El Código de Vélez Sarsfield

Se puede aseverar, como lo sostienen los historiadores del derecho, que el período histórico local que conduce hacia el Código Civil redactado por el Dr. Vélez Sarsfield se inicia, con la Revolución de Mayo: "...La República se inaugura entre nosotros con el primer Gobierno patrio, cuyos miembros son electos conforme a las manifestaciones explícitas de la voluntad popular, exteriorizadas en el Cabildo abierto del 22 de Mayo y en la petición escrita del 25 de Mayo, figurando en el acta o solicitud respectivas los nombres o las firmas de personas de todos los sectores sociales, que asignan carácter propio a los orígenes de nuestra democracia responsable. Los preceptos fundamentales que operaron como fuerzas transformadoras del sistema en vigor fueron las declaraciones sobre la igualdad y sobre las libertades políticas y civiles, como la libertad de peticionar, de escribir, de sufragio, de reunión, el libre comercio y las garantías individuales. La Revolución de Mayo significó una transformación profunda de orden político, en la estructura y la organización federal, y un cambio gradual en el Derecho privado. El Derecho patrio se explica en primer término por la naturaleza del poder de donde dimanaban las normas jurídicas, consecuencia de la forma de gobierno adoptada que desplazó la función legislativa, hasta entonces ejercida en nombre del Rey por el vínculo jurídico del vasallaje y cumpliéndose, desde 1810, en nombre del pueblo y por los representantes electos por él. El hecho mismo de la Revolución de Mayo —al dejar cesante al representante del Rey y surgiendo en su reemplazo un poder colegiado en oposición al gobierno unipersonal— derogó las leyes antiguas incompatibles con el régimen revolucionario. Se iniciaba un estado de transformación social, dentro del

³⁴⁷ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, op. cit.

llamado derecho consuetudinario nuevo, que perduró muchos años, empezando por el de la efectiva igualdad de todas las personas, criollos, mestizos o gentes de color que se enrolaban en los ejércitos de la Independencia. En ese estado se cumplía también un proceso psicológico, una revolución íntima. Es el de las creencias en el mundo inflamado de las ideas revolucionarias, las nuevas verdades políticas y sociales adoptadas con fe...³⁴⁸

Primer paso en desarrollo histórico de la nación, que continúa sin pausa, soportando los hombres de ese tiempo, tremendas vicisitudes, luchas, batallas internas y externas, pero que con determinación, llevan este proceso evolutivo hacia la sanción de la Constitución Nacional.³⁴⁹

³⁴⁸ LEVENE(h), Ricardo, *Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, ed. s/n, 2da. ed. 1956, libro digital, https://aulavirtual4.unl.edu.ar/pluginfile.php/991/mod_resource/content/0/Historia%20del%20Derecho%20Argentino%20-%20Ricardo%20Levene.pdf, consultada el 3/11/2021

³⁴⁹ Un breve resumen del final de este proceso, refiere: "...Al final de su gobierno se advierte el cansancio de Rosas. Cuantos más honores y homenajes se acumulaban sobre su persona, mayores eran los signos de su decadencia y de su inactividad. Justo José de Urquiza, gobernador de Entre Ríos, no había sido nunca un elemento incondicional de la dictadura. Su provincialismo y sus intereses lo inducían a resistir la dominación porteña. Y era, además, una personalidad con suficiente poder como para oponerse a la indefinida permanencia de Rosas en el ejercicio del gobierno. El 1° de mayo de 1851 efectuó su pronunciamiento, contando con el apoyo del Brasil, de Montevideo y de Corrientes. La campaña de Urquiza fue rápida y decisiva. Pasó al Uruguay logrando que el ejército argentino —al mando de Oribe— se incorporara en buena parte al suyo, y luego invadió a Buenos Aires por el norte. Rosas lo dejó acercarse hasta Caseros, en donde se produjo la batalla definitiva (febrero 3 de 1852). El dictador se retiró luego de un breve combate y dos días más tarde se embarcaba en un navío inglés abandonando toda resistencia...El propósito de Urquiza era organizar la Nación sobre la base de los precedentes federales. Para ello, junto con los gobernadores de Buenos Aires (Vicente López), y Corrientes (Benjamín Virasoro), y el representante de Santa Fe (Manuel Leiva), firmó el 6 de abril de 1852 el Protocolo de Palermo, en el cual, después de señalar que la desaparición de la escena política de Don Juan Manuel de Rosas... restituyó a los pueblos su respectiva parte de Soberanía Nacional, pudiendo en tal virtud delegarla en el Gobierno Confederado que gustasen, los signatarios resolvieron encomendar a Urquiza la dirección de las relaciones exteriores y restablecer la Comisión Representativa que había creado el Pacto Federal de 1831. No se cumplió esto último, pero en cambio se reunieron en San Nicolás de los Arroyos los gobernadores de las provincias o sus representantes, quienes celebraron el 31 de mayo el Acuerdo que lleva el nombre de aquella ciudad. Este trascendental documento declaró

Y claramente el dictado de la Constitución fue principio y fin de la organización del país con los ideales que imperaban mayoritariamente: "...La Constitución de 1853 y las reformas de 1860 han reflejado fielmente la imagen política de una época y sus artículos son capítulos vividos de la Historia Patria. Pacificó el país sobre la base de la unión de todos los argentinos, en la unidad e indivisibilidad de los principios de la Revolución de Mayo y en cumplimiento de pactos preexistentes, extirpando la anarquía; y lo organizó como no lo habían logrado los Estatutos y Reglamentos de 1811, 1815, 1817, y las Constituciones de 1819 y 1826. Al derribar el poder dictatorial de veinte años (1830 – 1850) de Rosas, que se oponía a que se dictara la Constitución combatió la tiranía estructurando constitucionalmente un gobierno vigoroso de acuerdo con la experiencia propia...Desde el punto de vista de las declaraciones y derechos que proclama, fue una Constitución liberal. Aseguró el ejercicio de las libertades individuales y llamó a todos los hombres sin distinción de nacionalidad a habitar el suelo argentino, concediéndoles los derechos civiles. La Constitución de 1853 realizó su labor pacificadora por la unión de todos los argentinos y el equilibrio político e independencia de los poderes entre sí..."³⁵⁰

llegada la oportunidad de convocar un Congreso General federativo en Santa Fe, el cual debía estar formado por dos diputados de cada provincia. Urquiza quedó, simultáneamente, investido del título de Director Provisorio de la Confederación Argentina, con autoridad sobre los ejércitos y el manejo de las relaciones exteriores. Se le otorgaron, además, las facultades necesarias para mantener la paz interior, reglamentar la navegación de los ríos, percibir las rentas aduaneras y ocuparse del correo, los caminos y las postas...El proceso constitucional que así se iniciaba encontró de inmediato una tenaz resistencia de Buenos Aires...el 11 de setiembre de 1852 se produjo un movimiento que depuso al gobernador y proclamó la secesión de Buenos Aires con respecto de las demás provincias...Después de procurar inútilmente la incorporación de Buenos Aires el Congreso dedicó sus esfuerzos a la tarea constitucional...Los que más intervinieron en la redacción del proyecto fueron Gorostiaga, Gutiérrez, Zavalía, Zapata y del Carril, pero especialmente el primero, de quien se conserva un anteproyecto manuscrito. El texto de la ley fundamental fue rápidamente discutido y aprobado en los últimos días del mes de abril quedando sancionada el 1° de mayo de 1853 la Constitución de la Confederación Argentina..." ZORRAQUIN BECU, Ricardo, *Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, Primera Edición – Séptima reimpresión , 1996, T. II, pág. 43-44

³⁵⁰ LEVENE (h), Ricardo, op. cit.

Y para tener una cabal idea del pensamiento de los protagonistas de esta etapa fundacional de país se recuerda cuales fueron los documentos e ideales inspiradores de la ley fundamental: "...Los constituyentes se inspiraron, principalmente, en el proyecto que Juan Bautista Alberdi agregó a la segunda edición de sus Bases, en la constitución norteamericana de 1787 y en la argentina de 1826. Pero, con un criterio práctico muy acentuado, supieron adecuar esos precedentes a la realidad nacional, eliminando las exageraciones y vaguedades de Alberdi, las normas norteamericanas inaplicables entre nosotros y los defectos del texto de 1826. La Constitución de 1853 resultó así más orgánica y mejor entrelazada sus disposiciones, revelando además una marcada inclinación por resolver los problemas argentinos con soluciones adecuadas y no con fórmulas teóricas. La obra del Congreso Constituyente tuvo, por otra parte, una gran originalidad al imponer un régimen federal mitigado que no era una simple copia del norteamericano. Los poderes nacionales eran más amplios en aquella que en su modelo, y las provincias quedaban sometidas al control de las autoridades nacionales. Se impuso así el pensamiento de Alberdi, para quien la Argentina necesitaba una "federación mixta, o combinada con el nacionalismo". Además, al sancionar conjuntamente una declaración de derechos y al poner a estos últimos al cuidado de los jueces nacionales se daba también satisfacción al pensamiento liberal contemporáneo. De este modo la Constitución, por una serie de concesiones recíprocas a los principios opuestos, impuso una especie de transacción entre las dos tendencias que habían dividido al país, tratando así de crear un orden jurídico que fuera aceptado por todos..."³⁵¹

Es entonces que, ya pacificado y unificado el país, con la ley fundamental sancionada, que incluía entre otras disposiciones el dictado de los códigos (el art. 64 inc. 11 otorgaba al Congreso la facultad de dictar los códigos civil, penal y de minería, hoy consagrada en el art. 75 inc. 12), le fue encomendada al Dr. Vélez Sarsfield la tarea de la redacción del Código Civil: "... el 20 de octubre de 1864 era nombrado para redactar el código civil, la obra culminante de su vida, un verdadero monumento, al que se consagró con incansable tesón durante cuatro años consecutivos, al fin de los cuales dejó terminada la obra más vasta de legislación que haya producido América y en la que con intuición genial había sabido armonizar los principios inflexibles de la legislación

³⁵¹ ZORRAQUIN BECU, Ricardo, op. cit., pág. 44

romano-canónica y española que nos regía, con las más sonadas reformas prestigiadas por las doctrinas del siglo 20...³⁵²

La necesidad de organizar la legislación civil era imperiosa, ya que durante los cuarenta años que transcurrieron desde la Revolución de Mayo hasta la sanción de la Constitución Nacional "...la organización jurídica argentina, entre tanto, no podía ser más desfavorable. El cúmulo de leyes españolas, dispersas y desconocidas para América mantenían todos los derechos en la más perjudicial incertidumbre; la dificultad que ofrecía su conocimiento en aplicación en España, que con tanta frecuencia motivaba quejas y censuras, se agravaba en América, porque para ella se había dictado un nuevo código de excepción: la leyes de Indias, y porque el aislamiento y la ignorancia, hacían en esta regiones aun más insegura la aplicación de la ley...El abogado debía comenzar por demostrar la existencia de la ley que regía el caso, para probar después que en el orden de prelación establecido correspondía también su aplicación; en este estado las soluciones de la jurisprudencia eran hijas de la habilidad y de la ignorancia combinadas, siempre de lo arbitrario y de la rutina..."³⁵³

Es de tener en cuenta además las nuevas corrientes doctrinarias que vienen a tomar protagonismo en el mundo jurídico local y que, claro está, inciden en el pensamiento general de los doctrinarios de ese tiempo "...En resumen, podemos decir que las doctrinas jurídicas hasta 1870 fluctuaban en la lucha librada entre el viejo concepto del derecho natural inmutable y las modernas direcciones del utilitarismo, historicismo, economismo y democracia, que habían de influir después en la obra de nuestra codificación; es cierto, nunca se llegó a eliminar la doctrina tradicional, ni a destruir la fuerza innegable del derecho romano que la encarnaba, pero sería injustificado silenciar la influencia que estas nuevas ideas ejercieron sobre la vida jurídica argentina..."³⁵⁴

En este estado de cosas, el Dr. Vélez Sarsfield asume la magna tarea de la codificación civil del país. Y como se dijo también, el fenómeno del movimiento codificador se venía desarrollando con éxito en muchos países de Europa y América

³⁵²MARTINEZ PAZ, Enrique, *Dalmacio Vélez Sarsfield y el Código Civil Argentino*, Argentina, Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Año 2000, pág. 78

³⁵³ MARTINEZ PAZ, Enrique, op. cit., pág. 133

³⁵⁴ MARTINEZ PAZ, Enrique, ib., pág. 136

Latina, cuestión que no era ajena al Dr. Vélez Sarsfield. Tarea, que según las constancias historiográficas de sus manuscritos, lleva adelante solo, y que concluye con su sanción "...en la sesión de la cámara de diputados de fecha 22 de setiembre, se puso en discusión un proyecto por el que se declaraba ley de la nación, y a regir desde el 1° de marzo de 1870, el código civil redactado por el Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield...siendo aprobado el proyecto de la comisión sin otro cambio que el de la fecha en que debía comenzar a regir, la que se fijó para el 1° de enero de 1871..."³⁵⁵

En lo que atañe a esta investigación es importante resaltar, además del contexto ideológico del país ya mencionado, las fuentes que consultó el codificador, que tal como lo expresara él mismo: "...Vélez había dicho, sobre las fuentes que inspiraron el Código Civil: "Para este trabajo he tenido presente todos los Códigos publicados en Europa y América y la legislación comparada del señor Seoane. Me he servido principalmente del proyecto del Código Civil para España del señor Goyena, del Código de Chile, que tanto aventaja a los Códigos europeos, y sobre todo del proyecto de Código Civil que está trabajando para el Brasil el señor Freitas, del cual he tomado muchísimos artículos. Respecto de las doctrinas jurídicas que he creído necesario convertir en leyes (para resolver antiguas y graves cuestiones entre los jurisconsultos ó legislar en puntos de Derecho que debían ya salir del estado de doctrina) mis guías principales han sido los jurisconsultos alemanes Savigny y Zachariae; la grande obra del señor Serrigny sobre el Derecho administrativo del Imperio romano y la obra de Story *Conflict of Law*..."³⁵⁶

Esta explicitación de las fuentes que consultara, vino a detallarse aun más cuando luego de las fuertes críticas que recibiera por parte de Juan Bautista Alberdi, Vélez se vio obligado a responder: "...Vélez Sársfield contestó las afirmaciones de Alberdi comenzando por poner en evidencia también su cultura histórica y filosófica, pues observaba, en oposición a su impugnador, que nos encontrábamos en condiciones de darnos un código civil y que en la Historia del Derecho existía una concepción sincrética que superaba los fundamentos de las concepciones dogmática e histórica tan invocadas por Alberdi "Si el doctor Alberdi hubiera recorrido siquiera ligeramente mi proyecto de Código —contesta Vélez Sársfield— habría encontrado que la primera fuente de que me valgo son las leyes que nos rigen. El mayor número de los artículos

³⁵⁵ MARTINEZ PAZ, Enrique, ib. Pág. 148

³⁵⁶ LEVENE (h), Ricardo, op. cit.

tienen la nota de una ley de Partida, del Fuero Real, de las Recopiladas. Después podía haber observado que en los diversos títulos me guían unas veces Savigny, Zachariae, Ortolán, etc... y otras Aubry y Rau, Pothier, Troplong, Duranton y otros grandes jurisconsultos, que no escribieron para el Brasil. Podía también haber visto todo lo que me sirvo del Código Francés sin pensar que mi país tome las costumbres francesas ni que sea colonia de aquel imperio..." Estas declaraciones revelan el alma nacional que anima al Código Civil y las influencias científicas exteriores que registra...³⁵⁷

Muchas fueron las fuentes entonces de las que se sirvió el erudito Dr. Vélez Sarsfield, y como hombre de su tiempo su pensamiento estaba conformado por los principios que animaban la legislación civil de entonces. Así, es necesario recordar, por ejemplo, que el Código Francés estaba inspirado en principios específicos: "...los principios fundamentales sobre los cuales asentaba la codificación napoleónica eran la autonomía de la voluntad, la propiedad absoluta y la responsabilidad por culpa. El derecho de familia se sostiene en el matrimonio indisoluble y la filiación matrimonial como única merecedora de la protección de la ley..."³⁵⁸ De modo que ellos están presentes en su redacción: "...Nuestro Cód. Civil de 1869 -como todos los Códigos- establecía que el contrato obliga a las partes como si fuese la ley misma. Ésta era una regla virtualmente absoluta; el Código no contenía moderaciones de ella, que por el contrario había desestimado expresamente (ver la nota al viejo art. 944). Del mismo modo se consagraba que el ejercicio de un derecho no puede constituir un ilícito (art. 1071) y el carácter absoluto de la propiedad, pues el dueño podía destruir, degradar o desnaturalizar la cosa sobre la que ejercía su dominio..."³⁵⁹

Focalizando la investigación en lo específico de la materia, el derecho de familia, se debe mencionar que parte la de la doctrina nacional señala que "...Los derechos personales en las relaciones de familia reposan, pues, en dos principios: 1º- En la creencia en la determinación inteligente y libre de todos los hombres; en la autonomía de la voluntad y 2º- En la filosofía naturalista de la razón natural, que enseña la perfecta

³⁵⁷ LEVENE (h), Ricardo, op. cit

³⁵⁸ RIVERA, Julio César y otros, *Derecho Civil...*, T. I pág. 26

³⁵⁹ RIVERA, Julio César y otros, *ib.*, pág. 28

libertad de los hombres y la necesidad de que la ley tutele los derechos que cada cual puede conquistarse en la vida de relación...”³⁶⁰

Específicamente puede observarse que el codificador en su redacción original sobre el matrimonio, art. 167 decía: “El matrimonio entre personas católicas debe celebrarse según los Cánones y solemnidades prescriptas por la Iglesia Católica”. Deja pues, en manos de la Iglesia la celebración del matrimonio, “...y estaba regido por ellos en cuanto a impedimentos y sus dispensas, divorcio, disolución del vínculo y nulidad (arts. 167, 168, 201, 221 y 225); si estos matrimonios se celebraban ante sacerdotes disidentes eran nulos, salvo que inmediatamente fueran celebrados también ante el párroco católico (art. 181). En cuanto a los matrimonios entre no católicos, se admitía su validez si eran celebrados de conformidad con el Código y según las leyes y ritos de la comunidad religiosa a la cual pertenecían los contrayentes (art. 183). En estos casos, las causas de divorcio y nulidad competían a los tribunales civiles (art. 204 y 227). De manera que bajo este régimen sólo estaba admitido el matrimonio religioso; subsistió la situación de que las personas que no pertenecían a ninguna comunidad religiosa, las que profesaban cultos no organizados en el país, y aquellos de distintos credos de las cuales ninguna fuese católica, no tenían medio de contraerlo...”³⁶¹

Desde luego, este régimen matrimonial recibió críticas, pero razones de oportunidad lo llevaron a ello: “...El Código Civil había establecido que el matrimonio debía celebrarse según los cánones y solemnidades de la iglesia católica (art. 167); esta institución generó desde el primer momento cierta resistencia que se reveló como hemos tenido oportunidad de constatarlo, en la discusión primera sobre la sanción del código, en el H. senado; en aquel entonces la críticas, fundadas en un liberalismo exótico y precipitado no llegaron el conmover la opinión. El Dr. Vélez, espíritu conservador y tradicionalista, aunque sin prejuicios comprendió que el país no exigía la institución del matrimonio civil... Cuando una vez se le objetaba la institución del matrimonio religioso atribuyéndosela al influjo de prejuicios, Vélez se defendía invocando exigencias sociales. ¿Qué funcionario civil podría ofrecer en aquel tiempo mayores garantías de rectitud y competencia que el sacerdote? ¿Qué hubiera sido en un período de analfabetismo, ignorancia y despoblación, el acto más trascendental de la vida civil,

³⁶⁰ MARTÍNEZ PAZ, Ricardo, op. cit., pág. 249

³⁶¹ BELLUSCIO, Augusto César, op. cit., pág. 182

entregado a la incapacidad manifiesta? En verdad, para el Dr. Vélez el matrimonio no era ni sacramento, ni contrato, sino una simple “institución social fundada en el consentimiento de las partes” pero juzgaba que para las “personas católicas, como las de los pueblos de la República Argentina, el matrimonio civil sería un perpetuo concubinato condenado por su religión y por las costumbres del país. La ley que autorizara tales matrimonios, en el “estado actual de nuestra sociedad”, nos decía, desconocería la misión de las leyes que es sostener y acrecentar el poder de las costumbres y no enervarlas y corromperlas...”³⁶²

Además, previó el matrimonio entre católico y cristiano no católico, pero no lo previó entre personas sin religión, como así también entre cristianos y no cristianos. “...Estas omisiones eran fácilmente subsanables. El Congreso sin embargo, siguiendo las nuevas ideologías entonces predominantes, sancionó luego de largas discusiones una reforma total mediante la ley 2393, de fines de 1888. Esta ley suprimió el carácter religioso del matrimonio, disponiendo que debía celebrarse ante el oficial público encargado del Registro Civil, sin perjuicio de que los contrayentes pudieran luego hacer bendecir la unión por un ministro de su culto. Al secularizar así esta institución, dejaron de ser aplicables las normas canónicas que regían hasta entonces, y se incluyeron disposiciones sobre impedimentos -casi idénticas a las del derecho de la Iglesia- formas y requisitos para la celebración del casamiento, el cual quedó desde entonces sometido a la jurisdicción de los tribunales civiles. El divorcio vincular no fue admitido por el código...ni por la ley 2393...”³⁶³

Y apuntando más al núcleo de la investigación, una norma a destacar referida al matrimonio del Código de Vélez y que es posible referenciarla a la *pietas* familiar, es la del art. 185, que decía: “El marido está obligado a vivir en una casa con su mujer, y a prestarle todos los recursos que le fuesen necesarios, a ejercer todos los actos y acciones que a ella le correspondieren, haciendo los gastos judiciales que fuesen necesarios para salvar los derechos de su mujer, como también los que fuesen precisos si la mujer fuese acusada criminalmente. Faltando el marido a esta obligaciones, la mujer tiene derecho a pedir judicialmente que su marido le de los alimentos necesarios, y las expensas que le fuesen indispensables en los juicios”. Obviamente, la expresión “solidaridad familiar”

³⁶² MARTINEZ PAZ, pág. 162-163

³⁶³ ZORRAQUIN BECU, Ricardo, op. cit., T. II pág. 261

no formaba parte del léxico de ese tiempo, pero la consagración de la obligación alimentaria del marido a la esposa, siendo los “alimentos” la figura jurídica más destacada de la solidaridad familiar, un rasgo de adhesión a esta línea de pensamiento.

Para una mejor comprensión hay que tener en cuenta que: “...Una buena demostración de la sabiduría de nuestro codificador se obtiene por la verificación de la penetración del factor moral en el Código Civil argentino. Desde luego, Vélez Sarsfield no confundió ambos órdenes, el moral y el jurídico. Pero al elaborar las normas jurídicas siempre atendió a las directivas morales para que aquellas no pudieran conspirar al desarraigo de éstas. Ello aparece con evidencia en el tratamiento del contenido moral del acto jurídico...en la elevación a la categoría de valores irrenunciables, que los particulares no pueden desconocer en sus convenciones, a los que hacen al “orden público y las buenas costumbres”, art. 21... y en la regulación de la sanción de nulidad absoluta, con todo lo que ello implica, que recae sobre los actos jurídicos violatorios del orden moral...”³⁶⁴

Otra claro rastro de solidaridad en el ámbito de la familia, se encuentra en toda la legislación del Capítulo IV referida a los deberes alimentarios entre parientes ³⁶⁵ Una

³⁶⁴ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, op. cit., T. I, pág. 34-35

³⁶⁵ Merece ser reproducido el articulado y texto original del Dr. Vélez Sarsfield en honor a la fidelidad de su pensamiento y las fuentes por él citadas: CAPITULO IV - Derechos y obligaciones de los parientes - Art. 367. - Los parientes legítimos por consanguinidad se deben alimentos en el orden siguiente: el padre, la madre y los hijos. En falta de padre y madre, o cuando a éstos no les fuese posible prestarlos, los abuelos y abuelas y demás ascendientes. Los hermanos entre sí. La prestación de alimentos entre los parientes es recíproca. (Nota) Art. 367. - En el Derecho romano el orden de la obligación de alimentos era el siguiente: 1º, el padre; 2º, los ascendientes paternos; 3º, la madre; 4º, los ascendientes maternos. L. 5. H 2 y 8. tít. 3. lib. 25. Dig. En caso de divorcio la madre rica reemplazaba inmediatamente en esta obligación al padre. Nov. 117, cap. 7. La ley romana hizo obligación privativa de la madre, criar a los hijos menores de tres años. L. 9, tít 47, lib. 8, código. La ley de Partida adoptó en todas sus partes la ley romana. L. 3, tít. 19, Part. 4ª, y después de los tres años impone la obligación al padre y subsidiariamente a la madre; después a los ascendientes sin distinción de línea, L. 4, ídem. Por este Código se hace común a los dos esta obligación; pues también a la madre se le da toda la autoridad y beneficio que tenía el padre sobre sus hijos y los bienes de ellos. La obligación entre los hermanos estaba establecida por la Nov. 89, cap. 12, § 6. Las leyes de partida no la admitieron. Yo he aceptado en esta parte el art. 197 del código de Nápoles. Art. 368. - Entre los parientes legítimos por afinidad únicamente se deben alimentos el suegro y la suegra, y el yerno y la nuera. Art. 369. - Entre los parientes ilegítimos se deben alimentos el padre, la madre y sus descendientes, y a falta de padre y madre o cuando éstos no pueden prestarlos, el abuelo o la abuela y sus nietos o nietas. Art. 370. - El pariente que pida alimentos, debe probar que le faltan los medios para alimentarse, y que no le es posible adquirirlos con su trabajo, sea cual fuese la causa que lo hubiere reducido a tal estado. (Nota) Art. 370. - LL. 4 y 6, tít. 19, Part. 4ª. Pero no se reputa pobre o necesitado al que puede vivir de su trabajo. Dicha L. 6, y L. 5, § 7, tít. 3, lib. 25, Dig. Art. 371. - El pariente que prestase o hubiese prestado alimentos voluntariamente o por decisión judicial, no tendrá derecho a pedir a los otros parientes cuota alguna de lo que hubiere dado, aunque los otros parientes se hallen en el mismo grado y condición que

serie de obligaciones de la *pietas* familiar muy claras, que inclusive en la nota al artículo 367 hace mención al lo normado por el derecho romano.

Confirma esta visión “solidarista” de las obligaciones familiares, el formato de procedimiento elegido por Vélez, esto es el juicio sumario normado en su art. 375: “El procedimiento en la acción de alimentos, será sumario, y no se acumulará a otra acción que deba tener un procedimiento ordinario; y desde el principio de la causa o en el curso de ella, el juez, según el mérito que arrojen los hechos, podrá decretar la prestación de alimentos provisorios para el actor, y también las expensas del pleito, si se justificare absoluta falta de medios para seguirlo.” La doctrina procesalista ha ponderado esta norma considerándola casi paranormal para su época: “...Quiere decir que el Código del sapiente Vélez se anticipa a los de su siglo –incluyendo al de Klein de Austria (1895) y a los del siglo XX–, porque en la centuria anterior sólo en las últimas décadas sobreviene la explosión de visiones anticipatorias, modernísimas y funcionales que la clarividencia del agudo cordobés estampó como expreso mandato en la mitad del siglo XIX. Es realmente conmovedora esa técnica finalista que le llevó a consagrar con tanta pulcritud nociones técnicas y el armado metodológico y sistemático...Y asombra mucho más porque es hoy, *todavía*, una excelente previsión vanguardista como lo

él. Art. 372. - La prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, habitación y vestuario correspondiente a la condición del que la recibe, y también lo necesario para la asistencia en las enfermedades. Art. 373. - Cesa la obligación de prestar alimentos, si los hijos de familia legítimos o legitimados, o los hijos naturales, se casaren sin consentimiento de los padres, y en caso de disenso, sin la autorización judicial; si los descendientes en relación a sus ascendientes, o los ascendientes en relación a sus descendientes, cometieren algún acto por el que puedan ser desheredados; si los hijos de familia dejaren la casa paterna sin licencia de sus padres. (Nota) Art. 373. - El cód. sardo, art. 109 y 110, conserva los alimentos necesarios a los hijos que se casen contra la voluntad de los padres. Conforme con el artículo cuando haya una causa de desheredación, el mismo código, art. 743 y L. 6, tít. 19, Part. 6ª, y Nov. 115, caps. 3 y 4. Art. 374. - La obligación de prestar alimentos no puede ser compensada con obligación alguna, ni ser objeto de transacción; ni el derecho a los alimentos puede renunciarse ni transferirse por acto entre vivos o muerte del acreedor o deudor de alimentos, ni constituir a terceros derecho alguno sobre la suma que se destine a los alimentos, ni ser ésta embargada por deuda alguna. (Nota) Art. 374. - Cód. de Holanda, art. 384; sardo. 2098; prusiano, 413. Las leyes españolas guardan silencio sobre la materia. Art. 375. - El procedimiento en la acción de alimentos, será sumario, y no se acumulará a otra acción que deba tener un procedimiento ordinario; y desde el principio de la causa o en el curso de ella, el juez, según el mérito que arrojen los hechos, podrá decretar la prestación de alimentos provisorios para el actor, y también las expensas del pleito, si se justificare absoluta falta de medios para seguirlo. (Nota) Art. 375. - L. 7, tít. 10, Part. 4ª. Art. 376. - De la sentencia que decrete la prestación de alimentos, no se admitirá recurso alguno con efecto suspensivo, ni el que recibe los alimentos podrá ser obligado a prestar fianza o caución alguna de volver lo recibido, si la sentencia fuese revocada. (Nota) Art. 376. - L. 7, tít. 10, Part. 4ª - Código Civil - https://www.ecofield.net/Legales/General/codigo_civil/ley340_ccivil.pd - consultado: 8/11/2021

comprobamos a diario. Combina con acabado equilibrio y equidad el juego armonioso de los factores más gravitantes en la legitimación activa y de procesos urgentes que dan vueltas en el horizonte actual: poderes de los jueces; factor decisivo del tiempo; acción efectiva a la jurisdicción; observancia del proceso justo; anticipación de la cautela material (prestaciones inmediatas iguales a las que establece la condena en el mérito, cuando hay necesidades que no puedan aguardar ¡al mastodóntico proceso ordinario!), y exige, respuestas a alcanzarse sólo mediante la cognición sumaria y beneficio de litigar sin gastos (litisexpensas). Tal como lo pergeñó la Corte Suprema en “Camacho Acosta” (CS, 7-8-97), ¡al final del siglo XX!...”³⁶⁶ Esta visión adelantada a su tiempo, confirma lo que se viene sosteniendo, esto es la inserción de la *pietas* familiar, solidaridad familiar, como sustrato de los ideales que, teniendo su raíz en el derecho romano, evolucionaron y llegaron a la primera codificación local de modo tácito, silencioso, revestido de benignidad. Así lo piensa también la doctrina procesal: “... Y como el derecho a los alimentos no puede esperar, y el que los reclama es indigente, asoma en la pluma de Vélez el rostro del proceso justo, equitativo y humanitario: no hay costos porque el juez obliga al deudor de ellos a las expensas que posibiliten –realmente– a litigar y, además, adelanta (justicia temprana sin ejercerla al final) a las prestaciones que debería establecer la condena...”³⁶⁷

Subyace la *pietas* familiar, en las normas sucesorias, particularmente las que refieren a los “herederos forzosos” y las que regulan la “legítima”³⁶⁸, esto es aquella

³⁶⁶ MORELLO, Augusto, “Velez Sarsfield: Una magnífica lección de Derecho Procesal para el siglo XXI”, *El Derecho - Diario*, Tomo 224, 895, 02-10-2007, cita digital: ED-DCCLXIX-725

³⁶⁷ MORELLO, Augusto, “Vélez Sársfield...”, op. cit.

³⁶⁸ Texto original del Código de Vélez Sársfield: De la porción legítima de los herederos forzosos - Art. 3591. - La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia. La capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio, sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos. Art. 3592. - Tienen una porción legítima, todos los llamados a la sucesión intestada en el orden y modo determinado en los cinco primeros capítulos del título anterior. Art. 3593. - La porción legítima de los hijos legítimos es cuatro quintos de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los que deben colacionarse a la masa de la herencia; observándose en su distribución lo dispuesto en los arts. 3570 y 3579. Art. 3594. - La legítima de los ascendientes es de dos tercios de los bienes de la sucesión y los donados, observándose en su distribución los arts. 3571 y 3580. Art. 3595. - La legítima de los cónyuges, cuando no existen descendientes ni ascendientes del difunto, será la mitad de los bienes de la sucesión del cónyuge muerto, aunque los bienes de la sucesión sean gananciales. Art. 3596. - No teniendo el testador descendientes ni ascendientes legítimos, ni quedando viudo o viuda, la legítima de

parte del acervo hereditario que la ley cuida de que quede en manos de los parientes que ella determina como “herederos forzosos” y aun más allá de la voluntad de quien en vida fuera su titular. Esta gestión intra familiar de reparto post mortem de los bienes del causante, hablan también de un vínculo benevolente entre los miembros de la familia, que aseguran la subsistencia de los miembros sobrevivientes. Y lo hace en partes igualitarias.

