

*¿Tiene validez el principio de autonomía de la voluntad en las relaciones jurídicas personales de familia?*¹

1. PLANTEAMIENTO

En las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de la Argentina, la temática de la Comisión 5 de Familia fue “la autonomía de la voluntad en las relaciones personales de familia”.

Varias ponencias propusieron como medio para iluminar legalmente la temática propuesta, una mirada a la Constitución Nacional focalizada exclusivamente en su artículo 19. En este trabajo proponemos también elevar la mirada a esa norma positiva fundamental del sistema legal argentino, pero consideramos que la lectura del artículo 19 debe hacerse con una focalización integrada con el artículo 14 bis de nuestra Constitución que prescribe la protección integral de la familia.

Desde el contexto normativo fundamental de los artículos 14 bis y 19 de la Constitución Nacional, el objetivo de este estudio es analizar si el principio de la autonomía de la voluntad tiene cabida en las relaciones personales del derecho de familia y en caso afirmativo, con qué alcance o limitaciones. La respuesta a este planteo será diversa según cuál sea la concepción del derecho de familia desde el cual se inicie el análisis.

Advertimos en la cultura jurídica contemporánea tres concepciones fundamentales del derecho de familia, de la que derivarán respuestas distintas acerca de la cuestión de la autonomía de la voluntad en las relaciones personales de familia, sin perjuicio de la posibilidad de admisión por las tres posturas o enfoques del derecho de familia como ámbito de orden público.

2. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO DE FAMILIA PERSONALISTA

El derecho de familia personalista se basa en una concepción realista del ser humano y de la vida humana. Siguiendo el pensamiento del profesor Alfonso Santiago (h), puede sintetizarse el personalismo, como

¹ Este trabajo fue realizado por C. Conen en coautoría con la Dra. Ana María Ortelli, y publicado en la revista La Ley del 29 de diciembre de 2003.

la concepción que busca armonizar la persona humana con los grupos sociales y el estado. La persona humana es inseparable de la sociedad humana en la que vive y se desarrolla; siempre es fin en sí misma, nunca medio; siempre sujeto y nunca objeto; siempre alguien y no algo. Junto a ello se proclama el carácter eminentemente social y político de la persona humana, que se manifiesta en la radical insuficiencia humana, en la necesidad de comunicación y complementación de los seres humanos entre sí y en el *sentido sponsalicio* de su existencia. Este último concepto alude a que el sentido de la persona humana es convivir comunitariamente con los demás y para los demás. El carácter social y político de la persona humana no sólo se infiere de su insuficiencia sino de su plenitud, ya que el ser humano sólo se desarrolla acabadamente en la interacción, la comunicación, la comunión y el servicio a los demás.²

Desde la perspectiva personalista, la identidad del matrimonio y la familia y, en consecuencia, de las relaciones personales en el derecho de familia no son una construcción subjetiva del legislador en base a intereses de sectores de individuos o del estado. La familia y, por lo tanto, el derecho de familia tienen una estructura fundamental objetiva derivada de la naturaleza sexual de la persona humana. Reconocemos la identidad real objetiva del matrimonio y la familia identificando la dinámica tendencial de la sexualidad varón-mujer. Tres tendencias básicas de dicha sexualidad modelan la estructura del tipo de unión matrimonial. La *tendencia a la exclusividad* que sintetiza la expresión “deseo estar sólo con vos”; su *tendencia a la permanencia* que manifiesta el “deseo de estar siempre con vos”; y la *tendencia a la fecundidad* que aparece en la actitud de “dar vida nueva” a las cosas o situaciones que se relacionan con hechos especiales de la historia interpersonal de los contrayentes. La máxima expresión de esa fecundidad es dar vida a otro ser humano. La *heterosexualidad*, la *exclusividad*, la *permanencia* durante toda la vida y la *fecundidad* son pues las características objetivas permanentes con que la humanidad a lo largo de la historia ha identificado al matrimonio, con matices culturales secundarios referidos fundamentalmente a la forma de expresión del consentimiento matrimonial.

