UNAM POSGRADO
Derecho

"PATER FAMILIAS"

REVISTA DE DERECHO FAMILIAR

AÑO 2 No. 3 Julio - Diciembre 2014

De las opiniones sustentadas en los trabajos firmados responden exclusivamente sus autores. El hecho de su publicación no implica en manera alguna que esta revista, ***"PATER FAMILIAS" REVISTA DE DERECHO FAMILIAR***, se solidarice con su contenido.

Consejo General Editorial de la Facultad de Derecho

Dra. María Leoba Castañeda Rivas
Dr. Eduardo Luis Feher Trenschiner
Dr. Russell Cerón Grajales
Dr. Rosalío López Durán
Lic. Leonardo Vargas Sepúlveda
Lic. Alberto J. Montero

Editor

Lic. Claudio Vázquez Pacheco

Universidad Nacional Autónoma de México

Dr. José Narro Robles

Rector

Dr. Francisco José Trigo Tavera

Secretario de Desarrollo Institucional

Dr. Juan Pedro Laclette San Román

Coordinador de Estudios de Posgrado

Facultad de Derecho

Dra. María Leoba Castañeda Rivas

Directora

Lic. Miguel Ángel Rafael Vázquez Robles

Secretario General

Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho

Dr. Carlos Humberto Reyes Díaz

Coordinador

"PATER FAMILIAS"

Revista de Derecho Familiar

Julián Güitrón Fuentevilla
Director general

Juan Luis González Alcántara y Carrancá
Director ejecutivo

Abril Uscanga Barradas
Directora técnica

Elssie Núñez Carpizo
Directora jurídica

Gustavo Alberto Guzmán Ávila
Director editorial

Mariana Saiz Fernández
Directora de relaciones públicas

Tania Karina Mendoza Martínez
Directora de distribución

Rodrigo Aliphat Rodríguez
Director de comunicación social

Susana Roig de Güitron
Directora de coordinación

Jacinto Hernández Lucas
Director de la Programación Digital

Consejo Editorial

María Leoba Castañeda Rivas, México; José Ramón Cossío Díaz, México; Olga María Sánchez Cordero de García Villegas, México; Jorge Mario Pardo Rebolledo, México; Carlos H. Reyes Díaz, México; Jorge Fernández Ruíz, México; Olga Mesa Castillo, Cuba; Julián Güitrón Fuentevilla, México; Patricia Kurczyn Villalobos, México; Néstor de Buen Lozano, México; Lourdes Wills Rivera, Venezuela; Juan Luis González Alcántara y Carrancá, México; Birmania Sánchez Camacho, República Dominicana; Cristián Lepín Molina, Chile; Aída Kemelmajer de Carlucci, Argentina; Apolonio Betancourt Ruíz, México, Luis Mariano Negrón Portillo, Puerto Rico; María Dolores Adám, España; Héctor Roberto Goyena Copello, Argentina; Susana Pacheco Rodríguez, México; Dongsheng Zang, China-Estados Unidos de América; Edgar Corzo Sosa, México; Luis David Durán Acuña, Colombia; Carlos Lasarte Álvarez, España; Antonio García Sánchez, México; Ulises Pitti, Panamá; Ernesto Criollo, El Salvador; Manuel Granados Covarrubias, México; Michele Sesta, Italia, Dolores Loyarte, Argentina y Susana Roig de Güitrón, México.

Comité Editorial

Demetrio Cortés Ortega; Fernando Sosa Pastrana; Yamila González Ferrer, Cuba; María Beatriz Goyena Giménez, Argentina; María del Carmen Montoya Pérez; Sara Arellano Palafox; Jorge Ulises Carmona Tinoco; María José Franco Rodríguez; Russel Cerón Grajales; Elssie Núñez Carpizo; Juan Luis Castro Martínez; Ricardo Ojeda Bohórquez; Fausto Ledesma Rocher; Jesús Saldaña Pérez; Jorge Ibarra Ramírez; Rafael Rocher Gómez; Francisco Huber Olea y Reynoso; Irene López Faugier; Patricia Fernández Ayala; y Rosa María Rojas-Vertiz Contreras.

Número de reserva al título en Derechos de Autor:
En trámite
Número de certificado de licitud de título: En trámite
Número de certificado de licitud de contenido: En trámite
Primera edición: 2013
DR ® 2013, Universidad Nacional Autónoma de México.
Impreso y hecho en México.
ISSN En trámite

ÍNDICE

Contenido 1

ENSAYOS

100 años de derecho familiar en el mundo 1914-2014. 5
Julián Güitrón Fuentevilla (México)

La garantía de igualdad en los alimentos entre cónyuges..... 95
Jorge Mario Pardo Rebolledo + Rosa María Rojas-Vertiz Contreras(México)

La mediación familiar, método alternativo de solución de conflictos. 115
María Leoba Castañeda Rivas(México)

El principio de igualdad en las relaciones de familia. Una mirada desde el derecho chileno.....141
Cristián Lepin Molina (Chile)

Alienación parental nueva forma de violencia familiar. 179
Demetrio Cortés Ortega (México)

Las Salas de Justicia Familiar en Cuba: una mirada histórica desde el derecho sustantivo de familia. 201
Olga Mesa Castillo (Cuba)

La tópica familiar en la argumentación judicial 219
Milagros Otero Parga (España)

Efectos de la separación de cuerpos y del divorcio 237
Lourdes Wills Rivera (Venezuela)

Alienación parental y discurso jurídico.....267
Juan Luis González Alcántara y Carrancá (México)
Paternidad biológica y de facto: una aproximación comparativista con

el derecho estadounidense.....283
Fernando Sosa Pastrana (México)

Compensación económica por colaboración efectiva en la explotación agraria tras la extinción del matrimonio o pareja de Hecho en el Derecho Español. 301
Ana Carretero García (España)

La Sociología Jurídica y el derecho familiar. 347
Elssié Núñez Carpizo(México)

El derecho de familia emplazado a reformarse. 375
Héctor Roberto Goyena Copello (Argentina)

Las Normas de Derecho Familiar en el Derecho Francés 419
Rémy Cabrillac (Francia)

Necesidad de reglamentar la participación de los menores de edad en las controversias del orden familiar. 435
María del Sagrado Corazón de Jesús Corral Cabrera + Alma Delia López Acosta + María Elena Meléndez Soto (México)

La necesidad de incorporar equipos interdisciplinarios a los juzgados familiares, como auxiliares en las decisiones sobre guarda y custodia. 459
Reyna Lorena Barragán Hernández (México)

Ensayos

CONTENIDO

El esfuerzo permanente de superación y la búsqueda de las mejores investigaciones y las diversas alternativas de solución a los graves problemas que cotidianamente a nivel nacional e internacional, padecen las diferentes clases de familias que habitan en el mundo, atendiendo a que como producto de la evolución de las familias hoy existen tantas cuantos actos jurídicos, hechos jurídicos y hechos materiales las originen, en este número 3 de La Revista de Derecho Familiar " Pater Familias", usted como distinguido lector que nos honra con su preferencia leyendo y difundiendo este órgano oficial de divulgación de la Facultad de Derecho y de la Coordinación de Posgrado en Derecho, ambas de la Universidad Nacional Autónoma de México, encontrará en estas páginas investigaciones, ponencias, artículos, textos de conferencias magistrales y ensayos diversos sobre el Derecho Familiar.

Lo iniciamos con la conferencia magistral denominada 100 Años de Derecho Familiar en el Mundo 1914-2014. Seguimos con las últimas resoluciones en Derecho Familiar emitidas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana, acerca de La Garantía de Igualdad Entre Cónyuges; La Trascendencia en Favor de las Familias al Aplicar la Mediación Familiar como Método Alternativo de Solución de Conflictos en México. De Chile una investigación sobre El Principio de Igualdad en las Relaciones de Familia. Por la importancia que para la protección de los menores tiene la multidisciplina que incluye la psicología, la medicina, las terapias y el trabajo social, de manera extensa y documentada se presenta un estudio sobre la Alienación Parental como Nueva Forma de Violencia Familiar.

