

Principios aplicables en las relaciones de familia*

*Mabel Rivero de Arhancet***

*Beatriz Ramos Cabanellas****

RESUMEN: La importancia de los principios generales de derecho es un tema en el cual han coincidido legisladores, jueces, doctores y en general quienes debemos estudiar y aplicar el derecho. Es por ello que en este trabajo nos hemos propuesto identificar y luego analizar en forma genérica cuáles son los principales principios jurídicos aplicables en las relaciones de familia. Para ello resulta fundamental analizar en qué consisten esos principios, cuáles son sus funciones, si han sido reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico y cómo los ha considerado y aplicado nuestra jurisprudencia.

PALABRAS CLAVE. Principios jurídicos. Derecho de familia. Derechos humanos. Jurisprudencia.

ABSTRACT: The importance of the general principles of law has been a point of agreement among legislators, judges, scholars and in general all those of us who study and enforce the law. This is the reason why the aim of this work is to identify and then analyze in a generic way the main principles of law applicable to family relations. In order to do so, it is fundamental to analyze what they are, what their functions are, whether they have been recognized by our legal system and how our case law has considered and applied them.

KEY WORDS. Principles of law. Family law. Human rights. Case law.

* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 23 de abril de 2009. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 11 de agosto de 2009, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

** 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.

*** Profesora agregada grado 4 de Derecho de Familia, Sociedad Conyugal y Sucesiones en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay y profesora adjunta de Derecho Privado VI en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

SUMARIO: 1. Consideraciones generales. 2. Concepto. 3. Funciones de los principios jurídicos. 4. Principios, derechos humanos y relaciones de familia. 5. Referencia normativa e identificación de los principios. 6. Principios jurídicos en el derecho de familia. 7. Principio básico esencial: el reconocimiento de la familia como base de nuestra sociedad. 8. Principio de pertenencia a su familia. 9. Principio de protección de los integrantes más débiles de la familia. 10. Principio de respeto de los hijos hacia sus padres. 11. Principio de interés superior del niño y adolescente. 12. Principio de solidaridad. 13. Principio de respeto a la identidad personal. 13.1. Identidad sexual. 14. Otros principios aplicables. 15. Aplicación de los principios jurídicos.

1.

CONSIDERACIONES GENERALES

En múltiples obras la doctrina ha remarcado la importancia de los principios generales de derecho. Esto es lógico, ya que por sus funciones esos principios son esenciales tanto para la creación como para la aplicación del derecho.

En Uruguay los principios generales son referidos tanto por la Constitución de la República como por diversas normas, tales como el Código Civil (CC), el Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA), el Código General del Proceso (CGP), el Código Tributario (CT) y otros cuerpos normativos. También son frecuentemente considerados por los tribunales, en tanto los jueces recurren a ellos tanto para interpretar las normas como para integrar vacíos legales.

Si bien varios de esos principios son aplicables al derecho de familia por cuanto este integra el ordenamiento jurídico general, hay algunos que son específicos de esta rama.

Como se comprenderá la profundidad del tema hace imposible que en este artículo se aborde el tratamiento de todos los principios aplicables a las relaciones de familia; no obstante, nos proponemos identificar algunos de los que consideramos más importantes, hacer una breve referencia a ellos y analizar su aplicación, así como las posibles tensiones que entre ellos puedan generarse. Un análisis más detallado será objeto de un trabajo posterior.

Como punto de partida podemos aceptar que es posible reconocer principios válidos para todo un ordenamiento jurídico determinado, así como para una rama del derecho e incluso para un instituto concreto —por ejemplo, los principios que rigen el matrimonio.

2. CONCEPTO

En el diccionario de la Real Academia la palabra *principio* tiene diversas acepciones; entre ellas, se dice que es la “base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discutiendo en cualquier materia” y que es “cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes”.

Enseña Castán Tobeñas¹ que los problemas relativos a la naturaleza y sel entido de los principios generales del derecho han sido y siguen siendo objeto de acaloradas discusiones. Recuerda dicho autor que Stolfi recogió hasta seis opiniones distintas respecto al concepto que los autores italianos asignaron a estos principios, considerándolos como los del derecho natural, los de la equidad, los del derecho romano, los contenidos en las obras de los antiguos intérpretes, los admitidos generalmente en la ciencia o los extraídos del sistema de la legislación vigente.

En realidad, todas estas concepciones y otras 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.

El concepto será diferente según la concepción que se adopte. La iusnaturalista 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.

Ronald Dworkin² llama *principio* a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna dimensión de la moralidad.

¹ José CASTÁN TOBEÑAS, *Teoría de la aplicación e investigación del derecho*, Madrid, Reus y Centro de Enseñanza y Publicaciones, 1947, p. 332.

² Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio*, citado por María Josefa MÉNDEZ COSTA en *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 15.

Para la posición positivista, según Burón,³ los principios son aquellos en que se encuentran contenidos el sentido y el capital pensamiento de las instituciones del derecho (español).

Por su parte, Messineo⁴ 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).

En síntesis y en forma general para la posición positivista, los principios generales de derecho son los principios fundamentales de la legislación positiva.

Recuerda Sarlo⁵ que a partir de la impugnación de Dworkin se han propuesto distintas reconstrucciones del positivismo jurídico que en general se han agrupado en dos líneas, denominadas *positivismo inclusivo* y *positivismo exclusivo*.

En nuestro país, Ordoqui⁶ ha señalado que los principios generales de derecho se imponen por su propia fuerza persuasiva, sin estar referidos a hechos concretos, y refiere a que De los Mozos ha advertido que se puede hablar de principios generales de derecho en diversos sentidos: para los positivistas el derecho es únicamente la ley, y los principios generales solo están en la ley y de ella se derivan por inducción; otros, en cambio, entienden que el derecho es algo más que la ley, que aparece integrado por valores, y en este caso los principios no son reglas obtenidas de la deducción axiomática, sistemática o lógica, sino que aparecen como reglas preexistentes respecto de las cuales las normas no son más que un resultado.

Castán Tobeñas concluye que ambas posiciones no son inconciliables y llega a una intermedia. Entiende que, si bien para la concepción positivista los principios llenan una de las necesidades del derecho, la de la coherencia lógica, hay otras exigencias —las de la movilidad y la justicia— que deben ser atendidas por medios distintos.

A su vez, señala que los iusnaturalistas adoptan una posición que califica de “exagerada, peligrosa y seguramente extraña a los designios de nuestro Código Civil” (se refiere al CC español) cuando pretenden desligar por completo del ordenamiento positivo las normas derivadas de los principios generales de derecho, y recuerda que Legaz dice: “[...] cuando la legislación remite al juez a los principios generales del derecho, es evidente que no abandona la decisión al criterio subjetivo del intérprete”.

³ BURÓN, *Derecho civil español*, t. I, citado por CASTÁN TOBEÑAS, o. cit., p. 339.

⁴ FRANCESCO MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial*, t. I, Buenos Aires, EJE, 1954, p. 111.

⁵ ÓSCAR SARLO, “Principios jurídicos y positivismo ‘inclusivo’”, en *Revista de Derecho* VI, Universidad Católica del Uruguay, Konrad Adenauer y Amalio M Fernández, 2004, p. 145.

⁶ GUSTAVO ORDOQUI CASTILLA, *Buena fe contractual*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay y Ediciones del Foro, 2005.

Agrega Castán Tobeñas que no es del todo infundado el temor de que al recurrir a los principios generales del derecho, a través de una interpretación puramente filosófica, se podría introducir la inseguridad jurídica, desde que el juez podría sustituir el criterio relativamente fijo de la ley por el movedido y subjetivo de su arbitrio. Finalmente concluye:

1. 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.

De este modo los principios del derecho natural podrán entrar en juego por una doble vía: a través de los principios generales del derecho positivo nacional para controlarlos y lograr que estos se muevan siempre dentro del ámbito de los postulados de la justicia, y supliendo a dichos principios para aquellos casos en que, agotada la potencialidad de los informadores del derecho positivo, no quede otro material jurídico para llenar las lagunas de la ley que el que proporcionen los dogmas, de virtualidad limitada, del derecho natural.

2. Que los principios generales a que alude el Código Civil (español) se han de extraer no solo del Código mismo, sino del entero ordenamiento jurídico, del cual forman parte leyes políticas y especiales que pueden recoger, mejor que un código aislado, el estado actual de la conciencia jurídica nacional.

Por nuestra parte, y en atención a las funciones que cumplen los principios generales de derecho, entendemos sumamente acertado el criterio sostenido por Castán Tobeñas.

3.

FUNCIONES DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

Bobbio, citado por Méndez Costa,⁷ ha señalado como *funciones* de los principios jurídicos: la *interpretativa*, por cuanto estos principios contribuyen al esclarecimiento del sentido de otras normas; la *directiva o programática*, dirigida al jurista creador de nuevas normas,

⁷ Norberto BOBBIO, "Principi generali di diritto", en *Novissimo Digesto Italiano*, t. XIII, p. 188, citado MÉNDEZ COSTA, o. cit., p. 19.

a quien orientan; la *integradora*, que ofrece criterios para resolver una cuestión para la cual se carece de regulación normativa, y la *limitativa*, referida a los márgenes de las competencias legislativa, judicial y negocial.

