

# La familia: concepto y elementos

(Fragmento del “Tratado de Derecho de familia”,  
em preparación)

*Dr. Enrique Díaz de Guijarro*

Ex-profesor de Derecho Civil de la Universi-  
dad de Buenos Aires

## A) DEFINICIÓN

1 *Enunciación.* — La familia es la institución social, permanente y natural compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación.

2 *Características.* — Esta definición contempla los dos elementos esenciales del núcleo familiar: El biológico y el jurídico. Desenvuelve el concepto esquemático expuesto por CICU, para quien “la familia es un conjunto de personas unidas por vínculo jurídico de consanguinidad o afinidad” (1). De las palabras del maestro italiano, es fundamental la locución “vínculo jurídico”; y por eso la recogemos para señalar su diferencia con el vínculo biológico y proyectarla, en seguida, sobre la plenitud de las relaciones derivadas de la comunicación intersexual y de la

---

(1) CICU, *El derecho de familia*, traducción del italiano por Sentís Melendo, Buenos Aires, 1947, p. 27.

filiación: Fórmulas que consideramos más precisas y comprensivas que la “consanguinidad y afinidad”, situaciones en que hallamos sólo los efectos de la unión de los seres humanos y no ésta misma, que es la base de la constitución del núcleo y consiguiente causa de los vínculos familiares en sus diversas dimensiones. Además, cuando decimos “vínculos jurídicos emergentes de la relación” — introducido abarcamos tanto el matrimonio tradicional como el matrimonio anómalo o por equiparación introducido por la Constitución cubana de 1940 e imitado en otros países — y como todas las gradaciones que brinda el amparo del concubinato; tanto la relación conyugal como el parentesco por afinidad que es su consecuencia. Y cuando expresamos “vínculos jurídicos emergentes de la filiación”, involucramos tanto el nexo biológico — con sus varias categorías legales — como la adopción que lo suple por obra de la voluntad.

## B) ELEMENTOS DEL NUCLEO FAMILIAR

### a) El vínculo biológico:

3 *Estado natural.* — La unión sexual, como fenómeno humano, determina vínculos biológicos entre los componentes de la pareja y con respecto a sus hijos, originando un estado natural que existe con independencia del que resulta de los preceptos reguladores de esas situaciones. De acuerdo con el vínculo biológico, todas las relaciones intersexuales son idénticas, del mismo modo que la consanguinidad carece de diferenciaciones: Se es madre y padre, se es hijo, se es hermano, etc., porque se han producido los fenómenos biológicos correspondientes. La ley natural representa el elemento primario de la familia.

**b) El vínculo jurídico:**

4 *Estado legal.* — Como fenómenos humanos, la relación intersexual y la filiación están sujetas a una estructura normativa — estado legal —, que varía en el tiempo y en el espacio, y en cuya virtud surgen condiciones y calificaciones: La unión será matrimonio o concubinato; la filiación, legítima o ilegítima; el parentesco, reconocido o desconocido.

5 *Correlación con el vínculo biológico.* — La dificultad mayor que ofrece la regulación de la familia se encuentra en la necesidad de correlacionar el vínculo biológico con el vínculo jurídico; necesidad que se supedita, sin embargo, a capitales postulados morales y religiosos. Como el fenómeno humano desborda los moldes legales, como las concepciones ideológicas evolucionan y como las costumbres suelen ser dispares según el país y la época, resulta la mutabilidad del vínculo jurídico emergente de la comunicación intersexual y de la generación, con el consiguiente cambio en las formas constitutivas de la familia o en la existencia — o extensión — de los derechos de sus integrantes. He aquí la fuente de la atenuación creciente del repudio a la filiación ilegítima: Primero, con la investigación de la paternidad natural; después, con la supresión de las categorías de hijos sacrílegos y mánceres; luego, con la equiparación de los adúlterinos a los naturales; y, por último, con la desaparición de toda diferencia. El ciclo se va cumpliendo, aunque desparejamente. Pero lo cierto es que el fenómeno biológico impulsa al jurídico y quiere nutrirlo vitalmente, esto es, con la misma y propia sustancia natural.