Los juicios orales avanzan a una velocidad vertiginosa y el Derecho Procesal familiar no puede quedar al margen, por lo que de Cuba analizamos el tema denominado Las Salas de Justicia Familiar en Cuba: Una Mirada Histórica Desde el Derecho Sustantivo de

Familia. De España tenemos la aportación de La Tópica Familiar en la Argumentación Judicial, que incide también en las nuevas proyecciones internacionales del Derecho Familiar. Sin lugar a dudas las maniobras psicológicas, jurídicas y materiales que realizan el padre o la madre contra sus hijos o hijas, es un tema tan importante que obliga a revisar las diferencias del Discurso Jurídico y la Alienación Parental.

De la hermana República de Venezuela tenemos una aportación actual y latente en relación a las familias para tratar Los Efectos de la Separación de Cuerpos y del Divorcio. La aplicación del método comparativo a diferentes tópicos, temas e instituciones de Derecho Familiar, permiten darle su justa dimensión a la conferencia magistral denominada Paternidad Biológica y de Facto: Una Aproximación Comparativista con el Derecho Estadounidense. Hablar del Derecho Agrario en Europa puede resultar utópico, sin embargo la investigación denominada Compensación Económica por Colaboración Efectiva en la Explotación Agraria tras la Extinción del Matrimonio o Pareja de Hecho en el Derecho Español, es la prueba palpable de la existencia del Derecho Agrario familiar en aquél país.

Saber los Orígenes de la Familia en la Sociología y en qué momento ésta deviene en Derecho Familiar, es tan importante como la trascendencia del método dialectico que se retroalimenta a través de las tesis, antítesis y las síntesis de estas disciplinas. El nuevo Código Civil de Argentina y sus tendencias han encontrado eco en la investigación denominada El Derecho de Familia Emplazado a Reformarse. Si bien es cierto que el Derecho Romano ha sido fundamental en la proyección y desarrollo de la familia, el Código Napoleón que poco favoreció a esa institución, encuentra un nuevo tratamiento en la conferencia denominada Las Normas de Derecho Familiar en el Derecho Francés, que en el siglo XXI tienen un enfoque diferente.

La preocupación permanente de los estudiosos del Derecho Familiar, específicamente en cuanto a la Convención Internacional de

los Derechos de la Niñez ha planteado La Necesidad de Reglamentar la Participación de los Menores de Edad en las Controversias del Orden Familiar y finalmente usted distinguido lector podrá saber y entender mejor, ante las graves carencias de los juzgadores familiares en psicología, psiquiatría y medicina, Satisfacer la Necesidad de Incorporar Equipos Interdisciplinarios a los Juzgados Familiares, como Auxiliares en las Decisiones sobre Guarda y Custodia.

"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
JULIÁN GÜITRÓN FUENTEVILLA
DIRECTOR GENERAL

100 AÑOS DE DERECHO FAMILIAR EN EL MUNDO 1914-2014

JULIÁN GÜITRÓN FUENTEVILLA
(MÉXICO)

El primer centenario de la creación del Derecho Familiar, se conmemora en el año 2014, considerando que el profesor italiano Antonio Cicu, quien fuera catedrático de la Universidad de Bologna incumplió y cuya obra original se publicó en el año mencionado en la ciudad de Roma con el nombre de *ildiritto di famiglia*, -el derecho de familia- que planteó por primera vez en la separación del Derecho Civil y el Derecho Familiar. La primera traducción al español se llevó a cabo en el año de 1947 que según palabras del propio autor dijo "He accedido a la propuesta que se me ha hecho de traducir al español el presente volumen, aunque publicado en 1914, porque la tesis que en el mismo se sostiene, y que se resume en la conclusión, no han perdido nada de su interés. La doctrina y la jurisprudencia italianas se han adherido a ella más o menos ampliamente. El legislador de 1942, -se refiere al italiano- no obstante la diversa orientación general en la que se inspiraba, no ha tenido que introducir modificaciones radicales, de la misma manera que legislador napoleónico, no obstante encontrarse bajo la influencia de los principios individualisticos derivados de la escuela del derecho natural, no pudo desconocer la particular naturaleza de las relaciones del Derecho Familiar. Esta particular naturaleza, así como no cambia con el cambiar de la ley en el tiempo, así tampoco cambia con el cambiar de la ley en el espacio; en todas las legislaciones civiles, la misma se encuentra más o menos reconocida. De aquí el interés que el libro presenta para cualquier ordenamiento jurídico. Interés que no está, por consiguiente, restringido dentro del ámbito de un determinado ordenamiento positivo. El mismo no sólo excede de el, sino que se extiende por todo el campo del derecho, iluminando no solo la distinción entre Derecho Público y Privado, sino todos los problemas fundamentales, tanto jurídicos como sociales.

Por la sustancial identidad de regulación de la materia en el código de 1865 y en el de 1942, -se refiere a los Códigos civiles italianos- he creído poder limitar la actualización a la cita (de los artículos del nuevo Código), -1942-correspondientes a los del Código anterior."[1]

La investigación original del Derecho es la *Ratio Juris* del doctorado en Derecho, investigar, buscar y encontrar el origen de las instituciones es primordial para quienes hemos hecho del cultivo de la ciencia jurídica, la razón principal de nuestra existencia y en el caso concreto de quien esto escribe el Derecho Familiar. Históricamente la aportación de Antonio Cicu fue en su momento revolucionaria, el transcurso de estos cien años le han dado la razón y como se podrá constatar en esta investigación, ese hecho, esa propuesta, esa creación del profesor Cicu de separar el Derecho Familiar del Civil, tuvo como primera manifestación y cronológicamente es esencial subrayarlo, que México en el mismo año en que aparece la obra de Antonio Cicu, establece por primera vez en el mundo jurídico, en el año 1914 específicamente el 29 de diciembre la primera ley del divorcio vincular en México, considerando que hasta antes de que entrara en vigor, lo que el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de la Baja California de 1884, ordenaba en esta materia, era la separación de cuerpos, la llamaba divorcio, pero no disolvía el vínculo matrimonial; hasta aquí la coincidencia histórica, esta ley es de carácter local, se da en Veracruz y la misma determina que se debe reformar la fracción IX del artículo 23 de la ley del 14 de diciembre de 1874, para quedar en los siguientes términos "el matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por mutuo o consentimiento de los cónyuges, cuando el matrimonio tenga más de 3 años de celebrado, o en cualquier tiempo, por causas que hagan imposible o indebido la realización de los fines del matrimonio por

1 Cicu Antonio. Profesor de la Universidad de Bolonia. El Derecho de Familia. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ediar soc. Anón. Editores Buenos Aires 1947. pp. 11 y 12.

faltas o graves de alguno de los cónyuges que hagan irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges puede contraer una nueva unión legítima."[2]

Es importante esta investigación, hacer hincapié en que esta ley se promulgó al margen del Código Civil y que en el artículo 2º de la ley del divorcio se determinó que cómo estaba alterado el orden constitucional se facultaba a los gobernadores del país a modificar sus Códigos Civiles para que esa ley, la del divorcio pudiera tener aplicación.

Por la trascendencia para México de la obra de Antonio Cicu, debe quedar consignado que México fue el primer país del mundo que haciendo eco a esa investigación italiana, así como la ley del divorcio que se dio al margen del Código Civil de 1884 que estaba en vigor en esa época, ésta ley fue autónoma de este Código, se promulgó para mejorar la regulación de la familia y sus instituciones principales y es fundamental referirnos a ella por algo muy importante; México es el primer país en el mundo que contó con una legislación autónoma sobre la familia. Fue la Ley Sobre Relaciones Familiares, promulgadas por Don Venustiano Carranza en Veracruz, el día 9 de abril de 1917, y su autonomía del Código Civil de 1884 se funda en el artículo 9 transitorio de la misma ley que a la letra dice: 'quedan derogados el capítulo II del título IV; los capítulos I, II, III, IV, V y VI del título quinto; los capítulos I, II, III y IV del capítulo sexto; el título séptimo; los capítulos I, II y III del título octavo; los capítulos I, II, III, IV, V, se, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII y XIV del título noveno; el titulo décimo; los capítulos I y II del título undécimo; los capítulos I.2, III, IV, V, VI y VII del título duodécimo del Libro Primero y los capítulos I, II, III, IV, V, se, VII, VIII, IX, X, XI, XII y XIII del título décimo del Libro Tercero del Código Civil publicado por el decreto de 15 de mayo de 1884'.