Se ha destacado la visión de Vélez con respecto a la sucesión de los cónyuges, ya que advierte con claro discernimiento la situación local de su tiempo: “...Y fue indiscutiblemente original con la regulación de la sucesión de los cónyuges. En nuestro país regían las leyes alfonsinas de las Partidas, del siglo XIII, por las cuales el cónyuge supérstite era excluido de la sucesión por descendientes, ascendientes y colaterales hasta el décimo grado; y sólo se le reconoció a la viuda pobre e indotada la cuarta marital. En el Código de Napoleón el cónyuge era excluido por los colaterales hasta el duodécimo grado. Es decir, no heredaba... Vélez advirtió que la situación económica y social de nuestro país era distinta de la europea, pues a mediados del siglo XIX comenzó el auge económico, y surgieron innumerables patrimonios generados por el trabajo personal y con la colaboración del cónyuge, es decir, de la esposa que contribuía con su esfuerzo, haciéndose cargo del hogar y de los hijos. Las leyes españolas que aún nos regían se habían tornado anacrónicas, y Vélez respondió a la necesidad social consagrando una reforma drástica del régimen vigente: el cónyuge supérstite no es excluido por ningún heredero, concurre con descendientes y ascendientes, y a falta de ellos se heredan entre sí excluyendo a los colaterales; además lo instituye como heredero forzoso, con una

sus hijos naturales será la mitad de los bienes que a su muerte queden. Art. 3597. - La legítima de los padres naturales que hubieren reconocido al hijo natural, cuando éste no dejare descendientes legítimos ni cónyuge sobreviviente ni hijos naturales, será la mitad de los bienes dejados por el hijo natural. Si quedasen hijos legítimos o hijos naturales legalmente reconocidos, el padre natural no tiene legítima alguna. Si sólo quedase viudo o viuda, la legítima del padre natural será un cuarto de la sucesión. Art. 3598. - El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas declaradas en este título. Si lo hiciera, se tendrán por no escritas. Código Civil - https://www.ecofield.net/Legales/General/codigo_civil/ley340_ccivil.pd - consultado: 8/11/2021

legítima del cincuenta por ciento, cuota forzosa que mantiene el nuevo Código (art. 2445 y 2446)...³⁶⁹

Por último, y si bien es conocido y merecería un apartado especial, es de resaltar el tratamiento que Vélez Sarsfield otorga a los principios jurídicos, consagrándolos como fuentes en el art. 16: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

Desde luego, no es simple discernir cuáles eran esos principios generales del derecho para el codificador, y se han dado múltiples explicaciones sobre el tema: tesis positivistas, iusnaturalistas, y combinadas, la complejidad del tema suscitó y continúa suscitando debate, cuestión que fue ya tratada en capítulos precedentes. Una muy autorizada doctrina afirma que “...la influencia del Código Civil austríaco revela que nuestro codificador vinculó la idea de principios generales del derecho a la corriente iusnaturalista; es decir se trataría de principios supra legales, emanados de la misma naturaleza de las cosas que se imponen al legislador, están por encima de él, están antes que él, y éste no puede desconocerlos...”³⁷⁰

En la dimensión positiva, en lo que respecta al derecho de familia, Vélez, como se dijo, el gran principio sobre el que lo legisla es el de la “...familia fundada en el matrimonio indisoluble...En cuanto al derecho de familia se sostenía sobre el pilar del matrimonio indisoluble y por ende la filiación era también clasificada según su origen matrimonial y extramatrimonial. Los hijos extramatrimoniales a su vez se clasificaban en naturales (cuando los padres no tenían impedimento para contraer matrimonio), adulterinos, incestuosos y sacrílegos...y el matrimonio admitido por el codificador era el celebrado en forma canónica...”³⁷¹

³⁶⁹ FERRER, Francisco A.M., “Vélez Sársfield y algunos aspectos de las sucesiones en el nuevo Código Civil y Comercial”, *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, <http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/velez-sarsfield-y-algunos-aspectos-de-las-sucesiones-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial> -consultado el 9/11/2021

³⁷⁰ RIVERA, Julio César, *Instituciones...*, op. cit., T. I, pág. 157

³⁷¹ RIVERA, Julio César, ib, T. I, pág. 264

No obstante ello, sea por sendas vías interpretativas, y aun con los límites y diferenciaciones, la *pietas* familiar integra silenciosamente la nómina de principios que de algún modo ilustran la legislación tratada.

Hasta acá se ha analizado el Código Civil en su primera concepción y sanción. Luego, como es bien sabido, se sucedieron una serie de modificaciones que son objeto del siguiente acápite.

3. Las modificaciones del siglo XX y del siglo XXI

Sin lugar a dudas, la obra del Dr. Vélez Sarsfield ha sido de una jerarquía sin igual. Pero como se mencionó anteriormente, las codificaciones pueden conducir a una suerte de parálisis legal, que no va de la mano con el dinamismo de los cambios sociales, económicos, políticos, ideológicos de todos los grupos humanos. La obra de Vélez en definitiva, se fue ajustando a esos cambios y recibió una serie de reformas.

En lo que refiere al derecho de familia, ya se mencionó la Ley 2393 de Matrimonio Civil del año 1889 la que “...antes de que entrase en vigor... fue modificada por la ley 2681 (promulgada el 12 de noviembre de 1889), que suprimió la publicidad previa a la celebración del matrimonio y efectuó otras supresiones tendientes a facilitar y simplificar la realización del acto. La ley 23.515 incorporó las normas sobre matrimonio civil al Código Civil...”³⁷²

Es notable la permanencia de su vigencia: “...La ley 2393 tuvo una vigencia bastante más prolongada que las normas del Código Civil que modificó, pues subsistió casi cien años, hasta el año 1987, en que se dictó la ley 23.515, que la reemplazó. Según afirma Borda, la causa de su extensa vigencia —a pesar de las importantes polémicas que tuvieron lugar con motivo de su sanción— consistió en el importante caudal inmigratorio que vino al país en el último cuarto del siglo XIX, carecía de la extrema sensibilidad religiosa de la población autóctona, habiendo además el liberalismo

³⁷² BELLUSCIO, Augusto César, op. cit., pág. 183

extendido su influencia en gran parte del mundo, incluida la República Argentina...³⁷³

En lo que atañe a esta investigación debe reproducirse lo que ha permanecido a lo largo de toda la centuria de su vigencia, y continúa aun hoy en el vigente en el CCyCN: el deber de asistencia. El antiguo art. 56 en el texto original decía: “El marido está obligado a vivir en una misma casa con su mujer, a prestarle todos los recursos que le fueran necesarios y a ejercer todos los actos y acciones que a ella le correspondan, haciendo los gastos judiciales necesarios aun en el caso de que fuese acusada criminalmente. Faltando el marido a estas obligaciones, la mujer tiene derecho a pedir que aquel le dé los alimentos necesarios y las expensas que le fuesen indispensables en los juicios”. Deber de asistencia que hace a la naturaleza más profunda de la institución matrimonial, y que en el contexto del siglo XIX, y en lo referido a su aspecto material, le era impuesta al marido.

Desde luego, los cambios sociales impactaron en la ley que no permaneció petrificada. La ley 2393 sufrió varias modificaciones, sea en forma directa o indirecta, por la sanción de distintas normas. Se pueden mencionar: La ley 11.357 sobre la capacidad de la mujer³⁷⁴. La ley 14.394, que entre otras materias legislaba la salvaguarda de la vivienda familiar a través de la consagración del instituto del “bien de familia”; esta ley del año 1954, es recordada también por haber establecido en su art. 31 por primera vez en el país el divorcio vincular, artículo que fue rápidamente “suspendido” por el Decreto-Ley 4070/1956³⁷⁵ (y finalmente derogado por la ley

³⁷³ SAMBRIZZI, Eduardo Antonio, *Tratado de Derecho de Familia I*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, Año 2018, 2ª edición actualizada, Libro digital

³⁷⁴ La ley 2393 en lo que refiere a la situación de la mujer respondía al ideario social de su tiempo, lo que los ojos del presente pueden considerar aberrante, pero la historia de la humanidad así transcurre, porque la ley 11357 del año 1926 se encuentra en consonancia a su época y así su artículo 1º que decía: “La mujer mayor de edad (soltera, divorciada o viuda) tiene capacidad para ejercer todos los derechos y funciones civiles que las leyes reconocen al hombre mayor de edad”, marca un camino evolutivo social hacia la igualdad.

³⁷⁵ Textualmente los artículos 1 y 2 decían “Art. 1. Declárase en suspenso, hasta tanto se adopte sanción definitiva sobre el problema del divorcio, la disposición del artículo 31 de la ley 14.394 en cuanto habilita para contraer nuevo matrimonio a las personas divorciadas a que el texto se refiere. Art. 2. A partir de la fecha de la presente ley se paralizarán en el estado en que se encontraren, los trámites judiciales destinados a actuar la disposición aludida en el artículo anterior, y no se dará curso a las

23515). El Decreto-Ley 8204/1963 que establece los lineamientos básicos para la organización de los Registros Civiles –nacional y provinciales- y que luego fuera convalidado por la ley 16478 (y también modificado por las leyes 18.248; 18.327; 20.751; 22.159 y 23.515). La ley 18.248 del año 1969 sobre el nombre de las personas naturales: el niño debía tener el apellido del padre o el apellido compuesto del padre u optar por el doble apellido, en ese caso, se inscribía primero el del padre y después el de la madre, si no había acuerdo, los apellidos se ordenaban alfabéticamente, y entre otras normas, con respecto a la mujer casada decía: Artículo 9: “Decretada la separación personal, será optativo para la mujer llevar el apellido del marido. Cuando existieren motivos graves, los jueces, a pedido del marido podrán prohibir a la mujer separada el uso del apellido marital. Si la mujer hubiere optado por usarlo, decretado el divorcio vincular perderá tal derecho, salvo acuerdo en contrario, o que por el ejercicio de su industria, comercio o profesión fuese conocida por aquél y solicitare conservarlo para sus actividades”. La ley 17.711, ley que llevó una enorme modificación de todo el Código Civil, con adhesiones y críticas y que “...abarca la sustitución, derogación o inclusión de aproximadamente 200 artículos, un 5% del articulado total del C. C. Se trata pues de una importante y trascendente reforma que pese a ser parcial, conmueve al Código reformado en algunos criterios medulares, y toca algunos temas fundamentales, que pudieron merecer, por su significación, un exhaustivo debate previo en los estrados universitarios...”^{376 377} En materia de Derecho de Familia, en general, y

nuevas peticiones que se presenten para acogerse a ella”. No obstante ello, algunos matrimonios quedaron disueltos vincularmente, y los ex cónyuges recuperaron su habilidad nupcial.

³⁷⁶ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Estudio de la Reforma del Código Civil Ley 17711*, Buenos Aires, Ed. Revista de Jurisprudencia Argentina S. A., 1969, pág. 4

³⁷⁷ Decía LLambías sobre la necesidad de la reforma del Código Civil en ese entonces: “...A casi cien años de su vigencia, y por acertada que hubiere sido en su tiempo –y sin duda, lo fue- la sanción del Código de Vélez Sarsfield, se imponía su reforma. Este Código fue un monumento jurídico admirable, en cuanto tradujo con singular lucidez, las aspiraciones y los sentimientos de la sociedad argentina, que siempre está en deuda con su autor. Empero, el tiempo no pasa en vano. Cien años son muchos, especialmente si se ha presenciado en ese lapso un desarrollo técnico colosal que entraña un intenso dinamismo en todo el mundo, en contraste con la anterior organización estática, y que se traduce en un mayor acercamiento vital de los distintos países, en una influencia recíproca constante y en la necesidad de procurar en todos los órdenes un “aggiornamento” que sea adecuado a las urgencias que la hora

obviamente en relación al régimen matrimonial el particular, estableció importantes modificaciones: “...eliminación del impedimento matrimonial de lepra; 5) Caracterización del derecho intelectual como bien propio y no ganancial del autor; 6) Administración dividida de la sociedad conyugal; 7) Disposición de los bienes propios; 8) Cancelación del derecho del cónyuge culpable de la separación de hecho a beneficiar de las ulteriores adquisiciones de bienes realizados por el otro cónyuge; 10) Reajuste de los créditos de los cónyuges contra la sociedad conyugal; 11) Divorcio por mutuo consentimiento; 12) Reiteración de juzgamiento en materia de divorcio; ...Nulidad matrimonial post-mortem...”³⁷⁸ Y finalmente, antes de ingresar al siglo XXI, la ley 23515 sancionada en 1987 modifica la Ley 2393 incorporando su articulado al Código vigente, y desde luego, siendo su aporte más destacado la consagración de la disolubilidad del vínculo conyugal.

En toda la trayectoria mencionada, ha de decirse que la legislación matrimonial argentina ha dejado en claro que el deber de asistencia mutua es un deber conyugal que hace a la esencia misma del instituto. Y si bien es cierto que “asistencia” no es exactamente igual a “solidaridad” es un aspecto de ella. Dice Belluscio, en comentario al art. 198 del Código derogado “...que consagra expresamente el deber de asistencia, que es de la esencia del matrimonio, es recíproco entre los cónyuges, y tiene un aspecto moral o espiritual y otro material. En el primero, se ha señalado como su contenido concreto; a) la solidaridad personal, representada no sólo por un trato considerado y decoroso sino también por la prestación de los estímulos necesarios para el logro del

actual, “nuestro tiempo”, nos propone, y a las que nos exige respuesta. Esto no implica la caducidad de los criterios de justicia que elaboró o compuso el talento de nuestro codificador, ni el arrumbamiento de sus soluciones. Menos todavía, la subestimación de las orientaciones que nos vienen desde el fondo de nuestra historia, y desde la raíz cultural de nuestro pueblo, en la fidelidad de la estirpe. Pero, sin duda, ello hacía imperativo replantear y repensar la cuestión de la reforma de la legislación civil para que la Argentina de hoy, contara, como contó la de ayer, con el instrumento legal adaptado a sus necesidades actuales ya las expectativas de su pueblo...” LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Estudio...*, op. cit., pág. 5. Este agudo y descriptivo relato sobre la necesidad imperiosa de la reforma de aquel entonces, resulta similar a las apreciaciones vertidas por la doctrina con respecto a la exigencia de la entrada en vigencia del nuevo CCyCN, en razón de los grandes cambios temporales, y es que como dice la Santa Biblia “lo que fue, eso mismo será; lo que se hizo, eso mismo se hará: ¡no hay nada nuevo bajo el sol!” Eclesiastés, 1,9

³⁷⁸ LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Estudio...*, op. cit., 343

propio destino, y por la coparticipación en todos los avatares de la vida, alegrías y dolores, éxitos y fracasos; b) El auxilio moral o espiritual en caso de enfermedad. c) Finalmente, la ayuda de un cónyuge al otro en sus negocios particulares según lo corriente en el medio social en que actúan: por ejemplo en la explotación de negocios de poca envergadura...³⁷⁹

La asistencia como obligación mutua, tiene el doble aspecto: moral y jurídico, en lo moral es clara su equivalencia con la cooperación, el auxilio, el amparo que mutuamente se deben los cónyuges, necesarios para llevar adelante un proyecto de vida en común. La dimensión jurídica la establece la consagración legal, con las consecuencias que ello conlleva. Ambas dimensiones reportan al principio jurídico de solidaridad familiar.

Nótese que la última modificación del siglo pasado, la ley 23515, en el artículo 198 expresamente establecía: “Los cónyuges se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos”. Y la doctrina sostenía acerca de esto: “...Los roles que los esposos se han atribuido recíprocamente durante la vida en común darán contenido a los deberes. Así, si uno de los cónyuges cumplía el rol de proveedor de los bienes materiales y el otro se ocupaba de la atención de la casa y de los hijos, entonces el deber alimentario debe entenderse “atribuido” por voluntad común a uno de ellos, y esa pauta será tenida en cuenta por los jueces si el conflicto matrimonial es llevado ante ellos. Por supuesto la obligación alimentaria está sujeta a que sea necesaria y, si bien su alcance no está determinado estrictamente en este capítulo, surge sin duda del art. 207³⁸⁰ que, si bien prevé la responsabilidad del culpable en la separación, la que no quedará determinada hasta la sentencia, lo cierto es que mientras tramita el proceso, los alimentos debidos al que normalmente los recibía derivarán de su carácter de cónyuge y no de su calidad de

³⁷⁹ BELLUSCIO, Augusto César, op. cit., pág. 268

³⁸⁰ El art. 207 decía: “El cónyuge que hubiere dado causa a la separación personal en los casos del artículo 202, deberá contribuir a que el otro, si no dio también causa a la separación, mantenga el nivel económico del que gozaron durante su convivencia, teniendo en cuenta los recursos de ambos. Para la fijación de alimentos se tendrá en cuenta: 1. La edad y estado de salud de los cónyuges. 2. La dedicación al cuidado y educación de los hijos del progenitor a quien se otorgue la guardia de ellos. 3. La capacitación laboral y probabilidad de acceso a un empleo del alimentado. 4. La eventual pérdida de un derecho de pensión. 5. El patrimonio y las necesidades de cada uno de los cónyuges después de disuelta la sociedad conyugal. En la sentencia el juez fijará las bases para actualizar el monto alimentario.

inocente en la separación o el divorcio. Obviamente entonces quien para mantener su nivel de vida no necesita la asistencia económica, sea porque sus ingresos son aun superiores a los del cónyuge, o porque su patrimonio le permite no alterar el ritmo de vida no podrá solicitarlos...”³⁸¹

El proceso de modificaciones a la Ley 2393 mantiene una variable constante en la solidaridad, a la par que avanza en la adecuación de las normas con los principios de igualdad y libertad, o autonomía de la voluntad.

Hacia la conjunción con el principio de igualdad, se materializó con la sanción de la ley 23264 del año 1985 sobre filiación, estableciendo como base en el art. 240: “La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonio o extramatrimonial. La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme las disposiciones de este Código”. Y sobre ello la doctrina sostenía: “...La filiación es el estado de familia que deriva inmediatamente de la generación para el generado. La ley organiza los derechos-deberes paterno-filiales sobre el fundamento del hecho biológico de la generación entre el padre que engendró e hijo engendrado, entre la madre que concibió e hijo concebido. Estos efectos completan la juridicidad del hecho biológico ya primordial, dado que marca el comienzo de la existencia de la persona. La determinación legal de tales efectos obedece a inexcusables exigencias del orden social, que reclaman del Derecho positivo la regulación de consecuencias que les son anteriores y definitivas pues nacen y reposan en el Derecho natural...Con esta expresión “unidad de la filiación” se quiere significar que el tratamiento legal de la misma debe ser igual cualquiera haya sido la situación jurídica de los progenitores a la concepción del hijo. Manifiesta el respeto por la persona. Toda filiación auténticamente tal, es decir, biológica, es natural. Y es también natural la igualdad intrínseca de todos los hombres...”³⁸² De modo que, entre otros efectos, esta modificación impactó, por ejemplo, en el régimen sucesorio, y es que al cesar la distinción del vínculo familiar en el campo hereditario, heredando en igual proporción todos los hijos del causante: matrimoniales, extramatrimoniales o adoptados en adopción plena, operó la derogación

³⁸¹ FERRER, Francisco A. M. y otros, *Código Civil Comentado - Derecho de Familia*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni Editores, Año 2004, T. I pág. 127

³⁸² FERRER, Francisco A. M. y otros, *Código Civil...*, op. cit., T. I pág.453

entre otros de los arts. 3577 a 3584 que regulaban lo referente a la sucesión de los hijos y de los padres naturales.

En definitiva, la evolución del derecho de familia en el siglo XX, partiendo desde el más férreo principio de orden público, fue acompañando los cambios sociales, y consolidando los principios de libertad e igualdad, principios que conducen a relaciones más horizontales en el ámbito familiar, y que por ende esa horizontalidad tributa necesariamente al principio de solidaridad familiar.

Dicho en otras palabras, el proceso evolutivo se mueve hacia la “*liberté, égalité, fraternité*”, ¡al lema de la Revolución francesa!, que representó y representa el modelo de estilo democrático y republicano que occidente adoptó como forma de vida, encontrándose éste país incluido.

La legislación del siglo XXI, ya reformada la Constitución Nacional, y con los Tratados de protección de los Derechos Humanos incorporados a la Ley Fundamental (cuestión ya desarrollada) en el año 1994, se avanza en la adecuación de la legislación local, y por ende se avanza hacia los principios de libertad, igualdad y solidaridad.

La primera reforma de la nueva centuria la introduce la llamada Ley de Matrimonio Igualitario N° 26618 sancionada en el año 2010, que introdujo en el país la posibilidad de matrimonio homosexual al hacer sexualmente neutras todas las disposiciones referentes a los contrayentes, permitiendo así la unión conyugal de dos personas sea cual fuere el sexo de una y de otra. Legislación de vanguardia en América Latina, pues tres años más tarde se legisló en el mismo sentido en Brasil y Uruguay, en 2016: Colombia, en 2019: Ecuador, y recientemente en Chile –fecha de promulgación: 9/12/2021.

Este proceso lo lleva a su máxima categoría la magna reforma en el derecho de familia que lleva a cabo el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado y promulgado en 2014, y que entró en vigencia el 1° de agosto de 2015. La reforma es exhaustiva y merece un desarrollo específico ya que es el derecho vigente en el país.

4. Conclusión

En la primera parte introductoria de este capítulo dedicado a la solidaridad familiar en el Derecho Civil argentino, se ejecutó una recorrida ligera por los antecedentes directos de la legislación local: el derecho romano, su proceso de recepción, que marcaron el sistema jurídico del derecho privado, cuya presencia se verifica hoy en día. En ese sistema normativo y conceptual romano se halla la primera proposición de la solidaridad familiar, expuesta en el concepto de *pietas* familiar romana.

Se apuntaron como parte del proceso evolutivo legal el fenómeno de la constitucionalización del derecho privado, reiterando la adhesión de la doctrina que sostiene que "...las normas de Derecho Civil contenidas en la Constitución son normas constitucionales, y es su jerarquía supralegal las que las califica, y no su esencia jusprivatista..."³⁸³ jerarquía que se le otorga al discernir la cuestión en este sentido, y como se vio, se puede afirmar la presencia del principio de solidaridad familiar.

En honor a la precisión de la materia en estudio se reprodujeron los conceptos más representativos de Derecho Civil, haciendo hincapié en la más completa, expresada por el Dr. Saux, que se reproduce una vez más dada su importancia: "...nos permitimos proponer como conceptualización del Derecho Civil la que lo singulariza como la rama principal del Derecho Privado, de impronta constitucional-convencional, conformada por el diálogo de fuentes normativas múltiples, legales, valorativas, principalistas, jurisprudenciales y consuetudinarias, que regula la vida de la persona y su interacción relaciones jurídicas patrimoniales y extrapatrimoniales comunes a su esencia biológica y sin distinción de situaciones, actividades singulares, profesiones o posicionamientos específicos, siendo las instituciones principales que conforman su objeto de estudio la personalidad, la familia, el patrimonio y la herencia; todo ello bajo las premisas comunes de respeto a la libertad, la autodeterminación, la igualdad, real, el pluralismo ideológico y la tutela de los vulnerables..."³⁸⁴ Y es que este concepto de Derecho civil, brinda el marco perfecto para la exploración del principio jurídico objeto de estudio,

³⁸³ SAUX, Edgardo Ignacio, *Tratado...*, op. cit., nota 85 T. I pág. 54

³⁸⁴ SAUX, Edgardo Ignacio, *Tratado...*, op. cit, pág. 97

pues la solidaridad familiar es parte de la vida cotidiana de las personas con un núcleo valorativo y legal en consonancia con los restantes principios generales del derecho civil.

Un espacio le fue brindado al tema de la codificación, como parte del proceso evolutivo del derecho civil, examinando los movimientos históricos de occidente y su proyección e incidencia en la codificación local, y se destacó el provecho que causa la codificación para la elaboración de los principios generales del derecho.

La unidad y hegemonía de la legislación que promueve un cuerpo sistemático de normas como lo es un Código Civil, se organiza sobre pilares supralegales, legales, valorativos que informan el sistema, y que constituyen los principios jurídicos. Y en ese parecer se analizó la obra de Vélez Sarsfield, y sus antecedentes y fundamentos.

Con un breve relato de la historia nacional de los hechos y el derecho que dieron inicio y continuidad al proceso emancipador y de organización del país, se pusieron de manifiesto los principios fundantes de la nación, republicanos y democráticos, como así también el apremio por contar con una legislación civil adecuada, obra que fue encomendada al Dr. Vélez Sarsfield.

Se reprodujeron los textos originales de la legislación de familia, con sus particularidades en relación a la época, y en el análisis se pudo detectar la continuidad de la *pietas* romana, solidaridad familiar, en su singular forma histórica, con la clara percepción de la comunidad a quien están destinadas las normas.

Una mención especial se otorgó al art. 16 en el cual Vélez Sarsfield consagró el protagonismo de los principios generales del derecho.

Le tocó el turno al tratamiento que recibió el Código de Vélez con las modificaciones operadas en los siglos XX y XXI, y también la Ley 2393 de Matrimonio Civil, de prolongada vigencia. Se detallaron las leyes que fueron modificando la legislación en la materia, pudiéndose observar el proceso evolutivo legal que acompañó los cambios sociales. Y abundando en el tema y es descriptivo del proceso evolutivo jurídico se puede sumar lo que en su momento enseñaba la Dra. Méndez Costa en relación al régimen de bienes del matrimonio: "...El régimen patrimonial matrimonial organizado por Vélez Sarsfield ha experimentado una evolución definida e intensa concretada principalmente en la gestión de los bienes que organizan los artículos 1276 y 1277 desde la ley 17711. Pero su esencia ha permanecido inmutable si se considera la

impuesta división por mitades de los bienes gananciales, apoyada en la presunción de serlo (art. 1271), y de los recursos para hacerla efectiva así sea mediante indemnizaciones y recompensas a definirse en la etapa de liquidación del régimen, incluyéndose el carácter definitivamente común de ciertas deudas conforme el artículo 1275. Los textos datados en 1968 cobran sentido pleno como protección del derecho futuro de los esposos a compartir los gananciales “aunque alguno de ellos no hubiese llevado a la sociedad bienes algunos”, según reza el artículo 1315. El resultado de la evolución ha rectificado los rasgos de la legislación originaria, abarcando la anterior a la ley 11.357, que desplazaban o, al menos, ensombrecían, la igualdad de los esposos en su solidaridad. Hoy luce fortalecida esa igualdad en la solidaridad y la dependencia recíproca que se señala en el movimiento legislativo actual del tema en casi todos los países impulsada por la “búsqueda de un equilibrio entre la libertad de los esposos y la protección misma del grupo familiar que se ha elegido fundar”. Queda sobreentendida una asociación que se proyecta e integra en la familia, necesaria comunidad de personas...”³⁸⁵

En todo este proceso, hasta arribar al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, se fue detectando una constante voluntad del legislador, tanto en lo que toca al vínculo conyugal, como en el parentesco, de considerar las relaciones de familia en el respecto por los deberes de asistencia, aun post mortem. Deberes que incluyen el auxilio material y espiritual o moral mutuo, dimensión que hace al núcleo del principio jurídico de solidaridad familiar.

Por último, se pudo detectar que el punto de partida y el punto de llegada, entendido este como el nuevo CCyCN, confluyen. El proceso evolutivo del derecho moderno se nutrió y se nutre del lema de la “libertad, igualdad y fraternidad”, y que este último puede traducirse con el concepto de solidaridad.

En los siguientes capítulos se analizará la nueva legislación, la visión jurisprudencial que se ha comenzado a desarrollar en su aplicación y entendimiento siguiendo la correlación con el objeto de este estudio: el principio jurídico de solidaridad familiar.

Previo a ello, resulta esclarecedor para esta instrucción abordar en primer lugar el análisis del plexo principalista del Derecho Privado que con su transversalidad rige

³⁸⁵ MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Los Principios...*, op. cit, pág. 300

por su obvia correspondencia al Derecho de Familia, el cual, a su vez, le imprime alcances singulares en virtud de las características propias y exclusivas de la relaciones de familia.

Por otra parte, el Derecho de Familia cuenta con principios rectores que le son propios y que gobiernan sus institutos, como lo es el principio de matrimonialidad que señala la doctrina, o el principio de interés protectorio de la familia.

De modo que seguidamente se investigará sobre el alcance de estos principios jurídicos comunes y propios en su operatividad en las relaciones familiares, y la armonización de ellos con el principio jurídico de solidaridad familiar.

CAPÍTULO II

La solidaridad familiar: aspectos generales en el derecho argentino vigente

1. Introducción

La continuidad de la investigación transita por la legislación nacional vigente, en particular por el tratamiento que el CCyCN ha otorgado a los principios jurídicos, específicamente en lo que concierne al derecho de familia, y, en particular, lo referido al principio de solidaridad familiar. Esto dirige al estudio del tratamiento que recibe de la doctrina y jurisprudencia.

En la primera parte de esta investigación se dilucidó sobre el concepto de principios generales del derecho civil, que para introducir este apartado se considera oportuno reproducir.

Se traen entonces a colación algunas precisiones destacadas del acápite, que pertenecen a lo más actual y descollante de la doctrina nacional y que presentan con nitidez todos los aspectos concernientes a los principios jurídicos.

En primer lugar se pone de relieve la fuerza y la importancia que poseen y que se basan en dos aspectos específicos: "... El primero es su simplicidad, o por lo menos la aspiración de tener un conjunto de ideas que guían el cálculo jurídico. -El segundo es su jerarquía superior. Cualquiera sea la concepción que se desarrolle acerca de ellos, siempre se los ha ubicado bien alto; para algunos integran el Derecho natural, para otros tienen una raíz histórica; para otra opinión son interiores al ordenamiento, pero se obtienen por generalización de normas y son superiores a ellas. Esta altura, esta superioridad, es la que permite conferirles una función de control, de límite, de guía de la actividad infraprincipal. Con estos caracteres de simplicidad y de alta jerarquía, los principios constituyen una "armazón", una "arquitectura" del ordenamiento

jurídico...³⁸⁶ Como se relató en el capítulo correspondiente, hay consenso en lo que respecta a estas dos facetas: la sencillez de su formulación como la jerarquía de sus enunciados hacen de ellos elementos constitutivos de alto rango en el sistema.

Por otra parte, animan su vigor las funciones que se le atribuyen en relación al Derecho positivo: “... no menos de cuatro funciones relevantes ... 1) Una función interpretativa o hermenéutica, como la que les asigna el artículo 2° del Código Civil y Comercial argentino sancionado en 2014; b) una función integradora de los vacíos de las fuentes formales; c) una función directiva, propia de los principios constitucionales de tipo programático (como sería v. gr., los principios de legalidad, reserva o debido proceso) destinados a orientar la actividad de los órganos legisferantes y judicantes; y d) una función limitativa (como, por ejemplo, la que cumple en España con relación al Derecho Foral respecto del sistema de Derecho común español)...³⁸⁷

El tema propio de esta investigación se corresponde con un área del Derecho Civil, y por ello tener el marco general claro de los principios generales que lo animan o se encuentran en su interior o bien forman parte de la expresión metajurídica privatista conduce a detallar cuáles son esos principios. Y el catálogo seleccionado en este análisis es el propuesto por el Dr. Saux, detalle que, sin tener pretensión de *numerus clausus*, sintetiza toda la teoría principialista privatista en su conjunto, a saber: la autonomía de la voluntad, el orden público y el equilibrio en las prestaciones “...el primero de esos principios generales que le son propios y singulares es el de la autonomía de la voluntad, motor primigenio de la gestación de relaciones jurídicas entre particulares. A él le sigue, como pauta limitativa necesaria en su ejercicio –y así lo perfila claramente el artículo 21 del mismo Código Civil argentino- el orden público, “noción tan vaga como fundamental”, al decir de Josserand. Y finalmente cierra el elenco –sin que ello implique una pauta limitativa o de *numerus clausus*- el equilibrio de las prestaciones o de los intereses privados, en el cual la morigeración axiológica de los potenciales desajustes que el libre juego de esa autonomía de la voluntad pudiera generar nace no ya del propio sistema normativo, sino de la activa participación del juez como figura preponderante en la heterocomposición de los intereses en conflicto...³⁸⁸ En su

³⁸⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría ...*, op. cit., pág. 135 - 136

³⁸⁷ SAUX, Edgardo Ignacio, *Tratado...*, op. cit., pág. 42

³⁸⁸ SAUX, Edgardo Ignacio, *Estudios de ...*, op. cit., pág. 11

descripción en particular sostiene: "...La autonomía de la voluntad, o la autonomía privada, al decir de Castro y Bravo, quien la menciona como "el ámbito de la libertad reconocido a las persona para el ejercicio de sus facultades", es, sin duda alguna, la piedra angular sobre la que se estructura todo el sistema de derecho privado. Según Bonet sus manifestaciones en relación con el negocio jurídico son, cuando menos, tres; crear al mismo, determinar sus efectos y precisar la ley que le es aplicable... .."³⁸⁹ Con respecto al orden público, asevera, sobre los efectos "... el texto del artículo 21 del Código Civil argentino...coloca al orden público como un límite al ejercicio de la autonomía de la voluntad... Además de ese pre-mencionado y relevante rol, el principio del orden público cumple otros por imperio de la propia ley...aparece como pauta básica en todo lo inherente a la regulación de la personalidad (física y jurídica, con la enunciación de sus atributos y derechos personalísimos), la familia, el régimen de adquisición, ejercitación, transmisión y extinción de los derechos reales, el derecho sucesorio (vocación hereditaria, formas testamentarias, legítima, etc.) la nulidad de los actos jurídicos, prescripción, etc. Ello sirva como prueba de la relevancia que lo singulariza..."³⁹⁰ En el derecho de familia se ve claramente la evolución del juego de estos dos principios: siendo tan fuerte el orden público puede advertirse, por ejemplo, en el vigente CCyCN la ampliación de las facultades individuales en institutos como el régimen de bienes de los cónyuges, o el divorcio unilateral sin causa, cuestión a tratar más adelante.

