

Sobre el derecho de familia y los negocios jurídicos familiares

About Family Law and the family legal business

*Mabel Rivero de Arhancet**

Universidad de la República, Uruguay,
<rivarace@adinet.com.uy>

RESUMEN. Nos proponemos referirnos brevemente al derecho de familia con la finalidad de identificar los elementos sustanciales que lo constituyen, distinguiendo, dentro de las relaciones jurídicas que se originan en él, aquellas reguladoras de las relaciones personales entre sus miembros y aquellas reguladoras de las relaciones patrimoniales que derivan de la situación familiar. Tales relaciones patrimoniales se referirán a las que regulan los derechos de los progenitores en cuanto administradores de los bienes de sus hijos, así como a aquellas que regulan el régimen de bienes entre los cónyuges —o sea, lo que se denomina *sociedad conyugal*— y al régimen de bienes entre las personas a quienes se aplica la Ley de Unión Concubinaria, con el propósito de vincular las normas del derecho de familia con las del derecho civil que entendemos aplicables.

PALABRAS CLAVE. Familia. Derecho de familia. Negocio jurídico familiar.

* Profesora titular (grado 5) de Derecho de Familia, Sociedad Conyugal y Sucesiones en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay y de Derecho Privado VI en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

ABSTRACT. We propose to refer briefly to the family law in order to identify the substantial elements constituting it, distinguishing within the legal relationships arising therein, those regulating personal relations between its members, those regulating economic relations that derive from the family situation. Such economic relations relate to which regulate the rights of parents in the stewards of their children, such as those governing the regime of property between spouses or what is called community property, as well as the regime of goods between those persons to whom the union law applies cohabitation with the purpose of linking standards to those of the Civil law family law I understand applicable.

KEYWORDS. Family. Family Law. Business legal family.

1.

FAMILIA

Como su designación lo indica, el derecho que tratamos está íntimamente vinculado a la familia, a pesar de las dificultades con las que tropieza el intérprete a la hora de dar una respuesta clara e indiscutida en cuanto al concepto *familia*.

La importancia de la familia dentro del ordenamiento jurídico uruguayo se encuentra como punto de partida en el artículo 40 de la Constitución, que declara que la familia es la base de nuestra sociedad y que el Estado velará por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad.

2.

DERECHO DE FAMILIA

No parece desacertado visualizar el derecho civil como un océano dentro del cual un continente importante lo constituye el derecho de familia, el que, de acuerdo a lo reflexionado por CESTAU, está constituido por el conjunto de normas que regulan la constitución, la vida y el fin de la familia.

Hablamos exclusivamente de derecho civil, a pesar de los intentos de unificar el derecho civil y el derecho comercial, como lo ha señalado ALTERINI,¹ pues es nuestro propósito vincular las normas del derecho de familia con las del Código Civil.

Entendemos que surge del texto constitucional la idea de que familia apareja también presencia de hijos, pero aceptamos que no lo es como elemento sustancial —en cuanto a que

¹ Atilio Aníbal ALTERINI, “Bases para armar la teoría general del contrato en el derecho moderno”, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, n.º 3, Montevideo, 2006.

la falta de estos no impide la idea de conformación de familia—, sino que usualmente los hijos son parte de la familia.

Sociológicamente ello ha sido así en la medida en la que la presencia de hijos ha sido habitual en las familias, pero al día de hoy ha descendido notablemente el número de hijos, como surge de un informe de la consultora Wanda Cabella publicado por el Instituto Nacional de Estadística (INE) en el año 2009.²

Según expresa la autora, son conocidos los profundos cambios en la dinámica de formación de familias y la convivencia familiar, la reducción de la cantidad de matrimonios, el aumento de las uniones consensuales, el hecho de que las mujeres tienen menos hijos y cada vez más lo hacen fuera del contexto del matrimonio legal.

Indica que los cambios en la familia se han acompañado de un descenso muy importante en el nivel de la fecundidad, que ha tendido a situarse muy por debajo del nivel de reemplazo en la mayoría de los países de Europa occidental. Añade que los autores nórdicos Ronald LESTHANGHE y Dirk VAN DE KA fueron los primeros que en 1986 adoptaron el término *segunda transición demográfica* para dar cuenta de los grandes cambios que estaban ocurriendo en el ámbito de la vida familiar.

A pesar de todos los cambios que presenciamos, y que toma en cuenta el INE, en cuanto a las distintas estructuras familiares, es del caso señalar que bajo distintos ropajes las personas siguen uniéndose para vivir en el cobijo que presta la familia.

Cuando hablamos del *cobijo familiar* nos referimos a que las personas comparten un proyecto de vida con la colaboración mutua, ya sea material como espiritual, y con el ánimo de proyectarse en el futuro en su descendencia, a quien transmiten sus valores. Ello se mantiene más allá del pasaje de la familia patriarcal a la familia nuclear, a pesar de los cambios que refiere MEDINA.³

Estos elementos que señalamos permiten distinguir otras formas de convivencia que también el INE tuvo en cuenta, al referirse a personas que conviven con otra finalidad, compartiendo sus gastos, y ello en atención a distintos intereses de sus integrantes —razones laborales, religiosas, de salud, etcétera—. FANZOLATO⁴ las identifica como *convivencias de ayuda mutua*.

Es decir que, en definitiva, las personas prosiguen conviviendo, en el matrimonio o fuera de él; convivencia de la que por lo general nacen hijos (en una progresión descendente,

² Informe de UNIFEM sobre hogar y familia, disponible en <www.ine.gub.uy/censos 2011>.

³ Graciela MEDINA, *Daños en el derecho de familia*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002.

⁴ Eduardo Ignacio FANZOLATO, *Derecho de familia*, Córdoba: Advocatus, 2007.

como hemos señalado), con lo que se crean relaciones de parentesco entre los integrantes, anudados sí por una red vinculatoria que les origina distintos derechos y deberes.

