
EL DERECHO DE FAMILIA

TRADUCCIÓN DE
SANTIAGO SENTÍS MELENDO

ESTUDIO PRELIMINAR Y ADICIONES
DE DERECHO ARGENTINO POR
VICTOR NEPPI



EDIAR Soc. Anón. EDITORES
SUCCESORES DE COMPAÑÍA ARGENTINA DE EDITORES, S. R. L.
BUENOS AIRES

ÍNDICE SUMARIO

	Pág.
Advertencia del traductor	9
Prólogo del autor a la traducción	11
Estudio preliminar del profesor Víctor Neppi	13

INTRODUCCIÓN

1. Concepto de familia	27
2. La cohesión del núcleo familiar: fuerzas que la determinan; ley según la cual actúa	28
3. Estructura actual de la familia; importancia de las modificaciones sufridas	29
4. Por qué el derecho de familia se aproxima al derecho público: finalidad del trabajo	30
5. Plan de la exposición	31

PRIMERA PARTE

DERECHO FAMILIAR Y DERECHO PÚBLICO

CAPÍTULO I

DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO

§ 1. <i>Fundamento de la distinción</i>	35
1. Fin de la investigación: determinar si las relaciones jurídicas públicas y las privadas tienen diversa estructura	35

	Pág.
2. Objeciones prejudiciales contra la posibilidad de distinguir derecho público y privado, y su crítica	36
3. De qué procede la distinción	37
4. Objeción de Kelsen y su crítica: remisión	38
§ 2. <i>Derecho individual y derecho social</i>	40
1. Enunciación de la teoría que distingue derecho individual y social: razón de divergencia de nuestra teoría	40
2. Importancia que le reconocemos	42
3. Su vicio fundamental: examen crítico; utilidad y necesidad de distinguir entre dos tipos fundamentales de asociaciones: necesarias y voluntarias	42
4. Voluntad colectiva y voluntad social	46
5. Teoría afín de Hauriou, que distingue entre institución y contrato: su crítica	48
6. Consecuencias de nuestra teoría en relación al concepto de órgano	49
7. Asociaciones necesarias: sus características; función de equilibrio y de cooperación; cómo se forma un interés superior	51
§ 3. <i>Interés privado y público</i>	56
1. Teorías que distinguen interés público y privado; conexión con la teoría que distingue derecho social e individual; interés colectivo e interés social	56
2. Se refuta la objeción de que todo interés jurídicamente tutelado sea interés social; distinción entre cometido social del derecho privado y derecho público	57
3. Opiniones diversas sobre el concepto del interés social o interés estatal: su defecto es el de operar con el concepto del interés colectivo	60
4. Desplazamiento del interés colectivo al interés unitario estatal; vinculación con las teorías precedentes	61
5. Interés del Estado e interés de los entes públicos	63
6. Interés de los entes públicos considerado en sí, como interés público	64
7. Asunción de intereses colectivos como intereses públicos	65
8. Es propia de los entes colectivos la separación entre la titularidad individual de los intereses y de la voluntad	67
9. Interés común colectivo e interés superior	68
10. Consecuencias sobre la estructura de los entes privados y públicos	69

	Pág.
§ 4. <i>Relaciones y derechos subjetivos públicos y privados</i>	71
1. Estructura de la relación privada: concepto de derecho subjetivo privado	71
2. Objeción de Kelsen contra una distinción formal entre las relaciones públicas y las privadas: crítica	72
3. En las relaciones públicas, la obligación es el centro de gravedad	73
4. El momento del deber considerado en el derecho subjetivo del Estado como ente	75
5. El momento del deber considerado en los órganos del Estado; en particular en la actividad de gestión	77
6. El momento del deber considerado en el derecho de los entes públicos	81
7. El momento del deber considerado en los derechos individuales, públicos, políticos	82
8. El momento del deber considerado en los derechos cívicos	87
9. El momento del deber considerado en el derecho de libertad	88
10. Derecho subjetivo privado: función que tiene en él la voluntad individual	91
11. Derecho subjetivo público: predominio del momento de la finalidad	92
12. Doble categoría fundamental de derechos públicos	94
§ 5. <i>Diversos índices de reconocimiento de las relaciones públicas</i>	98
1. Índice deducido de la cualidad del sujeto	98
2. Índice deducido del contenido de la relación	99
3. Índice deducido de la consecuencia de la violación de las normas	100
4. Índice deducido de la característica del derecho-deber	102
5. Índice deducido de la distinción entre potestad y licitud de querer	105
6. Índice deducido de la distinción entre los conceptos de división y adaptación de las cosas	107
7. Índice deducido de la diversidad de posición de los sujetos	108