6 *El vínculo jurídico como elemento calificado y condicionado.* — Con todo, es evidente que sobre el vín-

culo biológico — elemento primario y natural — priva el vínculo jurídico — elemento calificado y condicionado — que se contrapone a la indiferenciación natural. El vínculo jurídico, por lo tanto, es el decisivo para un concepto de la familia como institución.

7 *El vínculo biológico como presupuesto básico.* — Es menester destacar, tal como resulta de la definición, que el vínculo jurídico emerge de la relación intersexual y de la filiación, verdaderos presupuestos básicos de los que no cabe prescindir en ningún instante, porque si es posible que un vínculo biológico carezca del correlativo vínculo jurídico — por negarlo la ley ante la transgresión de sus principios de organización del núcleo —, en cambio es imposible que se admita un vínculo jurídico sin que pre-exista el vínculo biológico: La ley puede restar efectos a la realidad; pero no atribuir realidad. En el orden de las aplicaciones prácticas, este concepto es esencial en materia de filiación, pues no se concibe que se la declare judicialmente sin previa demostración del nexo biológico. Adviértase que estas afirmaciones no significan desconocer la adopción, puesto que su carácter sustitutivo implica la inexistencia del vínculo biológico o la negación del vínculo jurídico cuando media aquél, y se proporciona esta vía para tornar legítimo, adoptivamente al hijo ilegítimo.

c) **Concordancias y discordancias entre los vínculos biológicos y jurídicos:**

8 *Tendencias.* — La organización normativa de la familia tiende a producir la coincidencia de los vínculos biológico y jurídico, esto es, encuadrar el fenómeno humano dentro del fenómeno legal. Por una parte, como regla que recoge una aspiración natural, derivada de los

lazos consanguíneos y afectivos, como también del consustancial principio de cohesión del núcleo; y, por otra, como medio necesario para realizar el orden social, mantener las buenas costumbres y preservar la moral.

Diversos aspectos hemos de señalar.

9 *Concordancia pura.* — Es la que se produce cuando el vínculo jurídico corresponde al vínculo biológico. Puede acaecer desde el momento inicial en que se constituye la relación o con posterioridad. En el primer supuesto, estamos en presencia de un vínculo biológico objetivado simultáneamente como vínculo jurídico, p. ej.: Matrimonio, filiación legítima, filiación natural con reconocimiento inmediato; y en el segundo, de un vínculo biológico que asume, por circunstancias sobrevinientes, valor de vínculo jurídico, p. ej.: Filiación natural establecida por reconocimiento mediato o por declaración judicial, unión de hecho que se torna en matrimonio y hace inaplicable la exclusión hereditaria del art. 3573 del cód. civ. (2) para el viudo de quien — estando enfermo y por la misma enfermedad fallece dentro de los treinta días siguientes a las nupcias, adopción del propio hijo ilegítimo (art. 4, inc. b, ley N° 13.252).

10 *Concordancia impura.* — Se presenta cuando el vínculo biológico no guarda la debida correlación con el vínculo jurídico que lo configura, p. ej.: Filiación legítima o natural que encubre una adopción de hecho.

11 *Discordancia pura.* — Sucede cuando el vínculo biológico no trasciende al plano jurídico y queda fuera de su ámbito: 1° Porque lo impide la inacción humana,

---

(2) Todo artículo que se cite sin otra indicación, en lo sucesivo, pertenece al Código Civil.

cuando deliberadamente no promueve el emplazamiento jurídico que corresponde o cuando, por mera pasividad, deja transcurrir el tiempo sin hacerlo, p. ej.: Hijo sin reconocer, para ambas hipótesis; 2º porque no hay medios para demostrar el presupuesto biológico cuando se reclama el vínculo jurídico, p. ej.: Acción de filiación rechazada por falta de prueba; y 3º porque la ley desconoce aptitud al vínculo biológico para concretarse en vínculo jurídico, p. ej.: Prohibición de investigar la maternidad cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada (art. 326) y de indagar la paternidad y maternidad adulterinas o incestuosas (arts. 341 y 342).