El matrimonio tiene pues una identidad natural y objetiva. En otras palabras, es una realidad “dada” al legislador positivo en cuanto a sus propiedades: exclusividad y permanencia, y en cuanto a sus fines: complementariedad y procreatividad.³

2 Cfr. SANTIAGO, A. (h), *Bien común y derecho constitucional*, Abaco de Rodolfo Depalma, 2002, pp. 65-66.

3 Lo que forma parte de la esencia del matrimonio es la tendencia al hijo y no el hijo efectivamente nacido (procreación).

La dignidad y la plenitud de la persona humana exigen para su concepción, nacimiento, desarrollo y muerte humanos, un hábitat ecológico adecuado caracterizado por su valoración no sujeta a condición alguna. La unión matrimonial, por su estructura natural exclusiva y permanente y por sus fines, garantiza en grado óptimo dicho hábitat ecológico humano respecto de otras uniones sexuales como las uniones de hecho meramente sentimentales. Esta es la razón por la que el matrimonio es una realidad de interés público. Al estado no le interesa el matrimonio como una mera variante de relación afectiva que los ciudadanos puedan constituir en el ejercicio de su libertad. Al estado le interesa el matrimonio ya que, debido a su estructura natural objetiva, es el hábitat más adecuado para el cumplimiento de las funciones sociales estratégicas de procrear las próximas generaciones de argentinos; criarlos; personalizarlos éticamente o educarlos; socializarlos o integrarlos a la sociedad en la que viven; ser hábitat de amor incondicional y contención primaria de las generaciones más necesitadas (infancia y ancianidad).

¿Quién genera la juridicidad del matrimonio? El casamiento o consentimiento matrimonial, en tanto concreción en un instante presente de una entrega esencial y existencialmente total en tanto varón y mujer, exige un acto voluntario conjunto que tenga la aptitud de producir el efecto de proyección total en el tiempo de dos personas en la complementariedad de su sexualidad. Ese acto humano es “el compromiso” que significa literalmente: *con-pro*(preposición de futuro)-*meter*, o sea meterse en el futuro con el otro contrayente. Puesto que los contrayentes se entregan con la medida del compromiso (no por exigencia caprichosa del legislador sino por la dinámica tendencial natural de su sexualidad y del sentimiento de enamoramiento antes referidos) se “deben” lo entregado. Así se genera la juridicidad intrínseca del matrimonio en clave realista. Existe además una juridicidad extrínseca que es de origen legal pero que no sustituye o suple a la intrínseca y cuyo sentido es regularla sin alterar su identidad natural.

Desde el personalismo, ¿cuál es el sentido del derecho de familia?: permitir a la familia cumplir las funciones sociales estratégicas que su estructura natural garantiza en forma óptima, en la mejor manera posible aun luego de una situación de separación o divorcio. Por eso reconocemos que el derecho de familia es un ámbito de orden público en el que el principio de autonomía de la voluntad no puede alterar la estructura natural objetiva que mejor garantiza el cumplimiento de las funciones sociales estratégicas de la familia.

Creemos que el principio de autonomía de la voluntad sólo existe en el derecho de familia acotado a las situaciones de separación perso-

nal o divorcio, y sujeto a las siguientes limitaciones: 1) que se trate de cónyuges en situación de conflicto que buscan una solución judicial al mismo; 2) canalización a través del convenio regulador de los efectos personales jurídicos luego de la separación o divorcio; 3) concepción del convenio como una vía de ejecución del régimen imperativo legal de orden público y no como sustitución de la ley vigente, y 3) necesidad de homologación judicial.

3. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO DE FAMILIA INDIVIDUALISTA

El derecho de familia individualista se basa en una concepción subjetivista y relativista del ser humano y de la vida humana. “Mientras el personalismo afirma la naturaleza esencialmente social y política del ser humano, especialmente en todo lo que hace a su conducta y actividades, el individualismo parte de la desvinculación originaria de los hombres entre sí. Sostiene también la autonomía moral del hombre, quien se propone a sí mismo sus propios fines y normas de conducta sin condicionamientos objetivos previos. Mientras el personalismo reconoce en el hombre una naturaleza dada por el Creador sin negar por ello el carácter libre y responsable de su actuación, el individualismo plantea la relación con el otro en términos de competencia. El personalismo cree que junto con la natural conflictividad humana existe y puede ser más fuerte el vínculo solidario que nos une a los demás. Aun teniendo en cuenta el egoísmo humano se puede y debe intentar plantear la convivencia social en términos de cooperación y solidaridad y no de mera interrelación o coordinación de intereses”.⁴

Desde una visión individualista del ser humano se perfila un derecho de familia también individualista donde la familia ya no sería una realidad “objetiva” y “dada” al legislador positivo en su estructura fundamental, sino más bien una realidad “subjetiva” comprendida plenamente en el principio de autonomía de la voluntad y regulada por la ley, de forma de dar cabida a los intereses sociales individuales dominantes. De este modo la distinción entre familia y mercado ya no resulta válida, como era hasta hace poco tiempo cuando la familia era concebida como un ámbito íntimo donde las personas se encuentran y se aprecian en forma no condicionada y donde los lazos de sangre o la naturaleza predominan por sobre los intereses subjetivos. La familia, en esa visión, no se diferencia nítidamente del mercado, en cuanto éste es, más bien, el sitio donde los individuos se relacionan asumiendo

roles funcionales de carácter anónimo o impersonal, y donde la libre competencia, la libre elección y los intereses individuales son las claves de su funcionamiento.

Desde el individualismo, la familia y el derecho de familia son concebidos en términos de opciones individuales. Es la realidad de un conjunto de sujetos unidos en función de la satisfacción recíproca de sus intereses propios. De esto se deriva una característica fundamental del derecho de familia individualista: la tendencia a la desregulación y el avance de la autonomía de la voluntad. La retirada del orden público del ámbito del derecho de familia aparece como una característica fuerte cuando se enfatiza el carácter exclusivamente privado de las realidades familiares. Si las cuestiones del amor y del sexo son exclusivamente intersubjetivas, predominantemente impulsivas y marcadamente irracionales, nada tendría que hacer el ordenamiento jurídico en su constitución y desarrollo y el principio de la autonomía de la voluntad tiene amplia cabida con algunas limitaciones imperativas derivadas de la moral relativa y actual de una determinada sociedad y tiempo social. La familia surge sólo como objeto de regulación jurídica en cuanto entidad que cumple funciones asistenciales fundamentales. De ahí que mientras el derecho civil debe retirarse de la regulación de sus efectos personales y patrimoniales internos, la regulación legal que dice relación con las funciones asistenciales, fiscales, y tributarias de la familia tiende a ser cada vez más abundante. Desde esta perspectiva individualista se tiende a la siguiente paradoja: la familia es abandonada por el derecho civil en su conformación y constitución interna, mientras que es excesivamente regulada por el derecho en sus funciones y relaciones externas.⁵

Conforme a lo antes enunciado, pueden concretarse las características del derecho de familia individualista en cuanto a la cuestión analizada en los siguientes puntos:

- a) El matrimonio y la filiación no son realidades objetivas sino subjetivas sujetas a convención o pacto, de acuerdo a los intereses individuales.
- b) Las realidades jurídicas del matrimonio y la familia son sólo extrínsecas. Derivan de la autonomía de la voluntad de los contrayentes a las que el legislador debe dar cabida, las que no deben respetar ninguna realidad objetiva y juridicidad intrínseca.

⁵ Cfr. CORRAL TALCIANI, H., *Claves para entender el derecho de familia contemporáneo*, en “Revista Universitaria” n° 69, 2000, Chile.

⁴ SANTIAGO, A., óp. cit. pág. 81.