CAPÍTULO II

DERECHO FAMILIAR

§ 1. <i>La familia como organismo</i>	109
1. La familia como hecho social	109

	Pág.
2. Importancia del dato psíquico que constituye la fuerza cohesiva de la familia	110
3. Indicación sobre la influencia de la escuela del derecho natural y de la obra legislativa de la revolución	112
4. Sus resultados	114
5. La familia no es persona jurídica	114
6. La familia es organismo jurídico	117
7. Interdependencia entre individuos y dependencia de un fin superior, como característica del vínculo jurídico orgánico	118
8. Consecuencias: falta el concepto de derecho adquirido ..	120
9. El momento ético entra como elemento constitutivo de la relación	121
10. Falta el concepto de obligación: se sustituye a él el concepto de <i>status</i>	122
11. La realidad jurídico-social del organismo familiar	123
12. La realidad jurídico-social del organismo estatal	124
 § 2. Relaciones y derechos subjetivos familiares	 126
1. Estructura de la relación de derecho familiar comparada con la relación de derecho público	126
2. El centro de gravedad es también aquí el momento del deber	128
3. La coincidencia de derecho y deber en la patria potestad ..	128
4. El derecho que corresponde al deber del padre o tutor no es el derecho del incapaz, sino el derecho de la familia o del Estado: esto aun cuando no se tenga incapacidad ..	129
5. Doble categoría de derechos subjetivos familiares	131
6. Derecho subjetivo familiar como potestad de querer	132
7. Derecho de los destinatarios de la actividad familiar: el interés del incapaz es elevado a interés familiar; se excluye, por consiguiente, un derecho subjetivo suyo	133
8. Derecho subjetivo familiar como acción	135
9. La distinción entre interés simple, interés legítimo e interés elevado a derecho, en el derecho familiar	136
10. Ejemplo tomado del derecho alimentario	136
 ADICIÓN I	 138
11. El incapaz como titular de derechos subjetivos privados: aplicación del concepto de órgano en el derecho familiar ..	139
12. Todavía sobre el concepto de órgano	140

	Pág.
13. Diferencias a las que el mismo lleva en confrontación con el concepto de representación	141
14. Conclusión y transición	143
 § 3. La estructura interna de la familia. El interés familiar	 145
1. Individualización de un interés familiar: no obsta a ello la falta de una colectividad de interesados	145
2. El interés familiar no es interés moral individual	147
3. El interés familiar es interés superior, en una relación orgánica	147
4. El interés familiar es interés único	149
5. Distinción de los intereses familiares. Interés a ser investido de la función	150
 ADICIÓN II	 152
6. El interés en ser investido de la función es interés familiar, como también el interés en ser dispensado de ello ..	154
 ADICIÓN III	 156
 ADICIÓN IV	 156
7. El interés en el ejercicio de la función; su distinción del interés que en el ejercicio de la función es cuidado	157
 ADICIÓN V	 159
8. El interés de los parientes en que la función sea ejercitada: paralelo con la acción popular; el mismo debe ser expresamente reconocido	161
 ADICIÓN VI	 163
9. El interés individual en el ejercicio de la función: el mismo es simple motivo de la acción	165
 ADICIÓN VII	 169
10. El interés del destinatario de la función, subdistinguido en interés individual e interés familiar en que la función sea ejercitada	170
 ADICIÓN VIII	 172
11. Se establece como conclusión la unidad del interés familiar ..	173

