

EL DERECHO DE FAMILIA  
Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL.  
LOS APORTES DEL PROF. GERMÁN J. BIDART CAMPOS  
DESDE SU DISCIPLINA DE PERTENENCIA

ADRIANA N. KRASNOW \*

### I. Introducción

Partiendo de las enseñanzas de Ciuro Caldani, el acto de filosofar es un acto de conocimiento con vocación de universalidad, que presenta tensiones cuando se lo vincula a regiones del universo, entre las cuales encontramos el Derecho<sup>1</sup>.

En tal sentido, una cuestión permanente en la Historia de la Filosofía del Derecho Privado es la distinción y vinculación del Derecho Público y el Derecho Privado.

Justamente, Bidart Campos en diversos trabajos se ocupó de la incidencia del Derecho Público en el Derecho de Familia, como área de conocimiento perteneciente al Derecho Privado<sup>2</sup>.

---

\* Investigadora adjunta del CONICET. Doctora en Derecho. Profesora adjunta de Derecho Civil V en la Facultad de Derecho de la UNR.

1 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Lecciones de Filosofía del Derecho Privado (Historia)", 1ª ed., Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2003.

2 Ver, entre otros: "Sexualidad, minoridad, discernimiento y patria potestad" (nota a fallo), en "Revista Derecho de Familia", 2004-I, Lexis Nexis, Bs. As., 2004, págs. 47 y ss.; "El examen hematológico mediante prueba compulsivamente obtenida", en LL, 2003-F-435; "¿Es inconstitucional la indisolubilidad del matrimonio?", en LL, 2003-F-435; "La denegatoria de personalidad jurídica a la Asociación de Swingers es perfectamente constitucional y coincide con el orden público de nuestro Derecho de Familia", en LL, 2003-E-513; "La ley de unión civil de la ciudad autónoma de Bs. As.", en LL, 2003-C-1495; "El adulterio lapidado ¿Y la dignidad de la persona también?", en LL, 2002-C-1405; "El derecho de casarse", en LL, 2002-C-1406; "Una sentencia ágil en busca de la verdadera filiación de un menor", en LL, 2002-C-719; "El derecho a la salud en la convivencia familiar extramatrimonial", en LL, 2002-C-730; "Constitución, disolubilidad matrimonial, discriminación... y algo más", en LL, 2001-D-1307; "Una discriminación por sexo declarada inconstitucional y remedida", en LLBA, 2001-433; "La legitimación de la madre para impugnar la paternidad del marido: ¿y los derechos del niño?", en LL, 2000-B-22; "Intimidad y autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia", en "Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia", N° 15, Bs. As., Abeledo Perrot, 1999, págs. 9 y ss.; "Familia y Derechos Humanos", en "Las transformaciones constitucionales en la postmodernidad", Bs. As., Ediar, 1999, págs. 85 y ss.; "Familia y Derechos Humanos", en "El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas", Santa Fe-Bs.

Tras la lectura de estos trabajos, en los cuales el jurista desde su disciplina estudia los distintos institutos pertenecientes al Derecho de familia, nos pareció pertinente analizar en esta oportunidad sus aportes en vinculación a la protección de la intimidad y la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones familiares.

## **II. La intimidad y la autonomía de la voluntad en la dinámica familiar**

Previamente y sin apartarnos de sus pensamientos, resulta necesario determinar desde una perspectiva constitucional cuál es el contenido y naturaleza de la intimidad; siendo ésta la que permite el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Podemos partir de dos corrientes de opinión. Una de ellas, entiende a la intimidad como todo aquello que no trasciende al exterior y que no puede ser conocido por los terceros. Como ejemplos pueden mencionarse, el pensamiento de una persona o el actuar de una persona en la intimidad de su hogar.

Bidart Campos rechaza esta mirada, por entender que también integran la intimidad muchas conductas que se exteriorizan y que quedan al alcance de los demás. Nos brinda ejemplos simples, al decir que es propio de mi intimidad dejarme barba, usar el cabello largo, entre otros. Estas conductas que no comprometen a terceros las denomina *autorreferentes*.

