



**UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE**

FACULTAD DE DERECHO

Con Estudios Incorporados a la Universidad
Nacional Autónoma de México

CLAVE: 8793-09

AUTONOMÍA DEL DERECHO FAMILIAR

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADA EN DERECHO**

PRESENTA:

DIANA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

ASESOR:

LIC. JUAN JOSÉ MUÑOZ LEDO RÁBAGO

CELAYA, GTO.

OCTUBRE 2010.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

AGRADECIMIENTOS

“Haz sólo lo que amas y serás feliz, y el que hace lo que ama, está benditamente condenado al éxito, que llegará cuando deba llegar, porque lo que debe ser será, y llegará naturalmente”.

Facundo Cabral

Agradezco infinitamente a Dios por todas las bendiciones de las que me ha colmado...

Al angelito que Dios me envió – Lia Madian- que cada día me hace más grande, más fuerte y más capaz en la vida, por quien día a día lucho por ser una mejor persona y de quien se sienta orgullosa de decirme mamá!

A mi madre, que es a quien le debo todo y más, por quien soy lo que soy, quien ha sido mi motor para seguir adelante, mi amiga incondicional que me da su mano para continuar en el camino.

A mi hermana que ha sido un gran apoyo en mi vida, por quien intento ser un gran ejemplo, y que sepa que para lograr algo en la vida hay que luchar y desearlo.

A mi tía Lourdes, a quien le debo esta satisfacción, quien es una figura importante en mi vida, que me ha brindado su apoyo en todo momento, dándome un lugar en su vida como a una hija.

A toda mi familia, a quien amo, que ha confiado en mí y que me ha visto crecer y luchar por superarme, que me ha brindado su apoyo, cariño y comprensión en los momentos en que más los he necesitado, GRACIAS!

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO:

ANTECEDENTES EN EL DERECHO FAMILIAR

1.1 Antropología del Parentesco	1
1.2 Breve historia de la antropología del parentesco	1
1.3 Propuesta de Morgan	2
1.4 Consolidación de la antropología	4
1.5 Dos teorías	6
1.5.1 Teoría de la filiación	6
1.5.2 Teoría de la alianza	8
1.6 Críticas y nuevas problemáticas	10
1.7 Parentesco	11
1.8 Sistemas terminológicos de parentesco	12
1.9 Origen	12
1.10 Importancia de la institución familiar	14
1.11 Evolución Histórica	15
1.12 Monogamia	17
1.13 Evolución Histórica	18
1.14 Historia y Desarrollo de la Familia	19
- Historia	21
- La familia moderna	23
- Desarrollo y panorama de la familia nuclear	26
1.15 Ciclo vital de la familia nuclear	26
- Desprendimiento	26
- Noviazgo	27
- Encuentro	28
- Relación entre amor y procreación	30
- Llegada de los hijos	31
- Adolescencia de los hijos	32

- Encuentro de la pareja	33
- Vejez	34
1.16 Modelos de Familia	34
1.16.1 Familia Extensa	34
- La familia extensa alrededor del mundo	35
- Poligamia	36
1.16.2 Familia nuclear	36
- Variaciones en el empleo del término	37
- Percepción contemporánea	37
- Diferencias con la familia extensa	38
- Cambios en la formación de la familia nuclear	38
- Divorcio	39
1.16.3 Familia monoparental	39
1.16.4 Familia punalúa	40

CAPÍTULO SEGUNDO:

IGUALDAD EN LAS RELACIONES FAMILIARES

2.1 Igualdad y Relaciones Familiares	41
2.2 Introducción	41
2.3 Sobre la Igualdad	42
2.4 Derecho de Familia e Igualdad	48
2.5 El Hombre como persona y la Autonomía de la voluntad	64
2.6 Límites: el hombre y la sociedad	65
2.7 La autonomía privada como licencia del ordenamiento jurídico	66
2.8 El instrumento de la autonomía privada: el acto jurídico y sus requisitos	67

CAPÍTULO TERCERO:

TRATAMIENTO DE LA FAMILIA EN EL DERECHO CIVIL

3.1 Clasificación del Derecho En General	69
3.2 Clasificación: Procesos Civil, Mercantil y de Familia	70
3.3 Derecho de Familia	72

3.4	Sujetos del Derecho Familiar	73
3.5	Objeto del Derecho Familiar	73
3.6	Derechos subjetivos familiares	75
3.7	Derechos familiares patrimoniales y no patrimoniales	75
3.8	Derechos familiares Absolutos y Relativos	76
3.9	Derechos Familiares Públicos y Privados	78
3.10	Derechos Familiares Transmisibles e Intransmisibles	78
3.11	Derechos Familiares temporales y vitalicios	79
3.12	Derechos Familiares renunciables e irrenunciables	79
3.13	Derechos familiares transigibles e intransigibles	79
3.14	Derechos familiares transmisibles por Herencia y Extinguibles por la muerte de su titular	80
3.15	Definición de los deberes subjetivos familiares	81
3.16	Clasificación de los deberes jurídicos familiares	81
3.17	Actos Jurídicos Familiares	81
3.18	Clasificación de los actos jurídicos familiares	82
3.19	Enumeración de las sanciones del derecho familiar	82
3.20	Concepto Jurídico de Familia	84
3.21	Definición de Familia	85
3.22	Concepto biológico del término familia	86
3.23	Concepto sociológico del término familia	86
3.24	Concepto jurídico del término familia	87
3.25	El fin que persigue la familia	87
3.26	Derecho de Familia	88
3.27	Concepto de Parentesco	88
	- Concepto de matrimonio	89
	- Concepto de filiación	89
	- Concepto de Concubinato	89
	- Concepto de Divorcio	89
3.28	Fines de la familia	89
3.29	Fuentes del derecho de familia	91

CAPÍTULO CUARTO:
NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO FAMILIAR

4.1 Naturaleza Jurídica del Derecho Familiar	93
4.2 Acto Jurídico Familiar	94
- noción	95
- clasificación	95
4.3 Concepto de Familia	96
4.4 Personalidad Jurídica	97
4.5 Organismo Jurídico	100
4.6 Familia como Institución	100
4.7 Necesidad de un replanteamiento del concepto de familia	103
4.8 La familia y la comunidad	108
4.9 Principios de la familia en la educación jurídica	111
4.10 La familia como persona jurídica	112
4.11 De la persona jurídica	113
4.12 La familia como organismo jurídico	114

CAPÍTULO QUINTO:
***TRATADISTAS QUE HABLAN DE LA AUTONOMIA
DEL DERECHO FAMILIAR***

5.1 Concepto del Derecho de Familia en opinión de diversos autores	116
5.2 Teoría de Antonio Cicú	119
5.3 Teoría de Roberto Ruggiero	125

CAPÍTULO SEXTO:
***CRITERIOS PARA DETERMINAR LA AUTONOMIA
DEL DERECHO FAMILIAR***

6.1 Algunas tendencias sobre autonomía personal y familia en: Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú	130
- Estadísticas que permiten ilustrar el comportamiento	

de la población en la constitución de familias	130
- Transformaciones en curso: Aumento de jefatura de hogar femenina, y de familias monoparentales	131
- Relación entre matrimonio y familia	132
- La autonomía pendiente	134
- Políticas sociales relativas a la familia, sin enfoque de derechos	136
- Organizaciones de la sociedad civil que trabajan en este ámbito	138
6.2 Tesis sobre la Naturaleza Jurídica de la familia	139
- Tesis: la familia como persona jurídica	139
- Tesis: la familia como organismo jurídico	140
- Tesis: la familia como institución	140
- La institucionalidad de la familia	141
6.3 Criterios para determinar la Autonomía del Derecho Familiar	142
6.3.1 Criterio Legislativo	142
6.3.2 Criterio Científico	143
6.3.3 Criterio Didáctico	144
6.3.4 Criterio Jurisdiccional	144
6.4 Constitución Jurídica de la Familia	145
6.5 Relaciones jurídicas familiares	149
6.6 Normas de orden público	151
6.7 Derechos y obligaciones de los miembros de la familia	152
6.8 Carácter privado de los procesos	155
6.9 Naturaleza de los procesos	156
6.10 Naturaleza jurídica	158
- Características	159
- Actos y derechos de familia	160
6.11 Características de los Tribunales de Familia	160
- Tipos de procedimientos en los Juzgados de Familia	162
6.12 Salas Familiares	162
6.12.1 Introducción	162
6.12.2 Antecedentes	164
6.12.3 Marco Jurídico	166

6.12.4	Objetivo del Área	166
6.12.5	Estructura Orgánica	167
6.12.6	Organigrama	167
6.12.7	Descripción de Funciones	167
6.12.7.1	Salas Familiares	167
	- Funciones	167
6.12.7.2	Presidencia de Sala	168
	- Objetivo	168
	- Funciones	168
6.12.7.3	Magistrado (Ponencia)	168
	- Objetivo	168
	- Funciones	168
6.12.7.4	Secretario proyectista de sala	169
	- Objetivo	169
	- Funciones	169
6.12.7.5	Secretaría de Acuerdos de sala	169
	- Objetivo	169
	- Funciones	170
6.12.8	Oficialía de Partes de la Sala	171
6.12.9	Secretaría Auxiliar de Asuntos Nuevos	171
6.12.10	Área de Amparos	172
6.12.11	Archivo de la Sala	172
6.12.12	Secretario Actuario de Sala	172
	- Objetivo	173
	- Funciones	173
6.12.13	Pasante de Derecho	173
	- Objetivo	173
	- Funciones	173

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

La familia es el núcleo de mayor importancia dentro de la sociedad, y la que actualmente es la más vulnerable dentro de los cambios económicos, sociales e ideológicos que atraviesa nuestro país.

A pesar del esfuerzo de tratar que permanezca la institución de matrimonio como constitución de una familia, más sin embargo, surgen otras diversas de constituir la familia, pero a pesar de su proliferación parece ser que el legislador insiste en regularlo de forma muy deficiente, al grado casi de ignorarlo.

Lo anterior, es una falla grave de nuestro sistema de leyes, que ni frenan el problema y sí perjudica a las familias constituidas, que no encuadran dentro del marco que actualmente regula a la familia.

Diariamente surgen situaciones para las que el juzgador no encuentra soluciones en la ley, debiendo aplicar su criterio para resolverlas.

Es indispensable hacer reformas a las leyes que nos rigen para que brinden mayor seguridad jurídica y se otorgue una protección eficiente a las familias.

Por ello, se ha incluido en este trabajo, la problemática que puede presentarse en torno a esta figura y las propuestas de reformas a varias leyes para dar solución a estos conflictos.

La necesidad que tiene el hombre en nuestros tiempos de mutuos y múltiples cambios, tanto social, político, científico y económico, los ha llevado a vivir una sociedad que sea estable tanto emocional, física y sexualmente hablando, que sea frecuente mediante el desarrollo de relaciones afectivas regulares con una sola pareja de sexo opuesto.

La familia no solamente es el agente reproductor de nuevas generaciones en el marco del derecho y la educación, sino también es el centro motor de formación de individuos para determinar las características del organismo social, mayor que la sociedad, la familia también se convierte en el grupo de referencia más duradera e influyente para la comunidad de donde todo lo social se hace relación con la familia.

La familia es la base y fundamento de toda sociedad cualquiera sea su naturaleza económica o política. Ella presenta el núcleo vital de la comunidad y de ella arranca la explicación del género humano, a través del tiempo.

Es un hecho que actualmente la familia atraviesa crisis internas y está sometida a influencias culturales, sociales, políticas y económicas muy perjudiciales que debilitan su solidez y obstaculizan su misma o propia formación. Esto es altamente preocupante, pues la familia es la célula básica de la sociedad; todos debemos contribuir para la solidez de esa comunidad natural de la que depende la misma formación integral del hombre y su base está constituida por la alianza de la familia, esa fuerza capaz de unirla establemente en el amor y la verdad.

Por ello, es obligado promover la dignificación del matrimonio y de la familia, como comunión de relaciones interpersonales particularmente intensas entre esposos, entre padres e hijos, entre generaciones, de convivencia humana y entrega sincera de sí mismo. La familia es una comunidad de personas, la célula más pequeña; como tal, es una institución fundamental para la vida de toda la sociedad.

Diversos son los autores que parten del análisis del estado actual de la normativa sobre el Derecho de la Familia a la luz de las sucesivas reformas legales, e incorporan la incidencia de nuevas regulaciones sobre las instituciones de la familia (matrimonio, divorcio, adopción, régimen patrimonial, concubinato, patria potestad, sucesión, etcétera.)

Con la realización de este trabajo se pretende determinar la necesidad de la creación de un Código Familiar autónomo al Código Civil. Para ello se definió el concepto, principios y clasificación de lo que constituye el Derecho Familiar, se procederá a un análisis de su regulación, así como de las características, para determinar teniendo en cuenta los criterios doctrinales el Derecho Familiar establecido para la creación de su propia legislación.

Para lograr todo esto se debe tomar en consideración desde sus antecedentes históricos que nos han llevado a lo que es la familia y en consecuencia de ello desde la época que se viene llevando a cabo la figura de la agrupación social, tomando en cuenta los términos necesarios para acreditar que se ha llegado por el solo transcurso del tiempo a adquirir la figura de la familia, debiendo estudiar a fondo la evolución de una familia dentro del seno social de un país y comparándolo con el seno social de otro u otros Estado(s) dentro de nuestra República Mexicana y de Latinoamérica.

Todo ello tiene por objeto y finalidad llegar al fondo de una problemática que se ha detectado con respecto a la crisis que atraviesa la entidad de la familia, partiendo de los requisitos y elementos necesarios para poder determinar y sustentar la necesidad de crear una legislación específica que regule las instituciones familiares, a fin de que se de la legalidad necesaria a las relaciones familiares.

CAPÍTULO I:

ANTECEDENTES DEL DERECHO FAMILIAR

1.1 Antropología del Parentesco

La antropología del parentesco —llamada también estudios de parentesco— constituyen una de las áreas con las que dio origen el desarrollo de la antropología moderna durante la segunda mitad siglo XIX. El parentesco fue, para los precursores del pensamiento antropológico, un campo de especial interés, en tanto que advirtieron su importancia en cuestiones como la pertenencia a un grupo social, la transmisión de la herencia y los derechos de un linaje, e incluso influía en la dinámica de las relaciones sociales, especialmente en las sociedades que en aquel tiempo eran calificadas de *primitivas*.

1.2 Breve historia de la antropología del parentesco

El parentesco apareció como uno de los primeros temas de la antropología evolucionista de la segunda mitad del siglo XIX. En un tiempo en que la antropología aparecía más como un entretenimiento, asociado al coleccionismo de antigüedades y objetos de culturas exóticas, es sintomático que casi todos los primeros interesados en el estudio sistemático de las culturas de los pueblos considerados en ese tiempo como *salvajes* hayan sido abogados de profesión, y que una de sus principales materias de estudio la constituyera precisamente el parentesco. El interés de personajes como J. F. McLennan o Johann Jakob Bachofen en el parentesco de sociedades antiguas —principalmente la romana y la griega— radicaba en sus intenciones de encontrar los orígenes de las reglas europeas de parentesco que determinaban, entre otros asuntos, el derecho a la herencia o a la sucesión.

Precisamente es la obra de estos dos autores la que marca el inicio de los estudios de parentesco. En su libro *Mutterrecht (El derecho materno)*, Bachofen —de nacionalidad suiza— expone su hipótesis sobre el matriarcado como la forma original de la organización en las sociedades

primitivas. La base de su argumentación la constituía el conjunto de mitos antiguos en los que las mujeres aparecían como las figuras de autoridad. De acuerdo con Bachofen, el parentesco en las sociedades primitivas se fijaba a través de la madre, ya que la promiscuidad sexual de los seres humanos en estado salvaje habría impedido que los hombres reconocieran a sus propios hijos. Como corolario de lo anterior, las mujeres poseían también el monopolio del poder político, lo que dio lugar a una *ginococracia* o gobierno de las mujeres. Hay que aclarar que la existencia del matriarcado no fue probada nunca, y que su empleo en el habla cotidiana para referirse a contextos sociales donde hay predominio femenino es erróneo desde el punto de vista de la antropología. La existencia del matriarcado fue puesta en duda por autores contemporáneos de Bachofen, como Maine, para quien el matriarcado era sólo resultado de un error interpretativo de los mitos.

Por su parte, el británico John Ferguson McLennan, desconociendo la obra de Bachofen que sirvió de punto de partida para numerosas investigaciones etnológicas sobre el parentesco, publicó cinco años más tarde su propia propuesta, que en algunos puntos parecía coincidir con la de Bachofen. En *El matrimonio primitivo*, McLennan argumentaba que las formas anteriores de organización parental podían ser descubiertas mediante la observación de ciertos ritos de los pueblos *primitivos*, entre ellos, el rapto de la novia. La existencia de esta práctica en varios pueblos era explicada por McLennan como una *supervivencia* de tiempos remotos en los que el infanticidio femenino era una práctica generalizada, lo que redundaba en un número reducido de mujeres disponibles para los hombres maduros. Esto habría generado la aparición de la poliandria como la primera forma de organizar las relaciones de parentesco entre los seres humanos.

1.3 Propuesta de Morgan

Un parteaguas en la historia de los estudios de parentesco en la antropología lo constituyó la obra del estadounidense Lewis H. Morgan. Al igual que Bachofen, Maine y McLennan, Morgan también era abogado.

Desde joven se interesó por los iroqueses y su cultura, al grado que participó en una sociedad que emulaba la organización social de ese pueblo de los Grandes Lagos y una de sus obras más conocidas trata de la organización política de las tribus pertenecientes a ese pueblo. Precisamente su contacto con los indígenas de Estados Unidos le hizo notar algunas peculiaridades lingüísticas de los iroqueses en lo que toca a los términos de parentesco: había categorías que los occidentales como él distinguían que no podían ser traducidas de los idiomas indígenas. Posteriormente, tras uno de los primeros intentos de etnografía en campo que se hayan realizado en la historia de la antropología, Morgan recabó información sobre numerosos sistemas de nomenclatura del parentesco alrededor del mundo, que finalmente le condujeron a plantear una hipótesis explicativa de la diversidad lingüística en el paradigma de las relaciones parentales.

La obra clave de Morgan en el campo del parentesco es *Systems of Consanguinity and Affinity of the Human Family* (*Sistemas de consanguinidad y afinidad de la familia humana*, publicado en 1871), en el que expone sus principales aportaciones al campo de los estudios de parentesco, que constituyen la piedra base del desarrollo posterior, a pesar de los errores interpretativos que han sido señalados por varios críticos de su obra. En *Sistemas de consanguinidad*, Morgan da cuenta de los seis principales tipos de nomenclatura del parentesco, a los que él define como *descriptivos* —las familias ariana, semítica y urálica— y *clasificatorios* —los tipos malayo, turanio y ganowaniano—.

Para Morgan, los sistemas que llamó *descriptivos* correspondían a sociedades desarrolladas, en tanto que los clasificatorios correspondían a las sociedades primitivas o bárbaras. De esta manera, un sistema de parentesco como el malayo (correspondiente en la actualidad al sistema hawaiano) estaría relacionado con la familia consanguínea; los sistemas iroqués turanio y ganowaniano están relacionados en la hipótesis de Morgan con la llamada familia punalúa, característica del período inferior de barbarie, donde un hombre estaría casado con varias mujeres que no pertenecían a su grupo, y viceversa; otro ejemplo es el que corresponde a

la relación a entre la familia monogámica y el sistema esquimal de parentesco, que Morgan vinculó al surgimiento de las sociedades patriarcales en la civilización antigua. Aunque los sistemas definidos por Morgan continúan en vigencia en la antropología del parentesco con nombres distintos, tanto la idea de que existen sistemas clasificatorios y descriptivos como la asociación de estos tipos con ciertos estadios del desarrollo humano han sido desechados.

La influencia de Morgan no alcanzó sólo a los antropólogos. Federico Engels realizó una interpretación de la propuesta de Morgan en *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*; y el marxismo mismo refleja la tendencia materialista de su trabajo. En *Ancient Society (La sociedad antigua)*, Morgan propone una hipótesis sobre la evolución de los modos de organización social que se asocia a la evolución de las tecnologías y modos de subsistencia, similar a la que es común en la teoría marxista.

1.4 Consolidación de la antropología del parentesco

Los trabajos de Morgan fueron una base importante para el desarrollo de la teoría antropológica del parentesco durante la primera mitad del siglo XX. En buena medida, los problemas que interesaban a los investigadores eran las implicaciones jurídicas y políticas de las redes de parentesco en sociedades no occidentales. Sin embargo, los puntos centrales de la teoría de Morgan —y con ella, la del resto de los antropólogos evolucionistas— fueron puestos en tela de juicio con el desarrollo de los paradigmas relativistas y funcionalistas en Europa y Estados Unidos durante las primeras décadas del siglo XX. De esta suerte, Franz Boas descalificó el método de investigación de Morgan y su tendencia a buscar leyes universales. Para Boas, el conocimiento etnográfico sobre otros pueblos no era suficiente como para aventurarse a la formulación de leyes unificadoras en las que la diversidad cultural no tenía cabida; además, Boas desarmó la asociación entre los *períodos étnicos* de Morgan y la tecnología y los tipos de organización social (incluidos los tipos de familia), señalando que todos los elementos que componen una cultura deben ser

entendidos en su contexto cultural y no como parte de una cadena unívoca de sucesiones de estadios evolutivos de la humanidad (Boas, 1964: capítulo 4).

Por otra parte, en Europa, las tendencias principales de la sociología y la antropología social intentaban explicar las instituciones sociales por medio de su función social. Un ejemplo clásico del tratamiento del parentesco desde una mirada funcionalista lo constituyó el trabajo de Émile Durkheim. En *El suicidio* (1997: libro segundo, cap. III), Durkheim señala que una de las funciones de la familia es proporcionar un ambiente de primera socialización de las personas. Para Durkheim, los lazos de parentesco se modificaban de acuerdo con otras condiciones de la vida, y atribuía al debilitamiento de la función de la familia el aumento de las tasas de suicidios en sociedades industrializadas. Además, Durkheim sentó las bases de la posterior teoría estructuralista de Claude Lévi-Strauss sobre la prohibición del incesto. Para Durkheim, esta prohibición es una consecuencia de la aplicación de las leyes exogámicas que obligan a las personas de un clan a casarse con miembros de otros clanes; amén de la identificación entre el clan y el tótem, cuyas relaciones se reflejarían en la prohibición del incesto en los sistemas de parentesco de los aborígenes australianos.

Años más tarde, Bronislaw Malinowski realizaría sus propias investigaciones etnográficas sobre el parentesco entre los habitantes de las islas Trobriand, al oriente de Nueva Guinea. Malinowski pretendía encontrar que el modelo universal de familia era el de la familia nuclear, aunque este tipo de organización no apareciera claramente en varios pueblos. De esta manera, según Lévi-Strauss, lo que Malinowski —y otros antropólogos sociales británicos que lo sucedieron— hizo fue desechar la importancia de la indagación en los sistemas terminológicos de parentesco, que habían sido de vital importancia en las indagaciones de los antropólogos evolucionistas como Morgan (Lévi-Strauss, 1981). Para los antropólogos británicos de la primera mitad del siglo XX, el interés de los estudios de parentesco radicaba en la función de estos en el sistema social de las sociedades, de modo que otras implicaciones de esta esfera

de la sociedad, especialmente las relacionadas con la dimensión simbólica de los términos con los que las personas se refieren a sus parientes en diversos pueblos, casi eras pasadas por alto por los antropólogos estructural-funcionalistas.

1.5 Dos teorías

La mayor parte de la producción antropológica moderna en torno al parentesco está dominada por dos grandes enfoques. Se trata de la teoría de la filiación y la teoría de la alianza, cada una con sus particulares intereses teóricos y con propuestas divergentes de interpretación de las relaciones de parentesco.

1.5.1 Teoría de la filiación

El desarrollo de la teoría de la filiación —llamada en inglés *descent theory*, por lo que en ocasiones se traduce erróneamente el término al español como teoría de la descendencia— se debe ante todo a los antropólogos sociales británicos que desarrollaron su trabajo a la luz del paradigma del funcionalismo estructural. Este paradigma tiene raíces profundas en la tradición sociológica de Émile Durkheim, con la que comparte, entre otras características, el tratamiento de los fenómenos sociales como *cosas*, la metáfora de la sociedad como un organismo coherente y la intención de descubrir las leyes del funcionamiento de las sociedades humanas. Entre los principales modeladores del paradigma estructural-funcionalista se encuentran Alfred Reginald Radcliffe-Brown, Edward Evan Evans-Pritchard, Meyer Fortes y otros más, enfocados especialmente en las sociedades que habitaban los territorios africanos bajo el dominio de Gran Bretaña.

La teoría de la filiación tiene en Radcliffe-Brown uno de sus principales artífices. De acuerdo con este autor, un *sistema de parentesco* —que de acuerdo con él es un término que se debe emplear como abreviación de *sistema de parentesco y matrimonio, o parentesco y afinidad* (Radcliffe-Brown, 1972: 65)— puede ser definido como *una red de relaciones sociales de tipo definido que constituyen parte de toda la red de relaciones sociales que llamo estructura social* (1972: 67). Para Radcliffe-Brown,

como para otros antropólogos que estudiaron el parentesco a la luz de paradigma de la filiación, el corazón de los sistemas de parentesco lo constituye la *familia elemental*. Esta familia elemental no es otra que la familia nuclear característica de las sociedades europeas modernas, es decir, el conjunto de personas formada por un matrimonio y sus descendientes. Como queda claro en su ensayo sobre las relaciones jocosas entre ego y el hermano de la madre (1972: 107-122), para este antropólogo británico el interés del estudio del parentesco radicaba en la posibilidad de descifrar los códigos sociales que subyacen en las relaciones entre parientes. Pero además, la teoría de la filiación se muestra como un enfoque poco interesado en la *explicación histórica* de los fenómenos sociales. Ante todo, está interesada en poner en relieve la estructura de relaciones en una sociedad durante un momento dado, por lo que necesariamente representa a los sistemas estudiados fuera de cualquier contexto histórico.

En su intento por explicar la estabilidad de las sociedades africanas sin Estado, *primitivas* para Radcliffe-Brown (1974), donde realizaron su trabajo de campo; Evans-Pritchard y Fortes (1994) sosteían que los nuer y los tallensi estaban organizados principalmente a través de grupos de filiación unilineal. Estos grupos funcionaban como *grupos corporativos*, lo que significa que eran grupos estables con reglas claras de funcionamiento y una estructura interna capaz de regular las relaciones entre los miembros mediante la asignación de atribuciones —derechos y obligaciones— a cada uno de ellos, de acuerdo con la posición que ocupaban en la red estructural.

Los grupos corporativos a los que referían Evans-Pritchard y Fortes se caracterizan porque sus miembros comparten objetivos comunes, como la administración de los bienes del grupo y la defensa ante embates de los enemigos. La estabilidad de los grupos corporativos organizados en torno al parentesco, de acuerdo con estos antropólogos, perduraba más allá de la muerte de los miembros del grupo y se reproducía de generación en generación. En este contexto africano, las divisiones territoriales de los pueblos estaban relacionadas con linajes, haciendo de los lazos "de

sangre" y el derecho derivado del nacimiento en un territorio las dos caras de una misma moneda. (Kuper, 1988: 195). Los lazos de afinidad entre los parientes que no forman parte del mismo grupo de filiación fueron considerados por los antropólogos estructural-funcionalistas como cuestiones accesorias —Fortes, por ejemplo, creó el concepto de *filiación complementaria*.

1.5.2 Teoría de la alianza

En contraste con la propuesta de los africanistas británicos, la teoría de la alianza pone un especial énfasis en las relaciones sociales que se construyen en torno al matrimonio. La propuesta fue desarrollada ampliamente por Claude Lévi-Strauss, etnólogo francés cuya obra *Las estructuras elementales del parentesco* forma una de las piedras angulares del paradigma estructuralista de la antropología.

La teoría de la alianza se diferencia en varios aspectos a la teoría de la filiación. En primer lugar porque no pretende descubrir el funcionamiento social de los lazos de parentesco, aunque éstos no quedan necesariamente excluidos en el análisis de un sistema. Por otra parte, vuelve su atención a los sistemas terminológicos del parentesco, que habían sido minimizados por los antropólogos de la teoría de la filiación. De acuerdo con la teoría de la alianza, en las terminologías del parentesco se encuentran codificadas esencialmente las categorías que una sociedad considera incestuosas, y por lo tanto, permiten regular la *distribución de parejas*, o en otras palabras, *quién puede o debe emparejarse con quién* (Buchler, 1982: 11); de donde puede entenderse el interés que el paradigma de la alianza tiene en la prohibición del incesto y el llamado *átomo del parentesco*, nacido de la alianza entre un hombre que cede los derechos sobre sus hermanas y el hombre que recibe estos derechos mediante la realización del matrimonio.

En efecto, el funcionamiento social del parentesco no constituye para los estructuralistas el nodo de los sistemas de nomenclatura del parentesco. Lévi-Strauss afirmó que el *sistema de parentesco*, en tanto que concepto, encubre dos dimensiones de las relaciones parentales.

El parentesco no se expresa solamente en una nomenclatura: los individuos o las clases de individuos que utilizan los términos se sienten (o no se sienten, según los casos) obligados a una determinada conducta recíproca. Así, entonces, junto a lo que nosotros proponemos llamar el 'sistema de denominaciones (que constituye, en rigor, un sistema de vocabulario), hay otro de naturaleza igualmente psicológica y social, que llamaremos 'sistema de las actitudes (Lévi-Strauss, 1977: 33).

El sistema de las actitudes —como llamaba Lévi-Strauss al conjunto de prescripciones sobre los deberes, obligaciones y la forma de conducirse entre parientes que tanto interesaba a los funcionalistas estructurales como Radcliffe-Brown— no es, desde la perspectiva de la teoría de la alianza, un reflejo del sistema de denominaciones, ni tampoco ocurre lo contrario. La relación entre ambas dimensiones del parentesco es innegable, como reconoce Lévi-Strauss (1977: 37), pero esta relación no es *una correspondencia término a término*: desde su punto de vista, los términos del parentesco no constituyen una realidad únicamente analítica y teórica, sino que forman parte del modo en que cada sociedad vive las relaciones de parentesco. Por tanto, estos vínculos entre las personas y los grupos son considerados como mensajes o *sistemas de símbolos* (Lévi-Strauss, 1977: 49) que pueden ser decodificados e interpretados hasta en sus consecuencias más profundas.

La existencia de los sistemas de parentesco no es resultado de las relaciones biológicas entre los sujetos. Por lo tanto, los estructuralistas rechazan las relaciones de filiación como el núcleo de las relaciones parentales, desechando así la propuesta teórica de los funcionalistas para los que la *familia elemental* —madre, padre y descendencia— es el nodo a partir del cual se teje la trama del parentesco en cada sociedad. Este lugar lo ocupa la relación de alianza que se establece mediante el matrimonio. Pero esta alianza no es un pacto entre dos personas: se trata de un pacto entre los grupos de los que provienen los contrayentes porque *el rasgo principal del parentesco humano consiste en requerir, como condición necesaria de existencia, la relación entre lo que Radcliffe-Brown llama 'familia elemental'* (Lévi-Strauss, 1977: 49).

El énfasis de la teoría de la alianza en la prohibición del incesto —a la que se considera universal, incluso si la regla es violada en algunos casos (Héritier, 1994: cap. 1) — aparece en numerosos tratados elaborados a la luz de este enfoque teórico. En *Masculino/femenino*, Françoise Héritier introduce la cuestión del intercambio de mujeres entre dos grupos, que presupone su subordinación inherente en todas las sociedades en aparente contradicción con el valioso papel de la mujer como reproductora de la sociedad. En otro texto de esta autora francesa, *Deux soeurs et leur mère*, Françoise Héritier (1994) introduce un incesto de tercer tipo, que implica una regla casi universal que impide a las mujeres de un mismo grupo de filiación compartir el mismo marido. Otros autores, como Louis Dumont abordan la cuestión del matrimonio también como una institución que permite el establecimiento de relaciones solidarias. Entre los pocos antropólogos formados en el paradigma estructural-funcionalista que dominó la antropología en el Reino Unido que luego adoptaron la teoría estructuralista, Edmund Leach (1954) desarrolló su estudio sobre el matrimonio entre los kachin bajo la premisa de que existen sociedades que construyen sus sistemas de parentesco en torno a la filiación, mientras que otros, como los habitantes de Asia sudoriental, lo hacían en torno al matrimonio, por lo que los enfoques teóricos no necesariamente podían ser aplicados en todos los casos.

1.6 Crítica y nuevas problemáticas

La historia social mundial a partir de la segunda mitad del siglo XX ha puesto en la mesa nuevas problemáticas que tienen implicaciones en todas las esferas de la sociedad. El desarrollo industrial en los países más avanzados, los movimientos de liberación nacional, las migraciones; los movimientos de reivindicación de grupos minoritarios —especialmente el feminismo—, la aparición de nuevas enfermedades y hasta el desarrollo tecnológico son sólo algunos de los nuevos problemas que fueron incorporándose en la perspectiva de los antropólogos dedicados a los estudios del parentesco. Las nuevas generaciones de estos especialistas, que comenzaron a tomar notoriedad a partir de la década de 1970,

debieron revisar con una mirada crítica las teorías producidas por sus antecesores y adaptarlas a las necesidades de la sociedad contemporánea.

En estudios como el de Rodney Needham (1971), se ponía en tela de juicio el contenido de conceptos clave como *filiación*, *matrimonio*, *parentesco*, *incesto* y otros, con los que sembró el trabajo de más de un siglo de reflexión sobre el parentesco. En años más recientes, la aparición de nuevas tecnologías de reproducción y fenómenos como el sida han provocado que la teoría antropológica del parentesco aparezca incompleta o incapaz de abordar analíticamente esos temas que no aparecían antes de 1980, debido, entre otras cosas, a que no existían.

1.7 Parentesco

El parentesco es considerado por los antropólogos como un lazo social en el que las relaciones biológicas entre dos personas no necesariamente son relevantes para la adscripción a una parentela. Desde una base constituida por innumerables investigaciones etnográficas en centenares de sociedades, las teorías antropológicas coinciden en que no todas las sociedades conocen la existencia de la consanguinidad biológica, en el sentido que se entiende en Occidente. En otras palabras, existen algunos pueblos para los que la concepción de un nuevo ser no tiene qué ver en lo absoluto con la cópula. Por otra parte, existen casos en los que, conociendo el vínculo entre el acto sexual y la concepción, se considera que la procreación de un nuevo miembro de la parentela se debe principal o exclusivamente, al *génitor* o a la *génitrix*.

La adscripción social de un individuo a un grupo de parientes es formulada de acuerdo con las reglas sociales. De acuerdo con el sistema de parentesco que prime en una sociedad determinada, un recién nacido es considerado parte del linaje del padre (en cuyo caso se habla de *patrilineaje*), de la madre (*matrilineaje*) o en casos muy específicos, se reconoce la pertenencia a ambos grupos de descendencia. Desde el punto de vista de la ciencia occidental, esto puede parecer contradictorio, pero debe recordarse que la definición del parentesco es un asunto cultural, no

biológico. Existen algunas sociedades, como la occidental, donde una persona es reconocido socialmente como pariente de los familiares de la madre y del padre; en estos casos, hablar de linajes carece de cualquier sentido.

1.8 Sistemas terminológicos de parentesco

El parentesco es un hecho al mismo tiempo natural y cultural. Las relaciones de parentesco están basadas en la observación de hechos dados por la naturaleza como el nacimiento de un niño, el ejercicio de la sexualidad o la muerte de las personas. Sin embargo, está cargado de contenidos culturales que condicionan la forma en que cada sociedad define las reglas que rigen esta esfera de la sociedad. Los códigos sociales que regulan la función de las redes de parentesco están relacionados con los sistemas terminológicos de parentesco, que pueden ser definidos como el conjunto de palabras que son empleadas por una sociedad para llamar a los miembros de una parentela. Cada lengua posee un sistema de términos particular; sin embargo, los análisis antropológicos han arrojado como resultado la caracterización de todos los sistemas conocidos en seis grandes tipos de sistemas de nomenclatura.

1.9 Origen

El origen de la palabra familia ha recibido de distintos tratadistas una explicación diversa: para Castán Tobeñas procede de la voz *famulia*, por derivación de *famulus* que a su vez procede de *famel* que significa siervo en el antiguo dialecto osco, y más remotamente aún del sánscrito *vama*, que significa hogar, o habitación; para Puig Peña el sánscrito hace derivar la palabra de *Dhá* (asentar), *Dhamar* (asiento, morada, casa). Clemente de Diego busca su etimología en *famel*, hambre, porque es en la familia donde se satisfacen las primeras necesidades. Pero sin dudas todos coinciden en identificar los orígenes de este término al conjunto de personas que habitaban bajo un mismo techo.

El concepto tiene varias acepciones y alcances necesarios de delimitar para nuestro estudio. Desde un punto de vista popular, la familia se identifica

con el conjunto de personas que cohabitan bajo un mismo techo, sometidos al régimen del jefe de la casa, coincidiendo con la interpretación histórica del vocablo, que carece de importancia desde el punto de vista jurídico, pues si bien el legislador se ocupe de ella para la regulación de varios fenómenos (por ejemplo, a los efectos electorales) esta acepción comprende a personas cuyas relaciones no tienen un motivo familiar.

Ya en un sentido más amplio y puramente jurídico debe entenderse actualmente por familia el conjunto de personas unidas por el matrimonio o por los vínculos de parentesco.

Los conceptos deben contener la esencia más generalizadora de la institución que se pretende definir. Cada época histórica podrá enriquecer más o menos con sus realidades el punto de partida de tan importante institución, pero brindar un concepto plagado de ellas, maniatada el entendimiento de la verdadera naturaleza de la familia.

Por ejemplo: Puig Peña la define como: "aquella institución que, asentada sobre el matrimonio, enlaza, en una unidad total, a los cónyuges y sus descendientes para que, presidida por los lazos de la autoridad y sublimada por el amor y respeto, se dé satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida."¹ Para este autor, el concepto enlaza sólo a los cónyuges y sus descendientes; los demás parientes son sólo *familiares*. Contradictoria conclusión, que olvida el amparo que la ley reconoce a éstos en casos como los alimentos, las sucesiones, la tutela, etc.

Sara Montero Duhalt la define como "...el grupo humano primario, natural e irreductible, que se forma por la unión de la pareja hombre-mujer."²

Ambos conceptos desconocen el último de los tres órdenes de relaciones que comprende la familia que son las conyugales, las paterno-filiales y las

¹ Puig Peña, Federico. *Tratado de Derecho Civil español*. Tomo II. Vol. I. Madrid. 1953. P.4.

² Montero Duhalt, Sara. *Derecho de Familia*. Editorial Porrúa. México. 1984. P. 2.

parentales, y el segundo de ellos la concibe como un grupo y no una institución.

El concepto brindado por la Dra. Olga Mesa en la p. 10 del folleto que forma parte de la bibliografía básica de la asignatura está dirigido a la definición de la familia socialista.

De su definición se puede desprender que la familia es una *institución*, entendida ésta como cualquier manifestación de suficiente entidad dentro de la sociedad, no es un organismo perecedero, manipulable por el simple capricho, por el contrario está asentada en firmes raíces alimentadas por su devenir histórico y la civilización.

Para entender su naturaleza jurídica habría que situarla en el contexto social adecuado: en las sociedades capitalista y sus antecesoras, la familia giró en torno al patrimonio familiar que deviene en entidad jurídica especial con sus propios atributos y que le dotan de su naturaleza. En la sociedad socialista no puede hablarse de comunidad patrimonial como elemento jurídico esencial de la familia, sino de una "comunidad destinataria de afectaciones patrimoniales que el Estado tiene presente en los planes de desarrollo económico del país..."³

De cualquier manera, más que una institución jurídica pura, la familia es un organismo ético en que predominan relaciones estrictamente personales sobre las patrimoniales. Menos puede considerársele una persona jurídica al ser estas entes creados ficticiamente por el Derecho para cumplir fines difíciles de lograr por una persona individual, carecer de la figura de la representación intrínseca a las personas jurídicas, y no requerir de formalidad alguna para su constitución y funcionamiento.

1.10 Importancia de la institución familiar

El hombre es un ser social, y necesita de la interrelación con sus semejantes para satisfacer sus necesidades y sueños. Solo no puede en su más temprana edad, subsistir. Y necesita de su complemento sexual para asegurar perpetuar la especie, que tampoco puede por sí solo garantizar.

³ Mesa Castillo, Olga. *Derecho de Familia*. Módulo 1. Universidad de La Habana. 1992. P. 22.

Pudiera entenderse que lo propio ocurre con las restantes especies animales no humanas, pero es en el seno de la familia humana donde se forman y desarrollan (al menos a eso debe aspirarse) los sentimientos de solidaridad y de altruismo, las más nobles virtudes, es la más completa escuela de moralidad y de costumbres.

Como dice Castán, sólo quien se ha sometido a la disciplina del régimen de vida familiar estará capacitado para adaptarse a la autoridad del Estado, habiendo desarrollado suficientemente su sentimiento del deber. Esta es la explicación del interés del Estado en la familia, y que pretenda sustituirla ante su ausencia o incapacidad para cumplir su misión. Cuanto más fuerte sea la institución familiar, mayor será el equilibrio social y más estable, cohesionado y duradero el Estado. Esto es fácilmente demostrable: los pueblos más fuertes han sido aquellos en que la familia está más fuertemente constituida. Y es en los períodos de decadencia de la familia, donde comienza a resquebrajarse la estabilidad del Estado y la sociedad. Esta es la explicación del tan escuchado concepto de la familia como cédula elemental, primaria o base de la sociedad.

1.11 Evolución histórica

Antes de la constitución de la familia entendida en su acepción moderna, existió una evolución que transita desde la promiscuidad sexual, pasando por el matriarcado en sus diferentes manifestaciones, hasta llegar al patriarcado y la familia monogámica.

No todos los investigadores están de acuerdo, por ser imposible su comprobación plena, en la verdadera existencia de una etapa preliminar en que imperó la promiscuidad sexual. Y basan sus razonamientos en los siguientes elementos:

Los que lo afirman

- analogía entre la especie humana y las especies animales inferiores que satisfacían sus naturales instintos de supervivencia y procreación de forma tan espontánea e inocente como los demás animales

- analogía entre las actuales tribus no contaminadas de civilización y los hombres primitivos, pues en aquellas es todavía común la promiscuidad.