Dicha red vinculatoria estuvo en un primer momento originada en el matrimonio, pero con el transcurso de los años se desechó la exigencia del vínculo matrimonial, como sucedió con la ley 15855, del 25 de marzo de 1987, que modificando sustancialmente el régimen sucesorio reconoció iguales derechos hereditarios a los parientes del causante, abstracción hecha de la naturaleza del parentesco que hayan tenido con él.

Finalmente, con el Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA, ley 17823, del 7 de setiembre de 2004) el legislador reconoció a texto expreso la existencia de una familia no originada en el matrimonio, a la que denominó *familia de hecho*.

Ello estuvo previsto en el artículo 51.3, cuando dispuso el deber alimentario del concubino o la concubina respecto a los hijos del otro integrante de la pareja que no son fruto de esa relación, si conviven todos juntos conformando una familia de hecho.

3.

EL DERECHO DE FAMILIA Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO

Nos referiremos someramente a los principios generales de derecho y en especial a los específicos del derecho de familia, en virtud de la importancia que todo el ordenamiento jurídico nacional y los instrumentos internacionales les otorgan.

3.1. CONCEPTO DE PRINCIPIOS JURÍDICOS

Enseña CASTÁN TOBEÑAS⁵ que los problemas relativos a la naturaleza y el sentido de los principios generales del derecho han sido y siguen siendo objeto de acaloradas discusiones.

Las distintas posiciones que se han dado pueden referirse a dos grandes corrientes: una filosófica o iusnaturalista y otra positiva o histórica, sin perjuicio de la existencia de algunas doctrinas eclécticas que combinan ambas.

La posición jusnaturalista ha considerado que los principios generales de derecho son aquellos principios de justicia, revelados por la razón y la conciencia, que encierran una verdad jurídica universal.

⁵ José CASTÁN TOBEÑAS, *Teoría de la aplicación e investigación del derecho*, Madrid: Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones, 1947.

Por su parte, MESSINEO⁶ identifica los principios generales como el tejido conjuntivo del entero ordenamiento jurídico, principios cuya reconstrucción es posible mediante un procedimiento lógico que arranca de lo particular y va hacia una progresiva y cada vez más amplia generalización (procedimiento inductivo).

CASTÁN TOBEÑAS,⁷ en posición que compartimos, entiende que, si bien las exigencias de la unidad del sistema obligan a suplir los vacíos y deficiencias de una legislación con los propios principios que la informan, siempre podrán servir los principios del derecho natural, en primer lugar, de elemento auxiliar para indagar y esclarecer los del derecho vigente, y, en segundo término, de elemento complementario para suplir sus lagunas cuando se agote la potencia normativa del sistema jurídico positivo.

La importancia de los principios generales de derecho en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra no solamente en la referencia que hace de ellos el Código Civil cuando trata de la interpretación de la ley (artículo 17), también en el texto constitucional encontramos tal referencia en el artículo 332, y lo mismo en el Código General del Proceso al referirse también a la interpretación de las normas procesales (artículo 14).

3.2. PRINCIPIOS GENERALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO URUGUAYO

En la medida en que el derecho tiene como finalidad regular las relaciones de las personas entre sí, entendemos que el reconocimiento de sus derechos sustanciales en tanto personas, y aquellos reguladores de su relación, serán los principios orientadores a la hora de dar una respuesta a las interrogantes generadas en distintas situaciones.

Así, el principio de dignidad de las personas —derecho que da cobijo a múltiples derechos humanos—, el derecho a la igualdad, a la diferencia, a la convivencia ordenada y fundada en la buena fe, y a la solidaridad, creemos que son principios invocables para las distintas situaciones en las que se encuentren las personas.

3.3. PRINCIPIOS ESPECÍFICOS EN EL DERECHO DE FAMILIA

En trabajo que hemos hecho con la escribana Beatriz RAMOS⁸ nos hemos referido a este tema, cuyos lineamientos se siguen en esta parte.

⁶ FRANCESCO MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial*, tomo I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979.

⁷ CASTÁN TOBEÑAS, o. cit.

⁸ MABEL RIVERO DE ARHANCET y BEATRIZ RAMOS CABANELLAS, "Principios aplicables en las relaciones de familia", en *Revista de Derecho*, n.º 4, Montevideo: Universidad Católica del Uruguay y Fundación Konrad Adenauer, 2009.

Si bien entendemos que son aplicables al derecho de familia la mayor parte de los principios generales de derecho —algunos de ellos con distinto peso en el derecho de familia personal que en el patrimonial—, también entendemos que existen principios jurídicos específicos para el derecho de familia.

Al tratar este punto nos referiremos a aquellos principios que entendemos fundamentales, admitiendo que algunos de ellos no son específicos del derecho de familia pues lo trascienden, como lo son aquellos que tienen que ver con la persona en cuanto tal.

3.3.1. Principio básico esencial: el reconocimiento de la familia como base de nuestra sociedad

Ya ha señalado MESSINEO que la familia es una unidad orgánica y está regida por principios unitarios.

En Uruguay y en lo referido a la familia, la Constitución Nacional en el artículo 40 le reconoce a esta un rol fundamental al decir que es la base de nuestra sociedad. En el mismo artículo dispone que el Estado velará por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad.

Consideramos que de este artículo y de los subsiguientes del texto constitucional surge un principio general: *el reconocimiento de la familia como base de nuestra sociedad*.

Ello no significa, sin embargo, reconocer a la familia en tanto institución un derecho prioritario que permita desconocer los derechos de sus integrantes, en especial de los más vulnerables.

3.3.2. Respeto a la identidad personal

Si bien el tema *identidad* trasciende el derecho de familia, no es posible desconocer la importancia que supone para él, en la medida en que la familia está integrada por personas que deben encontrar su protección primaria y esencial dentro de ella.