Por último, menciona Saux "...El equilibrio de las prestaciones, o "el equilibrio de los intereses privados" es, según Sauer, el fiel de la balanza en la relación jurídica, en tanto explica y justifica el logro y la realización del valor justicia en esa relación jurídica bilateral y singular que los intereses contrapuestos de los particulares han conformado..."³⁹¹ Desde una mirada iusnaturalista, parecería que este principio es el que involucra a los dos anteriores y el que en definitiva, marca el camino hacia el fin último: la justicia.

Ninguna duda cabe que estos son los tres principios generales del Derecho Civil de los que se sirve la hermenéutica permanentemente, y que concentran en sí mismos o

³⁸⁹ SAUX, Edgardo Ignacio, *Estudios de...*, op. cit., pág. 11-13

³⁹⁰ SAUX, Edgardo Ignacio, *ib.*, pág. 18-19

³⁹¹ SAUX, Edgardo Ignacio, *ib.*, pág. 19

son raíz de otros de la misma rama. Y como parte del Derecho Civil, el Derecho de Familia también se sirve de ellos.

Ahora bien, como ya se afirmó con anterioridad, el llamado “bloque de constitucionalidad” consagra derechos y deberes familiares que hacen a lo que también ya se analizó y es la “constitucionalización del derecho privado” y especialmente “constitucionalización del derecho de familia”, en virtud de ello se sostiene que: “...La incorporación de los tratados sobre derechos humanos a la Constitución Nacional les ha dado un respaldo definitivo dentro de los mismos en su consagración de la primacía de la familia, ya expuesta. La mención de derechos y deberes familiares es insistente y reiterada. Véanse, por ejemplo, el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que reconoce a hombre y mujer el disfrute “de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”, y el número 3 del artículo 26 de los padres a escoger el tipo de educación a impartir a sus hijos. La fórmula sobre el matrimonio es repetida en el artículo 17, número 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 23.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Se refiere a derechos de “los hijos” el número 5 del citado texto de aquella. El artículo 16 de la Convención antidiscriminatoria de la mujer, apartado c, dice de “derechos” y “responsabilidades” en cuanto al matrimonio y a su disolución y tratan de derechos de los cónyuges los párrafos g y h, y de los progenitores, los párrafos d, e y f. ¡Y qué no destacar en la Convención sobre los Derechos del Niño!...”³⁹²

De manera que, además de los ya mentados principios jurídicos del Derecho Civil, los que siempre han imperado en el Derecho de Familia, por ejemplo, el interés familiar, deben sumarse los que surgen en virtud de lo expresado y conforman una concepción principalista propia de esta rama. Se van a hallar así principios singulares como el de la protección integral de familia y el del interés superior de los niños, niñas y adolescentes: “...De la protección de integral de la familia deriva el principio de matrimonialidad, que abarca una amplísima temática, y el principio de resguardo del interés familiar, asimismo de amplia comprensión. Del principio de protección del interés-bien superior del menor de edad, deriva el principio de reconocimiento de la inviolabilidad de la vida humana desde la concepción y el principio del reconocimiento

³⁹² MENDEZ COSTA, María Josefa, *Los principios jurídicos...*, op. cit., pág. 172-173

del derecho a nacer, crecer y educarse en familia con prioridad de la familia de origen...”³⁹³ Es decir, las particularidades de la relaciones familiares se rigen por sus propios principios, participando también de los generales y propios del Derecho Privado.

Ahora bien, sobre el principio jurídico específico de esta investigación debe decirse en primer término y en líneas generales que el saber humano, en su permanente crecimiento en todas las áreas, y en la ciencia del derecho en particular, tiende a mejorar los sistemas en pos del logro del mayor bienestar general. Todos los cambios que la humanidad va experimentado, incluyendo lo que hoy se denomina “nueva normalidad” impactan en la vida colectiva, familiar e individual. Los nuevos desafíos que enfrenta el mundo a gran escala, se reproducen en pequeña medida en las familias y en las personas individuales. Es así que individuos y familias deben dotarse de todos los instrumentos a su alcance para transitar su propio recorrido con la mejor calidad de vida posible. Y en este sentido, el principio jurídico de solidaridad familiar viene desde la teoría jurídica en auxilio del operador jurídico que debe acompañar estos retos presentes y futuros en pos de la pacificación, la justicia, y el bien común.

2. Autonomía de la voluntad: la contractualización

Hablar de autonomía de la voluntad, fundada obviamente en el artículo 19 de la CN que dice: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”, es notoriamente hablar de libertad.^{394 395} Así lo señala la doctrina: “...Es obvio que hace a la libertad,

³⁹³ MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Los principios...*, op. cit., pág. 29

³⁹⁴ La CSJN ha señalado que el art. 19 “protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en

pues de ella se trata (con exactitud se la describe como “el ámbito de libertad reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades) y que de ella, de la libertad, deriva en su definitiva “posibilidad de decidir sin condicionamientos externos”, con concreta proyección en la disponibilidad de las relaciones jurídicas, generándolas y estableciendo unipersonal o acordadamente con otros, los derechos y obligaciones de su contenido. Invierte también afinidad o similitud con otros derechos fundamentales, particularmente, con especial importancia en cuestiones de familia, con la intimidad o privacidad y con la solidaridad familiar...”³⁹⁶

Los artículos 22 y 23 del CCyCN consagran titularidad de derechos y su consecuente libertad de ejercicio: Art. 22: Capacidad de derecho. Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados. Art. 23: Capacidad de ejercicio. Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial.

Y como enseña el Dr. Lorenzetti: “...De ello se deriva un derecho general de libertad...Es importante esta regla, porque en general la libertad se analiza en relación a bienes particulares, tales como la libertad de contratar o de expresar las ideas. En la solución de esos conflictos singulares aparecen brumas que pueden ser despejadas si se admite la regla general...”³⁹⁷

cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo” CSJN, “Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S. A. s/ daños y perjuicios”, Fallos 306:1892

³⁹⁵ Cuando la norma expresa “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados “...concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida de cuanto les es propio. Ha ordenado la convivencia humana sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad; y esta facultad de obrar válidamente libre de impedimentos conlleva la de reaccionar u oponerse a todo propósito, posibilidad o tentativa por enervar los límites de esa prerrogativa...”, así lo entendió la CSJN en 6-4-93, “Bahamonde, M. s/ Medida Cautelar”, L.L. 1993-D-125

³⁹⁶ MENDEZ COSTA, María Josefa, *Los principios...*, op. cit., pág. 232

³⁹⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Las normas fundamentales...*, op. cit., pág. 432

La especificidad de la autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia resulta de la limitación que el interés familiar le imprime ya que los derechos y deberes familiares son inderogables por la voluntad individual, y se conforma así una normativa que en la legislación originaria en su gran mayoría era de orden público. Esto lo enseña la doctrina: “...En el campo del Derecho de Familia es frecuente la existencia de derechos subjetivos que constituyen complejos de derechos-deberes, en los que el titular está facultado para actuar, pero también está compelido a hacerlo en pos de la satisfacción del interés familiar (art. 638, CCyCN). Asimismo, aunque en el ámbito de la familia existen numerosos derechos que tienen contenido económico (arts. 446, 518, 537 ss y conec. del CCyCN), en la mayoría de los casos prima el interés superior de la familia, que les transfiere su impronta extramatrimonial y con ella el carácter de irrenunciables intransmisibles...”³⁹⁸

Enseña Kemelmajer de Carlucci que es tarea engorrosa discurrir sobre el concepto de autonomía en el plano jurídico: “...Indico, simplemente, que el significado de este término, al menos en el modo en el que ha estado históricamente usado en nuestra tradición, metafóricamente, designa un cono de luz dentro del cual un sujeto, en un especial ámbito de su propia existencia, goza de poderes particulares. Desde esta perspectiva, la autonomía se presenta como plato de una balanza que cada sistema se esfuerza por mantener en equilibrio con el peso de la tutela de los intereses sobre-individuales...”³⁹⁹ Y citando fallo de la Corte IDH⁴⁰⁰, afirma: “...Desde esta perspectiva amplia, de algún modo, la autonomía se identifica con la libertad. Ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos que: “El concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y

³⁹⁸ SAUX, Edgardo Ignacio y otros, Tratado de Derecho Civil..., coautor: REYNA; Carlos Alejandro, op. cit. , T. I. pág. 521

³⁹⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino”, en *Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia – Una mirada crítica y contemporánea*, CABA, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 1º edición, 2014, pág. 4

⁴⁰⁰ Corte IDH, Caso “Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica”, 28/11/2012, https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=235

convicciones, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana”...

En el capítulo referido a la “constitucionalización del derecho privado” se desarrolló la cuestión de “la libertad de intimidad” que inclina la balanza hacia la autonomía de la voluntad, en el ámbito del derecho de familia también, pero con sus dificultades. Como ya se citó, la doctrina sostiene: “...El problema radica en trazar una línea fronteriza que nos permita colocar, de un lado, la zona de autonomía de intimidad en las decisiones de los miembros de la familia, y, del otro, las limitaciones que consagra la ley y el reconocimiento de los derechos humanos de los terceros y de los propios miembros de la familia, conforme expresa la fórmula del art. 19 de nuestra Constitución Nacional. Y ello por cuanto –en ciertas ocasiones- las decisiones adoptadas por la propia familia –aun en su conjunto- pueden significar la violación de los derechos fundamentales de alguno de sus integrantes, derechos que por cierto resultan indisponibles e irrenunciables. Es preciso examinar, entonces, qué es aquello que en las relaciones de familia hemos de reservar al ámbito de la intimidad y de la autonomía de la voluntad, y qué es aquello que no encuadra en ella, que la excede y, por lo tanto, debe someterse al poder de contralor del estado. Todo ello sin olvidar que, en principio, la balanza se inclina por favorecer el respeto de la libertad de intimidad y de las decisiones personales, reservando la intervención estadual para las cuestiones que con claridad y certeza no puedan quedar enteramente libradas a la voluntad individual en todo ello signifique la vulneración –para uno de los miembros de la familia- de otros derechos humanos reconocidos en nuestro bloque de constitucionalidad...”⁴⁰¹

Dicho de otra modo, la marcha hacia esta consitucionalización conlleva un movimiento de “familia institucionalizada” a “familia constitucionalizada”, lo que implica que en el matrimonio, por ejemplo, “...cada cónyuge conserva sus libertades personales, como la libre expresión, la libertad religiosa, el derecho a la intimidad, el derecho a desarrollar la propia actividad laboral, etc. Consecuentemente, el derecho de familia cede lugar al derecho a la vida familiar...”⁴⁰²

En otras palabras, se observa claramente en el ámbito del derecho de familia un mayor protagonismo de la autonomía de la voluntad y un retroceso del orden público,

⁴⁰¹ GIL DOMINGUEZ, Andrés y otros, op. cit., T. I pág. 246

⁴⁰² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Derecho de las Familias, Infancia..op. cit., pág. 7

cuestión que genera otros fenómenos jurídicos que son revisados y etiquetados doctrinariamente. El más peculiar y que sigue la lógica de la libertad de intimidad es el que se ha denominado “contractualización del derecho de familia”.

Esta expresión: “contractualización”⁴⁰³, que evoca claramente a la cuestión contractual, no es la única utilizada por la doctrina: “...La terminología utilizada no es unívoca. Algunos prefieren no mencionar a la contractualización y se refieren al “poder de los cónyuges de regular autónomamente sus intereses recíprocos”, ... o a la “auto-regulación”; ... otros al negocio de la vida familiar, expresión suficientemente amplia para comprender una fenomenología de amplio espectro...”⁴⁰⁴

⁴⁰³ Utilizar el término contrato en el derecho de familia no es una novedad, pero no tuvo en su momento gran adhesión: “...Parte de la doctrina alemana e italiana denomina “contratos de derecho de familia” al acto jurídico familiar bilateral. En nuestro país, utilizaron la expresión Spota y Lagomarsino, quienes consideran que contrato de derecho de familia es el acto jurídico bilateral de contenido fundamentalmente familiar y encuadran en ese concepto a los esponsales, el matrimonio, la reconciliación, y el acuerdo de adoptante y adoptado para dejar sin efecto la adopción. Existen varias posiciones acerca del concepto de contrato. Para la más restringida, se denomina “convención” el acto jurídico bilateral y “contrato”, la convención por la cual se crean obligaciones correlativas de derechos creditorios. Para un segundo criterio, el contrato sería la convención por la cual se crean, modifican, transmiten o extinguen obligaciones o derechos creditorios, pero quedarían excluidas las referencias a los derechos reales, pues en nuestro ordenamiento jurídico serían insuficientes, por sí solas, para producir su adquisición o constitución. Una posición algo más amplia comprende no sólo los actos jurídicos bilaterales referentes a derechos creditorios sino también los relativos a derechos patrimoniales en general, incluidos los derechos reales y aun los intelectuales. Por último, el criterio más extenso es el que trasunta la definición del art. 1137 del Código Civil (“*Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos*”), tomado de Savigny, quien precisamente equiparaba el concepto de contrato al de convención, incluyendo aun actos de carácter extrapatrimonial, como el matrimonio, la emancipación y la adopción. La doctrina nacional se ha plegado a alguna de esas posiciones, con la sola excepción de la última, que fue repelida por considerársela claramente desvirtuada por otras disposiciones del mismo Código; de manera que la extensión del concepto a lo extrapatrimonial, y en particular al matrimonio, es rechazada. Admitir la expresión “contrato de derecho de familia” implicaría, precisamente, aceptar el criterio unánimemente desechado de extender el concepto de contrato a lo extrapatrimonial, ya que da idea de especie de género contrato y no de categoría diferente. En mi concepto, no es prudente llevar el vocablo más allá de las relaciones jurídicas de orden puramente económico. O bien la expresión impugnada se usa como un concepto distinto del contrato –lo que no concuerda con su origen y significado–, caso en el cual resulta innecesaria y contradictoria porque los actos que en ella estarían comprendidos quedan mejor configurados como actos jurídicos familiares bilaterales; o bien envuelve una pretensión –aun inconsciente– de equiparar estos últimos con los puramente patrimoniales, lo que es inadmisibles en razón del contenido ético de las relaciones jurídicas familiares, que las separa netamente de las sólo económicas. Puede comprenderse que la noción de contrato se extienda al derecho de familia en países cuyos pueblos tienen sensibilidad muy distinta de la nuestra, pero es indudable que esa extensión carece prácticamente de cultores en aquellos cuyo origen y evolución se nos aproxima más. No creo que la terminología jurídica pueda adoptar el uso de vocablos que resulten tan chocantes además de imprecisos...”⁴⁰³ BELLUSCIO, Augusto César, op. cit., pág. 82-83

⁴⁰⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “La autonomía de la voluntad...” .op. cit., pág. 6

Si bien el vocablo como se dijo, tiene correspondencia con otra rama del Derecho Privado, se puede precisar su alcance, como expresión análoga quizás, por lo representativo de lo convencional que implica. Así la doctrina refiere: "... Por "contractualización de la familia" se entiende el hecho de otorgar relevancia cada vez mayor a los acuerdos de voluntad en la organización de las relaciones familiares. La tendencia no se reduce, pues, a los convenios que contienen vínculos obligacionales cuyo objeto es susceptible de si la autonomía, como expresión de la voluntad, impacta y cuánto en las relaciones que configuran "vida familiar"..."⁴⁰⁵

Otra parte de la doctrina, considera también este fenómeno y lo define del siguiente modo: "...Por contractualización entendemos la posibilidad de hacer de las relaciones de familia un modelo para armar, a medida. O como decía Jean Carbonnier: *À chacun sa famille, à chacun son droit...*: a cada uno su familia, a cada uno su derecho, es decir, un derecho a medida para cada familia..., armado sobre la base de un negocio jurídico familiar que se funda en la autonomía..."⁴⁰⁶

Ahora bien, como señala la Dra. Basset, si hablamos de negocios o contratos o acuerdos voluntarios debemos hablar también de igualdad, de modo que hay que observar las diferentes situaciones que se dan en el marco de la familia y que engendran distintos tipos de relaciones. El derecho de familia local lo hace "...Si la antropología divide el parentesco en las dos estructuras fundamentales de alianza y parentesco, el Código Civil y Comercial hace lo propio: regula diferenciadamente dos estructuras de alianza (matrimonio, uniones convivenciales) y luego regula el parentesco (parentesco, filiación, adopción, responsabilidad parental). Las dos estructuras básicas de regulación son sumamente importantes para comprender la disposición y naturaleza ordenativa de la familia. La alianza se caracteriza por una mayor paridad entre sus miembros, lo que da lugar a la aplicación de una igualdad de tipo conmutativa. En tanto, el parentesco supone con demasiada frecuencia una enorme desigualdad y dependencia, lo que lleva a aplicar las reglas de la igualdad distributiva. Se trata de generalizaciones, pero estas generalizaciones permiten un acercamiento al problema: el contrato es más idóneo para

⁴⁰⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *ib.*, pág. 5

⁴⁰⁶ BASSET, Ursula y otros, "La contractualización del derecho de familia hoy: Nuevas paradojas", *El Derecho – Cuadernos Jurídicos de Derecho de Familia*, Número 96, 15/03/2021, Cita Digital: ED-MXXXIII-325

las relaciones horizontales que se dan en la alianza, y, en general inidóneo, para las relaciones verticales que se advierten en el parentesco...Desde luego para esta regla hay excepciones. Por ejemplo: en la alianza existe la posición del cónyuge débil o vulnerable. En el parentesco, los roles son móviles: hoy el hijo depende del padre, mañana el padre depende del hijo. Sin embargo, estas dos dependencias no son exactamente convertibles en términos de deudas: el padre debe al hijo en medida diversa de aquella que el hijo deberá a su padre...»⁴⁰⁷

En este sentido, la paridad se da claramente en la regulación que formula el CCyCN del matrimonio. Y si bien no hay una norma general que establezca la posibilidad de acordar, “...Con o sin norma expresa, el movimiento que implica pasar del *status* al convenio, ... se verifica en diversos campos del derecho de familia, entre otros: a. en el ámbito del matrimonio: • las relaciones de contenido patrimonial entre cónyuges, tales como la posibilidad de contratar entre ellos; ... la opción entre distintos régimen de bienes; ... los acuerdos sobre la calificación de un bien como propio o ganancial; el contenido del deber alimentario, etc.; • de contenido extrapatrimonial, como acuerdos sobre lugar de residencia de la familia; modalidades de los deberes de fidelidad, convivencia y asistencia moral; elecciones sobre educación de los hijos, acuerdos sobre el nombre de familia, ... etc.; • al momento de la disolución por divorcio (presentación de común acuerdo, convenios de liquidación de la comunidad). La intolerabilidad de la vida en común permite presumir que los intereses patrimoniales de cada uno sean objeto de reivindicaciones contrapuestas; en esta fase, entonces, el contrato, por su misma natural vocación tendiente a la composición del conflicto, puede revelarse como una estructura apropiada para gestionar la crisis...»⁴⁰⁸

Desde luego, esta regulación del matrimonio más cercano a la autonomía no ha sido recepcionada con total adhesión: “...A diferencia de lo que sucede con la regulación de los contratos en el derecho civil y comercial, la ruptura matrimonial casi no tiene efectos en el derecho argentino. Cualquier contrato tiene más consecuencias que el matrimonio en la hipótesis de una ruptura unilateral. Es decir que el matrimonio no sólo tiene un molde contractualizado, sino que su contractualización lo hace un

⁴⁰⁷ BASSET, Ursula, op. cit.

⁴⁰⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, “La autonomía de la voluntad...”op. cit. , pág. 23

contrato devaluado respecto de los otros contratos regulados con el que comparte el cuerpo jurídico del Código Civil y Comercial...⁴⁰⁹

La crítica es contundente y va más allá “...Si el matrimonio es concebido como una institución contractualizada, debería deducirse que todo contrato resulta viable (por el principio de libertad contractual). La sorpresa es la tónica restrictiva de la regulación: Tanto el Art. 447, que prohíbe la nulidad de cualquier otro acuerdo fuera de la convención matrimonial, como el Art. 408, que prohíbe la imposición de cualquier condición de plazo o cargo o el Art. 1002 inc. 2, que prohíbe a los cónyuges contratar entre sí, son evidencia de las restricciones. Todavía más, la amplia disolubilidad del matrimonio no se equipara en absoluto con la libertad de consentir: los cónyuges no pueden elegir entre diversos tipos de matrimonio (por ejemplo, elegir un matrimonio perdurable, o conforme al credo religioso). Se admite la poligamia sucesiva, pero no la simultánea. Se admite que se casen dos hombres o dos mujeres y sin embargo, el matrimonio islámico no tiene cabida. Ni tampoco el derecho indígena. El denominado “derecho de las familias” no es tan plural como parece. Como hemos dicho alguna vez: hay libertad para ser laxos pero no libertad para elegir pautas morales de vida más exigentes que las que ofrece la ley...”⁴¹⁰

Más allá de la crítica lo cierto es que hay un avance del principio de la autonomía de la voluntad, que implica un cierto retroceso del principio de orden público. Debiendo mencionarse que todo ello está sostenido por el consagrado principio de igualdad en el art. 402 del CCyCN que dice: “Interpretación y aplicación de las normas. Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo,”

Ni total autonomía, ni total imperatividad. El contenido extrapatrimonial de los acuerdos familiares así lo exige; no son sólo “contratos” en el sentido estricto de la palabra, pues la utilización del término remite a pensar el mundo familiar en clave económica, lo cual no es adecuado ni conveniente pues deshumaniza lo más humano: los lazos familiares. El patrimonio familiar es parte de las relaciones familiares, pero

⁴⁰⁹ BASSET, Ursula, op. cit.

⁴¹⁰ BASSET, Ursula, op. cit.

otros elementos extrapatrimoniales forman parte de su esencia. Elementos que son deberes y derechos jurídicos, entre los miembros de la familia, y para con la sociedad donde ella transita. No obstante, serán tratados más adelante los cambios que el nuevo CCyCN imprimió en el derecho de familia adoptando un criterio “negocial”.

. Dado que el principio de orden público conserva su especial lugar en la legislación vigente, y es necesario que así sea, ya que es una herramienta de resguardo del interés familiar y social, será también tratado.

3. Orden público: el límite al egotismo

Un apartado, entonces dedicado al orden público, aunque breve, debe tributarse en honor fundamentalmente a los tres principios jurídicos del derecho privado con los que se inicio el capítulo: autonomía de la voluntad, orden público y equilibrio de las prestaciones. A ellos se les debe sumar el interés familiar y el interés individual, en la dinámica propia del derecho de familia.

Aparentemente, autonomía y orden público lucen como principios antagónicos, irreconciliables, en pugna permanente, que requieren de una constante armonización superadora de la tensión que genera el límite de la libertad y el avance del poder imperativo de la ley.

Recuérdese entonces que: “...El orden público es un principio general del Derecho y como tal cumple las funciones que son propias de tales principios: integradora, interpretativa, directiva y, especialmente, limitativa (art. 12 y 958, CCyCN). En esta última función, la limitativa, no sólo restringe el ejercicio de los derechos, sino también, en casos de Derecho Internacional Privado, la aplicación de la ley extranjera cuando contradiga los principios fundamentales del ordenamiento jurídico argentino (art. 2600, CCyN)...”⁴¹¹

Enseña el Dr. Lorenzetti: “...El orden público es regulado mediante una cláusula general que implica un límite al ejercicio de los derechos individuales fundado en

⁴¹¹ SAUX, Edgardo Ignacio y otros, *Tratado...*, op. cit., T. I, pág. 572

razones generales...⁴¹² Esta cláusula se encuentra en el art. 12 del CCyCN que expresa: Orden público. Fraude a la ley. Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”. En relación a ello, continúa el Dr. Lorenzetti diciendo: “...Tanto el orden público como el fraude a la ley tienen una extensa tradición en la doctrina argentina que se ha receptado. La novedad de este Código consiste, al igual que en los otros supuestos mencionados, en su ubicación metodológica. Al incluirlos en el título introductorio tienen un rango general que influye en todo el ordenamiento...”⁴¹³

Dos elementos se destacan en esta clara aseveración: la importancia de la doctrina nacional en relación al orden público y la determinación del legislador de incidir en todo el sistema jurídico civil, incluido entonces el derecho de familia.

Con respecto a lo primero, la doctrina local ha sido unánime en considerar la dificultad en definir o conceptualizar al orden público.

Llambías decía que “...Se denomina “orden público” al conjunto de principios eminentes –religiosos, morales, políticos y económicos- a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida. Como observa Arauz Castex la expresión “orden público” alude a una categoría o clase de disposiciones de fundamental interés para el pueblo, para la Nación, para la sociedad entera. En la locución “el matrimonio es una institución de orden público”, por ejemplo, se alude a la trascendencia de esa institución que la pone por encima de la voluntad de los esposos...”⁴¹⁴ Y aludía también a las normas de orden público: “...Reciben la denominación de “leyes de orden público” las que interpretan ese conjunto de principios eminentes a que nos hemos referido. Ellas son 1) las que constituyen el derecho público de un país, o constituciones políticas, 2) las que organizan las instituciones fundamentales del derecho privado, que conciernen a la “personalidad” (nombre, estado, capacidad, domicilio, etc.), a la “familia” (matrimonio, parentesco, patria-

⁴¹² LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial...*, op. cit. T.I pág. 70

⁴¹³ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial...*, op. cit. T.I pág. 71

⁴¹⁴ LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil...*, op. cit, T. I, pág. 147

potestad, tutela, curatela, etc.), a la “herencia” (orden sucesorio, libertad de testar, legítima, desheredación etc.), y la “régimen de bienes” (dominio, condominio, propiedad horizontal, usufructo, uso , habitación servidumbres, hipoteca, prenda, anticresis) 3º) aquellas cuya observancia interesa al mantenimiento de la moral y las buenas costumbres...”⁴¹⁵

Sin tener la intención de relevar todos los conceptos, se reproduce lo que enseña Rivera al respecto: “...La caracterización del orden público es una materia extremadamente compleja, que ha dado lugar a la formulación de infinidad de doctrinas...En general, puede decirse que hoy el orden público se identifica con lo que interesa al orden social, o a las instituciones fundamentales del Estado. La caracterización de ciertas leyes como de orden público, tiene según los distintos ordenamientos, algunos efectos particulares, que nosotros expondremos con relación al derecho argentino. De todos modos debemos señalar que la importancia que se ha asignado a esta materia, viene declinando...”⁴¹⁶

Llambías formula una completa recopilación de las teorías sobre el orden público que se han desarrollado: “...1) Teoría de identificación del orden público con el derecho público...se trata de un criterio ya enteramente abandonado por la doctrina moderna, pues pronto se ve que ley de orden público y derecho público no son conceptos coincidentes... 2) Teoría de identificación del orden público con el interés público. Según un criterio muy difundido las leyes de orden público son las dictadas en miras del interés de la sociedad, en tanto que las demás serían suscitadas para satisfacer el interés de los individuos... No obstante la difusión de estas ideas, no las creemos adecuadas porque siempre el derecho se inspira en una finalidad de bien común, sea que favorezca la libertad de los particulares o sea que la restrinja. Por cierto que también cuando el legislador procede de esta manera, sólo se propone no el bien de tal o cual individuo, sino el bien común que es el de todos y de cada uno... 3) Teoría de identificación del orden público con los principios fundamentales de la organización social: es la idea de Capitant, que ve las leyes de orden público en las que tienen por objeto el mantenimiento de la ordenación u organización social... Arauz Castex, que no participa de este criterio, concede que es el más difundido entre los internacionalistas,

⁴¹⁵ LLAMBIAS, Jorge Joaquín, op. cit., T. I, pág. 147

⁴¹⁶ RIVERA, Julio César, *Instituciones...*, op. cit., T. I, pág. 125

pareciéndole útil pero incompleto para resolver muchos supuestos de derecho interno...

4) Teoría de identificación del orden público con la intuición del intérprete. Para esta postura la indagación por vía racional de la noción de “orden público” es tarea francamente estéril. De ahí que haya de abandonar el asunto a la intuición del intérprete...

5) Teoría de identificación del orden público con la voluntad del legislador... Este criterio es enteramente insatisfactorio, porque no ilustra sobre los motivos o razones que pueden conducir al legislador para acordar el carácter de orden público de una cierta norma, lo cual no puede depender de un puro arbitrio legislativo...

6) Criterio casuista: Para algunos autores, en vista del fracaso que confiesan para elaborar un criterio general acerca del orden público, el intérprete ha de efectuar un discriminado análisis de las diversas relaciones jurídicas a fin de ubicar a las que corresponda dentro del sector de orden público...⁴¹⁷

Las teorías enumeradas muestran cabalmente la gran dificultad que presenta el tratar de definir el orden público, puesto que es el límite legal a la libertad individual, y conceptualizarlo es encontrar donde está ubicado ese límite, que tampoco es cualquier límite, ya que las leyes de orden público son irrenunciables e imperativas, estando vedado a los individuos dejarlas sin efectos por acuerdo de voluntades.

Una mirada completa y esclarecedora sobre la noción de orden público la brinda también Llambías: “...Nuestra posición: ...compartimos la concepción del “orden público” que ve en esta noción el conjunto de principios fundamentales en que se cimenta la organización social. Se trata de una noción fluida y relativamente imprecisa en cuanto a su contenido concreto, por una exigencia de su misma naturaleza. Si se trata como hemos dicho de los principios que cada sociedad estima como fundamentales de su organización social, se comprende que no sea dable formular una definición precisa que sirva para revelar lo característico de cada ordenamiento jurídico que puede estar estructurado, y de hecho lo está, conforme las valoraciones de ciertos aspectos diferentes y hasta opuestos. Así en las sociedades cristianas la familia se basa en el matrimonio indisoluble, o por lo menos único, en tanto que en las sociedades musulmanas la familia no tiene base monogámica: se comprende así que el matrimonio

⁴¹⁷ LLAMBIAS, Jorge Joaquín, op. cit., pág. 147 - 151

indisoluble o monogámico constituya un principio de orden público en aquellas sociedades y en cambio la poligamia tenga ese carácter en estas últimas...”⁴¹⁸

Esta noción de orden público permite adoptar un dinamismo legislativo necesario frente a los grandes cambios sociales que se han producido y aparentemente continuarían sucediéndose producto de lo que se hoy es llamado “nueva normalidad”, situación que atraviesa la humanidad toda que como nunca comparte una amenaza global por más de dos años, y de la cual este país obviamente participa.