A estas se agrega la función *fundamentadora del ordenamiento*, de modo que los principios jurídicos legitiman o reconocen la validez de las otras fuentes del derecho, y la *sistemizadora*, pues posibilitan la estructuración u ordenamiento del material jurídico.

4.

PRINCIPIOS, DERECHOS HUMANOS Y RELACIONES DE FAMILIA

Cuando hablamos de derechos humanos, al día de hoy nos estamos refiriendo al *hombre* en plural, pero, como señala Raymond Martin,⁸ el concepto unitario de *hombre* solo se encuentra modernamente a partir de la Constitución del estado de Virginia, en América del Norte, de junio de 1776.

Ello sin dejar de reconocer que posteriormente la Declaración de Derechos de la Revolución Francesa, en agosto de 1789, también reconoce en el *hombre* su sentido unitario.

Deja entonces el término *hombre* de ser comprensivo solamente de determinadas personas, según su sexo (ya que la mujer no estaba comprendida en él), según su clase (como lo fue en el Antiguo Régimen francés), según su religión, su condición de propietario, labriego, etcétera.

Más allá de reconocer lo que al respecto argumenta Raymond, en el sentido de que actualmente también el *hombre* ahora es visualizado en forma segmentada (arrendatario y arrendador, automovilista y peatón, empleador y asalariado, etc.), cuando nos referimos a los derechos humanos lo hacemos teniendo en cuenta los de todos los hombres.

Señala Riso Ferrand⁹ que en el siglo XX, más precisamente en los años ochenta, comenzó a escala continental un proceso que implicó: 1) una revalorización de la democracia y el Estado de derecho; 2) una revisión profunda de la noción de Constitución, y 3) la

⁸ Martín RAYMOND, "L'homme des droits", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil* n.º 2, París, Dalloz, abril-junio 2000, p. 285.

⁹ Martín RISSO FERRAND, *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, Montevideo, FCU, 2008, pp. 12 ss.

definición y aceptación del nuevo rol de los derechos humanos en toda la cultura jurídica y política.

Agrega el autor que de la limitada noción de Constitución como *código político* (para el Gobierno y los gobernantes, pero sin incidencia significativa en la realidad cotidiana), pasando por un largo proceso de afirmación del rol normativo de la Constitución, se llegó a una noción de norma suprema que, sin perder los caracteres anteriores y otros, se presenta como un *código de valores*, como los valores superiores de la comunidad nacional (e internacional), como los valores superiores del ordenamiento destinados, por dicha condición, a realizarse en la realidad cotidiana, en el día a día.

Destaca el profesor Risso Ferrand que el nuevo rol del derecho constitucional conduce inexorablemente a transformar la Constitución en un elemento indispensable a la hora de interpretar el orden legal y señala:

Esto es lo que se conoce como interpretación de la ley (en general del ordenamiento inferior) “desde” la Constitución (y “desde” los derechos humanos), de forma que la Carta se transforme en un instrumento vivo cuyos postulados y valores tienen desarrollos efectivos en sede jurisdiccional.

Por último, es preciso mencionar la referencia que el autor hace a Herbert Kruger quien expresa:

[...] antes los derechos fundamentales solían valer en el ámbito de la ley, pero hoy, las leyes solo valen en el ámbito de los derechos humanos.

Entendemos que resulta de gran interés trasladar estos conceptos al derecho de familia, pues ellos nos permitirá dar respuesta a los casos de aplicación de normas que lesionen los derechos humanos.

Si existiera una norma que claramente admitiera que los padres pudieran corregir a sus hijos mediante la aplicación de castigos corporales o destrato, esa norma podría considerarse violatoria de los derechos humanos y más específicamente de los derechos del niño, lo que la tornaría inaplicable. De igual modo, una norma que obligara a la mujer a vivir con su marido aun contra su voluntad sería claramente violatoria del derecho a la libertad que tiene toda persona.

Muchos ejemplos que hoy se considerarían violatorios de los derechos humanos fueron sin embargo aceptados en épocas en las cuales existía una concepción totalmente distinta sobre la familia y los roles asignados a cada uno de sus integrantes.

Si bien los ejemplos planteados son muy claros, puede haber dudas sobre normas referidas, por ejemplo, al ejercicio de la patria potestad y al deber de los padres de educar a

sus hijos. En tales situaciones deberá tenerse en cuenta la tensión entre los derechos de los progenitores y los de los hijos, buscando armonizarlos y en definitiva recurriendo a la protección del más vulnerable en cada caso concreto.