Los que lo rechazan

- consideraciones éticas basadas en la herencia helénica transmitida a través del imperio romano, de la cultura medieval cristiana con todos sus arraigados tabúes de moral sexual, que es hoy la moderna cultura occidental
- muchas especies de animales superiores practican perfectamente la unidad de pareja
- no es la promiscuidad un sistema intrínseco ni generalizado de las comunidades "salvajes" que persisten en la actualidad, sino una posible derivación del contacto con otros pueblos más desarrollados de la civilización.

Lo que sí es un hecho probado es la forma de organización familiar que subsiste en algunos lugares de la Polinesia, el llamado matrimonio por grupos.

Han recibido denominaciones diversas a la familia en razón del tabú o limitación impuesto en las tribus al comercio sexual. Así existieron:

- familia consanguínea: el grupo interrelacionado sexualmente estaba formado por los sujetos pertenecientes a una misma generación, prohibiéndose las uniones entre ascendientes y descendientes.
- familia punalúa: prohibición de cohabitar entre hermanos y hermanas uterinos, en un origen, y de cualquier clase después (medios hermanos e incluso primos) Este tipo de matrimonio se establecía entre un grupo de hermanas que comparten maridos comunes o un grupo de hermanos que comparten mujeres. El parentesco se establece por línea materna por desconocerse quién pueda ser el padre.
- familia sindiásmica: en estos grupos de maridos y mujeres primitivamente comunes comienza a darse una personal selección de parejas de manera temporal. Un hombre y una mujer se escogen y mantienen relaciones sexuales exclusivas entre sí hasta el nacimiento y

destete del hijo común, deshaciéndose sin mayores problemas la unión de forma voluntaria. La restricción de exclusividad operaba de hecho para la mujer pues el hombre podía relacionarse con varias mujeres.

- poligamia: asume dos formas: la poliandria en que la mujer cohabita con varios hombres y la poligenia en que varias mujeres son esposas comunes de un solo hombre. La poliandria es un tipo de familia que lleva al matriarcado en que la mujer ejerce la autoridad y soberanía del grupo y fija los derechos y obligaciones de los distintos miembros, el parentesco era determinado por la línea femenina.

1.12 Monogamia

La monogamia parece ser la forma más usual y extendida de creación de la familia, se constituye la familia mediante la unión exclusiva de un solo hombre y una sola mujer. Surge a la par de la civilización, con la instauración del régimen esclavista y de la propiedad privada y encontró profundo arraigo en ella, debido al predominio del hombre, dueño de los medios y bienes que ha de transmitir por herencia a sus descendientes, sin que exista duda discusión alguna acerca de la legitimidad de los mismos.

Su primera manifestación fue la familia patriarcal monogámica con una extraordinaria consideración política en sus inicios. El régimen de patria potestad investido de omnímodos derechos del *pater* sin deber alguno para con los hijos, la férrea autoridad sobre la esposa, la desigualdad absoluta de los sexos en todo sentido y la aglutinación de todo el componente personal de la familia en un círculo más o menos amplio dependiente de la persona del padre, son elementos que la caracterizan. El *pater familias* era el jefe supremo de los numerosos miembros que constituían la familia, era el único *sui juris*, o sea el representante jurídico de la gens, el sacerdote de los dioses familiares, jefe militar político y económico, legislador y juez supremo de todos los miembros de la familia, incluso con poder de vida y muerte sobre los mismos.

Con el tiempo este riguroso poder paternal sufrió limitaciones, sobre todo con la llegada del cristianismo, en que se eleva el matrimonio a la

condición de sacramento, pero su esencia persiste en la mayoría de las sociedades burguesas actuales. La sociedad contemporánea debe organizarse en base a nuevos patrones de convivencia familiar, de respeto mutuo, colaboración, igualdad y reciprocidad de derechos y deberes. Una familia sana es aquella que descansa en las relaciones de coordinación, afecto y armonía entre sus miembros y no en relaciones de suprasubordinación.

Contrario a lo que pudiera pensarse, la monogamia es la manifestación patente de la madurez de los individuos y de las sociedades que la defienden: cualquier otro experimento ha conducido a la desintegración familiar y a la pérdida de valores.

1.13 Evolución Histórica

Etapa precolombina: la organización familiar india respondía a la de las comunidades primitivas ya estudiadas, en que el papel de la mujer era de singular importancia.

Etapa colonial: se rigió, al menos jurídicamente, por toda la legislación de la España medieval que se hacía extensiva con las necesarias adaptaciones que esta realidad imponían. La nueva legislación de Indias preveía sólo situaciones que no fueran reguladas por el derecho español derivadas de la nueva situación socioeconómica y cultural imperantes en los territorios conquistados. En materia familiar se protegió el matrimonio religioso contraído en España por el colonizador impidiéndole abandonar en la península a la esposa; y fomentó, al menos formalmente, la libertad de elección en el matrimonio entre españoles solteros y mujeres de distintas razas indias y protegió el matrimonio contraído entre indios convertidos al catolicismo y a sus descendientes. Todo esto no fue más que letra muerta, pues ni se cumplió la pretendida equiparación jurídica entre conquistados y conquistadores, ni hubo oportunidad de aplicar estas leyes por la desaparición prematura de toda la raza indígena.

Etapa neocolonial: mejoró en algo la situación de la mujer, reservando para ella la administración de los bienes parafernales y se promulga la ley del divorcio vincular que reconoció como único válido el matrimonio civil definido como un contrato y se implanta el divorcio extintivo del vínculo jurídico entre los cónyuges. Pero subsistieron las desigualdades entre los hijos.

1.14 Historia y Desarrollo de la Familia

La familia es el núcleo o el epicentro donde se forma la sociedad o el país. Por esta razón no debe ser maltratada, violada, esclavizada, ignorada por su color de piel, desterrada por sus orígenes o principios de religión. Tampoco debe ser odiada por el sitio donde se ubica o vive en este mundo.

Los lazos principales son de dos tipos: vínculos de afinidad derivados del establecimiento de un vínculo reconocido socialmente, como el matrimonio —que, en algunas sociedades, sólo permite la unión entre dos personas mientras que en otras es posible la poligamia—, y vínculos de consanguinidad, como la filiación entre padres e hijos o los lazos que se establecen entre los hermanos que descienden de un mismo padre. También puede diferenciarse la familia según el grado de parentesco entre sus miembros:

- familia nuclear, padres e hijos (si los hay); también se conoce como «círculo familiar»;
- familia extensa, además de la familia nuclear, incluye a los abuelos, tíos, primos y otros parientes, sean consanguíneos o afines;
- familia monoparental, en la que el hijo o hijos vive sólo con uno de los padres;
- otros tipos de familias: aquellas conformadas únicamente por hermanos, por amigos (donde el sentido de la palabra "familia" no tiene que ver con un parentesco de consanguinidad, sino sobre todo con sentimientos como la convivencia, la solidaridad y otros),

etcétera, quienes viven juntos en la mismo espacio por un tiempo considerable.

En muchas sociedades, principalmente en Estados Unidos y Europa occidental, también se presentan familias unidas por lazos puramente afectivos, más que sanguíneos o legales. Entre este tipo de unidades familiares se encuentran las familias encabezadas por miembros que mantienen relaciones conyugales estables no matrimoniales, con o sin hijos.

Según expone Claude Lévi-Strauss, la familia encuentra su origen en el matrimonio, consta de esposo, esposa, reproducción de una sociedad, esto es, la incorporación de nuevos miembros en el tejido de relaciones sociales, no se realiza únicamente por medios biológicos. Si se considera que la familia debe reproducirse biológicamente, esta conceptualización de la institución que se aborda en el artículo no serviría para calificar como «familias» a aquellos grupos donde *Ego* o su consorte (o ambos) están incapacitados de reproducirse biológicamente.

En estos casos, la función reproductiva se traslada a los mecanismos de reclutamiento socialmente aceptables —como la adopción—. El reclutamiento de nuevos miembros de una familia garantiza su trascendencia, la familia en Occidente se ha debilitado conforme se fortalecen las instituciones especializadas en la educación de los niños más pequeños. Esto ha sido motivado, entre otras cosas, por la necesidad de incorporación de ambos progenitores en el campo laboral, lo que lleva en algunas ocasiones a delegar esta función en espacios como las guarderías, el sistema de educación preescolar y, finalmente, en la escuela. Sin embargo, este fenómeno no se observa en todas las sociedades; existen aquellas donde la familia sigue siendo el núcleo formativo por excelencia.

Por otra parte, la mera consanguinidad no garantiza el establecimiento automático de los lazos solidarios con los que se suele caracterizar a las familias. Si los lazos familiares fueran equivalentes a los lazos consanguíneos, un niño adoptado nunca podría establecer una relación

cordial con sus padres adoptivos, puesto que sus "instintos familiares" le llevarían a rechazarlos y a buscar la protección de los padre biológicos. Los lazos familiares, por tanto, son resultado de un proceso de interacción entre una persona y su familia —lo que quiera que cada sociedad haya definido por familia: familia nuclear o extensa; familia monoparental o adoptiva, etc.—. En este proceso se mezclan un fenómeno puramente biológico: es también y, sobre todo, una construcción cultural, en la medida en que cada sociedad define de acuerdo con sus necesidades y su visión del mundo lo que constituye una «familia».

Historia

Antropólogos y sociólogos han desarrollado diferentes teorías sobre la evolución de las estructuras familiares y sus funciones. Según éstas, en las sociedades más primitivas existían dos o tres núcleos familiares, a menudo unidos por vínculos de parentesco, que se desplazaban juntos parte del año pero que se dispersaban en las estaciones con escasez de alimentos. La familia era una unidad económica: los hombres cazaban mientras que las mujeres cuidaban de los niños y de los enfermos que no podían trabajar.

Después de la Reforma protestante en el siglo XVI, el carácter religioso de los lazos familiares fue sustituido en parte por el carácter civil. La mayor parte de los países occidentales actuales reconocen la relación de familia fundamentalmente en el ámbito del derecho civil, y no es sino hasta el siglo XVIII que incorporan el concepto de infancia actual:

Desde una perspectiva biológica, niñez y adultez son distintas. Sin embargo, estas diferencias estarán socialmente dadas por las concepciones que existan respecto de ellos, por los desafíos que se les planteen, por las tareas que se espera que cumplan o por los comportamientos que se supone deben tener, entre otros aspectos. Además, estas concepciones tendrán diferencias, muchas veces sustantivas, de sociedad en sociedad, en determinados momentos históricos y según sea el grupo cultural. Desde "ritos de pasaje" que hacen explícito, a través de un acto social, el paso de una etapa a otra, sin

embargo, su caracterización y exigencias tampoco son homogéneas. En la cultura occidental, la niñez como construcción cultural sólo surge alrededor del siglo XVIII, consolidándose posteriormente.

Estos cambios se producen en el contexto de la Revolución Industrial. Por un lado, las nuevas tecnologías hacen posible el trabajo de niños y jóvenes y, por otro, los cambios en la esperanza de vida hacen que los menores adquieran un mayor valor en términos de protección a los adultos mayores. De esta forma la familia, que era entendida como una sociedad que aseguraba la supervivencia de sus miembros y no como un espacio de afecto, comienza a tomar el concepto actual, principalmente por la acción de educadores cristianos:

La familia entendida como espacio de cuidado de los niños y niñas, de preocupación por su bienestar, y el infante como un ser distinto del adulto, con características propias. Como señala Ochoa, en cada año en París eran amamantados por sus madres. Otros mil recién nacidos, los niños de las familias privilegiadas, eran amamantados por nodrizas fuera de París. Muchos morían ante lo que hoy consideraríamos indiferencia de los padres, quienes frecuentemente ignoraban el paradero de sus hijos.

Por su parte, otros autores contemporáneos sostienen que el esquema de familia predominante en las sociedades industrializadas tiene también una base utilitaria, al permitir la transmisión de capitales económicos, simbólicos y sociales. Según estos autores, la familia que se tiende a considerar como "natural" es un constructo de invención reciente y que puede desaparecer en forma más o menos rápida. El fenómeno subyacente en este razonamiento es que las palabras no sólo hablan de la "realidad" sino que le otorgan significado y, por tanto, el definir algo como "normal" es un proceso no neutral que fomenta lo que se define como tal.

Lo que distingue a nuestras sociedades industrializadas de las sociedades exóticas es el hecho de que nuestros grupos sociales se reclutan menos sobre la base del parentesco que sobre las clases de edad, la clase social, la afinidad amical, el lugar de trabajo, el ejercicio del ocio, etcétera",

apunta por ejemplo la etnóloga francesa, Martine Segalen. afirma que el grupo doméstico antiguo, del cual no existe un único tipo sino varios, "es tan inestable como la célula conyugal contemporánea". Y que, en este sentido, "nuestra sociedad no ha inventado ni la movilidad geográfica ni la inestabilidad de los matrimonios sometidos". Para esta autora, la estructura familiar predominante en las sociedades industriales es una figura "efímera" y "transitoria" entre los modelos clásicos y los que están apareciendo actualmente.

Una hipótesis similar había sido realizada por Engels, quien sostuvo que lo que la sociedad llama "civilización" es un proceso centrado en la organización de las familias, la que evolucionó desde los primitivos gens hasta la forma moderna como manera de acumular riquezas, pero no por parte de la sociedad sino en forma individual. En su concepto, el fenómeno obedece a la lucha de clases, genera injusticias y es insostenible.

La disolución de la sociedad se yergue amenazadora ante nosotros, como el término de una carrera histórica cuya única meta es la riqueza, porque semejante carrera encierra los elementos de su propia ruina. La democracia en la administración, la fraternidad en la sociedad, la igualdad de derechos y la instrucción general, inaugurarán la próxima etapa superior de la sociedad, para la cual laboran constantemente la experiencia, la razón y la ciencia. *"Será un renacimiento de la libertad, la igualdad y la fraternidad de las antiguas gens, pero bajo una forma superior"*.|F. Engels: *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*.

La familia moderna

Los estudios históricos muestran que la estructura familiar ha sufrido pocos cambios a causa de la emigración a las ciudades y de la industrialización. El núcleo familiar era la unidad más común en la época preindustrial y aún sigue siendo la unidad básica de organización social en la mayor parte de las sociedades industrializadas modernas. Sin embargo, la familia moderna ha variado, con respecto a su forma más tradicional, en

cuanto a funciones, composición, ciclo de vida y rol de los padres. El Instituto de Política Familiar (IPF) expresa en su informe *Evolución de la familia en Europa (2006)* que:

Las crisis y dificultades sociales, económicas y demográficas de las últimas décadas han hecho redescubrir que la familia representa un valiosísimo potencial para el amortiguamiento de los efectos dramáticos de problemas como el paro, las enfermedades, la vivienda, las drogodependencias o la marginalidad. La familia es considerada hoy como el primer núcleo de solidaridad dentro de la sociedad, siendo mucho más que una unidad jurídica, social y económica. La familia es, ante todo, una comunidad de amor y de solidaridad.

Otras funciones que antes desempeñaba la familia rural, tales como el trabajo, la educación, la formación religiosa, las actividades de recreo y la socialización de los hijos, en la familia occidental moderna son realizadas, en gran parte, por instituciones especializadas. El trabajo se realiza normalmente fuera del grupo familiar y sus miembros suelen trabajar en ocupaciones diferentes lejos del hogar. La educación, por lo general, la proporcionan el Estado o grupos privados. Finalmente, la familia todavía es la responsable de la socialización de los hijos, aunque en esta actividad los amigos y los medios de comunicación han asumido un papel muy importante.

Algunos de estos cambios están relacionados con la modificación actual del rol de la mujer. En las sociedades más desarrolladas la mujer ya puede ingresar (o reingresar después de haber tenido hijos) en el mercado laboral en cualquier etapa de la vida familiar, por lo que se enfrenta a unas expectativas mayores de satisfacción personal respecto de hacerlo sólo a través del matrimonio y de la familia. En los últimos tiempos se ha desarrollado un considerable aumento de la tasa de siglo XX, ha disminuido en Occidente el número de familias numerosas. Este cambio está particularmente asociado a una mayor movilidad residencial y a una menor responsabilidad económica de los hijos para con los padres mayores, al irse consolidando los subsidios de trabajo y otros beneficios

por parte del Estado que permiten mejorar el nivel de vida de los jubilados.

En los años 1970 el prototipo familiar evolucionó en parte hacia unas estructuras modificadas que englobaban a las familias monoparentales, familias del padre o madre casado en segundas nupcias y familias sin hijos. En el pasado, las familias monoparentales eran a menudo consecuencia del fallecimiento de uno de los padres; actualmente, la mayor parte de las familias monoparentales son consecuencia de un divorcio, aunque muchas están formadas por mujeres solteras con hijos. En 1991 uno de cada cuatro hijos vivía sólo con uno de los padres, por lo general, la madre. Sin embargo, muchas de las familias monoparentales se convierten en familias con padre y madre a través de un nuevo matrimonio o de la constitución de una pareja de hecho.

La familia de padres casados en segundas nupcias es la que se crea a raíz de un nuevo matrimonio de uno de los padres. Este tipo de familia puede estar formada por un padre con hijos y una madre sin hijos, un padre con hijos y una madre con hijos pero que viven en otro lugar, o dos familias monoparentales que se unen. En estos tipos de familia los problemas de relación entre padres no biológicos e hijos suelen ser un foco de tensiones, especialmente en el tercer caso.

A partir de los años 1960 se han producido diversos cambios en la unidad familiar. Un mayor número de parejas viven juntas antes de, o sin, contraer matrimonio. De forma similar, algunas parejas de personas mayores, a menudo viudos o viudas, encuentran que es más práctico desde el punto de vista económico cohabitar sin contraer matrimonio.

Algunas parejas de homosexuales también viven juntas formando *familias* sin hijos, con los hijos de una de las partes o con niños adoptados. Estas unidades familiares aparecieron en Occidente en las décadas de 1960 y 1970. En los años 1990 se comenzaron a promulgar leyes en diferentes países, la mayoría europeos, que ofrecen protección a estas familias.

Desarrollo y panorama de la familia nuclear

En la conformación y desarrollo de la familia nuclear intervienen aspectos psicológicos, sociales, sexuales y afectivos, entre otros. Para estudiar este fenómeno resulta útil ver a la familia como un sistema vivo, teoría que postulan autores de corte sistémico, sin olvidar que no es el único punto de vista desde el que se puede analizar, pues existen otros modelos que se pueden tomar para ello.

1.15 El ciclo vital de la familia nuclear

La familia, según Lauro Estrada, como todo organismo vivo tiene una historia, un nacimiento y un desarrollo. Se reproduce, declina y llega a morir. En cada uno de estos pasos se enfrenta con diferentes tareas: la unión de dos seres distintos con una misma meta, la posible llegada de los hijos. Lauro Estrada propone son:

No es necesario que toda familia pase por cada una de las etapas. Estas, únicamente, sirven como mapa para su estudio y análisis.

Desprendimiento

La familia tiene su inicio en la constitución de la pareja, la cual se da en el noviazgo. En esta fase se desarrolla el desprendimiento de ambos miembros de la pareja respecto de la familia de origen. Este proceso será fácil o difícil de acuerdo al apego familiar que hayan desarrollado durante su juventud.

Para poder lograr un pleno encuentro dentro de la relación de pareja es necesario un desprendimiento previo y paulatino de los hijos hacia los padres; estos tratarán de detener a sus hijos para que permanezcan con ellos, evitando así el doloroso "abandono del nido"; los hijos, en cambio, se esforzarán por lograr su independencia y autonomía.

Este proceso no es sencillo para ninguno de los integrantes de la pareja por el dolor y la nostalgia que provoca toda despedida, y por la incertidumbre que depara lo desconocido y la falta de confianza en que la

decisión respecto a la elección de una pareja haya sido la correcta. Incluso muchos jóvenes eternizan sus noviazgos, o no encuentran la estabilidad con ninguna persona, razón por la que constantemente cambian de pareja. Hay muchos matrimonios que aún con muchos años de unión no se han podido desprender en forma genuina de sus respectivas familias de origen.

Es por ello importante considerar al noviazgo como una etapa clave en la constitución de la pareja, ya que las vivencias que se tengan en el mismo, al dar el paso al matrimonio, serán la base para comenzar a construir la nueva familia.

Noviazgo

Una definición sencilla de noviazgo es: periodo en que se mantienen relaciones amorosas con la finalidad de un conocimiento mutuo y cada vez más profundo, con expectativa de un futuro matrimonio. El noviazgo debiera ser, ante todo, un tiempo de preparación para el matrimonio. La finalidad del noviazgo es la elección de la persona con la cual se pretende conformar una familia, y el conocimiento mutuo. A partir de esto la pareja decidirá si la relación se prolonga hasta el matrimonio o bien, llega a su fin. El noviazgo es disoluble por su propia naturaleza y, por eso, su ruptura no exige más trámite que la decisión de cualquiera de los dos miembros de la pareja.

Características del noviazgo

Son características que hacen ser al noviazgo lo que es, y las cuales son importantes resaltar por qué de aquí se desprenden varias acepciones que serán remarcadas en el matrimonio.

- **Exclusividad:** esta característica implica fidelidad y compromiso más íntimo con la pareja, que cualquier otra persona; permite una reciprocidad y correspondencia de amor que implica el compartir sentimientos.
- **Temporalidad:** es el tiempo de convivencia que se dan como pareja antes de formalizar su relación o bien darla por terminada. El

noviazgo debe tener cierto tiempo de duración, pues un periodo demasiado corto de convivencia y conocimiento puede traer problemas en la relación conyugal, que pudieron ser evitados o solucionados en el noviazgo; por otro lado, si la relación es demasiado larga corre el riesgo de caer en a la costumbre, terminando en fracaso matrimonial.

- Entrega mutua gradual: es un desprendimiento progresivo de sí mismo, para que libres de las exigencias de bienestar, comodidad y búsqueda de satisfacción personal, puedan darse poco a poco a la búsqueda de la felicidad del otro; que al final resulta ser una gratificación y felicidad propia, sin buscarla intencionalmente. Este nivel de confianza debe ir profundizando de manera progresiva la confianza, el cariño, la comunicación y la intimidad, cimientos que llegan a dar firmeza y solidez a la relación; fortaleciendo de éste modo un futuro matrimonio.
- Transitorio: los novios no deben permanecer en un eterno noviazgo, sino paulatinamente es ir integrándose como pareja con miras a un compromiso formal y total.

Encuentro

Después del proceso de desprendimiento del sostén emocional y socioeconómico de la familia de origen, los adultos jóvenes se encuentran en posición de formalizar una relación de noviazgo para contraer matrimonio. La Carta de los Derechos de la Familia de la Santa Sede (1983), establece que "Todas las personas tienen el derecho de elegir libremente su estado de vida y por lo tanto derecho a contraer matrimonio y establecer una familia o a permanecer célibes."

El hecho de que un hombre y una mujer decidan contraer matrimonio constituye el punto de partida para la formación de una familia. Actualmente, en la mayoría de los países esta decisión es libre y nadie está obligado a elegir dicho estado de vida, a diferencia de otras épocas, en las que el matrimonio era impuesto. Esto se debe a que se considera el matrimonio como una unión íntima de vida, un vínculo indisoluble,

libremente contraído y públicamente afirmado, en el cual un hombre y una mujer se complementan y están abiertos a la transmisión de la vida.

Es esta la etapa del surgimiento de una nueva familia: cuando un hombre y una mujer “se encuentran” para consolidar un vínculo sólido para la ayuda mutua y la procreación, los dos fines fundamentales del matrimonio dictados en primer lugar por la naturaleza, y sucesivamente por la experiencia, la sociedad y el Estado de diferentes culturas a través de la historia, estableciéndolos en los órganos legislativos; por ejemplo en los códigos civiles, como el del Estado de México: “El matrimonio es una institución de carácter público e interés social, por medio de la cual un hombre y una mujer voluntariamente deciden compartir un estado de vida para la búsqueda de su realización personal y la fundación de una familia”.

La elección de una pareja para formar un matrimonio y una familia debe estar movida por un auténtico y profundo amor y no sólo por “enamoramiento”. Es natural que se dé el enamoramiento al principio de una relación de pareja, es decir que las pasiones y emociones sean fuertes, pero la pasión y el sentimiento tienen una corta duración. El amor en cambio puede durar tanto como cada persona esté dispuesta a cultivarlo. Sin embargo, así como el enamoramiento llega y se va fácilmente, el amor requiere tiempo y dedicación tanto para nacer como para perdurar, por lo cual es necesario también haber alcanzado cierto grado de madurez personal.

Cuando el amor entre un hombre y una mujer es tal que ambos tienen la certeza de que es lo suficientemente fuerte para poder generar y acoger la vida, tanto la de cada uno de ellos como la de nuevas personas, están listos para formar un matrimonio y una familia: una comunidad de vida y amor.

Una vez que formalmente la pareja ha decidido compartir su vida, se da necesariamente un proceso de adaptación: se trata de dos personas con ideas, sentimientos, historias y educación diferentes que han de aprender

a convivir e integrar una sola dinámica familiar y una nueva historia en común.

El proceso requiere tiempo, disposición, entrega y mucha humildad para respetar las diferencias, ceder en ciertas cosas para llegar a acuerdos y perdonar errores. Deberán acordar, a través del diálogo y la misma convivencia, nuevas reglas y pautas de comportamiento, así como las funciones que cada uno desempeñará en el funcionamiento del hogar. Cada uno debe decir abierta y claramente lo que espera del otro para que ambos puedan comprometerse con un proyecto de vida en común.

Relación entre amor y procreación

Las otras consecuencias que derivan de la conyugalidad son la dimensión unitiva y procreativa. El acto físico de unión sexual implica simultáneamente la capacidad de actuar la unión de dos sexos (dimensión unitiva) y la aptitud o capacidad objetiva para procrear (dimensión procreativa). Que los actos aislados no siempre resulten procreadores de hecho o psicológicamente unitivos debido a un obstáculo, querido o no, no quita nada a la finalidad a que está destinado el gesto.

En la actualidad, se insiste continuamente en separar las dos dimensiones, poniendo énfasis en el placer del acto sexual, quitándole parte de su esencia; esto es principalmente por un principio utilitarista que considera al placer como la base y fin, tanto de la acción como de la reglamentación de toda actividad humana. Así, el utilitarismo trata a la persona como medio que sirve para alcanzar un fin, en este caso, el máximo placer posible. En oposición al principio utilitarista se encuentra la norma personalista, la cual considera en su contenido negativo, que la persona es un bien que no va de acuerdo con la utilización y que no puede ser tratada como objeto; y al mismo tiempo, en su contenido positivo, considera que la persona es un bien tal que sólo el amor puede dictar la actitud apropiada y valedera respecto de ella. La dimensión unitiva y procreativa se entienden y aceptan únicamente en el contexto de la norma

personalista, que acepta y se da a la otra persona en su totalidad, es decir, sin excluir nada de su persona, ni siquiera su fertilidad.

La procreación humana es una de las elecciones más importantes de la pareja, uno de los fines principales del matrimonio, pues tiene como resultado el nacimiento de una nueva persona. Por esto, la procreación inscrita entre las finalidades de la sexualidad y complementariedad de los sexos es lícita, y quien ha hecho la opción conyugal no puede excluirla permanentemente. Excluir la fecundidad de una unión que está orientada precisamente a ella, supone contradecir la finalidad del acto conyugal. Sin embargo, no se puede hablar de "derecho al hijo"; el derecho que emana del matrimonio es poder hacer actos en sí fecundos, pero la fecundidad efectiva puede depender de otras causas. El derecho al hijo es una expresión impropia porque nadie tiene "derecho" a poseer a una persona como si fuera una cosa.

Hay quienes, por ser creyentes, ven el acto de procrear un significado aún mayor, porque implica una intervención especial de Dios creador. Sin embargo, aún sin ser creyente, la grandeza de una nueva persona humana es reconocida por todos.

La llegada de los hijos

Un hijo influye tanto en lo personal como en lo familiar. La llegada de un niño requiere de espacio físico y emocional. La pareja debe adquirir un nuevo anclaje de relación emocional con el niño, y entre ellos, la capacidad de ayudar al compañero para que lo haga. Tener un niño favorece la intimidad de la pareja, estimulando la diferenciación y elaboración de diversas facetas de la personalidad de cada uno.

Uno factor importante en esta fase es poder identificar adecuadamente el área económica afectada para poder definir cuáles son las labores tanto del trabajo como del hogar, y ayudarle a cada quien a cumplir con lo suyo y no confundir la problemática real con falta de cariño, desinterés o con la pérdida del deseo y el propósito de formar una familia.

La ideología sobre la paternidad y la decisión de tener hijos ha cambiado significativamente en los últimos años. La decisión de tener hijos ya no va de la mano con la decisión de casarse, ni la decisión de tener sexo va de la mano con la idea de que debe ser dentro del matrimonio.

En ésta etapa, el área de la sexualidad establece la importancia de la realización de la pareja a través de la reproducción. Aquí la planificación familiar juega un papel fundamental, cada pareja debe ser responsable y saber cuántos hijos realmente podrían entrar en su núcleo familiar.

La adolescencia de los hijos

La adolescencia es una época de crisis y de cambios, de experimentación y de definición, tanto para los hijos adolescentes como para los padres; comprende entre los 12 y los 17 años de edad. En ésta fase se combinan varios factores:

- Mayor frecuencia en problemas emocionales.
- Los padres, a pesar que se encuentran en la madurez, se ven obligados nuevamente a revivir su propia adolescencia.
- Los abuelos se acercan al no poder mantenerse por sí mismos, y la soledad y la muerte se avecinan.

El adolescente normal presenta crisis de identidad, pero no difusión de identidad. Las crisis obedecen a que el sentimiento interno de identidad, de pronto y con los cambios físicos del adolescente, no corresponde a la confirmación del medio ambiente, que ya lo empieza a tratar como joven adulto. En cambio, la difusión de identidad habla de síndromes psicopatológicos severos.

La adolescencia es la etapa en la que se presentan con mayor frecuencia los problemas emocionales serios. Para que un padre pueda dar el apoyo adecuado a su hijo es necesario que él haya resuelto lo mejor posible su adolescencia, para que no reviva su propia adolescencia y no trate de sobreproteger a su hijo.

En el área de la intimidad, el padre puede sentir rivalidad al ver que su hijo crece más fuerte que él, o el hijo puede sentirse menos validado, al darse cuenta que no cumple con las expectativas de sus padres.

Los hijos se van, se separan de la familia y es necesario renovar el contrato matrimonial. A algunos padres les cuesta soltar a sus hijos adolescentes, sin embargo deben saber soltarlos a tiempo para que vaya en búsqueda de una persona extraña con la cual seguir el ciclo vital de la familia. Cuando los hijos se van la pareja adquiere otra dimensión en el área social y tiene que aprender a adaptarse a ella.

El reencuentro de la pareja

Conocida como la etapa del «nido vacío», es una de las etapas más demandantes para el sistema familiar, en la cuál la pareja enfrenta los problemas de una biología que decrece pues se pasa de la edad madura a la vejez, la aceptación de los nietos y del papel de abuelos, la muerte de algunos familiares de generaciones anteriores, la jubilación, las diferencias con las nuevas generaciones (brecha generacional), etc. Esto se debe a que para estas fechas casi siempre los hijos ya se han ido a formar sus propias familias, lo cual propone algunos cambios. Los padres se encuentran cercanos a los 50 años de edad o más. Si las cosas han marchado bien en las etapas precedentes, les será más fácil aceptar los cambios de una biología que tiende a declinar; igualmente como pareja podrán enfrentar los cambios familiares y sociales que se presentan.

Los padres deben independizarse de los hijos y de los nietos para volver a formar una pareja. Se reencuentran con ellos mismos y con el compañero. En estos momentos se vuelve muy necesario el apoyo mutuo entre los esposos. Este apoyo mutuo servirá para continuar en la búsqueda de nuevos estímulos y nuevas metas para el matrimonio.

En ocasiones, aparecen sentimientos de culpa como fantasmas del pasado por los errores cometidos con los demás, especialmente con los hijos, y por los deseos de la propia muerte.

La vejez

Es una de las etapas más difíciles de la pareja ya que en ésta, las personas ancianas deben adaptarse a la pérdida y retos que la edad presenta: la búsqueda de una nueva identidad, de una compañía que produzca placer, así como de una experiencia significativa y genuina. Quizá a alguna pareja le cuesta asumir que se le pasó la vida. Esta etapa, como todas, presenta obstáculos como los siguientes:

- la tristeza que genera el sentir el rechazo de los demás
- con la llegada de su esposo que se ha jubilado, la mujer siente invasión del espacio que antes controlaba: es necesario definir límites de los espacios donde cada uno pueda actuar independientemente; de lo contrario, existe el peligro de que se lleguen a perder la estima y el respeto, y aparezcan la ansiedad, la tensión y los estados depresivos
- la sobreprotección de hijos a padres, en donde no se les permite vivir en libertad.

Ser abuelo ofrece un nuevo horizonte en la vida:

- Enciende el deseo de sobrevivir, al aceptarse la propia mortalidad.
- En presencia del nieto y el abuelo, pasado y futuro se funden en el presente. Se da la oportunidad de experimentar una nueva relación, diferente a la del padre, con los nietos.

1.16 Modelos de Familia

- Familia extensa.
- Familia nuclear
- Familia monoparental
- Familia punalúa. Modelo familiar en Polinesia.

1.16.1.- Familia extensa

La familia extensa —o familia compleja— es un concepto con varios significados distintos. En primer lugar, es empleado como sinónimo de

familia consanguínea. En segundo lugar, en aquellas sociedades dominadas por la familia conyugal, refiere a la *parentela* —una red de parentesco egocéntrica que se extiende más allá del grupo doméstico—, misma que está excluida de la familia conyugal. Una tercera acepción es aquella que define a la familia extendida como aquella estructura de parentesco que habita en una misma unidad doméstica (u *hogar*) y está conformada por parientes pertenecientes a distintas generaciones.

En las familias extendidas, la red de afines actúa como una comunidad cerrada. Este tipo de estructuras parentales puede incluir a los padres con sus hijos, los hermanos de los padres con sus hijos, los miembros de las generaciones ascendentes —abuelos, tíos abuelos, bisabuelos...— o de la misma generación que *Ego*. Además puede abarcar parientes no consanguíneos, como medios hermanos, hijos adoptivos o putativos. Todo lo anterior establece un contraste con la pequeña familia nuclear.

En las culturas donde la familia extendida es la forma básica de la unidad familiar, la transición de un individuo hacia la adultez no necesariamente implica la separación de sus parientes o de sus padres. Cuando un pequeño crece, se traslada al más amplio y real ámbito de los adultos, aun cuando en circunstancias normales establezca una identidad separada del resto de su comunidad.

La familia extensa alrededor del mundo

Las definiciones de la "familia inmediata" persisten notablemente en el Medio Oriente y en África; en las estructuras familiares tradicionales de países mediterráneos como Grecia, Italia, España y Portugal —aunque en estos países tiende a prevalecer cada vez menos en las grandes ciudades, debido a las pautas sociales que les impone el estilo de vida de las sociedades industriales— y en toda América Latina y el Caribe.

En algunas sociedades —especialmente las no occidentales, pero no sólo en ellas— la familia extensa constituyen el tipo básico de familia, en contraste con la familia nuclear, que es el tipo familiar por antonomasia entre las naciones de tradición occidental. Las sociedades donde la familia

extensa es común son definidas como sociedades de *cultura colectivista*, o en otras palabras, son sociedades donde los intereses del *individuo* quedan supeditados a los intereses de la colectividad.

Poligamia

Las familias poligínicas y poliándricas —agrupadas bajo la definición de *familias poligámicas*— fueron muy comunes en varios sitios de Asia, África, pero han sido históricamente rechazadas por las sociedades modernas de Occidente. Los antropólogos sociales emplean la evidencia empírica disponible para señalar que durante buena parte de su historia, los seres humanos debieron vivir en sociedades donde la poligamia era una forma de estructura familiar común, y que en esas sociedades, las partes de la familia (un esposo con varias esposas y sus respectivos hijos, por ejemplo), podían convivir en armonía social. De esta suerte, Khomegah señala que en Ghana, la poliginia redituaba en varios beneficios sociales. El grupo de parentesco poliándrico se constituye en una fuente de apoyo problemas de todo tipo entre los ghaneses.

1.16.2.- Familia nuclear

En este diagrama se representa lo que normalmente se entiende por familia nuclear, es decir, una pareja heterosexual con su descendencia, que puede ser de uno o más hijos.

El término familia nuclear fue desarrollado en el mundo occidental para designar el grupo de parientes conformado por los progenitores, usualmente padre, madre y sus hijos.

Se concibe como un tipo de familia opuesto a la familia extendida, que abarca a otros parientes además de los indicados aquí para una familia nuclear. De acuerdo con el Diccionario Webster, el término data de 1947, y por lo tanto es relativamente nuevo, aunque las estructuras sociales que designa no lo sean. El cambio de las estructuras familiares extensas a las nucleares en muchas sociedades no occidentales obedece en muchas ocasiones a la difusión de los valores y civilización occidentales.

Variaciones en el empleo del término

En su acepción más común, el término *familia nuclear* se refiere a un grupo doméstico conformado por un padre, una madre y sus hijos biológicos a—cuyo conjunto, en la terminología de la antropología del parentesco es denominado *sibling*—. George Murdock también describía la familia en estos términos:

La familia es un grupo social caracterizado por una residencia común, la cooperación económica y la reproducción. Contiene adultos de ambos sexos, los cuales mantienen una relación sexual socialmente aprobada. También incluye uno o más hijos, propios o adoptados, de los adultos que cohabitan sexualmente.

En algunas ocasiones, se emplea el término para describir los hogares monoparentales y aquellas familias en las cuales los padres no constituyen una pareja conyugal.

Percepción contemporánea

Las sociedades contemporáneas, y especialmente las occidentales, tienden a creer que la familia nuclear es una forma natural de relaciones familiares. La familia es concebida como un espacio de "intimidad, amor y apoyo donde los individuos pueden escapar de los efectos de las fuerzas deshumanizantes de la sociedad moderna". Generalmente se representa a la familia como una entidad proveedora de amor y protección de las asperezas del mundo industrializado, y como un espacio de calidez, comprensión y cariño proveniente de la madre amorosa y la protección que debería esperarse de un padre.

Sin embargo, la idea de protección familiar ha venido declinando en la medida que la sociedad civil tiende a intimar cada vez menos sus conflictos, proceso que ha sido acompañado por la emergencia de los derechos humanos y la protección del Estado. Además, el ideal de la realización personal o familiar ha sido reemplazado como el principal ideal de la familia. En los tiempos contemporáneos —finales del siglo XX y

principios del siglo XXI—, la familia lo que es "vitalmente necesario pero ausente en otros órdenes de la sociedad".

Las posturas más conservadoras acerca de la sociedad no son ajenas al debate del papel de la familia nuclear en las sociedades occidentales modernas. Generalmente señalan que el supuesto declive de la importancia de la familia es un signo de la decadencia y corrupción de la sociedad moderna. Desde ese punto de vista, se considera que las estructuras familiares de tiempos anteriores fueron superiores en tanto que eran más *estables y felices*, al mismo tiempo que pocas veces debían lidiar con cuestiones como la descendencia ilegítima o el divorcio. Sin embargo, en términos de la observación empírica e histórica, "nunca existió una edad dorada de la familia.

Diferencias con la familia extensa

Alrededor del mundo, las normas sobre la estructura familiar son diferentes. Las representaciones acerca de lo que constituye una familia cambian de acuerdo con la cultura, la movilidad, la salud, la tradición. En muchas sociedades, la necesidad de ser apoyado socialmente es un hecho muy común, especialmente en aquellos sitios donde los costos económicos para la formación de un patrimonio son muy elevados. En esos contextos, la familia nuclear se vuelve un obstáculo más que una oportunidad, y por ello surgen formas familiares distintas, como aquella que en Occidente se llama *familia extendida*.

Cambios en la formación de la familia nuclear

La antropología y la sociología estudian las familias y su conformación, intentando definir las diferencias entre los tipos de ellas. Sin embargo, mientras que la antropología históricamente ha sido más receptiva al análisis de todos los tipos de familia existentes, la sociología pocas veces contempla a la familia nuclear como una estructura. Bittman se pregunta por qué los sociólogos promueven la idea de familia nuclear cuando "muy pocas sociedades muestran un apego a ese tipo de familia".

La declinación de la familia nuclear es originada, según la hipótesis del mismo Bitter, por:

- El relativo aumento de la edad promedio al momento de casarse en las sociedades industrializadas.
- La caída en la tasa de fertilidad y el retardo de los primeros nacimientos en las nuevas parejas.
- El patrón histórico de la fertilidad inestable: va de un *boom* a una depresión, dependiendo de otros factores socio-económicos y culturales.
- El envejecimiento de la población y la tendencia al incremento de la esperanza de vida.
- El aumento de la tasa de divorcios y de personas que no desean contraer matrimonio.

A pesar de ello, en países como Estados Unidos, la familia nuclear aparece como la estructura más extendida con respecto a otras alternativas. En ese país, las familias nucleares representan el 73% de los hogares, de acuerdo con el censo del año 2000.

Divorcio

El aumento en el número de familias monoparentales en las sociedades occidentales representa un desafío para los defensores de la familia nuclear. El divorcio ha dado lugar a nuevas formas de establecer relaciones parentales entre cónyuges, así como entre estos y sus hijos. Whitehead (1996) describe estas familias posnucleares como estructuras "rotas en la medida en que el lazo marital ha sido roto" muchos de los padres piensan en el divorcio antes de buscar otra solución sin pensar antes en las consecuencia que esta puede traer para sus hijos e incluso para ellos mismos en un futuro.

1.16.3. Familia monoparental

Por familia monoparental se entiende aquella familia nuclear que está compuesta por un solo miembro de la pareja progenitora (varón o mujer)

y en la que los hijos, de forma prolongada, pierden el contacto con uno de los padres. Aunque la crianza de un niño puede ser llevada a cabo tanto por hombres como mujeres, en esta materia, según demuestran las estadísticas, no ha habido grandes cambios y entre un 80 y un 90% de los hogares monoparentales están formados por madres e hijos.