- c) El acto jurídico familiar (casarse, procrear, adoptar, etc.) es un acto jurídico privado, no de interés público, sin perjuicio de la intervención de una autoridad estatal cuyo único sentido es ejercer el control de la constitución y de la disolución y la función de registrador.
- d) Hay un orden público familiar relativo y variable, no derivado de su realidad objetiva y su juridicidad intrínseca sino de lo que la ley establezca en base a los intereses individuales dominantes en una sociedad y tiempo histórico.
- e) El principio de la autonomía de la voluntad rige en el derecho de familia con las limitaciones derivadas únicamente del interés superior del niño nacido. Matrimonio y familia son instrumentos al servicio de los intereses individuales de sus miembros y durará lo que la voluntad de sus miembros desee que dure.
- f) Sentido del Derecho de Familia: permitir a los miembros de una familia basada en la pareja estable (no en el matrimonio) la satisfacción de sus intereses individuales. Se pretende que lo jurídico se retire del ámbito interno de las relaciones civiles familiares dejando paso al libre designio de la voluntad de los sujetos implicados y a la regulación legal externa: en lo penal; en lo asistencial, en lo social y en lo procedimental (sobre todo).

A título de ejemplo de la perspectiva iusfilosófica del derecho de familia que consideramos, en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, varias ponencias propusieron la supresión del derecho-deber de fidelidad de los cónyuges y la autonomía de la voluntad de los hijos adolescentes en materia sexual como limitación al derecho-deber de la patria potestad.⁶ Ambas propuestas derivan de una concepción subjetivista e individualista de la realidad familiar que no tiene fundamento en el desarrollo evolutivo objetivo humano, como lo confirman científicamente la antropología de la conyugalidad, la biomedicina, y la psicología evolutiva y de la comunicación.

Ya se ha hecho referencia en este trabajo a la vinculación del derecho-deber de fidelidad conyugal con la tendencia natural de la dinámica de la sexualidad varón-mujer a la exclusividad. Desde una perspectiva subjetivista individualista, la propuesta de supresión de la fidelidad desconoce este aspecto objetivo natural de la estructura jurídica ma-

trimonial que se vincula, en consecuencia, con la plena felicidad de los cónyuges, de los hijos y con la posibilidad del pleno cumplimiento de las funciones sociales estratégicas de la familia en la sociedad contemporánea. Por el contrario, desde una falsa “neutralidad del Estado” se considera la fidelidad conyugal “como una imposición de valoraciones estereotipadas y obsoletas emparentadas con concepciones autoritarias que aspiran a que los órganos del Estado se conviertan en árbitros de formas de vida y de ideales de excelencia humana”.⁷

En las citadas XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil se afirmó que resulta contrario a la dignidad humana la existencia de un vínculo jurídico irrevocable conyugal, sin considerar que también en la adopción plena se constituye un vínculo jurídico irrevocable. La irrevocabilidad del vínculo conyugal y del vínculo paterno-filial derivan de las estructuras objetivas naturales del matrimonio y la relación paterno-filial, frente a las cuales el principio de la autonomía de la voluntad no tiene cabida.

Sin embargo es de destacar que la posición mayoritaria de los profesores de derecho de familia que asistimos a las Jornadas Nacionales aprobamos el siguiente despacho: “Los esposos no pueden dispensarse de los deberes de cohabitación y fidelidad porque forman parte de la ontología de la institución. Pretender lo contrario, invocando la autonomía de la voluntad fundada en el artículo 19 de la Constitución Nacional, importa una desnaturalización del matrimonio y contraría el bien común”.

En las antes mencionadas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, un sector defendió la autonomía de la voluntad de los adolescentes a partir de los 10 años en materia sexual. Esta posición manifiesta un desconocimiento básico de psicología evolutiva, pedagogía familiar y de biomedicina. El adolescente en la antes citada edad manifiesta cambios físicos importantes que lo capacitan para dar la vida humana, pero la capacidad física para fecundar no significa que haya adquirido la capacidad psíquica y espiritual para ser padre o madre. Tampoco están capacitados para tener buenas relaciones sexuales armonizando ternura y sensualidad debido a la emocionalidad primaria que los caracteriza, por la que tienen gran dificultad para dominar sus impulsos y armonizar la diversidad de ritmos y tiempos del varón y de la mujer. La educación de su sexualidad es pues una necesidad objetiva fundamental y esta es responsabilidad de los padres, sin que ellos puedan ser sustituidos en esta función por ser parte esencial del ejercicio de la maternidad y la paternidad.