Fuera de los casos en los que sea el intérprete quien deba dar una respuesta a las tensiones entre los derechos de los integrantes de la familia, debería ser el propio legislador quien encuentre la respuesta adecuada respetando los derechos humanos, como señala Kruger

Al referirnos a los principios de derecho hemos mencionado los derechos humanos, ya que entendemos que estos son la cristalización de los principios que fundamentan a las personas en cuanto tales en su esencialidad, o sea en su *humanidad*, y en su relacionamiento, ya sea en el ámbito extrafamiliar o en el específicamente familiar, ámbito en el cual adquieren particular relevancia.

5.

REFERENCIA NORMATIVA E IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS

Diversos textos normativos que integran nuestro ordenamiento jurídico refieren a los principios generales.

Así la Constitución de la República ha aludido expresamente a ellos en su artículo 332, al disponer que los preceptos constitucionales que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas,

[...] no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que esta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los *principios generales de derecho* y a las doctrinas generalmente admitidas.¹⁰

También otros cuerpos normativos refieren a estos principios, como es el caso de del Código Civil (en adelante CC), que en su artículo 16 dispone que, cuando un negocio civil no pueda resolverse por las palabras ni por el espíritu de la ley de la materia,

¹⁰ Cursivas agregadas.

[...] se acudirá a los fundamentos de las leyes análogas; y si todavía subsistiere la duda, se ocurrirá a *los principios generales de derecho* y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso.¹¹

Como vemos, en estos casos las normas se remiten a los principios generales de derecho, pero, como señaló Cestau,¹² no se nos dice cuáles son, ni cómo y dónde debe buscarlos el intérprete.

En otras normas, como el Código Tributario, en su artículo 5 se menciona a “los principios generales de derecho tributario”. En este caso, si bien tampoco se dice cuáles son, se los refiere específicamente al derecho tributario.

Por su parte, el Código de la Niñez y la Adolescencia alude a estos principios en varias de sus disposiciones (artículos 3, 6, 8, 14, 38, 74 y 75), y en algunos casos incluso los identifica.

Messineo¹³ —que, como señalamos, identifica los principios generales como el tejido conjuntivo del entero ordenamiento jurídico—, menciona como paradigma de principios generales los siguientes:

- la capacidad de obrar es la regla y la incapacidad la excepción;
- es regla general la libertad de forma de los actos y de los negocios, y excepción la observación de una determinada forma;
- las obligaciones contraídas han de ser respetadas (*pacta sunt servanda*);
- el acreedor no debe agravar con su actitud la situación del deudor, dado que en general la ley protege la situación del deudor (*favor debitoris*);
- en las relaciones sociales resulta tutelada la buena fe y sancionada la mala fe;
- debe favorecerse más a quien trata de evitarse un daño que a quien trata de realizar una ganancia;
- no se puede cargar más de una vez sobre el sujeto la responsabilidad de un hecho (*ne bis in idem*);
- no existe deber jurídico ni consiguientemente sanción para el caso de inobservancia, si no existe una norma que imponga la observancia del deber;
- no se puede adquirir un derecho mayor o diverso de aquel que compete a quien lo trasmite;
- si decae el derecho del transmitente, decae también el derecho del adquirente;
- quien causa un daño a otro está obligado a resarcirlo;

¹¹ Cursivas agregadas.

¹² Saúl D. CESTAÚ, *Contribución al estudio del derecho civil uruguayo*, t. 35, “Doctrina”, LJU.

¹³ MESSINEO, o. cit., p. 12.

- la diligencia requerida en el cumplimiento de los deberes y también en el goce de determinados derechos es la del buen padre de familia;
- en el conflicto entre dos adquirentes de un mismo derecho es preferido quien primeramente lo haya adquirido (*prior tempore potior iure*);
- es una exigencia general la certeza de las relaciones jurídicas;
- la buena fe se presume siempre;
- todos tienen iguales derechos y deberes frente al ordenamiento jurídico (la ley es igual para todos);
- a nadie es lícito hacerse justicia por sí mismo;
- cada uno tiene derecho al resultado de su propio trabajo;
- la personalidad ajena merece respeto;
- *la familia es una unidad orgánica y está regida por principios unitarios.*

6.

PRINCIPIOS JURÍDICOS EN EL DERECHO DE FAMILIA

El derecho de familia ha sido definido por Cestau como el conjunto de reglas de derecho que rigen la constitución, el funcionamiento y la disolución de la familia.

Como vemos, en este concepto, al igual en definiciones dadas por otros autores, el elemento central es *la familia*.

El derecho de familia forma parte del ordenamiento jurídico y como tal le son aplicables diversos principios jurídicos; por ejemplo, el principio de buena fe o el de igualdad.