1.16.4. Familia punalúa

Con el nombre de familia punalúa se denominó a un tipo de organización parental propio de las sociedades de jefatura de Polinesia. El término es de origen hawaiano, y fue empleado por Lewis H. Morgan para designar a las familias que, hipotéticamente habrían surgido del casamiento de varios varones hermanos con el grupo de las esposas de cada uno de los varones hermanados, y del casamiento de mujeres hermanas con los esposos de cada una de las hermanas. Este tipo de matrimonio explicaría, en los sistemas hawaianos de parentesco, el uso por parte de *Ego* de un mismo término para designar a todas las mujeres en la generación de sus padres, y del mismo término para designar a todos los hombres en la generación de sus padres (*Ego* nombra *madre* a las hermanas de su madre y a las hermanas de su padre; y *padre* a los hermanos de la madre y de su padre; de aquí que también emplee el mismo término para referirse a sus primos y a sus hermanos). La hipótesis fue retomada por Federico Engels en *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*.

Actualmente, el término ha sido desechado del lenguaje antropológico, al ser resultado de una interpretación errónea del sentido de los sistemas hawaianos de parentesco.

CAPÍTULO II:

IGUALDAD EN LAS RELACIONES FAMILIARES

2.1 Igualdad y Relaciones Familiares

A la revolución silenciosa de nuestro tiempo, la primera revolución incruenta de la historia, es la que conduce a la lenta pero inexorable atenuación, hasta la total eliminación, de la discriminación entre los sexos: la equiparación de las mujeres a los hombres, primero en la más reducida sociedad familiar, después en la más amplia sociedad civil a través de la igualdad, en gran parte demandada y en gran parte conquistada, en las relaciones económicas y políticas, es uno de los signos más ciertos e impresionantes de la marcha de la historia humana hacia la Igualdad y Libertad.

2.2 Introducción

Para tratar la temática, primeramente discutiremos sobre el concepto de igualdad, para mostrar allí que ésta es una construcción histórica y que sólo hace algunas décadas se incorpora en dicha idea a la mujer. Seguidamente mostraremos la relación y la evolución que ha habido en el derecho de familia respecto del principio de igualdad, dejando en evidencia que la incorporación de la igualdad en este ámbito ha sido más bien tardía. Aquí transcribiremos un largo debate sobre el punto. Lo haremos no sólo porque ésa ha sido la concepción dominante en la materia, y aunque está en retirada, aún existen vestigios, sino porque en ese debate queda claro una debilidad argumentativa, que estimamos es propia de dicha posición. En efecto, en tercer término, sostendremos que el distinto estatuto de la mujer en relación al hombre, en la familia, tiene como explicación el fenómeno de la discriminación, esto es, se trata de una distinción, exclusión o restricción que tiene por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales, basada en el sólo hecho de ser mujer, esto es, por pertenecer a ese sexo; y sustentada en prejuicios y estereotipos transmitidos culturalmente. Por consiguiente, sostendremos que el fundamento de tal distinción no es racional, no es posible justificarla de acuerdo a la razón. En consecuencia, en cuarto término, afirmaremos que

quiebra el principio de igualdad, la discriminación en la familia contra la mujer o contra los hijos que nacen fuera del matrimonio de sus padres, y, consiguientemente, la rechazamos.

Dado que quien sostenga que hay razones para discriminar, le corresponde probarlas y fundamentarlas, nos limitaremos a sostener nuestro planteamiento fundado en los derechos humanos.

Es decir, simplemente daremos un golpe en la mesa: estamos por los derechos humanos y en consecuencia postulamos la igualdad entre hombre y mujer al interior de la familia. Por otra parte, diremos que en la actualidad no basta, por parte del Estado, de abstenerse de discriminar; sino que debe hacer algo más para avanzar en la igualdad; la responsabilidad estatal implica, a nuestro juicio, una política activa en el tema. Ese es uno de los retos interesantes en el derecho de familia.

Respecto de los hijos, al igual que de los cónyuges, estimamos que no hay razones que justifiquen discriminar; en este caso, en virtud de haber nacido fuera del matrimonio de sus padres.

En otro orden, diremos que ha habido un cambio radical en punto a las nuevas características de la relación padres e hijos. No hay propiamente una relación de jerarquía, por lo menos, en los términos más clásicos; los hijos son también sujetos de derecho, personas dignas de consideración y respeto. Qué pueden y qué deben imponer los padres a los hijos, apoyado en su autoridad, es un tema complejo y cuyos límites y deslindes están en construcción.

En conclusión, nuestra propuesta se inscribe en una perspectiva del derecho de raíz democrática y liberal, y sustentada fuertemente en un derecho civil moderno que privilegia a la persona y sus derechos fundamentales. Desde esa óptica respondemos a las interrogantes sobre la igualdad en el orden familiar.

2.3 Sobre la Igualdad

Parece pertinente, antes de referirme al tema de la igualdad en relación a la familia o, más precisamente, al derecho de familia, compartir con ustedes a qué alude la idea de este principio.

Acudo para ello a los estudiosos del tema. El jurista español Francisco Laporta sostiene que en virtud del principio de igualdad los seres humanos

deben ser tratados como iguales, a menos que haya criterios relevantes para un tratamiento diferenciado. Si bien las normas pueden tomar en cuenta las diferencias humanas para llevar a cabo diferencias paralelas en las consecuencias normativas, el principio de igualdad trata precisamente de determinar cuándo está justificado establecer diferencias en el tratamiento normativo y cuándo no. En consecuencia, el núcleo de la idea de igualdad estriba en determinar qué desigualdades son relevantes y cuáles no; qué desigualdades justifican que se nos trate de manera diferente, y cuáles, sin embargo, deben ser canceladas y no tomadas en consideración. Es decir, el núcleo del principio de igualdad queda establecido en términos de la razón suficiente que justifique el trato desigual. El análisis de esta justificación se realiza aplicando el denominado test de razonabilidad. Es interesante a este respecto la coincidencia de los criterios utilizados por los distintos tribunales encargados de analizar casos que involucran el principio de igualdad. La Corte Suprema de Estados Unidos ha sostenido que los tribunales debe enfrentar y resolver la cuestión acerca de si las clasificaciones; El Principio de igualdad: introducción a su análisis. En Acción de inconstitucionalidad ejercida por Defensoría del Pueblo ante Tribunal Constitucional, diferencias establecidas en una ley son razonables a la luz de su finalidad; el Tribunal Constitucional Federal de Alemania en la jurisprudencia sobre la igualdad tiene como hilo conductor la frase: "La máxima de la igualdad es violada cuando para la diferenciación legal o para el tratamiento legal igual no es posible encontrar una razón razonable, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna otra forma, sea concretamente comprensible, es decir, cuando la disposición tiene que ser calificada de arbitraria; la Corte Europea de Derechos Humanos ha dicho que una diferenciación es discriminatoria si carece de justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un fin legítimo o si carece de una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido.

La Corte Constitucional de Colombia ha sentenciado que: Una vez que se ha determinado la existencia fáctica de un tratamiento desigual y la materia sobre la que él recae, el análisis del criterio de diferenciación se desarrolla en tres etapas, que componen el test de razonabilidad y que intenta determinar:

- a. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual.
- b. La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución.
- c. La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.

Agrega dicha sentencia: que la teoría jurídica alemana, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha mostrado cómo el concepto puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad.

Respecto del concepto de proporcionalidad señala que comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.

En el caso concreto del principio de igualdad, el concepto de proporcionalidad significa, por tanto, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es 1) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; 2) necesario, es decir, que no existe un medio menos onerosos, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y 3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato.

Desde otra perspectiva y siguiendo las distinciones expresadas por el jurista italiano Norberto Bobbio, el concepto de igualdad, alude a nociones de significados diferentes. En efecto es posible diferenciar los conceptos de la igualdad frente o ante la ley, la igualdad en la ley, la igualdad jurídica, la igualdad en los derechos, la igualdad de oportunidades, y la igualdad de hecho o de facto.

La igualdad frente y en la ley significa la exclusión de toda discriminación arbitraria, ya sea de parte del juez (igualdad frente a la ley), ya del

legislador (igualdad en la ley); y por discriminación arbitraria se entiende una discriminación no justificada, es decir, no razonable ni proporcional.

La igualdad en los derechos (o de los derechos) significa algo más que la mera igualdad frente a la ley como exclusión de toda discriminación no justificada: significa gozar igualmente, por parte de los ciudadanos, de algunos derechos fundamentales constitucionalmente garantizados.

Por igualdad jurídica se entiende habitualmente la igualdad en ese particular atributo que hace de todo miembro de un grupo social, también del infante, un sujeto jurídico, es decir, un sujeto dotado de capacidad jurídica. Mientras la igualdad en los derechos tiene un ámbito más vasto que la igualdad frente a la ley, la igualdad jurídica tiene un ámbito más restringido.

El principio de igualdad de oportunidades apunta a situar a todos los miembros de una determinada sociedad en las condiciones en la competición de la vida, o en la conquista de lo que es vitalmente más significativo, partiendo de posiciones iguales. Haciendo una comparación con el juego o competencia, se trata de que todos los jugadores tengan al inicio, el mismo número de cartas, el mismo número y tipo de piezas de ajedrez, que los corredores partan de la misma línea, que los estudiantes en exámenes puedan servirse de los mismos libros, o todos desconozcan el tema que tengan que desarrollar. En analogía, en la competición de la vida, la carrera debe correrse por todos desde el mismo punto de partida, lo cual puede significar, entonces, mejorar los puntos de partidas de algunos, que por consideraciones de sexo, económicas, sociales o de otro tipo, no están en el mismo punto. El principio de igualdad de oportunidades no asegura, sin embargo, igualdad en el punto de llegada.

La expresión igualdad de derecho se usa en contraposición a igualdad de hecho, y corresponde normalmente a la contraposición entre igualdad formal e igualdad sustancial o material.

Esta última, se refiere, casi siempre, a la igualdad respecto de los bienes materiales o igualdad económica. También la igualdad de facto hace alusión a la igualdad en la realidad, en la vida misma, la igualdad de jure que es la explicitada en la ley. La igualdad de facto supone igualdad en el punto de llegada.

Ahora bien, hay convicción internacional, así ha quedado recogido en los diversos tratados de derechos humanos, que las diferencias entre los seres humanos de raza, sexo, ideológicas, religiosas, así como de nacimiento, más concretamente el hecho de nacer dentro o fuera del matrimonio entre sus padres, se estiman todas cuestiones o circunstancias irrelevantes para los efectos de establecer diferencias jurídicas. Si un estatuto legal diferencia en virtud de cualquiera de dichas circunstancias (sea, entre otras, en razón de sexo o nacimiento), puede calificarse de discriminación arbitraria porque no es justificable, no es racional ni proporcional. Y en consecuencia viola el

principio de igualdad. Este punto, en la actualidad, lo entendemos pacífico, puesto que es casi unánime en la doctrina ilustrada que no se justifiquen tratamientos diferenciados en función del sexo, o la raza, o el nacimiento. El hecho que se haya recogido este punto en textos internacionales de derechos humanos no es más que la explicitación de un tal consenso en la materia.

Ahora bien, en verdad, el principio de igualdad, como sabemos, viene siendo desarrollado desde antiguo en la filosofía y en el derecho; sin embargo, sólo hace algunas décadas, cuando se habla de igualdad se está refiriendo también a la mujer. Ello obliga a examinar la cuestión más detenidamente, lo cual, por cierto, no es factible acometer en profundidad en esta presentación.

El principio de igualdad se encuentra consagrado en diversos textos jurídicos internacionales. El art.11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dice: *Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos ...*

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica, en su art.24 se lee: Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se lee en su art.31: "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto".

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su art.31, se dice: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto”.

En la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la igualdad se registra como principio y aspiración en el preámbulo, y normativamente en la mayoría de sus disposiciones. Allí se recoge el principio tanto al interior de la familia como en la sociedad en su conjunto y en todos los aspectos. Plantea también la necesidad de lograr una igualdad de facto; y establece la posibilidad de utilizar la acción positiva.

Respecto del estatuto filiativo hay norma expresa en la Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 17) y en la Convención de Derechos del Niño (Art.2). De otra parte la Corte Europea de Derechos Humanos se ha pronunciado específicamente en la materia, señalando que: ...el respeto a la vida familiar asegurado por la Convención europea de derechos humanos (art.8), no permite distinguir entre familia legítima y familia natural, lo que además constituiría una discriminación fundada en el nacimiento, violatoria de la Convención (art.14). Por ello, para permitir el desarrollo normal de la vida familiar de una madre soltera y de su hijo, el Estado no debe establecer una discriminación fundada en el nacimiento.

Las cuestiones interesantes de analizar y responder son:

- 1) La igualdad hombre y mujer debe ser jurídicamente en todo o sólo en algunos aspectos;
- 2) Si es sólo en algunos aspectos, cuáles serían ellos, y cuál sería el fundamento de los estatutos diferenciados.

Desde luego, en el ámbito de los derechos ciudadanos, sólo en este siglo, la mujer tiene derecho a voto. Hasta esa fecha no se alegaba que en esta materia había una violación a la igualdad de derechos, principio que, por lo demás, estaba consagrado en la propia Constitución Política. Es decir, la igualdad no se aplicaba a la mujer. Hoy, en cambio, en el ámbito de los derechos ciudadanos y de la política, hay acuerdo, sobre que sería una transgresión a la igualdad no reconocer el derecho a voto de la mujer.

Ahora bien, en punto a la efectividad de los derechos ciudadanos, particularmente en cuanto a ser elegidas o designadas en cargos políticos, es claro, de acuerdo a las cifras, que no hay igualdad de facto. No todos observan, sin embargo, la necesidad de que desde el derecho se asuma una actitud activa en la materia. Este es el punto clave de discusión actual respecto a la igualdad hombre y mujer en la cosa pública. (Nosotros sólo trataremos del tema referido al ámbito privado de la familia).

Es posible concluir, entonces, que el concepto de igualdad está históricamente determinado. La evolución que, sólo insinuaremos, es notable, aunque, ciertamente, en este desarrollo, aún hay aspectos pendientes.

2.4 Derecho de Familia e Igualdad

Ahora bien, la familia, tanto la de hecho como la de iure, ha estado, en general, organizada en base a un criterio y vínculo de jerarquía. No es la igualdad, sino la jerarquía y la subordinación, las ideas que han presidido, por largo tiempo, dicha institución.

En los códigos civiles antiguos se concibió como uno de los elementos más distintivos o que caracterizaban a la familia la idea de autoridad del pater y consiguientemente la de subordinación de la mujer y de los hijos.

En el texto sobre La Familia de los hermanos Mazeaud, se da como concepto de Familia: *La familia es la colectividad formada por las personas que, a causa de sus vínculos de parentesco o de su calidad de cónyuges, están sometidas a la misma autoridad: la del cabeza de familia.* En el desarrollo del concepto, estos autores destacan dos criterios: el de autoridad y el de legitimidad. Este último para resaltar que *La familia jurídica es, pues, una agrupación particular: la agrupación fundada sobre el matrimonio. Es la familia legítima. Esta es la única familia. Lo que a veces se llama la familia natural no constituye jurídicamente una familia.* Estos criterios y particularmente el de autoridad se han repetido frecuentemente en los conceptos contenidos en los textos de Derecho de Familia en el ámbito comparado.

Los mismos autores, en un texto más reciente, haciéndose cargo de las nuevas tendencias, definen a la familia como: *El grupo formado por las personas que, en razón de sus vínculos de parentesco o de su calidad de*

cónyuges, están sometidas a la misma comunidad de vida y en la cual los cónyuges, aseguran en conjunto la dirección moral y material.

Reflejando claramente esta evolución el autor español J.L Lacruz Berdejo señala: En nuestro tiempo la familia, perdida la fórmula de institución patriarcal para pasar a la de una asociación igualitaria de varón y mujer para la crianza de los hijos si los hay y la convivencia en todo caso, es un grupo unido por vínculos de sangre y afecto que procrea, educa, prepara los alimentos, vive en común y cuyos miembros útiles contribuyen al sostenimiento de todos con el producto de su actividad.

Al respecto, los catedráticos españoles Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, en el volumen de Derecho de Familia, exponen: En las exposiciones tradicionales del Derecho civil era frecuente hasta hace no mucho tiempo considerar la familia como grupo sometido a un criterio de jerarquía: las relaciones jurídico-familiares son - se decía - relaciones de supra y de subordinación, en las cuales uno de los sujetos está colocado bajo la potestad y la dependencia jerárquica del otro. Que las mujeres estén sujetas a su marido como al Señor se lee en una de las epístolas de San Pablo, y se ha venido hablando en las leyes de autoridad o potestad marital. En su redacción primitiva nuestro Código Civil establecía la obligación de los hijos de obedecer a los padres y tributarles respeto y reverencia siempre.

Continúa el mismo texto: En el Derecho de los últimos tiempos los criterios estrictamente jerárquicos han ido declinando y han ido siendo sustituidos por criterios igualitarios y asociativos.

En definitiva, el tema de la autoridad y consecencial subordinación era un criterio fundamental que estaba en la base del Derecho de Familia, reflejado muchas veces en el propio concepto de Familia, y que, de alguna manera, aún persiste así en la legislación civil. (Por ello puede ser de interés centrarnos en este punto y sobre todo en el tipo de argumentación que ha sustentado esta normativa).

Es muy ilustrativo recurrir a las actas de la discusión de entonces porque ella da respuesta, desde la visión a los puntos que es necesario dilucidar, esto es, en qué aspectos debe haber igualdad, y cuáles serían los criterios y fundamento de la desigualdad, si así se estimare.

En efecto, a propósito de la discusión producida en torno al concepto de igualdad ante la ley, a raíz de una propuesta de incluir la consagración de igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, se vertieron las siguientes opiniones:

El señor Silva Bascuñán expresa que le parece que la Constitución debe consagrar un impedimento al legislador para que entre el hombre y la mujer no haya otras distinciones que aquellas que derivan directamente de la naturaleza, porque tendrá que hacerlas entre el hombre y la mujer. La misma Constitución seguramente dará las bases para alguna distinción; pero lo grave es hacer distinciones que no estén basadas en la naturaleza.

El señor Guzmán manifiesta el deseo de que se profundice un poco este concepto de igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, porque distingue dos planos que son diferentes: la situación de un hombre y una mujer absolutamente independientes entre sí frente al ordenamiento jurídico, por una parte, y la vinculación que tiene el hombre respecto de la mujer y ésta respecto del hombre en la familia, y la posición en que esa vinculación se encuentra respecto del ordenamiento jurídico. A su juicio, son dos realidades bastante diferentes que no se deben confundir. Es evidente que la cabeza de la familia debe ser el hombre, el padre o el marido.

Por otra parte, cree que en la relación con los hijos hay que considerar las medidas que se adopten en la legislación de una manera extraordinariamente pragmática, atendida la idiosincrasia del país. Por ejemplo, es evidente que al menos la vinculación de la familia respecto de los hijos parece ser mucho más fuerte por parte de la madre que del padre. En la misma sesión el señor Ortúzar expresa: Está plenamente de acuerdo en el sentido de que ante esta igualdad se debe ser muy cuidadoso al establecerla, especialmente en lo que diga relación con la familia y tal vez como una derivación de esto puede tener cabida también el problema de la capacidad de la mujer casada, porque es evidente que la igualdad no puede ser absoluta, ya que en toda organización, en toda célula familiar tiene que haber un jefe que no puede ser otro que el marido o el padre. La autoridad marital, la autoridad paternal, la patria potestad deben mantenerse. Por su parte, el señor Evans expresa que, al proponer un precepto respecto de la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer,

pensó que había un campo en que la situación no puede ni podrá ser jamás de absoluta igualdad jurídica, y es en el campo de las relaciones de familia.

Continúa el señor Evans: Cree que si la Constitución estableciera que no se hará distinción entre el hombre y la mujer en el acceso a la educación, a la cultura, al trabajo y dentro del trabajo, en el nivel de remuneraciones a la salud, a la seguridad social, etcétera, se daría sin duda un gran paso en la consolidación de un precepto que estima necesario en nuestro ordenamiento jurídico. Comprende que en el campo del derecho de familia siempre existirá la potestad preferente, por así decirlo, del padre sobre los hijos, y la autoridad marital.

En la sesión siguiente, el señor Ortúzar señala: Que desconoce hasta qué punto podría afirmarse que va en perjuicio de la mujer el consignar que el marido es el jefe del hogar, y aunque podría sostenerse que ello va en perjuicio de la mujer, a su juicio, se establece en beneficio de ella, puesto que la mujer es un ser naturalmente débil y debe apoyarse en la autoridad del marido.

El señor Guzmán dice: Respecto del problema de la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, cree que hay dos posibilidades: una, que se contemple dentro de la redacción propuesta la frase "ni distinciones injustas e injustificadas- en razón de sexo, y la otra, que se establezca un inciso especial para consagrar la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, pero señalándose que el hombre y la mujer gozan de iguales derechos sin perjuicio de las distinciones que el ordenamiento jurídico pueda realizar en consideración a la diferente naturaleza de uno y otro. Más adelante manifiesta: desea dar a conocer lo que sería su pensamiento en este problema, y aun cuando, posiblemente, no sea el mejor, él consagraría el siguiente precepto: El hombre y la mujer gozan de iguales derechos, sin perjuicio de las distinciones que impongan sus diferencias naturales o el carácter de familia.

No sabe, sin embargo, si convendría precisar un poco más las distinciones, como aquellas que emanan de la naturaleza del sexo, del matrimonio y de la familia, para no señalarlas, en términos que pudieran parecer el día de mañana, muy generales antes los ojos de las mujeres ya que se dice que la igualdad es sin perjuicio de las distinciones que impongan sus

diferencias naturales. En el fondo, señala, la redacción del precepto refleja lo que se quiere establecer, pero su preocupación es de imagen, la que, en este caso, se debe cuidar, ya que en este sentido hay inquietudes en el sexo débil por saber cual será el criterio de la Comisión.

El señor Ovalle interviene para decir que en su opinión, esa norma transformaría en inconstitucionales varias disposiciones del Código Civil, como por ejemplo, aquellas en virtud de las cuales la mujer le debe obediencia al marido, etcétera. El señor Evans señala que esta norma estaría comprendida en la excepción, y en consecuencia, sería una distinción legítima. Los señores Ortúzar y Evans preguntan al señor Ovalle, si en su criterio, las siguientes disposiciones del Código Civil serían inconstitucionales: la que establece que la mujer debe respeto y obediencia al marido; la que establece que debe seguirle a donde quiera que traslade su residencia; la que le confiere al marido la administración de los bienes; la que establece la calidad de relativamente incapaz; a lo que el señor Ovalle responde que son inconstitucionales, ya que esas decisiones deberán ser tomadas de común acuerdo, pues si no, marido y mujer no serían iguales. El señor Evans manifiesta que esas disposiciones no serían inconstitucionales, porque fluyen de las características de la familia. El señor Ortúzar refuta al señor Ovalle, advierte que no participa de esa opinión. Estima que el marido es el jefe natural de la familia y que en consecuencia debe ser él quien debe llevar la responsabilidad del hogar". El señor Ortúzar expresa que: Todo organismo, toda organización, por pequeña que sea, debe, necesariamente, tener una cabeza visible. De otra manera, imperaría en ella tal anarquía, que podría conducir a la disolución de esa organización. Partiendo de la base que la familia debe tener un jefe, incuestionablemente de que este debe ser el hombre. Por lo demás, el temperamento y la constitución de la mujer requieren, precisamente, de la autoridad del hombre. Está probado, en el hecho que la mujer ama al hombre que realmente es capaz de ejercer en forma justa, por cierto, su autoridad, así como los hijos requieren de la autoridad del padre y el pueblo de la autoridad del gobernante.

El señor Evans señala que este precepto del Código Civil, está destinado a los casos de excepción, en que hay conflicto y en que alguien tiene que decir la última palabra. Y, obviamente, en cualquier sociedad del mundo,

hoy día esta última palabra la dice el hombre. Pero, aun así, la legislación civil es tan sabia, que siempre termina entregando herramientas de protección a la mujer. Aun en este precepto, el Código Civil le da a la mujer el derecho de recurrir a la justicia cuando de la decisión del marido resulte un peligro para su vida o la de sus hijos.

En definitiva, lo que puede concluirse de este debate, es que, desde la perspectiva del redactor:

- 1) Debe reconocerse, en principio, igualdad jurídica entre el hombre y la mujer en diversos aspectos, pero no al interior de la familia;
- 2) El fundamento de un estatuto diferenciado de la mujer en relación al hombre al interior de la familia, derivan de las diferencias en la naturaleza de la mujer y en las características de la familia.
- 3) Las diferencias que el legislador nacional establecía entre el hombre y la mujer, sea aquella que decía que la mujer debe respeto y obediencia al marido; que debe seguirle a donde quiera que traslade su residencia; la que le confiere al marido la administración de los bienes; la que establecía la calidad de relativamente incapaz, se estiman legítimas porque derivan de las características de la familia. (o bien de la naturaleza de la mujer).
- 4) Respecto a la naturaleza de la mujer, que permitiría estos estatutos diferenciados, se señala: que la mujer es naturalmente débil, y debe apoyarse en la autoridad del marido. También se dijo que: el temperamento y la constitución de la mujer requieren, precisamente, de la autoridad del hombre.

Afirmamos que, en verdad, en un tipo de argumentación como la transcrita, no hay nada de racional. No hay fundamento lógico a tales aseveraciones. La idea que tal diferenciación se fundamenta en la naturaleza de la mujer, en realidad, nada dice. Es una forma de esconder la discriminación, ya que aquella afirmación, que parece, por cierto, muy seria y profunda, permite diferenciar en lo que le plazca, a quien haga la discriminación. Por lo demás varios de los aspectos que, entonces, se consideraban de la naturaleza de la mujer o derivado de las características de la familia, fueron derogados, lo cual es una muestra más de la debilidad de tal sustentación. La explicación de que se considere que es obvio que el jefe debe ser el hombre y a la mujer se le señale como el sexo débil, sólo

es posible encontrarla, a nuestro juicio, en un pensamiento o ideología discriminatoria, esto es, basada en prejuicios y estereotipos.

La palabra discriminar, en su acepción popular, se entiende como establecer una distinción a favor o en contra de una persona o cosa sobre la base del grupo, clase o categoría a la que la persona o cosa pertenece, más bien que según sus propios méritos. (Conf. Random house dictionary of the english language). Se ha definido a la discriminación como el trato diferencial de los individuos a quienes se considera como pertenecientes a un grupo social determinado. Se trata de la expresión manifiesta del prejuicio, es el trato de carácter categórico a un miembro de un grupo por ser miembro de dicho grupo, y por suponerse que es de un tipo particular. En cambio, el prejuicio es un término que se ha aplicado a generalizaciones categóricas basadas en datos inadecuados y sin atenderse suficientemente a las diferencias individuales. Desde el punto de vista psicológico, se refiere a un tipo de hostilidad en las relaciones entre personas dirigida contra un grupo de personas o contra cada uno de los miembros de un grupo; suele cumplir una función irracional específica para el que la sustenta.

El prejuicio puede considerarse, pues, como el estado mental que da lugar a la práctica de la discriminación.

Esta ha sido la concepción dominante, por largo tiempo, en todo el mundo; y su raíz explicativa, reiteramos, es la discriminación, esto es, una distinción, exclusión o restricción que tiene por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales, basada en el solo hecho de ser mujer, esto es, por pertenecer a ese sexo; sustentada en prejuicios y estereotipos transmitidos culturalmente, y afirmada en cientos de años de historia. Ahora bien, la explicación de la discriminación, en términos sintéticos, se encuentra, finalmente, en la trama del poder; quien detenta el poder de la manera como el hombre, en general, lo ha ejercido en relación a la mujer no requiere explicar o fundamentar lógica ni racionalmente la razón de la discriminación. Simplemente puede hacerlo. Las explicaciones, aunque sean poco aceptables, inadecuadas, absurdas, ilógicas, da lo mismo, valdrán. Es finalmente un tema de poder.

La discriminación al interior de la familia, en contra de la mujer, tiene una enorme importancia porque aquél es el lugar privilegiado de reproducción social, de transmisión de los patrones y pautas socioculturales de conducta. Ello muestra, por consiguiente la responsabilidad del Derecho, en punto a la discriminación, al interior de la familia.

Ciertamente, y así se evidencia en el Derecho Comparado, de las ideas antes transcritas es muy poco, o nada, lo que perdura. Los cambios en el derecho de familia son radicales. (Pero, hay que decirlo, aunque en general, en el mundo se ha avanzado, la discriminación contra la mujer, dentro y fuera de la familia, sigue siendo un fenómeno actual).

Se remarca como hecho ordenador de los cambios, en el derecho, el que la lógica de la Autoridad y Subordinación, respecto de los cónyuges, ha cedido a la de la Igualdad y Cooperación.

Lo que es necesario apuntar no es el hecho de los cambios sino la profundidad y la dirección de ellos. Podría sostenerse que la legislación civil está en etapa de transición. No hay aún instalado en dicha legislación, en plenitud, un nuevo Derecho de Familia. Subsisten ideas antiguas e instituciones añejas. En efecto: la mujer casada en el régimen de sociedad conyugal (que es el régimen a voluntad de las partes, y que actualmente es minoritario en los matrimonios, a efecto de la protección al patrimonio conyugal), en la medida que no puede administrar ni los bienes sociales ni sus bienes propios, sigue siendo incapaz; y el marido es el jefe de la sociedad conyugal, según los términos de la ley.

Pero no sólo el derecho de familia trasunta una idea estereotipada del hombre y la mujer. La idea de correcta dirección del hogar, de jefatura del hogar, de participación en los negocios, como cuestión privativa del hombre, está allí implícita. Ciertamente es que el silencio en relación a la mujer, en esta norma, no es simple olvido; hay detrás, una concepción estereotipada de lo que son los roles del hombre y la mujer en la sociedad y en la familia.

Sin embargo, recientemente se ha modificado el estatuto filial, pasando de un régimen profundamente discriminatorio a un estatuto igualitario. En el nuevo texto legal, a regir, se consagran como ideas matrices: la igualdad jurídica de los hijos, sin consideración a si han nacido dentro o fuera del matrimonio de sus padres; el derecho a la identidad que tiene toda

persona, es decir a conocer quienes son sus progenitores biológicos; y la supremacía del interés superior del menor.

De otra parte, hay propuestas legislativas que se discuten (régimen legal del matrimonio; adopción, divorcio), y existe un cierto debate en torno a algunos temas relevantes del Derecho de Familia, lo cual es natural en una etapa, como la actual, de transición.

Y de otro lado, el Estado tiene la obligación de transformar la legislación civil, en el ámbito del derecho de familia, para hacerla acorde y cumplir con sus compromisos asumidos a nivel internacional, al haber ratificado los tratados internacionales de Derechos Humanos, en particular, los relativos a la mujer. En este aspecto puede incluso afirmarse que el Derecho de Familia, está obligadamente en transición.

En los otros países americanos, en cambio, ya está, aunque probablemente, no en plenitud, instalado un nuevo Derecho de Familia.

Sin embargo, cabe observar que el fenómeno de los cambios en esta temática, en el ámbito comparado, es mucho más un fenómeno explicable desde la sociología que desde la dogmática jurídica.

En efecto, la familia, siendo una unidad básica de la sociedad, sufre los avatares, influencias y cambios de ésta. Por esto aunque sea una perogrullada que con frecuencia se olvida, se afirma que la familia de hoy no es la del siglo XIX, ni la del XVIII, tampoco la de la década del 50.

La familia conyugal, esto es la conformada por un matrimonio y sus hijos, de constitución voluntaria y fundada en la relación afectiva de los cónyuges, es relativamente nueva en la historia. Existen también otros fenómenos, de reciente data, como la jefatura de hogar femenina, asociada a familias conformadas por una madre y sus hijos.

La conformación de esta nueva realidad familiar, donde el afecto o amor pasa a ser central (y el número de miembros está más limitado) fue un largo proceso, cuyo comienzo podemos situarlo en la disolución del mundo medieval, que germina en el siglo XVIII y se consolida entre mediados del siglo XIX y el XX.

Nada más que con el propósito de mostrar, aunque sea en pincelada, los hechos de la vida social que han influido en las transformaciones más recientes que han afectado a las familias, en cuanto a sus integrantes y al

tipo o naturaleza de relaciones al interior de ellas, cabe mencionar: los cambios en las formas de producción: la familia deja de ser una unidad de producción y pasa a ser un espacio afectivo; la creciente urbanización o disminución de la ruralidad; la incorporación creciente de la mujer al mundo del trabajo remunerado, la mujer deja de estar sólo en el ámbito de lo privado; los movimientos emancipadores de la mujer que ponen el acento en la igualdad; la conquista del derecho a voto de la mujer y su creciente participación en la cosa pública; la posibilidad para cada mujer de controlar la natalidad y por consiguiente el surgimiento de la sexualidad de la mujer como cuestión separada de la procreación; la distinta naturaleza de las relaciones con los hijos; la creciente autonomía de la mujer; la fuerte presencia ideológica de las concepciones que afirman los derechos humanos y su reconocimiento explícito en relación a la mujer en diversos tratados internacionales; la introducción de un nuevo actor al interior del hogar y con fuerte presencia, esto es, la televisión masificada en un mundo globalizado; los cambios culturales asociados a estos fenómenos; en otro orden, la separación de la Iglesia y del Estado, que origina como resultado la secularización del matrimonio. Todo lo referido ocurre además a gran escala y, con distinta intensidad, en todo el mundo. El Derecho, sin embargo, se mueve a una velocidad bastante menor, si bien todos los cambios normativos producidos son reflejos de realidades y concepciones nuevas; ocurre que no siempre el Derecho se adecua oportunamente; los tiempos de maduración son, a veces, bastante lentos.

Para los efectos de esta exposición, interesa señalar algunas ideas que, podría afirmarse, forman parte de un emergente Derecho de Familia, dentro de las cuales está el principio de igualdad entre cónyuges y entre los hijos. Todas estas ideas surgen - entre otras razones, como hemos señalado- como efecto del obligado cumplimiento que los Estados deben hacer de los tratados de Derechos Humanos, particularmente los relativos a la mujer, que ellos han ratificado. Es decir, desde fuera de los Estados, pero concurriendo cada uno con su voluntad, se imponen modificaciones. Es el desarrollo de los Derechos Humanos, que permea e influye el derecho privado.

La relación entre la norma jurídica, la realidad social a que se refiere y da cuenta, y las valoraciones implícitas, constituye una triple perspectiva de análisis de suyo interesante en la temática de familia, que aquí no abordamos, sin perjuicio de anotar que esta área del derecho es una de aquellas en las que los tres ámbitos han estado, en ocasiones, muy distante. Afirmamos que la realización plena del derecho se produce cuando la vigencia (derecho vigente/ dogmática jurídica), la eficacia de la norma (cumplimiento/ sociología jurídica) y la legitimidad de ella (valoración/ filosofía del derecho) se sitúan en un proceso dinámico de concordancia, proceso desde luego siempre abierto y que nunca puede darse definitivamente por concluso.

Estas convenciones internacionales ideológicamente corresponden a una concepción de la familia y de la mujer, en su rol familiar y social, que se hace cargo de las transformaciones sociales, políticas y culturales ya mencionadas.

Podría sostenerse que los hilos conductores de los cambios ya referidos apuntan en el sentido de pasar desde un modelo de familia patriarcal a un modelo de familia inserto en una sociedad más igualitaria, pluralista y democrática.

Son esenciales al primero: las nociones de potestad marital, que otorga derechos al marido sobre la persona y bienes de la mujer; la idea de incapacidad jurídica de la mujer casada, que subraya la inferioridad o subvaloración de ésta en relación al hombre; la noción de patria potestad otorgada al padre y en que el acento está en las potestades del padre sobre el hijo y no en los derechos de éste; en que la calidad de hijo natural se obtiene producto de un acto gracioso de los padres; y un estatuto filiativo discriminatorio en razón de la existencia o no de matrimonio entre los padres; el no reconocimiento jurídico de las familias de hecho; el silencio del Derecho frente a la violencia al interior de la familia. Se trata, en fin, de un Derecho de familia basado en relaciones de jerarquía.

La familia inserta en una sociedad democrática - en cambio -, a la cual adscribimos, se sustenta en el reconocimiento de la igualdad jurídica de hombres y mujeres; no hay superioridad jurídica de un sexo sobre el otro; los derechos de los cónyuges son recíprocos; la Patria Potestad se ejerce por ambos padres en interés de los hijos, el acento está en los derechos

de éstos respecto a ambos padres; el estatuto filiativo está basado en el principio de igualdad esencial de la persona humana, consagrándose la libre investigación de la paternidad o maternidad, acogiendo así el principio de la verdad real por sobre la verdad formal; se norma y sanciona la violencia al interior de la familia; se reconoce jurídicamente a las familias de hecho; como manifestación del pluralismo jurídico, ningún modelo de vida familiar recibe la sanción plena del ordenamiento jurídico, que establece sólo unas reglas directivas muy laxas, permitiendo un mayor juego de la autonomía privada; pero el Estado interviene en la protección de los derechos fundamentales.

En resumen y desde otra perspectiva, puede afirmarse que: en el primer caso, el Estado decide en base a concepciones estereotipadas, que él estima justas y correctas, de acuerdo a su criterio de perfección y excelencia, los roles que corresponden a cada uno de los cónyuges; interviniendo, en general, en los planes de vida de las personas. Además, con el fin de proteger una institución que se considera valiosa: el matrimonio, se sacrifica a la mujer (privándola de facultades de administración y consiguientemente se la hace incapaz) y a los hijos que nacen fuera del matrimonio (otorgándole menos derechos que a los nacidos dentro de matrimonio); esto es, se utiliza como medio a la persona en beneficio de otros.

En el segundo, en cambio, el Estado, es neutro, en cuanto los cónyuges son libres y están en condiciones de igualdad para elegir autónomamente su rol en la familia y en la sociedad. Este punto será discutido más adelante, en cuanto se postula que el Estado tiene una obligación mayor que la neutralidad.

Cierto que debe abstenerse de discriminar, pero deberá desarrollar también una política activa de promoción de la igualdad, acuerdo a sus propios planes de vida. Además se considera a las personas fines en sí mismos, no pudiendo ser utilizados sólo como medios en beneficios de otros. Lo cual implica discurrir sobre los conceptos de igualdad de oportunidades e igualdad de facto; esto es, igualdad en los puntos de partida y puntos de llegada.

La idea de familia dentro de una moderna sociedad democrática se inserta en un derecho civil en el cual el sujeto central es la persona, entendida

como ser humano en cuanto individualidad irrepetible. Cada ser que nace y que, como sabemos, se hace persona por el hecho del nacimiento, tiene derecho a una protección integral del sistema jurídico, sin discriminación alguna y sin que su origen pueda ser razón para no alcanzar, incondicionalmente esa plenitud jurídica. Del mismo modo, el matrimonio en cuanto a los efectos jurídicos debe originar relaciones simétricas e igualitarias entre los cónyuges. No hay en el derecho moderno argumento alguno que pueda justificar una superioridad jurídica de un sexo sobre el otro en razón del régimen económico del matrimonio o de cualquier otro aspecto. Como tampoco puede justificarse un estatuto filiativo que discrimine en mérito de la conducta de los padres.

Nos inscribimos, como hemos dicho, en esta última posición y consiguientemente postulamos que el principio de igualdad debe presidir las relaciones jurídicas, hombre y mujer, al interior de la familia. De modo que cualquiera sea el régimen económico del matrimonio, supletorio, que se adopte en la ley, debe considerar y respetar este aspecto. Ello supone, desde luego, no sólo reconocer total capacidad jurídica del hombre y la mujer, para la administración y disposición de los bienes, sino además reconocer que el matrimonio genera una comunidad de vida en la cual ambos aportan y deben sopesarse adecuadamente dichos aportes; particularmente el de la mujer que, muchas veces, no es remunerado. En definitiva, respecto al régimen económico deben conjugarse adecuadamente los principios de igualdad, de comunidad de vida que genera el matrimonio, considerando los aportes monetarios y no monetarios, así como la debida protección a los terceros. En la misma lógica y respecto de los hijos debe establecerse normativamente el principio de las responsabilidades familiares

compartidas. Se sustenta este planteamiento nada más que en el reconocimiento de los derechos humanos como norte y base del derecho civil actual. (Por consiguiente, no se ha considerado aquí necesario fundamentar el principio de igualdad en el orden familiar. Al contrario, se postula que quien estime que deben establecerse estatutos diferenciados debe probar que se trata de una discriminación no arbitraria, esto es, razonable y proporcional).

Es claro, también, que no hay razones valederas para discriminar entre los hijos en virtud de haber nacido fuera del matrimonio de sus padres. Nos inclinamos por un estatuto filiativo igualitario.

Pero la evolución del derecho respecto a los hijos apunta también a otro aspecto, cual es el de la modificación de la concepción tradicional de la relación jerárquica entre padres e hijos. Es claro que hoy los hijos no son de propiedad de sus padres; sino que son sujetos de derecho, dignos de consideración y respeto. Cuál es el contenido actual de la autoridad de los padres es tema de interés. Lo cierto es que no es la misma relación de jerarquía que existía hace algunos años. En principio, el límite de actuación de los padres, cuando los hijos no tienen voluntad para opinar, dice relación con la autonomía futura de los menores. Los padres no pueden poner en riesgo la autonomía futura de sus hijos. Cuánto y en qué profundidad los padres pueden imponer sus preferencias. El régimen económico puede ser de comunidad de ganancias, con co-administración (como en España), o administración indistinta (como en Francia o Bélgica), en ambos casos con ciertas excepciones o matizaciones, o bien, de participación en los gananciales (como en Alemania o Suiza). El régimen de separación de bienes no considera el aporte no remunerado de los cónyuges al matrimonio, lo cual es normalmente una injusticia respecto de la mujer. Es interesante la consideración de un estatuto familiar o régimen primario que tiende a la protección de un patrimonio familiar y del cónyuge que no aporta económicamente al matrimonio. Cabe observar que los regímenes económicos en Europa se fueron modificando y adecuando a las nuevas directrices emanadas del principio de igualdad, muchas veces, consagrado en las propias constituciones políticas. A este respecto, además de los tratados de derechos humanos, cabe tener en cuenta la recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que en 1974 incitó a los Gobiernos a aplicar el principio de igualdad de los esposos en el derecho de familia, así como la resolución 37 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 1978, solicitando a los Gobiernos de los Estados miembros que tomaran las medidas necesarias para que el derecho civil no mantenga ninguna supremacía de un esposo respecto del otro.