§ 4. <i>La estructura interna de la familia. La voluntad familiar</i>	174
1. Voluntad y libertad en la constitución de las relaciones familiares y en el ejercicio de las funciones	174
2. Cómo se justifica la aproximación de la potestad familiar al poder de imperio público	176
3. Relación entre la <i>patria potestas</i> romana y la actual	177
4. Patria potestad y poder disciplinario	179
5. Patria potestad y soberanía	183
6. La patria potestad no es poder sobre la persona física, ni limitación de libertad ajena	184
7. La patria potestad no es poder libre, sino vinculado; la libertad debe entenderse como discrecionalidad	185
8. El abuso de los derechos en el derecho privado y en el derecho familiar y público	186
9. Generalidad y extensión del límite del abuso	189
ADICIÓN IX	191
10. Cómo debe entenderse la libertad familiar en relación al Estado	192
11. Poder de excitar las funciones familiares	193
12. El poder de excitar las funciones familiares es poder familiar, aun cuando sea ejercitado por quien tiene interés individual	194
13. Importancia de la distinción entre poder familiar en sentido propio y poder de excitar las funciones en orden a la capacidad y a la realización de la voluntad	195
ADICIÓN X	197
ADICIÓN XI	198
14. Importancia de la distinción entre poderes familiares puros y poderes que tienen por motivo un interés individual en orden a la figura del abuso, y especialmente en orden a la pertenencia del derecho: poderes familiares que pueden ejercitarse por medio de los órganos de tutela	198
ADICIÓN XII	200
15. Los poderes familiares puros no corresponden al titular sino en cuanto puedan ser personalmente ejercitados por él	203
ADICIÓN XIII	205 ¹
16. Aplicaciones de tal principio	205

17. Ulteriores aplicaciones del mismo y del principio de la graduación del derecho a la función	208
18. Clasificación y enumeración de los poderes familiares	214
§ 5. <i>La familia y el Estado</i>	218
1. La ingerencia del Estado en general y criterio para determinar su naturaleza	218
2. Fundamento para la aproximación de la familia a otros entes públicos	220
3. Término de comparación	222
4. El control de la autoridad judicial: el mismo no se halla establecido en interés privado. Objeciones y su refutación	224
5. Indices que excluyen que se traté de administración de derecho privado: a) Existe obligación de someterse al control	226
ADICIÓN XIV	227
ADICIÓN XV	228
6. b) El control no es sólo de legitimidad, sino también de oportunidad	228
ADICIÓN XVI	230
ADICIÓN XVII	231
7. c) Existe control no sólo preventivo, sino también posterior y sustitutivo	232
ADICIÓN XVIII	234
ADICIÓN XIX	235
8. d) La autoridad judicial puede a veces proveer de oficio	236
ADICIÓN XX	238
9. Ingerencia del Ministerio Público: cometidos específicamente indicados	240
ADICIÓN XXI	242
ADICIÓN XXII	244
10. Poder genéricamente indicado; poder de accionar directamente	245
11. Poder de intervención en las controversias familiares	246
12. Ingerencia del pretor	250