Ahora bien, ciertamente es un límite: “...Pero, el orden público no es un concepto jurídico indeterminado más, porque no tiene carácter *adjetivo* destinado a calificar una decisión judicial o administrativa, no es un concepto de valor o de experiencia, sino *determinante*, vale por la sola declaración, pues su objeto es conferirle a una norma carácter imperativo para restringir la libertad en la celebración de los negocios jurídicos, dentro de un sistema de derecho dispositivo. Es similar a la declaración de utilidad pública, cuyo carácter potestativo la exime de fundamentarla, aun cuando excepcionalmente pueda ser revisada la calificación...”⁴¹⁹

Así, cuando, por ejemplo, se legisla sobre los impedimentos matrimoniales, o sobre los alimentos, se plantea una normativa que se impone al querer del individuo: “...Las normas de orden público son las que rigen *imperativamente* ciertas situaciones o relaciones, como requisito *estructural* de un orden jurídico determinado, ya sea porque con ello compensan desequilibrios de hecho que harían inaplicable el derecho o impropio para la consecución de sus fines, ya porque conforman reglas básicas para su funcionamiento como sistema regulador de la conducta humana y presupuesto de toda sanción jurídica impuesta por el Estado...”⁴²⁰

El orden público entonces es límite a la autonomía de la voluntad, límite necesario que los integrantes de una sociedad democrática se imponen a sí mismos, ya

⁴¹⁸ LLAMBIAS, Jorge Joaquín, op. cit., pág. 151

⁴¹⁹ LUQUI, Roberto Enrique, “Reflexiones sobre el concepto de orden público”, *Revista Jurídica, Editorial La Ley*, Tomo 2016
<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/LALEY/DIARIOLL/A2016/v1/document/E1D3C94D-B26B-2776-53A9-1F76E50428A4/anchor/E1D3C94D-B26B-2776-53A928-1F476E504>, consultada el 1/12/2021

⁴²⁰ LUQUI, Roberto, op. cit.

que conociendo la propia naturaleza humana, ven como necesarios para lograr ciertos objetivos, sean sociales o familiares, que impactan indirectamente en el individuo.

En lo que a lo familiar puntualmente refiere, el principio que acude en auxilio para dar la pauta de armonización entre ambos es la solidaridad familiar, principio de equilibrio en las relaciones entre los miembros de la familia, principio humanitario por excelencia, que a continuación se tratará.

4. Solidaridad familiar: equilibrio humanitario

En capítulos precedentes se trató el concepto, características, presencia en las distintas ramas del derecho del principio de solidaridad. Toca el turno ahora de examinarlo particularmente en el ámbito del derecho de familia argentino, que en consonancia con los de autonomía de la voluntad y orden público conforman una tríada armónica para la mencionada rama del derecho privado.

Así, la Dra. Kemelmajer de Carlucci, estima que la solidaridad familiar es el “equilibrio de las prestaciones” necesario en una concepción del derecho de familia “contractualizado”: “...Por otro lado, la solidaridad reemplaza a la autoridad. La expresión “solidaridad” es polisémica. En el derecho de las obligaciones implica la idea de una participación de más de un sujeto en el vínculo jurídico. En el ámbito del derecho público, hay un derecho social que implica estructurar un vínculo jurídico colectivo; en el de las asociaciones sin ámbito de lucro, la solidaridad se vincula a la prestación de bienes o servicios a asociados o terceros. Hay deberes inderogables de solidaridad política, económica y social en conexión al reconocimiento de los derechos inviolables del hombre, etc. La solidaridad tampoco es ajena al contrato, en tanto el acuerdo no se entiende hoy como un simple conflicto de posiciones sino como realizador de tareas de colaboración...La solidaridad puede llegar a ser un límite a la autonomía en el ámbito familiar; así debe interpretarse la existencia de un régimen primario, o conjunto de disposiciones que rigen cualquiera sea el sistema patrimonial elegido. Este complejo de normas primarias pone el elemento solidaridad especialmente en el régimen de separación de bienes... menos propenso a la ayuda mutua que el de

comunidad. Ejemplos claros son los arts. 215 y ss. del Código Civil francés, y 454 y ss. del Proyecto de Código Civil y Comercial argentino... que prevén, entre otras disposiciones, que para la venta del inmueble donde reside el hogar conyugal se requiere, bajo pena de nulidad, el asentimiento del otro cónyuge, aunque el bien sea propio de uno solo. Se advierte, entonces, que un acto jurídico familiar (el matrimonio) determina, indirectamente, las condiciones de validez de otra convención (la compraventa)...”⁴²¹

Y como sostiene la Dra. Méndez Costa: “...La importancia y trascendencia de la solidaridad no necesita ser demostrada. Con respecto a la familia, la recordada conclusión del Congreso mendocino la califica de “principio primordial que expresa y da sentido a la comunión del grupo familiar...La solidaridad figura entre los dos criterios que vertebran y estructuran las relaciones entre las personas, los grupos sociales y el Estado; el otro principio es el de subsidiaridad...”⁴²² Su evidencia se impone al operador jurídico, no obstante ello merece el desarrollo de su concepción por parte de la doctrina nacional.

En el sentido expuesto, el Dr. Marcos Córdoba⁴²³ enseña que: “...Solidaridad implica adhesión a la causa, situación o necesidad de otro. Tal adhesión puede resultar de un obrar espontáneo, es decir, de propio impulso, aquél que se produce aparentemente sin causa o cuando la causa es aquella que resulta de la esfera privada de

⁴²¹ KEMELMAJER de CARLUCCI, Aida, “La autonomía de la voluntad...”, op. cit., pág. 11

⁴²² MENDEZ COSTA, María Josefa, *Los Principios...*, op. cit., pág. 291

⁴²³ Enseña el Dr. Alejandro Laje que el Profesor Marcos Córdoba es el fundador de la Escuela de la Solidaridad Jurídica: “...En la Universidad de Módena, en oportunidad del *Secondo Convegno Internazionale di Studi di Diritto Euro-Americano. La crisi económica e la risposta del diritto*, realizado en 2013, el presidente del Congreso, el profesor italiano Antonio Tullio, sostuvo que Marcos M. Córdoba es el fundador e impulsor de la Escuela de la Solidaridad Jurídica... Justificó tal afirmación, entre otros antecedentes, en lo dicho por el profesor argentino en el histórico edificio del Parlamento de Berlín en Tempelhof Schöneberg, en abril de 2013, cuando expuso sobre la necesidad de atender con equidad a todos los sujetos del derecho, respetando las particularidades de cada uno de ellos. Ello requiere, según expresó, hacerse cargo de las necesidades de los otros aplicando el *principio de solidaridad* que constituye un estándar moral de la sociedad argentina, resultante de su evolución social y jurídica...” LAJE, Alejandro, “Solidaridad y dignidad de la persona”, 7 LA LEY 2019-E, 104216/10/2019, TR LALEY AR/DOC/3334/2019

la persona, aquella esfera donde incluso por imperativo constitucional no corresponde indagar...”⁴²⁴ ⁴²⁵Y seguidamente especifica este concepto, diciendo: “...La solidaridad es un género constituido por dos especies, una la solidaridad espontánea, es decir, aquella que se ejerce sin causa aparente; otra es la jurídica. Esta última es aquella en la que el beneficiario posee acción para exigirla. Si bien en la primera la estructura jurídica no provee acción al beneficiario, no deja en muchos casos de motivarla. Encontramos, por tanto, el principio de solidaridad presente en variadas soluciones previstas en el sistema jurídico. Ya sea como impulso y calificación de la solidaridad espontánea o como la regulación de la solidaridad legal. Esta última, también, en diversos supuestos. El más mencionado es la obligación solidaria que regula el cumplimiento de los deberes de otro, diverso, del de asistir a otro. Ejemplo paradigmático de este principio es la solidaridad familiar. Pero está presente en otros casos. La justificación de la solidaridad legal, como principio rector de los demás principios jurídicos, requiere precisamente esta explicación...”⁴²⁶

El desarrollo que formula el mencionado catedrático es respecto del ordenamiento jurídico en general, destacando la presencia ejemplar en el derecho de familia, mas resulta ilustrativo para el entendimiento contemplar el principio de modo general.⁴²⁷

⁴²⁴ CORDOBA, Marcos M., “La solidaridad es un principio general aún no positivizado en el derecho argentino”, *JA, Doctrina*, 2016-II, 1/06/2016 pág. 874

⁴²⁵ El profesor Córdoba encuentra el antecedente histórico de la solidaridad en la *pietas* romana, cuyo desarrollo se realizó en capítulos precedentes vid op. cit. CORDOBA, Marcos. M. pág. 873

⁴²⁶ CORDOBA, Marcos M., op. cit, pág. 874

⁴²⁷ Ilustra también el tema el desarrollo de lo sostenido por Rodolfo Arango Rivadeneira, al referirse al sistema de protección multinivel de los derechos humanos, en el relato sobre el debate en torno a los fundamentos filosóficos y jurídicos de los derechos sociales, considera a la solidaridad como un principio más prometedor aun por sobre los de libertad, dignidad e igualdad para otorgarles sustento. Y dice: “...La solidaridad tiene origen en el derecho romano. Se refiere a la responsabilidad que asume cada uno de los miembros de un grupo por las obligaciones de todos, así como a la responsabilidad del grupo frente a las obligaciones de sus miembros individualmente considerados. La naturaleza jurídica del concepto de solidaridad permite deslindar la responsabilidad por las obligaciones de su contenido moral, con lo cual se realza el papel crucial del derecho en la coordinación de la acción individual colectiva. La solidaridad jurídica no se limita a los miembros de una familia o clases; ella puede ser el

resultado de una convención o acuerdo de voluntades, tácito o expreso, entre extraños dispuestos a reconocer la existencia de vínculos que limitan el ámbito de sus posibilidades de acción para favorecer proyectos colectivos mayores. Las características del concepto jurídico de la solidaridad hacen de este un especial candidato para fundar el reconocimiento de derechos sociales humanos y fundamentales. Esto porque si entendemos los derechos subjetivos como relaciones recíprocas cuyo reconocimiento busca prevenir o remediar potenciales daños y los derechos sociales como las prestaciones fácticas positivas a favor de toda persona requerida de apoyo colectivo, la solidaridad puede ser vista como la fuente misma de los derechos sociales. Con el paso del tiempo la solidaridad ha incluido contenidos morales en su significación. Ella se asocia por muchos al comportamiento caritativo hacia la persona en estado de necesidad. La parábola del buen samaritano vino a teñir de moralidad lo que en principio era un concepto ajeno a convicciones religiosas. Consecuencia negativa de esta evolución es el estrechamiento del alcance de la solidaridad a grupos particulares, grupos cerrados principalmente vinculados por factores de origen o procedencia, con la necesaria exclusión de otros no incluidos en el grupo de referencia. Esta acepción recortada de la solidaridad, cuando se asocia a los derechos sociales, termina por limitar el alcance de tales derechos a los miembros de una determinada clase social o grupo humano, lo que no se justifica ante el fenómeno universal de la interdependencia global. Fue en el siglo XVIII que el concepto de solidaridad migró al ámbito de lo político. El saint-simoniano P. Leroux lo introdujo al discurso político como elemento constitutivo de la sociedad y principio de progreso de la humanidad. Un jacobino como Robespierre, vinculará la fraternidad como concepto afín al de solidaridad, al reconocimiento de un derecho a la subsistencia, el cual fue incluido como enunciado político jurídico en la Constitución francesa de 1793. A las razones de tipo jurídico y político se suman razones de tipo económico para justificar la fundamentación de los derechos sociales humanos y fundamentales a partir de la solidaridad. En la era de la interdependencia económica mundial resulta anacrónico limitar el alcance de los derechos positivos o de prestación a los nacionales o, dentro de éstos, a ciertos sectores o clases de la sociedad. Esto porque en un mundo crecientemente interconectado y materialmente integrado, donde el hacer o dejar de hacer en una esquina del mundo repercute inevitablemente sobre personas o poblaciones lejanas, los derechos positivos recíprocos entre unos y otros tienden a aumentar y multiplicarse. El punto de partida del liberalismo, el individuo autónomo, racional e irreductible en sus preferencias, viene siendo corregido por el énfasis en nuestro ser relacional e interdependiente que, sin negar libertades individuales, integra los derechos de libertad y sociales en un todo universal, integral e indivisible...La multiplicidad de posibles obligados, en este caso el Estado nacional o la comunidad internacional, activan los principios de subsidiariedad y solidaridad de forma que la persona no quede abandonada a su suerte por el mero hecho de no poder ayudarse a sí misma...” ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo, “Derecho Sociales”, <https://biblio.juridicas.unam.mx> – consultada el 10/11/2021

Es de destacar que no todos los autores coinciden con este criterio, pues entienden a la solidaridad como una virtud análoga a la caridad cristiana, y por ende, carente de juridicidad: "... la virtud teologal de la caridad y su correspondiente virtud humana no cardinal de la solidaridad, no pueden dejar de ser nada menos —pero solamente— lo que son: virtudes metajurídicas, o sea, buscar el bien del prójimo como una finalidad... Considero entonces que es la justicia del bien común, y no la solidaridad el fundamento jurídico que obliga a una comunidad política a subordinarse ante dicho bien común, y reiteramos que la doctrina social de la Iglesia, en su Punto N° 1906 del Catecismo de la Iglesia Católica afirma que el bien común son las condiciones sociales que permiten conseguir a cada uno su propia perfección y que la Constitución Apostólica *Gaudium et Spes* asevera que 'las comunidades políticas nacen para buscar el bien común' (N° 74). No nacen, por lo tanto, para imponer como obligación de derecho positivo a la solidaridad humana; ni tampoco que las condiciones sociales que debe procurar el bien común consisten en exigir a cada uno obtener la perfección del prójimo..."⁴²⁸ Asimismo, el concepto de solidaridad difiere con el que se viene postulando y que se conforma principio general del derecho, dice el Dr. Levene: "...La solidaridad es un bien, pero por el libre albedrío con que Dios nos ha creado —a su imagen y semejanza—, se lo puede rechazar, esto es, que no por la ley positiva se obligará a querer a los otros miembros de la comunidad; será —sin duda— moralmente una cuestión de conciencia para los que creen haber sido creados por Dios y que al querer a su prójimo se quiere, apunta y responde afirmativamente a Dios. Y para estos miembros de la comunidad, se convertirá en motor e integrante de su obligatoria participación en la obtención del bien común el hacerlo por el prójimo y no por él (por la gloria de Dios y no por la suya) el desprendimiento de uno mismo, y obviamente de sus demás bienes materiales, lo que contribuirá en buena medida como una afirmación, repotenciación, elevación en su grado de perfección al sumarse al elemento que integra el bien común, que es la paz..."⁴²⁹ Pensar la solidaridad desde ese aspecto: "querer al

⁴²⁸ LEVENE, Julio, "[La solidaridad como concepto constitucional] - El Estado sólo funda la legitimidad de sus imposiciones en el principio del bien común. La estructura del mismo puede estar, de modo voluntario, integrada por la virtud de la solidaridad", *El Derecho – Diario*, Tomo 189, 886, 29/10/2000, cita digital: ED-DCCLXIV-518

⁴²⁹ LEVENE, Julio, op. cit.

prójimo”, es sin duda un postulado que carece de juridicidad, ya que permanece en el ámbito espiritual del individuo. Y con respecto al bien común, en la primera parte de esta investigación se desarrolló todo el posicionamiento de la ontología jurídica que entiende que es el fin último del derecho.⁴³⁰

En esta investigación, se adhiere al concepto de solidaridad como adhesión a la causa o necesidad del otro, que forma parte de la protección multinivel de los derechos fundamentales familiares, y por ende es uno de los principios jurídicos que iluminan el sistema jurídico local.

El ámbito familiar es el lugar en donde la dinámica de la solidaridad se puede observar con mayor claridad, ya que las relaciones jurídicas que se entablan generan derechos y obligaciones más allá del “querer”, y que abarcan la “pequeña” y la “gran familia”, es decir, cuando la persona no puede satisfacer su necesidad por sí misma debe ser asistida por los miembros de su familia en primer lugar, y esto en virtud de la solidaridad. A este respecto la Dra. Graciela Medina expresa: “...La solidaridad se da entre personas que tienen algo en común, entre personas que la ley considera que forman parte de una relación jurídica por la que la necesidad de uno debe concurrir con la posibilidad de otro. No se trata de igualdad de prestaciones, sino de igualdad de situaciones fácticas vinculantes, a partir de la cual se crea la obligación de solidaridad. Dicha igualdad fáctica se da ejemplarmente en la familia donde el individuo desarrolla principalmente sus vínculos sociales, satisface sus necesidades primarias y recibe la orientación inicial que posibilita todo su desarrollo actual y posterior...”⁴³¹

Dicho esto, debe mencionarse el vínculo patente del principio de solidaridad con el principio de igualdad en el marco de las relaciones de familia, cuando el bien de la comunidad familiar es el bien de cada uno de sus miembros: “...La finalidad del principio de solidaridad es compensar las carencias espirituales o materiales de los demás miembros de un mismo grupo, su justificación deriva del principio de igualdad;

⁴³⁰ Retomar este tema resultaría muy extenso, y excedería la hipótesis planteada. Recuérdese que el estudio del principio jurídico se planteó desde la teoría general del derecho con base y fundamento en la doctrina filosófica-jurídica sostenida por el P. Lachance y que se encuentra detallada en la primera parte.

⁴³¹ MEDINA, Graciela, “Principios del derecho de familia”, *LA LEY 13/04/2016,1 • LA LEY 2016-B, 1114*, TR LALEY AR/DOC/986/2016

ya que para que los seres humanos sean iguales deben contar con igualdad de recursos materiales o espirituales para desarrollarse. De lo contrario puede predicarse el principio de igualdad pero no se cumple cuando por ejemplo el hombre cuenta con todos los medios económicos y su compañera carece de lo imprescindible para subsistir. Es allí donde la solidaridad es imprescindible para lograr la igualdad...El dinamismo de la solidaridad gira en torno al reconocimiento de las diferencias de hecho entre los humanos, pero brota de la afirmación de la igualdad, de una identidad en dignidad de todo ser humano que inspira al sistema jurídico occidental...»⁴³²

A partir de esta concepción de solidaridad, con los elementos que la definen: bien común familiar, igualdad, dignidad, que forman parte del entramado de las relaciones entre los miembros de la familia, se puede arribar a expresar que es un principio general del derecho de familia: “...Caracterizada la solidaridad, es imposible negarle la calificación de principio jurídico con todas sus consecuencias. Su intimidad con la ética responde a lo expresado sobre tales principios ...La efectividad de la solidaridad como dato sociológico es comprobable...En las conclusiones de este Congreso (X Internacional de Derecho de Familia) fue remarcado entre los fundamentos “como uno de los cambios paradigmáticos, el que el modelo de “autoridad y subordinación” ha cedido paso al de “igualdad, cooperación y solidaridad” entre los miembros de la familia”, y la recomendación 11 propone “reactualizar el rol que desempeña cada miembro de la familia en cumplimiento de sus responsabilidades teniendo en miras el principio de solidaridad que expresa y da sentido a la comunión del grupo familiar...”⁴³³

La calificación de principio jurídico es sostenido también por otro autores: “...Una manifestación de la visión constitucionalizada del Derecho privado en la que se enrola el Proyecto, se encuentra en los principios que actúan como pilares de todo el régimen: el principio de pluralidad, el principio de autonomía y el principio de solidaridad...”⁴³⁴ y la misma autora sobre el derecho de familia en particular: “...el

⁴³² MEDINA, Graciela, op. cit.

⁴³³ MENDEZ COSTA, *Los Principios...*, op. cit., pág. 291

⁴³⁴ KRASNOW, Adriana Noemí, “El derecho de familia en el proyecto de reforma al Código Civil y Comercial 2012 en Argentina”, https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372014000100015 – consultado: 3/12/2021

actuar libre y autónomo de la persona en el interior de la familia y en su proyección social, queda sujeto a límites que encuentran su fuente en valores y principios constitucionales, como a) interés superior del niño; b) principio de no discriminación e igualdad; c) principio de identidad, d) solidaridad; e) interés familiar...Este juego de equilibrio entre autonomía de la voluntad y orden público familiar se traslada al texto del Proyecto y queda plasmado en el principio de solidaridad familiar. A modo ilustrativo, puede citarse: el establecimiento de un régimen primario que responde a normas de orden público en el marco de las relaciones patrimoniales entre cónyuges; el límite puesto a los convivientes al disponer que cuando se celebren los pactos reguladores de efectos, no pueden ser contrarios al orden público, a la igualdad y a los derechos fundamentales de cualquiera de los miembros de la unión; la consagración del interés superior del niño como principio propio tanto del instituto de la responsabilidad parental como de la adopción; límites dispuestos al regular la filiación y sus acciones. Con esta aproximación inicial puede observarse cómo a través de este principio, se aspira al logro de un juego armónico entre autonomía de la voluntad y orden público. Este equilibrio entre principios es el que nos permite sostener que la reforma no importa una contractualización de las relaciones de familia...»⁴³⁵

Retomando las enseñanzas del profesor Córdoba, ha de decirse que: “...En la estructura jurídica de la Argentina, la solidaridad es un principio que ha informado al legislador a efectos de normas particulares, pero no como norma abierta. Es decir, la solidaridad está impuesta para casos especiales, pero no como norma general del derecho positivo. Implica que son criterios que están en el fundamento de las soluciones legislativas, directrices, instrumentos y orientaciones a seguir en el proceso legislativo...”⁴³⁶

Sin entrar a analizar los institutos propios del derecho de familia y su correspondencia con la solidaridad, cuestión que será objeto de análisis en el siguiente capítulo, se puede observar en el sentido descrito por el profesor Córdoba que las alusiones a la solidaridad que formulan los textos de los Tratados Internacionales, es a través de términos análogos, por ejemplo el ya citado artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuando dice “Todos los seres humanos...deben

⁴³⁵ KRASNOW, Adriana Noemí, op. cit.

⁴³⁶ CORDOBA, Marcos M., op. cit., pág. 870

comportarse fraternamente”; fraternidad no es sinónimo de solidaridad, pero si es un término análogo, pues exige una conducta de hermandad que implica mayor benevolencia aun. Nótese lo antes mencionado: “...Un jacobino como Robespierre, vinculará la fraternidad como concepto afín al de solidaridad, al reconocimiento de un derecho a la subsistencia, el cual fue incluido como enunciado político jurídico en la Constitución francesa de 1793...”⁴³⁷, es decir, hay una interpretación que se viene sosteniendo históricamente en ese sentido. O, el Artículo XXX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, que dice: “Deberes para con los hijos y los padres. Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten. También es ilustrativo el Preámbulo de la Convención de los derechos del niño: “...Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad...”

La misma situación se puede observar en la normativa específica del derecho de familia, en el cual se detectan muchas normas que se fundamentan en la solidaridad familiar, al igual que en el derecho sucesorio, con total claridad pero de modo tácito. Así la doctrina sostiene: “...En efecto, el *principio de la solidaridad jurídico* es un principio del derecho para casos concretos por leyes particulares, pero no constituye un principio general del derecho. Ciertamente la solidaridad es un importante criterio que está en el fundamento de numerosas soluciones legislativas y seguramente constituye una directriz y un instrumento de la interpretación para casos dudosos o lagunas que se presentan en la regulación de la vida social. Sin embargo, el derecho argentino se encuentra debilitado y empobrecido por carecer de una norma superior que consagre a la solidaridad como principio general del derecho...”⁴³⁸

En el capítulo siguiente se analizará con mayor precisión y detalle esta presencia silenciosa del principio de solidaridad en los institutos más destacados del derecho de

⁴³⁷ ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo, op. cit.

⁴³⁸ LAJE, Alejandro, op. cit.

familia, lo que permite verificar claramente lo hasta acá descripto. En igual sentido se relevarán decisiones jurisprudenciales que han ido adoptando esta tesitura principalista.

Lo hasta acá apuntado es una prueba contundente de la presencia en el sistema jurídico local, aun sin consagración expresa, del principio de solidaridad familiar, y de su importancia ética que eleva la dimensión humanitaria de las relaciones de familia, de todos los modelos organizativos familiares, de cualquier clase o condición económica o social.

Y para finalizar el acápite, ha de mencionarse lo que sostiene la doctrina nacional y a lo cual se adhiere: "...El dinamismo de la solidaridad gira en torno del reconocimiento de las diferencias entre los humanos, postula la universalidad de sus derechos esenciales y se orienta primariamente hacia quienes sufren. Resulta necesario resaltar lo señalado por Córdoba, en cuanto a que por la tendencia que se está produciendo en el Derecho de Familia, la solidaridad va a ser en unos años, el único elemento en común que posean los diferentes tipos de familia..."⁴³⁹, y por ello, se puede agregar, promover su consagración legislativa constituiría un progreso de gran magnitud humanitaria.

5. Unas breves palabras sobre el interés superior del niño

La Convención sobre los Derechos del Niño incorporó y consagró el principio del interés superior de niños, niñas y adolescentes; Convención que fuera elevada a rango constitucional en 1994. En su Artículo 3 inciso 1 dice: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

Sin lugar a dudas hay consenso doctrinal que el interés superior de niños, niñas y adolescentes, es un principio general del derecho. En el ámbito del derecho de familia es sustento de numerosos fallos jurisprudenciales y estudios doctrinarios: "...El

⁴³⁹ MEDINA, Graciela, op. cit.

“interés superior del niño” es un principio del derecho. El congreso de Mendoza lo declaró así por unanimidad. El XV Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y la Familia (Buenos Aires, 1998) recomendó: “La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en sus artículos 3° y concordantes, establece el interés superior del niño como principio general del derecho y estándar jurídico básico que rige las relaciones de los niños con el mundo adulto, en tanto que sujetos de derecho prevalecientes, las obligaciones de protección por parte de la familia, la sociedad y el Estado, y el mismo orden axiológico de intereses y derechos del propio niño...Su funcionalidad se diversifica en los distintos sentidos que se esquematizan a continuación: a) Es programático, dirigido a los legisladores y los funcionarios administrativos con atribuciones de reglamentación; es, por lo tanto, generador de nuevas normas e, incluso, de instituciones. b) Es de efectividad inmediata en las siguientes vertientes: b.1) como pauta interpretativa del Derecho escrito llegando a contradecir sus disposiciones; b.2) como integrador del ordenamiento colmando sus lagunas; b.3) como inspirador e impulsador de medidas concretas de acción positiva...”⁴⁴⁰

Es mencionado expresamente en el articulado del CCyCN, en distintos aspectos de la vida de la persona menor de edad así, en relación a la capacidad progresiva dice: art. 26: Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. ... Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

Con respecto a la tutela: art. 104: Concepto y principios generales. La tutela está destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental. Se aplican los principios generales enumerados en el Título

⁴⁴⁰ MENDEZ COSTA, María Josefa, *Los Principios...*, op. cit. 322-323

VII del Libro Segundo. Si se hubiera otorgado la guarda a un pariente de conformidad con lo previsto en el Título de la responsabilidad parental, la protección de la persona y bienes del niño, niña y adolescente puede quedar a cargo del guardador por decisión del juez que otorgó la guarda, si ello es más beneficioso para su interés superior; en igual sentido, si los titulares de la responsabilidad parental delegaron su ejercicio a un pariente. En este caso, el juez que homologó la delegación puede otorgar las funciones de protección de la persona y bienes de los niños, niñas y adolescentes a quienes los titulares delegaron su ejercicio. En ambos supuestos, el guardador es el representante legal del niño, niña o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial. Y en su aspecto procedimental: art. 113: Audiencia con la persona menor de edad. Para el discernimiento de la tutela, y para cualquier otra decisión relativa a la persona menor de edad, el juez debe: a. oír previamente al niño, niña o adolescente; b. tener en cuenta sus manifestaciones en función de su edad y madurez; c. decidir atendiendo primordialmente a su interés superior.

En lo tocante a la adopción: art. 595: Principios generales. La adopción se rige por los siguientes principios: a. el interés superior del niño; b. el respeto por el derecho a la identidad....

Acerca de la responsabilidad parental: art. 639 Principios generales. Enumeración. La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: a. el interés superior del niño;..... En cuanto a los deberes de los hijos para con los padres: art. 671: Enumeración. Son deberes de los hijos: a. respetar a sus progenitores; b. cumplir con las decisiones de los progenitores que no sean contrarias a su interés superior;

Por último ha de mencionarse el principio del interés superior aplicado a los procesos de familia: art. 706: Principios generales de los procesos de familia c. La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas.

En el articulado del CCyCN reproducido se impone a padres, tutores, jueces la obligación de considerar específicamente el interés superior de la persona menor de edad, que se encuentra atravesando una situación de excepción, y en la gestión normal de la vida cotidiana. Y si bien el principio es específico, puede verse como subyace en él la solidaridad legal para con los niños, niñas y adolescentes, que por su particular

situación cronológica merece una particular también protección multinivel de sus derechos por parte de los miembros de su familia y por parte del Estado representado en la figura de juez que decidirá su destino. Como menciona el profesor Laje: “...Sin perjuicio del fundamento ético-moral en que se funda esta obligación, la ley regula con distintos alcances el derecho-deber según el grado de proximidad que vincule a los integrantes de la relación. En algunos casos la obligación nacerá tan solo cuando exista necesidad de algunos de ellos; y en otros, en virtud de las funciones que le adjudica a cada integrante de la organización familiar...”⁴⁴¹ y se puede agregar la función que el Estado le encomiende.

Además, ha de remarcarse que el principio del interés superior de niños rige para todo el ordenamiento jurídico nacional. Así lo expresaba la profesora Méndez Costa “...El “interés superior del niño” no ha de ubicarse entre los principios específicos del Derecho de Familia. Es suficiente con remitirse al artículo 3° de la Convención sobre sus derechos para comprobarlo. No están convocados a reconocerlos y asegurarlos solamente la familia y los miembros de ésta ya que medidas protectoras pueden y deben emanar de las autoridades estatales en sus diversas ramas, legisladores, administradores y jueces, de las organizaciones no gubernamentales, de distintas entidades que encaran la problemática del hombre en sociedad. En otro sentido, también estos derechos exceden la familia en cuanto corresponden al niño carente de ésta, ya huérfano de padre y madre y sin parientes, o abandonados, o faltantes de miembros de la familia habilitados para ejercer sus derechos porque, por ejemplo, han sido sancionados con respecto a la patria potestad o de algunos de sus contenidos o no se encuentra debidamente dotados para ejercerlo...”⁴⁴²

Estas breves líneas son inevitables de relatar por la preeminencia que tiene éste principio en todo el sistema jurídico local, y en particular por el lugar preferente que ocupa en el sistema principalista del derecho de familia, demostrado en lo explícito de su formulación, cuestión que no sucede con el principio de solidaridad familiar.

⁴⁴¹ LAJE, Alejandro, op. cit.

⁴⁴² MENDEZ COSTA, María Josefa, *Los Principios...*, op. cit., pág. 321

6. Epílogo

En la Introducción de éste Capítulo se trajo a colación la temática ya desarrollada sobre los aspectos más destacados de los principios generales del derecho desarrollados por la doctrina local, en particular los del Derecho Civil, tomándose como base lo expuesto por el Dr. Saux en cuanto a su detalle (sin entenderlo como *numerus clausus*) a saber: autonomía de la voluntad, orden público y equilibrio de la prestaciones. En consecuencia, se entendió que éstos son los tres principios jurídicos del derecho civil de los que se sirve la hermenéutica de modo constante, y que concentran en sí mismos o son raíz de otros de la misma rama. Y como parte del Derecho Civil, el Derecho de Familia también se sirve de ellos.

Por otra parte, y en virtud de la ya mentada “constitucionalización del derecho privado” y singularmente la “constitucionalización del derecho de familia” se hacen presente en el ordenamiento jurídico local otros principios jurídicos derivados, que con más los existentes, conforman un conjunto principalista propio: los principios de protección integral de la familia, de matrimonialidad, el interés superior de niños, niñas y adolescentes, y también el principio de solidaridad familiar, objeto de esta investigación.

La propuesta continuó con el análisis de los principios mencionados primeramente, desde la óptica y desarrollo actual del Derecho de Familia nacional vigente, exponiendo en primer lugar el de autonomía de la voluntad con conceptos tan actuales como libertad de intimidad, contractualización del derecho de familia, igualdad o paridad entre los miembros de la familia, y las críticas que suscita esta posición doctrinaria.

El siguiente y obligado tópico a tratar fue el orden público, límite al interés individual, cuando entra en tensión con el interés familiar y general. Si bien se destacó la dificultad que tiene su conceptualización, se reseñaron definiciones y teorías a su respecto, las más ilustrativas desarrolladas por la doctrina nacional. Y se concluyó su necesidad para los logros queridos en una sociedad democrática, como lo son el bien familiar y en definitiva el bien común.

Tocó, obviamente, el turno a lo más específico, y armonizador de los dos principios señalados supra, la solidaridad familiar.

Principio, que, como sostiene la doctrina, desde un punto de vista, configura “el equilibrio de las prestaciones” para las relaciones de familia, sobre todo si la mirada corresponde a relaciones “contractualizadas”, ya que opera como límite y armonizador de ellas; su importancia y trascendencia se impone y no necesita ser demostrada; es vertebrador de la estructura familiar, de los miembros entre sí y de la familia con el Estado

Por tratarse del estudio más adecuado, se recurrió a lo enseñado por el Profesor Marcos Córdoba y su Escuela de la Solidaridad Jurídica, que lo aplica al ordenamiento jurídico en general, destacando el rol de la solidaridad en ámbito de la familia. También acá, se consignó la disidencia, y la posición adoptada en este estudio.