La Corte Constitucional de Colombia considera que los niños no son de propiedad de nadie, ni de sus padres ni de la sociedad, siendo su vida y su libertad de su exclusiva autonomía. El niño no es propiedad de sus padres sino que él ya es una libertad y una autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional. Las concepciones ideológicas, religiosas, conducta sexual de los hijos, etc, son aspectos opinables. (Si admitimos que el margen de imposición de los padres es limitado, entonces, la decisión sobre el colegio en el que el hijo se educará, será por consiguiente, por ejemplo, un asunto que requerirá de la voluntad también de ese hijo). Autonomía de los padres no es la de los hijos, por lo cual la patria potestad debe estar dirigida a la formación en el grado máximo posible de la autonomía de los menores) Cuáles son entonces los límites de decisión de los padres? En este caso uno de los elementos, que me parece de aplicación general, es la intensidad del impacto sobre la autonomía actual y futura del menor

Ahora bien, con el objetivo de lograr la igualdad de la mujer en relación al hombre, pareciera que los Estados deben hacer algo más que abstenerse de discriminar en la ley. La necesidad de realizar políticas activas, que promuevan y fomenten la igualdad, como las acciones positivas, para acelerar la igualdad de facto; y de este modo quebrar, romper la cultura e inercia discriminatoria, pareciera ser un imperativo actual. Después de siglos en que la sociedad y el Estado han optado por la discriminación de una manera total, pareciera que no cabe hoy simplemente la neutralidad. Este punto, desde luego, es opinable, además que no es fácil identificar las áreas donde deberían promoverse acciones positivas, en el derecho de familia. No obstante es hora de pensar la no discriminación e igualdad más allá de la retórica. Y este es un punto que requiere más voluntad e inteligencia que la que hasta ahora ha tenido.

En síntesis, en nuestra opinión, en principio, algunas de las ideas que constituyen el derecho de Familia actual, fundado en los derechos humanos, y que nos permiten responder a las preguntas iniciales, serían:

1. Matrimonio secular y posibilidad de disolución del vínculo.
2. Reconocimiento del principio de igualdad entre los cónyuges en cuanto a sus deberes y derechos, respecto del régimen de bienes y en cuanto a los hijos.

3. Plena capacidad jurídica de ambos contrayentes, con independencia del régimen de bienes.
4. Responsabilidades familiares compartidas. Patria Potestad y Autoridad Parental compartida.
5. Única consideración respecto de los hijos: interés superior del menor.
6. Estatuto filiativo no discriminatorio.
7. Reconocimiento al derecho a la identidad de toda persona.
8. Responsabilidad social de la maternidad.
9. Reconocimiento jurídico de las familias de hecho.
10. Reconocimiento jurídico con reglamentación propia del fenómeno de la violencia al interior de la familia.
11. Mutabilidad del régimen de bienes con mayor presencia del principio de autonomía privada. Sin perjuicio de las restricciones emanadas del orden público igualitario.
12. Protagonismo de los principios de no discriminación en razón de sexo y de nacimiento.
13. Reconocimiento del aporte monetario y no monetario de los cónyuges en la vida común.
14. Protagonismo de los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona.

Los puntos en construcción, que requieren una reflexión más detenida y que sólo mencionamos, dicen relación con el vínculo de nuevo tipo entre padres e hijos. Ya no se puede hablar de subordinación o jerarquía; es otro el acento, es la idea del menor como sujeto de derecho que permea y condiciona aquella relación. Y de otra parte, la actitud activa, no neutra, del derecho, necesaria para promover y asegurar una igualdad de facto entre el hombre y la mujer al interior de la familia y particularmente con ocasión de la disolución del matrimonio.

Esa es la obligación que emana para los Estados partes desde la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de Naciones Unidas. No cabe duda que en nuestro caso, aunque con ostensible atraso, el Derecho se encaminará en una dirección modernizadora.

Por nuestra parte, nada más, hemos pretendido responder a los temas de la igualdad en el orden familiar, desde el nuevo paradigma del Derecho de

Familia, el que ya se ha plasmado legislativamente en muchos países, siendo los textos internacionales de Derechos Humanos una de las fuentes inspiradoras principales y sustento básico de este nuevo derecho.

2.5 El Hombre como persona y la Autonomía de la voluntad

Como una de las consecuencias o resultado de la transposición del concepto ético de persona al ámbito del Derecho Privado, el ordenamiento jurídico admite un principio fundamental, a saber, el de la autonomía de la voluntad.

En efecto, una verdad simple, pero esencialísima, es que el Derecho, en cuanto conjunto de normas reguladoras de la conducta humana, no puede construirse con prescindencia de la real naturaleza del ser cuya conducta regula: el hombre.

El personalismo ético se hace cargo de tal realidad: se trata de una comprensión del hombre, fruto de las experiencias de la humanidad, la religión cristiana y la filosofía que lo considera como persona en sentido ético, esto es como ser racional que, de acuerdo a su real naturaleza y destino, está constituido para configurar libre y responsablemente su existencia y entorno, proponerse objetivos e imponerse a sí mismo límites en su actuación.

La condición de persona atribuida al hombre importa reconocer que él constituye un fin en sí mismo y, por ello, que tiene un valor absoluto, una dignidad. Tal condición es precisamente lo que distingue al hombre de los demás seres vivientes, que sólo son medio o instrumentos para satisfacer fines de otro y que, por ello, se los denomina "cosas".

Se comprende así, como el respeto de la dignidad de la persona impone, al ordenamiento jurídico, el reconocimiento de un poder de autogobierno de sus propios intereses, denominado autonomía de la voluntad o bien, más técnicamente, autonomía privada. Así, la condición de persona atribuida al hombre, constituye el fundamento último de tal principio fundamental del Derecho privado.

2.6 Límites: el hombre y la sociedad

Sabido es que el hombre para realizarse a sí mismo necesita vivir en sociedad. Cualquiera puede imaginarse la extrema pobreza material y moral que sufriría el hombre si viviera en un hipotético estado de naturaleza. Por ello, bien se ha dicho que unus homo, nullus homo. Asimismo, repárese que el concepto de persona, antes aludido, presupone el de sociedad, en cuanto ser jurídicamente persona significa valer como tal frente a los otros. En suma, el hombre no es persona en cuanto hombre sino sólo en cuanto miembro de una comunidad jurídicamente organizada.

Ahora bien, la sociedad humana no puede existir sin un conjunto de reglas impuestas por la autoridad pública. Tales reglas establecen un orden en la sociedad, sin el cual habría anarquía. El conjunto de tales reglas, llamadas jurídicas, constituyen el Derecho. De ahí el conocido aforismo ubi societas ibi jus.

Y el Derecho, necesario para que exista la sociedad, necesaria para que el hombre se realice como persona, viene así a constituir un límite del obrar del propio hombre, una restricción de su libertad natural, bien supremo del hombre. De allí la máxima ubi libertas, ibi non ius. Sin embargo, tal restricción es la que garantiza su libertad jurídica en el seno de la sociedad.

En este marco, la autonomía privada prealudida, luce como libertad _reconocida por el ordenamiento jurídico_ para producir cambios jurídicos en determinado ámbito, que es el patrimonial. En cuanto libertad jurídica, tiene límites.

Tales límites derivan de que el principio de la autonomía privada, no obstante ocupar un lugar preeminente en el ordenamiento jurídico, no es el único principio en el que se basa la normativa de las relaciones sociales sino que, por el contrario, hay otros que ponderar, algunos de ellos en tutela del interés de los particulares, básicamente la buena fe y la justicia contractual compensatoria, y otros en defensa del interés general, tal el orden público y las buenas costumbres.

Finalmente, adviértase que lejos de existir un antagonismo entre autonomía privada e interés social, aquella favorece la circulación de bienes y servicios, lo cual es vital en toda sociedad.

2.7 La autonomía privada como licencia del ordenamiento jurídico. Sus titulares: capacidad y legitimación

La autonomía privada es el poder o potestad, atribuido por el ordenamiento jurídico a los particulares, de establecer normas jurídicas para satisfacer intereses privados, particulares o individuales.

Repárese que decimos "poder" y no "facultad". Es que la facultad es inherente al derecho subjetivo, y el poder es, en rigor, una figura subjetiva distinta de aquél, a saber: una potestad para crear o modificar reglas jurídicas que inciden en los derechos subjetivos preexistentes. Por ello se ha dicho que mientras el poder pertenece a la dinámica del derecho, el derecho subjetivo hace a su estática.

Según lo expuesto, el poder, en que la autonomía privada consiste, no es un poder originario o independiente sino derivado o heterónomo, en cuanto conferido por el ordenamiento jurídico que regula su ejercicio, estableciendo sus cargas y limitaciones. La voluntad privada no crea Derecho por sí o por fuerza propia.

Así que el poder propio de la autonomía privada consiste en una fuerza o energía jurídica, no sólo en el sentido de creadora de derecho sino también en cuanto concedida por el Derecho.

Ello explica que el ordenamiento jurídico pueda concederla aun a quienes carezcan de la aptitud actual de entender y querer. De ahí que, dado el fundamento preindicado de la autonomía privada, el Derecho la atribuya a toda persona. Luego, el único presupuesto para ser titular de ella es la capacidad jurídica, que el derecho sólo cercena en determinados supuestos como "prohibiciones para contratar".

Ahora bien, el Derecho, en defensa del interés de los titulares de la autonomía privada, exige que el acto por el cual se ejerce tal poder sea

realizado por una persona con aptitud actual de entender y de querer, esto es con capacidad de obrar, y, cabría agregar, con voluntariedad. En síntesis, mientras el poder (autonomía privada) presupone la capacidad jurídica, el ejercicio del mismo presupone la capacidad de hecho y la voluntariedad. Por ello, los incapaces de hecho pueden ser parte de un contrato en tanto su incapacidad sea suplida por la representación legal.

A través de la autonomía privada no puede regularse cualesquiera intereses privados. El límite de los intereses regulables viene dado por la figura subjetiva de la legitimación, que debe distinguirse de aquélla.

La legitimación es el poder que tiene un sujeto determinado para disponer de determinados derechos. Así, por ejemplo, hemos dicho que cualquier persona tiene autonomía privada, mas carece de legitimación para vender una cosa ajena o comprometer una conducta ajena sin su autorización (poder).

Entre autonomía privada y legitimación existe la misma diferencia que entre jurisdicción y competencia: mientras la jurisdicción es el poder de administrar justicia atribuido a todos los órganos que integran la autoridad judicial indeterminadamente, la competencia es la cantidad de jurisdicción que cada órgano en particular puede ejercitar. De igual modo puede decirse que la legitimación es la cantidad de autonomía privada que un sujeto puede ejercitar en determinadas circunstancias.

La diferencia apuntada entre autonomía y legitimación no es simplemente teórica, sino que se traduce en consecuencias prácticas: el traspaso de los límites de la autonomía trae aparejado la ineficacia del negocio entre partes; mientras que la falta de legitimación produce sólo una ineficacia relativa respecto de las personas sobre cuyos intereses se contrató sin su autorización previa, subsanable mediante la ratificación del interesado (autorización ex post facto).

2.8 El instrumento de la autonomía privada: el acto jurídico y sus requisitos

La autonomía privada se ejerce a través del negocio jurídico.

Generalmente se visualiza al negocio jurídico como un hecho único. Sin embargo, con rigor científico, lo correcto es distinguir entre la acción o actividad que el o los otorgantes realizan, esto es la celebración del acto, por un lado; y el resultado de tal actividad, lo que se ha denominado el contenido del acto, por el otro, el cual, atento al concepto antes expuesto de autonomía privada, consiste en reglas de conducta.

Los límites, antes referidos, a los cuales está sujeta la autonomía privada, vienen instrumentados técnicamente en la ley a través de los requisitos del acto jurídico, impuestos por normas imperativas, a los cuales el Derecho subordina su reconocimiento como acto válido y eficaz. Puede afirmarse que los requisitos de validez limitan el nacimiento del acto jurídico, mientras que los de eficacia limitan la subsistencia de la vinculatoriedad contractual.

De conformidad con lo expresado en el párrafo precedente, los requisitos de validez del negocio se bifurcan entre los que hacen a la celebración o realización del acto (tales la capacidad, ausencia de vicios de la voluntad y su exteriorización); y los que se refieren al contenido del negocio (tales, a nuestro juicio, el objeto y la causa).

Mientras los requisitos de celebración juegan de igual modo en todo el ámbito del Derecho privado, los de contenido están impuestos por normas imperativas en el ámbito del Derecho de familia (si es que aquí cabe hablar de autonomía privada), de cosas y de sucesiones, en que existe obligatoriedad de tipos, y por normas supletorias en el ámbito del Derecho de obligaciones, en que existe libertad de tipos, pese a la existencia de límites generales y particulares de cada contrato.

CAPÍTULO III:

TRATAMIENTO DE LA FAMILIA EN EL DERECHO CIVIL

3.1 Clasificación del Derecho En General

Es difícil establecer una agrupación exacta entre las disciplinas jurídicas, ya que al tener diferentes perspectivas sobre las asignaturas de derecho, los puntos de contacto resultan numerosos. Pero a pesar de no existir límites precisos, se encuentra una clara división natural en dos grandes ramas, cada una de las cuales se subdivide en materias especiales cuya clasificación es la siguiente:

- a) Derecho Público- reglamenta los actos de las personas que obran en interés general, en virtud de una delegación directa o inmediata del soberano. Las materias que comprende son:
 - 1. Derecho Constitucional
 - 2. Derecho Administrativo
 - 3. Derecho Penal
 - 4. Derecho Fiscal

- b) Derecho Privado- reglamenta los actos que los particulares realizan en su propio nombre y por sus intereses individuales. Las materias que lo integran son:
 - 1. Derecho Civil
 - 2. Derecho Mercantil
 - 3. Derecho Internacional

DERECHO FAMILIAR

Ubicación en las ramas del Derecho

Belluscio establece el problema que ha tenido la doctrina a lo largo del tiempo con la ubicación del derecho familiar entre las ramas de derecho. Indica que tradicionalmente esta forma parte del derecho civil; sin embargo, es claro que la mayoría de las normas son de orden público y

que existe intervención del Estado en la formación y disolución de vínculos, así como en numerosas cuestiones por el reguladas. Por esos motivos la doctrina duda acerca de si dicha ubicación es correcta o no.¹

Otro punto de vista es el que expresa Bosseret al establecer que si lo ubicamos como parte del derecho civil, no se puede considerar que pertenece al derecho público, ya que las relaciones familiares no se vinculan a los sujetos con el Estado como sujeto de derecho público.²

Clasificación

El derecho de familia comprende tres materias:

- El derecho Matrimonial, relativo a su aplicación al estado de esposos.
- El derecho del parentesco por consanguinidad y por filiación.
- El derecho del parentesco por afinidad.

Materias que son fundamento para el desarrollo del tema central de la presente investigación, y que constituye un análisis de la naturaleza jurídica del derecho familiar como ciencia y rama autónoma del derecho. Llegando a la conclusión de que el Derecho Familiar constituye una rama autónoma del Derecho y por ser una rama atípica del mismo está enmarcada tanto en el ámbito del Derecho Público como del Derecho Privado.

3.2 Clasificación: Procesos Civil, Mercantil y de Familia

¿Por qué esta clasificación tripartita? Porque hablamos del proceso civil, de proceso mercantil y de proceso de familia que sería una clasificación de los procesos que podemos llamar del proceso privado. Estamos consientes de que recientemente se ha cuestionado el carácter meramente privado del proceso de familia, en virtud de que muchos de sus institutos y de su problemática, por implicar aspectos de interés y de orden público, podrían salir de la clasificación tradicional del derecho privado. Sin embargo, hasta ahora, la pertenencia de los problemas del proceso familiar al proceso civil

¹ Belluscio. Augusto Cesar: Derecho de Familia. Parte General. Buenos Aires. Desalma, 1979. Tomo III. Pag. 30.

² Bosseret. Gustavo A Zannoni, Eduardo A: Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, 3 Ed, Depalma, 1993, pag 9.

ha sido poco impugnada, lo que de ninguna manera supone la posibilidad del surgimiento de otra rama procesal más: el derecho procesal familiar.³

En este criterio de clasificación debe entenderse a aquella norma conforme a la cual sentencie el juez cuando resuelva el conflicto. Briseño Sierra⁴, distingue la norma sustantiva de la norma procesal, y advierte que una es la que sirve para conducir el proceso, y la otra, la aplicable para resolver el litigio. El proceso se caracteriza de acuerdo con la norma sustantiva que se vaya a aplicar al sentenciarse. Hemos dicho, que el proceso es un conjunto complejo de actos del Estado como soberano, de las partes interesadas y de terceros ajenos, actos todos que tienden o que están proyectados a la aplicación de una ley general que va a ser aplicada al caso concreto no es una ley procesal sino una ley penal, civil, mercantil o de familia, es decir, la naturaleza de la norma va a ser la que calificara al proceso como penal, civil, mercantil o de familia.

Ahora bien, según lo dicho por el autor, podemos concluir que es necesaria una ley familiar, ya que dicha rama no se puede regir o regular por el derecho civil, ya que se necesita un código que regule el proceso a seguir en materia familiar. Es por lo anterior que es de suma importancia pugnar por que sea una rama autónoma a la rama civil, ya que no se puede generalizar a la familia a que se someta a leyes que no se apliquen en sustancia a los problemas que se suscitan y por consiguiente que se resuelvan de manera ambigua.

Por lo que resulta obvio, que surja una ley en materia familiar independiente a la civil para así, estar en posibilidad de otorgarle al núcleo familiar solución precisa y eficaz, para que dentro del marco de la legalidad se le brinde una mayor protección y seguridad, con normas que precisen los procedimientos a seguir en materia familiar.

³ Gomez Lara Cipriano, Derecho Procesal Civil, Oxford, 1998, pág. 5.

⁴ Briseño Sierra Humberto, Derecho Procesal, tII, Cárdenas, México, 1969, p 261.

3.3 DERECHO DE FAMILIA

El Estado regula los diversos aspectos de trascendencia pública de la familia en base a las normas del llamado Derecho de familia.

El Derecho de familia es el conjunto de normas e instituciones jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los miembros que integran la familia, entre sí y respecto de terceros. Tales relaciones se originan a partir del matrimonio y del parentesco

Siguiendo al profesor FERRARA podemos definir el Derecho de familia como el complejo de normas jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los pertenecientes a la familia entre sí y respecto a los terceros. Por tanto, será objeto del Derecho de familia todo lo relativo a relaciones familiares, alimentos, matrimonio, régimen económico matrimonial, filiación, relaciones paterno filiales, e instituciones tutelares.

El Derecho de familia está comprendido fundamentalmente en el Código Civil, pero también encontramos normas referentes a la familia en la Constitución, principalmente en los artículos que contienen las Garantías Individuales, los referentes a los Mexicanos y al Previsión Social; y en numerosas leyes, como el Código Familiar del Estado Zacatecas, Código Familiar del Estado de Zacatecas, Código Familiar para el Estado de Michoacán, entre otras.

En cuanto al carácter de sus normas, es importante destacar que las normas de Derecho de familia son imperativas, indisponibles (de manera que no se puede renunciar a los derechos y deberes que imponen), intransmisibles y tienen un acentuado carácter de función.

Derecho de familia

“El objeto principal del derecho de la familia es la familia de derecho y las diferentes relaciones jurídicas que la estructuran. Solo por excepción se consideran algunos efectos a la filiación a la familia de hecho.”¹

¹ Sanchez Medal Ramón. “Los Grandes cambios en el Derecho Familiar, Edit. Porrúa, México, P.22.

Con los conceptos de la familia y del derecho se integra lo que se conoce como el derecho de la familia que es la parte del derecho civil que reglamenta las relaciones de los miembros del conglomerado familiar, de esta manera se define al derecho de familia como: "Es el conjunto de normas jurídicas reguladoras de los miembros entre sí y respecto a la sociedad".

3.4 Sujetos del Derecho Familiar

Son fundamentalmente los parientes (por consanguinidad, afinidad o adopción) los cónyuges o las personas que ejerzan la patria potestad o tutela. También deben mencionarse a los concubenarios, dado que algunos sistemas y, especialmente nuestro Código Civil vigente, reconoce ciertas consecuencias jurídicas al concubinato, tanto entre las partes como con relación a los hijos habidos en el mismo.

En el derecho de familia los sujetos que intervienen son personas físicas. Excepcionalmente tenemos la ingerencia de algunos órganos estatales como ocurre en el matrimonio, la adopción, el reconocimiento de los hijos, la patria potestad y la tutela; también debe reconocerse la intervención el consejo de tutelas como un organismo estatal que en el Código vigente tiene funciones importantes que cumplir.⁵

3.5 Objeto del Derecho Familiar

Enumeración de los objetos del derecho en general.- Hemos definido el derecho como el conjunto de normas que tienen por objeto regular la conducta intersubjetiva que se manifiesta en facultades, deberes y sanciones. Por consiguiente, de este concepto se desprende cuál es el objeto del derecho objetivo, así como los diversos contenidos que puede presentar dicho objeto a través de la facultad jurídica, del deber o de la sanción.

⁵ Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familia, Rafael Rojina Villegas, Ed. Porrúa, México 2003, Págs.232-233

Objetos propios del derecho familiar.-Aplicando lo anteriormente expuesto respecto a los objetos del derecho en general, podemos decir que dentro del derecho de familia encontramos a su vez las distintas formas de conducta que hemos caracterizado como objetos directos de la regulación jurídica. De esta suerte tenemos derechos subjetivos familiares, que principalmente se manifiestan en el matrimonio, entre los consortes; en las relaciones de parentesco, entre los parientes por consanguinidad, afinidad y adopción; en las relaciones específicas de la patria potestad entre padres e hijos, abuelos y nietos, así como en todas las consecuencias generales de la filiación legítima y natural. También encontramos derechos subjetivos familiares en el régimen de la tutela como una institución que puede ser auxiliar de la patria potestad o independiente de la misma.

Los deberes subjetivos familiares se presentan como correlativos de los derechos antes mencionados, pero tienen, según explicarnos después, una especial fisonomía debido a los distintos tipos de sujeción que se establecen en las relaciones conyugales, parentales, paterno-filiales y tutelares. Así es como puede afectarse no sólo la conducta del sujeto pasivo, sino también su propia persona, su actividad jurídica y su patrimonio

Las situaciones propias del derecho familiar, como otras formas de conducta que constituyen objetos directos del mismo, generalmente consisten, para los actos jurídicos, en la inexistencia y nulidad; pero también en la revocación y en la rescisión. El divorcio viene a constituir a su vez un tipo de rescisión especial del derecho familia, dado que en su forma última, que reconoce el Código Civil vigente, implica no la separación de cuerpos, como en el antiguo sistema, sino la disolución del matrimonio o vínculo conyugal. También en el derecho familiar tenemos como sanciones generales la reparación del daño a través de formas compensatorias o de indemnización y la ejecución forzada.⁶

⁶Rojina Villegas Op. cit., págs. 234-235

3.6 Derechos subjetivos familiares

Definición de los derechos subjetivos familiares.

Cabe definir los derechos subjetivos familiares diciendo que constituyen las distintas facultades jurídicas que se originan por el matrimonio, el parentesco, la patria potestad o la tutela, por virtud de las cuales un sujeto está autorizado por la norma de derecho para interferir lícitamente en la persona, en la conducta, en la actividad jurídica o en el patrimonio de otro sujeto.

3.7 Derechos familiares patrimoniales y no patrimoniales

Clasificación de los derechos subjetivos familiares.

Hasta ahora hemos tratado de los derechos subjetivos familiares de carácter extrapatrimonial; pero existen también los derechos subjetivos familiares de carácter patrimonial. En consecuencia, desde este punto de vista los podemos clasificar en dos grandes categorías: (a) Derechos subjetivos familiares no patrimoniales, y (b) Derechos subjetivos familiares patrimoniales.

En términos generales decimos que un derecho es patrimonial, cuando es susceptible de valorarse en dinero, de manera directa o indirecta. En cambio, se caracteriza como no patrimonial, cuando no es susceptible de dicha valoración.

Las características que anteceden son aplicables a los derechos familiares de carácter no patrimonial. En cuanto a los de naturaleza patrimonial, como son el derecho de alimentos y de heredar en la sucesión legítima, encontramos aspectos distintos. No obstante que en ambos existe como naturaleza común el ser valorables en dinero, el derecho a exigir alimentos se distingue del derecho de heredar, por tener los atributos que hemos señalado para los derechos no patrimoniales. Es decir, los alimentos son irrenunciables, intransmisibles, inalienables, imprescriptibles, intransigibles, inembargables, a diferencia del derechos subjetivo de heredar que, como los de carácter patrimonial, tiene las características opuestas.

Podemos clasificar los derechos subjetivos familiares desde ocho puntos de vista:

- a) Derechos familiares patrimoniales y no patrimoniales. Su análisis lo hemos hecho con anterioridad.
- b) Derechos familiares absolutos y relativos.
- c) Derechos familiares de interés público y de interés privado.
- d) Derechos familiares transmisibles e intransmisibles.
- e) Derechos familiares temporales y vitalicios.
- f) Derechos familiares renunciables e irrenunciables.
- g) Derechos familiares transigibles e intransigibles.
- h) Derechos familiares transmisible por herencia y extinguidos por la muerte del titular.

A continuación haremos el estudio de las clasificaciones que anteceden.⁷

3.8 Derechos familiares Absolutos y Relativos

Derechos absolutos y derechos relativos de orden familiar

Generalmente los autores consideran que los derechos subjetivos familiares tienen las características de los derechos absolutos, que pueden ser oponibles a todo el mundo, valederos "erga omnes". Se fundan, para tal aseveración, en que tales facultades jurídicas se presentan como manifestaciones del estado civil de las personas participando de la naturaleza del mismo. Consideran que así como estado civil es oponible a los demás, de tal suerte que no se puede ser casado frente a algunos y divorciado frente a otros, ni tampoco se puede gozar de la calidad de hijo respecto de ciertas personas y carecer de la misma en cuanto a otras, de la misma suerte debe razonarse para los derechos subjetivos familiares que son simple consecuencia del estado civil de las personas.

En este sentido Kipp y Wolff, en su "Derecho de Familia" del Tratado de Derecho Civil de Enneccerus, Kipp y Wolff, sostienen que los derechos conyugales son derechos absolutos. Textualmente se expresan así:

⁷ Rojina Villegas, Op. cit., pág. 235-236

“El matrimonio es una relación jurídico-familiar en virtud de la cual cada uno de los cónyuges obtiene sobre el otro un derecho personal absoluto, éste es eficaz erga omnes, de él derivan pretensiones para cada uno de los cónyuges dirigidas al establecimiento de la plena convivencia y pretensiones de indemnización frente al que, contra todo derecho y por culpa, impide a un cónyuge el cumplimiento de sus deberes de tal cuando está dispuesto a cumplirlos. Por ejemplo: si un padre conforme al artículo 823, apartado I, demandar del padre la reposición natural, o sea que permita a la hija abandonar el domicilio del padre y le indemnice los daños causados”. (ob. Cit., t. IV, v. I, de la traduc. De Pérez González y Castán Tobeñas, págs. 187 y188).

No obstante la autorizada opinión de los autores mencionados, seguimos pensando que los derechos subjetivos familiares son relativos, por ser oponibles exclusivamente a determinados sujetos pasivos, como son respectivamente los cónyuges, los parientes, los hijos o nietos menores de edad frente a sus padres o abuelos que ejercen la patria potestad y los incapaces en relación con su tutor. En nuestro concepto, la confusión de debe a la equiparación indebida del estado civil de las personas y los derechos familiares. Es indiscutible que el estado civil sí crea una situación jurídica oponible a todo el mundo, por cuanto que no se puede participar dentro del seno de la familia de una diversidad de estados, por el principio de la no contradicción, es decir, no se puede ser y no ser al mismo tiempo. Por este supremo principio lógico nadie puede ser al mismo tiempo casado y soltero, hijo y no hijo, etc.; pero de aquí no se desprende como consecuencia, que por ser el estado civil oponible a los demás, para lograr la uniformidad y respeto del mismo, los derechos que se derivan de las calidades de cónyuge, pariente, tutor o persona que ejerza la patria potestad, sean también valederos erga omnes. Siendo cierto, como evidentemente lo es, que cada cónyuge puede exigir del otro determinadas prestaciones o abstenciones, así como los que ejercen la patria potestad o tutela frente a los incapaces, o los parientes entre sí, debemos aceptar que tales pretensiones sólo pueden ser oponibles al

sujeto señalado expresamente por el derecho objetivo, como sujeto pasivo de la relación.⁸

3.9 Derechos familiares Públicos y Privados

Desde otro punto de vista se pueden clasificar los derechos subjetivos familiares, tomando en cuenta el interés público y privado que existe en su constitución y ejercicio.

Los derechos familiares de interés público son los que principalmente organiza el derecho objetivo de familia, tanto en las relaciones conyugales como en las que nacen del parentesco, la patria potestad o la tutela. Ya hemos señalado que tanto estos derechos familiares no patrimoniales, como los que sean susceptibles de valorizarse en dinero, principalmente el derecho de alimentos, se constituyen y se ejercitan tomando en cuenta un interés familiar y no un interés particular.⁹

3.10 Derechos familiares transmisibles e intransmisibles

Todos los derechos familiares que no tienen carácter patrimonial son intransmisibles en virtud de que se conceden en consideración a la persona del titular o a la especial relación jurídica que se constituye. De esta suerte, en los derechos conyugales no cabe transferencia alguna, ni aun en los de los carácter patrimonial, como después indicaremos: en los derechos inherentes a la patria potestad, a la tutela o al parentesco, existen las dos circunstancias antes indicadas, es decir, se conceden tanto en consideración a la persona titular, como atendiendo a la naturaleza misma de la relación jurídica de potestad, de tutela o parentesco. Por consiguiente, son también derechos intransmisibles. Además, el carácter de interés público que existe en todos ellos nos lleva a la misma conclusión.

En cuanto a los derechos familiares de carácter patrimonial, como los mismos se encuentran indisolublemente ligados a las relaciones jurídicas

⁸Rojina Villegas Op. cit., págs. 236-23

⁹Rojina Villegas, Op. cit., págs. 237-238

personales de que dimanar, tampoco cabe admitir la posibilidad de transmisión de los mismos.¹⁰

3.11 Derechos familiares temporales y vitalicios

Los derechos inherentes a la patria potestad y a la tutela se caracterizan como temporales debido a que se confieren sólo durante la menor edad de las incapaces o bien durante el tiempo que dure la interdicción de los mayores sujetos a tutela. También la emancipación de los menores extingue tales derechos. En cambio, en el matrimonio y en el parentesco, los derechos familiares tiene el carácter de vitalicios, pues se conceden durante la vida del cónyuge o del pariente respectivo. En los sistemas que admiten el divorcio o la ruptura absoluta del vínculo conyugal, los derechos familiares pueden tener la característica de temporales. Sin embargo, manteniéndose el matrimonio, las facultades de cada consorte tendrán el carácter de vitalicias.¹¹

3.12 Derechos familiares renunciable e irrenunciables

Los derechos familiares extrapatrimoniales se caracterizan como irrenunciables, pero puede haber excusa para desempeñar respectivamente la patria potestad, la tutela o la curatela. En las relaciones conyugales, no cabe la renuncia de ninguna de las facultades que origina el matrimonio, de tal manera que cualquiera estipulación en ese sentido carecerá de efectos jurídicos. En cuanto a los derechos patrimoniales, la facultad de exigir alimentos se caracteriza como irrenunciable, pero entendida como derecho a los alimentos en el futuro, no a las pensiones ya causadas, pues respecto a éstas sí cabe el acreedor alimentista renuncie a dichas pensiones.¹²

3.13 Derechos familiares transigibles e intransigibles

Expresamente el artículo 2948 del código Civil vigente estatuye: “No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, no sobre la validez del matrimonio”. En consecuencia, no puede celebrarse el contrato de

¹⁰ Idem pág. 238

¹¹ Op. cit., pág.238

¹² Op. cit, págs. 238-239.

transacción respecto a los derechos familiares extrapatrimoniales, como son todos los que derivan del estado civil de las personas.

En cuanto a los derechos familiares de carácter patrimonial, previene el artículo 2949 que: "Es válida la transacción sobre los derechos pecuniarios que de la declaración de estado civil pudieran deducirse a favor de una persona; pero la transacción, en tal caso, no importa la adquisición del estado". No obstante, el alcance general del precepto transcrito, se reduce sensiblemente en sus aplicaciones prácticas, toda vez que en materia de alimentos, se prohíbe expresamente la transacción en los artículos 321 y 2950, fracción V, permitiéndose sólo en el artículo 2951 cuando versa sobre las cantidades ya causadas, es decir, las que ya son debidas por alimentos.¹³

3.14 Derechos familiares transmisibles por Herencia y Extinguibles por la muerte de su titular

Todos los derechos conyugales terminan con la muerte de uno de los cónyuges, pero en cuanto a la facultad para heredar en la sucesión legítima, como cónyuge supérstite, la ley reconoce expresamente esta posibilidad, permitiendo en el artículo 1624 que concurra a la herencia con los descendientes del de cujus y reciba la misma parte que correspondería a un hijo, siempre y cuando carezca de bienes o lo que tenga al morir el autor de la sucesión no iguale a la porción que a cada hijo deba corresponder.

Los derechos derivados del parentesco se extinguen necesariamente con la muerte del titular, aun en sus consecuencias patrimoniales relativas a alimentos. Sólo en materia hereditaria encontramos una modalidad en la herencia por estirpes. En los alimentos, no cabe la posibilidad de que se transmitan hereditariamente, pues este derecho se concede sólo a la persona del titular y en razón de sus necesidades individuales.¹⁴

3.15 Definición de los deberes subjetivos familiares

¹³Rojina Villegas, Op. Cit., págs.238-239

¹⁴Idem pág. 239

Los deberes subjetivos familiares se definen como los distintos estados de sujeción jurídica en los que se encuentran colocados respectivamente un cónyuge frente al otro, los incapaces en relación con los que ejercen la patria potestad o tutela y los parientes entre sí.

El estado de sujeción jurídica que constituye el género próximo de la definición anterior, es inherente a todo deber jurídico y consiste en la subordinación que desde el punto de vista del derecho guarda un sujeto que se denomina "obligado" frente a otro sujeto llamado "pretensor". En los deberes subjetivos familiares, este estado de sujeción jurídica adquiere las características de una situación permanente, por cuanto que se manifiesta en un conjunto o serie de obligaciones que se van renovando continuamente, a diferencia de lo que ocurre en los deberes jurídicos personales o sea, de los que existen a cargo del deudor, pues éstos se caracterizan generalmente como temporales y se extinguen, por lo tanto, una vez que son cumplidos, sin que haya posibilidad de renovación.¹⁵

3.16 Clasificación de los deberes jurídicos familiares

Los deberes jurídicos familiares admiten las mismas clasificaciones que anteriormente enumeramos para derechos subjetivos familiares. Por consiguiente podemos hablar de deberes patrimoniales y no patrimoniales, absolutos y relativos, de interés público y de interés privado, renunciables e irrenunciables, transmisibles e intransmisibles, temporales y vitalicios, transigibles e intransigibles, transmisibles por herencia y extinguidos por la muerte de su titular, podemos decir en términos generales que los deberes de familia tendrán las características de los derechos correlativos.¹⁶

3.17 Actos Jurídicos Familiares

Los actos jurídicos familiares son aquellas manifestaciones de voluntad unilateral o plurilateral que tienen por objeto crear, modificar o extinguir

¹⁵ Idem pág. 240

¹⁶ Idem, Págs. 240-241

derechos y obligaciones de carácter familiar o crear situaciones jurídicas permanentes en relación con el estado civil de las personas.¹⁷

3.18 Clasificación de los actos jurídicos familiares

Ya hemos expresado un primer criterio de clasificación para distinguir tales actos en unilateral, bilateral y plurilateral. Desde otro punto de vista podemos distinguir actos jurídicos privados, públicos y mixtos.

Los actos jurídicos privados son aquellos que se realizan por la simple intervención de los particulares. Es decir, no requieren para su constitución que intervenga un funcionario público.

Los actos jurídicos mixtos son aquellos que para su constitución misma requieren la intervención de los particulares y de un funcionario del Estado, como elemento esencial para que pueda existir el acto. En el matrimonio, en la adopción, en el reconocimiento de hijo, en el divorcio voluntario, en la revocación de la adopción, etc., tenemos siempre la concurrencia de las partes interesadas, pero, además, la necesaria intervención de un funcionario público, sin el cual no puede celebrarse el acto jurídico.

Los actos jurídicos públicos son aquellos que se realizan por la intervención única de un órgano del Estado, sin que en su celebración concurren las manifestaciones de voluntad de la parte o partes que resulten afectadas por el acto. En el derecho familiar podemos considerar como actos jurídicos públicos, exclusivamente a las sentencias que se pronuncien en los conflictos familiares, tales como la nulidad del matrimonio, la de divorcio, y las que establezcan la paternidad o maternidad.¹⁸

3.19 Enumeración de las sanciones del derecho familiar

Las principales sanciones que regula el derecho de familia son las siguientes: inexistencia, nulidad, revocación, divorcio, reparación del daño,

¹⁷ Rojina Villegas, Op. cit., Pág. 241

¹⁸ Idem, Págs. 241-242

ejecución forzada, uso de la fuerza pública, y cumplimiento por equivalente de algunas prestaciones.

Podemos distinguir en términos generales las sanciones del derecho privado y las sanciones del derecho público.

Las sanciones del derecho privado comprenden las distintas formas antes anunciadas, Por consiguiente, no obstante las características que tiene el derecho familiar y el indiscutible interés público que existe en sus normas e instituciones, las sanciones que regulan pertenecen a las grandes categorías del derecho privado.

La inexistencia es una sanción que tiene por objeto declarar que un acto jurídico carece de sus elementos esenciales y, por lo tanto es "la nada" para los efectos del derecho.

La nulidad ha sido considerada como la sanción perfecta del derecho, en virtud de que tiene por objeto privar de efectos y consecuencias al acto jurídico. Desde el momento en que la ley destruye con carácter retroactivo todas las consecuencias que pudo haber producido un acto nulo, se considera que existe una sanción perfecta, pues el derecho impide que tenga eficacia el acto contrario a la ley o bien el acto en el cual existen ciertos vicios internos como son la incapacidad, los vicios de la voluntad y la inobservancia de las formalidades legales.

La revocación puede tener dos aspectos como sanción cuando una de las partes está facultada para dejar sin efectos un acto jurídico o bien como un simple acuerdo entre los interesados para destruir, por mutuo disenso, todas las consecuencias de un acto jurídico.

La revocación como sanción jurídica está reconocida en el derecho de familia tratándose de la adopción, el adoptante exija judicialmente que se declare por sentencia la revocación.¹⁹

¹⁹ Rojina Villegas, Op. cit. págs. 245 y 246.

El divorcio ha sido considerado como una sanción específica del derecho familiar, pero sólo en todos aquellos casos que supongan un hecho ilícito entre los cónyuges, en relación con los hijos o respecto de terceras personas, que la ley ha tipificado como bastantes para originar la ruptura del vínculo conyugal.²⁰

La reparación del daño es una sanción del derecho privado en general, pero tiene principalmente aplicación tratándose de las relaciones patrimoniales. En el derecho de familia, no obstante, la ley se refiere a diferentes formas de la reparación del daño moral o patrimonial, por diversos hechos ilícitos.²¹

La ejecución forzada se refiere en general de bienes de todo aquel que resulte condenado en juicio. En el derecho familiar existe también la ejecución forzada, supuesto que se presenta en casos en los que es necesario proceder al embargo de bienes del deudor o del sujeto responsable de los daños y perjuicios causados.²²

3.20 Concepto Jurídico de Familia

El derecho, en cuanto a familia se refiere, atiende solamente a las relaciones derivadas del matrimonio la procreación de los hijos, a las que la ley reconoce ciertos efectos que crean derecho y deberes entre sus miembros.

Así desde la perspectiva jurídica, la simple pareja constituye una familia, por lo tanto familia en nuestro derecho positivo el concepto jurídico de familia solo la considera a partir de la pareja, sus descendientes y ascendientes y cuando descienden del mismo progenitor incluye sus parientes colaterales hasta el cuarto grado, tal y como lo señala el código familiar para el estado de Hidalgo, que en su artículo primero defiende la familia diciendo: "la familia es una institución social, permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo jurídico del

²⁰ Op. cit. pág. 246.

²¹ Op. cit., pág. 247.

²² Op cit., pág. 247.

matrimonio o por el estado jurídico del concubinato; por el parentesco de consaguinidad, adopción o afinidad, que habitan bajo el mismo techo”.

“El Código Civil para el Estado de Guanajuato no define ni precisa el concepto de familia. Fundado en una concepción individualista. Solo señala los tipos, líneas y grados de parentesco y regula las relaciones entre los esposos y parientes.”¹

En ese mismo sentido se inclina la Ley sustantiva para el estado de Querétaro la cual no tiene en su articulado una definición propia de familia sin embargo aborda el tema en su artículo 135 al manifestar: “La familia es la base y el sustento de la sociedad”.

3.21 Definición de Familia

Debemos mencionar que en la actualidad en nuestro derecho positivo vigente no encontramos una definición del término familia, por lo que debemos recurrir a la doctrina. De ésta forma tenemos según la opinión más general que procede de la voz “familia”, que a su vez deriva de “famulus” que a su vez procede de “famel”, que significa siervo y más remotamente del sánscrito “vama”, que significa hogar o habitación, significado que refiere al conjunto de personas y esclavos que moraban con el señor de la casa.