Es decir esa parte de la legislación civil, referida a la familia, iba a tener vigor independientemente del Código Civil de 1884, que

2 Güitrón Fuentevilla Julián. Derecho Familiar. Tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho. UNAM 1964. p.102.

seguía vigente en las demás materias, excepto en la familiar, pues la legislación familiar tenía por primera vez en su historia, cierta autonomía legislativa."[3]

Esta mención despeja cualquier duda que se pudiera tener al respecto, tanto para quienes sólo han cultivado el Derecho Civil o quienes sólo lo han hecho con el Familiar pero que no han manejado las dos disciplinas para ser civilistas y familiaristas, para entender, para aceptar que México fue el primer país en el mundo que legislativamente, no en la doctrina como lo hizo Antonio Cicu en 1914 y que su aportación en cien años en Italia no se ha convertido en derecho positivo vigente, si bien hay reformas y cuestiones importantes, debe destacarse que nuestro país formalmente fue el primero que lo hizo. Esto es trascendente porque lo que va a ocurrir concretamente en México de 1917 al 2014 es una revolución en la investigación, en la enseñanza, en la legislación, en las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia la Nación, que nosotros con sobrada razón y autoridad podemos afirmar que la misma ha creado el Derecho Familiar Jurisprudencial del que hablaremos más adelante, pero insistir que es indudable que el Derecho Familiar tiene una naturaleza jurídica distinta al civil y al privado y que su autonomía está perfectamente fundada en la ciencia, en el derecho, en la investigación, lo que no deja lugar a dudas, sobre todo y desde ahora que apuntarlo porque el Derecho Familiar, sobre todo en México es de orden público e interés social, conceptos a los que nos referiremos más adelante; esta es una información muy importante en cuanto a la alusión a la obra de Antonio Cicu y lo que México realiza con esa primera ley y que en esto escribe retoma como ya ha quedado señalado en el año 1964, a los 50 años de lo que hizo Cicu, para impulsar tanto en México cuanto en el extranjero la investigación y desarrollo del Derecho Familiar al margen del Derecho Privado y del Civil; estos 50 años de 1964 a 2014, serán objeto de este artículo, de esta investigación para que quienes me honran leyendo estas líneas, tengan el conocimiento, la

3 Güitrón Fuentevilla Julián. ob. Cit. p. 166.

certeza, de que nuestras afirmaciones son científicas, son jurídicas, tienen fundamentos, y por ello también hemos escrito una obra que se denomina Tratado Derecho Civil que consta de 20 volúmenes y que en la misma no hay una sola referencia o estudio de alguna institución de Derecho Familiar.[4]

Otras legislaciones referidas a la familia, según Díaz de Guijarro, "se dieron por una parte, y en forma integral, el Código de la Familia en Rusia (1918) luego reformado por varias veces, Yugoslavia (1946) Bulgaria aunque bajo el nombre de la Ley Sobre las Personas y la Familia (1949) y Checoslovaquia (1950) y por otra parte, en aspecto parcial, el Código del Niño, dictado en algunos países a veces con la denominación de Código de Menores, pero sin sentido político y con el propósito concreto de proveer a la protección del incapaz en todos los aspectos, por lo cual engloba normas penales y asistenciales, conjuntamente con las civiles que toma el derecho de familia.

El sistema soviético y de las llamadas "democracias populares", continúa aislado. Aunque algunos autores denominan Código de la Familia al decreto-ley francés del 29 de julio de 1939, es inexacta esta designación, no sólo porque se denomina decreto relativo a la familia y a la natalidad francesas, sino también porque no sustrae el Código Civil el régimen, porque modifica alguna de las normas de este cuerpo legal y el, y porque provee a la asistencia del núcleo por medio de la creación de instituciones protectoras, como asignaciones familiares, primas por el nacimiento, préstamos nupciales, etc.

Debemos señalar que el Código del Pueblo Alemán (BGB), que proyectara sancionar el régimen nazista, mantuvo la unidad tradicional del Código Civil pese al movimiento doctrinario que precediera a esa iniciativa y que propugnaba el traspaso de las normas sobre la familia al derecho público. También conservó esa unidad el anteproyecto del Código Civil que redactará Ossorio para Bolivia, pese a su original artículo 118, en el cual establece que la "institución de

4 Güitrón Fuentevilla Julián. Tratado de Derecho Civil Tomó I, Tomo II. pp. 51 y ss.

la familia... Participa del derecho público y del derecho privado", es norma errónea, pues no cabe que un Código Civil declare que excede su propio ámbito la materia sobre la cual legisla íntegramente, con la cual deja sin saber sobre qué incidirán las leyes del derecho público.[5]

Debemos agregar a las leyes mencionadas por Díaz de Guijarro, otras para mejor fundar el criterio legislativo respecto al Derecho Familiar, así tenemos en Rusia dos secretos promulgados en diciembre de 1917, respecto al matrimonio, divorcio y los hijos. En 1926 se promulgó el Nuevo Código sobre el Matrimonio, la familia y la tutela. Posteriormente el 27 de junio de 1939 se introdujeron nuevas modificaciones sobre el matrimonio y la familia.

Actualmente en Rusia se encuentran en vigor el decreto del 8 de julio de 1944 y el del 15 de marzo de 1945. Sobre el registro y la disolución del matrimonio, las reformas de asistencia a la madre sola y al hijo nacido de ella.[6]

Otro fundamento legislativo es el Code de famille et de tutelle de la Republique Populaire de Pologne, de 1966,[7] asimismo las declaraciones de textos constitucionales en el mundo, incluyendo México, que contiene normas sobre la familia. Así tenemos la constitución de Alabama del 12 de enero de 1946, que en sus artículos 15 y 17, se refieren a la igualdad jurídica de la mujer y a la proyección del matrimonio y la familia.[8]

En Alemania la ley fundamental de la República Federal de Alemania del 23 de mayo de 1949 establece igualdad absoluta en el matrimonio, etc. En el mismo sentido se pronuncia la Constitución de la República Democrática Alemana del 7 de octubre de 1949.

5 DÍAS DE GUIJARRO, Enrique. Tratado de Derecho de Familia, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1953.

pp. 269 y 270.

6 Romanshkin P. Fundamentos del Decreto Soviético. Academia de Ciencias de la U. R. S. S., Moscú, 1962. pp. 438 y 439.

7 Traducido del Polonés por Maciej Szepietowski bajo la redacción de Witold - Czachorski, profesor de la Facultad de Derecho de Varsovia, 1966. p.1.

8 Díaz de Guijarro. Op. Cit. p. 470.

Respecto al matrimonio y la familia, la Constitución de Baviera del 20 de septiembre de 1946, equipara a los hijos nacidos fuera de matrimonio. En igual sentido se pronuncia la Constitución de Sajonia del 28 de febrero de 1947.[9]

En América, Bolivia estableció la protección del Estado para el matrimonio, la familia y la maternidad, ordenando la igualdad jurídica entre los cónyuges, esto fue consignado en la Constitución del 24 de noviembre de 1945. También Brasil en su ordenamiento Constitucional del 18 de septiembre de 1946 reglamentó la base de la familia, diciendo lo que es el matrimonio, tanto civil como religioso, y dando un subsidio para las familias numerosas. En Bulgaria se igualó a la mujer en derechos y obligaciones, tanto el aspecto económico como en el social y el político. Igualmente reguló la pensión para la vejez, y la obligatoria protección del Estado para la familia, esta Constitución se promulgó el 4 de diciembre de 1947, y todavía sigue en vigor. En Costa Rica, el 7 de noviembre de 1949, concedió la Constitución igualdad en el matrimonio para los cónyuges, y consideró el matrimonio como base esencial de la familia. Asimismo obligó a los padres que hubieran tenido hijos extra-matrimoniales, a tratarlos como si fueran legítimos.[10]