	Pág.
13. Exclusión del principio de disposición procesal	250
14. Confesión y juramento	252
ADICIÓN XXIII	254
15. Contumacia	255
16. Los principios procesales vinculados con el principio dispositivo sobre los límites de los poderes del juez	256
ADICIÓN XXIV	258
17. Estructura de la relación procesal en las controversias familiares. Controversias sobre la valoración del interés familiar; controversias sobre la oportunidad y sobre la legitimidad	259
18. Controversias sobre el derecho a la función	263
19. Controversias promovidas por el destinatario de la función	265
ADICIÓN XXV	267
20. Controversias en las que falta una relación de poder ..	267
21. Controversias sobre la oposición al matrimonio	268
22. Controversias sobre las nulidades matrimoniales	270
23. Controversias sobre la separación judicial	271
24. Controversias sobre la relación de filiación	272
25. Controversias sobre el derecho alimentario	272
26. Controversias sobre la interdicción	273
ADICIÓN XXVI	276
27. La sentencia tiene valor de acto administrativo además de jurisdiccional	278
ADICIÓN XXVII	279
28. La sentencia tiene la característica de la ejecutoriedad entendida en sentido amplio	280
29. También los actos de poder familiar tienen la característica de la ejecutoriedad entendida en sentido amplio	282
30. Otras formas y casos de ingerencia estatal	283
ADICIÓN XXVIII	285
31. Conclusión	287

SEGUNDA PARTE

DERECHO DE FAMILIA Y DERECHO PRIVADO

CAPÍTULO I

EL DERECHO DE FAMILIA Y LAS NORMAS DE ORDEN PÚBLICO

	Pág.
1. Planteamiento del problema	291
2. Concepción amplia y restringida del derecho dispositivo en su relación con la distinción entre derecho público y privado: por consiguiente, con el derecho familiar	292
3. Dedución de los principios establecidos en la primera parte y remisión en cuanto a la prueba inductiva	294
4. La posición del derecho de familia en relación a la distinción entre derecho dispositivo y derecho absoluto (<i>co-gente</i>) según Ehrlich	295
5. Crítica	297
6. Conclusión	299

CAPÍTULO II

EL DERECHO DE FAMILIA Y LA TEORÍA DEL NEGOCIO JURÍDICO

§ 1. <i>Negocios jurídicos del derecho de familia</i>	301
1. La teoría del negocio jurídico en el derecho privado debe distinguirse de la teoría correspondiente en el derecho público y, por consiguiente, también de la misma teoría en el derecho familiar	301
2. El matrimonio como negocio jurídico: el mismo no es sustancialmente contrato	303
3. El matrimonio no es formalmente contrato	305
4. El matrimonio es acto de poder estatal	308
ADICIÓN XXIX	312
ADICIÓN XXX	313
5. No es contrato la promesa de matrimonio	313
ADICIÓN XXXI	314
6. No es contrato la separación consensual: deducciones ..	315
7. No es contrato la reconciliación: deducciones	317
ADICIÓN XXXII	318

	Pag.
ADICIÓN XXXIII	319
8. No es contrato la adopción	319
9. El reconocimiento de hijo natural no es negocio privado, sino acto de poder familiar; así también el desconocimiento de paternidad legítima	321
10. Los negocios del derecho de familia consisten en actos del poder estatal o en actos de los poderes familiares	324
11. La voluntad privada no es eficaz para constituir, modificar o disolver vínculos jurídicos familiares: ejemplos	325
ADICIÓN XXXIV	329
ADICIÓN XXXV	331
ADICIÓN XXXVI	331
ADICIÓN XXXVII	332
ADICIÓN XXXVIII	333
ADICIÓN XXXIX	333
ADICIÓN XL	334
ADICIÓN XLI	335
ADICIÓN XLII	335
ADICIÓN XLIII	335
ADICIÓN XLIV	336
ADICIÓN XLV	336
§ 2. <i>Voluntad y declaración en el derecho de familia</i>	338
1. La relación entre voluntad y declaración, lo mismo que ocurre en el derecho público, debe valorarse en el derecho de familia con diversos criterios que en el derecho privado	338
2. La simulación en el matrimonio	340
3. La simulación en la adopción	343
4. La simulación en la separación consensual	343
5. El error que excluye el consentimiento y la enfermedad mental aun absoluta no producen inexistencia del matrimonio: examen del artículo 112 y crítica de la opinión dominante	344