12. *Discordancia impura.* — Se origina cuando el vínculo biológico corresponde al vínculo jurídico creado en contra de las disposiciones legales, por lo cual la relación está sujeta a una causa de nulidad, como en el matrimonio contraído a pesar de los impedimentos dirimentes. Aunque se trata de una relación no querida por la ley, es susceptible de efectos (arts. 87 e 89, ley de matrimonio civil), como también de consolidación si pasa el tiempo dentro del cual se acuerda la acción de nulidad o se extinguen los titulares de la misma (art. 86, L. M. C.). Por eso decimos que la discordancia es impura, desde que se prevén circunstancias que la vencen, lo que no ocurre, en cambio, con la discordancia pura, de términos inconciliables.

13. *Conflictos; necesidad de superarlos.* — Este bosquejo sobre las concordancias y discordancias entre los vínculos biológico y jurídico, demuestra cuán notables son los esfuerzos necesarios para consumar la coincidencia de esos elementos esenciales del núcleo familiar. Los problemas que suscitan son enormes y reconocen doble causa: Humana y legal. Así, cuando el hombre excede los básicos moldes normativos de la familia y cuando la ley niega efectos

a la relación de origen extramatrimonial o los restringe. Toda una lucha se entabla para orientar al hombre hacia aquellos moldes y, en el otro plano, para procurar que la ley no desconozca la realidad y brinde las soluciones adecuadas para lograr el equilibrio o restablecerlo. Esta es la cuestión más grave, porque el orden social carece de solidez si la ley marcha por distinta senda que la vida. Como elocuentísimos ejemplos, ahí están, en nuestra realidad, la inexistencia de divorcio absoluto, con su derivación en millares de divorcios en el extranjero “in fraudem legis”; y la negación absoluta de madre y padre a los hijos adulterinos (art. 342), con su parcial remedio en jurisprudencia pretoriana. Discordancias agudas, pues, entre lo humano y lo legal, cuya presencia no significa que la norma haya de ajustarse exclusivamente a la conducta del hombre, pero sí que, para regularla, deba recibirla en todas sus manifestaciones, lo que es ineludible cuando se trata de la familia y de acompañar con armonía su evolución. La discordancia, incluso, es índice de disconformidad con el régimen imperante, cuando se repite en forma de sostenido fenómeno, como en el recordado caso de los divorcios en el extranjero con subsiguientes nupcias que, socialmente, se aceptan o toleran. En esas situaciones es menester reajustar la correlación normativa entre los vínculos biológico y jurídico, en la medida en que sea posible, para conducir al equilibrio y suprimir o atenuar los irregulares efectos que determina la discordancia señalada. Es que, en materia de familia, y más que en ningún otro orden, la ley debe seguir de cerca al fenómeno social.

**d) Emplazamiento en el vínculo jurídico:**

14. *El acto voluntario como medio.* — La concordancia entre los vínculos biológico y jurídico se consuma por medio de un acto voluntario. El hombre lleva a la zona

jurídica la relación meramente humana, la configura dentro del régimen normativo y la emplaza en un estado de familia, con lo cual determina el funcionamiento automático de las relaciones jurídicas familiares previstas en la ley.

Si bien el contenido de la relación jurídica familiar no está sujeto a la voluntad humana — porque se halla presupuesto y actúa con dependencia del querer individual —, en cambio el emplazamiento en la relación jurídica familiar sí depende del arbitrio del hombre. El vínculo biológico, en efecto, no basta para establecer el vínculo jurídico, sino que debe concurrir la manifestación de la voluntad para que el hecho — lo biológico — asuma valor de acto — lo jurídico — y así concuerden ambos vínculos, en perfecta fusión objetiva.

15. *Formas de manifestación de la voluntad.* — La voluntad constitutiva del vínculo jurídico puede ser expresa o tácita, originaria o derivada, positiva o negativa: a) Es expresa en la celebración del matrimonio; tácita, en la admisión de la paternidad del hijo dado a luz por la esposa (art. 253); b) es originaria, en la inscripción del nacimiento de un hijo; derivada, en la legitimación por conocimiento, antes de casarse, del embarazo de la futura esposa (art. 322); c) es positiva, en la acción de reclamación del estado de cónyuge o de hijo; negativa, en la acción de nulidad de matrimonio, o de impugnación de legitimidad, o de repudio de la legitimación.