La familia se constituye en una institución que ha sido definida de muy distintas maneras: se le ha considerado como la célula primaria de la sociedad, como el núcleo inicial de toda organización social, como el medio en que el individuo logra su desarrollo, tanto físico y psíquico como social.²³

Chávez Ascencio define a la familia como la comunidad humana de vida, que tiene una finalidad propia, y se integra por los progenitores o uno de ellos y con los hijos incluyendo los adoptados, a quienes se pueden incorporar otros parientes, todos los cuales viven en un domicilio común,

¹ Baqueiro Rojas Edgar, “Derecho de Familia y Sucesiones”, Edit. Harla, México, 1990, P. 8.

²³ Baqueiro Rojas Edgard y otro. Derecho de Familia y Sucesiones. Ed. Oxford. México.p.7.

unidos por vínculos surgidos de sus relaciones interpersonales y jurídicas.²⁴

3.22 Concepto biológico del término familia

Desde éste punto de vista deberá entenderse a la Familia como el grupo constituido por la primitiva pareja y sus descendientes, sin limitación. Así tenemos que la Familia como Hecho Biológico involucra a todos aquellos que, por el hecho de descender unos de los otros, o de un progenitor común, generan entre sí lazos de sangre.²⁵

Este primer enfoque nos coloca frente a un concepto de familia en el que se sostiene que ella se forma por la unión sexual de la pareja compuesta por un hombre y una mujer a través de la procreación, generando lazos de sangre, por lo tanto, deberá entenderse como el grupo constituido por la pareja primitiva y sus descendientes, sin limitación alguna.

La familia como fenómeno biológico abarca a todos los que por el solo hecho de descender uno de otros, o de un progenitor común, generan lazos sanguíneos entre sí, debido a ello, el concepto biológico de familia indefectiblemente implica los conceptos de unión sexual y procreación.²⁶

3.23 Concepto sociológico del término familia

Refiere a la institución social formada por los miembros vinculados por lazos sanguíneos, y los individuos unidos, a ellos por intereses económicos, religiosos o de ayuda.²⁷

Este segundo enfoque se refiere a la forma como se organizan los conglomerados humanos para sobrevivir, entre ellos el familiar, lo que nos coloca frente a un concepto cambiante en el tiempo y en el espacio, pues desde esta perspectiva la familia no es una agrupación inmutable, sino un conjunto de individuos que se han organizado de diferentes maneras durante distintas épocas y lugares.

²⁴ Chávez Ascencio Manuel F. La Violencia Intrafamiliar en la Legislación Mexicana.3ª.ed.Ed. Porrúa. México. 2003.p.2.

²⁵ Baqueiro.op.cit. supra (166).p.8.

²⁶ Derecho de Familia, Edición Revisada y Actualizada, Edgar Baqueiro Rojas – Rosalía Buenrostro Báez, Facultad de Derecho Universidad Nacional Autónoma de México, OXFORD, Pág. 419

²⁷ Idem.

De lo expuesto resulta claro entender que los conceptos biológico y sociológico de familia no siempre coincidan, puesto que el primero la define como institución, formada por el padre, la madre y los hijos de ambos, y en otras ocasiones consideran también parte de la familia a los parientes lejanos agregados con los que tienen algún tipo de vínculo de sangre. En cambio el segundo, es decir el concepto sociológico, la define como grupo, esto es, como la organización social básica formada por los miembros vinculados por lazos sanguíneos y los individuos unidos a ellos por intereses de sobrevivencia: económico, religiosos, de ayuda, cultural, etcétera.²⁸

3.24 Concepto jurídico del término familia

Desde la perspectiva jurídica la simple pareja constituye una familia, porque entre ambos miembros se establecen derechos y deberes recíprocos; también constituyen partes de la familia sus descendientes, aunque lleguen a faltar los progenitores, sin embargo no todos los descendientes forman parte de la misma familia en sentido jurídico, ya que los efectos de las relaciones de parentesco sólo son reconocidas por la ley hasta determinado grado o distancia.²⁹

El tercer enfoque, el jurídico, nos sitúa ante un enfoque que no siempre ha reflejado el modelo biológico ni el sociológico, aunque se funda en ambos. Con el concepto jurídico se atiende a las relaciones derivadas de la unión de los sexos por vía de matrimonio o el concubinato y la procreación, concedidas como parentesco, así como a las provenientes de las formas de constitución y de organización del grupo familiar, a las que la ley reconoce ciertos efectos: deberes, derechos y obligaciones entre sus miembros, hasta cierto límite. De aquí que este concepto de familia se refiera al conjunto de vínculos jurídicos que rigen a los miembros de la familia.³⁰

3.25 El fin que persigue la familia

En la opinión de Chávez Ascencio manifiesta que tiene tres fines ésta comunidad humana de vida, y que son: "Formar personas, Educar en la fé y participar en el desarrollo integral de la sociedad". Los dos primeros se

²⁸ Baqueiro Rojas, Op. cit. Pág.s 5-6

²⁹ Ibidem.p.9.

³⁰ Op. cit. Pág. 7

refieren a las relaciones entre los miembros de la familia y, el tercero a su participación en la sociedad. La formación personal comprende a todo sujeto (hombre y mujer), en lo físico y en lo espiritual. La educación debe de ser integral, personal y social para que sus miembros puedan incorporarse a la sociedad y transformarla, para hacer un mundo más humano justo y solidario y el tercer fin de la familia está en la misión de participar en la sociedad, lo que se hace a través de sus miembros y también como grupo familiar.³¹

3.26 Derecho de Familia

Se ha definido como la Rama del Derecho Civil, relativo al conjunto de normas jurídicas que rigen la formación, funcionamiento y efectos de las relaciones familiares, así como la disolución a la sucesión hereditaria entre las personas.

También se entiende por Derecho de Familia a la regulación jurídica de los hechos biosociales derivados de la unión de los sexos a través del matrimonio y el concubinato y la protección de los hijos por la institución de la filiación.³²

3.27 Concepto de Parentesco

El parentesco es la relación que existe entre dos personas de las cuales una desciende de la otra, como el hijo y el padre, el nieto y el abuelo, o que descienden de un autor común, dos hermanos, dos primos.³³

Es el vínculo jurídico existente entre las personas que descienden de un mismo progenitor (parentesco de consanguinidad); entre el marido y los parientes de la mujer y entre la mujer y los del marido (parentesco de afinidad) y entre el adoptante y el adoptado (parentesco civil) (arts. 292 a 295 del Código Civil para el Distrito Federal) ³⁴

Concepto de matrimonio

³¹ Chávez.op.cit. supra (167).p.p.2-3

³² Baqueiro.op.cit. supra (168).p.10.

³³ Derecho Civil Mexicano, Tomo Segundo, Derecho de Familia, Rafael Rojina Villegas, Sexta ed., Ed. Porrúa, México 1983, Pág.153

³⁴ Diccionario de Derecho, Rafael de Pina Vara, Ed. Porrúa, México 2006, Pág.395

Matrimonio es la unión legal de dos personas de distinto sexo, realizada voluntariamente, con el propósito de convivencia permanente, para el cumplimiento de todos los fines de la vida (arts. 139 a 265 del Código Civil para el Distrito Federal).³⁵

Concepto de filiación

Filiación es la relación de parentesco existente entre la prole y sus progenitores. Señas personales de un sujeto.³⁶

Concepto de Concubinato

Unión de un hombre y una mujer no ligados por vínculo matrimonial a ninguna otra persona, realizada voluntariamente, sin formalización legal para cumplir los fines atribuidos al matrimonio en la sociedad. Matrimonio de hecho.³⁷

Concepto de Divorcio

De acuerdo con la legislación mexicana, disolución legal del matrimonio que deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro (arts. 266 a 291 del Código Civil para el Distrito Federal). En algunos regímenes matrimoniales, se comprende dentro del término divorcio la mera separación de cuerpos, sin disolución del vínculo. V. Vincular.³⁸

3.28 Fines de la familia

La familia y sus miembros

De la triple finalidad de la familia, formar personas, educarlas en la fe y participar, a través de sus miembros y como grupo familiar, en el desarrollo integral de la sociedad, los dos primeros se refieren a las relaciones de los miembros de la familia y el tercero a su participación en la comunidad.

³⁵ De Pina Vara, Op. cit., pág. 368

³⁶ Op. cit., pág. 291

³⁷ Op. cit., Pág. 178

³⁸ Op. cit., Pág. 253

Formadores de personas

La familia es el núcleo básico y fundamental de la sociedad. La instrucción que antes impartía la familia, hoy se da en las escuelas secundarias, preparatorias, universidades o institutos tecnológicos. Sin embargo, el aspecto de formar personas le corresponde por naturaleza a la familia, y ésta lo conserva como fin propio. " La familia es la escuela del más rico humanismo.

La formación personal comprende a toda la persona, en lo físico y en lo espiritual. La educación debe ser integral , personal y social para que sus miembros puedan incorporarse a la sociedad y transformarla, para hacer un mundo mas humano y cristiano.

La familia constituye el lugar natural y el instrumento más eficaz de humanización y de personalización de la sociedad; colabora de una manera especial y profunda en la construcción del mundo.

Para que la familia sea formadora de personas, se requiere fomentar las relaciones que entre sus miembros existe. Los miembros de la familia necesariamente deben hacer valoraciones en relación a las situaciones u oportunidades que se les presentan; partiendo de las valoraciones, según su criterio y formación, toman decisiones libres; para la toma de decisiones muchas veces se requiere el apoyo de los miembros de la familia. Así, se genera un ciclo que no debe de interrumpirse, que comprende: las relaciones interpersonales, valoraciones y decisiones libres.

Para poder hacer las valoraciones, se requiere tener conocimientos fundamentales en relación a la justicia, la paz y la fraternidad. Con base en las opciones fundamentales se hace la valoración en el momento adecuado, y en libertad se toman las decisiones que deberán estar basadas en preferencias que generen: solidaridad sobre el egoísmo, sencillez sobre el orgullo, el servir y no ser servido, de tal forma que esas decisiones libres permitan incrementar las relaciones personales que ayuden cada vez más dentro de la familia.

Educadora de la fe.

El concilio Vaticano II define a la familia como “pequeña iglesia doméstica”. “Los esposos cristianos son para sí mismos, para sus hijos y demás familiares, cooperadores de la gracia y testigos de la fe. Son para sus hijos los primeros predicadores de la fe y los primeros educadores” y deben “inculcar la doctrinas cristiana y las virtudes evangélicas a los hijos amorosamente recibidos de Dios”.

La familia es el lugar y el tiempo de salvación para sus miembros. Esto significa que los miembros de ella, padres e hijos, dentro de la familia deben encontrar los elementos necesarios para su evangelización, así como la ayuda y apoyo necesario para el testimonio que debe darse dentro y fuera de la familia.

Uno de los grandes problemas para que la familia sea educadora en la fe, es no estar bien constituida, o estar desintegrada; otras porque han dado esta educación en términos de mero tradicionalismo, a veces con aspectos místicos y supersticiosos. De ahí la necesidad de dotar a la familia actual de elementos que le restituyen la capacidad evangelizadora, de acuerdo con la doctrina de Cristo.

Debemos tener presente que dentro de la familia hay una diversidad de dones que el Espíritu Santo va dando y que, a semejanza con las relaciones interpersonales, también dentro de la familia pueda haber una intercomunicación de dones del Espíritu Santo, que harán a esta comunidad más rica en la fe.

3.29 Fuentes del derecho de familia

A partir de este concepto social que los hechos bisociales regulados por el derecho son exclusivamente aquellos que derivan en las instituciones del matrimonio, concubinato y filiación, de aquí que se afirme que ellos constituyen fuentes, tanto de la familia, como del derecho de familia.

Sin embargo, el contenido de éste último no se agota en la relación de éstas tres instituciones, ya que la ausencia de descendientes de la pareja origina otra figura jurídica por medio de la cual se ha pretendido suplir el hecho jurídico de la procreación al imitar a la filiación, la adopción se constituye así en otra de las fuentes de las relaciones familiares.

Además del matrimonio, el concubinato, adopción y la filiación, el derecho de familia se compone de otras instituciones como la sucesión y la tutela, ésta última puede darse fuera del ámbito familiar, es considerada por algunos autores como una institución para familiar.

En resumen se puede señalar tres tipos de fuentes del derecho de familia:

1.- "Las que implican a la unión de los sexos como el matrimonio y el concubinato.

2.- Las que implican a la procreación, como la filiación matrimonial, extramatrimonial y la adopción.

3.- Las que implican a las instituciones familiares en términos de asistencia, como la tutela y el patrimonio familiar."¹

¹ Baqueiro Rojas Edgar y Rosalía Buenrostro, Op. Cit., P.10

CAPÍTULO IV:

NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO FAMILIAR

4.1 Definición y naturaleza jurídica

Hasta este momento se ha estudiado a la familia como institución que necesita, lógicamente, de una ordenación, de un conjunto de normas que la articulen y organicen dentro del sistema general del Derecho y el ordenamiento jurídico. De esto se encarga el Derecho de Familia. Es pues, el Derecho de Familia, el conjunto de normas jurídicas tanto de orden privado como de interés público que regulan la constitución (matrimonio, filiación y parentesco), organización (derechos y deberes recíprocos entre los ligados por lazos de matrimonio, filiación o parentesco) y disolución (muerte, nulidad matrimonio, divorcio, impugnación de paternidad o de la filiación y la revocación de la adopción) de las relaciones familiares. He aquí el contenido de esta disciplina.

Su **naturaleza jurídica** no puede enmarcarse esquemáticamente en ninguna de las ramas clásicas en las que se ha dividido el Derecho por presentar esta disciplina un carácter muy peculiar que la distingue a saber:

- el fondo ético de sus instituciones y normas que las amparan, más que propiamente jurídicos.
- el predominio de las relaciones personales por sobre las patrimoniales, elemento que lo distingue del Derecho Civil puro. Todo el Derecho de Familia contiene normas que atañen a la persona aunque de esas relaciones se deriven en oportunidades con cierta preponderancia, vínculos económicos y patrimoniales. Por otra parte al Derecho de Familia no pueden aplicársele los principios generales del derecho privado pues el pilar de los mismos es la autonomía de la voluntad, inoperante en las relaciones familiares.
- la primacía del interés social sobre el individual, el interés y bienestar de la familia resalta sobre el interés individual de uno de sus miembros o ajeno a ella. Ello no implica que deba ubicarse en la tradicional

clasificación del derecho público, por ser este un derecho que regula la organización y funcionamiento del Estado y demás organismos públicos, y la familia no es un ente público aunque su protección sea de interés público.

Semejante encasillamiento carece de importancia en nuestra concepción monista del Derecho. El Derecho de Familia goza así de una especial consideración, constituye un híbrido que se nutre de los signos que distinguen un tipo de derecho y otro y que lo convierten en una particular rama del derecho que interactúa con todas sus hermanas, y goza de total autonomía respecto de ellas.

Para que una rama del Derecho pueda considerarse autónoma necesita reunir ciertas características con sus instituciones peculiares y diferentes a las de otras ramas, que tengan materias y perfiles propios. Los criterios a tomar en cuenta para dotarla de autonomía son:

- legislativo: independencia del viejo tronco de la rama civil.
- científico: en material doctrinal la familia adquiere una gran pujanza desde hace ya unos años, no sólo en el orden jurídico, sino en estudios filosóficos, éticos, psicológicos, médicos, pedagogos y humanistas en general.
- didáctico: las escuelas y facultades de derecho en muchos países del mundo incluyen dentro de sus programas la enseñanza del derecho de familia.
- jurisdiccional: consiste en la existencia de tribunales especializados en problemas de Derecho de Familia.

Características que en el transcurso de la presente investigación se desarrollara cada tema en lo particular, por su vital importancia en el fin que se persigue.

4.2 Acto jurídico familiar

Noción y clasificación

Es un acto voluntario, lícito que establece entre las personas relaciones jurídicas familiares, como así también modifica, transfiere, o aniquila derechos subjetivos, siempre que ello esté admitido por ley.

Respecto a su naturaleza jurídica, el acto jurídico-familiar no constituye una categoría diferente al acto jurídico en general, sino que es una especie dentro del género. La teoría general de acto jurídico es aplicable al acto jurídico familiar, la diferencia no radica en la sustancia sino en el objeto, en el fin inmediato que es el derecho de familia. El primer autor que utiliza la denominación "acto jurídico familiar" es Lafaille y lo utiliza incidentalmente cuando habla de actos jurídicos constitutivos de estado como el matrimonio y el reconocimiento de hijos. Pero quien desarrolla efectivamente la teoría general es Díaz de Guijarro. Para este autor "son los actos jurídicos voluntarios, lícitos que tienen por fin inmediato el emplazamiento de un estado de familia o la regulación de las facultades emergentes de los derechos subjetivos familiares". Entiende este autor que los actos jurídicos familiares crean y modifican derechos, pero no lo transfieren ni los aniquilan. Por lo tanto no pueden transferirse pues los derechos de familia son intransferibles ya que se conservan independientemente de la voluntad y tampoco pueden extinguirse por voluntad humana.

Clasificación de los actos jurídicos familiares

a) Actos jurídicos personales y patrimoniales.- Esta clasificación está determinada en virtud del tipo de relación jurídica, es decir si tienen o no contenido patrimonial. Ejemplo de acto jurídico personal: Convenio entre padres, cuando estuviesen separados, sobre la guarda de los hijos. Ejemplo de acto jurídico patrimonial: Las convenciones prenupciales.

b) Actos jurídicos unilaterales y bilaterales.- Según que para su realización se requiera la voluntad de una o más Ejemplo de acto jurídico unilateral: Reconocimiento de hijo. Ejemplo de acto jurídico bilateral: Matrimonio

c) Actos solemnes o no solemnes.- Cuando la forma establecida sea condición esencial para la existencia del acto jurídico o solo un requisito de

prueba: Ejemplos: Solemne: matrimonio. No solemne: Reconocimiento de hijo.

d) Actos de emplazamiento y desplazamiento del estado de familia.- Los actos de emplazamiento son aquellos que tienen por objeto fundar una familia o establecer la posición de una persona dentro de la familia. Los actos de desplazamiento son aquellos que por el contrario, destruyen la posición de una persona dentro de la familia.

e) Actos constitutivos y declarativos.- Los constitutivos son aquellos que establecen un nuevo estado, producen efectos hacia el futuro. Ejemplo: el matrimonio.

Los declarativos son aquellos que admiten la existencia de un estado anterior, producen efectos retroactivos. Por lo tanto no hacen, sino que declarar un estado de familia anteriormente existente. Ejemplo: reconocimiento del hijo extramatrimonial.

4.3 Concepto de Familia

Cicu define a la familia como: conjunto de personas unidas por vínculo jurídico de consanguinidad o afinidad. ¹

Rafael de Pina Vara define a la familia como el agregado social constituido por personas ligadas por el parentesco.²

Conjunto de los parientes que viven en un mismo lugar. ³

Naturaleza Jurídica de Familia

Sobre la naturaleza jurídica de la familia, los autores han tratado lo relativo a la personalidad jurídica de la familia, la familia como organismo

¹ El Derecho de Familia, Antonio Cicu, Ediar Soc. Anón. Editores, Sucesores de Compañía Argentina de Editores, S.R.L. Buenos Aires, Pág. 27

² Diccionario de Derecho, Rafael de Pina Vara, Editorial Porrúa, Av. República de Argentina 15, México 2006, Pág. 287.

³ Pina Vara, Op. cit, pág. 287.

jurídico y la familia como institución. Los autores se refieren a la familia que pudiéramos llamar tradicional; que se origina del matrimonio.⁴

4.4 Personalidad Jurídica

Ya desde el siglo pasado se sostuvo la posibilidad de que la familia fuera una persona jurídica. Este desarrollo se debe sobre todo a una exposición hecha en Francia por Savatier, quien sostuvo que la familia es una persona moral. Este autor sostiene que "la personalidad moral de la familia estaría dada fundamentalmente por la existencia de derechos extrapatrimoniales y patrimoniales que a ella pertenecerían.

Los derechos extramatrimoniales serían el nombre patronímico, los derechos de potestad, el defender la memoria de los muertos, y el de ejercer defensa jurídica de la familia contra sus enemigos; y los derechos patrimoniales, la propiedad del bien de familia, la de los bienes que constituyen recuerdo de familia, la de los sepulcros, la reserva hereditaria, las asignaciones y prestaciones familiares, los derechos de familia agraria en la legislación sobre arrendamientos rurales y el patrimonio particular que reconocerían algunos regímenes matrimoniales, al que estaría obligado por las deudas particulares de la familia y provisto de recursos propios para afrontarlas.

Esta tesis ha sido combatida por el profesor de la Universidad de Lovaina Jaen Dabin, cuya opinión comparten Ripert y Boulabger, quien afirma que no hay una institución familiar, es decir derechos y deberes familiares; no hay persona familiar de la que los miembros serían los órganos. Para Planiol y sus continuadores la familia no es un grupo constituido según una forma jurídica precisa. Esta compuesta por un número variable de personas unidas entre sí por determinadas relaciones jurídicas. . . no existe patrimonio familiar ni representación jurídica de la agrupación.⁵

⁴ Op. cit., supra (1) pág. 212.-

⁵ Chávez Ascencio, Op. cit., pág. 213

Otros impugnadores a la persona moral o jurídica de la familia señalan que, para que una agrupación pueda llamarse persona moral, es necesario que el vínculo constitutivo de la colectividad no sea un nexo cualquiera que entrañe comunidad o solidaridad, sino un vínculo de asociación en el sentido propio del término. En ella los individuos se hayan agrupados por su voluntad o la ley, con miras a la persecución de cierto fin común; hay una finalidad consistente en una obra por realizar juntos y a la cual cada asociado consagra una parte de sus fuerzas, que es lo que da origen a un ser moral distinto de la persona física o de la simple suma numérica de éstas. Consideran que en la familia hay una comunidad y una solidaridad muy profundas en todas sus esferas, pero falta todo fin común entre los padres por un lado y los hijos por otro; aquellos tienen por tarea primordial la educación de éstos y a su vez los hijos no tienen otro papel que recibir esa educación. Por su parte Mazeaud "cree ver una orientación legislativa hacia su reconocimiento en los textos que aluden al jefe de la familia. . . como también igual orientación en la jurisprudencia que reconoce una autoridad sobre ciertas masas de bienes particularmente afectadas a la familia, como los de la comunidad y los dotales, y que admite en cierta medida algunos derechos al apellido sobre los recuerdos de familia, sobre sepulturas, tienen por verdadero titular a la familia. Estima, además, que la reforma para consagrarse la personalidad dar a excelente resultados tanto en la esfera patrimonial como en la extramatrimonial".

En cambio Colín, Capitant y Juliot de la Morandiere, piensan que si bien el reconocimiento de la personalidad permitirían explicar mas fácilmente ciertos efectos, a sido materia de objeciones decisivas que han impedido su éxito; tal es la determinación y variabilidad del círculo de miembros de la familia, la adaptación de la personalidad moral sobre todo a las relaciones de la agrupación con terceros, relaciones que no se entablan entre éstos y la familia como tal y la complicación del concepto jurídico de la personalidad moral, que no serviría para asegurar la cohesión del grupo, lo que es cuestión de moralidad y de costumbre. ⁶

⁶ Chávez Ascencio, Op. cit. Pág. 213 y 214

Sobre este particular, Castán Tobeñas expresa que a su juicio cabe sentar las siguientes conclusiones: “Que ha de ser distinguida la cuestión de si la familia constituye una persona jurídica, que sólo puede resolver el derecho positivo de cada pueblo, atribuyéndole o no su objetividad y capacidad jurídica y la cuestión de si conviene de *lege ferenda*, reconocer a la familia esa personalidad”.

“Que, como desde el punto de vista del derecho constituido hay que reconocer que no suele tener la familia personalidad jurídica. El derecho civil moderno se estructura sobre la base de la persona individual y no de la familia. No se atribuye a ésta, como tal, derechos y obligaciones. Los derechos de familia van referidos a los miembros de ella y generalmente al jefe de la misma. Se trata de derechos subjetivos cuya titularidad se atribuye a una persona en razón a su posición familiar. Los derechos en que se pretende ver una titularidad de la familia implica casos de afectación familiar más que de derechos subjetivos a una persona moral, constituida por la familia. Quienes ven en ellos la existencia de órganos encargados de representar a la familia-persona moral, suelen incurrir en el espejismo de una petición de principio.

“Que, por lo contrario, desde el punto de vista de los ideales jurídicos, merece ser bien acogida la tesis la personalidad de la familia. Las ventajas de ellas son indudables. El reconocimiento de esa personalidad por el derecho positivo daría solidez a la institución familiar, frente a los individuos y frente al Estado, y prestaría a las normas del derecho familia una estructura más orgánica y una técnica más clara y precisa que las que hoy tienen. Las teorías de los regímenes patrimoniales, la de la explotación familiar y del patrimonio familiar, podrían desenvolverse muy bien por el cause que les ofrecería la existencia jurídica autónoma de la familia.

a) Nuestro Derecho. En nuestro derecho la familia no es una persona moral. Las normas del derecho positivo se refieren a la familia no como una persona moral, sino como algo que existe sociológicamente pero sin

personalidad jurídica propia. Los derechos y obligaciones son referidos a los miembros de la familia quienes los ejercen. ⁷

4.5 Organismo Jurídico

Esta tesis de la familia como organismo jurídico ha sido sostenida por Antonio Cicu. Para éste, la familia es un hecho social indiscutible y acepta que la familia no es persona jurídica, pero indudablemente constituye un organismo jurídico. "No entendería la esencia de la regularización jurídica de la familia quien desconociese en ella toda organización y la existencia de una voluntad familiar. Como tal debe entenderse la voluntad del jefe de familia en el círculo más restringido. Señala el estado de sujeción y subordinación existe en la familia donde hay un poder que ejerce el padre; que el poder al que se sujetan los miembros de la familia" no es un poder libre, arbitrario, ni de uno ni de varios individuos; sino un poder organizado a un fin, y el investido de poder no es más que un llamado al ejercicio de una función.

El organismo jurídico estaría dado por la circunstancia de que entre los miembros de la familia no hay derechos individuales, sino vínculos recíprocos de interdependencia entre los sujetos y subordinación de todos ellos a un fin superior, con asignación de funciones que son ejercidas por aquellos de sus miembros a quien la ley se les confiere. "Tratárase de una organización de caracteres jurídicos similares a los del Estado: en éste habría relación de interdependencia entre los individuos y sujeción de ellos al Estado; en la familia, las relaciones jurídicas serían análogas diferenciándose sólo en que la sujeción es al interés familiar. ⁸

4.6 Familia como Institución

Castan Tobeñas indica que "lo importante es no caer, como el individualismo jurídico, en el error de reducir las relaciones de familia a relaciones individuales entre los miembros que la constituyen, desconociendo el carácter de asociación natural y de fondo ético que tiene la familia, cuyas relaciones no pueden ser regidas por criterios de interés

⁷ Chávez Ascencio, Op. cit., pág. 214 y 215

⁸ Chávez Ascencio, Op. cit. Pág. 217

individual ni de autonomía de la voluntad. La familia es una realidad ético-social que no se basa en la voluntad”.

Aunque hoy podemos afirmar que la familia no constituye una persona moral, ya Hegel veía en la familia un organismo, una verdadera comunidad. “Renard ha afirmado que la familia es una institución, y le siguen en esta idea muchos autores. No cabe duda que esta constitución ayuda a asentar a la familia sobre unos principios de cohesión familiar que pueden ser muy útiles para interpretar las normas de derecho a ellas atinentes.

La mayor parte de la doctrina ve a la familia como una institución. Sin embargo en este concepto que conviene precisar, a pesar de que han intentado concretarlo los sostenedores de la teoría de la institución. Esta teoría fue iniciada en Francia por Maurice Hauriou y desarrollada por varios autores después.

Dice Hauriou que “es todo elemento de la sociedad cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de individuos determinados; tal es la familia, la propiedad, un estado particular, que no pueden ser destruido ni siquiera por la legislación. La define como una idea objetiva transformada en una obra social y que sujeta así a su servicio voluntades subjetivas indefinidamente renovadas, o bien como una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social, para cuya realización se organiza un poder que le procura órganos.

A su vez Prélot dice que “institución es una colectividad humana organizada, en el sentido de la cual las diversas actividades individuales, compenetradas de un idea directora, se hayan sometido según la realización de ésta, a una autoridad y a las reglas sociales. Según Hauriou son elementos de la institución: a) Una idea objetiva descubierta, más que inventada, por una persona o grupo de personas que atrae la adhesión de otras; al ser compartida por otras personas y ser objetiva constituye una idea-fuerza; b) las adhesiones que recibe la idea objetiva del fundador, ya que el carácter de idea-fuerza le da un efecto expansivo en el medio

social; c) la sujeción de voluntades, que tiene lugar en razón a que el funcionamiento en la institución requiere la existencia de poderes organizados que representen esa comunión de adhesiones, que prestan servicios a la institución y sometan sus voluntades subjetivas a la realización de la idea objetiva”.

Se distingue entre institución-cosa e institución-persona. En ambos casos hay una idea compartida por un grupo de personas, pero la institución-persona la adhesión de los individuos es a una obra o empresa, de modo que para realizarla surge un cuerpo constituido con un poder organizado, convirtiéndose la idea en su objeto. En la institución-cosa, en cambio, lo que se comparte es una idea normativa, aparece una regla de derecho que se impone en la conciencia de los individuos y obtiene su aprobación, sin engendrar sujeto o corporación.

Belluscio dice que es mas clara y sencilla la explicación dada por el sociólogo norteamericano Bierstedt, quien dice “que los hombres realizan muchas actividades, de las cuales algunas están institucionalizadas y otras no. Toda persona, en algún momento de su vida, tiene ocasión de enseñar alguna cosa, mas no todos ocupan el estatus correspondiente a la enseñanza institucionalizada, no todos son maestros o profesores. La institución sería así una manera regular, formal y definida de realizar una actividad, y siempre que existe una institución se halla también por lo menos una asociación cuya función es la de desarrollar la actividad institucional. Una familia es una unión o asociación de personas, pero la familia es una institución, la institución de que se vale la sociedad para regular la procreación, la educación de los hijos y la transmisión por herencia de la propiedad”.

También se entiende como institución jurídica el “conjunto de relaciones jurídicas concebidas en abstracto y como una unidad por el ordenamiento jurídico, siendo, por consiguiente, un ensayo más o menos definido de tipificación de relaciones civiles”.

Bonnecase, basándose en Savigny y en Ihering, y refiriéndose más bien a la institución-cosa dice que “la institución jurídica es un conjunto de reglas de derecho, que constituyen un todo orgánico y que comprende una serie indefinida de relaciones, derivadas todas de un hecho único fundamental, considerado como punto de partido y como base”. Es decir, no son simples disposiciones legales, sino un compuesto orgánico de reglas de Derecho, que tienen su origen en un hecho fundamental, que puede ser biológico, económico, físico, etc. En el caso concreto de la familia, se trata de un hecho concreto social y biológico (matrimonio y familia) que origina un conjunto de reglas orgánicas y que comprenden las relaciones jurídicas que de la familia (como hecho social y ético) se derivan.⁹

4.7 Necesidad de un replanteamiento del concepto de familia

La búsqueda de la naturaleza jurídica de la familia se ha centrado en la familia tradicional. En la familia originada por el matrimonio y de ahí se han derivado las distintas doctrinas antes analizadas. Sin embargo, estimo hay que ir más lejos. Es necesario profundizar sobre el concepto de familia y aceptar que si nos hemos limitado sólo a un tipo de familia, y en ella hemos concretado nuestras conclusiones y teorías, éstas han sido parciales, lo que evidentemente no refleja la realidad sociológica de México.

El concepto de familia debe cambiarse de tal forma que se entienda como tal, el grupo de dos o mas personas que son pariente entre sí en el que incluye a los progenitores. Este concepto comprendería a las familias integradas no sólo por el matrimonio, sino también a las formadas por la unión libre, concubinato, madres solteras, etc., y también a las familias que se integran por parientes que no descienden uno de otros. Lo que identifica a la familia es el parentesco, por lo tanto, la reunión de dos o más personas que sean parientes puede constituir una familia. No así la unión de dos o más personas que no sean parientes, estos podrán ser amigos, constituir un grupo o comunidad de amistad, de trabajo o religioso, etc.

⁹ Chávez Ascencio, Op, cit. 217-219

El elemento característico que podemos encontrar en la familia es el parentesco, al que debemos añadir los progenitores que entre sí no son parientes. Esto no desvirtúa que la familia sea una institución natural, porque en ella podemos encontrar los elementos característicos de una institución a la que nos hemos referido.

El replanteamiento al que me refiero, comprende a la familia como una institución que existe, se le reconoce y tiene sus fines y también a sus miembros, quienes son sujetos de relaciones jurídicas dentro y fuera de la familia, que se conjugan para que la familia pueda cumplir sus fines, que también responden a los intereses personales de los miembros. No debe haber oposición o conflicto entre los fines de la familia y las relaciones jurídicas que entre sus miembros existan.¹⁰

En relación a la familia como institución, no se pretende incorporar en la legislación los diferentes tipos de familia, de tal forma que apareciera una relación de familia y pudieran clasificarse en detrimento de algunas y beneficio de otras.

Creo que no basta definir a la familia como institución para entenderla; estimo que hace falta definir, es decir, precisar y señalar los elementos que la constituyen.

a) Definición. Considero que la familia es una institución de fuerte contenido moral, que constituye una comunidad humana de vida, que tiene una finalidad propia y supraindividual, para lo cual tiene un patrimonio propio; que se integra con los progenitores (o uno de ellos) y con los hijos (incluyendo los adoptados) a quienes se pueden incorporar otros parientes o constituirse con parientes, todos los cuales viven en un domicilio común, cuyas relaciones interpersonales y vínculos jurídicos se originan de los estados jurídicos derivados del matrimonio o el concubinato, de la filiación y el parentesco.¹¹

¹⁰ Chávez Ascencio, Op. cit., pág. 220

¹¹ Op. cit., pág. 222

b) Institución. De la definición propuesta se deriva que es una institución, cuyo fundamento brota de la naturaleza misma del género humano. Es un hecho fundamental sociológico y ético que es reconocido por el Derecho. Pero estimo que la familia no es institución -persona al no serle reconocida personalidad alguna; se le acepta como grupo humano y a ella se hace referencia como institución distinta de sus miembros, pesos no se le acepta como con personalidad propia. Como institución tiene un contenido moral y religioso; ya hemos visto cómo en el Derecho de la Familia es la parte del derecho que mas influencia de la moral y la religión tiene, esto se deriva de la propia institución familiar. Es una institución – cosa en el sentido expresado por Bonnecase. ¹²

c) Comunidad. Como institución debe constituir y generar algo. La familia es una comunidad, entendida bajo su sentido de común a todos y para todos, es decir, con sentido amplio que entiende la atribución a varios sujetos de uno o mas derechos o bienes. En sentido jurídico es "toda relación o conjunto de relaciones en que aparezcan como sujetos varias personas conjuntamente (Ruggiero). ¹³

d) Constitución. En relación a la constitución de la familia, ésta se pueden clasificar en: familias constituidas por matrimonio; las constituidas por la adopción; las constituidas por hechos naturales relacionados con el hombre; las constituidas por delito; y las constituidas por convenio entre parientes. ¹⁴

Las primeras, es decir, las constituidas por el matrimonio forman la familia ideal, a la que tienden todas las personas y el Derecho busca de promover y proteger.

La segunda forma de constituir una familia es por medio de la adopción. Pueden adoptar los solteros y los casados y ambos pueden adoptar más de una persona. Aun en el caso de adopción por solteros se crea una

¹² Chávez Ascencio, Op. cit. , pág. 224

¹³ Op. cit., pág. 224

¹⁴ Op. ct. Pág. 224

familia en la cual sólo hay el padre o la madre según sea hombre o mujer quien adopte, a quien se le transfiere la patria potestad.

La tercera manera de constituirse, es por medio de hechos humanos, como el concubinato, la madre soltera y al abandonada; distinguimos entre madre soltera y abandonada porque en relación a la primera estimamos que nunca hubo una comunidad, en cambio en relación a la abandonada, hubo una comunidad temporal que se desintegró por el abandono del padre.

La cuarta forma de constitución de la familia es por el delito. No cabe duda que los delitos sexuales pueden traer consecuencias como son el embarazo y nacimiento de hijos.

Como quinta y última forma de constitución de la familia está la formada por convenio entre parientes. Aquí se comprenden a las familias que se forman por parientes que no descienden unos de otros entre sí.

En relación a la integración, podemos clasificar a las familias en completas o incompletas. Familia completa es aquella que cuenta con todos sus miembros, es decir, con ambos padres, el hijo o hijos. Familia incompleta es la que carece de alguno de los padres que podrían llamarse "unipaternal" es decir, en las que hay un solo de los progenitores.

También encontramos a las familias que podrían llamarse multifiliales, constituidas por divorciados con hijos y vueltos a casar.

a) Medios. Para poder cumplir sus fines, la familia requiere de medios y a semejanza de otras instituciones tiene un patrimonio que se constituye por bienes y derechos de contenido económico, valorables en dinero y también por bienes o valores no económicos, pero igualmente necesarios, como pueden ser el patrimonio cultural, emotivo, moral y espiritual de esta comunidad. Dentro de este aspecto se comprende, también, lo relativo a los alimentos.

b) Relaciones interpersonales. Entre personas que constituyen la comunidad existen relaciones interpersonales; los cónyuges entre si y los padres con los hijos se relacionan en función de la misión de la familia; estas relaciones interpersonales están basadas en vínculos de amor, respeto, libertad y autoridad, que deben existir en toda familia, so pena de que la falta de alguna afecte la integración.

c) Relaciones Jurídicas. Algunas de estas relaciones interpersonales se encuentran unidas o vinculadas por el Derecho. Es donde interviene el derecho al reconocer esta comunidad, sus integrantes y las relaciones que entre ellos existen que se transforman en jurídicas.

En la familia desde el punto de vista natural, existen relaciones interpersonales, y desde el punto de vista jurídico algunas de las relaciones interpersonales son relaciones jurídicas que se originan de estados jurídicos que son consecuencia de las instituciones, como son: el matrimonio, que es la forma legal y moral de constituir una familia; la paternidad y filiación que es la relación entre padre e hijos, que por el lado de los padres recibe el nombre de patria potestad y que por el lado de los hijos deberíamos considerarla como responsabilidad filial, y, además, esta la adopción como una forma de filiación.

Por estado jurídico entiendo la situación en que se considera a la persona, según la cual goza de diversos derechos y se le imponen diferentes deberes y obligaciones. Estos estados jurídicos se generan o se derivan de las instituciones jurídicas.

a) Fin. Como en toda definición debe buscarse el fin. En la familia encontramos intereses particulares de sus miembros y también fines propios de la familia, a los cuales se subordinan y para su logro todos deben colaborar. La familia tiene una misión y lo que se desprende de los llamados documentos de Medellín, que estudia la familia latinoamericana, y sintetizan claramente su misión. Podemos decir que su fin es triple: formarse los miembros entre si humanamente, y educarse en la fe, porque partimos de la base de que la religión es algo innato en el ser humano, y

una de las obligaciones de la familia es formar en la fe a sus hijos. Esta formación humana y educación en la fe son necesarios para la proyección social de la familia como grupo y a través de sus miembros en la sociedad, para participar consiente y libremente en ella transformándola en lo necesario y contribuyendo a su pleno desarrollo.¹⁵

4.8 La familia y la comunidad

La familia participa en la comunidad

Dentro de los fines de la familia, está la misión de participar en la comunidad, lo que se hace a través de sus miembros y también como grupo familiar. La familia está relacionada con la comunidad civil y con la comunidad eclesial. Hay una relación intergrupal en la que intervienen: la familia, la comunidad civil, el Estado y la Iglesia; mutuamente se prestan servicios y se exigen derechos.

Promoción del desarrollo.

En relación a la promoción del desarrollo integral, debemos tener presente que es la sociedad humana la que hay que renovar. Todo lo que constituye el orden temporal, no son solamente medios para el fin último del hombre, sino tienen un valor propio y una propia bondad y reciben una dignidad especial por su relación con la persona humana.

A la familia se le considera como promotora del desarrollo integral de la sociedad, y sus miembros deben participar en la búsqueda de mejores formas de vida, bien cambiando o bien transformando las estructuras para que éstas sean más humanas, para lo cual la familia está dentro del mundo, solidarizándose con éste en la búsqueda de formas más justas de organización social.

En el aspecto cultural, se debe buscar alcanzar un nivel de vida humano, en donde se favorezca el libre acceso de todas las personas a la cultura, haciendo que en todos y cada uno se tenga conciencia, no tanto del derecho, sino del deber de educarse.

¹⁵ Chávez Ascencio, Op. cit., pág. 225-228

En lo económico debe aplicarse el máximo esfuerzo para que desaparezcan las enormes desigualdades económico-sociales. El trabajo, es para el trabajador y su familia el medio de subsistencia. Todo hombre tiene el deber de trabajar fielmente, así como también el derecho al trabajo.

En lo político, se busca la promoción del bien común; es necesario que sean fácilmente asequibles a todas las cosas necesarias para una vida verdaderamente humana. En la familia debe buscarse un proceso que haga cada vez más eficaz la participación política.

Responsabilidad de la comunidad y del Estado.

Por su parte, la comunidad civil y el Estado deben crear las condiciones favorables para el desarrollo de la vida familiar, deben establecerse las condiciones sociales, políticas, culturales y económicas favorables para el desarrollo de la vida familiar.

Para ello debe confrontarse un cambio social que propicie: en lo cultural, oportunidad de escolaridad, desde primaria hasta profesional a todos los miembros de la sociedad; en lo económico oportunidad de trabajo, salario remunerador a todos, seguridad social, vivienda adecuada, vestido y diversiones; en lo político, convencimiento de que la política es servir, quienes actúan deben promover el bien común y es la oportunidad para el ejercicio de la solidaridad.

Responsabilidad de la Iglesia.

Por su parte, la Iglesia debe promover la vida cristiana y los sacramentos, prestando todos los auxilios a la familia para que ésta sea una verdadera comunidad de amor, en donde el sacramento pueda realmente vivirse. Le corresponde a través de la evangelización y catequesis, dar los elementos para que la familia, a su vez, sea educadora en la fe de sus miembros. Se requiere una permanente y constante ayuda en todo el aspecto espiritual.

Ayudas y apoyos a la familia.