	Pag.
6. El error sobre la identidad física como excluyentes del consentimiento	349
7. El error sobre la determinación de la voluntad: el artículo 105, aun extendido al error sobre las cualidades esenciales no puede ser interpretado en base al artículo 1110	350
8. El dolo no es tomado en consideración	352
9. El error de derecho no es tomado en consideración	353
10. La violencia como vicio del consentimiento de los esposos	353
11. Remisión y conclusión	354
§ 3. <i>Contenido de los negocios jurídicos familiares</i>	355
1. No siendo relevante en el derecho de familia el propósito individual, falta un contenido de los negocios jurídicos; no tienen, por consiguiente, aplicación las normas sobre la interpretación de la voluntad dirigida a aquel propósito	355
2. Falta el concepto de negocio inmoral o en fraude a la ley	356
3. Falta el concepto de causa: el mismo se tendrá en los actos de poder familiar, pero con diverso significado de aquel que es la causa en el negocio jurídico privado	357
4. Queda excluida también la figura de la condición y del término: cómo se justifica la exclusión en el matrimonio	359
5. Extensión de la imposibilidad de poner condición o término a todos los actos de derecho familiar en los que la voluntad privada funciona como condición de pronunciamiento estatal; especialmente sobre la separación consensual	360
6. Posibilidad de poner condición o término en los actos de poder familiar: especialmente en el nombramiento de tutor	363
7. Condición o término en la emancipación	365
8. Condición o término en la autorización marital	365
9. Condición o término en el reconocimiento de hijo natural	366
ADICIÓN XLVI	367
10. Efectos de la condición puesta al matrimonio celebrado	368
ADICIÓN XLVII	370
ADICIÓN XLVIII	371
11. Efectos de la condición puesta a la adopción y separación consensual	372

	Pág.
12. Efectos de la condición puesta a los actos de poder familiar	373
§ 4. <i>La representación en el derecho de familia</i>	374
1. La exclusión de la representación se deriva del concepto mismo de derecho subjetivo familiar	374
2. Examen analítico: la representación en los casos en los que la manifestación de voluntad funciona como condición para un pronunciamiento estatal: matrimonio, adopción, separación personal	375
3. La representación es excluida en los actos de poder en sentido propio: puede tenerse sólo delegación cuando sea reconocido su poder	378
4. Casuística: consentimiento para el matrimonio, para la adopción, declaración de emancipación, autorización marital, nombramiento de tutor, acuerdos del consejo de familia	379
5. Tampoco el ejercicio de funciones familiares es posible por medio de representantes: se eliminan las dudas acerca del ejercicio de atributos singulares	381
6. Mandato para reconocer hijos naturales: el mismo tiene eficacia inmediata de reconocimiento	383
ADICIÓN XLIX	385
7. La representación es excluida también en los derechos familiares puros consistentes en una acción	386
8. La representación es posible, en cambio, en los derechos familiares que tienen por motivos un interés individual	387

CAPÍTULO III

ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA DE LOS DERECHOS DE FAMILIA

§ 1. <i>Generalidades</i>	389
1. La adquisición de los derechos familiares en relación a los modos de adquisición de los derechos privados ..	389
2. Pérdida de los derechos familiares: por renuncia	391
3. Pérdida de los derechos familiares: por prescripción ..	391
§ 2. <i>Trasmisión de los derechos de familia</i>	393
1. Intrasmisibilidad de los derechos que atribuyen un poder familiar en sentido propio	393