En las hipótesis precedentes y en todas las situaciones similares que originan el vínculo jurídico, existe libertad individual para determinar su surgimiento. Sólo después de su manifestación — y únicamente entonces — se concreta el vínculo jurídico familiar. Esto acaece, por ejemplo, tanto cuando se reconoce un hijo, como cuando éste logra la declaración judicial de filiación ante la omisión o la negativa paterna. El acto voluntario creador del vín-

culo jurídico familiar se mueve, pues, en dos direcciones: Una, espontánea, de cumplimiento natural, que busca encuadrar el vínculo biológico dentro del vínculo jurídico correspondiente, por acto propio de quien ha originado el hecho humano; y otra, compulsiva, que persigue igual fin, pero por acto de quien no provocó la relación biológica.

En ambas actitudes se desenvuelve el sentimiento natural que es base de la familia y de su cohesión. Aquellas persiguen realizar ese sentimiento; y al poner en juego la voluntad individual la dirigen en sentido familiar, con lo cual satisfacen el anhelo personal de emplazamiento familiar — uno de los fines fundamentales del hombre, que obedece a imperativos fisiológicos y éticos — y, simultáneamente, cumplen la exigencia social de vivir en familia adecuadamente organizada.

16. *Actos bilaterales y unilaterales.* — El acto voluntario que promueve el emplazamiento jurídico puede ser bilateral y unilateral: La bilateralidad es condición del matrimonio; pero no de la filiación, por lo menos en el instante en que se constituye.

17. *Vicios.* — Como todo acto voluntario, el emplazamiento en el vínculo jurídico familiar es susceptible de vicios y de las consiguientes acciones destinadas a invalidarlo.

18. *Carácter institucional, y no contractual, del acto voluntario.* — Aclararemos que la circunstancia de que la fusión de los vínculos biológico y jurídico se satisfaga por medio de un acto voluntario, es totalmente ajena a la concepción contractual: Las relaciones jurídicas familiares no son contractuales, ni siquiera cuando se forman por la coincidente y simultánea manifestación de la voluntad de dos personas, como en el matrimonio, como en el aceptado reco-

nocimiento de filiación, como en el allanamiento ante una acción de reclamación de estado. Correlativamente, tampoco participan de ese carácter las impugnaciones al vínculo jurídico. Es que el acto voluntario, en el orden familiar, representa mero tránsito a lo institucional: Emplazamiento dentro de un orden normativo preestablecido, cuyas características sobresalientes son la precisión con que están previstos los efectos personales — lo principal — y patrimoniales — lo secundario — de las relaciones que se creen por voluntad humana y el juego automático de tales efectos.

e) **Extensión de los vínculos biológico y jurídico:**

19. *Ilimitación y delimitación.* — Cuando destacamos que el fenómeno biológico impulsa al jurídico, con el propósito de nutrirlo vitalmente con su propia substancia (V. n.º 5), quedó implícitamente apuntada la diferencia que se produce en la extensión de ambos vínculos, como resultado de la gravitación propia e ilimitada de la relación biológica que, por no tener otra medida que la naturaleza, sobrepasa el emplazamiento jurídico, siempre sujeto a delimitación.

20. *Unidad del estado de familia: Vínculos jurídicos legítimos.* — En un primer orden, la diferencia de extensión es consecuencia de la calidad del vínculo jurídico, según la calidad de la originaria relación biológica: Matrimonial (art. 358) o extramatrimonial (art. 366). Aparecen, así, la familia legítima y la familia ilegítima o natural, conforme a las denominaciones corrientes, si bien — a nuestro juicio — la familia es una y dentro de ella existen vínculos jurídicos legítimos y vínculos jurídicos ilegítimos, hasta el punto de que quienes ostentan emplazamiento legítimo son sujetos de relaciones concretas con quines lo tienen ilegítimo: Obligación de pasar alimentos a los hijos natura-

les a cargo de los herederos de los padres de aquellos (art. 331); vocación sucesoria de los hijos naturales con respecto a la herencia de sus progenitores, en concurrencia con su viuda o viudo, ascendientes legítimos, aunque en inferioridad de condiciones que los últimos (arts. 3578 a 3581); transmisión de los derechos hereditarios del hijo natural a sus descendientes — aun legítimos — por vía de representación (art. 3589); etc. Por eso, bien ha podido proclamarse el concepto unitario del estado de familia dentro de nuestro código civil (3).