⁶ Cfr. MIZRAHI, M. L., *Autonomía de la voluntad y decisiones de los padres respecto de sus hijos menores*, en La Ley 26-09-2003.

⁷ Cfr. *ibidem*.

4. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO DE FAMILIA COLECTIVISTA O ESTATISTA

El derecho de familia colectivista se encuentra en el lado opuesto al derecho de familia individualista aunque pueden coincidir en su contenidos, pues tienen en común la concepción subjetivista y relativista de la realidad familiar o la no consideración de la realidad objetiva o natural de su estructura fundamental.

El colectivismo o estatismo resuelve la dialéctica individuo-estado, reduciéndola a uno de sus términos. El individuo no es nada más que una parte del estado, en cuya entidad se disuelve por completo la persona. Toda la realidad humana está reducida y absorbida por el estado como expresa la famosa frase de Mussolini: "*Todo en el estado. Nada contra el estado. Nada fuera del estado*". No hay ámbito humano o social que no quede abarcado íntegramente por el estado. Todo es exclusivamente bien colectivo, razón de estado, exigencias del sistema, sin que quede espacio para un bien personal diferenciado.⁸

Desde una perspectiva colectivista o estatista, las características principales del derecho de familia y de la cuestión de la autonomía de la voluntad serían los siguientes:

1. El matrimonio y la filiación no son realidades objetivas sino estatales: aquello que decida el estado que es en cada momento, si es que el estado decide que sea algo. También puede decidir que no sea nada o casi nada.
2. Las realidades jurídicas del matrimonio y la familia son sólo extrínsecas. Derivan de la regulación legal estatal.
3. El acto jurídico familiar (casarse, procrear, adoptar, etc.) es un acto jurídico estatal. La intervención de la autoridad estatal es constitutiva y disolutiva de las relaciones familiares.
4. Hay un orden público familiar derivado de los intereses estatales del momento histórico.
5. El principio de la autonomía de la voluntad no rige en el derecho de familia.
6. Sentido del Derecho de Familia: permitir al estado el cumplimiento de sus intereses actuales en materia de familia.

CONCLUSIONES

1. No es adecuado el análisis de la autonomía de la voluntad en las relaciones personales de familia elevando la mirada a la Constitución Nacional sólo en su artículo 19. En primer lugar, porque casarse no es sólo una acción privada o personal sino también una acción de interés público. En segundo lugar, porque la norma del artículo 19 debe integrarse con la del artículo 14 bis en lo que se refiere a la protección integral de la familia cuyo presupuesto básico es el respeto a su identidad real o natural.
2. Desde una perspectiva personalista del Derecho de Familia, en la cual el legislador positivo actúa en el marco de la realidad objetiva de la familia derivada de la estructura y dinámica natural de la sexualidad humana, caben formular las siguientes conclusiones del tema que nos ocupa.
3. Las instituciones básicas del derecho de familia: matrimonio y filiación, son realidades naturales objetivas. En otras palabras, sus estructuras fundamentales derivan de la estructura y dinámica natural de la persona y la sexualidad humana.
4. El matrimonio y la filiación son realidades jurídicas intrínsecas, esto es, realidades jurídicas pre-legales y pre-estatales. La juridicidad intrínseca de la relación matrimonial y filial es generada por los mismos contrayentes y padres en el acto jurídico del consentimiento matrimonial y la procreación.
5. La regulación jurídica extrínseca de origen legal del matrimonio y de la filiación natural y adoptiva debe respetar la realidad objetiva natural de sus estructuras y la juridicidad intrínseca de estas instituciones del derecho de familia.
6. El acto jurídico personal familiar (casarse, procrear, adoptar, etc.) es un acto jurídico privado o personal (no estatal) sin perjuicio de la intervención de una autoridad estatal con fines de seguridad jurídica.
7. Hay un orden público familiar derivado de la estructura esencial y por lo tanto permanente de la realidad familiar, que es condición para el pleno cumplimiento de las funciones sociales estratégicas que la familia está llamada a cumplir en la sociedad contemporánea: procrear las próxi-