Cuando hablamos de *identidad* lo hacemos partiendo de la identidad biológica, que, como ha dicho LLOVERAS, es el derecho que tiene toda persona de:

[...] conocer su propia génesis, su procedencia, aspiración connatural al ser humano, que, incluyendo lo biológico, lo trasciende. Tender a encontrar las raíces que den razón del presente a la luz de un pasado que, aprehendido, permita reencontrar una historia única e irreplicable (tanto individual como grupal) [...].⁹

⁹ Nora LLOVERAS, *Nuevo régimen de adopción. Ley 24779*, Buenos Aires: Depalma, 1998.

Es decir que todas las personas tienen derecho a conocer su origen, principio que ya encontramos en el Código del Niño de 1934 (hoy derogado), cuando disponía que todo niño tiene derecho a saber quiénes son sus padres, y ello sin perjuicio de su reconocimiento en el Código de la Niñez y la Adolescencia, inspirado a su vez en la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

3.3.3. Respeto a su identidad sexual

Sin duda el sexo es de gran importancia para la persona, pues tiene que ver con su propia y más íntima identidad.

FERNÁNDEZ SESSAREGO¹⁰ distingue entre *identidad sexual estática y dinámica*. La primera refiere al sexo que tiene una persona al nacer (varón o mujer). La segunda refiere al género con el cual la persona se identifica. En general las dos facetas coinciden en una persona; sin embargo, hay sujetos en los cuales esto no sucede, como es el caso de los transexuales, que son personas que nacieron con un sexo pero se sienten como pertenecientes al sexo opuesto. Es decir, se identifican con un género distinto al de su nacimiento.

La ciencia ha dado cierta respuesta a estas personas, y en determinadas situaciones y luego de muchas pruebas se han realizado las usualmente conocidas como *operaciones de reasignación de sexo*. Estas intervenciones quirúrgicas han generado en los sujetos intervenidos la lógica inquietud por rectificar su partida de nacimiento para adecuarla a la nueva realidad social que les toca vivir, esto es, vivir la vida desde un nuevo sexo.

Al respecto debe mencionarse la ley 18620, que admitió la posibilidad de modificar la documentación de aquellas personas cuya identidad de género no coincidía con su identidad sexual adjudicada.

En este sentido, el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1.º Turno¹¹ se ha referido a un pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia que expresó:

Entre esos derechos esenciales o humanos, propios de la dignidad de toda persona, figuran los derechos de la personalidad, entre los cuales es posible distinguir nítidamente el de su propia identidad. [...] una persona debe ser una sola desde el plano físico y desde el plano síquico. Debe estar integrada y no, diríase, desgajada en dos [...] Porque ello supone una disociación inadmisibles que rompe esa integridad existencial a la que tiene derecho toda persona humana en tanto su dignidad lo requiere para reconocerse a sí misma.¹²

¹⁰ Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires: Astrea, 1994.

¹¹ Sentencia 207/004 (Maggi [r], Cantero y Pérez Manrique).

¹² Sentencia 139/97 (Marabotto [r], Cairoli, Torello, Alonso de Marco y Mariño).

3.3.4. Principio de solidaridad

El principio de solidaridad trasciende claramente el derecho de familia, pero es dentro de las relaciones de familia un principio esencial.

Tal principio ha sido recogido por diversas normas de nuestro ordenamiento jurídico; por ejemplo, entendemos que el CNA lo ha formulado en su artículo 45 cuando refiere a la asistencia familiar, o el Código Civil al disponer la obligación alimentaria en favor de determinados integrantes de la familia (artículos 116 a 119) y entre los cónyuges (artículo 129).

También múltiples fallos judiciales lo han receptado, especialmente en materia de alimentos.

Es difícil definirlo, pero entendemos que significa un recíproco involucramiento de los integrantes de la familia que los lleva a ayudarse mutuamente a solventar sus necesidades materiales y espirituales.

3.3.5. Principio de interés superior del niño y adolescente

También este principio trasciende el derecho de familia pues no es exclusivo de ella, pero no por eso deja de ser específico de este derecho.

Este principio está consagrado en instrumentos internacionales como la Convención de los Derechos del Niño y en nuestro derecho expresamente previsto en el artículo 6.º del CNA, que lo identifica como el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana, el que no podrá ser invocado para menoscabar tales derechos.

Más allá de la definición que realiza el CNA, entendemos que el interés superior del niño es un derecho subjetivo. Este derecho subjetivo le debe permitir lograr su plena capacidad corporal, intelectual y social, como surge del artículo 41 de la Constitución de la República.

3.3.6. Principio de derecho del menor de edad a vivir en familia

Esto se observa en el CNA, y surge de las normas correspondientes que el derecho debe gozarse en primer lugar en la familia de origen, y si eso no es posible, en familias sustitutas.

4.

INGRESO A LA CONVIVENCIA FAMILIAR

Ahora bien, a la hora de preguntarnos cuáles son las vías por las que las personas ingresan entonces originariamente en las distintas formas de convivencia, podemos aceptar que lo hacen, o por actos naturales, como es el caso en que comienzan a convivir sin más atadura que las voluntades al respecto, sin reconocimiento de vínculos jurídicos entre sus integrantes, o mediante negocios jurídicos de naturaleza familiar, como es el caso del matrimonio.

Cuando decimos que el ingreso a esas distintas formas de convivencia familiar se origina en actos naturales sin trascendencia jurídica expresamente prevista por el legislador, debemos señalar que ello fue así hasta que en diciembre del año 2007 se sancionó la Ley de Unión Concubinaria, n.º 18246, que a nuestro entender permite referirnos a un concepto restringido de familia de hecho, en la que la convivencia cumple un papel fundamental.

Hasta entonces, el ingreso al estado legal de familia tenía lugar solamente recurriéndose al negocio jurídico matrimonio.

5.