La República de Checoslovaquia publicó su Constitución el 9 de mayo de 1948, consagró en ella la protección para el matrimonio, la familia y la maternidad. Ordenando también la igualdad del hombre y la mujer en la familia. Se preocupa esta ley por los niños, los adolescentes y los ancianos, estableciendo medidas protectoras para cada uno de ellos.[11]

La Constitución de la República de China del 25 de diciembre de 1946, permite al Estado internarse en el seno familiar para proteger la maternidad y el matrimonio, así como a las mujeres y a los niños. En la Constitución de Dinamarca promulgada en 1915 se crean

9 Díaz de Guijarro. Op. Cit. p.473 y 474.

10 Díaz de Guijarro. Op. Cit. p. 478 y 479.

11 Díaz de Guijarro. Op. Cit. p. 482.

obligaciones familiares a cargo del Estado, cuando el responsable de la familia esté impedido de proveer a su subsistencia. En la constitución del Ecuador de 1946 se borran diferencias entre hijos legítimos y se dan disposiciones en cuanto al aspecto patrimonial de la familia. El 7 de septiembre de 1950 se promulgó la Constitución de El Salvador, otorgando igualdad jurídica a los cónyuges, borrando todo diferencia entre hijos legítimos e ilegítimos. En España el 9 de diciembre de 1931, la Constitución estableció la igualdad entre los dos cónyuges, regulando las obligaciones entre los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, dando protección a los enfermos y ancianos, a la maternidad y a la infancia.[12]

En Estados Unidos de América, algunos Estados, Alabama conservan impedimentos matrimoniales fundados en motivos raciales. En otros Estados como Arizona, Arkansas, California, Delaware, Florida, Georgia, Idaho, Kansas, Louisiana, Michigan, tiene disposiciones familiares que protegen al niño, la propiedad familiar y el estado de la viudez. La Constitución de Mississippi, la North California, la de South California y la de Tennessee prohíben el matrimonio o la unión entre blancos y negros, dando disposiciones protectoras del régimen patrimonial de la mujer casada.

Las Constituciones de Montana, Nevada, Dakota del Norte, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, Dakota del Sur, Texas, Utah, Vermont, Virginia, Washington, West Virginia y Wyoming, dan disposiciones patrimoniales, protegen a los hijos huérfanos, a los soldados y a la viuda, en materia familiar.[13]

La Constitución de Finlandia, promulgada el 17 de julio de 1919, permitió la enseñanza laica en el seno de la familia. En Francia 27 de octubre de 1946, se garantizó a la mujer en todas las esferas, igualdad de derechos dentro y fuera de la familia, otorgando al niño, a la madre y a los trabajadores ancianos, la protección de su salud, la seguridad material, el reposo y las comodidades. Se dio a los

12 Op. Cit. p.492.

13 Días Guijarro. Op. Cit. pp. 490 y sigs.

incapaces protección emanada de la colectividad.[14]

El 11 de marzo de 1945, la Constitución de Guatemala protegió la maternidad, la familia y el matrimonio forma especial. También el patrimonio familiar estableciendo la igualdad jurídica absoluta del hombre y la mujer. Otra aportación positiva fue en favor de los hijos, borrando las diferencias entre los hijos, incluyendo los adoptivos y otorgándoles los mismos derechos. El Estado se preocupó por proteger con mayor cuidado a los padres que tuvieran seis o más hijos menores. Nos parece un acierto jurídico que el legislador guatemalteco se haya preocupado por las familias numerosas, otorgando subsidios benéficos en este tipo de situaciones.

La República de Honduras promulgó su Constitución 28 de Marzo de 1936, permitiendo a los cónyuges no declarar contra sí mismos ni contra sus parientes, e impidiendo que se establecieran vínculos de parentesco derivados de un acto religioso.

La Constitución de Hungría del 18 de agosto de 1949, estableció igualdad jurídica absoluta entre los cónyuges permitiendo igualdad de condiciones en el trabajo para las mujeres, y otorgando una protección legal a la maternidad y al niño.[15]

En la india en 1949, se estableció igualdad absoluta para todos los ciudadanos, permitiendo al Estado asegurar a la niñez y a la juventud contra la explotación y el abandono moral y material. Asimismo la asistencia pública en casos de vejez.

En Irlanda el 1º de julio de 1937, el Estado garantizó la protección de la familia en su Constitución y autoridad como base del orden social, indispensable al bienestar de la Nación y al Estado; suprimió el divorcio, no permitiendo ley alguna que conceda la disolución del matrimonio. Garantizó que el Estado procurará asegurar que las madres no estén constreñidas por necesidad económica al ocuparse de su trabajo y al descuido de sus deberes en el hogar. Permitió a los padres la forma de educar a sus hijos, velando el Estado por el

14 Op. Cit. p. 492.

15 Op. Cit. p. 493.

bien común y vigilando que los niños reciban una educación moral, intelectual y social. En casos especiales el Estado reemplazará a los padres; pero siempre teniendo en cuenta los derechos naturales e imprescriptibles del niño, asimismo se compromete a salvaguardar con todo cuidado los intereses de los sectores más débiles de la comunidad y donde sea necesario contribuir al sostén de los enfermos, de las viudas, de los huérfanos y de los ancianos.[16]

En Islandia desde 1944, el Estado se encarga de la educación de los niños huérfanos, de los abandonados y de los padres necesitados. En Italia en 1947 se promulgó su Constitución obligando a los padres a mantener, instruir y educar a sus hijos, aun cuando sean extra-matrimoniales. Estableció protección a la maternidad, la infancia y la juventud, así como las familias numerosas.

En 1907 la Constitución del Liberia permite la separación de los bienes de los cónyuges, de sus deudas, aun cuando se hayan contraído éstas después de celebrar el matrimonio.

En Lituania el 15 de mayo de 1928, se da la Constitución que obliga a los padres a educar a sus hijos, permitiendo validez jurídica absoluta a los actos celebrados ante la autoridad religiosa, estableciendo la igualdad de derechos en ambos sexos, así como una absoluta protección a la maternidad, por parte del Estado.

La Constitución de Luxemburgo, en su última reforma del 21 de mayo de 1948, garantiza los derechos materiales de la persona humana y de la familia, estableciendo una separación absoluta entre el matrimonio civil y el eclesiástico.[17]

En México con las últimas modificaciones de enero de 1947, se establecieron las siguientes obligaciones: a los hijos o pupilos menores de 15 años concurrir a las escuelas públicas y privadas, para ser educados en la escuela primaria elemental y militar, de acuerdo con el programa que señale la ley de educación pública en cada región.

16 Op. Cit. p.499.

17 Op. Cit. p. 499.

También se establece una protección absoluta al matrimonio de la familia. Considera nuestra Constitución al matrimonio como un contrato civil, estableciendo una separación tajante entre los actos del estado civil y los religiosos dando una exclusiva competencia a los funcionarios y autoridades del orden civil en los términos que marcan las leyes respectivas.

En Nicaragua en 1948, la Constitución protege el matrimonio familiar. Lo declara inalienable, inembargable y exento de toda carga pública. El Estado protege el matrimonio, la familia y la maternidad, así como la sanidad y el mejoramiento social de la familia.[18]

El Estado se constituye en el hogar de los padres sin recursos económicos, para lograr la educación de la prole, obligando a los padres que tengan hijos esta-matrimoniales, como si fueran de matrimonio.

La Constitución de Panamá, dada el 1º de marzo de 1946, obliga al Estado a proteger el matrimonio, la maternidad y la familia, garantizando los derechos del niño, hasta la adolescencia. Permite la igualdad de derechos de los cónyuges y reglamenta la disolución del vínculo matrimonial, equipara a matrimonio, la unión entre personas legalmente capacitadas para contraerlo, que lo hayan mantenido durante 10 años consecutivos. Los padres están obligados a alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos y éstos a respetar y asistir a sus padres. Se considera a todos los hijos con igualdad de derechos, se dan disposiciones que benefician al hijo la investigación de la paternidad. También se dan disposiciones legales protectoras de menores abandonados, a los deficientes físicos o mentales y a los delincuentes. Se establece un seguro social para cubrir los casos de enfermedad, maternidad, vejez, viudez y orfandad.[19]

En Perú, la Constitución con su última reforma de 1947, protege el matrimonio, la familia y la maternidad. El Estado defiende el derecho del niño a la vida del hogar, a la educación, a la orientación

18 Op. Cit. p. 497.

19 Op, cit, p. 502.

vocacional y una amplia asistencia cuando se encuentre abandonado, enfermo o en desgracia.