La reseña de otras posturas doctrinarias con la mentada concepción de solidaridad, más sus elementos definatorios, a saber: bien común familiar, igualdad, dignidad, que forman parte del entramado de las relaciones entre los miembros de la familia, llevaron a arribar y manifestar que es un principio general del derecho de familia.

Para aseverar más aun lo dicho, se volcaron algunas normas de los tratados constitucionalizados que refieren, análogamente, a la solidaridad.

Por último, por la relevancia que posee y su presencia expresa en el ordenamiento jurídico nacional, se trató brevemente el principio del interés superior de la persona menor de edad, estudiado exhaustivamente por la doctrina e invocado en numerosos fallos jurisprudenciales.

Para cerrar el capítulo, es digno de reiterar que en la legislación nacional vigente, aun sin consagración expresa, es nítida la presencia del principio de solidaridad familiar, como así también, su importancia ética que eleva la dimensión humanitaria de las relaciones de familia, de todos los modelos organizativos familiares, de cualquier clase o condición económica o social.

Y como el tema tratado está referido específicamente a la solidaridad familiar, su relación con otros principios jurídicos, y claramente la concepción que de ella se postula, dignifica el cierre de este capítulo consignar, una vez más, la definición que diera de solidaridad San Juan Pablo II en su *Encíclica Sollicitudo rei socialis*: “...Esto

no es (la solidaridad), pues, un sentimiento superficial por los males de tantas personas, cercanas o lejanas. Al contrario, es la determinación firme y perseverante de empeñarse por el bien común; es decir, por el bien de todos y cada uno, para que todos seamos verdaderamente responsables de todos...»⁴⁴³

En el siguiente capítulo se analizarán los institutos que sustentan esta afirmación, desde la mirada doctrinal y jurisprudencial, y que ilustran cabalmente lo postulado en este estudio, permitiendo arribar por último a su conclusión final

⁴⁴³ SAN JUAN PABLO II, *Sollicitudo ...*, op. cit.

Capítulo III

La solidaridad familiar y los institutos del derecho de familia argentino

1. Introducción

En los capítulos precedentes se analizó e investigó la vigencia del principio jurídico de solidaridad familiar en el ordenamiento local. Se logró constatar su tácita presencia en el Código Civil de Vélez, en las Leyes de Matrimonio que sucedieron a su redacción original, como así también en las reformas más destacadas que acaecieron en la materia.

Por otra parte, al ingresar en el análisis de la nueva codificación civil, se observó la constante vigencia de los principios jurídicos de autonomía de la voluntad, orden público, equilibrio de las prestaciones (ya sostenido por el Dr. Saux) y de solidaridad familiar, en lo que atañe al ámbito del Derecho de Familia en particular. A ello se le suman los principios que gobiernan esta rama y los que devienen particularmente del fenómeno llamado “constitucionalización del derecho de familia”, conformando un específico grupo principalista: los principios de protección integral de la familia, de matrimonialidad, de libertad de intimidad, el interés superior de niños, niñas y adolescentes, y en modo más quedo pero con total solidez el principio de solidaridad familiar, objeto de esta investigación

De manera que luego de examinar con detalle la evolución dentro del Derecho de Familia de los que se consideraron principios universales y permanentes del Derecho Civil, con sus vaivenes: autonomía de la voluntad y orden público, el análisis obligado apuntó al tema central de esta tesis: el principio general de solidaridad familiar. Evolución legislativa y cambios sociales que transitan por el mismo carril, quizás desacompañados en el tiempo, pero en una misma dimensión: “...La familia actual ha dejado de lado algunos de los fines que le eran esenciales como el de la fidelidad

matrimonial y el de la convivencia matrimonial forzosa, se ha transformado por el principio de la libertad, pero mantiene cohesión gracias a la idea de solidaridad. Ante la metamorfosis familiar por el reconocimiento del principio de autonomía de la voluntad y de respeto a la libertad individual, el principio que aparece como unitivo y que da cohesión a la familia es el de la solidaridad de los miembros que la integran. En este sentido la tutela constitucional que se otorga a la familia debe ser interpretada en función del principio de solidaridad que se configura como una cláusula fundamental en aras del desarrollo de la personalidad...⁴⁴⁴

Como se dijo, la legislación vigente no cuenta con una norma expresa que consagre a la solidaridad familiar como principio general del derecho de familia, de modo que es oportuno antes de finalizar esta investigación, adentrarse en los institutos donde se puede observar su presencia subyacente con mayor claridad y vigor.

En este capítulo se investigará el principio jurídico que, presente en destacadas instituciones, conducen a las familias y a los individuos que la conforman a lograr relaciones familiares basadas en la igualdad y orientadas al bien común de cada uno de sus miembros, que es el bien de cada uno de sus integrantes.

Sumariamente se pueden destacar los siguientes: "...La solidaridad familiar, está receptada en normas legales como por ejemplo las que establecen la obligación alimentaria recíproca entre ascendientes, descendientes, colaterales hasta el segundo grado y entre parientes afines en primer grado (Título IV, Capítulo 2, sección 1 del Libro Segundo del Cód. Civ. y Com., arts. 537 al 554); las que imponen asistencia dentro de la tutela (Sección 2ª "De la tutela", Capítulo 10 del Libro Primero del Cód. Civ. y Com.); las que regulan Asistencia de la curatela (Sección 3, del Capítulo 10 del Libro Primero del Cód. Civ. y Com.) Este principio también se advierte en el derecho de alimentos para el cónyuge (art. 432 y siguientes del Cód. Civ. y Com.), el régimen de bienes primarios común a todos los regímenes matrimoniales (arts. 454 a 462, Cód. Civ. y Com.), el régimen de bienes obligatorios de la unión convivencial similar al régimen primario de bienes del matrimonio (arts. 519 a 522 del CCyC) y la especial protección a la vivienda familiar (art. 522 y art 456 Cód. Civ. y Com.). De este conjunto normativo surge que el principio de solidaridad se encuentra presente tanto en las relaciones conyugales como en las relaciones parentales y de parentesco. El derecho de alimentos,

⁴⁴⁴ MEDINA, Graciela, op. cit.

es la manifestación más evidente del principio de solidaridad familiar, sin duda se presenta como una forma de proteger al cónyuge, al conviviente o al pariente que se encuentre en estado de necesidad, que no pueda subsistir sin la ayuda económica del otro cónyuge, conviviente o pariente...»⁴⁴⁵

2. El matrimonio

Los gigantescos cambios sociales en torno al matrimonio fueron recepcionados paulatinamente por la legislación matrimonial, como ya se mencionó, a partir del año 1987 con la sanción de la ley 23515 que introdujo el divorcio vincular, pasando por la ley 26618 que estableció el matrimonio igualitario, hasta el estatuto vigente con la entrada en vigor del CCyCN en el año 2015.

El matrimonio⁴⁴⁶ como institución social y jurídica hoy, puede caracterizarse como lo relata la Dra. Kemelmajer de Carlucci: “...Aun con las restricciones

⁴⁴⁵ MEDINA, Graciela, op. cit.

⁴⁴⁶ El principio jurídico *favor matrimonii* específico que rige al matrimonio es el descrito por la Dra. Méndez Costa comentando la anterior legislación, pero que bien puede hacerse extensiva a la vigente: “...La pauta *matrimonium gaudet favor iuris* es de antigua data tradicional y positiva en cuanto al derecho de la Iglesia Católica. El vigente Código de Derecho Canónico de 1982 la reproduce en su artículo 1060: “El matrimonio goza del favor del derecho; por consiguiente en caso de duda, se debe estar por la validez del matrimonio, mientras no se demuestre lo contrario”. Es obvio que se unen, en el precepto citado, dos afirmaciones distintas y conectadas entre sí porque la segunda se presenta como inferencia lógica de la primera. Esta consagra la regla del favor del derecho por el matrimonio; la segunda constituye una presunción *iuris tantum* ... Las expresiones propias del Derecho Canónico, matrimonio *in fieri* y matrimonio *in facto esse*, recordadas con detenimiento por autores civilistas, se explican refiriendo la primera al matrimonio constituyéndose como contrato matrimonial y la segunda al matrimonio constituido o estado matrimonial, es decir, a la comunidad de vida resultante de aquel. Existe una relación de causa a efecto entre las dos fórmulas y se siguen sin solución de continuidad...Es evidente que la trascendencia del principio del favor matrimonii se impone sin dificultad en el Derecho Canónico, no sólo en razón de sus fundamentos y antecedentes (que se remontan a las Decretales del

tradicionales a la disponibilidad de los derechos, la actual expansión de la autonomía privada en un ámbito que la tradición reservó al legislador se inscribe en un cuadro en el que sobresale un matrimonio: a) fundado en los principios de igualdad y solidaridad; b) en el que declina el principio de indisolubilidad... Estos dos puntos básicos responden a las transformaciones sociales y culturales maduras en los años 60. La familia deja de concebirse como una institución jerárquica en cuya cumbre está solo el padre para decidir la organización y funcionamiento del grupo. Por el contrario, cada integrante es un sujeto de derecho y la familia se organiza en forma de red. La familia es el instrumento ofrecido a cada uno de los integrantes para el desarrollo de su personalidad. El matrimonio no es una fusión sino una unión. Por otro lado, la solidaridad reemplaza a la autoridad....⁴⁴⁷ Es un hecho constatable desde lo más cotidiano la horizontalidad de los cónyuges, en su gran mayoría, horizontalidad que toma la legislación, y que deviene en el desplazamiento de la autoridad paterna hacia la solidaridad conyugal, y por ende familiar.

Gregorio IX de 1234) sino por encontrarse legalmente establecido. La doctrina especializada deduce con claridad la operatividad del principio como informador de una serie de reglas concretas del ordenamiento positivo y como manifestación de la intención del legislador para la interpretación del derecho matrimonial debiendo tenerse presente que el canon 1058 establece que: "Pueden contraer matrimonio todos aquellos a quienes el derecho no lo prohíbe"...El Código Civil argentino no incluye expresamente el *favor matrimonii* pero se deduce que lo está si consideramos el tratamiento del matrimonio en disposiciones del derecho de los tratados incorporados a la Constitución argentina...pues de eso se trata, precisamente: del derecho a contraer matrimonio que reviste las cualidades de una institución dotada de protección legal. En virtud de esta razón es sustentable que el favor del matrimonio ha dejado de encontrarse sólo implícitamente en el derecho argentino, Zannoni, que lo estimaba así, reconoce que es un principio de interpretación rectora en un adecuada hermenéutica y lo define conforme a los canonistas como "la actitud o predisposición del legislador a conceder un trato especial de protección al matrimonio en orden a la conservación de su esencia y mantenimiento de sus finalidades. El artículo 139, con cuya redacción la ley 23515 superó una antigua polémica, hace lugar al *favor matrimonii* al disponer que todo plazo, condición o cargo, es decir, cualquier modalidad puesta por los contrayentes al consentimiento matrimonial, se tendrá por no puesta, sin que sea afectada la validez del vínculo..." MENDEZ COSTA, María Josefa, *Los Principios ...*, op. cit., pág 55 - 58

⁴⁴⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La autonomía...", op. cit., pag 10

El art. 431 claramente menciona: “Asistencia. Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua.”

Si bien el CCyCN no brinda un concepto de matrimonio, las notas que menciona este artículo definen la institución matrimonial como comunidad de vida en la que prima la colaboración en un marco de igualdad y tolerancia. El específico “deber de asistencia” remite a la solidaridad entre los cónyuges.

En relación a la anterior legislación la doctrina decía: “...La doctrina distingue entre el concepto genérico de asistencia y el específico de alimentos. La noción de asistencia recoge –al igual que la fidelidad- una serie de presupuestos éticos que sustancialmente podrían sintetizarse en el concepto de solidaridad conyugal. Y, más allá todavía, solidaridad familiar. Los alimentos, como prestación, si bien se fundan en el deber de asistencia, se traducen en valores pecuniarios, de contenido económico, que aseguran la subsistencia material. En la asistencia, en sentido amplio, quedan comprendidos la mutua ayuda, el respeto recíproco, los cuidados materiales y espirituales que ambos cónyuges deben dispensarse. Por esta razón, el incumplimiento de la asistencia en sentido amplio ha sido juzgado como causal de divorcio: no sólo cuando la inasistencia se revela como incumplimiento de la prestación alimentaria, sino en otros casos en que la conducta desaprensiva de un cónyuge, privó al otro de cuidados o apoyo en la relación permanente...”⁴⁴⁸ Y también, “...El texto del art. 198 del Código Civil, introducido por la ley 23515, consagra expresamente el deber de asistencia, que es de la esencia del matrimonio, es recíproco entre los cónyuges, y tiene un aspecto moral o espiritual y otro material. En el primero, se ha señalado como su contenido concreto: a) La solidaridad personal, representada no sólo por un trato considerado y decoroso sino también por la prestación de los estímulos necesarios para el logro del propio destino, y por la coparticipación en todos los avatares de la vida alegrías y dolores, éxitos y fracasos. b) El auxilio moral o espiritual en caso de enfermedad. c) Finalmente, la ayuda de un cónyuge al otro en sus negocios particulares según lo corriente en el medio social en que actúan: por ejemplo, en la explotación de negocios de poca envergadura...”⁴⁴⁹

⁴⁴⁸ BOSSERT, Gustavo – ZANNONI, Eduardo, op. cit., pág. 169 - 170

⁴⁴⁹ BELLUSCIO, Augusto César, op. cit., pág. 268

El deber asistencia matrimonial luce descrito en un sentido análogo al de solidaridad, en su aspecto más elevado de la relación matrimonial, y a la vez desde lo cotidiano de la vida: la ayuda mutua, el auxilio, el socorro en las pequeñas y grandes necesidades, tanto terrenales como inmateriales. La doctrina así lo explica: “...En Argentina, durante los últimos tiempos, numerosas manifestaciones en reuniones de expertos resaltaron el valor de la solidaridad desde la perspectiva del compromiso y la responsabilidad con los otros miembros de la familia...De este modo se observa una revalorización del postulado solidario, asociada al abandono del modelo de autoridad y subordinación antes explicado. Así concebido, el matrimonio entendido como un entidad comunitaria, en el sentido de los lazos afectivos que unen a sus miembros y que se proyecta en la puesta en marcha de aspiraciones compartidas que exigen el aporte material de ambos miembros para su concreción...La mención que realiza el artículo al deber de cooperar tiene desarrollo jurídico expreso en relación a la obligación de contribuir a las cargas para el sostenimiento del hogar...”⁴⁵⁰

Este entendimiento doctrinario del deber de asistencia en la hermenéutica del nuevo CCyCN plantea una correlación solo con la faz material: “...La doctrina desarrollada en torno a la interpretación del artículo derogado distinguió entre el concepto genérico de asistencia y el específico de alimentos. El primero hallaba sustento en el concepto de solidaridad de las relaciones familiares, comprensivo tanto de los cuidados materiales y espirituales que ambos cónyuges deben dispensarse, como de la ayuda mutua y el respeto recíproco que desborda el aspecto meramente patrimonial: el segundo era definido como una prestación que si bien se fundaba en la propia solidaridad familiar, se traducía en valores pecuniarios de contenido económico que aseguraban la subsistencia material. El último párrafo del artículo 431 replica el deber jurídico de asistencia recíproca, pero, como se verá más adelante, solamente referida a la faz material, conforme se despliega en los artículos 432 a 434...”⁴⁵¹

Los artículos 432 a 434 refieren: art. 432: Alimentos. Los cónyuges se deben alimentos entre sí durante la vida en común y la separación de hecho. Con posterioridad al divorcio, la prestación alimentaria sólo se debe en los supuestos previstos en este

⁴⁵⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y otros, *Tratado ...*, op. cit., comentado por: MOLINA DE JUAN, Mariel, T. I, pág. 248

⁴⁵¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y otros, op. cit., 249

Código, o por convención de las partes. Esta obligación se rige por las reglas relativas a los alimentos entre parientes en cuanto sean compatibles. Y el art. 433: Pautas para la fijación de los alimentos. Durante la vida en común y la separación de hecho, para la cuantificación de los alimentos se deben tener en consideración, entre otras, las siguientes pautas: a. el trabajo dentro del hogar, la dedicación a la crianza y educación de los hijos y sus edades; b. la edad y el estado de salud de ambos cónyuges; c. la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo de quien solicita alimentos; d. la colaboración de un cónyuge en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; e. la atribución judicial o fáctica de la vivienda familiar; f. el carácter ganancial, propio o de un tercero del inmueble sede de esa vivienda. En caso de ser arrendada, si el alquiler es abonado por uno de los cónyuges u otra persona; g. si los cónyuges conviven, el tiempo de la unión matrimonial; h. si los cónyuges están separados de hecho, el tiempo de la unión matrimonial y de la separación; i. la situación patrimonial de ambos cónyuges durante la convivencia y durante la separación de hecho. El derecho alimentario cesa si desaparece la causa que lo motivó, el cónyuge alimentado inicia una unión convivencial, o incurre en alguna de las causales de indignidad. El siguiente artículo establece: art. 434: Alimentos posteriores al divorcio. Las prestaciones alimentarias pueden ser fijadas aun después del divorcio: a. a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide autosustentarse. Si el alimentante fallece, la obligación se transmite a sus herederos. b. a favor de quien no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos. Se tienen en cuenta los incisos b), c) y e) del artículo 433. La obligación no puede tener una duración superior al número de años que duró el matrimonio y no procede a favor del que recibe la compensación económica del artículo 441. En los dos supuestos previstos en este artículo, la obligación cesa si: desaparece la causa que la motivó, o si la persona beneficiada contrae matrimonio o vive en unión convivencial, o cuando el alimentado incurre en alguna de las causales de indignidad. Si el convenio regulador del divorcio se refiere a los alimentos, rigen las pautas convenidas.

Como se puede observar, los artículos establecen las reglas alimentarias durante el matrimonio, la separación de hecho y el divorcio con indiscutible fuente legal, y con el soporte axiológico de la ética de los vulnerables. Desde luego, esta es la consagración tácita más clara del principio de solidaridad familiar, pero antes de adentrarse en el

tema, se puede formular una observación a la interpretación que equipara e iguala deberes de asistencia y deberes alimentarios.

Podría entenderse que si bien se encuentran legislados en el mismo bloque, el deber de asistencia de los consortes habla de “algo más” que la cuantificación monetaria de las necesidades, es la presencia física, por ejemplo, de socorrer al otro en una dificultad. Y tanto es así que si miramos en el derecho penal nos encontramos que cuando no se “socorre” al otro que está seriamente necesitado, podría llegar a configurarse el delito de abandono de persona: art. 106: “El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonado a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años. La pena será de reclusión o prisión de tres (3) a diez (10) años, si a consecuencia del abandono resultare un grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima. Si ocurriere la muerte, la pena será de cinco (5) a quince (15) años de reclusión o prisión.” “Art. 107: El máximo y el mínimo de las penas establecidas en el artículo precedente, serán aumentados en un tercio cuando el delito fuera cometido por los padres contra los hijos y por estos contra aquellos, o por el cónyuge”.

Desde luego el tipo penal es específico: “...La doctrina usa las denominaciones “abandono de personas” para el primer supuesto y “omisión de auxilio” para el segundo... La acción típica no consiste en abandonar (verbo que significa desentenderse, dejar de lado un objeto, un interés o una obligación, desamparar o resignar) como parece indicarlo el título, pues lo esencial es poner en peligro la vida o la salud de otro. El colocar en situación de desamparo o abandonar a su suerte son las formas tipificadas de crear riesgo para esos bienes. De manera que el delito se comete tanto haciendo nacer la amenaza por desamparo, como abandonando a su suerte a la víctima. En el primer supuesto el agente la pone en situación de carecer de los cuidados necesarios como para que no corran peligro su vida o su salud. En el segundo se desentiende de resguardarla. Desde la mira de la clasificación de los tipos por la forma de la acción, ambas son formas comisivas pues violan normas prohibitivas: no desamparar, no abandonar. Enfocando el análisis a la conducta puramente material, en el primer caso hay un actuar positivo: colocar en situación de desamparo; en el segundo un no hacer: abandonar a su suerte a la víctima. La acción típica se agota con la creación de la situación de peligro

producto del desamparo o el abandono, pero para que aquella se produzca el riesgo debe ser efectivo. Por lo que el simple hecho de apartarse del sujeto pasivo no constituye delito, si existen terceros que asumen el cuidado, haciendo así que la vida o la salud no hayan estado comprometidas. El abandono a su suerte implica que solamente el azar de circunstancias propicias podrían hacer que, por sí misma, la víctima hubiese superado la exposición en que se la ha colocado o a la que ha sido abandonada...»⁴⁵²

El agravante “cónyuge” claramente conduce al incumplimiento extremo del “deber de asistencia”, a la conducta antagónica a la “solidaridad familiar” perpetrada por un cónyuge en contra del otro, la “insolidaridad” más temida, y que no necesariamente se trataría de la negación de la prestación alimentaria. La intimidad de la vida matrimonial favorece la solidaridad mutua, y obviamente es el marco perfecto para la “insolidaridad” más cruel.

Debe decirse que esta interpretación en el marco del nuevo CCyCN no goza de una adhesión doctrinal y por el contrario la doctrina lo refiere solo a la faz material concreta como deber jurídico: “...el derecho-deber de asistencia que mantiene como deber jurídico es el que corresponde a la faz material, es decir en lo relativo a los alimentos. En cambio, el derecho-deber de asistencia propiamente dicho o *lato sensu*, aquel que se refiere a la ayuda mutua, cuidados recíprocos, socorro o cooperación –en palabras que utiliza el Código Civil- queda en el ámbito moral a la luz del régimen de divorcio incausado. Sucede que en el sistema anterior, el incumplimiento del derecho-deber de asistencia moral como se lo denominaba también en la doctrina podría generar el divorcio culpable por la causal de abandono voluntario y malicioso o causal residual de injurias graves según el caso. En esta nueva lógica que sigue el Código, sólo los alimentos, o sea, el derecho-deber de asistencia en su faz material genera consecuencias jurídicas...”⁴⁵³

Como fuere, deber de asistencia y deber alimentario son deberes propios del principio de solidaridad familiar. Sostiene la Dra. Méndez Costa: “...Los alimentos constituyen la mínima expresión de la solidaridad familiar, que el derecho escrito exige convirtiéndola en obligación legal cuando no es satisfecha espontáneamente. Revisten

⁴⁵² TERRAGNI, Marco Antonio, “Abandono de persona y Omisión de auxilio”, www.pensamientopenal.com.ar consultada el 6/1/2022

⁴⁵³ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil...op. cit.*, comentado por: HERRERA, Marisa, T. II, pág. 684-685

finalidad asistencial, de suplencia de los bienes personales y el trabajo remunerado de quien los requiere para su subsistencia en límites de variables razonabilidad. La realidad histórica y cotidiana exhibe la interdependencia de los esposos y los parientes más próximos... A la solidaridad apela con insistencia la doctrina subrayando que está en juego un deber moral en el que se fundan los textos legales que lo erigen en obligación civil, encuadrado en las funciones asistenciales de la familia llegando a decirse que la solidaridad domina las relaciones pecuniarias en el seno de la familia sin excluir que el interesado mismo deba subvenir a sus necesidades, de manera que la invocación normativa sólo se justifica ante la imposibilidad fáctica de aquél...”⁴⁵⁴ Y agrega en relación a la jurisprudencia local: “...Jurisprudencialmente se ha dicho: “Ante todo, cabe recordar que el fundamento de la prestación alimentaria, en el marco de las relaciones de familia, debe buscarse en los términos de solidaridad humana y, más precisamente, en la necesidad de que todos los que estén ligados por lazos de sangre concurren a hacer posible el bien personal de los integrantes de la comunidad familiar. El amparo de tal necesidad elemental, que hace a la dignidad humana, da lugar a un personalísimo derecho a reclamar y un deber de cumplir que la ley ha formulado positivamente” (fallo N° 137 bis; ver también el N° 135 y el N° 36 y su comentario...”⁴⁵⁵

Retomando la cuestión alimentaria matrimonial, la legislación reproducida con antelación es clara al respecto, y el deber se tiene durante la “vida en común”, aunque se sostiene que : “...No resulta frecuente que durante la vida en común los cónyuges se reclamen judicialmente la fijación de una cuota de alimentos, pues con normalidad esa prestación se desenvuelve en forma armónica y espontánea, según los roles que desempeñan, y sus ingresos son afectados a los gastos del hogar conyugal, que incluyen

⁴⁵⁴ MENDEZ COSTA, María Josefa, *Visión Jurisprudencial de los alimentos*, Santa Fe, Editorial Rubinzal – Culzoni Editores, año 2000, pág. 11

⁴⁵⁵ MENDEZ COSTA, María Josefa, *Visión Jurisprudencial...*, op. cit., pág. 11. Cabe aclarar que los fallos y comentarios se corresponden a la anterior legislación. El fallo N° 137 bis es el siguiente: “...Fallo N° 137 bis: CNCiv., sala H, 30-6-95, “P.M.S. y otro c/ C.J.M. s/ Alimentos”...” pág. 256, y el N° 36: “...Fallo N° 36: C2°CCom. De La Plata, sal II, 4-7-96, “L. de E., R.I. c/ E., L.A.”, DI J. 1996-2-1335... El derecho alimentario entre cónyuges divorciados no se funda en el vínculo matrimonial sino en razones de solidaridad ética que la ley respeta y mantiene (del voto en disidencia de la Dra. Ferrer...” MENDEZ COSTA, María Josefa, ib., pág. 77-78

el sostén alimentario...⁴⁵⁶ Con respecto al alcance de la obligación alimentaria durante este tramo de la vida la doctrina sostiene que "...no debe perderse de vista que la interpretación axiológica del sistema actual, fundado en el principio igualitario y en el valor de la solidaridad familiar, exige efectuar una necesaria relación con lo dispuesto en el artículo 455 relativo al deber de contribuir a las cargas de la convivencia, conforme el cual ambos esposos están obligados a sostener el hogar, según sus posibilidades, y atendiendo a la realidad económica, social y cultural de ese matrimonio...⁴⁵⁷ Además, el deber alimentario durante el desarrollo de la vida matrimonial hace a la lógica del sistema jurídico: "...Si por aplicación de un principio básico en las relaciones de familia como lo es el de solidaridad familiar, se prevé -aunque en supuestos puntuales- que tras la ruptura de la unión conyugal por efecto del divorcio sea viable solicitar alimentos, más aún lo sería cuando el matrimonio está plenamente vigente -no desde el aspecto jurídico-, sino fáctico, es decir, cuando sigue en pie el desarrollar un proyecto de vida en común, como así también durante la separación de hecho, siendo que jurídicamente continúan casados...⁴⁵⁸

Producida la ruptura de la convivencia, en el tramo de la separación de hecho⁴⁵⁹, los cónyuges mantienen el deber alimentario. Así lo sostuvo la jurisprudencia, se reproduce un fallo altamente clarificador: "... La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta avaló el reclamo de alimentos de una mujer contra su marido, de quien se encontraba separada de hecho desde hacía 15 años. En el caso "F. F. c/G. M. F. s/alimentos", el magistrado de primera instancia no hizo lugar a la demanda interpuesta por la mujer y dispuso el cese de los alimentos provisionales. Para así decidir, consideró que, con base en "los elementos probatorios aportados por la actora, en consonancia a lo dispuesto por el artículo 545 del Código Civil y Comercial,... no surge su imposibilidad

⁴⁵⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI y otros, *Tratado...*, op. cit., pág. 263

⁴⁵⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI y otros, *ib*, pág. 265

⁴⁵⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código...*, op. cit., pág. 688

⁴⁵⁹ "...En el régimen actual, la separación de hecho debe ser entendida como la situación fáctica que importa el cese de la "comunidad de vida" entre los cónyuges con la voluntad de sustraerse del proyecto común que implica el matrimonio. Esta interrupción de la vida en común puede deberse a la decisión de ambos esposos, aunque resulta suficiente la voluntad de uno solo; de este modo, se conjugan un elemento objetivo (el cese de la comunidad de vida) y otro subjetivo (la intención o voluntad de ambos)..." KEMELMAJER DE CARLUCCI y otros, *ib*., pág. 266:

de trabajar, y del (informe) ambiental surge que no tiene problemas de salud crónicos”. La mujer apeló la decisión y explicó que “durante los veintiséis años que duró la convivencia se dedicó a las tareas hogareñas y cuidado de los hijos, que durante los 15 años de separación se esforzó en sacarlos adelante”, y que en virtud de su edad y su situación, formuló el pedido de alimentos. Su ex marido respondió que no se encontraba acreditada la necesidad de la actora, quien cuenta con una jubilación, cobertura asistencial de Pami, no padece problemas de salud crónicos, obtiene recursos de un pequeño comercio y comparte el terreno que le cedió su hijo, donde tiene construida una vivienda de material, por lo que solicitó el rechazo de la apelación. Los miembros de la Sala III, Marcelo Domínguez y María Inés de los Ángeles Casey, explicaron que “las obligaciones alimentarias de fuente legal pueden tener origen en el matrimonio, las uniones convivenciales, el parentesco o la responsabilidad parental”. En este caso, dijeron que se refiere al supuesto de alimentos derivados del matrimonio, en particular durante la separación de hecho de los cónyuges, porque dentro de los deberes derivados de aquel se encuentra en el artículo 431 Código Civil y Comercial el de “prestarse asistencia mutua”, y el actual régimen, en el artículo 432, dispone que “los cónyuges se deben alimentos entre sí durante la vida en común y la separación de hecho”. “Si las partes pudiendo divorciarse no lo hicieron, no pueden desconocer el efecto de sus propios actos y las consecuencias de los mismos, en el caso, respecto del deber alimentario durante la separación de hecho. Por su parte, no se han invocado ni acreditado ninguna de las causales que el artículo 433 establece para habilitar el cese de la obligación alimentaria: si desaparece la causa que lo motivó, el inicio de una unión convivencial por el asistido o que este incurra en alguna causal de indignidad”, enfatizaron. “Tratándose de alimentos durante la separación de hecho, dado que la causa de la obligación alimentaria es el matrimonio que subsiste, para la determinación de su alcance corresponde aplicar los principios explicitados para los alimentos debidos durante la vida en común, más amplio que el que corresponde a la obligación alimentaria entre parientes”, explicaron los jueces. Para el caso, siendo que el matrimonio subsiste, consideraron que se cumplieron los siguientes recaudos legales: 1) título alimentario: estado de cónyuge y separación de hecho; 2) roles desempeñados durante la vida en común matrimonial; 3) estado de necesidad del requirente; 4) falta de recursos o imposibilidad de conseguirlos; 5) posibilidad del alimentante de prestar los

alimentos, los que deberán analizarse en cada caso concreto.” En cuanto al quantum de la cuota también ha variado la visión jurisprudencial desde considerar que, siendo la separación de hecho una situación anómala, corresponde fijar una cuota que se limite estrictamente a las necesidades consideradas más elementales”, agregaron. Si bien no desconocieron que durante muchos años la actora no efectuó reclamo alguno al demandado, expresaron que “ello no tiene por qué ser ponderado en su perjuicio, (ya que fue) quien afrontó sola su manutención y la de sus hijos, máxime considerando que su situación personal y laboral no es la misma a los 45 años que cuando se tienen más de 60 años”, y fijaron la cuota alimentaria en el 10% de los haberes que percibe por todo concepto el demandado...”⁴⁶⁰ El fallo ponderó la separación de hecho y la continuidad del matrimonio, y por ende la continuidad tácita de los deberes de asistencia y alimentarios, deberes que se fundan en el principio de solidaridad familiar, y que van en auxilio del estado de necesidad del requirente; como sostiene la doctrina “...en el sistema actual, dado que el matrimonio subsiste y que el artículo 432 realiza una remisión expresa a las normas de los alimentos entre parientes, corresponde aplicar los principios explicitados para los alimentos debidos durante la vida en común, pero deberá tenerse en cuenta que generalmente el cese del proyecto compartido ocasiona mayores gastos también para el alimentante (por ej. alquiler y mantenimiento de una nueva vivienda) los que deber ser valorados al momento de fijar una cuota...”⁴⁶¹

Se deben también alimentos los cónyuges con los requisitos establecidos en el tramo pos divorcio: “...Otra de las importantes modificaciones que trae este nuevo Código en materia de derecho matrimonial se expresa mediante los cambios relacionados con el derecho alimentario de los cónyuges con posterioridad al divorcio. Esta nueva cosmovisión responde a dos motivos centrales: a) la supresión del divorcio causado, y b) el principio de autosuficiencia y la recepción del postulado de igualdad en términos de “igualdad real de oportunidades”...En el nuevo Derecho, en tanto esta prestación alimentaria engarza dentro del contexto del divorcio sin valoración de la conducta de los esposos que puede proyectarse en la situación alimentaria, no hay posibilidad de darles una función reparadora, debiendo considerarlos meramente

⁴⁶⁰ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, “F. F. c/G. M. F. s/alimentos” ERREIUS, <https://www.erreius.com/opinion/14/civ> consultada el 7/01/2022

⁴⁶¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida y otros, *Tratado...*, op. cit., pág. 267

asistenciales y de naturaleza objetiva. Protegen a aquella persona que se encuentra en una especial situación de debilidad luego de la ruptura del matrimonio. Su fundamento brota de la solidaridad que se erige como “responsabilidad” con aquellos con quienes se ha compartido un proyecto común y que, como se ha visto, tiene un profundo impacto en el nuevo derecho familiar. Se trata de una cuestión de política legislativa que obedece a una valoración ética de la sociedad argentina contemporánea. La solidaridad “importa el reconocimiento de la realidad del otro y la consideración de sus problemas como no ajenos, sino susceptibles de resolución con intervención de los poderes públicos y de los demás. Por eso, actúa como un mecanismo de articulación, que permite concretar la igualdad real y verdadera entre los miembros de la comunidad a pesar de sus naturales diferencias individuales...”⁴⁶²

En la lógica del sistema adoptado por el CCyCN no podía ser de otra manera dada la ética humanitaria profesada por el legislador, en la cual subsiste con pleno vigor jurídico el deber de asistencia matrimonial, así entendido por el Superior Tribunal de Justicia de La Pampa: “...En definitiva, en el Cód. Civ. y Comercial el único derecho-deber jurídico en el matrimonio es el de asistencia que se asienta en dos principios básicos de las relaciones de familia: 1) el de solidaridad familiar y 2) el de responsabilidad. Por el contrario, la fidelidad y la convivencia han pasado al campo de las acciones privadas que se regulan muy bien en el art. 19 de la Constitución Nacional, lo que constituye la consecuencia ineludible de receptar, defender y confiar en el divorcio incausado como el mejor sistema legal para la pacificación de las relaciones de familia (Marisa Herrera, El régimen de divorcio incausado en el Cód. Civ. y Comercial de la Nación, AR/DOC/4320/2014)...”⁴⁶³

El deber alimentario de los ex - cónyuges, fundado en el principio de solidaridad familiar, hace honor a la concepción actual del derecho de familia constitucionalizado, y en definitiva reconoce la obligación alimentaria como un derecho humano: “...Los tratados y las convenciones de derechos humanos contienen las exigencias específicas a las que los Estados se obligan para garantizar los derechos humanos de los individuos que están bajo jurisdicción. La obligatoriedad de esos tratados y convenciones deriva

⁴⁶² KEMELMAJER DE CARLUCCI y otros, *Tratado...*, op. cit., pág- 285-286

⁴⁶³ Superior Tribunal de Justicia de La Pampa, Sala A, T. c. C. s/ divorcio vincular- 20-05.2019 – El Derecho Diario, Tomo 286, cita digital, consultada el 9/01/2022

del principio de Derecho Internacional *pacta sunt servanda*, que encuentra expresa consagración en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Un sinnúmero de instrumentos internacionales hacen referencia al derecho a la alimentación como un derecho humano. Algunos de estos instrumentos son de carácter vinculante para el Estado argentino, es decir son jurídicamente obligatorios; otros son simplemente declarativos. El conjunto de todos ellos, los vinculantes o claramente obligatorios y los interpretativos o declarativos, estructuran los estándares internacionales del derecho a la alimentación. ...La formulación más explícita del derecho a la alimentación se encuentra en instrumentos de carácter general, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales...”⁴⁶⁴ La nueva legislación de familia sienta sus bases en estos instrumentos, como ya se ha citado más adelante.