MATRIMONIO NEGOCIO JURÍDICO FAMILIAR

Identificamos el matrimonio como negocio jurídico familiar, acto jurídico cuya definición ha sido dada por distintos juristas, pero todas ellas están caracterizadas por tratarse de manifestaciones de voluntad en busca de una finalidad legalmente aceptada.

Así CARIOTA FERRARA¹³ expresa que los negocios jurídicos son manifestaciones de voluntad dirigidas a un fin práctico tutelado por el ordenamiento jurídico.

Por otro lado BARASSI,¹⁴ luego de decir que de las disposiciones del Código Civil italiano surge la equivalencia entre las expresiones *negocio jurídico* y *acto jurídico*, expresa que en el negocio jurídico es necesaria no solamente la voluntad del acto, sino también de su contenido.

PLANIOL y RIPERT,¹⁵ al referirse a la teoría general de los actos jurídicos, expresan que se da el nombre de *actos jurídicos* a los actos realizados únicamente con el objeto de producir uno o varios efectos de derecho, pero lo hacen sin referirse a los negocios jurídicos.

¹³ Luigi CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, Madrid: Aguilar, 1956.

¹⁴ Ludovico BARASSI, *Istuzioni di Diritto Civile*, Milán: Giuffrè, 1946.

¹⁵ Marcel PLANIOL y Georges RIPERT, *Derecho civil*, México: Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1996.

Al respecto CARIOTA FERRARA¹⁶ distingue entre actos jurídicos en sentido estricto y negocios jurídicos, entendiendo que en estos últimos se requiere una *voluntad dirigida* a un fin tutelado por el ordenamiento jurídico, en cuanto voluntad del contenido y del fin de la manifestación.

Aceptando, pues, que el matrimonio constituye un negocio jurídico de naturaleza familiar, será necesario referirnos a las relaciones jurídicas, que ALBADALEJO¹⁷ define como aquellas situaciones en las que se encuentran varias personas entre sí, reguladas orgánicamente por el derecho partiendo de un determinado principio básico.

Cuando hablamos de las relaciones jurídicas originadas en el matrimonio es necesario distinguir su naturaleza, según se trate de relaciones personales entre cónyuges, o entre cónyuges e hijos, o se trate de relaciones patrimoniales derivadas del matrimonio.

5.1. RELACIONES PERSONALES EMERGENTES DEL ESTADO MATRIMONIAL

Las relaciones personales entre los cónyuges o entre estos y sus hijos, o sea, entre progenitores e hijos, están enmarcadas dentro de lo que se denomina *derechos y deberes*, a diferencia de las que se originan cuando se trata de derechos y obligaciones.

Esto ha dado lugar a discrepancias en la doctrina, y podemos comprobar que el propio codificador empleó indistintamente los términos *obligaciones* y *deberes*, ya que al capítulo IV del libro I lo identifica como “De las *obligaciones* que nacen del matrimonio”, y a continuación, en la sección I, refiere a los *deberes* de los esposos para con sus hijos y de su *obligación* y la de otros parientes a prestarse recíprocamente alimentos.

En el artículo 127 del Código Civil el codificador declara que los esposos *deben* fidelidad mutua y auxilios recíprocos, y en el último inciso (en redacción derivada de la ley 18246) dice que la *obligación* de fidelidad cesa si los cónyuges no viven de consuno.

La diferencia fundamental entre deber y obligación radica en que la relación jurídica que se crea entre los sujetos conlleva la posibilidad de que el acreedor de una obligación pueda exigir al obligado a que cumpla con su obligación, pero ello no puede exigirse al sujeto pasivo de un deber.

Así, un cónyuge no puede obligar al otro a que cumpla con el deber de fidelidad que le impone el artículo 127 del Código Civil, sin perjuicio de las consecuencias legalmente

¹⁶ CARIOTA FERRARA, o. cit.

¹⁷ Manuel ALBADALEJO, *Compendio de derecho civil*, Barcelona: Bosch, 1954.

derivadas del incumplimiento de tal deber que afectarán al incumplidor, pero no existe la posibilidad de obligarlo al cumplimiento de su deber.

El deber de respeto de los hijos hacia sus padres a que hace referencia el artículo 256 del Código Civil, independientemente de la edad de aquellos, podrá traer como consecuencia la posibilidad de desheredación de tales hijos, como dispone el artículo 900 del Código en caso de que la falta de respeto sea calificada como injuria. Pero no puede obligarse al cumplimiento del deber de respeto.

Por el contrario, tratándose de obligaciones, el acreedor podrá exigir y accionar contra el deudor para lograr el cumplimiento de la obligación, ya se trate de obligaciones de dar (artículo 1333 del Código Civil) como de hacer o no hacer (artículo 1338), y su falta de cumplimiento podrá dar lugar a reclamar los correspondientes daños y perjuicios.

Lo expresado no deja de tener validez por el hecho de que el legislador hable impropriadamente de *obligación* de alimentos, tema específico del derecho de familia personal. Entendemos que lo que existe es un *deber* genérico de alimentos declarado por el legislador respecto de aquellas personas que se encuentren en las situaciones previstas por el propio legislador.

Es interesante tener en cuenta lo que al respecto ha dicho HUSSAREK, mencionado por Giorgio Bo,¹⁸ en cuanto a que tanta es la influencia de los elementos morales que presiden el surgimiento de los vínculos alimentarios en el derecho de familia que esta obligación se configura no como una obligación patrimonial, sino como un deber familiar cuyo cumplimiento implica un sacrificio económico.

La extrapatrimonialidad del deber de alimentos surge además de los textos legales al respecto, que permiten la prescripción de los alimentos atrasados, como surge del artículo 1222 del Código Civil, es decir, de aquellos que se patrimonializaron, pero tal prescripción no impide solicitar los alimentos futuros a que tenga derecho el acreedor alimentario, en la medida en que se está reclamando el derecho a la vida por medio de ellos.