Para que la familia pueda cumplir sus objetivos ya descritos de formar personas, educar en la fe y participar, a través de sus miembros y como

grupo familiar el desarrollo integral de la sociedad, este núcleo fundamental requiere de ayudas de toda índole y de todos los que forman la comunidad. La familia sola no podrá cumplir su misión y no basta la ayuda del Estado. Se requiere la ayuda de los organismos intermedios, del sistema educativo y también, especialmente en el aspecto de fe, la ayuda de la Iglesia.

Se requieren planes y programas con objetivos básicos y precisos que, en lo relativo a la formación de personas vayan encaminados a la mejor integración de los miembros de la familia, su mejor formación para constituir nuevos matrimonios y familias. Así, podrán plantearse como necesarios:

- a) Educación para el amor. Procurar una sólida educación para el amor, que integre y al mismo tiempo sobre pase la educación sexual, inculcando a los jóvenes de ambos sexos la sensibilidad y la conciencia de los valores esenciales, amor, respeto, don de sí.
- b) Preparación para el matrimonio. Facilitar la preparación para el matrimonio, que sea accesible para todos los que van casarse y que comprenda el aspecto físico, psicológico, jurídico, moral y espiritual.
- c) Espíritu matrimonial. Elaborar y difundir un espíritu matrimonial basado al mismo tiempo en una clara visión del laico en el mundo y en la Iglesia y en una teología del matrimonio como sacramento.
- d) Paternidad responsable. Tratar todo lo relativo a la paternidad realmente responsable, proporcionando a los cónyuges todos los elementos necesarios para la formación de una recta conciencia moral.
- e) Comunicación. Facilitar la comunicación entre los cónyuges y entre padres e hijos, mediante la necesidad del diálogo conyugal y familiar, para superar los conflictos generacionales y el silencio entre esposos.

f) Iglesia doméstica. Hacer que la familia sea una verdadera "Iglesia doméstica": comunidad de fe, de oración, de amor, de acción evangelizadora, y escuelas de catequesis.

g) Apertura familiar. Procurar que las familias se abran generosamente hacia otras familias, independientemente de las creencias religiosas y, sobre todo, que haya una apertura hacia las familias marginadas o en proceso de desintegración.

La familia no puede sólo situarse dentro del Derecho público o sólo del Derecho privado, porque supera las fronteras o los límites entre ambos Derechos. A la familia se refieren tanto las normas de Derechos privado como las normas de Derecho público. Las normas familiares son de interés social y de orden público, pues se refieren al núcleo básico y fundamental de la sociedad, el cual es necesario ayudar, integrar y apoyar para que al cumplir sus fines pueda sanear y fortalecer la comunidad y el país.

De aquí que nuestro Derecho, tanto en el público como en el privado, tengamos normas promotoras y protectoras de la familia, que observaremos y analizaremos brevemente en el capítulo correspondiente, que es necesario tomar en cuenta y profundizar para lograr una verdadera integración conyugal y familiar.

No obstante que hemos visto que la familia no tiene personalidad jurídica en México, sin embargo, tiene una misión que cumplir. Para cumplir su misión requiere de ciertos elementos materiales, además de los elementos culturales y religiosos, que juntos constituyen el patrimonio que la familia debe tener para cumplir su finalidad. ¹⁶

4.9 Principios de la familia en la educación jurídica

Se ha constituido la naturaleza jurídica de la familia, considerando como un régimen de relaciones sociales institucionalizadas que son sancionadas

¹⁶ Op. cit., supra (1) págs. 229-236

por el derecho, se establecen vínculos jurídicos interdependientes y recíprocos, que en conjunción constituyen el derecho de la familia.

La familia es una agrupación natural por excelencia, pero además constituye un grupo con bases psicológicas, económicas, religiosas, éticas y políticas. Al hablar del aspecto "natural" de familia nos referimos especialmente a los vínculos biológicos, que en gran medida determinaron su formación en los tiempos primitivos y que indudablemente influyen aún en el acercamiento de la pareja que da el principio a toda la organización.

Pero al ir evolucionando y perfeccionando sus sentimientos, el hombre dio a su contenido espiritual y psicológico que le confiere su trascendencia y jerarquía que determinan su permanencia.

La religión, las costumbres y la moral influyen también de manera decisiva en este ámbito. La familia es un organismo ético antes que jurídico y de esta disciplina derivan los preceptos esenciales que sirven de punto de partida a la ley, la cual suele incorporárselos transformándoles en preceptos jurídicos.

Esto trae como consecuencia un fenómeno característico del derecho de la familia, como consecuencia del cual se tropieza, frecuentemente con la observancia de preceptos, no legislados, pero si reconocido por los usos y costumbres. Sus disposiciones surgen muchas veces de la realidad social; el Estado interviene para fortalecer los vínculos, garantizar la seguridad y la estabilidad de las relaciones y dirigir y disciplinar el conjunto del complejo ente familiar. Pero para llegar a una justa apreciación no debe olvidarse nunca que la ley no es la única norma reguladora.

4.10 La familia como persona jurídica

Algunos autores han afirmado que la familia representa una persona jurídica, y para apoyar su criterio aducen que las mismas poseen bienes (tales como por ejemplo, el bien de la familia y los sepulcros), y que los jefes de familia actúan como sus voceros y representantes. Pero ésta tesis no tiene fundamentos serios para comprenderlo, basta recordar que la familia no tiene capacidad jurídica, y no puede adquirir derechos ni contraer obligaciones.

El llamado "bien de familia" no pertenece a su agrupación en su conjunto, sino únicamente al titular del derecho; la ley ha intervenido únicamente a guisa de protección, estableciendo algunas limitaciones destinadas a evitar su imitación o su gravamen.

Para afirmar, entonces que no existe tal personalidad jurídica, que por otra parte tampoco es necesaria para el cumplimiento de los fines legales del organismo.

Hauriou y George Renard, han realizado estudios especializados tendientes a determinar la naturaleza de la institución de la familia: Hauriou recalca el hecho de la idea del contrato no explica satisfactoriamente algunas vinculaciones jurídicas, las cuales están integradas por elementos sociales cuya duración no puede ser determinada por las voluntades individuales de sus integrantes.

Se designan con el nombre de "instituciones", que traduce claramente el concepto de que estas entidades se encuentran por encima de la voluntad de sus miembros aun de la misma ley. Ya que ésta última no puede desconocerlas sin violar normas elementales del derecho natural.

Según Prelot, debe entenderse por instituciones "una colectividad humana organizada, en cuyo seno las diversas actividades individuales están compenetradas de una idea directora, y se encuentran sometidas para su realización a una autoridad y a reglas sociales".

La familia debe ser considerada entonces como una institución típica, sumamente importante, quizás la más importante de todas, ya que representa en esencia la base elemental de la organización de toda la sociedad. adopción alientos, filiación, matrimonio, parentesco paternidad, patria y potestad.

4.11 De la persona jurídica

La tesis se basa en el entendido que la familia es una persona moral o jurídica a la que atribuyen derechos de naturaleza patrimonial como extra-patrimonial, tales como el acervo familiar, las cargas del matrimonio, entre las patrimoniales; el apellido o el nombre, los derechos de la patria potestad etc. ante los extra-patrimoniales.

Esta tesis fue descartada, porque la personalidad jurídica presupone la actitud para asumir la titularidad de potestades y deberes supone la subjetividad de un derecho. La familia no es un sujeto titular de un derecho, ni tiene capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, simplemente representa una pluralidad de personas.

4.12 La familia como organismo jurídico

La idea fue sustituida por el maestro italiano Antonio Sicu, desde el año 1913, para quién la familia configuraría un vínculo jurídico orgánico y dice: " hay organismo aunque no exista personalidad, porque hay vínculo recíproco de independencia personal, lo que significa que falta en las relaciones familiares la independencia, la libertad, la autonomía, que contradistinguen las relaciones, especialmente las patrimoniales del derecho privado". Por otra parte, traza una analogía entre el ser de la familia y el ser del Estado. Ambos como estructuras orgánicas.

Posteriormente en el año 1955, antes de sus muerte rectificó su posición sostenida originalmente mediante su publicación de su nueva obra titulada "Principios generales del derecho de la familia, en la cual admite que no puede trazarse una analogía entre la familia y el Estado, pues la ausencia del concepto soberanía (propio del derecho público) aleja el derecho de familia del derecho público.

La teoría de la institución fue formulada por los tratadistas franceses Maurice Hauriu y Georges Renard, que aclarando la naturaleza jurídica de la familia, decían: si concebimos una institución como una colectividad organizada, donde el interés común es preferido frente al individual, entonces es justo aceptar que la familia es una institución: una INSTITUCIÓN TIPICA.

La institución social de la familia, tuvo una evolución lenta pero segura, conforme a los diferentes formas familiares, desde las más rudimentarias hasta la familia de nuestros días.

Históricamente se conoce con precisión la evolución que sufrió la familia romana, donde en su época clásica se entendía por familia al grupo constituido por el pater familias y las personas libres sometidas a la

potestad; posteriormente una forma más amplia, comprendía a los agnados salidos de la misma domus (casa), y que habrían estado o habrían podido bajo la autoridad del mismo jefe de familia; más tarde tuvo un significado más extenso, familia equivalía a la "gens"; después, por familia se estimaba de esclavos que dependían del mismo amo o señor; finalmente, familia tomada como patrimonio o totalidad de bienes pertenecientes a una persona, aunque en los tiempos de Justiniano tuvo una transformación más significativa en sentido restringido.

Sobre la naturaleza jurídica de la familia conviene recordar que en Italia se sostuvo que era una persona jurídica y en Francia que era una persona moral.

CAPÍTULO V:

TRATADISTAS QUE HABLAN DE LA AUTONOMÍA DEL DERECHO FAMILIAR

5.1 Concepto del Derecho de Familia en opinión de diversos autores

El derecho de familia no se inventa. Constata la existencia del matrimonio y la familia y procura descubrir sus relaciones y fine. En la medida que se profundiza en las instituciones del Derecho de familia se van descubriendo sus relaciones y sus fines, que van variando a través del tiempo y lugares. Es un aspecto de todas las relaciones sociales posibles; un carácter que pueden tomar todas ellas en virtud de la naturaleza de las cosas, y consiste pura y simplemente en la incorporación de una sanción terrena y forzosa a las relaciones sociales, cualquiera que sea su objeto.

Sobre el particular, Bonnacase señala que "la familia es un todo orgánico, cuyos datos fundamentales escapan a nuestro espíritu porque se trata de los datos mismos de la especie humana; en su base se encuentra la diferencia de sexos que implica una diferencia de aptitudes, y una diferencia de funciones. El derecho no crea a la familia; simplemente organiza con el nombre de matrimonio basado en una estructura orgánica natural, revelada por la biología humana.

"El Derecho, frente al hecho familia (en su más amplio sentido) es un `posterius': El legislador no la crea, limitándose a tenerla en cuenta al disciplinar las otras facetas de la vida humana, y a regular sus diversos aspectos: la unión permanente del hombre y la mujer reconocida en esa calidad y con plenas consecuencias por el Derecho (matrimonio); en algunos ordenamientos, y en cierta medida, el concubinato; los efectos de la generación (filiación), resultante o no del matrimonio y del concubinato; el vínculo artificial equivalente a la filiación (adopción); finalmente las cuestiones económicas que tales situaciones plantean, dando así a lo que era un grupo natural, superestructura jurídica. Estos hechos familiares primarios, es decir, la constitución de la conyugalidad y la paternidad, y las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges y entre padres e

hijos constituyen pues, al ser disciplinados por el Derecho el núcleo del derecho de familia propiamente dicho.

La familia constituye la célula base de la sociedad y el Derecho sobre esa materia regula, en primer lugar, su organización, su existencia y sus bases materiales. Igualmente, las consideraciones sobre estabilidad de la familia aparecen justificadas solamente en lo que se refiere a esta célula social.

La familia no se regula sólo por el Derecho. Roberto B. Ruggiero señala que "como organismo social, está fundado en la naturaleza y en las necesidades naturales, tales como la unión sexual, la procreación, el amor, la asistencia, la cooperación, la familia no se haya regulada exclusivamente por el Derecho. En ningún otro campo incluye como en éste la religión, las costumbre, la moral. Antes que jurídico, la familia es un organismo ético.

Es evidente que el derecho de familia no penetra en todas las relaciones familiares; muchas se resuelven con criterios morales. No puede desconocerse la necesidad de que el Estado intervenga para procurar mayor firmeza, certidumbre y estabilidad en las distintas relaciones que regula el Derecho de familia. En esto se justifica la intervención del Estado, para procurar una mayor seguridad en las distintas relaciones de sus componentes, seguridad que afecta definitivamente la existencia misma de la sociedad y la nación.

Con base en lo anterior podemos a continuación, transcribir algunas definiciones sobre el Derecho familia y que son:

José Castan Tobeñas dice: "El derecho de familia es el conjunto de normas o preceptos que regulan esas mismas relaciones que mantienen entre sí los miembros de la familia."

Para Ferrara, citado por Castán Tobeñas, el Derecho de familia es "el complejo de las normas jurídicas que regulan las relaciones personales y

patrimoniales de los pertenecientes a la familia entre sí y respecto de terceros”.

Güitrón Fuentecilla considera que el Derecho de familia, es “un conjunto de normas jurídicas, que tienen por objeto regular las relaciones jurídicas existentes entre la familia y cada uno de sus miembros, así como la de la familia con las demás personas no miembros de la familia”.

Para Julian Bonnecase, “por derecho de familia entendemos el conjunto de reglas de derecho, de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia”.

Para Augusto C. Belluscio, “el derecho de familia es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares”.

Para Lafaille, citado por Belluscio, el derecho de familia es, “el conjunto de instituciones jurídicas de orden personal y patrimonial que gobiernan la fundación, la estructura, la vida y la disolución de la familia”.

Rébora lo define como “el conjunto de normas y de principios concernientes al reconocimiento y estructura del agregado natural que recibe el nombre de familia; a las funciones que el mismo agregado llena y debe llenar, del punto de vista de la formación y protección de los individuos que lo integran; a las relaciones de estos individuos entre sí y con el agregado, como a las de éste con la sociedad civil, con la sociedad política y con los sucesivos órganos constitutivos de una y la otra y las instituciones apropiadas para su conservación y, según las circunstancias para su restauración o reintegración”.

Díaz de Gujarrón afirma que es el “conjunto de normas que dentro del Código civil y de las leyes complementarias, regula el estado de la familia, tanto de origen matrimonial como extramatrimonial, las actas de emplazamiento en este estado y sus efectos personales y patrimoniales”.

Se podría con base en lo anterior decir que el Derecho de familia es el conjunto de normas jurídicas de un fuerte contenido moral y religioso, que regulan la familia y las relaciones familiares personales y patrimoniales que existe entre sus miembros y entre éstos con otras personas y el Estado, que protegen a la familia y sus miembros, y promueven a ambos para que la familia pueda cumplir su fin.¹

5.2 Teoría de Antonio Cicu

El tema central de nuestra investigación es determinar la naturaleza jurídica del Derecho Familiar y sobre este objeto trataremos de fundar nuestro criterio, sostenido a lo largo de este estudio, el cual consiste fundamentalmente en sustentar que el Derecho Familiar no forma parte del Derecho Público ni Privado, sino que es un nuevo género autónomo e independiente de los enunciados.

Iniciaremos este tema con una exposición de los diversos tópicos que trata Antonio Cicú en su obra "El Derecho de Familia", pues uno de los precursores que ha sostenido la autonomía del Derecho de Familiar.

-El derecho es social, porque su objeto fundamental es la conducta del hombre, cuando produzca consecuencias jurídicas.-

2

Debemos entrar a examinar esencialmente la naturaleza jurídica del derecho familiar, de acuerdo al tratamiento dado por el autor citado: La familia tiene mas importancia que el propio Estado y, además es un producto natural y necesario. Al respecto afirma: "Antes que el Estado y más que el Estado, la familia se presenta como agregado de formación natural y necesaria.

Los elementos constitutivos del hecho jurídico-social de la familia no se agotan únicamente en la necesidad sexual y en la necesidad de crianza de la prole; sino en la necesidad del sustento común y de la defensa que

¹ La Familia En el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares, Manuel F. Chávez Ascencio, Segunda ed., Ed. Porrúa, S.A., México 1990, págs 137-140.-

² Cicu, Antonio. El derecho de la familia, traducción de Santiago Sentis Melendo, con adiciones de Victor Neppi. EDIAR. Buenos Aires, 1947, págs 109 y 110.

determina la organización jurídico-social de la familia; si hoy en la necesidad de la defensa a la familia ha sustituido el Estado, y en las necesidades económicas a la familia se ha sustituido el individuo, no por eso puede decirse que haya desaparecido para ella el carácter constitutivo sea solo y principalmente la necesidad sexual y de la conservación de la especie; frente a una tendencia a reducir a aquellos datos primitivos la esencia de la familia, legisladores e intérpretes deben reaccionar; siendo su cometido, en cuanto a la familia, lo mismo en cuanto al Estado, no el limitarse a adaptar la norma al hecho social, sino, ante todo, el llevar a cabo una función preventiva y educativa.

Es evidente que no existe una obligación, pues falta el elemento del dominio de la libre voluntad, de donde se infiere que como la familia es semejante al Estado, hay una gran analogía entre ellos, porque hay comunidad de relaciones jurídicas en ambas. Las relaciones familiares y estatales han variado tanto que es necesario pensar en una nueva reglamentación del derecho familiar, pues el interés en la familia y lo que representa en sí es tan grande que deben revalorarse los juicios mencionados sobre el derecho familiar y su reglamentación autónoma.

En verdad, la inclusión en el derecho de familia, en el seno del derecho civil, corresponde a la regulación de las relaciones familiares, no desde el punto de vista del grupo, sino en consideración al interés del individuo. Actualmente existen en la doctrina y en las legislaciones un movimiento tendiente a la organización jurídica familiar, desde un punto de vista autónomo, trascendente y ya sean elaborado códigos y proyectos de códigos específicos de la familia, sobre todo como medidas esforzadas para la protección o conservación del grupo familiar. Esa autonomía esta basada en la preocupación del Estado por regular y proteger con legislación y tribunales especiales a la familia, pero no en la intervención estatal en el núcleo familiar.

Colocar el Derecho de Familia junto al Derecho Público, no como una rama del Derecho Privado, pues la característica de esta radica en la actuación del Estado como extraño en las relaciones particulares, reconociendo al

individuo libertad para crear sus relaciones jurídicas y realizar sus propios fines. En cambio en el Derecho Público, lo mismo que en el derecho de familia, el Estado interviene en todas las relaciones jurídicas originadas entre los distintos sujetos interesados y además procura realizar directamente los fines superiores, bien sea de la comunidad política o del grupo familiar.

Si el *ius cogens* de las normas se funda:

a) sobre el interés público; sobre la intrínseca naturaleza de los hechos de derecho de familia; en otras palabras decimos nosotros, el mismo se funda sobre la ingerencia que en derecho de familia tiene el Estado y sobre la estructura análoga a la relación de derecho público que tiene la relación de derecho de familia.³

Lo importante es examinar si los principios jurídicos del derecho privado, y el espíritu que anima éste y que debe presidir la interpretación de las normas y la resolución de los casos no previstos en la ley, son o no los mismos que gobiernan e inspiran el derecho de familia. Si no lo son, para mantener el derecho de familia en su puesto dentro del derecho privado habría que dar a este último mucha mayor amplitud. La concepción del Derecho Privado no podrá transformarse en tanto se reconozca a la iniciativa y libertad privadas calor y eficacia en una esfera, en la que el interés superior del Estado se manifiesta evidente. No puede negarse en modo alguno, en el Derecho de Familia, la idea del interés superior, familiar y estatal que la familia deben satisfacer.

Entraremos a analizar con mayor detalle algunos aspectos del derecho de familia en general, así, siguiendo la tesis de Cicú debemos distinguir el derecho de familia del derecho privado. La mayoría de las corrientes consideran al derecho de familia como una parte del derecho privado y encuadrando, en éste, los derechos reales, personales, los de familia y las sucesiones, con la introducción general que abarca las bases comunes de todo el Derecho. Sin embargo, al derecho de familia no se le pueden

³ Op. Cit. Págs. 299 y 300.

aplicar los principios doctrinarios del derecho privado, razón por la cual debe estudiarse como disciplina autónoma.

Para que el acortó anterior pueda sostenerse, es necesario, según Cicú, distinguir al derecho público del Privado, "distinción que nos lleva necesariamente al concepto de Estado y a la posición que en él ocupa el individuo. A nuestro modo de ver, el Estado es un organismo" por que hay una dependencia de las partes constitutivas ligadas a un fin y esos elementos que forman parte del Estado son los hombres "no en cuanto entidades biológicas, si no como entidades espirituales; es decir, en cuanto tienen fines que realizar y conciencia y voluntad para realizarlas.

Los individuos se encuentran en el Estado originalmente unidos entre sí por los fines por los cuales el Estado surge y vive, superan los fines del individuo como tal, se ofrecen no como fines del individuo aisladamente considerado, sino del individuo como género; no como fines comunes a todo individuo, sino como fines superiores a los fines individuales.

Por ser superiores tales fines se presentan al particular como necesarios, debiendo ser realizados; el individuo depende de ellos y, como consecuencia, del Estado que los personifica, se habla de situaciones de interdependencia con relación a los demás individuos". Se trata de explicar que el individuo como tal, en el derecho público, no tiene mayor importancia, porque existe un interés superior como es el del Estado, solo el hombre y su voluntad son los factores para tomarse en cuenta, sin embargo, existe la posición intermedia de colocar al sujeto como medio autónomo y medio sujeto al poder estatal.

Esta situación nos plantea el problema de la distinción entre derecho público y derecho privado. Siguiendo su análisis con Cicú, al hablar del conflicto entre hombre y Estado, se resuelve en el Estado. "Y sino que se nos presenta en los siguientes términos: o interesa al Estado considerar como fines suyos y, por consiguiente, le interesa dejar al individuo una más o menos amplia esfera de libertad individual en la cual él mismo sea dueño de fijarse y realizar sus fines particulares. Basta plantear el

problema de esta manera para comprender que, aunque el individuo goce de un cierto grado de libertad, no esta en contra ni fuera del Estado y que depende siempre de este.

La distinción entre derecho público y derecho privado resulta, por tanto, de una diversa posición que el individuo reconoce al Estado: posición de dependencia con respecto al fin en el derecho público, posición de libertad en el derecho privado”.

Interesante resulta la aportación de Cucú, pues entre otras cuestiones nos permite ver la diferencia entre derecho público y derecho privado, fundando en el interés y la voluntad del individuo. Además señala que de la posición del individuo en el Estado, resulta una relación jurídica, la cual tiene como factores principales la voluntad y el interés; este último en el derecho privado se manifiesta por lo que cada individuo de los que intervienen en la relación, pretenden, dándose esta situación entre entes autónomos donde cada uno busca la satisfacción de su interés personal, con la libertad en su juicio y libertad.

En el derecho público es la inversa, a pesar de que la relación se da entre hombre y Estado, y actuando este como soberano, no es posible ni admisible la oposición del individuo al interés del Estado. “El interés del Estado es interés superiora los intereses individuales; no puede equipararse a estos.

Encinramos pues, en ella, interés único y voluntades convergentes a su satisfacción. La voluntad, incluso cuando es soberana, se subordina aquí al interés, ya que este se presenta como exigencia necesaria, superior, que debe ser satisfecha.

Con esto es suficiente para hablar sobre la distinción entre derecho público y privado, además con objeto de trasladar las relaciones jurídicas de derecho público o privado al campo de derecho familiar. En este sentido Cicú manifiesta: “Si analizamos ahora las relaciones del derecho de familia en su estructura será fácil convencerse de que en ellas no se tutelan los

intereses individuales como intereses autónomos, independientes, opuestos; ni se tutela tampoco una libertad de querer referente a estos intereses.

En otras palabras, las relaciones familiares, concretamente el matrimonio, a pesar de ser algo de mas privado en el hombre, El estado interviene para regularlo en todos sus aspectos, pues no hay libertad alguna para su celebración o terminación, pues el Estado determina todo en ese sentido. Esto significa que al derecho no le importan los fines personales de los sujetos de derecho familiar, sino se los impone y los coloca en subordinación a esos derechos, de donde se considera al derecho familiar, semejante al público y diverso del privado, así encontramos algunas similitudes entre derecho familiar y público.

A pesar de lo dicho hasta ahora, Cicú insiste en no estar de acuerdo en que el derecho de familia sea parte del público, y tiene razón, pues a pesar de haber elaborado su teoría con base en la distinción del derecho privado y público, y en las relaciones jurídicas, fundadas en el interés, ha sido bastante enfático al negar que el derecho de familia parte del derecho público. El propio cicú expone, respecto al tema en cuestión: "con todo esto no queremos afirmar que el derecho de familia deba incluirse en el derecho público. El derecho público es el Estado y de los demás entes públicos, a la vigilancia y a la tutela del Estado (no se ha garantizado todavía a la familia frente al Estado, una libertad y una autonomía de la misma naturaleza que la privada), sino por que los intereses que debe cuidar no son, como en los entes públicos, intereses de la generalidad, por lo cual no esta organizada como éstos. Por tanto al derecho de familia se le podría asignar un lugar independiente en la distinción entre derecho público y derecho privado.

El derecho de familia no puede estar regido, por consiguiente, por los principios propios del derecho privado; tiene, por el contrario, principios y conceptos específicos que más bien que exponer y discutir en líneas

generales y de un modo abstracto, convendrá recordar en su aplicación la materia que no proponemos desenvolver".⁴

Que brillante la exposición de Cicú para sostener científicamente que el derecho de Familia no es parte del derecho público y mucho menos del derecho privado. Es admirable el tratamiento que le da, al considerar el interés familiar con características especiales y el interés estatal también; pero haciendo la distinción de interés general de éste último, e interés no general. El interés familiar no estaba garantizado frente al Estado y menos aún tenía una autonomía que le permitiera desenvolverse como tal, pero con la protección estatal, afortunadamente en la actualidad, con la idea de proteger a la familia, han resuelto otorgar a la familia y en consecuencia al derecho que la rige, una autonomía absoluta. Separar el derecho de familia del privado y formar con él un tercer género autónomo, es el más amplio sentido de la palabra, atendiendo además del interés de la agrupación familiar, a las consecuencias inherentes a una mala reglamentación familiar, que desgraciadamente nos pueden llevar a un estancamiento en el progreso del país, pues no debemos olvidar que la familia ha sido la semilla originadora de todas las formas de gobierno pasadas y presentes.

En fin, una legislación autónoma para la familia a nadie perjudica y si beneficia a todo el país. Claro es una tarea dura, sin embargo el bienestar redituado permitirá el mejor desarrollo de la institución familiar.

5.3 Teoría de Roberto Ruggiero

La naturaleza jurídica del derecho de familia, según Ruggiero, es sostener que aquél no forma parte del derecho público ni del privado, sino que es una rama autónoma; expresa: "mientras en las demás ramas del Derecho Privado el ordenamiento lo que mira es el interés particular a un fin individual de la persona, y el derecho subjetivo se atribuye en ellas y reconoce en función de la necesidad particular que debe ser satisfecha, de modo que a toda obligación se opone un derecho del titular, mientras para ejercer tales derechos se conceden acciones cuyo ejercicio se supedita a la

⁴ Op. Cit. Pág.15

libre voluntad del individuo, en las relaciones familiares, por el contrario, el interés individual es sustituido por un interés superior, que es el de la familia, porque a las necesidades de está y a las del individuo subviene la tutela jurídica. Y a través del interés familiar, exige y recibe protección un interés más alto que es el del Estado, cuya fuerza de desenvolvimiento y vitalidad dependen de la solidez del núcleo familiar.

El fin perseguido es el de la comunidad social y solo se puede alcanzar a través del Estado, con una adecuada legislación protectora y reguladora de la familia, en sus relaciones internas y externas. Las normas del derecho familiar son todas, o casi todas, imperativas e inderogables: la ley exclusivamente, y no la voluntad del particular, regula la relación, determina en todos sus detalles el contenido y extensión de las potestades, la eficacia de la relación paterna, los efectos y el alcance patrimonial de un Estado, sin que al particular le sea dado aportar modificación alguna.

Se infieren 4 principios de derecho privado en cuanto a no poder aplicar algunos de ellos al derecho familiar, así según Ruggiero: "no es aplicable el principio de representación, por cuya virtud en los demás campos del Derecho Privado el interesado puede remitir a la voluntad ajena la determinación y declaración productivas de efectos jurídicos". En este caso, el principio sostenido sufre algunas excepciones, entre otras que el matrimonio (o divorcio), cuando menos en México, si se puede realizar por Apoderado Legal.

El segundo principio de Derecho Privado, no aplica la Derecho Familiar, es el reglamentado para imponer modalidades a los negocios familiares, o sea no se pueden sujetar a un término o condición, sea suspensivo o resolutorio. Al respecto afirma: "no puede contraerse el matrimonio bajo condición suspensiva o resolutoria o sujetándolo a término inicial o final; tampoco puede ser reconocido de este modo el hijo natural, ni efectuar en tal forma la adopción, la emancipación, entre otros. Pugna con la esencial naturaleza de estos actos su sujeción a condiciones o términos; se trata de actos generadores de estados personales, y estos exigen certeza y

duración y a estas exigencias se oponen las modalidades de condición y término. Además, son actos en que interviene el Poder Público y este no tolera limitaciones que provengan de los particulares.

Otro principio no aplicable al Derecho Familiar, es la irrenunciabilidad y no enajenación de los derechos subjetivos familiares, así manifiesta: "no pueden transmitirse a otros la potestad paterna, la marital, la tutelar, no es apenas admisible la transmisión a otros del ejercicio de alguno de sus atributos (por ejemplo, función educativa); no son transmisibles tampoco los estados personales ni los derechos patrimoniales conexos a dichos estados; el derecho y el deber de administrar la dote o los bienes pupilares en el marido o tutor, el usufructo legal del padre, el derecho de alimentos, no se transfieren de una persona a otra; aunque a veces parezca operarse esta transmisión, no se opera en realidad; así por ejemplo cuando el padre muere y ejerce la patria potestad en la obligación alimentaria, que cesa o se extingue si el pariente mas próximo muere o es pobre, surgiendo en cambio en el pariente mas remoto. Lo mismo puede decirse de la renuncia; no son renunciables los poderes familiares y tampoco las atribuciones inherentes a estos, porque tales poderes por la ley y subsisten independientemente de la voluntad investido en ellos, ya que no se crean para servicio o utilidad de este, sino para un fin superior, el padre, el marido, el tutor, no puede despejarse de los poderes que le corresponden, por que le son atribuidos para servir a un interés que trasciende del suyo particular. Y si en algunos casos se autoriza la renuncia, como por ejemplo, ocurre con la acción de desconocimiento de la paternidad, impugnación del matrimonio, acción personal de separación de los cónyuges, es porque el interés familiar resulta protegido merced a la renuncia; por esto dicho interés viene a ser mejor protegido, porque con ellos se mantiene firme aquel vínculo, aquella relación que, de otro modo (de no mediar la renuncia), se hubiera disuelto. Con mas extensión se permite la renuncia de los derechos de contenido patrimonial; ello es comprensible y no ataca el principio sentado.

El cuarto principio consiste en la Intervención estatal en las relaciones de derecho familiar, pues en el privado se deja que las partes decidan a su

libre arbitrio como será su conducta. En algunos casos la voluntad del particular es un mero supuesto de hecho en cuanto vale como iniciativa o como incitación a la autoridad, de modo que el acto es creador, la relación se constituye pro voluntad de esta última.

Ruggiero, encuadra en forma personal la naturaleza jurídica del derecho familiar y al respecto opina: "todo derecho familiar reposa en esta idea: que los vínculos que establecen y los poderes se otorgan no tanto por crear derechos como imponer deberes. Lo cual se manifiesta elocuentemente en el hecho de que no solamente la violación del deber, sino el abuso y hasta el mal uso de las facultades correlativas determinan la privación de ellas, así que los poderes se pierden si se ejercitan mal y, en cambio, no se extinguen por prescripción ni por renuncia voluntaria. Es siempre el aspecto de obligación o de deber el que predomina en toda relación, precisamente que se trata de un interés superior, que se evidencia especialmente cuando nos referimos al reducido círculo de la familia estricta y a personas incapaces, a cuya protección responden muchas instituciones familiares. Todas esas especialidades nos llevan a la conclusión de que el derecho de familia se destaca de las demás partes del derecho privado y se aproxima al público. No se puede decir, sin embargo, que sea verdadero derecho público, pero sí que se separa del resto del Derecho privado que constituye una rama autónoma".⁵

Consideramos fundadas sus razones para sostener que el derecho de familia es una rama autónoma del privado y del público, así mismo compartimos su idea central de fundar el derecho familiar, mas en deberes por cumplir, que en derechos por exigir y esto es así, porque el derecho familiar tiene un interés superior a todos los demás, consistente en la protección del derecho familiar.

También debemos mencionar que los derechos patrimoniales de familia, los cuales constituyen unidades especiales en el derecho familiar. En este sentido declara: "estos derechos, que producen a veces figuras de derecho

⁵ Ruggiero, Roberto, "Instituciones de Derecho Civil", 4ª edición, Tomo II, Volumen Segundo, Derecho de Obligaciones, Derecho de Familia, Derecho Hereditario, Instituto Editorial reus, Madrid. Pags 14 y 15.

patrimonial común, a veces son tipos especiales y específicos del derecho familiar, constituyen siempre algo distinto con peculiaridades y características privativas, de modo que sería inútil para fijar su noción, recurrir a los principios que presiden las demás ramas del Derecho Privado".⁶

⁶ Op. Cit. Pags 36 y 37.

CAPÍTULO VI:

CRITERIOS PARA DETERMINAR LA AUTONOMÍA DEL DERECHO FAMILIAR

6.1 ALGUNAS TENDENCIAS SOBRE AUTONOMÍA PERSONAL Y FAMILIA EN: Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú¹

El propósito de este documento es determinar el grado de avance en la constitución de sujetos individuales al interior de la familia en los países señalados, así como identificar los obstáculos y desafíos en este proceso. Ello ha implicado revisar el concepto de familia y su relación con el sistema sexo/género, así como las distintas opciones que están institucionalizadas y que hacen parte de la autonomía de los sujetos para decidir sobre las formas de hacer y administrar familia, así como la efectividad de los actores sociales para incidir en estos procesos.

Estadísticas que permiten ilustrar el comportamiento de la población en la constitución de familias

La diversidad de situaciones en relación con el tipo de hogares y familias existentes es una tendencia que se acentúa en la Región en la última década. Aunque las familias nucleares continúan siendo las predominantes se han reducido en promedio de 63,1 a 61,9 por ciento. Esta disminución se explica en parte, por el incremento de los hogares no familiares y en particular los unipersonales. Los informes nacionales de los países seleccionados plantean la hipótesis que estos hogares unipersonales no se configuran sólo por el evento de la viudez, sino también por causas de separación o divorcio y probablemente por decisión de proyecto de vida distinto al de la familia nuclear².

¹ Este Documento fue elaborado sobre la base de los Informes Nacionales de Derechos Humanos de las Mujeres realizados por ELA (Argentina), Coordinadora de la Mujer (Bolivia), SISMA (Colombia), Corporación Humanas (Chile), Taller Comunicación Mujer (Ecuador), DEMUS (Perú).

² Bolivia reporta el surgimiento y crecimiento de hogares no familiares tanto en el área rural como en el área urbana. Estos procesos se encuentran asociados a una tendencia de des-tradicionalización que permitirían modificar las construcciones culturales. No obstante, en el caso de la configuración de familias, las que adquieren más importancia son las consanguíneas, que han experimentado un crecimiento de casi del 100%.

El modelo nuclear predominante –representado por la pareja y sus hijos solteros– coexiste con otras formas de organización familiar cada vez más habituales, como los hogares monoparentales –integrados por el jefe del hogar, generalmente una mujer, con sus hijos– y monoparentales extendidos, es decir, monoparentales a los que se suman otros familiares o no familiares³.

En ninguna de las referencias nacionales se encuentran datos sobre parejas del mismo sexo que constituyan núcleo familiar. Ello hace suponer que pueden estar incluidas en las definiciones de familia extendida sin núcleo, es decir parientes cuya consanguinidad no esta referida a una pareja de padres o abuelos heterosexuales, o en las familias compuestas. Lo anterior es sólo un supuesto que no está documentado.

Transformaciones en curso: Aumento de jefatura de hogar femenina, y de familias monoparentales

Como se ha dicho, una tendencia observable es el incremento de familias monoparentales con hijos con jefatura masculina y principalmente con jefatura femenina.⁴

La alta proporción de mujeres sin ingresos propios, las brechas de ingreso entre hombres y mujeres y el predominio del trabajo informal entre las jefas de hogar ocupadas, situaciones documentadas en los informes, deben ser motivo de preocupación. Estos factores determinan la consideración de las mujeres como sector vulnerable, merecedoras de políticas cuya titularidad se les concede fundamentalmente en su condición de madres. La autonomía personal de las mujeres jefas de hogar, al igual que la de las mujeres que viven en pareja, legalizada o no, está

³ Por ejemplo, en Argentina estos hogares han experimentado un crecimiento de un 5% al desde 1991 a la fecha. En el caso de Ecuador, las familias nucleares representan un 53%, y las monoparentales un 9.5%. En Chile, en el período intercensal 1992-2002, aumentaron las familias monoparentales de un 8.6% a un 9.7%. En Perú el 58% de las familias son nucleares, de las cuales el 44,1% corresponde a la categoría de biparental con hijos; aproximadamente un 10% de las familias son monoparentales, mayoritariamente con jefatura femenina. En Colombia, predominan las familias nucleares biparentales. En el nivel urbano, representan el 50%. Le siguen en importancia, con el 34%, la familia extensa (monoparental y biparental).

⁴ Por ejemplo, en el informe nacional de Bolivia, se demuestra un aumento de la jefatura de hogar femenina del 24 % al 31%, en el periodo intercensal 1992 – 2001. Según señalan los informes nacionales, en Argentina el porcentaje de hogares que tienen a una mujer como jefa registra un crecimiento del 6% entre 1991 y 2002. En Chile, la jefatura de hogar femenina habría aumentado de un 25 a un 32%, la que se produce fundamentalmente en hogares biparentales, en este caso incluyendo nucleares y extensos

restringida por la falta de autonomía económica, y la exigencia de asumir las tareas domésticas y de crianza de manera exclusiva, cuya contraparte es la falta de co-responsabilidad paterna (no conyugal). Con excepción de Ecuador El trabajo reproductivo no es reconocido como trabajo en ninguno de los países analizados⁵.

Relación entre matrimonio y familia

El Comité de seguimiento de la Cedaw prescribe que la ley debería proteger la igualdad de las mujeres amancebadas en la vida familiar, y en el reparto de los ingresos y los bienes. Además, las mujeres deberían gozar de igualdad de derechos y obligaciones con los varones en el cuidado y la crianza de los hijos o los familiares a cargo.⁶ Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) destaca la importancia de aceptar las diversas formas de familias, con la inclusión de las parejas no casadas y sus hijos, y de las familias monoparentales y sus hijos.⁷

En todos los casos, exceptuando Colombia⁸, las definiciones de familia tienen una base privilegiada en el matrimonio y en el supuesto de la unión de una pareja humana heterosexual y monogámica. La definición institucional de familia se construye a partir de una noción de 'normalidad' generada por la pareja heterosexual, en contraposición a la anormalidad o disfuncionalidad que se atribuye a otras formas de conformación familiar. Por otra parte, aunque las leyes de matrimonio de los países seleccionados, expresan explícitamente un criterio de igualdad entre los contrayentes, se observan serias incoherencias con otras normas civiles que le restan fuerza a estas definiciones.

Los datos reales sobre el retorno o nuevo incremento (dependiendo de las matrices de tradición que caracterizan a los distintos países) de las parejas informales pone de relieve los temas de autonomía económica y de

⁵ El Art. 36 Constitución Política del Ecuador, reconoce el trabajo doméstico como productivo. Sin embargo, de esta norma no se han derivado medidas que permitan el acceso de las amas de casa a la seguridad social, ni la cuantificación del aporte del trabajo doméstico, ni otras que hagan efectivo algún derecho en este ámbito.

⁶ Comité de la Cedaw, Recomendación General N° 21, punto 18 del comentario.

⁷ PIDCP, Observación General (OG) N° 28, párrafo 27.

⁸ La Constitución Colombiana de 1991 tiene la virtud de no confundir la familia con la institución jurídica del matrimonio, como sucede en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas.

reconocimiento de las mujeres, en el marco de estructuras normativas débiles o ausentes, como en el caso de Chile respecto del derecho de las convivientes a decidir sobre el patrimonio familiar⁹.

Los ordenamientos normativos de Perú, Ecuador y Colombia (no se dispone de datos en el caso de Bolivia) reconocen las uniones de hecho¹⁰. Sin embargo, este reconocimiento está afectado por sesgos legales y culturales que favorecen la unión matrimonial y atribuyen de hecho la propiedad de los bienes familiares al varón. Del mismo modo, las convivientes, principalmente las más pobres, enfrentan diversas barreras de acceso al reconocimiento de sus derechos¹¹.

En Chile las uniones de hecho no son reconocidas ni ocasionan derechos para los integrantes de la pareja, aunque sí se garantiza la igualdad jurídica de los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio. Argentina, no obstante ha realizado importantes reformas en la línea del reconocimiento de la igualdad de los contrayentes del matrimonio, todavía carece de legislación nacional que regule satisfactoriamente las uniones de hecho, así como de normas que establezcan procesos que permitan la efectivización de las obligaciones alimentarias.

En la línea de identificar avances, un caso digno de mención es el de la ciudad de Buenos Aires (Argentina es un Estado federado) donde rige la Ley N° 1.004, conocida como de Unión Civil, que contempla ciertos beneficios para las uniones de hecho, cualquiera sea el sexo y la orientación sexual de sus miembros.¹²

⁹En Chile, entre 1992 y 2002 disminuyeron las personas mayores de 15 años casadas: 51.8% y 46.2%, respectivamente y, aumentaron las personas que viven en uniones de hecho: 5.7% y 8.9% en esos mismos años. También se incrementó el número de personas separadas de 3.4% a 4.7%. Datos disponibles de Argentina permiten observar que aproximadamente un 36 % del total de uniones de pareja, son consensuales.