Esta nueva visión solidarista del matrimonio reflejada en los deberes jurídicos fue ya detectada por la doctrina en el análisis de lo que fue el Proyecto de CCyCN, y se manifestó, entre otras, de esta manera: “...Como una derivación del principio de autonomía, cuando el Proyecto se ocupa de las relaciones personales en el matrimonio, resulta ampliada la capacidad de autorregulación de los cónyuges. Así, desde un análisis comparativo entre el régimen civil vigente y el proyectado, se observa una notoria flexibilización que se materializa en la supresión de deberes derechos personales, como el deber de fidelidad y el deber de cohabitación, quedando solo regulado con respaldo en el principio de solidaridad familiar el deber derecho de asistencia y alimentos... Respecto al deber derecho de asistencia y alimentos, se conserva su exigibilidad por tratarse los alimentos de un derecho humano cuya efectividad debe garantizarse a toda persona, con fundamento en el principio de solidaridad familiar. Además, la norma proyectada regula este derecho deber en dos momentos que puede atravesar la pareja casada: la plena comunidad de vida o el estado de separados de hecho. En cambio, cuando la pareja pasa al estado de divorciados, en principio cesa este deber, salvo que lo pacten o en dos supuestos excepcionales: se fijen a favor de quien padece una

⁴⁶⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI – MOLINA DE JUAN, Mariel F., *Alimentos*, Santa Fe, Editorial Rubinzal – Culzoni Editores, 1° ed., Año 2014, T. I. pág. 67 -68

enfermedad preexistente o en el caso que uno de ellos no cuente con recursos y tenga imposibilidad de procurárselos para atender a sus necesidades básicas. De estos dos supuestos, surge con claridad que la norma proyectada establece la exigibilidad de este deber derecho con miras a la protección de la persona, guardando así armonía con la visión constitucionalizada que sigue el Proyecto en toda su extensión. Este equilibrio entre el principio de autonomía y el principio de solidaridad, se materializa en la adhesión a un sistema convencional no pleno, conforme el cual la pareja antes de casarse podrá a través de una convención matrimonial o en el acto de celebración del matrimonio, optar entre alguno de los regímenes previstos en la norma –comunidad de ganancias o separación de bienes–, actuando el régimen de comunidad de ganancias como régimen supletorio ante la falta de elección (art. 446, inc. d y art. 463)...⁴⁶⁵

En igual sentido, y ya con respecto al CCyCN vigente, se dice: “...Si se deroga el régimen de divorcio subjetivo, la obligación alimentaria derivada del matrimonio debe seguir esa misma línea y, por ende, su cuantificación o materialización basarse en pautas objetivas, teniéndose en cuenta los rubros que involucra la obligación alimentaria como así también qué consideraciones fácticas son las que impactan de manera directa. Todas ellas se encuentran debidamente enumeradas...el nuevo Código en lo relativo al derecho-deber de asistencia en su faz material-económica -o sea, los alimentos- también da un vuelco de carácter objetivo, no sólo en lo relativo a las pautas para su cuantificación, sino también en lo que respecta a su cese. Esta línea legislativa es coherente con la lógica interna que sigue la reforma, la cual está fundada, básicamente, en el principio de solidaridad familiar...⁴⁶⁶

Luce también evidente el principio de solidaridad en el régimen de bienes del matrimonio⁴⁶⁷. Las modificaciones⁴⁶⁸ operadas en el régimen patrimonial matrimonial

⁴⁶⁵ KRASNOW, Adriana Noemí, “El derecho de familia...” op. cit.

⁴⁶⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil...*, op. cit. T. II, pág. 696

⁴⁶⁷ Dice la doctrina: “...Pueden definirse, pues, los regímenes matrimoniales como los sistemas jurídicos que rigen las relaciones patrimoniales derivadas del matrimonio. Dichos sistemas comprenden, esencialmente, la regulación de la propiedad y administración de los bienes aportados por los cónyuges al contraer matrimonio y de los adquiridos con posterioridad, de la contribución al sustento de la familia, y de la medida de la responsabilidad de los esposos por sus obligaciones a favor de terceros...La existencia de algún régimen matrimonial es una consecuencia ineludible del matrimonio. Siempre, aun cuando se adopte un régimen de separación de bienes –que por implicar la independencia patrimonial

expresan el principio de solidaridad familiar, basado también en la igualdad y la libertad de los cónyuges: "...La filosofía que sustenta el nuevo Código Civil y Comercial exigió la revisión del entramado normativo del régimen patrimonial. La igualdad de los cónyuges, reconocida y consagrada, confiere razonabilidad al ejercicio de la libertad de acordar cuestiones patrimoniales, pues presume que ambos cónyuges están en equilibrio, es decir, en paridad de condiciones para realizar convenciones en tanto parten de una situación jurídica y fáctica semejante. "...Actualmente la desigualdad jurídica que sustentaba el viejo modelo ha sido superada; los convenios internacionales, la Constitución Nacional y las normas sustanciales de nuestro Derecho Civil colocan a los cónyuges en un pie de igualdad. El fantasma del aprovechamiento de uno de los esposos sobre el otro ya no tiene razón de ser, aunque ello no implica caer en la ingenuidad de creer que la mera formulación de normas sea suficiente para lograr que los derechos humanos alcancen plena vigencia sociológica y que con ella se ha "esfumado" completamente la discriminación de género de la vida real que tanto ha marcado la historia de la humanidad. Por eso, el contrapunto del sistema axiológico está

de los cónyuges parecería equivaler a la inexistencia de régimen alguno-, el derecho debe solucionar algunas cuestiones que se presentan en virtud de la vida en común, como la responsabilidad frente a los acreedores por las obligaciones contraídas para solventar las cargas de hogar, la contribución a éstas y a la manutención de los hijos, o la propiedad de las cosas muebles existentes en la vivienda en común..." BELLUSCIO, Augusto César, op. cit., pág. 277

⁴⁶⁸ "...El Código Civil y Comercial contiene modificaciones sustanciales en lo relativo al régimen patrimonial matrimonial, respondiendo a un reclamo de la mayoría de la doctrina que hacía hincapié en la necesidad de renovarlo. Incluye la regulación de los efectos económicos del matrimonio dentro del libro de las relaciones familiares. Esta solución, propiciada y aceptada mayoritariamente, permite superar viejos cuestionamientos relativos a su ubicación en la parte de los contratos. El Título II aglutina las normas del régimen patrimonial del matrimonio; en líneas generales, mejora la formulación de los textos abandonan terminología vacía de contenido (v. gr., "dote"), recoge soluciones consolidadas en la doctrina y la jurisprudencia, y en algunos casos, resuelve cuestiones controvertidas adoptando una decisión al respecto. El Capítulo I se ocupa de las disposiciones generales (convenciones matrimoniales, donaciones por razón de matrimonio, disposiciones comunes a todos los regímenes). El Capítulo 2 contiene la regulación completa y sistemática del régimen de comunidad, con un significativo mejoramiento en la formulación de sus normas. Por último, el Capítulo 3 incorpora y regula los aspectos centrales del régimen de separación de bienes..." KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida y otros, *Tratado...*, op. cit., comentado por: PELLEGRINI, María Victoria, T. I., pág. 556

dado por la solidaridad que exige que el despliegue de esa libertad no socave la dignidad de la persona ni los fundamentos esenciales de la vida matrimonial; solidaridad que desde el paradigma de los derechos fundamentales se redefine como “responsabilidad familiar”...⁴⁶⁹

Es menester detener la atención en la Sección 3ª - Disposiciones comunes a todos los regímenes – Art. 454.- Aplicación. Inderogabilidad. Las disposiciones de esta Sección se aplican, cualquiera sea el régimen matrimonial, y excepto que se disponga otra cosa en las normas referentes a un régimen específico. Son inderogables por convención de los cónyuges, anterior o posterior al matrimonio, excepto disposición expresa en contrario. Y el Art. 455.- Deber de contribución. Los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos. Esta obligación se extiende a las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos. El cónyuge que no da cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga, debiéndose considerar que el trabajo en el hogar es computable como contribución a las cargas.⁴⁷⁰ Se observa acá, en

⁴⁶⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida y otros, *Tratado...*, op. cit., T. I, pág. 555

⁴⁷⁰ La Sección se completa con los siguientes artículos: art. 456.- Actos que requieren asentimiento. Ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella. El que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial. La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro. 457.- Requisitos del asentimiento. En todos los casos en que se requiere el asentimiento del cónyuge para el otorgamiento de un acto jurídico, aquél debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos. Art. 458.- Autorización judicial. Uno de los cónyuges puede ser autorizado judicialmente a otorgar un acto que requiera el asentimiento del otro, si éste está ausente, es persona incapaz, está transitoriamente impedido de expresar su voluntad, o si su negativa no está justificada por el interés de la familia. El acto otorgado con autorización judicial es oponible al cónyuge sin cuyo asentimiento se lo otorgó, pero de él no deriva ninguna obligación personal a su cargo. Art. 459.- Mandato entre cónyuges. Uno de los cónyuges puede dar poder al otro para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, pero no para darse a sí mismo el asentimiento en los casos en que se aplica el artículo 456. La facultad de revocar el poder no puede ser objeto de limitaciones. Excepto convención en contrario, el apoderado no está obligado a rendir cuentas de los frutos y rentas percibidos. Art. 460.- Ausencia o impedimento. Si uno de los cónyuges está ausente o impedido transitoriamente de expresar su voluntad, el otro puede ser judicialmente autorizado para representarlo, sea de modo general o para ciertos actos en particular, en el ejercicio de las facultades resultantes del régimen matrimonial, en la extensión fijada por el juez. A falta de mandato expreso o de autorización judicial, a los actos otorgados por uno en representación del otro se les aplican las normas del mandato tácito o de la gestión de negocios, según sea el caso. Art. 461.- Responsabilidad solidaria. Los cónyuges responden solidariamente por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar

el denominado “régimen primario” la recepción de normas imperativas a cualquiera de los regímenes adoptados, comunidad o separación, que obligan lo cónyuges a cubrir las necesidades del hogar tributario de un sistema solidario de vida familiar común.⁴⁷¹ Y como bien señala la doctrina: “...El régimen primario contenido en esta sección encuentra su soporte en los principios de igualdad y solidaridad familiar que son pilares estructurales del derecho familiar regulado en el Código Civil y Comercial, responde a la idea de materializar los derechos humanos de cada uno de sus integrantes y propende a la realización plena de los fines individuales y grupales...La solidaridad aparece aquí como un principio de derechos humanos, como un valor superior, que incide estrechamente en la libertad y en la igualdad, las vivifica y completa, aunque tiene su ámbito de actuación propio. Es un rasgo constitutivo de la condición humana que brota del principio de dignidad e inviolabilidad es complemento de la autonomía, pues el ser humano por naturaleza, es un ser social y no autosuficiente, por lo cual tiende a agruparse a fin de cubrir sus necesidades. Estos grupos se integran con la sumatoria de intereses de cada uno de sus miembros, que para realizarse requieren de la cooperación de los otros. Por un lado, la solidaridad tiene que ver con una cuestión de contribución y de colaboración en beneficio de los demás, que responde a la búsqueda del bien común, por otro, se trata de una categoría con una relación tan profunda con la igualdad que es

las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 455. Fuera de esos casos, y excepto disposición en contrario del régimen matrimonial, ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones del otro. Art. 462.- Cosas muebles no registrables. Los actos de administración y disposición a título oneroso de cosas muebles no registrables cuya tenencia ejerce individualmente uno de los cónyuges, celebrados por éste con terceros de buena fe, son válidos, excepto que se trate de los muebles indispensables del hogar o de los objetos destinados al uso personal del otro cónyuge o al ejercicio de su trabajo o profesión. En tales casos, el otro cónyuge puede demandar la nulidad dentro del plazo de caducidad de seis meses de haber conocido el acto y no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial.

⁴⁷¹ Vigente aun el anterior sistema, la Dra. Méndez Costa enseñaba: “...El concepto de sostenimiento del hogar aludiendo a las llamadas “cargas del hogar” supera el deber de asistencia conyugal, “el hogar no es solamente una comunidad de existencia sino el cuadro de una acción común en vista de fines cuya realización han asumido en conjunto los esposos”. Es razonable que el soporte económico que requiere provenga de ambos y lo es distinguir entre la obligación alimentaria familiar que responde a asegurar la supervivencia de las personas y supone la necesidad del reclamante, y el deber de contribución a las cargas económicas del grupo apoyado en razones de equidad de naturaleza colectiva que impone a todos los integrantes la obligación de soportar las cargas comunes de acuerdo con sus posibilidades concretas...” MENDEZ COSTA, María Josefa, *Los principios...*, op. cit., pág. 296

imposible avanzar en el estudio de cualquiera de estos conceptos sin traspasar los límites del otro. Esta dimensión propicia la concreción de la justicia distributiva y la protección de cada uno en función de sus propias necesidades...”⁴⁷²

A todas estas consideraciones deben sumarse las debidas a las normas que protegen la vivienda familiar (art. 456 a 458) como así también los bienes muebles indispensables, reglas construidas también sobre el principio de solidaridad, y que conforman un estatuto especial con independencia del régimen económico adoptado por los cónyuges; y es que en virtud de su función primordial para el desarrollo de la vida cotidiana familiar cuentan con una singular protección.

Es también posible mencionar el régimen de las compensaciones económicas del art. 441 que establece: Compensación económica. El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez.

Este instituto, que no forma parte del deber alimentario antes mencionado, se fundamenta, entre otros, también en el principio de solidaridad familiar. Así lo ha señalado la jurisprudencia local: “...Como lo ha señalado la doctrina, en forma concordante, no se trata de una prestación alimentaria, ni tampoco requiere que quien resulte acreedor se encuentre en una situación de necesidad, ni busca mantener a los excónyuges en el mismo nivel de vida que llevaban. Constituye un medio para compensar el desequilibrio económico que el cese del proyecto familiar común produce entre quienes los llevaron adelante, y por causa de ello. Propicia la superación de la pérdida económica que la finalización de la vida en común puede provocar a alguno de los cónyuges, especialmente cuando los roles desempeñados produjeron alguna desigualdad entre las capacidades de ambos para producir ingresos (conf. CNCiv., Sala “A”, c. 45.317/16 del 12/06/18; íd. esta Sala, expte.19.381/16 voto del Dr. Dupuis en primer término del 29/11/19). Esta figura no se estructura en la noción de culpa, sino que descansa en otros principios, de carácter objetivo, a saber: la solidaridad

⁴⁷² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y otros, *Tratado...*, op. cit., T. I, pág 604

postconyugal y que el matrimonio no sea causa fuente de enriquecimiento o empobrecimiento económico de un cónyuge a otro...⁴⁷³

Al respecto, la doctrina es clara y sostiene: “...La introducción de esta institución resulta coherente con el régimen de divorcio sin expresión de causa. Esta figura no se estructura en torno a la noción de culpa finalmente desterrada de nuestro ordenamiento civil, sino que descansa en otros principios, de carácter objetivo, a saber: la solidaridad pos conyugal (más específica y que se desprende de la ya mencionada solidaridad familiar) y que el matrimonio no sea fuente de enriquecimiento o empobrecimiento económico de un cónyuge a costa del otro...⁴⁷⁴

Y por último, deben consignarse las normas sobre atribución de la vivienda conyugal, así sostiene el art. 443.- Atribución del uso de la vivienda. Pautas. Uno de los cónyuges puede pedir la atribución de la vivienda familiar, sea el inmueble propio de cualquiera de los cónyuges o ganancial. El juez determina la procedencia, el plazo de duración y efectos del derecho sobre la base de las siguientes pautas, entre otras: a. la persona a quien se atribuye el cuidado de los hijos; b. la persona que está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios; c. el estado de salud y edad de los cónyuges; d. los intereses de otras personas que integran el grupo familiar.

En cuanto a ello, los tribunales nacionales han manifestado: “... Llegados a este punto, es útil recordar que la protección de la vivienda es uno de los ejes centrales del ordenamiento jurídico de protección de derechos fundamentales y una de las maneras de protección prevista es a través de la atribución del uso de la vivienda que fue sede del hogar familiar. Esta atribución trae aparejada una restricción al derecho de propiedad que tiene como fundamento a la solidaridad familiar y que en caso de confrontación de derechos debe primar. Pues lo que se busca es proteger al más vulnerable, sin importar las causas de la ruptura ni el tipo de unión que se trate...⁴⁷⁵ La protección del o de los

⁴⁷³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E Z., R. c. B., G. J. s/ Fijación de compensación arts. 524, 525 CCCN 23-12-2019 – El Derecho Diario T. 286 Cita digital: ED-CMXVII-574

⁴⁷⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código...*, op. cit., pág. 762

⁴⁷⁵ Cámara Nacional de Apelación en lo Civil, Sala J, F. F., V. J. y otros c. D., E. A. D. C. D. J. s/medidas precautorias- El Derecho Diario – Tomo 291 – Cita digital: ED-MCL-80

miembros más vulnerables de la familia, conduce a su igualdad fáctica, cuestión que permite el desarrollo efectivo del principio jurídico de solidaridad familiar.

3. Las Uniones Convivenciales

Una de las innovaciones producidas por el nuevo CCyCN es la regulación de las uniones convivenciales, regulación que tiene por fundamento, entre otros, al principio de solidaridad familiar: “...La regulación de las uniones convivenciales es otra de las grandes reformas que introduce el nuevo Código. Se trata de una manda constitucional cuando obliga a lograr la “protección integral de la familia”. Así, a las parejas que no se casan, pero que cumplen con determinados rasgos o caracteres, se les debe reconocer un piso mínimo de derechos. Este núcleo se inspira en los derechos humanos, por ende, aquellos efectos jurídicos relacionados directamente con éstos, como ser la vivienda y todos los que giran en torno al principio de solidaridad familiar también deben extenderse a las uniones convivenciales. De este modo, se logra una regulación equilibrada en un campo sensible en el que la tensión entre autonomía de la voluntad y orden público no es precisa, sino, por el contrario, difusa. Por último, la regulación de las uniones convivenciales en un Título especial responde al principio de realidad y al de seguridad jurídica. Sucede que la jurisprudencia nacional muestra un interpretación muy dispar sobre este tipo de uniones, si generan o no ciertos derechos, las razones de ello y que extensión. Fácil se observa que viola derechos básicos que las personas que viven en pareja no sepan de antemano qué consecuencias jurídicas, o ninguna, genera esta unión afectiva, que ello dependa de la justicia y, en particular, cómo interpreta el juez que interviene...”⁴⁷⁶

Hasta su sanción, no se contaba con un estatuto para las uniones convivenciales⁴⁷⁷, modelo familiar de notable preeminencia social: “...La total

⁴⁷⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código ...*, op. cit., comentado por: HERRERA, Marisa, T. III, pág. 294

⁴⁷⁷ Enseña la doctrina que “... (unión extraconyugal o concubinato)...puede considerarse que es la unión estable y permanente de dos personas que, sin estar unidos por matrimonio, mantienen comunidad de habitación y de vida de modo similar a la que existe entre los cónyuges...” BOSSERT, Gustavo A., *Unión*

abstención que adoptó Vélez Sarsfield en el Código Civil fue desbordada por la fuerza de la realidad y, en diversos aspectos, normas específicas reconocen determinados efectos al concubinato. Pero son casos específicos y normas individuales, que no quitan el carácter en general abstencionista de nuestro ordenamiento frente al tema de la regulación del concubinato...⁴⁷⁸ La existencia de este fenómeno y su relevancia fue observada con certeza por el legislador, con la adhesión de gran parte de la doctrina, el nuevo CCyCN vino a llenar el vacío legal existente, superando también cualquier forma de posible discriminación: "...Las personas que optan por vivir en unión convivencial, al igual que aquellas que deciden casarse, forman una familia y como tal merecen el amparo del sistema jurídico, alcanzadas por los valores más contundentes emanados de los derechos humanos. El derecho humano a la vida familiar, la dignidad de la persona y la igualdad, así como también la libertad, la intimidad y la solidaridad familiar deben conjugarse y articularse en resguardo jurídico de esta forma de vivir las relaciones afectivas...⁴⁷⁹ generando un cambio radical al adoptar una posición reguladora.

Esta opción por regular esta elección de vida familiar guarda coherencia con todo el sistema jurídico legislado por el CCyCN, teniendo basamento en los principios adoptados, así la Comisión Redactora menciona que "...desde la obligada perspectiva de derechos humanos, encontrándose involucrados el derecho a la vida familiar, la dignidad de la persona, la igualdad, la libertad, la intimidad y la solidaridad familiar, la regulación, aunque sea mínima, de la convivencias de pareja constituye una manda a cumplir, y que todos estos derechos deben conjugarse y articularse de manera armonizada y coherente con el régimen matrimonial...⁴⁸⁰

La nueva legislación, enseña la Dra. Nora Lloveras: "...consagra totalmente decisiones y efectos sobre los siguientes puntos. a) El principio de igualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales b) Supera la desprotección de las personas

extraconyugal y matrimonio homosexual, Buenos Aires, Editorial Astrea Año 2011, pág. 3. El autor utiliza la denominación usual –concubinato– previa a la modificación del CCyCN, y que fuera sustituida por la de unión convivencial en el entendimiento que la misma resultaba peyorativa.

⁴⁷⁸ BOSSERT, Gustavo A., *Unión ...*, op. cit. pág. 33

⁴⁷⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y ot., *Tratado...*, op. cit., comentado por: LLOVERAS, Nora – ORLANDI, Olga – FARAONI, Fabián, T. II, pág. 30

⁴⁸⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y ot., *Tratado...*, op. cit., T. II, pág. 32

más vulnerables c) Asume respuestas frente a los conflictos que pueden ocurrir tras la ruptura de la unión o cuando uno de los miembros de la unión fallece. d) Intenta impedir que se conculquen derechos humanos de la persona más débil. e) A la par del principio de igualdad, el de no discriminación, se expresa en diversas normas que conforman el nuevo sistema. Los efectos de las convivencias de pareja o uniones convivenciales, exigen precisar que deben asignarse o negarse derechos, observando el proyecto desplegado por la unión, y diseñar una configuración familiar que no sea igual al matrimonio, sino diferente, y donde la autonomía personal juegue un rol preponderante. Hemos afirmado antes que "el resguardo constitucional que avala la existencia de las uniones de hecho como una de las formas familiares que deben ser admitidas en el derecho infraconstitucional es el respeto por el proyecto de vida autorreferencial, el derecho a la intimidad, la igualdad, la no discriminación y la solidaridad familiar"...⁴⁸¹

El Título III - Uniones convivenciales - Capítulo 1 - Constitución y prueba, inicia el articulado con una suerte de definición: art. 509.- *Ámbito de aplicación.* Las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo.

En sus notas más destacadas, además de expresar esos derechos y principios, la regulación de las uniones convivenciales pone de manifiesto el principio de solidaridad familiar en distintos aspectos. Así en lo referido a los efectos personales y patrimoniales, establece el deber de asistencia, el cual es entendido por la doctrina: "...El art. 519 CCivCom estatuye que los convivientes se deben asistencia en forma recíproca sólo durante la convivencia - en el tiempo que dure la unión -. Señalamos que se comprenden las dos áreas: la asistencia moral —apoyo mutuo que se funda en el proyecto de vida en común- y la asistencia material-alimentos-...En normas diferentes, surge claramente el fundamento de las decisiones del nuevo Código CivyCom respecto a las relaciones en las uniones convivenciales, en el principio de solidaridad familiar. Es que la responsabilidad que implica transitar un proyecto de vida en común no solo en su faceta espiritual, sino también en el ámbito patrimonial, exige respuestas. Por ejemplo:

⁴⁸¹ LLOVERAS, Nora, "Uniones convivenciales: efectos personales y patrimoniales durante y tras la ruptura", *Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación. Familia 2014 (diciembre)*, 99 LA LEY 2014-F, Cita Online: AR/DOC/4365/2014

la obligación de contribuir a los gastos del hogar es un segmento importante del bloque de deberes que los miembros de la unión asumen, mientras dure esa unión. ...”⁴⁸²

Con respecto a los deberes de colaboración y asistencia que se deben mutuamente los convivientes y que comprende el deber alimentario, se ha dicho que: “...Este mandato tiene su fuente en el reconocimiento expreso del valor de solidaridad familiar que, en el marco del sistema de los derechos humanos se redefine como “responsabilidad familiar” y exige el aporte material de ambos para la concreción del proyecto de vida común. La solidaridad familiar, viene de este modo a poner límite al ejercicio de la autonomía personal de los convivientes, principio rector de la unión convivencial. El respeto por la libertad de intimidad de los integrantes de toda pareja no legitima el ejercicio abusivo del derecho por parte del más fuerte, ni autoriza conductas egoístas que ignoren las responsabilidades nacidas de la vida en común y la necesaria cooperación que es el sustento de toda relación afectiva...”⁴⁸³

El artículo 522 que establece la protección de la vivienda familiar, y los art. 526 y 527⁴⁸⁴ que regular la atribución del uso de la vivienda, son también una clara

⁴⁸² LLOVERAS, Nora, *Uniones...* op. cit.

⁴⁸³ . En KEMELMAJER DE CARLUCCI – MOLINA DE JUAN, Mariel, *Alimentos...*, autora: LAMM, Eleonora, op. cit. T. I pág. 356

⁴⁸⁴ La doctrina expresa lo esencial de la normativa sobre protección de la vivienda: “...Se ha protegido a la vivienda familiar de una manera similar a la que existe durante el matrimonio de acuerdo a lo estipulado en el art. 456 del CCCN. Este amparo sólo se mantiene durante la vida en común, salvo lo dispuesto por los arts. 526 y 527. Para que la protección de la vivienda sea efectiva es preciso que la unión convivencial haya sido inscripta, porque así lo dispone la primera parte del art. 522. En caso contrario, es decir, cuando se trate de una simple convivencia o cuando no se la pueda considerar unión convivencial por no cumplirse con los requisitos del art. 510 o cuando aun cumpliéndolos no se hubiera inscripto no habrá amparo sobre la vivienda. En el supuesto que haya mediado registración de la unión, el titular del dominio no podrá disponer de los derechos sobre la vivienda familiar sin el asentimiento del otro conviviente. Tampoco podrá disponer de los bienes muebles indispensables ni transportarlo fuera de ella sin este asentimiento. Ante la negativa del conviviente a prestar el asentimiento es posible requerir la autorización supletoria del juez y éste podrá otorgarla en caso de ser el bien prescindible y no resultar comprometido el interés familiar. En caso de haber sido otorgado el acto sin el asentimiento y sin la autorización judicial, el conviviente puede demandar la nulidad del acto dentro de los seis meses de haberlo conocido y siempre que continúe la convivencia. Parece bastante difícil que esta situación pueda presentarse porque el conviviente afectado por la disposición que ha hecho el otro de la vivienda

manifestación del principio de solidaridad familiar, basado el “...mandato constitucional argentino de protección a la vivienda familiar, exigiendo la supresión de toda distinción que se base en el carácter o formación de la familia, abarcando todas las formas familiares matrimoniales y no matrimoniales...”⁴⁸⁵ Asimismo es la consagración de derecho humano básico a la vivienda en general, en su faz protectoria a nivel familiar.

La figura de la “compensación económica” del artículo 524 es una expresión de la solidaridad familiar: “...El fundamento de estas compensaciones surge del principio de equidad y de la solidaridad familiar. En cuanto al fundamento jurídico y finalidad de las pensiones compensatorias, se señala que se encuentra muy íntimamente ligada al principio de solidaridad familiar, de raigambre constitucional (arg. Art. 14 bis de la Constitución Nacional). La familia clásica con base en el matrimonio heterosexual comparte el espacio con otros núcleos sociales que también constituyen familias, como por ejemplo la fundada a partir de la unión convivencial. En las uniones convivenciales o familias convivenciales, igual que la familia matrimonial, encuentran basamento en la vigencia del principio de equidad y de la solidaridad familiar. En consecuencia, la unión convivencial no puede ser causa fuente de enriquecimiento o empobrecimiento económico de un conviviente a costa de otro...”⁴⁸⁶

En definitiva, puede observarse claramente como el nuevo instituto regulador de las Uniones Convivenciales, de gran innovación para nuestra legislación civil de familia, ha tomado como principio organizador, rector, entre otros, al principio de solidaridad familiar.

familiar tiene que haber continuado la vida en común y recién cuestionar esa decisión dentro del plazo de seis meses. La protección de la vivienda también se extiende a las deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial ya que no puede ser motivo de ejecución salvo que ambos convivientes las hubieran contraído o lo hubiese hecho uno con el asentimiento del otro. Las normas referidas a la protección de la vivienda no pueden ser dejadas sin efecto por pacto en contrario...” AZPIRI, Jorge, *Incidencias del Código Civil y Comercial Derecho de Familia*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 8° reimpresión, , marzo 2016, pág. 133.