5.2. RELACIONES PATRIMONIALES EMERGENTES DEL ESTADO MATRIMONIAL

Distinguimos *relaciones personales* de *relaciones patrimoniales*, pero es del caso tener en cuenta que tanto unas como otras son relaciones jurídicas de naturaleza familiar.

Tal naturaleza, más allá de la aplicación de los principios y normas reguladoras de los negocios jurídicos en general, tienen con un matiz muy especial aquellas que son de

¹⁸ Giorgio Bo, *Il diritto degli alimenti*, Milán: Giffè, 1935.

naturaleza familiar, aun cuando se trate de relaciones patrimoniales emergentes del estado matrimonial.

En estos casos, en principio, el legislador ha limitado la autonomía de la voluntad de los cónyuges en lo que tiene que ver con los bienes que conforman la denominada *sociedad conyugal*. La mantendrán en la medida en que otorguen capitulaciones matrimoniales que lleven a la no aplicación de las normas reguladoras de lo que el codificador ha denominado *sociedad conyugal*.

Lo contrario sucede, por ejemplo, en el caso en que, aplicable el régimen legal de bienes, uno de los cónyuges quiera enajenar o gravar con derechos reales determinados bienes gananciales. Necesita para ello la intervención del otro esposo, como lo requiere expresamente el Código Civil en su artículo 1971, a diferencia de lo que sucedería si el titular del bien fuese soltero.

Incluso es del caso señalar que el propio codificador, en el artículo 1965.6 (último inciso), en norma que entendemos debe derogarse, lleva a que uno de los esposos pierda la propiedad del terreno en el cual se edifique durante el matrimonio, con la consecuencia de que se ganancialicen terreno y construcción, norma que lleva actualmente a resultado adverso a aquel que motivó el texto.

Ciertamente, nadie va a querer que se construya en su terreno propio si ello conlleva perder la propiedad, aun con la expectativa de reclamar una recompensa al disolverse la sociedad conyugal, recompensa que puede ser ilusoria de acuerdo al conjunto de bienes gananciales y deudas sociales que afecten la masa ganancial.

Así, una norma que pretendió fomentar la construcción, como refiere VAZ FERREIRA,¹⁹ explicable cuando el marido era quien administraba todos los bienes, tanto los gananciales como los de la esposa, se torna en norma que la desalienta, ya que, como decimos, es de pensar que no se quiera construir en terreno propio si ello significa perder la propiedad del terreno y de lo que en él se construya.

6.

ESTADO MATRIMONIAL

Al tratar el tema referido a los negocios jurídicos familiares, tomaremos como punto de partida el estado matrimonial, ya que este es una usina en cuanto productor de derechos

¹⁹ Eduardo VAZ FERREIRA, *Tratado de la sociedad conyugal*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1996.

y deberes en las relaciones personales entre sus miembros, o derechos y obligaciones en las relaciones patrimoniales derivadas de él.

Es así que en ese estado matrimonial se originan derechos y deberes entre cónyuges, y entre cónyuges respecto a sus hijos.

El legislador, en los artículos 127 y siguientes, se ha referido esquemáticamente a los derechos y deberes entre los esposos, y sin perjuicio de ello, en el articulado referido a las causales de separación y divorcio (artículo 148 del Código Civil) podemos encontrar implícitamente los deberes que impone el estado matrimonial. Ello en la medida en que las causales llevan implícitamente comprendidos aquellos derechos afectados por la conducta del cónyuge que legitiman al otro a pretender la disolución del vínculo conyugal (por ejemplo, la injuria como causal de divorcio lleva implícito el deber de respeto que se deben los cónyuges, aunque este no aparezca declarado expresamente en los textos correspondientes).

Los derechos y deberes de los padres respecto a sus hijos aparecen enunciados en el articulado del Código Civil correspondiente a patria potestad —artículos 252 y siguientes—, sin perjuicio de tener en cuenta los derechos de niños y adolescentes a que refiere el Código de la Niñez y la Adolescencia.

Estos nuevos textos legales han llevado a que se discuta si dicha institución jurídica ha sobrevivido luego de la vigencia del código mencionado. Al respecto entendemos que es indudable la presencia de la patria potestad en nuestro ordenamiento jurídico, ejercida desde los derechos de los hijos y los deberes de los padres.

Es más, siempre hemos entendido que los deberes de los padres hacia sus hijos no devienen del ejercicio de la patria potestad, sino del hecho de la procreación, habiendo dado respuesta el artículo 41 de la Constitución al tema referido a los deberes de cuidado y protección de los padres hacia sus hijos, estén estos o no bajo la potestad de sus padres.

Entendemos por lo tanto que, cuando el legislador regula los derechos y deberes de los padres hacia sus hijos o entre los cónyuges, lo hace aplicando los principios fundamentales que informan el derecho de familia: el reconocimiento del rol fundamental de la familia, el principio de solidaridad entre sus miembros, la protección de sus integrantes más vulnerables, la dignidad de sus miembros en tanto personas con todas las consecuencias derivadas de ello, por mencionar simplemente aquellos que entendemos prioritarios.

Cuando los integrantes de la familia viven en armonía, más allá de las desinteligencias ocasionales e inevitables que surjan entre sus miembros, no será usual el recurrir a la justicia.

7.

CONVENCIONES REFERIDAS A SITUACIONES DE FAMILIA

Al contrario, cuando surgen desavenencias entre los cónyuges, es usual reclamar la intervención del juez letrado de Familia a los efectos de dar una respuesta a tales desavenencias, o, al contrario, los propios esposos pueden regularlas mediante convenciones que usualmente son sometidas a la aprobación judicial, entendiéndose que esta confiere valor de sentencia a lo convenido.

En la *Revista de Derecho de Familia*²⁰ tratamos el tema vinculado al negocio jurídico familiar, aceptando que a él se aplican todas las normas reguladoras de los negocios jurídicos, sin perjuicio de tener en cuenta la especificidad derivada del derecho de familia.