Trasladando lo expuesto a la proyección social de la persona, en el ámbito de la familia o fuera de ella, señala que cuando ésta entabla relaciones con otra u otras también puede poner en ejercicio su intimidad. En este sentido, las relaciones entre el médico y el

---

As., Rubinzal Culzoni, 1999, págs. 29 y ss.; “El interés superior del niño y la protección integral de la familia como principios constitucionales. La adopción de un menor por cónyuges divorciados”, en LL, 1999-F-623; “Pertenece a la privacidad la supuesta paternidad extramatrimonial del presidente de la República?”, en LL, 1998-D-585; “Derecho constitucional y Bioética en relación con la vida humana”, en JA, 1998-IV-701; “La ley no es el techo del ordenamiento jurídico (Una muy buena sentencia de adopción)”, en LL, 1997-F-145; “Derechos y valores convergentes en la objeción de conciencia y la transfusión de sangre”, en ED, 164-654; “La inmutabilidad del nombre”, en ED, 152-224; “El emplazamiento judicial de la paternidad y la filiación extramatrimonial: sus perspectivas constitucionales”, en ED, 145-422; “La negatoria a someterse a pruebas biológicas en el juicio de filiación”, en ED, 145-255; “Las realidades biológicas y las normas jurídicas”, en ED, 145-881; “En busca de la filiación de sangre: una prueba rechazada y discutida, y muchos derechos comprometidos”, en ED, 141-263; “La unión de hecho y la reparación por daños”, en ED, 133-796; “Los alegatos de inconstitucionalidad contra la ley de divorcio vincular”, en ED, 126-731; “La objeción de conciencia de los padres y el derecho a la vida de su hija recién nacida”, en ED, 125-540; “Derecho constitucional humanitario”, Bs. As., Ediar, 1996.

paciente o el abogado con su cliente, pertenecen a un ámbito de intimidad que comprende a los sujetos que forman parte del vínculo.

Esta vinculación de la persona con el mundo social, puede impactar en el interior de la dinámica familiar. En este ámbito, podemos distinguir las relaciones intrafamiliares de las relaciones extrafamiliares. Las primeras son aquellas que se desarrollan dentro del mundo privado que conforma la familia y que se integra con miembros de la misma; mientras que las segundas se proyectan desde la familia hacia afuera, permitiendo el nacimiento de vínculos entre un integrante de la familia con terceros (particulares o el Estado). Entre las primeras se encuentran las relaciones personales - patrimoniales entre cónyuges o convivientes de hecho y las relaciones entre padres e hijos. Como supuesto de las segundas, podemos mencionar como ejemplo los supuestos de responsabilidad de uno de los cónyuges por las deudas asumidas con terceros acreedores. Si bien ambas clases de relaciones pertenecen al mundo íntimo de quienes la componen, cuando se origina un conflicto que impacta en sus miembros, el Estado puede interferir, como sería el caso de la violencia familiar.

Una vez delimitado el contenido de la intimidad, Bidart Campos se pregunta hasta donde llega la protección de la intimidad y la autonomía en las relaciones familiares, cuál es el límite y cuándo se lo excede. Para poder dar una respuesta a esta situación problemática planteada, traza una línea de frontera donde se ubicará en un extremo la zona de intimidad o autonomía y en el otro extremo las limitaciones que surgen de la ley.

Esta línea de frontera responde al sistema de fuentes vigente en el Derecho interno desde la reforma constitucional del año 1994. En su obra, *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*<sup>3</sup>, afirma que la Constitución tiene fuerza normativa en su integridad, en todas sus partes, en todo su contenido y, en este sentido, la misma como norma jurídica fundante del orden jurídico de un Estado, es el eje obligatorio e imperativo de todo el ordenamiento jurídico-político. En consecuencia, la Constitución es Derecho Público, no dispensable por nadie. Siguiendo el derecho constitucional español, señala que hay un “contenido esencial”, entendido como una especie de mínimo que jamás tolera ser violado para evitar incurrir en arbitrariedad que produce inconstitucionalidad.