En Portugal en 1945, se reforma la Constitución y reglamenta la formación de la familia, apoyándola en el matrimonio, la filiación legítima, en la igualdad de los derechos y deberes de los cónyuges, y en la inscripción obligatoria del matrimonio y del nacimiento de los hijos. El Estado debe proteger al patrimonio familiar, la maternidad, las cargas legítimas de la familia y la instauración del salario familiar.[20]

En Puerto Rico, en 1952, se establece la igualdad de los cónyuges, suprimiéndose toda discriminación por motivo de raza e ideas políticas o religiosas.

En 1948 la Constitución de Rumanía da igual dada la mujer en los dominios económico, social, cultural, político y de derecho privado. Se protege social y médicamente la invalidez procedente de la vejez, dándose también protección al matrimonio y a la familia, llevándola hasta la edad de 18 años de los niños y de la madre. Se establecen las mismas obligaciones para los padres que tengan hijos fuera y dentro del matrimonio.

En 1947, Sarre se da su Constitución protegiendo el matrimonio y a la familia, regulando la igualdad de sexos, se da protección y asistencia a la madre por parte del Estado y se les obliga a formar física, intelectual, moral y socialmente a sus hijos legítimos y naturales.

En Siria en 1950, se da la Constitución que protege a los trabajadores con familia, a los huérfanos, a los ancianos, a las embarazadas, a las madres y a los niños, asimismo el Estado protege el matrimonio y exhorta a él, y considera la familia como la base fundamental de la sociedad.

En 1874 Suiza promulgó su Constitución, modificada en Septiembre de 1949. Establece protección del Estado para casos de vejez, la familia, colonización y vivienda para apoyar a la familia, igualmente otorga un seguro de maternidad y el derecho al

20 Op. Cit. p. 505.

matrimonio.[21]

En la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, en la Constitución del 25 de noviembre de 1936, se reglamentan las cooperativas agrícolas para el fomento familiar. Se concede igualdad absoluta a la mujer en todos los dominios de la vida económica, pública, cultural, social y política. Asimismo en cuanto al trabajo, al salario, al reposo, los seguros sociales y la instrucción. Protección de los intereses de la madre y el niño y una vasta organización de maternidades, casas de cuna y jardines de infantes.

El 26 de octubre de 1951 en Uruguay se da la Constitución que vela por el fomento social de la familia, el cuidado y educación de los hijos y las medidas necesarias para proteger a la infancia y la juventud contra el abandono corporal, individual o moral de sus padres o tutores, así como contra la explotación y el abuso. Se establecen los mismos derechos para los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, la protección social a la maternidad y su asistencia en caso de desamparo, también se protege al patrimonio familiar.

En Venezuela, con la reforma a la Constitución de 1945, se garantiza la Seguridad familiar, la nacionalidad venezolana aun cuando se contraiga matrimonio con extranjero, la protección a la familia independientemente de su origen, a la maternidad sin importar el estado civil de la mar, la cual será también asistía en caso de desamparo. Se dio a los hijos ilegítimos el derecho de conocer a sus padres, educarlos, alimentarlos, amparándoles con leyes especiales.[22]

En Yugoslavia el 21 de enero de 1946 se dio la Constitución que estableció la igualdad de derechos a las mujeres en todos los dominios de la vida pública, económica, política y social. Fundándose, además, maternidades, casas de asilo y jardines de infantes, asimismo la protección del Estado al matrimonio y la familia, equiparando a los hijos nacidos fuera del matrimonio con los hijos legítimos, estableciendo una protección particular para los menores por parte

21 Op. Cit. p. 508.

22 Op. Cit. p. 510

del Estado.[23]

En conclusión de lo sostenido anteriormente, afirmamos que el criterio legislativo del Derecho Familiar está completo respecto a algunos países que actualmente cuentan con leyes, códigos y algunas otras disposiciones legales sobre el derecho familiar.

En algunos lugares la autonomía legislativa del derecho familiar a un no ha llegado a su completa madurez, sin embargo y es la tendencia actual, en un futuro no lejano se dará una legislación autónoma reguladora de la institución familiar. Más adelante, analizaremos la legislaciones familiares algunos países, que ya han alcanzado la plenitud en el Derecho Familiar, sobre todo, y en esto queremos hacer hincapié los países socialistas cuentan con leyes familiares propias independientes de la legislación civil.[24]

A las obras anteriores hay que agregar cuando menos en cuanto a su contenido que por ejemplo Malcolmc. Krondy autor de la obra de Derecho Familiar canadiense es una guía que sirve y que estudia el matrimonio, la separación el divorcio, las cuestiones de los niños, la custodia, el apoyo de esto, de los derechos de propiedad entre los cónyuges, las relaciones domésticas que le dan contenido a lo que hemos señalado, sobre todo para que quienes estén interesados en seguir esta huella del hombre en la investigación lo puedan hacer, este trabajo se refiere a las instituciones que ya señalamos y que son importantes desde el punto de vista de su contenido, porque plantean qué remedios legales hay para los conflictos de Derecho Familiar, la edad para casarse, como se regula la separación y otros que ya mencionamos.[25]

En esa búsqueda también es importante destacar que Cuba también se suma a ese movimiento y en el año de 1975 con la ley 1289 publica el Código de Familia que en 4 títulos se refiere en el primero

23 Op. Cit. p. 513.

24 Güitrón Fuentevilla Julián. Derecho Familiar. Ob. Cit. pp. 166 y ss.

25 Krondy Malcolmc. Canadian Family Law 1991. Quinta edición revisada por Stoddart Publishing Co. Limited. p.IX.

al matrimonio, en el segundo a las relaciones paterno filiales, en el tercero parentesco y la obligación de dar alimentos y en el cuarto a la tutela, sumándose a este movimiento tan importante del centenario del Derecho Familiar y así consta en este Código que contiene 166 artículos.[26]

Por otro lado encontramos la obra de René Floriot en cuanto a la reforma del divorcio que se dio en Francia en el año de 1975 y que en este trabajo distingue que no es el divorcio un proceso como cualquier otro y habla de la evolución que ha tenido el divorcio desde la Revolución Francesa hasta el siglo pasado, habla de varias leyes, la separación de hecho y algunas otras cuestiones importantes que consideramos se resumen en el proyecto que en ese tiempo se dio para reformar la ley del divorcio, donde se hablaba de que el divorcio se podía pronunciar por mutuo consentimiento o por ruptura de la vida común o por un hecho imputable a uno de los esposos; igual que los otros pensamos que esta obra puede ser interesante, solo en este caso para darle más contenido a la afirmación de esta investigación en cuanto a los 100 años de inició de la separación del Derecho Familiar del Civil.[27]

También en Francia encontramos la obra llamada Le Concubinage escrito por Danièle Mazaud- Louder donde se habla de esta institución del concubinato y se le analiza cuestiones de la letra A a la Z así como sus ventajas y sus inconvenientes, es una lectura interesante donde dentro del concubinato se habla del abandono, de la adopción, del arrendamiento, de los niños, en fin de una serie de materias y cuestiones importantes incluso de la fidelidad en el concubinato, que es interesante se redondea a través desde las preguntas que se formulan de qué es el concubinato.[28]