8 Cfr. SANTIAGO, A., óp. cit., pág. 58.

mas generaciones de argentinos; criarlos; personalizarlos éticamente o educarlos; socializarlos integrándolos adecuadamente a la sociedad argentina; ser hábitat de amor incondicional; y contención primaria de las generaciones más necesitadas (infancia y ancianidad).

8. El principio general es que la autonomía de la voluntad, entendida como la capacidad de los cónyuges de autorregular sus derechos-deberes matrimoniales, no tiene cabida en el derecho de familia.
9. El principio de autonomía de la voluntad, tiene cabida excepcional en las relaciones personales de familia sólo en las situaciones de separación personal o divorcio, sujeto a las siguientes limitaciones:
 - a) Cónyuges en situación de conflicto que buscan una solución judicial al mismo.
 - b) El convenio entre cónyuges como instrumento para determinar y modelar los efectos jurídicos familiares de la separación o divorcio.
 - c) El convenio como vía de ejecución de las leyes de familia y no de sustitución de sus normas de orden público.
 - d) La validez de dichos convenios entre las partes sin perjuicio de que su coactividad requiere la homologación judicial.

Las obligaciones de confidencialidad y asistencia de los cónyuges, ¿siguen vigentes luego de la sentencia de divorcio vincular?

1. PLANTEAMIENTO

La comprensión de las propuestas que se expondrán en este trabajo exige una reflexión previa acerca de la especificidad de la relación matrimonial respecto de otras relaciones sexuales.

2. EL MATRIMONIO COMO REALIDAD JURÍDICA COMUNITARIA

Para poder hacer un análisis realista de las relaciones jurídicas de los cónyuges luego del divorcio vincular, debemos analizar el concepto de matrimonio. La palabra matrimonio alude a dos realidades jurídicas distintas relacionadas entre sí como causa-efecto una de otra. Ellas son: el acto jurídico del consentimiento matrimonial y el vínculo o relación jurídica que nace de ese acto.

Lo que especifica o califica a una relación sexual entre un hombre y una mujer como matrimonial es el vínculo jurídico que surge del pacto matrimonial a través del acto del consentimiento conjunto que prestan los contrayentes. La doctrina nacional es unánime al considerar que el consentimiento matrimonial es la causa eficiente del matrimonio. Sin embargo son pocos los autores que al definirlo hacen referencia a su contenido.²

1 Este trabajo ha sido realizado por C. Conen en coautoría con la Dra. Ana María Ortelli, y ha sido publicado en la *Revista Doctrina Judicial* de la Editorial La Ley de marzo de 2003.

2 Mazinghi sostiene que "el consentimiento es la coincidencia de dos voluntades en un punto predeterminado, que es el contenido del matrimonio" MAZZINGHI, J. A., *Derecho de Familia*, T 1, 2ª edición actualizada, Ábaco, Buenos Aires, 1983, pág. 181. Sambrizzi define el matrimonio en los siguientes términos: "consiste en el acto de la voluntad expresado por hombre y mujer, por el cual ambos se unen en matrimonio de conformidad a las normas legales" SAMBRIZZI, E. A., *El consentimiento matrimonial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 10. Belluscio conceptúa el matrimonio como "la voluntad de cada uno de los contrayentes de unirse al otro con sujeción a las reglas legales a que está sometido el vínculo conyugal", BELLUSCIO, A. C., *Manual de Derecho de Familia*, T 1, 5ª edición actualizada, Buenos Aires, 1991, pág. 187.