Sin perder de vista este sistema de libertades y limitaciones, cuando en sus trabajos se ocupó del estudio de diversos temas propios del Derecho de familia, exteriorizó sus ideas sujetándose siempre al funcionamiento de las relaciones jurídicas familiares en armonía con la jerarquía de normas vigentes. Quienes investigamos en el campo del Derecho de familia,

---

3 BIDART CAMPOS, German J., “El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa”, Bs. As., Ediar, 1995.

estamos sumamente agradecidas por estos aportes, los cuales al tener la virtud de ser claros y a la vez profundos, coadyuvan permanentemente en el estudio y en la búsqueda de respuestas a situaciones problemáticas presentes en esta área de conocimiento.

A continuación y por una razón de espacio, sólo nos limitamos a trasladar al lector el pensamiento exteriorizado por Bidart Campos al tratar temas actuales y generadores de debate en el ámbito doctrinario y jurisprudencial.

### **III. Reseña de sus aportes en cuestiones de familia**

#### ***1. Educación de los hijos***

Desde una mirada constitucional, los padres tienen derecho a educar a sus hijos de acuerdo a sus convicciones éticas o religiosas. Esto conduce a sostener que este derecho - deber de los padres puede ser encuadrado como parte del contenido del derecho a la intimidad familiar.

Ahora bien, Bidart Campos se ocupó de plantear en qué casos debe resguardarse la intimidad de los padres cuando ejercen la responsabilidad parental en orden a la educación de los hijos y cuando la intervención del Estado es necesaria para resguardar el mejor interés del niño/a. Respecto al último supuesto, sostiene que la interferencia a la intimidad será posible cuando se comprueba que los padres transmiten al hijo/a un sentimiento de rechazo hacia personas de otros cultos o ideologías. Aclara que esta limitación a la intimidad de los padres, se extiende tanto cuando el niño carece de discernimiento propio como cuando ya lo posee. Otro caso que habilita la intervención del Estado, se presenta cuando la educación moral y religiosa entra en contacto con la salud y vida del niño, impidiendo que reciba una transfusión de sangre para superar una enfermedad.

#### ***2. El nombre y el apellido de la persona***

Sostiene que en este tema la autonomía de la voluntad es inofensiva. Propicia que la elección del *nombre* quede librada a la voluntad de los padres del nacido o de quien esté habilitado para ello, respetando las limitaciones de la ley.

En cuanto al *apellido*, señala que la imposición obligatoria del apellido paterno es una supervivencia de un machismo coactivo que no se concilia con la igualdad del varón y la mujer en las relaciones familiares. Si la responsabilidad parental es compartida, se pregunta: ¿por qué los hijos hemos de usar sin margen de opción el primer apellido paterno? ¿Se es acaso más hijo del padre que de la madre?

### **3. El derecho a la procreación y la procreación humana asistida**

Afirma que el derecho a procrear de un hombre y una mujer pertenece al mundo íntimo de ambos. Pero, cuando acuden a las nuevas tecnologías reproductivas, se incorpora a la intimidad de la pareja la tercería de un médico. Así, observa que se presenta una intimidad de tres, por un lado la dual de la pareja que es una relación intrafamiliar, y por otro se le agrega una relación extrafamiliar proyectada desde la familia. Esta situación lo conduce a preguntarse: ¿hasta dónde debe respetarse esta intimidad triangular? En la búsqueda de una respuesta a esta pregunta, entiende que la intimidad deja de ser tal cuando la procreación humana asistida puede vulnerar la dignidad personal de la mujer o el bien jurídico “vida humana” radicado en el embrión.

### **4. Procreación humana asistida y su vinculación con el derecho de identidad**

En los casos que se recurre a material genético de tercero dador ajeno a la pareja, se pregunta: ¿el dador tiene derecho a permanecer en el anonimato con fundamento en su derecho a la protección de la intimidad? Sostiene que la respuesta necesariamente se desplaza hacia la persona del hijo y su derecho de acceder a su identidad de origen.

De esta forma, entiende que constitucionalmente cabría una dualidad de respuestas: a) jerarquizar el derecho del hijo de acceder a su historia de origen; b) enfocar la cuestión como un conflicto de derechos entre la persona del tercero dador y los derechos del hijo, debiendo priorizar aquel derecho que en la escala axiológica reviste mayor jerarquía. Frente a esta dualidad de respuestas y colisión de derechos fundamentales que al tener la misma jerarquía son de alcance relativo, manifiesta que no se encuentra en condiciones de dar con plena convicción una respuesta.