⁴⁸⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Tratado...*, op. cit., T. II, pág. 195

⁴⁸⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Tratado...*, op. cit., pág. T. II, 167-168

4. Alimentos – Alimentos entre parientes

En apartados anteriores se destacó que como lo enseña la Dra. Méndez Costa “...los alimentos constituyen la mínima expresión de la solidaridad familiar, que el derecho escrito exige convirtiéndola en obligación legal cuando no es satisfecha espontáneamente. Revisten finalidad asistencial, de suplencia de los bienes personales y el trabajo remunerado de quien los requiere para su subsistencia en límites de variables razonabilidad...”⁴⁸⁷

A lo largo de esta investigación se ha podido constatar como el derecho-deber alimentario se encuentra presente en la base romanista de la legislación local en los distintos tramos de su desarrollo demostrado por la presencia de la *pietas* familiar, antecedente histórico de la solidaridad familiar, como así también en la evolución del derecho civil argentino, desde su primera codificación; y en la protección multinivel de los derechos humanos básicos que resguardan la CN y los tratados constitucionalizados, en todos estos aspectos luce constante, aunque silencioso y tácito el principio jurídico de solidaridad familiar.

Llegado el turno de constatar su evidente especificación jurídica en el tema alimentario, (ya se analizó el deber en el contexto matrimonial y de las uniones convivenciales) es menester considerar los alimentos debidos entre parientes, trátase de los padres para con los hijos, como entre todos los integrantes del clan, conforme su posición.

La doctrina entiende que “...La obligación alimentaria entre parientes implica un vínculo obligacional de origen legal que exige recíprocamente una prestación que asegure la subsistencia del pariente necesitado. Involucra una respuesta de naturaleza netamente asistencial que trasunta principios de solidaridad familiar ante las contingencias que pueden poner en peligro la subsistencia física de uno de los miembros de la familia, que le impiden circunstancial o permanentemente procurarse los medios

⁴⁸⁷ MENDEZ COSTA, María Josefa, *Visión jurisprudencial...*, op. cit, pág. 10-11

necesarios para su subsistencia...”.⁴⁸⁸, es decir, se trata de un derecho-deber que surge de la ley, y que contempla la asistencia material necesaria para la cubrir la subsistencia.

Ninguna duda cabe que la obligación alimentaria derivada de la responsabilidad parental⁴⁸⁹ posee características propias en consonancia con su naturaleza: “...la obligación legal incumbe a los padres respecto de sus hijos menores y no a la inversa; es decir, los padres no pueden reclamar alimentos a sus hijos menores de edad; al menos, no pueden hacerlo como consecuencia de la responsabilidad parental. En cambio, la obligación alimentaria entre parientes y entre cónyuges es recíproca...En principio, los alimentos se deben hasta que el hijo alcance la mayoría de edad o se emancipe. Sin perjuicio de esta regla general, la obligación alimentaria derivada de la responsabilidad parental puede concluir antes (por ej.: por muerte del hijo) o después, como es el caso de los alimentos debidos a los hijos que tienen entre 18 y 21 años...Los alimentos debidos por los padres a los hijos menores comprenden, conforme se establece en el artículo 659 del Código Civil y Comercial, lo necesario para manutención (alimentación), educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio...En cambio, la extensión de las necesidades a cubrir entre parientes es más reducida, comprende la

⁴⁸⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y ot., *Tratado ...*, op. cit., comentado por: MOLINA DE JUAN, Mariel, T. II, pág. 266

⁴⁸⁹ La Dra. Méndez Costa explicaba en relación a la patria potestad -hoy responsabilidad parental-: “...Los deberes y derechos que conforman el plexo de la potestad paterno-materna son deberes y derechos subjetivos, con la peculiaridad, en ellos definitoria, de ser los derechos medios e instrumentos para satisfacer los deberes; son derechos al servicio del interés del hijo que priva en la valoración legal hasta el punto de que se afirma que los derechos están conferidos exclusivamente para que los padres puedan cumplir los deberes. Aunque tales deberes sean, a la vez, deberes jurídicos –enseñan Zannoni y Bossert-, esto no los convierte en menos poderes, y analizando a renglón seguido el paralelo entre el derecho del obligado (padre-madre) y el derecho del necesitado (hijo), aclaran que tanto uno como otro son oponibles como tales. Los derechos subjetivos de los padres deben ser protegidos por serlo, como todo derecho subjetivo, y son, efectivamente, oponibles. Su “instrumentalidad” contribuye decisivamente a estas consecuencias. Finalmente protegido es el destinatario del deber jurídico de sus progenitores que sólo excepcionalmente, ante su falta o insuficiencia riesgosa para el protegido, es reemplazable por la sociedad y/o por el Estado, último gestor del Bien Común...”MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Los principios...*op. cit., pág. 176

subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica; aunque, si se trata del alimentado menor de edad el Código Civil y Comercial lo extiende a lo necesario para su educación...Tratándose de alimentos derivados de la responsabilidad parental, la necesidad se presume; por lo tanto, el hijo no tiene la carga de probarlo, sin perjuicio de que la cuota se establece en relación con las posibilidades del demandado y con la necesaria contribución del otro progenitor. Tampoco tiene la carga de probar la imposibilidad de procurarse los alimentos con su trabajo. Más aún, el hecho de que el hijo trabaje no libera a los padres de la obligación alimentaria. En cambio, en los otros tipos de obligaciones alimentarias, el alimentado debe acreditar la necesidad y la imposibilidad de procurárselos...”⁴⁹⁰

Por otra parte deben considerarse los alimentos debidos en la adopción plena, adopción simple, los debidos al hijo hasta que alcance los 25 años, y la responsabilidad alimentaria del progenitor afín, y entre parientes.

Así con respecto a la adopción plena “...genera efectos jurídicos entre el adoptado y los miembros de la familia del adoptante, insertándose en ella con idénticos derechos y deberes que los de un hijo biológico. Por otro lado, cesa la responsabilidad parental de los padres de origen. En consecuencia se extingue la obligación alimentaria con relación a su familia biológica y nace esa obligación en la familia adoptante con la misma extensión que para el hijo biológico. El Código Civil y Comercial introdujo flexibilizaciones a este sistema; en efecto, el artículo 624 mantiene la posibilidad de reclamar alimentos a la familia de origen al disponer que la acción de filiación del adoptado contra sus progenitores o el acto de reconocimiento son admisibles a los efectos de posibilitar los derechos alimentarios y sucesorios del adoptado sin alterar los demás efectos de la adopción...”⁴⁹¹

En la adopción simple, el CCyCN en el inc. c del 627 establece que el adoptado conserva el derecho a reclamar alimentos a su familia de origen cuando los adoptantes no puedan proveérselos, se dice que “...queda claro que la obligación alimentaria de la familia de origen es de carácter subsidiario, en razón del estatus adoptivo del niño y de la responsabilidad prioritaria en cabeza de los adoptantes, a quienes, por lo demás, se

⁴⁹⁰, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída – MOLINA DE JUAN, Mariel, *Alimentos...*, op. cit., autora: TORDI, Nadia y otros T. I, pág. 101 -102

⁴⁹¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída – MOLINA DE JUAN, Mariel, *Alimentos...*, op. cit., T. I, pág 131

transfirió el ejercicio de la responsabilidad parental. No obstante, la procedencia del reclamo alimentario contra los familiares de origen se funda en la consecuencia de este tipo adoptivo que ya venimos mencionando: el mantenimiento del vínculo con la familia de origen. Y desde el plano axiológico, en la pervivencia del principio de solidaridad familiar, postulado troncal al Derecho familiar, que convoca la respuesta personal de todos los integrantes de las relaciones familiares...»⁴⁹²

Como se dijo, la obligación alimentaria de los progenitores se extiende entre los 18 y los 21 años de edad de los hijos y también hasta los 25 años por imperio del art. 663: Hijo mayor que se capacita. La obligación de los progenitores de proveer recursos al hijo subsiste hasta que éste alcance la edad de veinticinco años, si la prosecución de estudios o preparación profesional de un arte u oficio, le impide proveerse de medios necesarios para sostenerse independientemente. Pueden ser solicitados por el hijo o por el progenitor con el cual convive; debe acreditarse la viabilidad del pedido. Y es que «...por aplicación del principio de realidad, es sabido que los hijos que llegan a los 21 años, por esa mera circunstancia, significa que se encuentran en condiciones de autosustentarse. Todo lo contrario, el mercado laboral suele ser muy hostil y complejo tanto para los jóvenes como para los adultos...Además, las carreras universitarias e incluso las terciarias, como así toda capacitación para un oficio, insumen una cantidad de años que trasciende o se extiende de los 21 años, por lo cual el Código reconoce que no se le puede quitar a los hijos apoyo económico cuando más lo necesitan. Así, el cruce entre el principio de solidaridad familiar y realidad aludido obliga a receptor un supuesto especial de alimentos a los hijos que son mayores de edad, incluso, mayor de 21: la obligación alimentaria de aquellos que se capacitan, es decir, que estudian una carrera profesional, un oficio o arte...»⁴⁹³

Una situación de deber alimentario en particular, dado los diversos formatos que han adoptado las familias contemporáneas es la del progenitor afín prevista en el art. 676: Alimentos. La obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro, tiene carácter subsidiario. Cesa este deber en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia. Sin embargo, si el cambio de situación

⁴⁹² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y otros, *Tratado...*, op. cit., comentado por: FERNÁNDEZ, Silvia, T. III pág. 657 - 658

⁴⁹³ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código...* op. cit, comentado por: HERRERA, Marisa, T. IV, pág. 416

puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez de acuerdo a las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia. Se observa también acá un supuesto de obligación alimentaria basado en el principio de solidaridad familiar, en total coherencia con todo el sistema aludido, esto se observa en la concordancia con los art. 537, y 538: parientes afines; 541: contenido de la obligación alimentaria; 672 a 674: progenitores afines; 658 y ss.: obligación de alimentos.

Los parientes se deben alimentos entre sí “...El fundamento de la obligación alimentaria entre parientes es la solidaridad familiar que debe existir entre quienes se encuentran relacionados por vínculos de parentesco...”⁴⁹⁴. Los siguientes artículos del CCyCN así lo especifican: art. 537: Enumeración. Los parientes se deben alimentos en el siguiente orden: a. los ascendientes y descendientes. Entre ellos, están obligados preferentemente los más próximos en grado; b. los hermanos bilaterales y unilaterales. En cualquiera de los supuestos, los alimentos son debidos por los que están en mejores condiciones para proporcionarlos. Si dos o más de ellos están en condiciones de hacerlo, están obligados por partes iguales, pero el juez puede fijar cuotas diferentes, según la cuantía de los bienes y cargas familiares de cada obligado; art. 538: Parientes por afinidad. Entre los parientes por afinidad únicamente se deben alimentos los que están vinculados en línea recta en primer grado.

Ha sostenido la doctrina en relación a su índole que “...para precisar su naturaleza debe distinguirse entre contenido y fin de la obligación. Su contenido es económico, pero su fin tiene que ver con satisfacción de necesidades personales para la conservación de la vida y la subsistencia de quien los requiere. Por ello, aunque el objeto del crédito alimentario sea patrimonial, la relación jurídica que determina ese crédito no tiene tal entidad...”⁴⁹⁵

⁴⁹⁴ KEMELMJER DE CARLUCCI, Aída y MOLINA DE JUAN, Mariel, *Alimentos...*, op. cit., autora: MOLINA DE JUAN; Mariel, T. II. pág. 400

⁴⁹⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y otr., *Tratado...*, op. cit., T.II, pág. 268

Todo el cuerpo legislativo señalado se encuentra acompañado por un desarrollo jurisprudencial uniforme en el sentido aludido, que su reseña resultaría de proporciones gigantescas.

Se puede seleccionar un caso en el que resulta ejemplar la aplicación del principio de solidaridad familiar, y que abarca muchos de los aspectos que se vinieron desarrollando, en relación a los principios jurídicos en general y al de solidaridad familiar en particular, con su función de elemento de interpretación del sistema, integrativa del ordenamiento, y como herramienta para suplir posibles “vacíos” legales. Corresponde a Juzgado de Familia de Oberá, en autos: B.S.C. en rep de S.H.M. c. F.E.F. s/ alimentos conexidad solicitada en autos 93947/2016 - B.S.C. y L.G.R. S/divorcio - 18/03/2019⁴⁹⁶ Es el siguiente: se trata de una demanda de alimentos de una madre en representación de sus hijas menores contra la tía de las niñas, con el siguiente detalle de los hechos: “...No debe soslayarse que en los hechos la única responsable del cuidado de las menores es y ha sido su progenitora, quien se hace cargo de todas las necesidades de sus hijas, recibiendo una cuota alimentaria ínfima solamente de parte de su abuela paterna, la cual a su vez no llega a cubrir en lo más mínimo los gastos diarios en salud, alimentación, vivienda educación, etc. de las adolescentes. Y este es un punto central a los efectos de merituar la procedencia de la presente acción, por cuanto tenemos la rama materna que cumple con sus obligaciones parentales referente a los alimentos, y por el otro lado, tenemos a la rama paterna de las niñas, compuesta en primer término por su progenitor (quien no pasa ningún concepto de cuota alimentaria), y la Sra. R. F. L. (abuela paterna), quien percibe un haber previsional mínimo, siendo en consecuencia la cuota alimentaria insuficiente. Y así, llegamos hasta la Sra. E. F. F. (tía paterna) quien es la que se encuentra más próxima siguiendo el orden de dicha rama...”⁴⁹⁷ La tía al contestar el traslado “...plantea con carácter previo la excepción de falta de legitimación activa..., argumentando que no se tiene elemento legal alguno para encasillar la pretensión, habida cuenta que como bien expresa el artículo 537 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, los parientes se deben alimentos entre a) ascendientes y descendientes; b) hermanos bilaterales y unilaterales. Y que en ninguna parte del

⁴⁹⁶ Juzgado de Familia de Oberá, “B.S.C. en rep de S.H.M. c. F.E.F. s/ alimentos conexidad solicitada en autos 93947/2016 - B.S.C. y L.G.R. S/divorcio” - 18/03/2019 TR LALEY AR/JUR/63764/201

⁴⁹⁷ Juzgado de Familia..., op. cit.

ordenamiento jurídico se establece la obligación de los tíos respecto a los sobrinos. Finaliza solicitando se desestime la demanda en todas sus partes con expresa imposición de costas por cuanto la acción no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 537 del Cód. Civ. y Com. de la Nación...⁴⁹⁸ El Juzgado lógicamente entiende que en la norma citada no se encuentran enumerados los tíos pero considera que "...a los efectos de una interpretación integral del artículo en cuestión se deben considerar los fundamentos del mismo, los cuales no son otros que el derecho de la menores a un nivel de vida adecuado y el deber de solidaridad que existe entre los miembros de una misma familia..."⁴⁹⁹ por lo que concluye que la interpretación basada en el principio de solidaridad familiar no puede realizarse en un sentido taxativo de la norma, integrándola así a la idiosincracia general del sistema. El tribunal entiende también que: "...En primer lugar corresponde analizar la naturaleza, el objeto y el fin social que tienen los alimentos a favor de menores. A través de esta figura jurídica se pretende asegurar, o aportar por medio de un quantum económico, las necesidades básicas para que un niño se desarrolle integralmente, sea en el aspecto social, educativo como también física y psíquicamente. Que pueda adquirir herramientas para que en un futuro sea una persona autosuficiente y que desarrolle su pleno potencial. Es por esto que entiendo que el legislador, fundado en base a la vasta jurisprudencia existente respecto al tema en nuestro país, profundiza aún más en aquellos conceptos con sustento en la "solidaridad familiar", dándole mayor sentido a la naturaleza y fin social del instituto. ¿Como se comprende la solidaridad familiar en materia de alimentos?, únicamente entendida como la búsqueda de la salvaguarda del alimentado que no puede procurarse por sí mismo lo necesario para la subsistencia, vestimenta, estudios, etc., y que cuenta con familia ampliada que se halla en condiciones de prestar la ayuda necesaria para ello en forma solidaria. Es en este punto donde la norma, rígida en cuanto a la enumeración de los obligados, debe hacerse flexible evitando someter al débil de la relación a un proceso de agravamiento de sus situación económica y/o social, por falta de cumplimiento del obligado a preservar el bienestar de dicha persona. Asimismo es comprender como entra en juego el entorno familiar ante un progenitor abandonico y reacio de sus obligaciones alimentarias. ¿Quiénes deben ser solidarios en tal aspecto?

⁴⁹⁸ Juzgado de Familia..., ib.

⁴⁹⁹ Juzgado de Familia..., ib

Aquellos miembros del entorno familiar del obligado, (entiéndase su familia ampliada paterna o materna), que se encuentren en mejor situación para la colaboración en la asistencia de los alimentados...⁵⁰⁰ El juez finalmente hizo lugar a la demanda.

Es una verdad a todas luces que el principio de solidaridad familiar es un principio jurídico del derecho de familia, que tiene juridicidad expresa en el ordenamiento jurídico vigente en especial en las normas sobre cuestiones alimentarias.

5.- Epílogo

Al iniciar este capítulo se detallaron sumariamente las normas correspondientes a los institutos más destacados en la recepción del principio de solidaridad familiar, optando por el análisis en primer lugar del matrimonio, matrimonio que en el presente dejó de ser una institución patriarcal, y luce como una unión entre pares relacionándose en un pie de igualdad.

Siempre observando la legislación vigente desde esa óptica, y desde luego la del principio jurídico de solidaridad familiar, se puso de relieve tanto el deber de asistencia como así también el deber alimentario de los cónyuges entre sí, durante el matrimonio, en la separación de hecho, y excepcionalmente los alimentos pos divorcio. La analogía del deber de asistencia, aun cuando se lo entienda como un deber moral, con la solidaridad no sólo es discursiva, es una conducta cotidiana de ayuda mutua, auxilio, acompañamiento. Y con respecto a los alimentos, las pautas legales para su fijación durante la vida en común y la separación de hecho, consideran, entre otros factores, esa conducta solidaria de construcción diaria de la vida familiar, enriquecida por la particular atención prestada a la ética de los vulnerables, conformando un grupo de normas altamente humanitarias. Características que se extiende al deber alimentario pos divorcio, y que incluso, con atendibles límites, se extiende también a los herederos.

En esta nueva normativa matrimonial por la cual “ceden” los deberes de cohabitación y fidelidad, adquieren protagonismo los deberes de asistencia y alimentos,

⁵⁰⁰ Juzgado de Familia..., op. cit.

en una clarísima puesta en valor de la autonomía de la voluntad y la solidaridad familiar.

También se observó y analizó esta postura principalista en lo que respecta al régimen patrimonial matrimonial, destacándose lo vinculado al llamado “régimen primario”: la protección del hogar, las compensaciones económicas y atribución de la vivienda.

En definitiva, el protagonismo alcanzado por el principio jurídico de solidaridad familiar se constata en el contenido de las normas matrimoniales y en los fines que ha tenido en miras el legislador al tomar en cuenta la dignidad humana de los cónyuges que se relacionan entre sí en un marco de libertad, igualdad, y que honran el proyecto de vida en común por el cual optaron en la cooperación con el otro para el logro del bien de ambos, del bien común familiar. Y frente a la ruptura del vínculo, la protección a los derechos humanos básicos obviamente se mantiene firme.

Prosigue el capítulo con el estudio de una de las innovaciones producidas por el nuevo CCyCN: la regulación de las uniones convivenciales, regulación que, como se dijo, tiene por fundamento, entre otros, al principio de solidaridad familiar. Se consignaron así sus notas legales más destacadas a este respecto: los deberes de asistencia y alimentario, la contribución con las cargas del hogar, la protección y asignación de la vivienda, las compensaciones económicas en la ruptura. Se ponderó que tales normas guardan una total coherencia con el sistema jurídico diseñado por el legislador, respetando todos los principios directrices.

Por último, y siendo la institución más destacada por la evidencia que proporciona del principio de solidaridad familiar, se analizaron las normas referidas a los alimentos debidos por los progenitores y entre parientes.

En un extenso relato, siempre llevado adelante desde la óptica principalista, se verificó que el deber alimentario es una de las expresiones de la solidaridad que acude en auxilio de aquel miembro de la familia que por su condición: niñez, imposibilidad cierta de contar con un trabajo remunerado, enfermedad, en fin cualquier situación de vulnerabilidad, es la familia quien debe asistirlo y sostener su dignidad humana proveyéndole los medios materiales necesarios.

En definitiva, ha de decirse que los institutos reflejan claramente el principio de solidaridad familiar, siendo fieles a todos los principios rectores del ordenamiento jurídico en su conjunto.

Y para finalizar es oportuno reproducir este claro texto de la Dra. Méndez Costa sobre la materia examinada: "...Las conclusiones son evidentes. Es indudable que las grandes declaraciones internacionales de derechos humanos contienen explícito el principio de solidaridad en sus disposiciones sobre justicia social y en la admisión de la imposibilidad de progreso humano fuera de la familia y de las comunidades. Por lo tanto, la Constitución de 1994 es una "Constitución con perfil social" que confiere al Estado una responsabilidad específica y singular con respecto al bienestar de los habitantes del territorio nacional además de reconocer sus derechos, deberes y garantías. Tal función es subsidiaria, es supletoria, de la familia. Ni las organizaciones no gubernamentales, por beneficiosas y eficaces que sean, ni el Estado pueden reemplazar la dimensión del amor familiar, que los excede... Más, dentro de la mentada subsidiaridad, es justo, debido y digno apelar a ellos para superar imposibilidades fácticas (asistencia y/o seguridad social) o para exigir con fuerza de ley positiva lo que la ley natural no alcanza a conseguir (alimentos). Reconforta que la familia es definida como una "comunidad de amor y solidaridad", "una comunidad que no encuentra su fundamento último ni en la ley que le otorga la reglamentación, ni en la utilidad que pueden extraer de ella sus componentes, sino en la capacidad (en sí misma misteriosa pero indudablemente típica del hombre) de amar familiarmente y de fundar sobre este amor una comunidad de vida..."⁵⁰¹

⁵⁰¹ MENDEZ COSTA, María Josefa, *Visión...* op. cita., pág. 14 -15

CONCLUSIÓN FINAL

La presente investigación ha tenido, tal como se expresara en la introducción, la finalidad de demostrar que la solidaridad familiar es un principio general del derecho de familia vigente en el ordenamiento jurídico argentino. Esta fue la hipótesis principal sobre la que se trabajó, y llegando a su término se puede decir que ha quedado probada.

Por otra parte, también han sido suficientemente demostrados los objetivos particulares e hipótesis secundarias, que también se relataron en el inicio, postulando que los principios generales del derecho son formulaciones jurídicas fundadas en el valor justicia que forman parte del ordenamiento jurídico local, reconocidas expresa o tácitamente por el legislador, y que cumplen funciones trascendentales para el operador jurídico; que la solidaridad familiar como principio jurídico coadyuva al logro del valor justicia y los hace conjuntamente con los principios vertebradores del derecho civil: la autonomía de la voluntad y el orden público; que la Constitución Nacional y los Tratados constitucionalizados consideran la solidaridad familiar tácitamente, como sostén de todo el ordenamiento.

Dicho de otra forma, no solo se pudo encontrar el aspecto valorativo de la solidaridad familiar en el sistema jurídico local, sino su juridicidad, que juntamente con los principios de autonomía de la voluntad y de orden público son el conjunto básico estructurante y orientador para el operador jurídico con respecto al derecho de familia.

Como se sostuvo en el comienzo el estudio e investigación del principio jurídico de solidaridad familiar, además de las razones ya expuestas, se funda también en la advertencia de que si bien es citado reiteradamente por la doctrina más destacada, como así también es fundamento interpretativo e integrativo en la jurisprudencia argentina, no tiene una formulación legal expresa. Muchos artículos del CCyCN se reprodujeron con la clara intención de demostrar que si bien tácitamente aludían a la solidaridad, en ninguno de ellos se mencionaba siquiera la palabra.

Por otra parte también se advirtió la posibilidad de llevar a cabo un estudio sistemático del tema que coadyuve a su reconocimiento normativo.

Para arribar a esta conclusión demostrando las hipótesis planteadas, se consideró pertinente comenzar por el desarrollo teórico sobre los principios jurídicos.

Este desarrollo se llevó a cabo desde dos campos: la filosofía del derecho y la teoría general del derecho, entendiendo que la primera brinda fundamentos ontológicos que la segunda retoma para llevar adelante su despliegue científico.

La línea filosófica seleccionada, fue la obra del P. Louis Lachance, por su correctísima y fiel interpretación de la doctrina aristotélica-tomista, y por otorgar el fundamento perfecto. Y desde este saber se trató la relación derecho, ley y bien, destacando que "...el derecho objetivo, contiene, propiamente los principios esenciales del derecho, y el derecho subjetivo es llamado así en razón de la relación íntima que lo liga a él. En realidad este último no contiene la esencia del derecho...Lleva el mismo nombre, pero es concebido como tal, por asimilación. El espíritu humano ha extendido el concepto de derecho a todo lo que está en relación con él..."⁵⁰² Luego del pertinente análisis se afirmó que el fundamento ontológico de los principios se encontró en la concepción tomista del derecho como unidad de débito, sujetos y relación de igualdad, lo que se puede resumir como derecho objetivo.

Por otra parte también se identificó y tomó parcialmente la tesis defendida por el profesor Vigo, que sostiene que "...los "principios del derecho" o "principios fuertes" o "principios en sentido estricto" coinciden con los genéricamente llamados "derechos humanos fundamentales o "derechos naturales" o "bienes humanos básicos"..."⁵⁰³, especialmente en lo ordenado a lo más propio de la naturaleza humana, y que pueden identificarse con los derechos humanos: "...derechos humanos naturales originarios, o primarios, o simplemente "fundamentales", ... que coincide con los "principios del derecho", "principios fuertes" o "principios en sentido estricto"..."⁵⁰⁴ Se entendió que coincidiría con los preceptos de la ley natural, de por sí muy escuetos, muy escasos, cuya concreción se actualiza cultural e históricamente. Además, porque los originarios tienen una juridicidad evidente intrínseca o radical, que los hace coincidir con los principios jurídicos.

No obstante ello, se dejó aclarado que la formulación de solidaridad familiar no se condice estrictamente con la de derecho humano natural al que remite ya que en el marco del clan el sujeto del derecho va cambiando, aun cuando los individuos y lo

⁵⁰² LACHANCE, Louis, *El concepto...*, op. cit., pág. 327

⁵⁰³ VIGO, Rodolfo L., *Los principios jurídicos...*, op. cit. pág. 61

⁵⁰⁴ VIGO, Rodolfo, *ib.*, pág. 67

debido sean idénticos, dos derechos naturales absolutos se sostienen, pero el factor temporal, las circunstancias históricas, la vida misma, generan un movimiento de deudor a acreedor y viceversa, dejando incólume el principio jurídico que prima por sobre ello. La solidaridad armoniza esta dinámica tan particular. De ahí que la armazón metafísica sea más compleja, y por ello merecedora de todo un capítulo de desarrollo.

En el entendimiento que el mundo jurídico se conoce en su profundidad a través del diálogo disciplinar, se continuó el análisis desde la Teoría General del Derecho, con el gran rigor que el método científico aporta, y en la convicción de que sumados ambos se logran importantes luces intelectuales.

En una amplia exposición del tema se demostraron la existencia científica y la importancia de los principios jurídicos, de la mano de los más destacados doctrinarios.

En la recapitulación se destacó lo enseñado por el Dr. Lorenzetti quien luego de afirmar que la doctrina coincide en sostener que los principios son normas, explica que la dificultad radica en dilucidar qué tipo de normas. En ese quehacer, y luego de analizar algunas posturas explica que los principios son normas que constituyen mandatos para la realización de un valor en su nivel de óptimo.

En la confluencia de los campos abordados, y buscando la armonización de saberes se puede arribar a afirmar que el principio de solidaridad familiar, muestra como se unen los elementos de la definición tomista del derecho: el débito, el sujeto al que le es debido y la medida igualdad, el elemento bien común: visceral en la tesis tomista, la obligatoriedad que emana de la ley; y lo considerado por la doctrina científica del derecho en relación a sus características fundamentales: "...- Carácter normativo: ... Tienen una estructura deontológica puesto que señalan un deber ser, pero son distintos que las reglas... – Carácter inacabado:son ideas germinales.... – Carácter valorativo: los principios normas que receptan valores y como tales no pueden ser sino aspiraciones cuyo grado de concreción varía según los sistemas jurídicos, los períodos históricos, y la relación con las reglas. – Carácter excesivo: son criterios de valoración que se caracterizan por una excedencia de contenido deontológico, por ellos hay que medirlo, establecer su relación con otros principios y reglas para llegar a un contenido. – Mandato de optimización: ordenan hacer algo, pero como son *prima facie*, no

definen totalmente la conducta, sino que establecen una dirección que debe cumplirse en la mayor medida posible...”⁵⁰⁵

De todo ello, se concluyó la primera parte reflexionando que la vida familiar, la compleja dinámica del clan exige del operador jurídico que atravesase su análisis e interpretación de la norma munido de este principio jurídico, con todos sus fundamentos filosóficos y todas sus características científicas.

En la segunda parte, si bien se adhirió expresamente a lo sostenido por el Dr. Saux, por entender que mostró la síntesis perfecta de los principios generales del Derecho Privado, y es oportuno reiterar ya que se trata del prototipo del principalismo privatista: la autonomía de la voluntad, el orden público y el equilibrio en las prestaciones, podía decirse entonces innecesario agregar algo más ya que el Derecho de Familia forma parte del Derecho Privado, pero se vio la conveniencia de singularizar la cuestión que abarca esta rama del Derecho Civil, y avanzar en el análisis del sustrato fáctico: la familia, en sus aspectos más actuales y el concepto de solidaridad en los distintos matices.

Esta búsqueda de profundidad de conceptos, se entendió coadyuvada por el estudio del antecedente histórico propio del ordenamiento jurídico local, que lo proporciona el derecho romano. El mundo romano legó su magna obra jurídica, y su visión de la familia, concepción que estudiada en su evolución temporal permite comprender su conformación actual. De modo que el campo científico abordado por los romanistas dan cuenta de las primera proposiciones de los principios jurídicos, como así también de la solidaridad familiar, tomando las conclusiones que tienen mayor consenso. De todo esto se destaca el hallazgo de la virtud de la *pietas*, valor moral que los romanistas resaltan en relación a todas las áreas que involucra la vida de esa familia, en primer lugar la religión, pero también en relación a los nexos de todos sus miembros y los vínculos sociales. Y con respecto a los principios jurídicos, es notable lo que representan las *regulae iuris* como antecedente histórico. Si bien lo juristas romanos no tuvieron ninguna intención de teorizar, al menos con el formato que hoy se conoce, sin embargo por su gran poder de observación, la influencia del pensamiento griego, y la evolución natural del pensamiento, llegaron a formulaciones, a máximas, que contenían todo el peso de sus normas. *Pietas* y *regulae iuris* son claros antecedentes del

⁵⁰⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría ...*, op. cit., pág. 139-140

derecho romano, que en la evolución y desarrollo del pensamiento humano y en particular del mundo jurídico, es posible hallar una clara huella en el principio jurídico de solidaridad familiar.

La evolución temporal de los conceptos condujo necesariamente a su observación y análisis en el presente, y se optó por lo más alto de la cúspide del ordenamiento: la solidaridad familiar como principio jurídico en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales, y dar así por concluida la segunda parte. Dos razones se consideraron: en primer lugar: la Ley Fundamental es el cimiento sobre el que se edifica todo el sistema jurídico, teniendo así supremacía por sobre toda otra norma; en segundo lugar, si bien el principio de solidaridad familiar corresponde naturalmente al derecho de familia, es necesario investigar en el derecho constitucional dado el desarrollo del concepto de constitucionalización del derecho privado.

Para ello en primer término se constató el cambio operado en la cultura constitucional: de considerar la CN como una “constitución- promesa” a entenderla como una “constitución-contrato”, cuyos idearios y valores impregnan transversalmente todo el sistema jurídico nacional, con conceptos destacados como el formulado por Bidart Campos, quien llama a la parte dogmática de la CN, en consonancia con el constitucionalismo moderno “derecho constitucional de la libertad”⁵⁰⁶. En el análisis de las diferentes clases de normas constitucionales, se examinó la presencia de principios generales constitucionales de los cuales dice la doctrina que “...anidan a menudo en las normas declarativas, en las programáticas y en el preámbulo...”⁵⁰⁷ Y por supuesto, se los encuentra también en los Tratados Internacionales constitucionalizados de protección de los derechos humanos. Cuestión que lleva indefectiblemente a emprender el estudio de la moderna concepción de la denominada “constitucionalización del Derecho Privado” en general. Concepto que proviene de la incorporación en los textos constitucionales y tratados internacionales constitucionalizados de materias que se habían considerado tradicionalmente propias del derecho civil. Siguiendo siempre lo sostenido por la doctrina nacional más destacada, se afirmó que la constitucionalización del derecho privado, implica desplegar el área de aplicación de los principios

⁵⁰⁶ BIDART CAMPOS, Germán J., op. cit., T. I pág. 35

⁵⁰⁷ SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Teoría...*, op. cit., pág. 273

constitucionales, superando la idea de “desconexión” entre el derecho constitucional y el derecho privado, y profundizando el diálogo permanente que debe imperar entre ambos. Todo lo cual concluyó en la existencia y evidencia de una trama interrelacionada de normas, valores y principios jurídicos, que sin duda logra un derecho más humanitario.