---

26 Código de Familia Cubano. Editorial orbe. Vedado Ciudad de La Habana. pp. 5 y ss.

27 Floriot René. La Reforme Du Divorce Flammarion France 1975. pp. 5 y ss.

28 Mazaud- Louder Danièle. Le Concubinage. Editión Puits Fleuri France 1987. pp. 9 y ss.

En Argentina no escapan a este movimiento tan importante y encontramos la obra en dos volúmenes escrita por Eduardo Zannoni que siguiendo la línea de su obra Derecho Civil, ésta se refiere al derecho de familia en su tomo dos y en ella se tratan varios capítulos específicos sobre la disolución del vínculo matrimonial, el divorcio vincular y otras materias interesantes del Derecho Familiar pero dentro del Derecho Civil, trabajo interesante que se suma a este movimiento que ya reiteramos se inició en 1914 con Cicu y que México fue el primer país que en el derecho positivo vigente lo hizo realidad con la ley sobre relaciones familiares que ya antes mencionamos.[29]

En Colombia surge una obra que es en este caso compilada por Luis David Durán Acuña en la que dentro del tema del Derecho Familiar se habla de los derechos y libertades de y en la familia, se refiere el parentesco, a los derechos fundamentales de los niños y los de toda persona, el estado civil de las personas, hablan del registro civil, de los esponsales, del matrimonio, de su nulidad, del divorcio, materias que vistas a la luz del Derecho Civil colombiano, tienen un enfoque importante porque se suman a este movimiento, incluso en este trabajo se incluyen hasta las sucesiones, hay una mezcla las instituciones del Derecho Familiar que consideramos es interesante para los estudiosos de esta materia.[30]

En esta importante proyección del Derecho Familiar, en el año 1976 se publica el Código de Familia de Costa Rica que se suma a los movimientos y las investigaciones de estos 100 años, que insistimos hay un impacto muy importante en el mundo y por eso hemos tomado al azar esta serie de informaciones y de obras, en este caso el Código de Costa Rica habla en Primer lugar del matrimonio en el título Segundo, habla de la paternidad de filiación, en el Tercero de la

29 Zanooni Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo 2. Reimpresión Editorial Astrea Buenos Aires 1981. pp. 1 y ss.

30 Durán Acuña Luis David. Estatuto Legal de la Familia y el Menor Compilación Legislativa. Universidad de Externado de Colombia. Departamento de Publicaciones 2000. pp. 3 y ss.

autoridad parental o patria potestad donde se van incluir la tutela y la curatela. Es interesante referirnos a esta obra porque como dicen los autores "el presente Código de familia, anotado y concordado, es un esfuerzo para divulgar las situaciones del derecho de familia costarricense. Trata, además, de contribuir, sin pretensiones, la tarea que el legislador se ha fijado de compilar y ordenar nuestras leyes."[31]

En México, en 1984 encontramos una obra con un corte sociológico jurídico que se llama La Familia en el Derecho, en el que se destaca siguiendo ya los caminos que se habían marcado desde lo que nosotros planteamos nuestra tesis de doctorado 20 años antes de esta obra y en ésta se habla de la importancia que tiene derecho de familia, su visión histórica y se van analizando sus diferentes instituciones, se da un concepto de Derecho Familiar, el matrimonio, la filiación y otros conceptos interesantes, a los que remitimos al texto al lector para su estudio si esa fuera la vocación o la intención de profundizar en la materia.[32]

En Italia encontramos la obra de Alberto Giulio Cianci que son los órdenes de protección familiar, donde tenemos una interesante aportación en esta materia sobre todo porque como ya lo dijimos y lo apuntamos en este país, en el año de 1914 surgió este movimiento y en este caso el autor habla de la violencia doméstica y la protección familiar, cómo proteger constitucionalmente estas cuestiones, pero siempre manejándolas a pesar de esta influencia dentro del Derecho Civil hay mezcla con algunas cuestiones del derecho Penal Familiar pero es una obra más que se suma a estos 100 años, a esta investigación que venimos realizando para darle todavía más fuerza científica y de investigación a este artículo.[33]

En el año 2008 siempre en el movimiento del Derecho Familiar

31 Código de Familia de Costa Rica. Anotado y concordado por Gerardo Trejos y Carlos Manuel Arguedas. Editorial Costa Rica San José 1976. pp. 13 y ss.

32 Chávez Asencio Manuel F. La Familia en el Derecho. Editorial Porrúa México 1984. pp. 1 y ss.

33 Giulio Cianci Alberto. Gli Ordini di Protezione Familiare Giuffre. Editore Milano 2003. pp. VII y ss.

surge la obra escrita por Karina Gómez FrÖde sobre Derecho Procesal Familiar con un interesante prólogo de Eduardo Ferrer Mac Gregor donde ella en forma importante analiza en este caso la materia de los procedimientos familiares que complementan lo que hemos dicho y así habla en primer lugar del plano conceptual procesal familiar, de qué se tratan estas materias y nos va dando una serie de opiniones y de fundamentos muy importantes para darle contenido a su trabajo, que en este caso habla también de los Códigos Procesales Civiles inclusive trae a colación la ley sobre relaciones familiares que ya antes hemos mencionado y que en este caso es importante saber para aquéllas personas que están interesadas en seguir con esta investigación.[34]

En Italia encontramos también obras importantes como hemos señalado en este caso el de una obra denominada comentario a la reforma del derecho de familia, que hacen varios autores italianos sobre diferentes materias que recomendamos ampliamente atendiendo a lo que hemos señalado que este movimiento se inicia en 1914, con Antonio Cicu, en este caso es una obra del año 1977 y en ella entre otros escribe Alberto Trabucchi otro jurista Oppo y Carraro y se refieren a la filiación a la potestad que tienen los padres, la tutela, la afiliación, los alimentos, la sucesión de las donaciones que nos parecen interesantes y siempre sumados incluidos aspectos procesales del Nuevo Derecho de Familia a este movimiento, a esta mención de estos 100 años de Derecho Familiar. [35]

De España surge la que se llama Ley Fuero de Familia del año 1994 que es de la provincia de Córdoba y en ella se habla de la creación de los Tribunales de Familia, en esa provincia de la integración y de cuestiones relacionadas con el procedimiento en Derecho Familiar

34 Gómez FrÖde Carina. Derecho Procesal Familiar. Editorial Porrúa México 2007. pp. 1 y ss.

35 Trabucchi Alberto. Luigi Carraro y Giorgio Oppo Comentariu alla Riforma del Diritto di Famiglia. Padova Cedan. Casa Editrice dott. Antonio Milani 1977. pp. 523 y ss.

que resultan interesantes en esta panorámica visión que hacemos por razones de espacio y de interés para quien nos honran leyendo estas líneas y que igualmente en este caso recomendamos esta obra porque se suma a lo que venimos señalando.[36]

En España bajo la atinada autoría de una profesora Derecho Civil de la Universidad Nacional de Estudios a Distancia y de un profesor emérito de la Universidad Central de Madrid, surge la obra Lecciones de Derecho de Familia en la que siempre dentro del Derecho Civil se lanzan hablar de la familia y el derecho de la misma , del matrimonio y las uniones de hecho, de los esponsales, de los requisitos para casarse, así como las formas religiosas, la separación conyugal, los efectos, el divorcio, en fin una serie de instituciones muy importante del Derecho Familiar que no llegan a constituir una nueva legislación, pero que es importante porque tiene fundamentos respecto a lo que hemos empujado nosotros en este caso del Derecho Familiar.[37]

De Argentina encontramos la obra de uno de los fundadores de este movimiento en México el profesor Augusto César Belluscio quien es autor de un Manual de Derecho de Familia en dos tomos, en este caso hacemos referencia al número 2 en su 7ª edición en la que con estas tendencias, pero siempre dentro del Derecho Civil pero dándole la importancia que tiene habla en el 2º tomo de los efectos patrimoniales del matrimonio, de los convenios entre éstos, de la sociedad conyugal y otros temas interesantes que pueden resultar agradables a los lectores por lo que recomendamos ampliamente esta obra para su consulta e investigación.[38]

36 Gribaudo D. Edgar. Bajo cuya supervisión se hizo la Ley Fuero de Familia de la Provincia de Córdoba. Creación de Tribunales de Familia. Alveroni ediciones 1994. pp. 7 y ss.

37 Díaz-Ambrona Bardají María Dolores y Francisco Hernández Gil. Lecciones de Derecho de Familia. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S. A. 1999. pp. 21 y ss.