Más allá de ese estudio referido al negocio jurídico familiar, en la *Revista de Derecho de Familia* n.º 4, CAUMONT, con su brillo habitual, emite conceptos que no compartimos en su totalidad, por cuanto entiende que, aceptándose que “los asuntos de menores y de familia están calificados por una naturaleza social especial —aserto para cuya concepción se aplican valores ordenados en determinada escala conformada también por criterios axiológicos técnicamente relativos— las normas y conceptos que deben aplicarse para dilucidar las cuestiones conflictuales en tales materias no deben provenir [de] áreas externas dispuesta[s] para el tratamiento de problemáticas insusceptibles de asimilación con aquellos”.²¹

Más allá de la confusión derivada de la redacción equívoca no atribuible al autor, entendemos que no es criticable la intervención de áreas externas en la dilucidación de conflictos en las que se ven envueltos los niños, y que el tan mentado interés superior del niño o de la familia no se agota, como reclama el autor, “en el cumplimiento de las leyes del país del cual son componentes personales al extremo de ser asimismo responsables de instrumentar los cambios que se crean convenientes”.²²

La propia redacción del Código de la Niñez y la Adolescencia permite una interpretación distinta a la reclamada por nuestro brillante profesor, sin que ello signifique validar el desorden procesal que efectivamente reprocha CAUMONT a los referidos procesos de familia

²⁰ Mabel RIVERO DE ARHANCET, “Aproximación al negocio jurídico familiar”, en *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, n.º 6, Montevideo, 1991.

²¹ Arturo CAUMONT, “Introducción al estudio de la teoría general del negocio jurídico como marco referencial de los convenios respecto de menores”, en *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, n.º 4, Montevideo, 1989.

²² *Ibidem*.

y menores, desorden que no es inusual, que dificulta la actividad procesal de las partes y la recurribilidad de los pronunciamientos judiciales.

En el mencionado estudio de CAUMONT en la *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, el autor afina su investigación sobre la naturaleza de los convenios respecto de menores.

Cuando MESSINEO²³ califica los negocios jurídicos desde el punto de vista de su contenido, lo hace refiriéndose a los negocios dispositivos con sus distintas variaciones, a los negocios meramente obligatorios y finalmente a los negocios de declaración de certeza.

Estos últimos tienen la finalidad de eliminar la falta de certeza respecto a la consistencia y el alcance de una relación jurídica o de una situación ya existente, o aun con la finalidad de determinar la parte material que corresponde a cada titular de un derecho, como es el caso de la división (partición), pero sin modificar un derecho ya existente.

Al respecto y en forma similar, señala CAUMONT en la revista mencionada, en posición que no tenemos inconveniente en compartir, que en el extremo final de la categoría de los negocios jurídicos se encuentran aquellos de accertamiento o fijación, con naturaleza declarativa pero no obstativa a la creación de su propio marco insusceptible de no ser respetado y cumplido.

8.

ESPECIFICIDAD DE LOS CONVENIOS REFERIDOS A MENORES DE EDAD

Ciertamente que lo acordado debe ser cumplido y no queda librado a la voluntad exclusiva de uno de sus componentes (artículo 1253 del Código Civil), y de acuerdo al artículo 1291 lo acordado es ley entre las partes.

Debemos sin embargo recordar que lo acordado en el negocio jurídico constituido por los convenios referidos a menores tiene la particularidad de que su cumplimiento estricto queda sujeto a que no haya variaciones en las situaciones que originaron tales acuerdos, lo que es ampliamente tratado y conocido en doctrina como la aplicación del principio *rebus sic stantibus*, que permite entonces la no aplicación del principio *pacta sunt servanda*.

Tal principio, aplicable sin discusión a situaciones vinculadas a guarda, tenencia y alimentos de menores, está vinculado a la buena fe exigible a quienes acuerdan.

²³ MESSINEO, o. cit.

Al respecto tenemos normas especiales referidas a los alimentos que permiten su modificación en función de las necesidades del acreedor y la variación en la situación económica del deudor, como surge de los artículos 123 del Código Civil y 55 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

También la modificación de lo acordado o resuelto en lo referido a la tenencia y visitas de los menores de edad surge de las disposiciones del Código de la Niñez y la Adolescencia, ya que las referencias al interés del niño abren la puerta a una posible modificación de lo acordado.

CAUMONT ubica entonces los convenios celebrados respecto a los hijos menores en esa identificación de los negocios jurídicos de accertamento, los que en definitiva permiten que las obligaciones familiares originadas en la ley puedan ser reguladas por vías extralegislativas en cuanto no existan normas legales que lo prohíban.

Deberán por lo tanto respetarse las normas que específicamente regulan las relaciones de progenitores e hijos, y ello en convenios que no pueden dejar de cumplirse inmotivadamente, negocios jurídicos en definitiva a los cuales deben aplicarse los principios y normas reguladoras de tales negocios. Entre ellos el de buena fe —aplicable a todos los negocios jurídicos—, el de reconocimiento de la familia como base de nuestra sociedad, el de solidaridad familiar —específico para las relaciones de familia—, el de la protección de los componentes más vulnerables de la familia y, en fin, aquellos que previamente hemos mencionado.

Respecto a la buena fe, en España, DE LOS MOZOS ha dicho que la buena fe juega en el derecho fundamentalmente como un principio general y tiene como objeto alcanzar la justicia en el plano de las relaciones humanas, preservando la libertad de los sujetos que en ella intervienen, principio impregnado de moral o ética.