¹⁰ Colombia reporta que la ley le otorga a la compañera del trabajador debidamente inscrita, el derecho a las mismas prestaciones que tendría la cónyuge. En Perú el concubinato es reconocido y genera principalmente derechos patrimoniales. El informe de Ecuador denuncia que este reconocimiento no se expresa en procedimientos asequibles para que las mujeres ejerzan derechos patrimoniales o puedan exigir co-responsabilidad familiar.

¹¹ El estado peruano, considera a la familia y el matrimonio como instituciones naturales y fundamentales de la sociedad y del Estado, por lo tanto protege a la familia y se promueve el matrimonio (Artículo 4 de la Constitución). El reconocimiento que hace la Constitución Política del Ecuador de las uniones de hecho está condicionado al hecho que los miembros de la pareja no tengan otros vínculos matrimoniales. Para obtener protección jurídica estas uniones deben ser legalizadas mediante un trámite específico no reglamentado, que depende de un juez civil y está mediado por el pago de una tasa judicial.

¹² Sancionada el 12 de diciembre de 2002 y promulgada el 17 de enero de 2003. Esta ley define una unión civil como “la unión conformada libremente por dos personas mayores de edad, que conviven en una relación de afectividad estable y

En el resto de los países, la legislación desconoce las relaciones afectivas y familiares entre personas del mismo sexo, lo que deja a este sector de la población en franca desprotección.

La autonomía pendiente

La Cedaw obliga a los estados parte a reconocer a varones y a mujeres los mismos derechos con respecto a la libertad de circulación, así como a la libertad para elegir su residencia y su domicilio, y los compromete a eliminar la discriminación contra las mujeres en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares, en especial respecto de los derechos y las responsabilidades durante el matrimonio y, si este se disuelve, respecto de los derechos y las responsabilidades de los progenitores.¹³

El PIDCP obliga a los estados a reconocer el mismo trato a los varones y a las mujeres con respecto al matrimonio.¹⁴ Los estados deben reconocer a las mujeres el derecho a contraer matrimonio únicamente en virtud de su libre y pleno consentimiento, y cerciorarse de que el régimen matrimonial estipule la igualdad de derechos y obligaciones de los dos cónyuges en relación con la custodia y el cuidado de sus hijos.¹⁵

La Cedaw también afirma la igualdad de derechos de los varones y la mujeres en la sociedad y en la familia; obliga a los estados parte a reconocer a las mujeres, en materia civil, una capacidad jurídica idéntica a la de los varones, y las mismas oportunidades de ejercerla, y los compromete a reconocer la igualdad de derechos para firmar contratos y administrar bienes.¹⁶ Además, los obliga a adoptar las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra las mujeres en todos los asuntos relacionados con los derechos en el matrimonio en materia de bienes,

pública, análoga a la familiar, con independencia de su sexo y orientación sexual". Se requiere un plazo de convivencia de un período mayor a un año, a menos que la pareja tenga descendencia en común, en cuyo caso no se considera necesaria la duración de la convivencia. En el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, la *unión civil* goza de los mismos derechos y beneficios que los otorgados –o los que en un futuro se otorguen– a los parientes, matrimonios, esposos y/o cónyuges.

¹³ Artículos 15 y 16, Incisos c, d, e, f, g.

¹⁴ OG N° 28, párrafo 23.

¹⁵ OG N° 28, párrafo 25.

¹⁶ Cedaw, artículo 15, incisos 1 y 2.

adquisición, gestión, administración, goce y disposición de los bienes tanto a título gratuito como oneroso.¹⁷

En general, y aunque la definición de matrimonio contiene un elemento igualitario en la mayoría de los países, mirado con mayor detenimiento la regulación jurídica del matrimonio consagra y refuerza la desigualdad de las mujeres a través de normas expresamente discriminatorias. El caso más flagrante en este sentido es el de Chile, donde la administración de los bienes de la sociedad conyugal es asignada al marido¹⁸. Si bien la mujer casada en sociedad conyugal está facultada para administrar los bienes que adquiera con el producto de su trabajo, el derecho a conservar estos bienes cuando se disuelva la sociedad conyugal está condicionado a que renuncie a los bienes sociales.¹⁹ En este país la Ley de Matrimonio Civil recientemente promulgada, reconoce el divorcio vincular de manera muy restrictiva. Además, esta Ley otorga al matrimonio religioso efectos civiles lo que significa un retroceso de 100 años respecto de la separación entre la Iglesia y el Estado.

Otro ejemplo demostrativo de la desprotección de las mujeres se encuentra en el caso del rapto en Ecuador: aunque tiene una penalización dentro del código penal (Art. 529)²⁰, en la mayoría de los casos, es asumido como una práctica cultural, y por tanto aceptada, más aún si de por medio existe la evidencia de que se hayan dado relaciones sexuales consentidas o no consentidas. La forma de "arreglar" el problema es casando a la mujer, menor de edad, con su raptor y/o violador.²¹ Respecto de la administración de bienes, la legislación ecuatoriana presume que la

¹⁷ Cedaw, artículo 16, inciso h.

¹⁸ Art. 1752, e inciso 3

¹⁹ Código Civil, artículo 150.

²⁰ El Código Penal Ecuatoriano sobre el rapto dispone:

Art. 529.- Será reprimido con prisión de uno a cinco años y multa de cuarenta a cien sucres el que, con fines deshonestos, por medio de violencias, artificios o amenazas, hubiere arrebatado o hecho arrebatado a un menor de más de siete años de edad.

Art. 530.- Si la persona arrebatada es una niña menor de dieciséis años, la pena será de tres a seis años de reclusión menor.

Art. 531.- El que hubiere arrebatado o hecho arrebatado a una mujer mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, que hubiere consentido en su rapto y seguido voluntariamente al raptor, será reprimido con uno a cinco años de prisión.

Art. 532.- El raptor que se casare con la menor que hubiere arrebatado o hecho arrebatado, y los que hubieren tomado parte en el rapto, no podrán ser perseguidos sino después de haber sido definitivamente declarada la nulidad del matrimonio.

²¹ El código penal plantea incluso que "si el raptor que se casare con la menor que hubiere arrebatado o hecho arrebatado, y los que hubieren tomado parte en este rapto, no podrán ser perseguidos sino después de haber sido definitivamente declarada la nulidad del matrimonio". Este hecho contradice claramente el numeral 4 de la Observación general 19 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en el que se establece que el matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

administración de los bienes conyugales debe ser realizada por el marido si en el acta de matrimonio consta lo contrario por expresa decisión de los contrayentes (Art. 180 de Código Civil).

Argentina es demostrativa de avances positivos por cuanto la reforma de la Constitución Nacional de 1994 incorporó al derecho interno la Cedaw, otorgándole con ello jerarquía constitucional a este instrumento. Sin embargo, todavía existen algunas normas que efectúan un tratamiento discriminatorio hacia las mujeres como las referidas al régimen patrimonial de bienes (por ejemplo, para probar el carácter propio de los bienes cuando se trata de una mujer, se requiere que, en el momento de la compra, además de declarar que adquiere el bien con dinero propio, indique cómo obtuvo ese dinero); y la edad para contraer matrimonio (16 años para los hombre y 18 para las mujeres), entre otras.

En las relaciones de parentalidad, las mujeres experimentan diversas formas de discriminación. Por ejemplo en Chile por mandato legal, la patria potestad corresponde al padre²² y si los padres viven separados la ley asigna el cuidado de los hijos/as a la madre. Cuando se trata de mujeres lesbianas, el Tribunal Supremo ha sentado jurisprudencia al establecer, en un caso paradigmático de tuición, que las madres lesbianas (y por extensión a padres homosexuales) no están habilitadas moralmente para convivir y criar a sus hijos/as, a pesar de que diversos informes psicológicos acompañados en el juicio de tuición señalan lo contrario. Otro caso de discriminación en este tema es el de Argentina cuyas normas de filiación establecen el apellido del padre como el único necesario para los hijos.

Políticas sociales relativas a la familia, sin enfoque de derechos

Las diferentes formas de discriminación o las debilidades que denotan los ordenamientos jurídicos analizados en relación a las garantías de autonomía personal de las mujeres, también tienen una expresión en las orientaciones de políticas públicas, que se orientan a las familias. Los

²² Si bien la ley permite que el padre y la madre puedan adoptar un acuerdo -que debe cumplir ciertos requisitos de formalidad- para que la patria potestad sea ejercida conjuntamente o por la madre, a falta de este acuerdo siempre corresponderá al padre. (Art. 244).

antecedentes disponibles, permiten afirmar que la familia es privilegiada por la iniciativa social del Estado; aunque sean las mujeres las que en gran parte de los programas revisados detentan la titularidad de los beneficios, no son ellas ni sus necesidades las que se consideran a la hora de planificar estas acciones. Más aún, muchos de estos programas – caracterizados crecientemente por transferencias de renta condicionadas o no por contraprestaciones- se han elaborado sobre un supuesto que es la elasticidad del tiempo de las mujeres: ellas deben hacerse responsables de gestionar tales beneficios, de realizar el trabajo comunitario cuando les es exigido, y garantizar que estos aportes se orientan a la asistencia sanitaria y educacional de sus hijos e hijas.

El criterio de focalización predominante de las políticas públicas son los hogares de menores ingresos, independientemente del tipo de familia que alberguen. Tradicionalmente la mayoría de las políticas gubernamentales se han construido a partir de un concepto de familia “funcional” donde hay presencia de padre y madre vinculados por matrimonio con perspectiva de convivencia de larga duración, hijos e hijas propios y en donde los roles de género están perfectamente definidos: las mujeres responsabilizadas de los trabajos domésticos y los hombres de los extradomésticos. Queda en evidencia que el supuesto que entraña este modelo es asimétrico y poco democrático.

De acuerdo a los informes, las medidas de apoyo para actividades productivas de mujeres que son responsables de su grupo familiar, o medidas que contribuyen al cuidado infantil para madres que trabajan remuneradamente, consideran a las mujeres como un buen agente redistribuidor de recursos y beneficios en el interior de la familia, y mucho menos como ciudadanas con derechos propios. Algunas evidencias de este enfoque, orientado a la entrega de beneficios más que a la generación de condiciones para el ejercicio de derechos, es que en los países analizados la tenencia de la tierra, el acceso a créditos y la propiedad de la vivienda está distribuida de manera desigual en desmedro de las mujeres.

Otra barrera para la autonomía de las mujeres dice relación con su acceso al trabajo y su nivel de ingresos. La subocupación de las mujeres es una realidad documentada en los Informes Sombra sobre DESC; asimismo se ha demostrado que el trabajo a domicilio, y el trabajo en el sector informal, o no regulado de la economía, han otorgado mayores oportunidades de inserción laboral de la mujer debido por una parte, a la inexistencia de barreras a la entrada a este mercado y por otra, al permitir compatibilizar los quehaceres familiares con la generación de ingresos monetarios. Estas formas de inserción laboral precarias, no implican sino una mayor intensidad de trabajo en los dos ámbitos, sin descargar de responsabilidades familiares a las mujeres. El derecho al tiempo libre y al desarrollo de actividades que vayan en beneficio de la autonomía personal de las mujeres, es en este contexto impracticable.

Organizaciones de la sociedad civil que trabajan en este ámbito

En aquellos informes que identifican a estas organizaciones (Argentina, Ecuador, Bolivia) se concluye que son diversos y de diferente origen tanto en los niveles nacionales como locales. Es en la temática de familia donde se hace notoria la presencia de organizaciones de corte confesional y conservadores. También hay organizaciones feministas o de defensa de los derechos de las mujeres, que abordan el tema de la familia en el marco de demandas más amplias. La legitimidad de estas organizaciones como interlocutoras de la autoridad se logra mediante un trabajo arduo y sostenido de documentación de las discriminaciones, denuncia, y de elaboración de propuestas. El trabajo de articulación es también una estrategia persistente. Esta articulación se da en niveles nacionales y regionales. Las actividades de estas organizaciones citadas en los informes, van desde la asistencia familiar directa, asesoría legal para casos de separación y divorcio, programas de apoyo a mujeres que sufren violencia, hasta la utilización de los mecanismo de denuncia y exigibilidad de derechos de las mujeres en los niveles nacional y regional.

En los últimos años han surgido algunas organizaciones que trabajan por el reconocimiento e la diversidad sexual y por el respeto a sus derechos

humanos. La interlocución entre estas organizaciones y las de mujeres parecen ser todavía, eventuales y coyunturales.

6.2 TESIS SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DE LA FAMILIA

Tesis: la familia como persona jurídica

Según nos lo cuenta CASTAN TOBEÑAS el teólogo p. Fessard observo en la familia el tipo acabado de personalidad moral.

Para SAVATIER la familia es "una persona moral desconocida " ya su juicio existen algunos derechos subjetivos que no pertenecen ninguno de las personas físicas que integran la familia, sino a la familia considerada como tal. Afirma el jurisconsulto francés que entre esos derechos se cuentan, por ejemplo, en el aspecto patrimonial, los sepulcros de familia, las cargas del matrimonio, la legítima hereditaria, el salario familiar; y entre los extrapatrimoniales, el derecho al apellido o nombre patronimico de sus miembros, los derechos emergentes de la patria potestad con sus atributos, etc.

Este concepto fue impugnado por DABING, y especialmente por PLANIOL y sus continuadores, quienes afirman que la familia no es un grupo constituido según una forma jurídica precisa. Esta compuesta por un numero variable de personas unidas entre si por determinadas relaciones jurídicas, no existe patrimonio familiar ni representación jurídica de la agrupación.

En argentina, los tratadistas BELLUSCIO, ZANNONI, entre otros, controvierten la tesis de SAVATIER. Dice el primero de ellos: "es que no cabe duda de que en nuestro derecho la familia no es persona jurídica, pues le falta evidentemente la capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones que es la nota distintiva de la personalidad".

Nosotros consideramos que realmente no es una persona jurídica puesto que, como tal, no tiene representante legal, ni puede adquirir ningún tipo de obligaciones.

Los miembros de la familia adquieren individualmente las responsabilidades propias, y no se les exige su cumplimiento en representación de una familia, sino como personas particulares. En

idéntica forma, el estado la ha reglamentado. Sostienen también esta posición.

Tesis: la familia como organismo jurídico

Es sustentada por el profesor italiano ANTONIO CIEN, cuyos principales argumentos resume el tratadista BELLUSCIO de la siguiente manera, "para este la familia se presente como agregado de formación natural y necesaria, que en este carácter se coloca junto al estado, pero es anterior y superior a el. Si bien reconoce que la familia no es persona jurídica, afirma que se trata de un organismo jurídico; carácter que estaría dado por la circunstancia de que entre los miembros de la familia no habría derechos individuales sino vínculos recíprocos de interdependencia entre los sujetos y subordinación de todos ellos aun fin de sus miembros a quienes la ley se las confiere.

Tratarse de una organización de caracteres jurídicos similares a los del estado: en este habría relación de interdependencia ente los individuos y sujeción de ellos al estado; en la familia, las relaciones jurídicas serian análogas, diferenciándose solo en que la sujeción es al interés familias.

Tesis: la familia como institución

VALENCIA ZEA. Admite que la familia es una institución en sentido objetivo que debe realizar unas funciones especiales; la transmisión de la vida y de la cultura aclarando que la palabra institución debe emplearse. Entendiendo como tal a la familia en sentido ontológico, que viene a ser una institución en sentido sociológico.

Como bien lo advierte ZANNONI, el derecho mediante principios propios, organiza con carácter normativo y sistemático la realidad ontológica, erigiendo en instituciones jurídicas el matrimonio la filiación, la adopción, etc.

BELLUSCIO, afirma que "una familia es una unión o asociación de personas, pero la familia es una institución, la institución de que se vale la sociedad para regular la procreación, la educación de los hijos y la transmisión por herencia de la propiedad".

Al respecto, nuestra Corte Suprema de Justicia, en relación con este tema, dijo "la familia es la institución histórica y jurídica de mas hondo arraigo a través de las distintas etapas de la civilización. Constituye uno de los grupos sociales que satisfacen los profundos intereses personales del hombre y de la sociedad en conjunto. Como núcleo natural del desarrollo colectivo, es la base de la solidaridad y de la ayuda mutua.

Por ello, juega papel decisivo en el progreso del estado y en el fortalecimiento de la comunidad. Surge, o como producto del convenio matrimonial, o al margen de este.

"esta cualidad sociológica exige, en consecuencia, su protección legal, y ello mediante un estatuto que determine con precisión los deberes y derechos de sus miembros con virtualidad para hacer cumplir los unos y respetar los otros. Por tanto, se trata de preceptos de orden publico, de vigencia anterior a la creación subjetiva del vinculo familiar; independientes de la voluntad del padre, la madre o el hijo, y cuyos efectos jurídicos no pueden estos modificar o extinguir".

La institucionalidad de la familia

Se ha afirmado que la familia ante todo es una institución social, ello desde un punto de vista sociológico: institución que trasciende como un conjunto de pautas de conducta internalizadas que se aplican a una determinada categoría de relaciones sociales, en este caso, las familiares.

MONRROY, se explica" por que en otros miembros de la familia no hay derechos Individuales viene vínculos recíprocos de interdependencia entre los sujetos y subordinación de todos ellos o un fin superior con asignación de funciones que son ejercidas por aquellos de sus miembros a quienes la ley se los confiere".

ROBERTO DE RUGGIERO. Dice que es un organismo social fundado en lo sexual, la procreación el amor, pero, aclara; "no se halla organizada patrimonialmente pues no es una persona jurídica al que le corresponda un patrimonio propio que no le pertenezca a los individuos sino al ente colectivo; ni aun siendo ,como es un organismo unitario, en muchos de sus aspectos tiene un patrimonio común destinado a fines superiores".

Por ultimo se considera a la familia como institución jurídica, social, permanente y natural.

La declaración universal de los derechos del H de las N.V. en su art. 16 inc. 3° expresa que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad" o "núcleo fundamental de esta, la carta sin duda, se aproxima bastante a las tesis antes comentadas.

6.3 CRITERIOS PARA DETERMINAR LA AUTONOMIA DEL DERECHO FAMILIAR

Guillermo Cabanellas

Para considerar una disciplina jurídica autónoma, es necesario satisfacer cuatro criterios: el legislativo, el científico, el didáctico y el jurisdiccional.

6.3.1 Criterio Legislativo

El criterio o autonomía legislativa se da cuando la rama de derecho tiene sus propias leyes y códigos, que su legislación, aun cuando haya formado parte de otra, sea en un momento dado independiente y autónoma, con principios básicos propios y exposición de motivos; pues con la evolución de la humanidad se va haciendo necesario un estudio especializado de cada una de las diferentes disciplinas rectoras, así suceden el campo del derecho, por lo que los juristas no debemos asombrarnos y por el contrario enfrentar esa realidad, para resolver los problemas planteados por ese avance de la humanidad.

Ahora aportaremos unos datos sobre las diversas legislaciones sobre la familia, dadas en nuestro siglo que apoyaran y fundaran definitivamente el criterio o autonomía legislativa del derecho familiar. México es el primer país en el mundo que contó con una legislación autónoma sobre la familia. Fue la Ley Sobre Relaciones Familiares, promulgada por Don Venustiano Carranza en Veracruz, el día 9 de abril de 1917, y su autonomía del Código Civil se funda en el artículo 9 de la referida ley.

Es decir, esa parte de la Legislación civil, referida a la Familia, iba a tener vigor independientemente del Código Civil de 1884, que seguía vigente en

las demás materias, excepto en la familiar, pues la legislación familiar tenía por primera vez en su historia, cierta autonomía legislativa.

6.3.2 Criterio Científico

La autonomía científica de una disciplina jurídica consiste en la producción literaria y bibliográfica especializada y dada con independencia de cualquier otro género del derecho. La elaboración de libros, ensayos, artículos originados independientemente de la rama del derecho que los haya creado, nos permite ver el criterio científico de una ciencia.

Es necesario hacer notar que la autonomía científica del derecho familiar no se ha logrado totalmente, pues son múltiples los factores influyentes en lograr esa autonomía. Hay una evidente corriente doctrinal en torno al derecho familiar, pues es evidente el interés de los diferentes sectores integrantes de un país por proteger y reglamentar todo lo referente a la familia, sus relaciones entre sí, con miembros externos a ella, con el Estado.

En México no existe una corriente doctrinaria autónoma respecto al derecho familiar, sin embargo los estudiosos del derecho civil han aportado estudios sobre el derecho familiar incluyéndolos en el derecho civil.

Ahora bien, el criterio científico del derecho familiar esta completamente justificado con la gran producción general y especializada existente sobre derecho familiar. En algunos lugares aún no puede pensarse en el derecho familiar como una disciplina autónoma, sin embargo es perfectamente claro que igual al criterio legislativo, el criterio científico del derecho familiar está completamente desarrollado y proyectado. Debemos destacar que no en todo el mundo se puede considerar al derecho familiar como disciplina autónoma, sino en algunos lugares y épocas, pues el derecho familiar es una disciplina propia e independiente de la tradición bipartita del derecho, en público y privado.

En México hasta la fecha no ha sido contundente el avance del derecho familiar, situación lamentable porque como hemos dicho, la familia por su importancia debe ser reglamentada en forma autónoma de la legislación civil.

Como podemos darnos cuenta, el avance doctrinario del derecho de familia es cada vez mayor, pues las obras especializadas sobre la materia están constantemente en evolución. En nuestro país la situación doctrinaria del derecho de familia no se ha definido todavía, pues generalmente se le coloca dentro del derecho civil.

6.3.3 Criterio Didactico

Consiste en la enseñanza del contenido del derecho familiar como rama independiente del derecho privado en general y, en especial, del derecho civil.

Con la enseñanza universitaria del derecho familiar se complementa el criterio didáctico. La autonomía docente esta perfectamente dada en algunas facultades de derecho, así por ejemplo, en algunas se incluye el estudio de la familia, sus relaciones y la naturaleza jurídica del derecho de familia, en los cursos de derecho civil impartidos. Este es el aspecto que guarda la docencia del derecho de familia en México y propugnamos un desarrollo universitario mas amplio en este renglón, pues evidentemente que el derecho de familia es tan complejo que fácilmente podrían darse cursos especiales y monográficos sobre la mencionada materia.

Debemos agregar que en la División de Estudios Superiores de la UNAM., se ha incluido en sus programas de doctorado un curso monográfico sobre "Derecho Familiar", con lo cual se pretende una autonomía didáctica, pues es una materia no incluida dentro de los programas de Derecho civil en general.

6.3.4 Criterio Jurisdiccional

Se refiere a la existencia de tribunales autónomos para la resolución de controversias familiares. Actualmente es más que una realidad es una

meta por alcanzar, pues en pocos lugares existen verdaderos tribunales de familia. Si existe el derecho sustantivo de la familia, deben promulgarse sus normas procesales reguladoras, en cuanto a sus trámites judiciales. El establecimiento de organismos autónomos para resolver conflictos familiares, sería una medida acertada en la resolución de la crisis actualmente sufrida por la familia, pues es evidente que una orientación adecuada y una atención especial podría resolver conflictos familiares en su etapa inicial, y la mejor manera de lograrlo es a través de Tribunales Familiares.

La autonomía jurisdiccional familiar, que en México existen juzgados familiares, los cuales están dedicados exclusivamente a resolver conflictos motivados en la Familia y en los intereses económicos de los menores, así como los incapaces sometidos a tutela, entre otros.

6.4 Constitución Jurídica de la Familia

La constitución y la naturaleza jurídica de la familia, dota por primera vez al derecho privado, en un marco filosófico y conceptual extensivo a todas las instituciones familiares reguladas por el Código Civil Revisado.

El Derecho de familia, ya no se corresponde con la realidad social inmediata actual. Se impone, por tanto, reconocer y estructurar el "Derecho de las familias", ya que las personas hoy se relacionan e interactúan, en asociaciones muy diversas, para satisfacer sus necesidades emocionales, físicas y económicas, todas ellas con igual demanda de protección jurídica adecuada y justa.

El estudio de las distintas nociones y premisas que distinguen la familia en el mundo de hoy permitió identificar los dos principales enfoques que pretenden conceptualizar la familia moderna: el enfoque funcionalista, de un lado, y el enfoque formalista, del otro. Este último enfoque hace depender la protección jurídica del grupo familiar de la constitución previa de un acto formal, que hasta hoy ha sido el matrimonio, o, en el mejor de los casos, de la existencia de relaciones tradicionalmente aceptadas como "familiares". El primer enfoque, el funcionalista, reconoce el paradigma de la familia nuclear tradicional, pero también da legitimidad y reconocimiento legal a otras relaciones que responden a las mismas

necesidades que suple la familia tradicional y producen los mismos efectos, con independencia de su constitución por medio de un acto formal.

Este enfoque reclama de las legislaturas y de los tribunales una visión más humana y realista, en tanto reconoce que los individuos deben tener mayor control sobre sus relaciones familiares o sobre su vida familiar, sin menoscabo de la protección jurídica a la que tienen derecho²³.

Luego de ese análisis, fue necesario reconocer que "el Derecho no se identifica únicamente con la norma, ni se agota en ella". El Derecho y todo lo jurídico, son eminentemente vivencia humana y social, tensión y conflictos de intereses interpersonales. La norma jurídica, particularmente la legislada, es un *posterius*, no un *prius* respecto de la realidad social a la que pretende servir. El Derecho es, sobre todo, una superestructura normativa, una cobertura formal, precedida y condicionada por una realidad social, realidad subyacente de la que el propio Derecho no puede apartarse, ignorándola, sin grave riesgo de divorcio entre una y otro²⁴.

A partir de esta apreciación, es que se aconseja una nueva visión de las instituciones familiares tradicionales e introducir normas para regular otras relaciones humanas que cumplen el mismo objetivo de "la familia", como ésta se concibe en la sociedad actual. Para algunos teóricos, "no se puede dar tutela jurídica a una relación familiar sólo por el hecho de que se haya realizado un acto formal constitutivo de la misma, y negársela, en cambio, a la relación familiar que no se constituya de esta forma".²⁵

Por ello, sostienen, "sólo la estructura familiar que cumpla su función como lugar idóneo para el desarrollo de la personalidad del individuo debe ser protegida por el Derecho, independientemente de que esté o no constituida sobre un acto formal."

Se supera así "la visión formalística y moralizante del Derecho y se realiza la personalidad y la dignidad humana". Esta visión pretende incluir entre las asociaciones humanas que merecen protección del Derecho, no sólo las que se forman a partir de la unión del hombre y la mujer y su prole, sino

²³ "Looking for a Family Resemblance: the Limits of the Functional Approach to the Legal Definition of Family", 104 *Harv. L. Rev.* 1640, 1641 (1991); Fraticelli Torres, *op. cit.*, pág. 263.

²⁴ *Op. cit.*, pág. 201.

²⁵ Estrada Alonso, Eduardo, *Las uniones extra-matrimoniales en el Derecho Civil español*, 2da. ed., Madrid, Civitas, 1991 págs. 95-97

también de la unión consciente, continua y responsable de personas que quieren unir sus vidas para satisfacer sus necesidades humanas, emocionales, sociales y económicas aunque no respondan al perfil de la familia tradicional. Ninguna revisión del Derecho de familia que se efectúe al iniciarse el siglo XXI puede obviar esa consideración, cualquiera que sea el resultado final de esa evaluación.

Otros rasgos característicos sobresalientes del son los siguientes: reconoce la igualdad y la paridad de derechos entre los miembros de una misma familia, independientemente de su género, edad o posición jerárquica, todo ello, sin menoscabar la autoridad natural y legal de los progenitores, tutores o custodios sobre aquellos miembros a los que deben proteger; reconoce y regula los deberes de respeto, solidaridad, asistencia y protección recíprocos entre los miembros del núcleo familiar, independientemente de su composición, como marco conceptual que rechaza la violencia intrafamiliar o entre los miembros del grupo familiar; reconoce la necesidad de regular de una manera especial los procedimientos judiciales y administrativos que les son propios, según su naturaleza y finalidad social, y establece la preferencia por los procesos no contenciosos para atender los asuntos de familia; fortalece la institución de la familia al supeditar el interés individual al familiar, cuando ello sea apremiante y distribuye la responsabilidad por las cargas familiares entre todos los miembros del grupo familiar, en la medida de sus capacidades y posibilidades personales y económicas.

Este proceso de revisión del Código Civil permite reevaluar la idoneidad del procedimiento adversativo que se practica hoy en los tribunales para determinar si es la mejor vía procesal para resolver las controversias provocadas por las disputas familiares o por la ruptura matrimonial, desde la disolución misma del matrimonio, hasta las determinaciones sobre el cuidado y responsabilidad de la prole, sin olvidar la liquidación del régimen económico que gobierna la gestión económica de la pareja.

La reforma sustantiva tiene que ir acompañada de una revisión paralela de la materia procesal y evidenciaría, de modo que el sistema de justicia pueda operar efectiva y armoniosamente. La adopción de un nuevo contenido jurídico fue, pues, justificación propicia para iniciar esos nuevos estilos y modelos para la solución de disputas en el plano familiar. La

negociación y la mediación ya se aceptan como modelos alternos en distintos foros. Este proyecto promueve la preferencia por los métodos conciliatorios de solución de conflictos y esa visión se traduce en una nueva normativa, alejada de la culpa, para regular la disolución del matrimonio, los asuntos relativos a la custodia y a la autoridad parental sobre la prole, la obligación alimentaria y la liquidación del régimen matrimonial.

El llamado proceso alternativo que recomienda este Código, sobre todo para dirimir las dificultades y controversias generadas durante el proceso de disolución del matrimonio, persigue que las partes puedan actuar fuera del modelo confrontacional que tanto daño causa a las relaciones familiares. Es decir, el nuevo enfoque sustantivo y procesal que adopta este Código requiere la sumisión de las partes a mecanismos ágiles, menos tradicionales, para la solución de las controversias entre miembros de la familia. El nuevo escenario conciliatorio o, menos adversativo, mientras sea posible, debe propiciar el fortalecimiento de los lazos familiares y del respeto que se deben los miembros entre sí, aunque exista separación física o jurídica de algunos de sus componentes por razón del decreto judicial.

En resumen, está claro que aunque las disposiciones que atañen a la familia permanezcan en el campo del Derecho privado, no puede negarse la existencia de un interés público en la organización, el gobierno y las relaciones personales y económicas que produce la familia. Hoy se le reconoce mayor importancia a los derechos fundamentales de la persona en la organización familiar, sobre todo, cuando se trata de la protección de su intimidad y de su integridad personal.

Sin embargo, en cuanto afecta o incide en la individualidad de la persona natural, el ejercicio de los poderes familiares ha dejado de ser un asunto privado.

En diversos Estados se han aprobado varias piezas legislativas que proclaman la política pública de fortalecimiento y protección de la familia como un interés apremiante del Estado. En la última década, por ejemplo, se promulgaron importantes leyes para la intervención con la violencia doméstica, para la protección de los menores de edad, para hacer cumplir de modo efectivo y acelerado la obligación de los progenitores de

alimentar a sus hijos, así como para la creación de agencias gubernamentales que pongan en vigor estas leyes encaminadas a la protección de la familia.

Vale recordar el reconocimiento jurisprudencial, al amparo de la Constitución y del Código Civil, de derechos tales como el derecho a la disolución del matrimonio por consentimiento mutuo; el derecho de la mujer a interrumpir su embarazo al amparo de su derecho a la intimidad (vigente en el Distrito Federal); el derecho de los padres a decidir con quién se relacionan sus hijos e hijas, entre otros. Aunque estas doctrinas parecen fortalecer la intimidad familiar, realmente abren las puertas para una mayor participación del Estado en los asuntos intrafamiliares.

Por otro lado, reconociendo la importancia de proteger la familia y velar por su pleno desarrollo, encaminado a la protección y el fortalecimiento de la familia. En su exposición de motivos se declara que, como parte de la política pública del Estado, esta Junta deberá aunar esfuerzos para fortalecer la unidad familiar y promover la autonomía económica y social de la familia. Las medidas mencionadas antes son ejemplo de ello. La rama ejecutiva ha asumido un papel más protagónico en la atención de estos males sociales que tienen su génesis en relaciones de familia disfuncionales que merecen la atención asertiva y decidida del Estado. Sin embargo, debe quedar claro también que cualquier esfuerzo dirigido a proteger y fortalecer la familia no puede producir un trato distinto, según la composición o la condición social o económica del grupo familiar, hacia aquellas familias que no responden al modelo tradicional. Es deber del Estado dirigir sus esfuerzos y emplear los recursos necesarios para fortalecer y apoyar la familia, independientemente de la composición o de la condición social o económica del grupo familiar.

6.5 Relaciones jurídicas familiares

Las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de derechos y obligaciones recíprocos de los integrantes de la familia.

Procedencia: Tiene precedente legislativo, en la doctrina científica, particularmente los Artículos 138 Ter. y 138 Quintus del Código Civil del Distrito Federal.

Comentario

La idea de que las relaciones jurídicas generan un conjunto de obligaciones y derechos presenta un interés particular en el ámbito de las relaciones familiares, pues se consideran más bien como deberes o funciones sociales, ubicados cómodamente entre las cuestiones revestidas de orden o interés público. Sin embargo, la realidad es que la ley impone obligaciones y reconoce derechos a los miembros de la familia, en atención a la posición que ocupa en ella y a la necesidad de protección que dicha posición conlleva. Mientras el hijo es menor, se le protege como tal, y se le atribuyen a su persona derechos esenciales que garantizan su subsistencia y el desarrollo integral como persona. Cuando es mayor de edad, la reciprocidad ha de traducirse, entre otras instancias, en la obligación principal de sostener a sus progenitores o hermanos.

Por tanto, no hay discusión respecto a la afirmación de que en el seno de la familia se producen deberes y responsabilidades, y de que éstos corresponden recíprocamente a todos los miembros de la familia por el hecho de ser tales. Esta dinámica responde al principio de igualdad reconocido en este título. No hay cabida pues, a la exclusión de algún miembro de la familia del goce de los derechos que le son propios por pertenecer a ella, como tampoco a la posibilidad de que pueda renunciar al cumplimiento de sus obligaciones.

Mucho se ha escrito con respecto al cuestionamiento de si la familia posee unos derechos subjetivos o si, por el contrario, le corresponden únicamente deberes u obligaciones que cumplir respecto a otros. Sobre este particular la doctrina más ilustrada apunta a que, a diferencia del ejercicio libre de los poderes jurídicos que se le atribuyen a la persona en otros campos del Derecho, los poderes derivados de las relaciones jurídico-familiares se le atribuyen a quien los tutela para que, mediante su ejercicio, se puedan cumplir los fines del ordenamiento jurídico, pero, en lugar de derechos, se prefiere llamarles potestades o derechos en función. En estricta técnica jurídica, el artículo provee la base normativa esencial para que la institución opere como se espera de ella. En el caso particular de las relaciones de familia es importante que la ley exprese que los miembros de la familia se deben los unos a los otros ciertas obligaciones, como la de alimentarse, socorrerse y brindarse protección. Así, el ordenamiento jurídico reconoce y protege los cimientos necesarios para

que la institución familiar pueda sostenerse por sí sola y cumplir, por ende, su propósito. Los derechos subjetivos que reclama la familia se le atribuyen a un titular, al sujeto de derecho, en tanto madre, padre, hijo o hermano, pero no para la realización de sus propios intereses, sino para la gestión y la defensa del interés familiar.

6.6 Normas de orden público

Las normas que regulan las relaciones jurídicas familiares son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger el desarrollo integral de la persona en el entorno familiar.

Procedencia: Tiene precedente legislativo. Se inspira en la doctrina científica, particularmente los Artículos 138 Ter. y 138 Quintus del Código Civil del Distrito Federal.

Comentario

Acorde con el interés público que generan las relaciones de familia, diversos juristas han argumentado que, debido a la importancia de esta institución, las normas relativas al Derecho de familia deben pertenecer al Derecho público. Esta noción, que se ha debatido desde comienzos del siglo XX, no ha sido adoptada en las jurisdicciones de Derecho civil, a pesar de despertar gran interés público entre juristas de renombre. Hay consenso sobre el hecho de que las relaciones familiares pertenecen al Derecho privado "porque conciernen a un sector importantísimo de nuestra vida en cuanto a simples personas y no en cuanto a súbditos o miembros de la comunidad nacional u organización política a la que llamamos Estado"; "no se puede negar la existencia de un interés público en la organización de la familia o en algunos de los puntos claves de ésta..."

Es indudable que la familia es una institución social y jurídica de destacada importancia, a la que el Derecho delega funciones esenciales, tanto para la supervivencia del grupo familiar como para la estabilidad de la sociedad en la que se inserta. Por ello, el precepto propuesto asigna a las relaciones jurídicas que nacen del entorno familiar la categoría de normas de orden público. Debido a las implicaciones humanas y sociales de esas relaciones, el Estado tiene la facultad de intervenir en aquellos casos en los que hay necesidad de proteger un interés superior, como lo es la estabilidad y el bienestar de los miembros de una familia. Bajo esa potestad discrecional,

o *parens patriae*, el Estado puede restringir la autoridad parental a un progenitor que abusa emocional o físicamente de su hijo y responsabilizarlo de los daños que le cause, o puede permitir una acción legal entre cónyuges en algunas de las circunstancias contempladas en la Ley de Violencia Intra-familiar, entre otras, aunque se favorezca la inmunidad parental o marital como norma general.

La intervención del Estado en la intimidad familiar se sustenta precisamente en las bases del interés público que se pretende salvaguardar. Existe un interés legítimo en el mantenimiento de la institución familiar y, en aquellos casos en los que los intereses individuales no persigan el bienestar del colectivo, puede limitarse el arbitrio y la libertad de acción de sus componentes. Además, el precepto quiere dejar claramente establecido en nuestro sistema de derecho que, a pesar de que las normas jurídico-familiares pertenecen al Derecho privado, el Estado tiene un interés apremiante en protegerlas y que son inderogables por actuación de la mera voluntad privada.

Francisco Bonet, afirma que "el derecho de familia ocupa un puesto propio en la órbita del Derecho privado, porque las normas de que resulta son imperativas o de *ius cogens* (llamadas de orden público) y repugnan a los derechos subjetivos familiares algunos caracteres que aparecen connaturales en los derechos subjetivos patrimoniales.

6.7 Derechos y obligaciones de los miembros de la familia

Los miembros de la familia tienen recíprocamente el derecho y la obligación de respetarse, protegerse y socorrerse y de proveer para el levantamiento de las cargas familiares en la medida de sus posibilidades, recursos económicos y aptitudes personales. Cuando uno de los miembros de la familia requiere atenciones especiales o no puede valerse por sí mismo, los demás son responsables de su protección y sostenimiento, en las condiciones y el alcance que determine la ley.

Los intereses de la persona prevalecen sobre los de su grupo familiar únicamente si atañen a su intimidad e integridad personal o cuando el interés colectivo no es apremiante.

Procedencia: Tiene precedente legislativo. Se inspira en la doctrina, particularmente el Artículo 138 Sextus del Código Civil del Distrito Federal.

Comentario

El reconocimiento de que la dignidad del ser humano es inviolable y que todos los seres humanos son iguales ante la ley es la base fundamental de la Constitución. Desde que se adoptó el ideal, se han producido cambios importantes, muy significativos, en la legislación y la jurisprudencia sobre el Derecho de familia.

En cuanto a los efectos personales del matrimonio, destaca la reforma de la normativa que regula las relaciones personales y económicas dentro del matrimonio. Es de especial importancia el reconocimiento de la igualdad formal entre el hombre y la mujer en el seno del matrimonio y la familia. Este cambio de paradigma también se reflejó en el reconocimiento de la igualdad de derechos que tienen los hijos y las hijas frente a sus progenitores, hayan nacido o no dentro del matrimonio.

Estos avances jurídicos han fortalecido la cohesión del núcleo familiar, ante el reconocimiento de que cada miembro de una familia posee, frente a los otros, los mismos derechos y prerrogativas humanas fundamentales, entre ellas, la protección de su dignidad y de su intimidad, y también las mismas expectativas de trato igualitario y justo en el seno de la institución. Ahora bien, aunque la familia no anula la individualidad de sus miembros, como institución, puede reclamar la protección de los intereses superiores que la sostienen.

Al declarar que todos los miembros de una misma familia tienen respecto a los demás el derecho y la obligación de respetarse, protegerse y socorrerse mutuamente, el precepto sirve también de antecedente a las obligaciones recíprocas que se regulan en los títulos relativos a la autoridad parental, la obligación alimentaria y los regímenes económicos. Más importante aún, sienta las bases para una convivencia familiar basada en el respeto mutuo y en la aspiración de vivir en paz. La violencia doméstica encuentra rechazo expreso en este precepto, con independencia de si surge entre la pareja o entre cualquiera de los miembros de la familia. Por ello, Vázquez Bote señala que las relaciones de familia deben ser "fundamentalmente iguales, elevando el respeto de los hijos respecto de los padres, pero defendiendo también el menor sometimiento de aquéllos respecto de éstos".

Puede plantearse que el lenguaje abarcador de la primera oración del artículo propuesto cubre todas las necesidades que deben atenderse en el seno de la familia por los miembros que componen el núcleo familiar. Sin embargo, nos parece importante establecer específicamente en la segunda oración del artículo la responsabilidad recíproca de protección y sostenimiento para aquellos que requieren atenciones especiales o no pueden valerse por sí mismos, según las condiciones y dentro del alcance que determine la ley. Ello armoniza con la sensibilidad especial que reclama esta reforma hacia la persona con necesidades especiales, como persona y como miembro del grupo familiar. Así, el precepto, en su totalidad, sirve de antecedente a los demás títulos porque enmarca las relaciones familiares en una dinámica de apoyo, colaboración y desarrollo pleno de dichos miembros, particularmente de los más necesitados de amparo.

La familia genera un patrimonio y con éste unas relaciones económicas. Es decir, la familia genera una actividad económica con la que busca satisfacer las necesidades del grupo, actividad que a su vez genera obligaciones con terceras personas. Debido a la importancia de las gestiones económicas y sociales que se producen en el núcleo familiar, el Estado, en aras de protegerlas, puede limitar el juego de la autonomía de la voluntad de cada uno de los miembros. Ello es así porque la vida y la evolución de un pueblo, su progreso político y económico, están supeditados al bienestar y a la protección de la familia.