38 Belluscio Augusto César. Manual de Derecho de Familia. Tomo 2, séptima edición actualizada y ampliada editorial Astrea 2002. pp. 3 y ss.

Francia también se suma a este movimiento y en sus aportaciones encontramos diversas obras, entre las que en principio debemos señalar, la escrita por Delmas Marty Mireille quien es autora de una obra llamada Derechos de la Familia, donde hace una referencia a diversos tópicos de ésta en cuanto a la consideración de que ellos en Francia escribieron, crearon el primer Código Civil del mundo y entonces en esta obra la hace más interesante que ella señala las Siete reformas sustanciales que se han hecho el Código Civil precisamente a partir de 1964 el relacionado con la familia y que esto va a crecer durante todo el siglo pasado, prácticamente hasta llegar a éste en el que hay una serie de proyectos interesantes incluido el trabajo de 1839 que lo llamaron Código de la Familia y que recomendamos ampliamente en función de este movimiento tan reiterado que hemos hecho de esta materia.[39]

La obra de los hermanos Mazeaud Lecciones de Derecho Civil tiene una dedicada específicamente a la familia a su organización y a la disgregación de la misma, que en varios volúmenes se consignan y que definitivamente recomendamos ampliamente por ser una de las obras más completas que tratan sobre esta materia, si bien hacemos la misma observación que se trata del Derecho Civil que es este avance tan importante que se dedican estas obras monográficas y que es muy importante considerar dada la forma en que el Código Napoleón en 1804 reguló todo a lo que se refería a la familia y la situación prevaleciente en el siglo XXI. [40]

De Panamá en el año de 1995 surge sus aportaciones en esta materia y así vamos a ver una obra que revista el matrimonio, los efectos que produce, el régimen económico la disolución de éste, los alimentos, sobre todo con algo muy importante que Panamá también

39 Delmas Marty Mireille. Le Droit de la Famille. Presses Universitaires de France París 1972. pp. 3 y ss.

40 Mazeaud Henri, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil Parte Primera. Volumen IV. La Familia Ediciones Jurídicas Europa América Buenos Aires 1959. pp. 1 y ss.

es un país de Centroamérica en este caso se alineó en cuanto al movimiento para crear su propia legislación y así lo hizo en el año de 1995, en la cual tuvimos una participación importante; por ello recomendamos esta obra de María Teresa García Santiago en esta materia.[41]

En México dado el avance que se ha tenido, es conviene conveniente citar dentro de este movimiento de los 100 años, la obra realizada por Oscar Gregorio Cervera Rivero y Oscar Barragán Albarrán sobre Derecho Familiar, ellos hacen aportaciones importantes en su obra en la que definitivamente recomendamos su lectura y su investigación porque van a ser señeros en México en lo que ellos aportan en materia de Derecho Procesal Familiar.[42]

En Argentina también dos autoras Marisa Herrera y Nora Lloveras tienen una obra que se refiere a Latinoamérica en esta materia y recomendamos su lectura porque en realidad es importante sumar en este caso los enfoques que se hacen de los Derechos Humanos y el Derecho de Familia y sobre todo la aportación de Aída Kemelmajer de Carlucci doctora en Derecho quien fue también ministra de la Suprema Corte de Mendoza y que es una gran investigadora miembra del Comité Científico Internacional para la organización de los Congresos de Derecho Familiar y que en este caso esta obra que recomendamos ampliamente se refiere ya dijimos al Derecho Familiar en este caso en América Latina.[43]

Nuevamente en México un distinguido jurista Manuel Bejarano y Sánchez escribe un trabajo interesante sobre tesis discrepantes dentro del Derecho Familiar que también recomendamos porque no se sustrae a este gran movimiento, de estos centenarios y así en

41 García Santiago María Teresa. En torno al derecho de familia, Panamá 1995. Diseño gráfico Pablo Menacho. pp. 15 y ss.

42 Cervera Rivero Óscar Gregorio y Óscar Barragán Albarrán, Práctica Forense el Derecho Familiar 2010. pp. 5 y ss.

43 Lloveras Nora y Marisa Herrera. El Derecho de Familia en Latinoamérica, los Derechos Humanos en la Relaciones Familiares. Resultados de búsqueda Gráfica Solsona S. R. L. Argentina 2010. pp. 1 y ss.

este caso si bien el Distrito Federal no ha llegado a tener su propia legislación en la materia sienten la necesidad y por eso estás serie de trabajos y de investigaciones que se hacen y en este caso de quien fuera magistrado del Tribunal Superior de Justicia un jurista brillante es el autor de esta obra que también recomendamos ampliamente. [44]

En el año 2008 bajo la coordinación de María Antonieta Magallón Gómez, en Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la propia Universidad Nacional Autónoma de México publicaron una obra en la que se habla de las cuestiones orales en Derecho Familiar ya desde el año 2008 que es interesante sumar en este gran movimiento y el caso concreto de quien escribe esto, hice en una aportación en esta obra sobre los fundamentos jurídicos para establecer en México los juicios orales en Derecho Familiar y que recomendamos ampliamente, esta obra es del Año 2009.[45]

De Venezuela también tenemos aportaciones importantes en este periodo que hemos marcado en cuanto a sus tendencias y el Derecho Familiar y encontramos la obra de Antonio de Apostrofe Jesús de M. quien escribe una sobre la familia y en ella señala la importancia de las diversas instituciones, como son el matrimonio los alimentos la familia en sí, el régimen jurídico de los bienes, de la disolución del matrimonio, la filiación, las cuestiones de desconocimiento de paternidad, sus reformas al Derecho Familiar en el Código Civil venezolano número 1982 y otras que son interesantes y que se suman a este movimiento tan importante respecto al Derecho Familiar.[46]

En el caso específico de la jurista Aída Kemelmajer de Carlucci

44 Bejarano Sánchez Manuel. La Controversia del Orden Familiar. Tesis Discrepantes, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, se hace parecer que se editó bajo la supervisión de Adriana Canales Pérez 1989. pp. 9 y ss.

45 Magallón Gómez, María Antonieta. Coordinadora. Güitrón Fuentevilla Julián, Juicios Orales en Materia Familiar 2009. Editado por Cromo Editores S.A. de C. V. pp. 75 y ss.

46 Jesús M. Antonio. Lecciones de Derecho de Familia, Universidad de los Andes. Facultad de ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho. Caracas Venezuela Paredes Editores, 1991. pp. 1 y ss.

ella dirige una obra sobre la familia, específicamente que ella llama El Nuevo Derecho y se constituye una serie de artículos sobre temas específicos de familia, de identidad, la filiación y en esta obra en la que colabora como coordinadora Marisa Herrera, ellas hacen aportaciones sobre bioética y derecho de familia que quien nos hace el honor de leer estas líneas sugerimos también que la puedan consultar.[47]

En México siempre atendiendo a aquella importante nota que mencionamos de lo que ocurrió casi en la segunda década del siglo pasado, encontramos obras en Derecho Procesal Familiar específicas, en este caso de Lázaro Tenorio Godínez quien hace en este caso una serie de planteamientos de Derecho en lo que se refiere a esta materia que viene a enriquecer esto que en un futuro no lejano tendrá que coronarse en México Distrito Federal como una legislación familiar, por ello también recomendamos esta obra de la que citamos a continuación sus características.[48]

En Francia encontramos otra aportación interesante en esta materia del año 2001 que es una revista internacional del Derecho Comparado en la que en esencia tiene estudios referidos a diferentes clases de familia y así habla de la que es en Europa contemporánea, la que es en Japón su concepto de éste, el derecho patrimonial de la familia y algunas otras cuestiones en relación al Código Civil y el Derecho Familiar hay un artículo sobre el Código Civil Egipcio y su cincuentenario, sobre cuestiones de Brasil que interesantes todas sobre derecho de familia que también recomendamos ampliamente.[49]

De la Universidad Del Sinú Colombia el libro sobre matrimonio civil se refiere a cuestiones de Derecho Familiar muy importantes y así se habla del acto jurídico familiar, se diferencia el acto el negocio,

47 Kemelmajer de Carlucci Aída y Marisa Herrera. La Familia en El Nuevo Derecho Rubinzal-Culzoni Editores, Tomo II, Argentina 2009. pp. 13 y ss.