En sentencia del Tribunal Supremo de España del 11 de mayo de 1992 se dijo que la buena fe constituye una noción omnicomprendensiva como equivalente al ejercicio o cumplimiento con la propia conciencia, que contrasta debidamente con los valores de la moral, honestidad y lealtad en las relaciones de convivencia, de cuyas normas sobresale que se trata de una regla de conducta inherente al ejercicio o cumplimiento de los derechos que se cohonesta con el fuero interno o conciencia del ejerciente, y por último que se apruebe o sea conforme con el juicio de valor emanado de la sociedad.

En las distintas sentencias que hemos podido apreciar dictadas por el Tribunal Supremo de España, aparece como una constante el comportamiento justo, legal, honrado y lógico como elementos identificatorios del principio de buena fe.

También en Uruguay, y refiriéndonos a la jurisprudencia respecto al tema *buena fe*, es interesante mencionar el trabajo de GAMARRA,²⁴ el cual identifica distintos comportamientos que fueron calificados por nuestra jurisprudencia en función de la buena fe.

Aunque el trabajo de GAMARRA se refiera a la buena fe contractual, entendemos que, en la medida en que los negocios jurídicos puedan ser identificados como tales —sea como contratos o como convenciones—, es posible aplicar su estudio de la buena fe también a las convenciones o acuerdos.

Refiere GAMARRA que existen distintas especies de buena fe:

1. La buena fe excluye que las partes contratantes puedan ejercer sus poderes de un modo formalmente lícito pero sustancialmente desleal (se refiere al denominado sabotaje contractual).
2. No se acepta que haya buena fe cuando se trata de una conducta de tolerancia asumida por un contratante que recibe una prestación inexacta o deforme y continúa cumpliendo el contrato como si no existieran tales irregularidades.
3. La buena fe solidaria se manifiesta a través de la conducta de dar aviso, suministrar información y colaboración salvaguardando el interés ajeno.

En las dos primeras especies referidas vemos que es la deslealtad el elemento identificatorio de la falta de buena fe, lo que en definitiva condice con los señalamientos que previamente hicimos al referirnos a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España.

Más allá de los textos legales que previamente hemos mencionado —o sea, los artículos 1253 y 1291 del Código Civil—, debe tenerse en cuenta la existencia de normas específicas del derecho de familia, como sucede para el caso de los alimentos (al que ya nos hemos referido). De acuerdo a lo dispuesto en los artículos 123 del Código Civil y 55 del Código de la Niñez y la Adolescencia, es posible solicitar la reducción, el cese o el aumento de las pensiones alimenticias en función de las necesidades del beneficiario o de las posibilidades de quien está obligado a servirlos.

Al respecto hemos observado que en sentencias dictada por el Tribunal de Apelaciones de Familia, una de ellas publicada en *CADE Doctrina y Jurisprudencia*,²⁵ un criterio tenido en cuenta por el Tribunal para no hacer lugar a la solicitud de rebaja de los alimentos es el referido a que las variaciones en la situación del deudor que justifiquen su pretensión deben ser imprevisibles.

²⁴ Jorge GAMARRA, “Buena fe contractual”, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, n.º 7, 2010.

²⁵ Tomo XIV, de diciembre de 2011.

En tal caso puede entenderse que ha existido buena fe por parte del obligado, quien posteriormente solicita una reducción de los alimentos que acordó servir, en la medida en que el cambio de su situación haya sido imprevisible al acordarlos. La previsibilidad, al contrario, no permite solicitar la reducción de los alimentos.

Más allá de parecernos justa la sentencia referida en el caso en sí, haciendo abstracción de él, parece exagerado que el tema *previsibilidad* sea el elemento tenido en cuenta a la hora de aceptar la rebaja de los alimentos.

¿Hasta dónde es posible reclamarle a una persona que prevea su situación futura para resolver en definitiva si puede o no solicitar la reducción de los alimentos que convino? Máxime cuando las personas se encuentran inmersas en situaciones ajenas a su posibilidad de incidir en ellas, cuando las variaciones en la economía de un país no pueden ser previstas por simples ciudadanos.

Es un principio aplicable a todos los casos en que se trate el tema buena fe, que esta se presume y, por lo tanto, es necesario probar claramente su inexistencia, y que, al contrario, no se debe presumir la mala fe.

9.

CONVENIOS USUALES

Como decimos, la especificidad del derecho de familia, la aplicación del principio de protección de sus integrantes más vulnerables, puede también dar lugar a que, cuando los padres, en ejercicio de la patria potestad, realicen un convenio que afecte los derechos o el interés del hijo, tal convenio pueda ser observado por el Ministerio Público.

Sobre este tema es necesario ser muy cuidadoso, pues al ejercer la patria potestad los progenitores pueden realizar acuerdos sobre temas que no siempre ha sido fácil encarar. Por ejemplo, en caso de padres que tienen distintas creencias religiosas, celebrar acuerdos respecto a la educación religiosa de sus hijos, a la concurrencia a distintas festividades, etcétera.

El desacuerdo sobre lo convenido puede originarse en uno de los progenitores, o puede surgir por la propia voluntad del hijo que pueda expresarse.

Si ello origina un pronunciamiento judicial, deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 350.2 y 350.4 del Código General del Proceso, que reiteran los mencionados principios de promoción de la familia y de sus integrantes, y la tutela del interés del menor o incapaz por parte del Tribunal.

En algunos casos se han hecho convenios por los cuales un progenitor renuncie a solicitar alimentos para su hijo menor de edad si el otro autoriza la salida del país y la radicación del hijo en el extranjero. Creemos entonces en la nulidad del acuerdo, ya que no puede negociarse el derecho a la vida.

También entendemos que no podría ser objeto de convenio la aceptación de la infidelidad de uno o de ambos cónyuges, ya que razones de moral y orden público lo impedirían, con la correspondiente anulación de lo acordado.

En definitiva, para validar los acuerdos referidos al ámbito del derecho de familia será necesario tener en cuenta que estos no afecten la moral o el orden público.

En cuanto a los convenios de los esposos, referidos a los bienes gananciales, es importante tener en cuenta la buena fe requerida para todo negocio jurídico.