Por nuestra parte, entendemos que son aplicables a las relaciones 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, y también consideramos que para el derecho de familia existen principios jurídicos específicos, así como determinados derechos, como es el caso del derecho matrimonial.

La doctrina extranjera ha resaltado la importancia de este tema.

En Brasil, Lôbo¹⁴ refiere a principios fundamentales y generales. Señala como principios fundamentales: 1) dignidad de la persona humana (artículos 226, 227 y 230 de la Constitución Brasileña); 2) solidaridad (artículos 3 de la Constitución de Brasil y

¹⁴ Paulo LÔBO, *Direito civil. Famílias*, San Pablo, Saraiva, 2008, p. 33.

artículos 1513, 1618, 1630 y 1567 del CC rasileño). Agrega que son principios generales, entre otros: la igualdad y el derecho a la diferencia, la libertad, la afectividad, la convivencia familiar y el mejor interés del niño.

En Argentina, Méndez Costa¹⁵ ha estudiado en profundidad el tema y reconoce diversos principios, entre los que señala como principio base *la familia*, institución natural y fundamental para el ser humano y la sociedad.

A continuación, y sin pretender agotar el tema, identificaremos algunos de los principios recogidos por el ordenamiento jurídico y aplicados por los tribunales uruguayos.

7.

PRINCIPIO BÁSICO ESENCIAL: EL RECONOCIMIENTO DE LA FAMILIA COMO BASE DE NUESTRA SOCIEDAD

Como vimos, Messineo¹⁶ señaló que la familia es una unidad orgánica y está regida por principios unitarios. A nuestro juicio, un principio básico esencial en materia de derecho de familia es *el reconocimiento de la familia como base de nuestra sociedad*.

Resulta claro que la familia es una institución fundamental de la sociedad, debido a que desempeña múltiples roles de primordial importancia, tanto con relación a sus miembros como a la sociedad en su conjunto.

El *reconocimiento de que la familia es una institución natural y fundamental* es considerado en las distintas funciones que, según vimos, tienen los principios.

En efecto, diversas normas nacionales e internacionales recogen este principio.

La Constitución uruguaya reconoce a la familia tal importancia al disponer que es la base de nuestra sociedad (artículo 40), por lo que impone al Estado el deber de velar por su estabilidad moral y material para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad.

También en materia de obligación alimentaria, sociedad conyugal, sucesiones, etc., se concede a los miembros de la familia una serie de derechos y obligaciones en función de la importancia que ella tiene para sus integrantes y para la sociedad.

Por su parte, diversos instrumentos internacionales reconocen tal importancia.

¹⁵ MÉNDEZ COSTA, o. cit.

¹⁶ MESSINEO, o. cit.

A título de ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948), en su artículo 16, reconoce que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad.

También la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en su artículo 17, declara que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

En Uruguay esto es reconocido por diversas normas, tales como el CNA, que en su artículo 19 señala que la familia es el ámbito primario de socialización, o la ley n.º 17796, que en su artículo 1.º establece entre los derechos de los adultos mayores el de la integración activa en la familia.

Por último, es bueno precisar que reconocer este principio no implica entender que en aras de la familia, en tanto institución, es permitido vulnerar los derechos de sus integrantes. Al respecto podemos recordar el artículo 5.º de la Convención sobre los Derechos del Niño, que también refiere a los derechos de los miembros de la familia.

8.

PRINCIPIO DE PERTENENCIA A SU FAMILIA

Más allá del derecho que tienen las personas a vivir en familia, no debe dejar de mencionarse el derecho de pertenencia a la familia propia.

Tal derecho se hará efectivo mediante las correspondientes acciones de estado civil, y, en la medida en que el estado civil es realmente el estado de familia, por tales acciones lo que se está reclamado es el derecho de pertenencia a la familia.

Claro está que ese derecho está supeditado al ordenamiento jurídico familiar, ya que es posible que en aras de la estructura firme de la familia el Estado limite el ejercicio de tal derecho a plazos determinados y al mismo tiempo legitime a determinadas personas para ello.

9.

PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LOS INTEGRANTES MÁS DÉBILES DE LA FAMILIA

Este principio excede las relaciones de familia y ha sido recogido en nuestro ordenamiento jurídico.

El Tribunal de Apelaciones de Familia de 2.º Turno,¹⁷ en un asunto sometido a su jurisdicción, entendió hacer efectivo el principio de protección de los integrantes más débiles de la familia por cuanto estos están constitucional y legalmente amparados.

Así, en muchas normas del ordenamiento se protege a los niños (artículos 40 ss. de la Constitución de la República, artículo 3.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3.º del CNA) y en otras también se dispone la protección de incapaces y ancianos.