Al disponer que todos los miembros deben proveer para el levantamiento de las cargas familiares en la medida de sus posibilidades, de sus recursos económicos y aptitudes personales, el artículo propuesto persigue establecer claramente una justicia conmutativa entre los miembros del grupo familiar. Cada cual aporta en la medida en que su edad, preparación, patrimonio o talento lo permita, lo que crea lazos de apoyo más fuertes y permite distribuir la responsabilidad entre todos los componentes del núcleo familiar. Ello no le quita la responsabilidad primaria de proveer para las atenciones de la familia a los progenitores, sólo provee recursos alternos para la atención de las necesidades especiales y particulares que cada núcleo genera. Los tribunales han de avalar las aportaciones que sean justas y razonables, a la luz de las

normas que de modo concreto establecen las obligaciones de cada cual, según el papel que éste desempeña en su realidad familiar inmediata. Para lograr el balance de los intereses conflictivos entre individuo y su familia, el segundo párrafo dispone que los intereses de la persona sólo han de ceder sobre los de su grupo familiar si atañen a su intimidad e integridad personal o cuando el interés colectivo no es apremiante. Este artículo guarda armonía con las otras normas contenidas en este Código relativas al alcance de la autoridad parental sobre los hijos y sus bienes, o las que supeditan el uso y el destino de los bienes, comunes o personales, al bienestar familiar, o permiten la extensión de la obligación alimentaria más allá de la vigencia del matrimonio.

El precepto se inspira en la doctrina patria. Serrano Geysls señala que "el Estado tutela jurídicamente los intereses de la familia y coloca así en posición subordinada los intereses individuales". Comenta también que "aun en las relaciones patrimoniales, se protegen principalmente los intereses superiores de la familia". De otro lado, Puig Brutau expresa que "en el ejercicio de los derechos, el interés individual es sustituido por un interés superior, que es el de la familia, y para las necesidades de ésta, y no para las del individuo, se concede la tutela jurídica".

Sin duda, el interés del grupo familiar debe subordinarse al interés personal de uno de sus miembros en aquellos casos en los que su intimidad e integridad estén en peligro. De esta forma el Estado ha limitado y hasta suspendido la patria potestad de los progenitores en casos de maltrato; ha permitido las demandas por daños entre miembros de una familia cuando no hay unidad familiar que preservar y ha permitido que un cónyuge demande al otro en casos de violencia doméstica.

6.8 Carácter privado de los procesos

Las vistas, los expedientes y las actuaciones judiciales en los procesos en los que se ventilen asuntos sobre relaciones jurídicas familiares deben tener carácter privado y confidencial, salvo que las partes soliciten expresamente que se hagan públicos o que se dé acceso a terceras personas. El tribunal podrá denegar la solicitud si la divulgación de la información o de los procesos perjudica la adjudicación final del asunto en controversia.

Comentario

Resaltada la importancia de las relaciones familiares y el interés superior que representan para el Estado y apuntada la función social que cumple la familia y el carácter de orden público que se asigna a sus procesos, no debe pasarse por alto que ese interés no puede opacar el respeto a la dignidad y a la intimidad que cobijan a la persona dentro y fuera del seno familiar.

De otro lado, es conocido que los procesos civiles, en su gran mayoría de carácter contencioso, sacan a la luz pública eventos e información íntima que comprometen la dignidad de los afectados y, en ocasiones, el decoro que se espera del proceso. Como las historias y los asuntos privados que se divulguen en los pleitos de familia pueden atacar la vulnerabilidad de algunos sujetos, como son los menores de edad, hay que tomar algunas previsiones especiales para garantizar que sus derechos fundamentales no se violenten innecesaria o injustamente.

La Regla del Procedimiento Civil necesita aprobar para velar por el sano desenvolvimiento de los pleitos familiares y para preservar la dignidad de las partes, disponiendo que en los procedimientos judiciales sobre casos de disolución del matrimonio, relaciones paterno filiales, filiación, adopción, alimentos, patria potestad y custodia, y tutela, debe mantenerse un ambiente de privacidad que los proteja del escrutinio público. Para incluir en ese ámbito de protección a los expedientes relativos a esos casos. Así, los expedientes y sus copias podrán ser mostrados sólo a personas con legítimo interés, por orden judicial y por causa justificada.

El precepto propuesto recoge la norma procesal para elevarla a rango sustantivo, a partir del aval que le ha extendido la doctrina jurisprudencial.

6.9 Naturaleza de los procesos

En la atención de los conflictos y los procesos jurídicos familiares se dará preferencia a los métodos conciliatorios de solución de conflictos.

Procedencia: Artículo 97 del Código Civil de Puerto Rico, sobre el acto de conciliación. Se inspira en la doctrina científica, la política adoptada en el Estado Libre Asociado de Puerto Rico a favor de los métodos alternos de solución de conflictos. Se basa particularmente en las Audiencias de Justicia Alternativa aplicadas por el Poder Judicial.

Comentario: Las estadísticas reflejan que las materias relativas al Derecho de familia representan más de un 30% de los casos que integran el calendario judicial.

Cada día son más los casos de esta índole que llegan a los tribunales, con el agravante de que, por su naturaleza, no terminan el conflicto entre las partes de modo definitivo. Por ello, hay consenso entre los juristas y los críticos del sistema de la necesidad de crear métodos alternos al proceso adversativo para atender los procesos intrafamiliares. Máxime cuando en la mayoría de estos pleitos se tratan asuntos de gran sensibilidad, cuyo resultado, no importa cuál sea, afectará para siempre la vida emocional y afectiva de las partes.

Este tema es de vital importancia para la declaración de la autonomía de un Código Familiar con el deseo de implantar métodos alternos de solución de disputas como vías de escape del sistema adversativo tradicional. De hecho, ya el sistema de tribunales se cuenta con varios centros de solución de disputas en distintos distritos judiciales y con reglamentación aplicable.

El proceso de conciliación en los casos de divorcio, cuando hay hijos menores, también resalta como mecanismo alternativo al proceso ordinario de resolución de disputas entre particulares. Pero estos métodos tienen grandes limitaciones, por que dejan fuera asuntos de orden público como el estado civil, el matrimonio y los derechos de los hijos, entre otros, todos ellos, precisamente, materias del Código Civil Revisado.

El artículo propuesto promueve otros métodos resolutorios menos nocivos a las relaciones, sentimientos e intereses de las partes involucradas en controversias de índole familiar. Después de todo, la mayor parte de las relaciones familiares subsisten después de finalizado el pleito legal. El Estado, en ejercicio de su poder de *parens patriae*, debe velar porque se conserve la estabilidad de esas relaciones, de modo que sean menos perturbadoras de la institución de la familia y de la armonía social.

En el método conciliatorio, estima la doctrina, "el propósito en la solución del conflicto es más profundo; se trata de resolver una disputa específica. No se enfatizan las posiciones jurídicas, sino los intereses de las partes en cuestión y cómo éstos pueden ser armonizados de la manera más duradera y beneficiosa a todas las partes envueltas".

Con el aumento en las tasas de divorcio, la mediación ha emergido como una alternativa a los costos financieros y emocionales de la litigación.

Los llamados métodos alternos de resolución de disputas se han desarrollado ampliamente en otros países para atender los conflictos de familia y proveer una alternativa distinta a la confrontación que tradicionalmente genera el litigio convencional. Con los nuevos métodos se persigue armonizar las necesidades e intereses de las partes para que juntos puedan encontrar una solución al conflicto. Esta nueva metodología profundiza en el problema en sí y no se ocupa meramente de imponer un castigo a una de las partes o aplicar fríamente el Derecho a una situación de hechos particular. Por ejemplo, en Canadá, los procedimientos de divorcio integran la participación de los hijos en todo el proceso, incluida la toma de decisiones, hasta el punto de que llegan a ser los hijos los que determinan los horarios de visita.

En España, por su parte, la ley de mediación familiar catalana (2001) cubre a las personas unidas por un vínculo matrimonial, a las personas que forman una unión estable de pareja y cualquier otra situación familiar en la que haya hijos. Esta ley permite hacer frente a las realidades conflictivas de la familia, tales como la falta de comunicación, de desacuerdo en aspectos económicos y en otros temas. Además, provee para que las personas con pocos recursos puedan acceder a los servicios de mediación que ofrece el estado.

El artículo propuesto adopta esta vía de resolución de conflictos para todo caso de familia, salvo contraindicación especial en la propia ley, tal como se contempla en algunos casos específicos en los que la amenaza a la integridad física o emocional de una parte o el decoro del proceso no lo aconsejan.

6.10 Naturaleza jurídica

Tradicionalmente se ha considerado que, el Derecho de Familia, es una sub-rama del Derecho civil, sin embargo, puesto que este último se estructura sobre la base de la persona individual y que habitualmente se ha estimado que las relaciones de familia no pueden quedar regidas sólo por criterios de interés individual y la autonomía de la voluntad, en la actualidad gran parte de la doctrina considera que es una rama autónoma

del Derecho, con principios propios. Sin embargo, para considerarse autónoma, es necesario que se den tres supuestos, la independencia doctrinal, la independencia legislativa y la independencia judicial.

Varios países han recogido legislativamente este cambio doctrinario dictando un Código de Familia (aparte de un Código Civil). Ése ha sido el caso de Argelia, Bolivia, Cuba, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Marruecos, Panamá, México (en algunos estados de la federación), Polonia y Rusia, entre otros.

Además, y por similares consideraciones, desde hace varios años diversos Estados han creado judicaturas especializadas en esta materia, denominadas comúnmente *juzgados o tribunales de familia*.

Características

- **Contenido moral o ético:** esta rama jurídica habitualmente posee normas sin sanción o con sanción reducida y obligaciones (o más propiamente *deberes*) fundamentalmente incoercibles. Por ello no es posible obtener el cumplimiento forzado de la mayoría de las obligaciones de familia, quedando entregadas al sentido ético o a la costumbre (una importante excepción es el derecho de alimentos).
- **Regula situaciones o estados personales:** es una disciplina de estados civiles (de cónyuge, separado, divorciado, padre, madre, hijo, etc.) que se imponen *erga omnes* (respecto de todos). Además, dichos estados pueden originar relaciones patrimoniales (*derechos familiares patrimoniales*), pero con modalidades particulares (diversas de aquellas del Derecho civil), pues son consecuencia de tales estados y, por tanto, inseparables de ellos.
- **Predominio del interés social sobre el individual:** esta rama posee un claro predominio del interés social (o familiar) en sustitución del interés individual. Ello genera importantes consecuencias:
 - **Normas de orden público:** sus normas son de orden público, es decir, son imperativas e indisponibles. No se deja a la

voluntad de las personas la regulación de las relaciones de familia; sin perjuicio que tal voluntad sea insustituible en muchos casos (como en el matrimonio o la adopción), pero sólo para dar origen al acto (no para establecer sus efectos).

- o **Reducida autonomía de la voluntad:** como consecuencia de lo anterior, el principio de autonomía de la voluntad (base del Derecho civil) no rige en estas materias. En general, se prohíbe cualquier estipulación que contravenga sus disposiciones. Un importante excepción la constituyen las normas sobre los regímenes patrimoniales del matrimonio.
- o **Relaciones de familia:** en esta disciplina, a diferencia del Derecho civil (donde prima el principio de igualdad de partes), origina determinadas relaciones de superioridad y dependencia o *derechos-deberes*, especialmente entre padres e hijos (como la patria potestad), aunque la mayoría de los derechos de familia tienden a ser recíprocos (como es el caso del matrimonio).

Actos y derechos de familia

Los *actos de familia* son habitualmente solemnes, o sea, requieren de ciertas formalidades (por ejemplo, el matrimonio, la adopción, etc.); y comúnmente no pueden ser objeto de modalidades (por ejemplo, no pueden estar sujetas a plazo).

Los *derechos de familia*, que derivan de los actos de familia, son por regla general irrenunciables, inalienables, intransmisibles e imprescriptibles y, además, tienden a ser *derechos-deberes* (como la patria potestad). Sin embargo, los beneficios económicos provenientes de ellos, en algunos casos, pueden renunciarse o prescribir.

6.11 Características de los Tribunales de Familia

¿Qué características tienen los Tribunales de Familia?

Los juicios son orales, haciendo los procesos más informados y rápidos. Respeto y protección a la intimidad. Los jueces se preocupan durante todo

el proceso, de cuidar la intimidad de las partes en conflicto, especialmente la de los niños.

El juez al tener contacto directo con las partes, puede hacer más expedita la tramitación del juicio. Determina los plazos y fija los procedimientos más adecuados a cada uno de los conflictos.

En todos los juicios el Juez primero busca lograr acuerdos. Se pretende que las partes puedan dar solución en forma pacífica y más rápida a su conflicto.

Si las partes tienen varios conflictos de familia, éstos se concentran en un solo juicio, siempre que estén sometidos al mismo procedimiento. Así un solo tribunal y un solo juez dicta sentencia sobre todas las materias expuestas.

Respeto al interés superior del niño. Habrá una consideración principal por el respeto de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

¿Qué materias abordan los Tribunales de Familia?

Derechos y deberes relacionados con el cuidado de los hijos; alimentos, cuidado personal (tuición), la relación directa y regular con los hijos (derecho de visitas), patria potestad, violencia intrafamiliar, autorización de salidas de niños y niñas fuera del país, filiación, entre otros. Conflictos y situaciones vinculados al matrimonio, violencia intrafamiliar, adopciones, nulidades, divorcios, separaciones judiciales, separación de bienes, bienes familiares.

En general todas las cuestiones personales derivadas de las relaciones familiares.

¿Cómo se accede a los Tribunales de Familia?

Cualquier persona puede presentar una demanda en los Tribunales de Familia, no siendo necesario tener abogado, a menos que la otra parte contrate uno. En ese caso, el juez está obligado a designar un abogado de la Corporación de asistencia judicial o bien el abogado de turno.

Se puede concurrir al juzgado a presentar oralmente la demanda la que será redactada por un funcionario del juzgado, o Presentar una demanda por escrito, en cuyo caso, deberá ir acompañada de los documentos que la apoyan, como los certificados de nacimiento, matrimonio, etc., según corresponda.

Existen cinco tipos de procedimientos en los Juzgados de Familia

- Procedimientos ordinarios: los que se aplican para todas las materias. Estos procedimientos tienen la promesa de que en el más breve plazo, una vez presentada la demanda, se realizará la primera audiencia con el juez.

- Procedimiento especial para los casos de violencia intrafamiliar: una vez presentada la demanda, en un plazo no mayor a 10 días, se realizará la audiencia preparatoria del juicio.

- Procedimiento especial de aplicación de medidas de protección de niños, niñas y adolescentes: en este caso las audiencia preparatoria se debe efectuar en no más de 5 días, de presentada la demanda.

- Procedimiento que resuelve las solicitudes de las partes, donde no hay conflicto.

- Procedimiento que sanciona faltas contempladas en las leyes penales, exceptuándose ciertas faltas como las relacionadas con drogas, cometidas por mayores de 16 años.

6.12 Salas Familiares

6.12.1 Introducción

En todo proceso de modernización de la administración e impartición de justicia, la organización institucional, juega un papel fundamental. Pues es precisamente, el modelo de coordinación de los recursos humanos y materiales, el que define las condiciones necesarias para que el ejercicio de la función jurisdiccional, pueda realizarse de manera eficaz y eficiente.

En este sentido, la Dirección de Planeación se ha dado a la tarea de elaborar los *manuales de organización de los órganos jurisdiccionales*, que sustenten de manera sólida cualquier programa de modernización de la función judicial. De acuerdo al *Programa Institucional 2004-2007*, la elaboración de manuales se inscribe dentro de la línea estratégica denominada "*Modernización de los procedimientos administrativos de la gestión judicial*", y forman parte del proceso para mejorar la organización y funcionamiento de las áreas jurisdiccionales, que actualmente se está realizando en el *Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*.

Conforme la metodología planteada para la elaboración de estos instrumentos

administrativos de la gestión judicial, se realizó un cuidadoso análisis de los procesos de trabajo administrativos que se desarrollan actualmente, en las Salas Familiares, a fin de conocer, no sólo las actividades y tareas que "realizan" en el ejercicio de sus funciones, sino la manera "cómo" las llevan a cabo.

Para ello, se hizo un estudio de campo en dos Salas Familiares, mediante la entrevista directa, al personal que labora en ellas. Lo que permitió conocer, fehacientemente, los principales procedimientos de trabajo que sustentan la función judicial, así como la participación que tienen de cada uno de los servidores públicos judiciales.

El presente documento es resultado del referido estudio, y comprende los antecedentes de creación y evolución de las Salas Familiares; el marco jurídico que las regula; su organigrama; su estructura orgánica; así como los objetivos y funciones de cada una de las áreas que los integran, con la finalidad de definir las responsabilidades de los servidores públicos, mostrando, claramente, el grado de autoridad y responsabilidad de los distintos niveles jerárquicos que conforman las Salas Familiares.

Al igual que en otros instrumentos administrativos de esta naturaleza, es importante aclarar que en la integración del presente Manual, sólo se consideraron los puestos de Carrera Judicial, pues son precisamente estos cargos los que la propia Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Judicial, reconoce para la integración y funcionamiento de los órganos judiciales.

Finalmente, es conveniente contemplar la modificación de este Manual a mediano plazo, con el objetivo de que en él se reflejen los cambios que día con día se van realizando en las Salas Familiares.

6.12.2 Antecedentes

A finales de la década de sesentas y principios de los años setentas, México experimentó cambios políticos y sociales, trascendentales para la vida del país. Fue justamente en este contexto, que se realizaron diversas reformas y adiciones al marco jurídico nacional, con el propósito fundamental de transformar la administración de justicia en sus diferentes niveles. Entre los diversos cambios legislativos que modificaron el funcionamiento del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, se encuentran la creación de órganos jurisdiccionales especializados en la materia familiar.

De acuerdo al dictamen de las Comisiones Legislativas asignadas¹, las reformas y adiciones, a la entonces, denominada, Ley Orgánica de los Tribunales del Fuero Común del Distrito y Territorios Federales, obedecían a la apremiante necesidad de separar del conocimiento de los Jueces y Magistrados Civiles, todo lo concerniente al derecho familiar. Pues la tarea primordial de salvaguardar los intereses de la familia, requería la intervención y el cuidado de servidores públicos especializados en la materia, con la formación y experiencia suficiente para proteger la integridad de la familia; célula básica de la sociedad.

1 Dictamen de las Comisiones Unidas del Departamento del Distrito Federal, Segunda de Justicia y de Estudios Legislativos, Sección Asuntos Generales, con proyecto de Decreto que reforma y adiciona la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito y Territorios Federales, DIARIO DE LOS DEBATES DEL CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, XLVIII LEGISLATURA, AÑO I, Periodo Extraordinario de Sesiones, México, D. F., Martes 23 de Febrero de 1971 TOMO I. - NÚM. 22.

No se debe perder de vista, que antes de la citada reforma, existían los Jueces Pupilares, pero su competencia estaba constreñida al conocimiento de asuntos relacionados con personas e intereses de menores, y demás incapacitados sujetos a tutela, (tales como discernimiento de tutores a

menores incapacitados para comparecer en juicio, nombramiento del interino para que el demente pueda ser declarado en estado de incapacidad, entre otros). Razón que legitimó la creación de los Jueces Familiares, que desde una perspectiva integral y especializada, tendrían a su cargo la resolución de las diversas controversias que se pueden plantear en el seno familiar.

Con la expedición de la Ley Orgánica de los Tribunales del Fuero Común en el Distrito y Territorios Federales, el 29 de enero de 1969, se crearon los Juzgados Familiares y junto con ellos, se asignó una de las cinco Salas existentes, para que conocieran en forma exclusiva, de dicha materia. Mediante la reforma del 18 de marzo de 1971, se estableció la creación de nuevos Juzgados de lo Familiar y Penales; se dividieron los partidos judiciales y se redefinió la competencia de cada una de la Salas existentes. El 5 de marzo de 1974, otra reforma a la Ley Orgánica modificó nuevamente la estructura del Tribunal. En cuanto a las Salas, se estableció el número de 34 Magistrados, divididos en 11 Salas y se sustituyó el nombre de Ley Orgánica de los Tribunales del Fuero Común del Distrito y Territorios Federales, por la denominación: Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal.

Debido al crecimiento de los asuntos que ingresaban a Segunda Instancia entre los años 1977 y 1982, y la evidente insuficiencia de las Salas para atender la cantidad de asuntos que les correspondía conocer, se originó un fuerte rezago en la resolución de los mismos. Ante esta apremiante circunstancia, el Pleno del Tribunal acordó el 21 de enero de 1985, la creación de nuevas Salas, hasta alcanzar un total de 14, que conocían de asuntos Civiles, Familiares y Penales; además de tres Magistrados Supernumerarios y una Sala Auxiliar, la cual, (considerando que la mayor carga de trabajo la enfrentaban las Salas Penales), se dispuso que atendiera únicamente asuntos en materia penal.

Para el año de 1995, la estructura del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en cuanto al número de Salas no había cambiado en mucho, ya que solamente se suprimieron los 3 Magistrados Supernumerarios, quedando integrado por 7 Salas Civiles; 5 Penales; 2 Familiares; y una Auxiliar.

Una de las primeras tareas del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal², fue examinar la carga de trabajo de las Salas de competencia Civil y determinó, el 3 de agosto de 1995, que la Sala Auxiliar conociera de los asuntos civiles, misma que en 1996 dejó de ser auxiliar y se convirtió en la Décimo Quinta Sala Civil, además de crearse en ese mismo año, la Décimo Sexta Sala, con la misma competencia.

² Creado el 31 de diciembre de 1994, mediante la reforma al artículo 122 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En enero de 1999, se determinó la creación de la Décimo Séptima Sala, a la que se le asignó competencia en cuestiones penales, por lo que para el año 2000, el Tribunal contaba con 20 Salas, distribuidas en 9 Civiles; 8 Penales; y 3 Familiares, manteniéndose dicha estructura hasta los años de 2003 y 2004, cuando se determinó la creación de una Sala Civil, una Penal y otra Familiar, respectivamente.

Actualmente, el Tribunal se integra por 23 Salas, compuestas por tres Magistrados cada una de ellas, de las cuales 4 son Familiares, 10 Civiles y 9 Penales.

6.12.3 Marco Jurídico

1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

Artículo 122, inciso C, BASE CUARTA, fracción II.

2.- Estatuto de Gobierno del Distrito Federal: Artículo 83, primer párrafo.

3.- Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal:

Artículos 32, fracciones IX y XIII; 38; 39; 42; 45; y 46, párrafo segundo.

4.- Oficio circular de la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, número 3403, del 17 de junio del 2004.

6.12.4 Objetivo del Área

Contribuir al logro de la paz social, a través de un sistema de administración e impartición de justicia pronta, expedita, gratuita, completa, imparcial, transparente y confiable, que garantice el estado de derecho³, mediante la resolución en Segunda Instancia, de los medios de impugnación que se interpongan en contra de las resoluciones de los Jueces Familiares, del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, de conformidad con la legislación aplicable.

De conformidad con la Misión del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, establecida en el Programa Institucional 2004-2007, aprobado por el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, mediante el Acuerdo 16-17/2005, emitido el 9 de febrero de 2005.

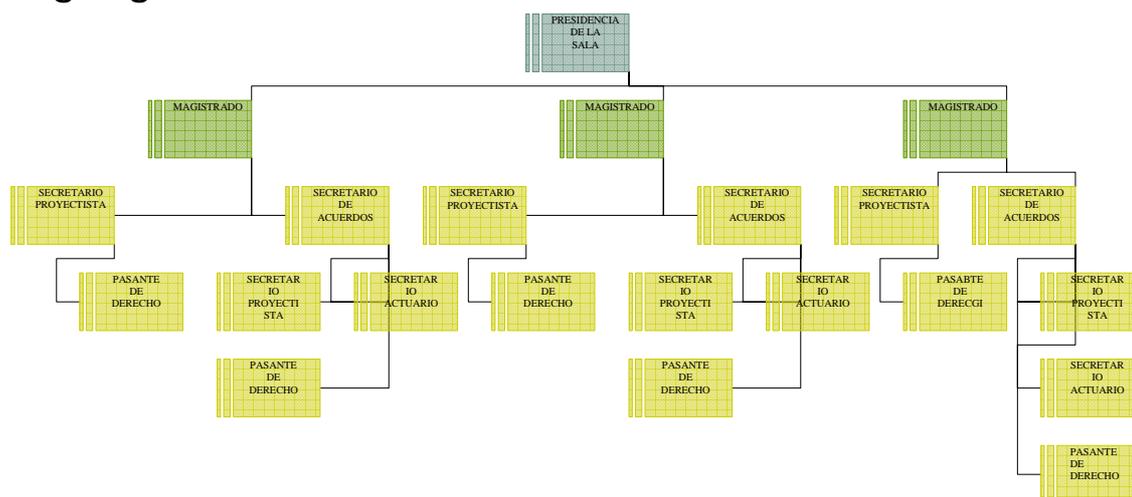
6.12.5 Estructura Orgánica

Salas Familiares

- * Ponencia 1
- * Ponencia 2
- * Ponencia 3
- * Secretaría de Acuerdos.

6.12.6

Organigrama



6.12.7 Descripción de Funciones

6.12.7.1 SALAS FAMILIARES

Funciones:

- a) Resolver los casos de responsabilidad civil y de los recursos de apelación y queja que se interpongan en asuntos de materia familiar, contra las resoluciones dictadas por los Jueces del mismo ramo, del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal;
- b) Resolver las excusas y recusaciones de los Jueces Familiares del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal;

- c) Solucionar los conflictos competenciales que se susciten en materia Familiar entre las autoridades judiciales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal; y
- d) Resolver los demás asuntos que determinen las leyes.

6.12.7.2 PRESIDENCIA DE SALA

Objetivo:

Presidir el trabajo y actividades desarrolladas en la Sala, vigilando su adecuado funcionamiento, en cumplimiento de los principios que regulan la función judicial, tanto en su aspecto de impartición de justicia, como administrativo.

Funciones:

- a) Llevar la correspondencia de la Sala, autorizándola con su firma;
- b) Distribuir por riguroso turno los negocios, entre él y los demás miembros de la Sala, para su estudio y presentación oportuna, en su caso, del proyecto de resolución que en cada uno deba dictarse;
- c) Presidir las audiencias de la Sala, cuidar el orden de la misma y dirigir los debates;
- d) Dirigir la discusión de los negocios sometidos al conocimiento de la Sala y ponerlos a votación cuando la Sala declare terminado el debate;
- e) Dar a la Secretaría de Acuerdos los puntos que comprendan las disposiciones resolutorias votadas y aprobadas;
- f) Llevar la administración de la oficina de la Sala; y
- g) Vigilar que los Secretarios y demás servidores públicos de la Sala, cumplan con sus deberes respectivos.

6.12.7.3 Magistrado (Ponencia)

Objetivo:

Conocer y resolver en forma colegiada o unitaria, los asuntos de Segunda Instancia asignados a la Sala de su adscripción, de conformidad con la legislación aplicable.

Funciones:

- a) Atender los asuntos que en Segunda Instancia se presenten en la Sala de su adscripción, impartiendo justicia expedita a la ciudadanía;

- b) Dictar los acuerdos y resoluciones, ajustándose a los términos que le conceden las leyes y los códigos aplicables;
- c) Presentar oportunamente, los proyectos de resolución (debidamente fundados y motivados), en aquellos casos que deban dictarse colegiadamente;
- d) Participar de la discusión de los proyectos de resolución que deban dictarse colegiadamente en la Sala, emitiendo su voto;
- e) Resolver unitariamente los asuntos asignados a su Ponencia, en aquellos casos previstos por la ley;
- f) Asistir a las sesiones de Pleno del Tribunal, ordinarias y extraordinarias que se celebren;
- g) Elegir anualmente, de entre los Magistrados integrantes de la Sala, al Presidente de la misma; y
- h) Llevar la administración de su Ponencia, mediante la organización, supervisión, control y evaluación del conjunto de actividades que se desarrollan en la misma, vigilando el uso adecuado de los recursos humanos y materiales disponibles.

6.12.7.4 Secretario proyectista de sala

Objetivo:

Estudiar y analizar los asuntos que le sean asignados, a fin de presentar al Magistrado de su responsabilidad, los proyectos de resoluciones, debidamente fundados y motivados.

Funciones:

- a) Revisar y estudiar detalladamente los tocas asignados por el Magistrado;
- b) Analizar los planteamientos vertidos por las partes en contra de la resolución impugnada;
- c) Efectuar los estudios y análisis jurídicos necesarios para la elaboración de proyectos de resoluciones, y
- d) Fundar y motivar las consideraciones del proyecto, a efecto de sustentar el sentido de la resolución que propone al Magistrado.

6.12.7.5 Secretaría de Acuerdos De Sala

Objetivo:

Participar en la substanciación de los asuntos que son competencia de la Sala, mediante la elaboración de los proyectos de acuerdo, dando el impulso formal de los procedimientos en sus distintos trámites, de conformidad con las leyes aplicables, así como coordinar las actividades administrativas de la propia Sala.

Funciones:

- a) Formular los proyectos de acuerdo, realizar emplazamientos y notificaciones cuando lo ordenen los Magistrados;
- b) Dar cuenta diariamente a los Magistrados, bajo su responsabilidad y dentro de las veinticuatro horas siguientes a su presentación ante la Oficialía de Partes de la Sala, con todos los escritos y promociones, en los negocios de la competencia de aquellos, así como de los oficios y demás documentos que se reciban en la Sala;
- c) Autorizar los despachos, exhortos, actas, diligencias, autos y toda clase de resoluciones que se expidan, asienten, practiquen o dicten por los Magistrados;
- d) Asentar en los tocas las certificaciones que procedan conforme a la ley o que los Magistrados ordenen;
- e) Expedir las copias autorizadas que la ley determine o deban darse a las partes en virtud de decreto judicial;
- f) Cuidar que los tocas sean debidamente foliados, utilizando, para el efecto el equipo que permita imprimir de forma permanente dicho folio y el material aprobado por el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal para la integración de los tocas. Al agregar o sustraer alguna o algunas de las hojas de éstos, asentar razón con motivo de la causa, sellando las actuaciones, oficios y demás documentos que lo requieran, rubricando aquéllas en el centro del escrito;
- g) Guardar en el secreto de la Sala, los pliegos, escritos o documentos y valores cuando así lo disponga la ley;
- h) Notificar en la Sala, personalmente a las partes, en los juicios o asuntos que se ventilen ante él, en los términos del artículo 124 y demás relativos del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal;
- i) Integrar los tocas correspondientes con los requisitos que establece la ley;

- j) Cuidar y vigilar que el Archivo de la Sala, se arregle por orden alfabético, de apellidos del actor o del promovente;
- k) Remitir los tocas al Archivo Judicial del Distrito Federal y del Registro Público de Avisos Judiciales, a la superioridad o al sustituto legal, previo registro en sus respectivos casos;
- l) Ordenar y vigilar que se despachen sin demora los asuntos y correspondencia de la Sala, ya sea que se refiera a negocios judiciales del mismo o al desahogo de los oficios que se manden librar en las determinaciones respectivas, dictadas en los tocas;
- m) Obtener las autorizaciones correspondientes para la inserción de los acuerdos en el Boletín Judicial;
- n) Tener a su cargo, bajo su responsabilidad y debidamente autorizados para su uso, los libros de control de la Sala, designando, de entre los empleados subalternos de la misma, al que debe llevar cada uno (en su caso, autoriza los Libros, de Asignación de Turno y de Control que lleva cada una de las Ponencias);
- ñ) Conservar en su poder el sello de la Sala;
- o) Ejercer bajo su responsabilidad, por sí mismo o por conducto de los servidores públicos de la administración de justicia subalternos, la vigilancia que sea necesaria en la oficina, para evitar la pérdida o extravío de tocas.
- p) Controlar la ubicación y distribución de los tocas, que sólo se mostrarán mediante el vale de resguardo respectivo previa identificación, el cual será sellado a la devolución del toca, y
- q) Las demás que les confieran las leyes y los reglamentos.

6.12.8 Oficialía de Partes de la Sala:

- a) Recibir y analizar que la documentación presentada cumpla con los requisitos necesarios para su admisión y turnar al área correspondiente; y
- b) Realizar el registro de todos los escritos y promociones que se reciban en la Sala, en la libreta autorizada para ello.

6.12.9 Secretaría Auxiliar de Asuntos Nuevos:

- a) Elaborar los proyectos de acuerdos que le solicite la Secretaría de Acuerdos;

- b) Auxiliar en el control de los sellos oficiales y en la certificación de la documentación judicial que ordene el Secretario de Acuerdos de la Sala;
- c) Apoyar al Secretario de Acuerdos en el levantamiento de las actas de las audiencias ordenadas por los Magistrados;
- d) Llevar el control administrativo de las actas, autos y toda clase de resoluciones que el Secretario de Acuerdos le indique, así como de las demás actuaciones que establezcan la ley u ordenen los Magistrados;
- e) Entregar y verificar la certificación de copias que la ley determine o la autoridad disponga, en virtud de un decreto judicial;
- f) Dar cuenta al Secretario de Acuerdos de la Sala de la debida integración de los tocas; foliado, rubricado y entresellado; y
- g) Generar y mantener actualizada, a través del Área de Informática de la Sala, la información en el Sistema de Salas Familiares (SASFAM), en la materia que le corresponda.

6.12.10 Área de Amparos:

- a) Analizar y elaborar los proyectos de acuerdos de las demandas de amparo, asignadas a la Sala;
- b) Solicitar antecedentes a los Juzgados del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, así como al Archivo Judicial del Distrito Federal y del Registro Público de Avisos Judiciales, a fin de cumplir con lo solicitado por la autoridad de amparo;
- c) Formar e integrar los cuadernos de amparos respectivos;
- d) Elaborar los informes previos y/o informes con justificación;
- e) Dar respuesta a las solicitudes de información de las autoridades competentes, dentro de los tiempos establecidos por la ley; y
- f) Las demás funciones asignadas al Secretario Auxiliar de Asuntos Nuevos, en lo que resulten aplicables.

6.12.11 Archivo de la Sala:

- a) Inventariar y conservar en su poder los tocas y demás documentación relacionada, mientras se encuentren en trámite en la Sala, y entregarlos con las formalidades legales, cuando tenga lugar la remisión, y

b) Elaborar listado y remitir los tocas al Archivo Judicial del Distrito Federal y del Registro Público de Avisos Judiciales, a la superioridad o al sustituto legal, previo registro en sus respectivos casos.

6.12.12 Secretario Actuario de Sala

Objetivo:

Realizar las comunicaciones procesales y en su caso, cumplimentar y ejecutar las resoluciones emitidas por la Sala, de conformidad con la legislación aplicable.

Funciones:

- a) Recibir del Secretario de Acuerdos los tocas de emplazamientos, notificaciones o diligencias que deban llevarse a cabo fuera de la oficina de la propia Sala, firmando en el libro respectivo;
- b) Hacer los emplazamientos, notificaciones y practicar las diligencias decretadas por los Magistrados, bajo la responsabilidad de la fe pública que les corresponda y dentro de las horas hábiles del día, devolviendo los tocas dentro de las veinticuatro horas siguientes, previas las anotaciones en el libro respectivo;
- c) En caso de existir imposibilidad para practicar las diligencias ordenadas, deberá asentar razón de ello y devolver las actuaciones dentro de las veinticuatro horas siguientes, y
- d) Recibir y realizar notificaciones o diligencias decretadas bajo la responsabilidad de la fe pública.

6.12.13 Pasante de Derecho

Objetivo:

Auxiliar a los servidores públicos judiciales que conforman la Sala (Magistrados, Secretarios de Acuerdos, Proyectistas y Actuarios), mediante el cumplimiento de las tareas y actividades que le sean asignadas.

Funciones:

- a) Auxiliar al Secretario de Acuerdos en el trámite de los asuntos de la Sala, y en su caso, en la elaboración de los proyectos de acuerdo, que se le solicite;

- b) Coadyuvar a registrar la documentación y escritos en los libros correspondientes;
- c) Apoyar en la elaboración de cédulas de notificación, oficios, exhortos, edictos y demás documentos;
- d) Coadyuvar en la preparación de las copias cuya expedición se ordene;
- e) Auxiliar en la preparación de la Audiencia de Ley para su desahogo;
- f) Auxiliar en la elaboración de proyectos de sentencia, que se le solicite; y
- g) Auxiliar en todas las funciones administrativas y sustantivas que le indique el Secretario de Acuerdos.
- h) Revisar el acuerdo de la semanería;
- i) Apoyar a los Secretarios Proyectistas en la localización de documentos y revisión de expedientes asignados;
- j) Auxiliar a los Secretarios Proyectistas en la elaboración de los proyectos que le sean solicitados; y
- i) Las demás que le sean asignadas por las necesidades del servicio.

CONCLUSIÓN

Una vez concluido este trabajo de investigación, considero que es importante reflexionar que tradicionalmente la regulación de las relaciones de familia se le ha ubicado en el Derecho Civil, en lo correspondiente al capítulo de personas

La familia como piedra angular de nuestra sociedad, es un grupo social de interés público, y por ello es interés del Estado se fortalezca y funcione sólida, organizada y saludablemente.

En el México moderno el concepto de familia va tomando una connotación mas precisa y reconocida en los Ordenamientos Legales, ya que en el Derecho Familiar, como sostenía el jurista Italiano Antonio Cicú, en este se tutelan intereses superiores por encima de los individuales.

Tratar de sostener la autonomía de una disciplina jurídica, implica una serie de procesos de independencia que debe poseer, como su independencia doctrinal, su independencia legislativa y su independencia judicial.

En algunos de los Estados de la República Mexicana, se cuenta con legislaciones que de manera exclusiva regulan las relaciones familiares, y en muchos mas se cuenta con Tribunales y Jueces especializados con un perfil especial para atender asuntos familiares, igualmente existen en el País Universidades que ya incluyen en sus planes y programas de estudios la materia de Derecho Familiar, así como Escuelas y Facultades se imparten cursos de Derecho Familiar.

Por ello considero la imperiosa necesidad de que el Derecho Familiar adquiera su independencia como una rama mas del Derecho.

Una vez que he concluido con mi trabajo considero que es importante y no puede pasar desapercibida la situación que se plantea en el mismo, ya que si bien es cierto que la familia es la piedra angular de nuestra sociedad creo que nuestra Legislación debería de regular de manera especial a las instituciones de la familia independiente a la materia Civil, y sobre todo hacer hincapié en ciertas materias en las que urge se les

de prioridad como lo son el matrimonio, el divorcio, los alimentos con respecto a los descendientes, la patria potestad, la violencia intrafamiliar, la sucesión, adopción, entre otras.

Tratar de sostener la autonomía de una disciplina jurídica, implica el conocimiento completo de una rama a la cual se le pretende desprender la que se intenta separar.

Modestamente, no estamos colocados en la hipótesis anterior, sin embargo pretendemos en la medida de nuestros conocimientos sostener, con criterios científicos, que el derecho familiar se encuentra actualmente en el momento mas apropiado para declarar su independencia del derecho civil.

Con inspiración en esas corrientes, pretendemos elaborar nuestro personal punto de vista para sostener que el derecho familiar es, doctrinalmente hablando, una disciplina autónoma, primero del derecho privado y después, del civil.

BIBLIOGRAFÍA.

- **AGUILAR GUTIÉRREZ ANTONIO.** Bases para un anteproyecto de Código Civil; Ed. UNAM, México, 1991, p.p 259.
- **BAQUEIRO ROJAS EDGAR–ROSALÍA BUENROSTRO BÁEZ.** Derecho de Familia, Edición Revisada y Actualizada; Facultad de Derecho Universidad Nacional Autónoma de México, OXFORD, México, 2004, p.p. 419.
- **BOAS FRANZ.** Cuestiones fundamentales de antropología cultural; Ediciones Solar, Buenos Aires, 1964, p.p. 140.
- **BONNECASE JULIÁN.** Elementos del Derecho Civil; Ed. Cajica, 1945. p.p. 287.
- **CABANELLAS GUILLERMO.** Fundamento del Nuevo Derecho; 1945, p.p. 228.
- **CICÚ ANTONIO.** El Derecho de Familia; Ediar Soc. Anón. Editores, Sucesores de Compañía Argentina de Editores, S.R.L. Buenos Aires, 1947, p.p. 230.
- **ENGELS FEDERICO.** El Origen de La Familia; Ed. Lenguas extranjeras, 1953, p.p 197.
- **GUITRON FUENTECILLA JULIÁN.** Derecho Familiar; Universidad Autónoma de Chiapas, Colina Universitaria, Tuxtla Gutierrez Chiapas, p.p. 220.
- **DÍAZ DE GUIJARRO.** Tratado de Derecho de Familia; Ed. Tea, 1953. p.p. 287.

- **DE BUEN NESTOR.** Las Tendencias Modernas en el Derecho de Familia; Ed. UNAM, 1996, p.p 270.
- **GALINDO GARFIAS IGNACIO.** Derecho Civil; Primer Curso, Parte General, Personas, Familia, Ed. Porrúa, México, 2003, p.p. 287.
- **LOWIE ROBERT.** Historia de la etnología; Fondo de Cultura Económica, México, 1985, p.p. 240.
- **ROJINA VILLEGAS RAFAEL.** Compendio de Derecho Civil; Introducción, Personas y Familia, Ed. Porrúa, México, 2003. p.p. 395.
- **ROJINA VILLEGAS RAFAEL.** Derecho Civil Mexicano; Tomo Segundo, Derecho de Familia, Sexta ed. Editorial Porrúa, México 1983, p.p. 395.
- **RUGGIERO ROBERTO.** Instituciones de Derecho Civil; Ed. Reus, p.p. 228.

LEGISLACIONES:

- ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Constitución Política.
- GUANAJUATO. Código Procesal Civil.
- GUANAJUATO. Código Civil.

OTRAS FUENTES.

- Loreto Bravo Investigadora Social Corporación Humanas.
- Informes Nacionales de Derechos Humanos de las Mujeres.
- Diccionario de Derecho, Rafael de Pina Vara, Editorial Porrúa, Av. República de Argentina 15, México 2006, Pág. 287.