### **5. La legitimación como una cuestión constitucional**

Cuando se ocupa de analizar la falta de legitimación activa de la madre para el planteo por derecho propio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, señala que la cuestión de la legitimación excede la normativa de fondo por tratarse de una cuestión constitucional. En este caso, la ley debe admitir la autonomía de la voluntad de la madre de ejercer la acción de filiación correspondiente con el objeto de proteger los derechos del hijo.

Categoricamente señala que *las leyes que niegan legitimación para impedir que los jueces descubran la verdad material u objetiva, son inconstitucionales*. Partiendo de

preguntas, formula las siguientes reflexiones: *¿qué debe interesar prioritariamente: la ficción hipócrita de presunciones legales a favor de la paternidad del marido, o la cruda verdad de que la esposa tuvo el hijo con un hombre que no era su marido? ¿qué debe interesar: que el hijo nacido de esa relación extramatrimonial tenga y prolongue el disfraz que su madre no puede quitarle, o que la ley le asigne los medios disponibles para que su derecho constitucional a la identidad se haga efectivo? ¿qué verdad puede ser más importante que la que indica que la filiación legal debe coincidir –mientras sea viable- con la filiación biológica?*<sup>4</sup>.

### **6. La negativa a someterse a la pericial biológica**

En una posición solitaria, criticó la postura mayoritaria asumida respecto al efecto derivado de la negativa a someterse a la pericial biológica en un proceso de filiación. En uno de sus trabajos expresó: *“...cuando la Constitución reconoce a toda persona el derecho a no declarar contra sí misma está poniendo una valla a toda prueba coactiva que afecte la integridad física, síquica o moral de la persona; por ende, si ésta se niega a prestar su cuerpo para esta prueba, no puede inferirse en su contra un reconocimiento, ni siquiera una presunción a favor de la contraparte... La prohibición de obligar a prestar declaración en contra de uno mismo rige, a nuestro criterio, en toda clase de juicio... Yo no puedo decirle a alguien (y la constitución se lo dice) que no está obligado a declarar contra si mismo, y una vez que ha ejercido ese derecho, negándose, añadirle: ahora tomo la negativa fundada en un derecho tuyo, como elemento probatorio en tu contra”*<sup>5</sup>.

Claramente surge del párrafo precedente, que para el jurista la negativa no puede ser equiparada a una presunción en contra por la sencilla razón que la norma constitucional faculta tal conducta.

### **7. Cuestiones patrimoniales en el Derecho de familia**

Se plantea las siguientes preguntas: ¿conviene dejar librada a la autonomía de la voluntad de los cónyuges la regulación de los bienes durante el matrimonio?; ¿la fijación de la cuota alimentaria ha de reservarse para suplir la ausencia o el fracaso de un acuerdo de partes?

En cuanto al régimen de bienes, sostiene que desde una mirada constitucional

---

4 BIDART CAMPOS, “La legitimación...” cit.

5 BIDART CAMPOS, “La negatoria...” cit.

puede admitirse la posibilidad de que los cónyuges en ejercicio de la autonomía de la voluntad opten por el régimen de bienes al que quedarán sometidas las relaciones patrimoniales entre ellos y respecto a terceros. Sin embargo, refiere a la necesidad de establecer normas que actúen por sobre la autonomía de la voluntad con el fin de proteger a cualquiera de los cónyuges frente a eventuales perjuicios. Este criterio es el que se sigue en la mayoría de los sistemas legales que al consagrar la libertad de pactar, paralelamente establecen un régimen primario de cumplimiento obligatorio para todas las parejas unidas en matrimonio.

En cuanto a la obligación alimentaria entre cónyuges, postula como deseable dejar librada al ejercicio de la autonomía de la voluntad la determinación de la prestación, siempre y cuando sea el resultado de una voluntad común.

#### **IV. Cierre**

Como vemos, la valiosa tarea desplegada por este prestigioso jurista en el ámbito del Derecho de Familia, nos ayuda a confirmar que esta área del Derecho Privado se integra con contenido de derecho público. Sólo así, es posible la efectividad de los derechos fundamentales de quienes integran la familia, siendo viable la intromisión del Estado en la intimidad familiar cuando el amparo de cualquiera de sus miembros lo exija.