Lamentablemente son escasas las normas que encontramos al respecto, pero la aplicación del fundamental principio de solidaridad familiar, uno de los más importantes, debe llevar a una interpretación o integración de las normas que ofrezcan respuesta a tal tema.

Por ejemplo, los ascendientes naturales tienen el deber de servir alimentos a sus descendientes, pero no se les ha conferido a texto expreso el derecho a reclamarlos a sus descendientes naturales.

Entendemos que, como señala Fanzolato,¹⁸ la solidaridad debe encararse como un mutuo dar y recibir, lo que llevaría a que se pudiera reconocer alimentos a favor de los ascendientes naturales en la medida en la que ellos deben prestarlos a sus descendientes.

Sin perjuicio de ello debemos recordar que el artículo 17 del CNA dispone, en el literal B, que entre los deberes de niños y adolescentes se encuentra el de cuidar, en la medida de sus posibilidades, a sus ascendientes en su enfermedad y ancianidad.

No es posible aceptar que dicha norma sea aplicable a los menores de edad y no a los mayores de edad, que al igual que aquellos deberán prestar tales cuidados a sus ascendientes. Por lo tanto, creemos que debe entenderse que de allí surge la obligación de alimentos, en su amplio sentido, hacia los ascendientes, sean estos legítimos, naturales o extramatrimoniales.

¹⁷ TAF 2.º T., n.º 217/98, 18/XII/98, LJU n.º 13.669

¹⁸ Eduardo Ignacio FANZOLATO, *Derecho de familia*, t. I, p. 246, Córdoba, Advocatus, 2007.

10.

PRINCIPIO DE RESPETO DE LOS HIJOS HACIA SUS PADRES

El artículo 256 CC dispone que los hijos, cualquiera sea su estado, edad y condición, deben respetar a sus padres. Este artículo generalmente ha sido considerado como una norma de ética y moral sin sanción.

Sin embargo, analizando el CC, encontramos en el capítulo V, título IV del libro III, referido a *desheredación*, el artículo 900, que entre las causas de desheredación menciona el haber maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra al padre o ascendiente que deshereda.

Creemos que de dicha norma surge la sanción cuando el descendiente lesiona emocionalmente a quien lo deshereda, como es el caso de las injurias referidas en el artículo 900, que en definitiva significan una falta de respeto hacia los ascendientes.

11.

PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE

Este principio excede el derecho de familia y, según el artículo 6.º del CNA, constituye un criterio específico de interpretación e integración, que consiste en el reconocimiento y el respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana, sin que se pueda invocar para menoscabo de tales derechos.

Consideramos 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.

Por lo tanto, este derecho será tenido en cuenta cuando sea necesario dar respuesta a una situación en la que se encuentre involucrado el menor de edad, y ello lo vemos en múltiples sentencias recaídas en tales situaciones.

Sin embargo, es necesario precisar que este interés superior del niño no puede ser alegado cuando se busca una respuesta al interés de su progenitor, pues no siempre ambos

intereses coinciden. Por ejemplo, cuando el padre presunto quiere desconocer al hijo, no puede alegarse el derecho de este a su identidad, pues tal derecho le corresponde al hijo, que es el titular, y no es posible aceptar su alegación por quien no es titular de tal derecho, sino que se opone a él.

12.

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

También este principio trasciende las relaciones de familia, pero es esencial en el derecho de familia.

Resulta complejo definir la *solidaridad*, pues, como señala Méndez Costa,¹⁹ es prácticamente imposible citar una expresión comprensiva de los alcances precisos de la palabra.

Una de las autoras de este trabajo, Mabel Rivero, ya había señalado que por solidaridad debe entenderse un recíproco involucramiento de los integrantes de la familia que los lleva a ayudarse mutuamente a solventar sus necesidades materiales y espirituales.

El Tribunal de Apelaciones de Familia de 2.º Turno²⁰ ha entendido que es viable analizar la pretensión de retiro del concubino del hogar que ocupa, a la luz de las normas que regulan el instituto de las medidas cautelares en general y en armonía con aquellas tendientes a la promoción de la familia y el interés de los menores. Agrega el tribunal que se debe tener presente que se trata de hacer efectivos los principios de solidaridad y protección de los integrantes más débiles de la familia, constitucional y legalmente amparados, sin distinguir entre familia legítima y natural;²¹ asimismo, que se trata de reconocer el derecho a la vida y a la integridad física cuando se alegan situaciones de verdadero riesgo.

13.

PRINCIPIO DE RESPETO A LA IDENTIDAD PERSONAL

Si bien el tema identidad trasciende el derecho de familia, no podemos 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.

¹⁹ MÉNDEZ COSTA, o. cit.

²⁰ TAF 2.º T., n.º 217/98, 18/XII/98, LJU n.º 13.669.