En efecto, la realidad de los vínculos biológico y jurídico supera la pretensión del legislador de excluir a los parientes ilegítimos, declarando que “no hacen parte de la familia de los parientes legítimos” (art. 365, 1.<sup>a</sup> parte), aunque en seguida reconoce — la fuerza de la doble realidad indicada — que “pueden, sin embargo, adquirir algunos derechos en las relaciones de familia, en los casos que este código determina” (art. 365, 2.<sup>a</sup> parte), con lo cual torna inocua esa separación y admite, lo que es fundamental, que “las relaciones de familia” son genéricas y de una sola y única naturaleza: Esa adquisición de derecho funciona, precisamente, dentro de “las relaciones de familia”, concebidas como una categoría de vínculos jurídicos.

Incluso, en bien distinto orden de normas, pero al referirse a la familia como beneficiaria de las facultades emergentes del derecho real de uso y habitación — ya que la medida de ese derecho es la satisfacción de las necesidades del titular y de su familia —, VÉLES SANSFIELD estatuyó, en el art. 2953, que “la familia comprende la mujer y los hijos legítimos y naturales”, sin discriminación de ninguna clase entre estos y presentándolos como componentes de la misma familia.

---

(3) SPOTA, *Tratado de derecho Civil*, Buenos Aires, t. 1, vol. 31 1948, p. 409, n.º 695.

Luego, cada persona es eje de una serie de vínculos familiares legítimos y puede serlo, simultáneamente, de vínculos familiares ilegítimos. Entre ambos no hay más que una diferencia de extensión, pues los primeros tienen latitud, mientras que los segundos son restringidos. Pero el emplazamiento en el vínculo jurídico de familia es uno, porque el vínculo biológico también es uno.

21. *Plenitud y relatividad del vínculo jurídico.* — En un segundo orden, la distinta extensión depende de la amplitud de realización de los efectos del emplazamiento jurídico, pues en los grados más cercanos de parentesco se cumplen plenamente, mientras que al irse alejando del núcleo central se atenúan, por lo cual su alcance es relativo, ya en cuanto a las consecuencias personales — carencia de derecho de oposición al matrimonio más allá del cuarto grado (art. 21, inc. 2.º, L. M. C.), ya en cuanto a las patrimoniales — inexistencia de obligación alimentaria entre colaterales, salvo entre hermanos (art. 367) —, con lo cual se advierte el fenómeno legal de concentración de los derechos familiares en un círculo reducido, aunque sin uniformidad, porque la extensión se supedita a la clase de facultad que se ejerce y a la mayor proximidad del vínculo. Por lo tanto, la plenitud del vínculo jurídico se encuentra en el grupo básico: Padres e hijos, en la doble relación ascendente-descendente y entre sí; en cambio, la relatividad aparece en cuanto el vínculo excede esa esfera. Esta diferencia se apoya sobre las bases de la cohesión del núcleo y de la proximidad afectiva que es inherente a la proximidad biológica.

22. *Innocuidad del emplazamiento jurídico.* — Finalmente, por acentuarse el fenómeno de concentración, como límite de la relatividad señalada, llega un momento en que se extingue su zona de actuación y en el cual hasta se pierde el último derecho emergente del emplazamiento en

la familia: La falta de vocación sucesoria más allá del sexto grado (art. 3585). En este orden, el vínculo biológico no tiene fuerza para sustentar el vínculo jurídico; de modo que el emplazamiento carece de contenido y no causa efectos personales ni patrimoniales. Cuando esto sucede, no cabe hablar de vínculo jurídico ni de familia en sentido estricto, porque la relación biológica es insuficiente para caracterizarla: La familia supone, por esencia, vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación, como expresamos en la definición inicial.