Así, el caso más emblemático es el del cónyuge que solicita la separación judicial de bienes (artículo 1985 del Código Civil) ante el temor de que sus acreedores afecten los bienes que administra, como dispone el artículo 1975 del Código Civil. En tal caso, y de acuerdo con el otro, se realiza una partición en la cual se adjudican al cónyuge deudor aquellos bienes más fácilmente negociables.

La aplicación del principio de que el fraude todo lo corrompe legitimará a los acreedores perjudicados a impugnar el negocio jurídico *partición*, aun cuando se sostenga que por ella no tiene lugar el negocio *enajenación* requerido por el artículo 1296, referido a la acción pauliana.

Esta situación está prevista en el Código francés (artículo 1397), en la medida en que autoriza la modificación o el cambio total del régimen de bienes en el matrimonio, al cabo de dos años de aplicación del régimen matrimonial, pero a texto expreso prevé la situación de los acreedores en caso de que hayan sido fraudulentamente perjudicados en sus derechos.

Si nos apartamos del estado matrimonial e indagamos en los acuerdos hechos por dos convivientes no protegidos por la ley 18246, los convenios que puedan hacer estarán regidos en cuanto a su validez por las normas referidas a la validez de los contratos (artículos 1261 y siguientes del Código Civil).

En ese caso se trata de dos personas que se encuentran en una relación no regulada legalmente y podrán realizar los acuerdos que estimen convenientes.

Si posteriormente tales convivientes continúan viviendo juntos y cumpliendo las exigencias de la ley 18246 se obtiene el reconocimiento de la unión concubinaria, esta les impide, luego de tal reconocimiento, celebrar las contrataciones vedadas a los cónyuges.

En caso de que, previamente al reconocimiento de la unión concubinaria, ambos convivientes quisieran sustraerse a la aplicación de las normas que la regulan, entendemos

que podrían acordar la no aplicación de la normativa reguladora de tal unión, especialmente en el ámbito de las relaciones patrimoniales.

Entendemos que no podrían acordar no reclamarse los alimentos que la ley les acuerda, también en este caso por tratarse del derecho a la vida.

Si incursionamos en el ámbito del derecho sucesorio, que también es derecho familiar, es posible que negocios jurídicos simulados —mediante un contrato de compraventa que realmente encierra un contrato de donación entre un padre y un hijo— puedan ser impugnados por estar agrediendo los derechos de otro legitimario.

Dicha impugnación traerá como consecuencia que, comprobada la existencia de la donación encubierta por la compraventa, el donatario se vea obligado a colacionar, en la sucesión de su progenitor, lo recibido por donación, y si para evitarlo repudia la herencia, en definitiva por aplicación del artículo 1103, la donación se resolverá y el repudio le hará perder su calidad de heredero.

En conclusión, mediante negocios jurídicos que pueden revestir distintas formas, es posible regular las relaciones de las personas vinculadas por lazos de familia.

A estos negocios será necesario aplicarles las normas que regulan la validez de los contratos en los artículos 1261 y siguientes, y el límite estará dado, además, por no vulnerar normas de interés público. También la aplicación del principio *res sic stantibus* permitirá pretender modificar lo acordado cuando varían las situaciones existentes al momento en que se realizaron los respectivos acuerdos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBADALEJO, Manuel, *Compendio de derecho civil*, Barcelona: Bosch, 1954.
- ACOSTA TELADO, Patricia, y Cristina ACOSTA TELADO, “La partición y el principio ‘fraus omnia corrumpit’”, en *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, n.º 13, Montevideo, 1998.
- ALTERINI, Atilio Aníbal, “Bases para armar la teoría general del contrato en el derecho moderno”, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, n.º 3, Montevideo, 2006.
- BARASSI, Ludovico, *Istuzioni di Diritto Civile*, Milán: Giuffrè, 1946.
- BO, Giorgio, *Il diritto degli alimenti*, Milán: Giffirè, 1935.
- BELLUSCIO, Augusto César, *Manual de derecho de familia*, t. I, Buenos Aires: Depalma, 1987.
- CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, Madrid: Aguilar, 1956.

- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Teoría de la aplicación e investigación del derecho*, Madrid: Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones, 1947.
- CAUMONT, Arturo, “Introducción al estudio de la teoría general del negocio jurídico como marco referencial de los convenios respecto de menores”, en *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, n.º 4, Montevideo, 1989.
- FANZOLATO, Eduardo Ignacio, *Derecho de familia*, Córdoba: Advocatus, 2007.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires: Astrea, 1994.
- GAMARRA, Jorge, “Buena fe contractual”, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, n.º 7, 2010.
- LARROUMET, Christian, *Droit civil*, t. 3 (“Les obligations. Le contrat”), París: Economica, 1984.
- LLOVERAS, Nora, *Nuevo régimen de adopción. Ley 24779*, Buenos Aires: Depalma, 1998.
- LLOVERAS, Nora, y Marcelo SALOMÓN, *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires: Editorial Universidad.
- MEDINA, Graciela, *Daños en el derecho de familia*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002.
- MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, tomo I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979.
- PLANIOL, Marcel, y Georges RIPERT, *Derecho civil*, México: Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1996.
- RIVERO DE ARHANCET, Mabel, “Aproximación al negocio jurídico familiar”, en *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, n.º 6, Montevideo, 1991.
- RIVERO DE ARHANCET, Mabel, y Beatriz RAMOS CABANELLAS, “Principios aplicables en las relaciones de familia”, en *Revista de Derecho*, n.º 4, Montevideo: Universidad Católica del Uruguay y Fundación Konrad Adenauer, 2009.
- VAZ FERREIRA, Eduardo, *Tratado de la sociedad conyugal*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1996.
- VAZ FERREIRA, Eduardo, *Tratado de las sucesiones*, t. II, vol. II, Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1967.