²¹ Cf. doctrina: Gelsi en *RUDF* 7, p. 8; Wieder en *RUDF* 8, p. 173.

Cuando hablamos de identidad lo hacemos partiendo de la identidad biológica, que, como ha dicho la civilista argentina Nora Lloveras, es el derecho que tiene toda persona de

[...] poder 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 irrepetible (tanto individual como grupal) [...].

Es decir que todas las personas tienen derecho a conocer su origen. Puede suceder que a alguien simplemente le interese conocer su origen biológico sin posibilidad de modificar su estado civil, ya sea porque ello no le interesa o porque el ordenamiento jurídico no se lo permite. Es claro que si las normas legales no se lo impiden, podrá hacerlo cumpliendo con las exigencias legales correspondientes.

13.1. IDENTIDAD SEXUAL

Al ser el sexo de gran importancia para la persona, pues tiene que ver con su propia y más íntima identidad., trataremos entonces el tema como un corolario del principio de respeto a la identidad personal.

Fernández Sessarego²² 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 habiendo nacido con un sexo sienten que pertenecen 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 operaciones usualmente conocidas como de *reasignación de sexo*. Estas intervenciones quirúrgicas han generado en los sujetos intervenidos la lógica inquietud por rectificar su partida para adecuarla a la nueva realidad social que les toca vivir, esto es, vivir la vida desde un nuevo sexo.

La rectificación ha sido aceptada por algunas sentencias y en otras se la ha negado, entendiendo que el sexo no se cambia. Incluso en las que se ha aceptado la rectificación de la partida, se ha discutido si la rectificación correspondía hacerla a partir de la sentencia o si

²² Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 329.

correspondía rectificar la anotación originaria. La posición afirmativa en cuanto a la identidad de género ha sido recepcionada en sentencia de la Suprema Corte de Justicia.²³

También una sentencia del Tribunal de Apelaciones de Familia de 1.º Turno²⁴ se refiere a un pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia que expresa:

[...] entre los derechos esenciales humanos propios de la dignidad de cada persona, figuran los derechos de la personalidad, entre los cuales es posible distinguir nítidamente el de la 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 inadmisibile que rompe esa integridad existencial a la que tiene derecho toda persona humana en tanto su dignidad lo requiere para reconocerse a sí misma.²⁵

Señala Belluscio que en Argentina los jueces provinciales y porteños se inclinan al parecer definitivamente a aceptar la modificación registral del sexo del transexual, al otorgamiento de nuevos documentos de identidad y el consiguiente derecho de contraer nuevo matrimonio con el nuevo sexo registrado.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires se expidió entendiendo que la identidad sexual es la conciencia de la forma sexual de ser (no tanto lo que se es, sino más bien lo que se está convencido de ser), a la manera en que una persona es conocida y tratada según lo que libremente ha elegido ser y tal como lo ha proyectado socialmente, como lo ha puesto de manifiesto frente al mundo exterior.

Actualmente se encuentra en proceso legislativo en Uruguay un proyecto de ley que prevé la posibilidad de obtener la modificación de la documentación de aquellas personas cuya identidad de género no coincide con su inscripción de origen, proyecto inspirado en la ley española n.º 3 del año 2007.

Debe tenerse en cuenta que dicho proyecto prevé el previo pronunciamiento judicial al respecto, y creemos que debe mantener los principios sostenidos por la Suprema Corte de Justicia²⁶ al tratar el transexualismo y la modificación documental, en cuyo pronunciamiento hizo hincapié en la reasignación sexual derivada de la cirugía y en el hecho de que la persona no hubiera conformado previamente relaciones de familia ni hubiera actuado nunca de acuerdo con su sexo morfológico.

²³ Sentencia n.º 159-05 de 22/VI/2005, LJU, caso 15157.

²⁴ Sentencia n.º 207-04 de 28/VII/2004, LJU, caso 14961.

²⁵ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 21/3/2007-C, H. C. cambio de nombre, expediente C 86. 197 RDE, n.º 37.

²⁶ LJU n.º 13298, SCJ n.º 139/97, 5 de mayo de 1997.

14.

OTROS PRINCIPIOS APLICABLES

Además de los principios mencionados, existen otros que regulan las relaciones de familia, e incluso se pueden identificar algunos que son aplicables a determinados institutos familiares.

Ejemplo de ello es el principio de proporcionalidad en materia de alimentos, por el cual estos deben estar ajustados a las necesidades del acreedor y a las posibilidades del deudor.

Otros principios son la fidelidad y heterosexualidad en el matrimonio, sin perjuicio de que, de acuerdo con la ley 18246, el primero de los mencionados permanezca vigente cuando los cónyuges viven de consuno.