Paso seguido, tocó el turno de tratar la cuestión puntual de la “constitucionalización del derecho de familia”, criterio adoptado por el nuevo CCyCN, y puesto a la vista al adoptar una concepción democrática de familia a la luz del Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En ese orden de ideas se analizaron los principios generales del derecho de familia constitucionalizados. En su examen se observó el movimiento desde un pétreo principio de orden público general, postura tradicional del derecho de familia, hacia un avance de la autonomía de voluntad, en orden al respeto de la libertad de intimidad.

En este marco, se observó también que si bien el principio de solidaridad familiar tiene escasa formulación expresa, subyace en el texto constitucional y en los tratados internacionales constitucionalizados, convirtiéndose en uno de los principios jurídicos estructurales del derecho de familia.

La tercera y última parte de este trabajo investigativo trató del tema preciso y singular de la hipótesis, empezando por el tratamiento que tuvo en el proceso de conformación de la legislación civil nacional.

En primer lugar se recordó que el sistema argentino es de cuna romanista, como se desarrolló en la segunda parte de esta tesis, y que lo sintetiza el Dr. Saux diciendo: “...Este hito genético incontrovertible del Derecho Civil que se identifica con el Derecho Romano implica admitir que en la impronta grecorromana de la cultura occidental (influida luego por la tradición judeo-cristiana y por posteriores aportes del sistema germánico, y más acá en el tiempo, del diseño jurídico del *common law*) las construcciones romanistas en la Ley de las XII Tablas (de los años 450 a. C) hasta el *Corpus Iuris* justiniano (de los años aproximados al 530 a.C) implicaron nada menos que diez siglos de desarrollo jurídico, francamente monumental para la época, que generó el sustrato, complementado luego por aquellas influencias subsiguientes, de lo que es hoy lo que llamamos Derecho Civil...”⁵⁰⁸

⁵⁰⁸ SAUX, Edgardo Ignacio y ot., *Tratado...*, op. cit., T. I pág. 71-72

Desde luego, esa es la base sobre la que se fueron desarrollando evolutivamente las normas civiles a lo largo de la historia. Debe tenerse en cuenta que se trata de un proceso que se desarrolló a lo largo del tiempo, ya que el *ius civile* romano no se corresponde exactamente con lo que hoy decimos Derecho Civil, pero que en el entramado de normas que lo componían, se puede hallar, como ya se demostró también con anterioridad, el antecedente histórico del principio de solidaridad familiar: la *pietas* familiar romana.

La evolución e historia del Derecho Civil siguió su curso (se desarrolló sumariamente el mismo) hasta arribar al proceso de codificación en occidente.

Se entendió oportuno, previamente, repasar algunos conceptos de Derecho Civil, destacando el formulado por el Dr. Saux, de necesaria reproducción: “...nos permitimos proponer como conceptualización del Derecho Civil la que lo singulariza como la rama principal del Derecho Privado, de impronta constitucional-convencional, conformada por el diálogo de fuentes normativas múltiples, legales, valorativas, principalistas, jurisprudenciales y consuetudinarias, que regula la vida de la persona y su interacción relaciones jurídicas patrimoniales y extrapatrimoniales comunes a su esencia biológica y sin distinción de situaciones, actividades singulares, profesiones o posicionamientos específicos, siendo las instituciones principales que conforman su objeto de estudio la personalidad, la familia, el patrimonio y la herencia; todo ello bajo las premisas comunes de respeto a la libertad, la autodeterminación, la igualdad, real, el pluralismo ideológico y la tutela de los vulnerables...”⁵⁰⁹ Este concepto de Derecho civil, brinda el marco perfecto para la exploración del principio jurídico objeto de estudio, pues la solidaridad familiar es parte de la vida cotidiana de las personas con un núcleo valorativo y legal en consonancia con los restantes principios generales del derecho civil.

Retomando el tema de la codificación, se encontró su importancia para la elaboración de los principios generales del derecho, ya que un cuerpo hegemónico legislativo se organiza sobre pilares supralegales, valorativos que informan el sistema, y que constituyen los principios jurídicos. Y en ese parecer se analizó la obra de Vélez Sarsfield, y sus antecedentes y pilares, fundamentalmente en la continuidad de la *pietas* romana en la legislación de familia, con sus particularidades en relación a la época,

⁵⁰⁹ SAUX, Edgardo Ignacio, ib., T. I pág. 97

como así también el protagonismo otorgado por Vélez Sarsfield a los principios generales del derecho (art. 16 del Código derogado). Las modificaciones operadas en los siglos XX y XXI y la Ley 2393 de Matrimonio, de prolongada vigencia, y con sus reformas, todo ello fue también explorado. A lo largo de todo este recorrido temporal – legal, hasta arribar al nuevo CCyCN, se fue detectando la presencia de los deberes de asistencia, por ejemplo, en lo referido al vínculo conyugal, como así también en otras instituciones del derecho de familia y de las sucesiones, que muestran la voluntad constante del legislador de salvaguarda de la solidaridad familiar en las relaciones de familia.

En este desarrollo sistemático se continuó con el tratamiento de la solidaridad familiar en el derecho argentino vigente, observando en detalle las modificaciones operadas en relación a los principios jurídicos en el ámbito del derecho de familia por el nuevo CCyCN.

Como se dijo en reiteradas oportunidades, la base principalista del Derecho Civil, siguiendo las enseñanzas del Dr. Saux, se desarrolla fundamentalmente sobre tres principios básicos (sin entenderlo como *numerus clausus*) a saber: autonomía de la voluntad, orden público y equilibrio de la prestaciones; principios jurídicos del derecho civil de los que se sirve la hermenéutica de modo constante, y que concentran en sí mismos o son raíz de otros de la misma rama. Siendo el Derecho de Familia parte del Derecho Civil también se sirve de ellos. Con más el conjunto de principios jurídicos propios, y los derivados del fenómeno de la “constitucionalización del derecho de familia”: los principios de protección integral de la familia, de matrimonialidad, el interés superior de niños, niñas y adolescentes, y también el principio de solidaridad familiar, objeto de esta investigación.

En este análisis se pudo observar claramente el avance del principio de autonomía de la voluntad, en relación con conceptos tan actuales como la libertad de intimidad, la contractualización del derecho de familia, la igualdad o paridad entre los miembros de la familia. Avance en relación a un cierto ablandamiento del principio de orden público, cuestiones que se desarrollaron minuciosamente.

En este contexto se atisbó como posible armonizador de la tensión permanente que se suscita entre los principios de orden público y de autonomía de la voluntad, el recurso al principio de solidaridad familiar, sobre todo si se repara en él por analogía al

principio de equilibrio de las prestaciones para las relaciones de familia, en el marco del logro del bien común familiar, ya que armoniza y opera como límite al interés individual, nivelando la estructura familiar, tanto entre sus miembros, como de la familia con el Estado.

En este punto del trabajo, se recurrió a lo enseñado por el Profesor Marcos Córdoba y su Escuela de la Solidaridad Jurídica, que lo aplica al ordenamiento jurídico en general, destacando el rol de la solidaridad en el ámbito de la familia.

La reseña de otras posturas doctrinarias con la mentada concepción de solidaridad, más sus elementos definitorios, a saber: bien común familiar, igualdad, dignidad, que forman parte del entramado de las relaciones entre los miembros de la familia, llevaron a arribar y manifestar que la solidaridad familiar es un principio general del derecho de familia. En apoyo de esta conclusión, se volcaron algunas normas de los tratados constitucionalizados que refieren, análogamente, a la solidaridad.

El tercer y último capítulo estuvo dedicado al estudio de los institutos más destacados que reflejan la presencia del principio de solidaridad familiar, optando por el análisis en primer lugar del matrimonio, que en la actual concepción de unión entre pares, que se relacionan entre sí en un marco de libertad, igualdad, y que dignifican el proyecto de vida en común por el cual optaron en la cooperación con el otro para el logro del bien de ambos, del bien común familiar, la solidaridad familiar se manifiesta claramente en los deberes de asistencia y alimentarios de los cónyuges entre sí, como así también en el llamado “régimen primario” del régimen patrimonial matrimonial, la protección del hogar, las compensaciones económicas y la atribución de la vivienda. Todo ello durante la vida en común, en la separación de hecho y en la situación pos divorcio.

En esta línea investigativa se procedió al análisis de la nueva legislación de las uniones convivenciales, siendo una de sus notas más destacadas también los deberes de asistencia y alimentarios de los convivientes.

Y por último se exploraron las normas referidas a los alimentos debidos por los progenitores y entre parientes, siendo éstas las de mayor evidencia del principio de solidaridad familiar.

Si bien los institutos seleccionados no agotan las normas que responden al principio de solidaridad familiar, son las más representativas. En rigor de verdad,

tendrían que abordarse también los institutos del derecho sucesorio que fueron modificados por el CCyCN, por ejemplo, el art. 2448 que introdujo la figura de la mejora y en consecuencia le permite al causante disponer de un tercio de la porción legítima que resulte aplicable para beneficiar a los ascendientes o descendientes con discapacidad. No obstante, haciendo honor a la extensión académica de la tesis resultó necesario llevar adelante la presente elección.

Hasta acá un relato sumario del desarrollo de la investigación cuyo propósito fundamental respondió a demostrar que la solidaridad familiar es un principio general del derecho de familia, y que desde las distintas áreas sobre las que fue abordada, se pudo probar lo postulado.

Aun cuando la presencia del principio de solidaridad familiar es nítida en muchas normas, es invocado en numerosos fallos jurisprudenciales, cuenta con la confirmación de la doctrina nacional más destacada, carece de consagración legislativa expresa, cuestión demostrada con la lectura atenta del articulado del CCyCN y del cual se reprodujeron los atinentes al tema.

Por otra parte como lo enseñaba la Dra. Méndez Costa: "...Es innegable que hay un debilitamiento actual de esos valores, un retroceso en el sentido definitorio del amor como entrega. Es también consecuencia de la crisis de la ética del deber que golpea a la familia y conduce al rechazo de toda restricción a la espontaneidad de los sentimientos y la búsqueda de la felicidad individual. La justa democratización de las relaciones familiares debe dejar a salvo la dimensión fundamental del amor y la solidaridad familiares. Es por no acontecer así de hecho en la generalidad de los ambientes, sobre todo de mayor nivel cultural y económico, que la familia aparece en crisis por haberse desplazado la relación de alteridad a "una concepción en las relaciones familiares fundada en la primacía de los intereses individuales y no sobre una red de valores solidarios poniendo en riesgo de volver a la nada la primaria formación social constituida por la familia y de abrir una serie de gravísimas contradicciones en la vida colectiva. En efecto, Da Siervo, autor de las precedentes ponderaciones y líneas apela a la interdependencia entre los valores solidaristas que deben animar a la comunidad familiar y los indispensables vínculos de comunidad política, económica y social que se demandan de los ciudadanos. Sobre todo, el logro de cada personalidad dentro de la familia necesita con necesidad de medio la vivencia de la solidaridad a su alrededor

inmediato. La contribución de la legislación específica, viene a incorporarse por vía de reforma y de cobertura de vacíos, y de una jurisprudencia imaginativa, todo ello sensible al propósito de favorecerla y procurarla, es irremplazable y será bienvenido...”⁵¹⁰

En virtud de todo ello, y dada su importancia jurídica y también ética, ya que eleva la dimensión humanitaria de las relaciones de familia, de todos los modelos organizativos familiares, de cualquier clase o condición económica o social, consolidando la justicia y la paz intrafamiliar, la propuesta de esta investigación resulta en recomendar el dictado de una norma que lo contemple expresamente.

Y en el final de este largo recorrido se puede volver al principio y ver la unidad de todos los conceptos esbozados, unidad que se hace patente desde la mirada ontológica de la cuestión y que en palabras del P. Lachance se puede resumir de este modo: “...la multitud comunitaria contiene sujetos que son autónomos pero que se encuentran unidos con relación a un término. Y este término...es el fin común. Ellos se unen pues en relación a un mismo fin. Las relaciones que los solidarizan entre sí están fundadas sobre aquellas que los encaminan hacia un mismo fin. La unión de las voluntades realiza la unidad interior...”⁵¹¹

⁵¹⁰ MENDEZ COSTA, María Josefa, *Los Principios...*, op. cit., pág. 311

⁵¹¹ LACHANCE, Louis, *El concepto...*, op. cit., p 285)

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, versión castellana Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, primera reimpresión, 1997

ALEXY, Robert, *Una defensa de la fórmula de Radbruch*, en Anuario de la Facultad de Derecho da Universidade da Coruña, <http://dialnet.unirioja.es>

ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo, “Derecho Sociales”, <https://biblio.juridicas.unam.mx>

ARGUELLO, Luis Rodolfo *Manual de derecho romano*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 3° edición corregida, 10° reimpresión, 2004

ARISTÓTELES, *La Política*, traducción de Pedro Simón Abril, Madrid, Ediciones Nuestra Raza, 1910, edición digital Biblioteca Digital Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, <https://bib.us.es/>

ARMANAGUE, Juan F., *Curso de Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2009

AZPIRI, Jorge O., *Derecho sucesorio*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2006

AZPIRI, Jorge, *Incidencias del Código Civil y Comercial Derecho de Familia*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 8° reimpresión, 2016

BADENI, Gregorio *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004

BARROW, R. H, *Los Romanos*, Trad. de Margarita Villegas de Robles, México, Fondo de Cultura Económica, 20° reimpresión, 2000

BELLUSCIO, Augusto César, *Manual de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 7° edición, 2002

BIDART CAMPOS German J, “*Constitución y Derechos Humanos Su reciprocidad simétrica*”, Buenos Aires, Editorial EDIAR, 1991

BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino – El Derecho Constitucional de la Libertad*, Buenos Aires, Ediar S. A., 1992

BIX, Brian, *Diccionario de teoría jurídica*, México, Instituto de Investigaciones

Jurídicas – UNAM, 2009, Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/sibuca/37834?page=120>

BOBBIO, Norberto, *Contribución a la Teoría del Derecho*, Valencia, edit. Fernando Torres, 1980

BORDA, Guillermo A., *Manual de Derecho Civil – Parte General*, Buenos Aires, Editorial Emilio Perrot, 18° Ed. actualizada, 1996

BORDA, Guillermo A., *Manual de Sucesiones*, Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2004

BOSSERT, Gustavo – ZANNONI, Eduardo A., *Manual de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1999

BOSSERT, Gustavo A., *Régimen jurídico del concubinato*, Buenos Aires, Editorial ASTREA, 1999

BOSSERT, Gustavo A., *Unión extraconyugal y matrimonio homosexual*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2011

CAMPOS, Roberto D., *Alimentos entre cónyuges y para los hijos menores*, Buenos Aires, , Editorial Hammurabi, 2009

CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)*, Madrid, Editorial Reus, 2016, Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/sibuca/100489?page=196>

CATECISMO DE LA IGLESIA CATÓLICA, Colombia, Ed. Librería Juan Pablo II, 1992

CORDOBA, Marcos M., “La solidaridad es un principio general aún no positivizado en el derecho argentino”, *JA, Doctrina*, 2016-II, 1/06/2016

D’ANTONIO, Daniel Hugo, *Actividad jurídica de los menores de edad*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2004

D’ANTONIO, Daniel Hugo, *Derechos Fundamentales del Niño*, Rosario, Santa Fe, Editorial ZEUS S.R.L, 1999

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, “La Codificación”, *THEMIS Revista de Derecho*, <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/5109849.pdf>

DE LAS CASAS LEÓN, María Etelvina, “El origen de las regulae iuris”, *Revista General de Derecho Romano* N° 32, Año 2019, https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=11&numero=32

DI PIETRO, Alfredo, *Derecho privado romano*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, AbeledoPerrot -2° ed -2014 – 3° edición, versión e-book

DÍEZ PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*, Barcelona – España, Editorial Ariel, 1° ed., noviembre 1973, Reimpresión: octubre 1975

DUTTO, Ricardo J., *Divorcio y separación personal*, Rosario, Editorial Juris, 1996

DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Buenos Aires, Editorial Gedisa, 1992

DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, Barcelona, Editorial ARIEL, 1989

FERRER, Francisco A. M. y otros, *Código Civil Comentado - Derecho de Familia*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni Editores, Año 2004

FERRER, Francisco A.M, “Vélez Sársfield y algunos aspectos de las sucesiones en el nuevo Código Civil y Comercial”, *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, <http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/velez-sarsfield-y-algunos-aspectos-de-las-sucesiones-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial>

FINNIS John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2000

GARCÍA FUEYO, Beatriz, “Anotaciones a la regla iuris, prior tempore potior iure: de roma al derecho vigente”, *Revista General de Derecho Romano N° 32*, Año 2019, https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=11&numero=32

GHERSI, Enrique, “¿Metáforas o Principios generales del Derecho?”, *conferencia en la plataforma Youtube del 6/6/2016*, <https://www.youtube.com/watch?v=2IgmjS2hzLo&t=3559s>

GHIRARDI, Juan Carlos, “Una nueva división en épocas de la historia del derecho romano”, *Revista de Derecho Romano N° 2*, junio 2004 - https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=402836&d=1

GIL DOMINGUEZ, Andrés y otros, *Derecho Constitucional de Familia*, Buenos Aires, Ediar, 2006,

GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1967

GOLOMBOK, Susan, *Familias modernas: padres e hijos en las nuevas formas de familia*, Madrid, Spain, Siglo XXI de España Editores S.A., 2016, recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/sibuca/47599?page=16>

GONZALEZ, Marcos Rodolfo o.p., *Filosofía Moral Cristiana*, edición privada, San

Miguel de Tucumán, 2016

GRANERIS, Giuseppe, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1977

GROSMAN, Cecilia P., *Derecho de Familia*, Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2007

GUASTAVINO, Elías P., *Derecho de Familia Patrimonial Bien de Familia*, Buenos Aires, La Ley, 2010

HART, H. L. A, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1992

HERNANDEZ, Héctor H, *La Justicia en la "Teoría Ecológica del Derecho"*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1980

HERRENDORF, Daniel Esteban, *Las corrientes actuales de la filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Editorial EDIAR, 1990

HERRERA, Carlos Miguel, “Léon Duguit en Buenos Aires: sociabilidad y política en la recepción de una teoría jurídica”, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-43872014000100006

KALINOWSKI, Georges, *Concepto, Fundamento y Concreción del Derecho*, Buenos Aires Editorial Abeledo Perrot, 1982

KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho*, traducido por Nilve Moisés, Buenos Aires, Edit. Universitaria de Buenos Aires, 1986

KEMELMAJER DE CARLUCCI – MOLINA DE JUAN, Mariel F., *Alimentos*, Santa Fe, Editorial Rubinzal – Culzoni Editores, 1° ed, 2014

KEMELMAJER de CARLUCCI, Aida - HERRERA, Marisa - LLOVERAS, Nora, *Tratado de Derecho de Familia – Según el Código Civil y Comercial de 2014*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 2014

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino”, en *Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia – Una mirada crítica y contemporánea*, CABA, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 1° edición, 2014

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “*Protección jurídica de la vivienda familiar*”, Editorial Hammurabi, 1995

KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, BORRILLO, Daniel Angel y FLORES

RODRIGUEZ, Jesús, *Nuevos desafíos del derecho de familia*, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni Editores, 2014

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Protección contra la violencia Familiar. Ley 24.417*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2007

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *Nuevos Perfiles del Derecho de Familia*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2006

KRASNOW, Adriana Noemí, “El derecho de familia en el Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial 2012 en Argentina”, https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372014000100015

LACHANCE, Louis, *El Concepto de Derecho según Aristóteles y Santo Tomás*, Primera edición castellana, Traducción Fernando N. A. Cuevilla, Revisor de la traducción Pbro. Dr. Julio Menvielle, nombre original: *Le Concept de Droit selon Aristote et S. Thomas*, traducción obtenida de la segunda edición canadiense, revisada y corregida, ofrecida por *Les Editions du Lévrier*, Ottawa, Montreal, 1948, Buenos Aires, ed. s/n, 1953

LACHANCE, Louis, *El derecho y los derechos del hombre*, Título original *Le droit et les droits de l'homme* - París, 1959, versión española realizada por Luis Horno Liria para todos los países de habla castellana, Madrid, Ediciones Rialp S. A, 1979

LACHANCE, Louis, *Humanismo político*, España, Ediciones Universidad de Navarra, 2001

LAJE, Alejandro, “Solidaridad y dignidad de la persona”, 7 *La Ley* 2019-E, 104216/10/2019, TR LALEY AR/DOC/3334/2019

LEVENE(h), Ricardo, *Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, ed. s/n, 2da. ed. 1956, libro digital

LEVENE, Julio “[La solidaridad como concepto constitucional] - El Estado sólo funda la legitimidad de sus imposiciones en el principio del bien común. La estructura del mismo puede estar, de modo voluntario, integrada por la virtud de la solidaridad”, *El Derecho – Diario*, Tomo 189, 886, 29/10/2000

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Estudio de la Reforma del Código Civil Ley 17711*, Buenos Aires, Ed. Revista de Jurisprudencia Argentina S. A., 1969

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil – Parte General*, Buenos Aires, Abeledo Perrot S. A., 2009

LLOVERAS, Nora, “Uniones convivenciales: efectos personales y patrimoniales durante y tras la ruptura”, *Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación. Familia 2014 (diciembre) 99 LA LEY 2014-F*

LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación – Comentado*, Santa Fe, Ed. Rubinzal – Culzoni Editores, 2014

LORENZETTI, Ricardo Luis, *Fundamentos de derecho privado – Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*, Argentina, Ed. Thomson Reuters La Ley, 2016

LORENZETTI, Ricardo Luis, *Justicia Colectiva*, Editorial Rubinzal Culzoni, 2010

LORENZETTI, Ricardo Luis, *Las normas fundamentales del derecho privado*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 1995

LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría de la Decisión Judicial – Fundamentos del Derecho*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 1º edición, 2006

LUSARDI, Suchitá, “Dharma”, *traducción e interpretación privada*, reproducción y publicación autorizada expresamente por la autora, 2021

MAFFÍA, Jorge O., *Manual de Derecho Sucesorio*, Buenos Aires, Editorial Depalma. 1987

MARTINEZ PAZ, Enrique, *Dalmacio Vélez Sarsfield y el Código Civil Argentino*, Argentina, Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000

MASSINI CORREA, Carlos I, *El Iusnaturalismo Actual*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot 1996

MÉNDEZ COSTA Ma. Josefa, *Código Civil Comentado Derecho de Familia Patrimonial*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2004

MÉNDEZ COSTA María J.; VIDAL TAQUINI Carlos H.; CÓRDOBA Marcos M.; MEDINA Graciela - SOLARI Nestor E., *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, 2010

MÉNDEZ COSTA, Ma. Josefa, “*La Exclusión Hereditaria Conyugal*”, Santa Fe Editorial Rubinzal Culzoni, 2009

MÉNDEZ COSTA, María Josefa – D’ANTONIO, Daniel Hugo, *Derecho de Familia*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 1994

MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Los Principios Jurídicos en las Relaciones de Familia*, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 2006

MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Visión jurisprudencial de la sociedad conyugal (jurisprudencia temática - comentarios crítico)*”, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 1998

MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Visión Jurisprudencial de los alimentos*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni Editores, 2000

MÉNDEZ COSTA, María Josefa: “*Estudios sobre sociedad conyugal*”, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 1981

MÉNDEZ COSTA, María Josefa; D’ANTONIO, Daniel Hugo; FERRER, Francisco Alberto Magin, *Derecho de Familia*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2008

MÉNDEZ COSTA, María Josefa; FERRER, Francisco A.M.;GALLI FIANT, M. Magdalena; GITTER, Andrés; MEDINA, Graciela; NATELE, Roberto M.; ROLANDO, Carlos H.; SAUX, Edgardo Ignacio, “*Nuevo Régimen Legal del Matrimonio Civil - Ley 26.618*”, Santa Fe, , Editorial Rubinzal Culzoni, 2010

MIZHARI, Mauricio, Luis *Familia, matrimonio y divorcio*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1998

MOLLÁ NEBOT, Sonia y LLANOS PITARCH, José María, *Manual de casos prácticos de derecho romano*, Madrid, Spain, Dykinson, 2013, Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/sibuca/57051?page=74>.

MONTEJANO, Bernardino, *Curso de Derecho Natural*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2002

MONTEJANO, Bernardino, *Ideología, Racionalismo y Realidad*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1981

MORELLO, Augusto, “Velez Sarsfield: Una magnífica lección de Derecho Procesal para el siglo XXI”, *El Derecho - Diario*, Tomo 224, ED-DCCLXIX-725

MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Derecho Civil Constitucional*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 2011

NACIONES UNIDAS, website, www.un.org

NINO, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Editorial Paidós, 1989

OLGIATI, Francesco, *El Concepto de Juridicidad en Santo Tomás de Aquino*, Pamplona, , Ediciones Universidad de Navarra, S. A., 1977

ORTEGA GONZALEZ, Tewise, “Conservación y pérdida de la patriapotestas: a

propósito del d. 40.4.29”, *Revista General de Derecho Romano* N° 34, 2020, https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=422696&d=1

PÉREZ LASALA, José Luis., “*Curso de Derecho Sucesorio*”, Editorial Lexis Nexis, 2008

PONTIFICIO CONSEJO “JUSTICIA Y PAZ”, *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*, 2004, www.vatican.va

QUIROGA LAVIÉ, Humberto y otros, *Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001

RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, “La Corte Suprema en el origen y el desarrollo de la constitucionalización de los Tratados sobre Derechos Humanos”, www.microjuris.com.ar. 1999, MJ-DOC-867-AR | MJD86

RADBRUCH, Gustavo, *Filosofía del Derecho*, Madrid, , Editorial Revista de Derecho Privado, 1952

RAMIREZ, Santiago, *El Derecho de Gentes*, Madrid, EDICIONES STVDIVM, 1955

RAMIREZ, Santiago, *Introducción a Tomás de Aquino*, Madrid, Editorial Biblioteca de autores cristianos, 1975

RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, Buenos Aires, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1993

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª ed., versión 23.4 en línea, <https://dle.rae.es>

RIVERA , Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2013

RIVERA, Julio César – CROVI, Luis D., *Derecho Civil y Comercial - Derecho Civil: parte general*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2019, 2a ed. Libro digital

RIVERA, Julio César, “El derecho privado constitucional”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N°7, Santa Fe, 1994

RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil Parte General*, Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2007

RIVERA; Julio César, “La Constitucionalización del Derecho Privado en Proyecto de Código Civil y Comercial”, *Revista de Derecho Privado Comunitario*, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2012

ROGEL VIDE, Carlos, *Derecho civil: método y concepto*, Madrid, Spain, Editorial Reus, 2010, Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/sibuca/46427?page=169>

ROGEL VIDE, Carlos, *Historia del Derecho*, Madrid, Spain, Editorial Reus, 2008, Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/sibuca/46341?page=175>

ROLANDO, Carlos H., “*Derecho de Familia*”, Santa Fe, , Editorial Rubinzal Culzoni, 1982

ROLANDO, Carlos, “*Derecho de Familia. Reclamación de la filiación*”, Santa Fe, Editorial UNL Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2001

SABSAY, Daniel Alberto, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2010

SACHERI, Carlos A., *El orden natural*, Buenos Aires, Ediciones del Cruzamante, 5° ed., 1980

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001

SAGÜÉS; Néstor, “Trabajo del programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina”, *Diálogo Político*, Buenos Aires, Fundación Konrad Adenauer, 2010

SAMBRIZZI, Eduardo Antonio, *Tratado de Derecho de Familia I*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, Año 2018, 2° edición actualizada, Libro digital

SAN JUAN PABLO II, *Centesimus Annus - Carta Encíclica*, Roma, 1991, www.vatican.va

SAN JUAN PABLO II, *Familiaris Consortio – Exhortación Apostólica*, Roma, 1981, www.vatican.va

SAN JUAN PABLO II, *Sollicitudo rei socialis - Carta Encíclica*, Roma, 1987, www.vatican.va

SANDEL, Michael J., *Filosofía pública – Ensayos sobre moral en política*, Traducción de Albino Santos Mosquera, Barcelona, España, Penguin Random House Editorial, 2018, ebook

SANDEL, Michael J., *Justicia ¿Hacemos lo que debemos?*, 3° edición en castellano para todo el mundo traducida por Campos Gómez, Juan Pedro, nombre original *Justice*, Barcelona, Penguin Random House Grupo Editorial S.A., 2015

SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Del gobierno de los príncipes*, Editado en Colección de Espiritualidad Cristiana -Facultades de Filosofía y Teología de San Miguel, Pcia. de

Buenos Aires, Editora Cultural. Buenos Aires, 1945, Traducción de Alonso Ordoñez das Seyjas y Tobar, edición e Introducción del P. Ismael Quiles (SJ), edición digital “Stat veritatis- La verdad permanece” http://biblio3.url.edu.gt/Libros/gob_princ.pdf

SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Los Principios de la Naturaleza*, Buenos Aires, Editorial AGAPE, 2007

SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teológica*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2da. ed, MCMLXXXIX, versión digital www.dominicos.org

SAUX Edgardo Ignacio, “*La Subrogación Real como Principio General en el Derecho Privado Patrimonial*”, Editorial Rubinzal Culzoni, 2013

SAUX, Edgardo Ignacio y otros, *Tratado de Derecho Civil Parte General*, Rubinzal Culzoni Editores, 1° ed., Santa Fe, 2018

SAUX, Edgardo Ignacio, *Estudios de Derecho Civil en su Parte General*, Santa Fe, Centro de Publicaciones de la UNL, 2002

SCHIAVONE, Aldo, “*Los orígenes del derecho burgués*”, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado Editoriales de Derecho Reunidas, 1986

SOLA, Juan Vicente, “*Tratado de Derecho Constitucional*”, Buenos, Aires, La Ley, 2009

SUMO PONTÍFICE BENEDICTO XVI, *Caritas in veritate - Carta Encíclica*, Roma, 29 de junio de 2009, www.vatican.va

SUMO PONTÍFICE FRANCISCO, “Mensaje Momento Extraordinario de Oración en tiempos de pandemia – Atrio de la Basílica de San Pedro”, Multimedia, Ciudad del Vaticano, 27 de marzo de 2020, www.vatican.va

SUMO PONTÍFICE FRANCISCO, *Fratelli tutti - Carta Encíclica*, Asís, Italia, 3 de octubre de 2020, www.vatican.va

SUMO PONTÍFICE FRANCISCO, *Laudato Si - Carta Encíclica*, Roma, mayo 2015, www.vatican.va

TEJEIRO SARMIENTO, Clemencia, *Émile Durkheim: entre su tiempo y el nuestro*, Colombia, ed. Universidad Nacional de Colombia, 2009, Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/sibuca/127821?page=59>

TERRAGNI, Marco Antonio, “Abandono de persona y Omisión de auxilio”, www.pensamientopenal.com.ar

TOBIAS, José Washington, *Tratado de Derecho Civil – Parte General*, Ciudad

Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2018, ebook

TORIBIO, Martha, *Manual de derecho romano*, República Dominicana, Universidad Abierta para Adultos (UAPA), 2018, Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/sibuca/175612?page=151>

TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado 1. De los orígenes a la baja Edad Media*, Madrid, Editorial Alianza Universidad Textos, 1991

TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado 2. Del Renacimiento a Kant*, Madrid, Editorial Alianza Universidad Textos, 1991

VIDAL TAQUINI, Carlos H., “*Régimen de bienes en el matrimonio*”, Buenos Aires, Editorial ASTREA, 1978

VIGO, Rodolfo L., *Los principios jurídicos – Perspectiva jurisprudencial*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2000

VIGO, Rodolfo Luis, *Filosofía del Derecho*, Santa Fe, Editorial UNL Secretaria de Posgrado y Servicios a Terceros - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1993

VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación Constitucional*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1993

VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación jurídica (Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2006

VILLEY, Michel, *El Derecho Perspectiva Griega, Judía y Cristiana*, Buenos Aires, Editorial Ghersi, 1978

WASHINGTON RODRÍGUEZ, Agustín; GALETTA DE RODRIGUEZ, Beatriz: “*Diccionario Latín Jurídico*”, Buenos Aires, Editorial García Alonso, 2006

XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar Disertaciones y Ponencias "Las Familias y los Desafíos Sociales", La Ley - Abeledo Perrot, 2012

ZANNONI, Eduardo A., “*Derecho Civil - Derecho de Familia*”, Buenos Aires, 1998 Editorial ASTREA

ZORRAQUIN BECU, Ricardo, *Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, Primera Edición – Séptima reimpresión , 1996, T. II