	Pág.
2. Intrasmisibilidad de los derechos establecidos para estimular funciones familiares	395
3. Intrasmisibilidad de los derechos familiares que tienen como motivo un interés individual: cómo justifica la doctrina su transmisión; la distinción entre acciones de estado personales y patrimoniales; su crítica	395
4. Planteamiento del problema	398
5. Datos positivos de ley: los artículos 167 y 178; interpretación que de ellos da comúnmente la doctrina; objeciones	400
6. La acción de los herederos y descendientes es la misma que pertenecía al difunto: esa acción no se transmite, sino que es concedida por la ley: no existe transmisión porque no se tiene el concepto de bien	402
ADICIÓN L	405
7. Aplicaciones del principio: la acción corresponde solamente a las personas indicadas por la ley	406
8. La acción no puede ser continuada más que en los casos en que está expresamente consentida	407
9. No se transmite ni puede ser continuada la acción de nulidad por vicio de consentimiento o impotencia o falta de consentimiento de los ascendientes	408
10. No se transmite ni puede ser continuada la acción de separación personal	409
11. No se transmite ni puede ser continuada la acción de reclamación de estado de hijo natural	409
12. No se transmite ni puede ser continuada la acción de nulidad correspondiente al marido por falta de autorización	410
13. No se transmite ni puede ser continuada la acción alimentaria	411
§ 3. <i>Renuncia de los derechos de familia</i>	412
1. Enajenación y renuncia: diversidad de trato jurídico. Los términos del problema en el derecho público: cómo los mismos se proponen de manera diversa que en el derecho privado	412
2. Los términos del problema en el derecho familiar: distinción entre actos de poder y otros derechos familiares ..	415
3. Examen analítico: irrenunciabilidad de los derechos a la función y de los atributos singulares de ésta: cómo se justifica	416

Pág.

4. La renuncia al oficio de tutor en el artículo 273	418
5. La renuncia al oficio de tutor en el artículo 276	420
6. La característica general de la renuncia en la primera categoría de derechos familiares	420
7. La renuncia en la segunda categoría de derechos familiares puros: renuncia al derecho de oposición al matrimonio	421
8. Renuncia a la acción de nulidad matrimonial por parte de los que tienen interés familiar	422
9. Renuncia de la madre supérstite al derecho de pedir la dispensa por las condiciones que se le han impuesto por el marido	424
10. Renuncia de los investidos de oficios tutelares al derecho de impugnar acuerdos o de reclamar	424
11. Renuncia al derecho de pedir la interdicción o la inhabilitación	424
12. Renuncia a derechos familiares teniendo por motivo un interés individual: a las acciones de nulidad matrimoniales por vicio de consentimiento	425
13. Renuncia a las otras acciones de nulidad matrimoniales, relativas y absolutas	427
14. Renuncia a la acción de nulidad por impotencia	427
15. Renuncia a la acción de nulidad correspondiente a cualquier interesado	428
16. Renuncia a la acción de separación personal	429
17. Renuncia a la acción de desconocimiento de paternidad	429
18. Renuncia a la acción de impugnación de paternidad	431
19. Renuncia a la acción de reclamación de estado de hijo natural	431
20. Renuncia a las otras acciones de filiación	432
21. Renuncia al derecho alimentario	432
22. Indicación sobre las renunciaciones procesales: en particular renunciaciones a la cosa juzgada	433
§ 4. La prescripción en el derecho de familia	434
1. Prescripción adquisitiva	434
2. Prescripción extintiva: imprescriptibilidad de las acciones de estado: la misma se extiende a comprender todos los derechos familiares	435
ADICIÓN LI	437

Pág.

3. Los términos que la ley pone al ejercicio de acciones familiares son de decadencia; no se tiene una prescripción de acciones de estado patrimoniales	438
4. No se tiene prescripción en las acciones de nulidad matrimoniales relativas	439
5. No se tiene prescripción en las acciones de filiación	441
6. Tampoco se tiene prescripción en las acciones de nulidad de la adopción	442
7. Imprescriptibilidad de los derechos familiares puros	442
Conclusión	443
Apéndice	
Artículos del nuevo Código civil italiano citados en la obra	447
Artículos del nuevo Código de procedimiento civil italiano citados en la obra	481
Artículos del nuevo Código de procedimiento penal italiano citados en la obra	484
Artículos del Ordenamiento del estado civil citados en la obra	488
Índices	
Índice sumario	493
Índice alfabético de autores	509
Índice alfabético de materias	513