15.

APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

Para cumplir sus distintas funciones —por ejemplo, interpretación— los principios se pueden aplicar en forma unitaria o considerar más de uno en forma simultánea.

Esto es claro en la medida en que para interpretar una norma se puede utilizar más de un principio, como por ejemplo los de buena fe e igualdad. Sin embargo, nada obsta a que se recurra a un solo principio para dar solución a un conflicto.

En el caso de recurrirse a más de uno, es posible que se pueda producir un conflicto entre ellos o que incluso sean contradictorios entre sí, por lo que para resolver la situación la doctrina ha sostenido o que se debe sustentar un orden jerárquico de principios o que se debe lograr armonizarlos.

La Suprema Corte de Justicia,²⁷ en un caso de transexualismo donde desestimó el recurso interpuesto por el Ministerio Público y dispuso la rectificación de los aspectos identificatorios sexo y nombre del acta de nacimiento de la parte actora mediante anotación marginal, señaló:

²⁷ Caso SCJ n.º 159/05, 22/VI/05, LJU caso 15157.

[...] se entiende que las sentencias de los órganos de mérito efectúan una razonable y justa ponderación entre los principios, valores y derechos fundamentales involucrados en la cuestión litigiosa, esto es, el derecho a la libertad en punto al proyecto de vida y realización integral de la personalidad e identidad sexual del accionante y el derecho de quienes con él se interrelacionan socialmente, de conocer los datos relevantes atinentes a su conformación biológica, básicamente en cuanto estos pudieran, en su mérito, decidir eventualmente estrechar vínculos afectivos íntimos que necesariamente deben sustentarse en la verdad y la buena fe que posibiliten una decisión libre. En otros términos, en el enfrentamiento entre el derecho a la libertad (artículo 7.º de la Carta) y el principio general de la buena fe y la proscripción del fraude y el engaño (artículo 72.º, por su inherencia a la dignidad de la persona humana), las sentencias en examen efectúan un adecuado balance o estimación del peso de cada uno (*dimension of weight*, Dworkin) en atención a las especiales circunstancias del caso.

Es interesante recordar otro fallo, en este caso dictado por el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1.º Turno,²⁸ en el que se resolvió un conflicto entre el interés individual de la demandada (por su carácter de propietaria) y el interés familiar en juego.

El caso en cuestión estuvo originado en la solicitud de alimentos (en concreto, habitación) de la madre a su hija propietaria de una vivienda, la que carecía a su vez de medios para ayudar a solventar las necesidades de la madre y se rehusaba a soportar la presencia de esta en su casa.

En forma unánime la Sala entendió que correspondía darle preeminencia al interés familiar, al que se le debe atribuir la máxima trascendencia desde un punto de vista social, y señaló al respecto

[...] la consideración de esos vínculos jurídicos de interdependencia entre los miembros de la familia, así como la valoración de que se trata de un conjunto orgánico en que todos se pertenecen recíprocamente y en el cual el interés individual cede frente al interés familiar.

Más allá de que se acepte la corriente positivista o iusnaturalista, los principios generales de derecho constituyen el tejido conjuntivo del ordenamiento jurídico (Messineo) que en el ámbito del derecho de familia se alimenta con la distinta conformación que la familia ha ido evidenciando y los diferentes roles que han asumido sus integrantes.

²⁸ LJU caso 14913 TAF 1.º T., n.º 284/03, 1/X/2003.

BIBLIOGRAFÍA

- BELLUSCIO, Augusto C., “Los transexuales y el matrimonio”, en *Doctrina RDF*, n.º 37, Buenos Aires, Lexis Nexis y Abeledo-Perrot, julio-agosto del 2007.
- CESTAU, Saúl, *Derecho de familia y familia*, Montevideo, FCU.
- FANZOLATO, Eduardo Ignacio, *Derecho de Familia*, tomo I, Córdoba (Argentina), Advocatus, 2007.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- LÔBO, Paulo, *Direito civil. Famílias*, San Pablo, Saraiva, 2008.
- LLOVERAS, Nora, Nuevo régimen de adopción. Ley 24779, Buenos Aires, Depalma, 1998.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa, en *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006.
- MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, tomo I, Buenos Aires, EJEA, 1954.
- RISSO FERRAND, Martín, *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2008.
- RIVERO DE ARHANCET, Mabel, y Beatriz RAMOS CABANELLAS, *Derecho de familia personal*, Montevideo, FCU, 2009.
- RIVERO DE ARHANCET, Mabel, Beatriz RAMOS CABANELLAS y Verónica MORALES FIGUEREDO, *Familia y derecho*, Montevideo, FCU, 2004.