48 Tenorio Godínez Lázaro. La Suplencia en el Derecho Procesal Familiar, Editorial Porrúa 2006, segunda edición. pp. 3 y ss.

49 Revue Internationale de Droit Comparé October-December 2001, Société de Législation Comparée. Imprimerie France Quercy, noviembre, París 2001. pp. 831 y ss.

los efectos que esto produce, así como el matrimonio en el Código Civil colombiano y otras cuestiones interesantes que son tratadas en este caso por el autor Valmiro Jose Sobrino profesor de universidad antes señala.[50]

La inquietud de la investigadora Aída Kemelmajer de Carlucci siempre en proyección del Derecho Familiar en otra de sus obras en la que directora en protección contra la violencia familiar ahonda en este panorámica que estamos tratando, de que más personas conozcan que en estos 100 años del Derecho Familiar ha tenido un crecimiento importante impresionante y por eso hacemos la reseña breve de estas obras que seguramente resultarán de interés para los estudiosos y los estudiantes del Derecho Familiar.[51]

Nuevamente en Italia aparece la obra tan importante del profesor Michelle Sesta sobre elecciones de derecho de familia que en el caso concreto él lo dirige a los estudiantes y en esta obra se refiere a cuestiones tan importantes como el Derecho Familiar en los Códigos del año 1800 a finales del siglo pasado, analiza las relaciones personales entre los cónyuges, la separación personal, cuestiones patrimoniales, la filiación y de alguna manera es una obra que también se suma a lo que hemos señalado que además en el caso concreto es a quien hemos dado la primicia, hemos dado la proyección de haberse iniciado en el año 1914 cuando el profesor Antonio Cicu le brindó a la familia jurídica del mundo esta aportación tan importante, por lo que esta obra también la recomendamos ampliamente.[52]

Carlos Lasarte de España en su obra Principios de Derecho Civil incluye cuestiones del derecho de familia que son interesantes con un enfoque distinto a lo que hemos señalado y que recomendamos porque también se viene a sumar a este gran movimiento de los 100

50 Sobrino Oliveros Valmiro Jose. Matrimonio Civil ¿Acto o Contrato?, Ediciones Paloma, Colombia 2007. pp. 23 y ss.

51 Kemelmajer de Carlucci, Aída. Protección Contra la Violencia Familiar. Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina 2007. pp. 9 y ss.

52 Sesta Michelli. Lezioni di Diritto di Famiglia Nova Edicioni, Sedan Casa Editrice Dot. Antonio Milani, 1997. pp. 1 y ss.

años de Derecho Familiar y este profesor investigador señala en su obra para empezar el derecho de familia en el que dentro de los principios de Derecho Civil él señala algunas cuestiones interesantes sobre materias, para empezar incide en el Derecho de Familia y las instituciones como el matrimonio, la celebración y los efectos, la cuestión de la nulidad, el divorcio y otros temas importantes para el Derecho Familiar, haciendo hincapié en que no hay una decisión para separar esta materia y por lo pronto nosotros así la reseñamos porque se suma a este gran movimiento del Derecho Familiar a nivel internacional dentro de los 100 años que estamos señalando. [53]

También debe agregarse a la obra del profesor Lasarte la que dentro de cuestiones prácticas del Derecho Civil la enfoca derecho de familia y sucesiones, en este caso el trae a colación cuestiones interesantes que recomendamos ampliamente igual que las otras y que a continuación damos la nota bibliográfica para conocer esta obra.[54]

No podía dejar de estar presente en esta reseña histórica y sobre todo abarcar lo que queremos para nuestros distinguidos electores, la presencia de Cuba y así la doctora Olga Mesa Castillo quien es también miembro del Comité Científico Internacional para la Organización de los Congresos de Derecho Familiar, tiene una obra en la que habla de este importante movimiento, que antes ya habíamos señalado en 1975, la promulgación del Código Familiar de este país y que ahora en esta obra que también ampliamente recomendamos, tiene estos enfoques de la familia socialista y la naturaleza jurídica de Derecho Familiar, siempre en esa doctrina y que es interesante también conocer este punto de vista, diferente a los que hemos mencionado hasta ahora.[55]

53 Lasarte Carlos. Principios de Derecho Civil. Tomo VI, Sexta Edición, Derecho de Familia. Marcial Pons, Madrid Barcelona Buenos Aires 2007. pp. 5 y ss.

54 Lasarte Carlos. Prácticum de Derecho Civil. Derecho de Familia y Sucesiones Segunda Edición. Marcial Pons, Madrid Barcelona Buenos Aires 2007. pp. 11 y ss.

55 Mesa Castillo Olga. Derecho de Familia. Editorial Félix Varela, la Habana 2010. pp. VII y ss.

Es impresionante la proliferación de ensayos, trabajos tratados, monografías en la materia del Derecho Familiar y que a pesar de todo esto hay todavía quieres fundamentalmente por ignorancia no le dan a esta materia la fuerza, la personalidad, la mayoría de edad que ya tiene y sin embargo seguiremos en esta propuesta nuestra y ahora citaremos otra obra que es especifica en Derecho Francés, sobre el concubinato en este caso aquí hay vinculación a los niños, al trabajo, al del alojamiento, a las ley, al dinero, al fisco, todo este tratamiento tan especial que tienen en Francia el concubinato y la obra es precisamente de esa materia que también recomendamos para su lectura e investigación.[56]

En Panamá donde ya antes nos referimos algunas otras cuestiones ahora vamos hacer específicamente el Código de la Familia de 1994 que se publica de forma monográfica, tiene materias específicas de la relaciones familiares, del matrimonio, hay derechos y deberes, separación de los cónyuges, la filiación, la paternidad y en el caso concreto de Panamá estamos hablando de un código de la familia como yo lo llaman, del 1 de agosto de 1994 que está cumpliendo 20 años de haber entrado en vigor y que también reseñamos y recomendamos por ser una obra muy importante, inclusive hay que destacar que en la la sub comisión asesora participó el doctor Ulises Pitti de quien lamentamos su ausencia en este Congreso y que también es miembro del Comité Científico Internacional para la Organización de los Congresos de Derecho Familiar.[57]

En Brasil esta materia también llega y se publica algo sobre el Derecho De Familia en órgano de difusión del Instituto brasileño del derecho de familia con temas muy importantes sobre esta materia que también recomendamos ampliamente y que se puede consultar

56 Fell Martine. Le Concubinage Legs Wide Société Achete. París 1990. pp. 7 y ss.

57 Código de la Familia de Panamá de 1994. Edición oficial del Estado que se publicó en la Gaceta Oficial número 22.591. pp. 1 y ss.

en la siguiente.[58]

En España siempre con esta inquietud sobre todo del doctor Diego Espín Cánovas quien también fuera miembro del Comité Científico Internacional para la Organización de los Congresos de Derecho Familiar, participa en su propia obra monográfica a la que nos referiremos más adelante pero en este caso es una obra colectiva que también recomendamos que también recomendamos que es específicamente sobre el Derecho Familiar.[59]

De México un trabajo realizado por el actual Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Juan Silva Meza y Sergio Armando Valls Hernández sobre Derecho Familiar con los criterios de la Suprema Corte en forma muy importante y que consideramos enriquece también esta materia por lo que también recomendamos ampliamente su consulta y que consignamos en esta investigación.[60]

De Inglaterra en el Pren Vogue College de Oxford viene la obra llamada sobre Derecho Familiar y políticas sociales donde se habla de la familia, su derecho y el cambio, los ajustes se han hecho, así como la protección que la misma da a esa institución tan importante, obra consignado en inglés que también consideramos es importante en este movimiento internacional.[61]

En México sobre todo del Distrito Federal ha habido una gran proliferación de trabajos en esta materia, si bien no cuenta con un código específico de la materia es conveniente señalar en este caso otra monografía sobre el divorcio que es interesante porque se refiere

58 Direito de Família editora Síntese 2004. pp. 5 y ss.

59 Espín Diego. Manual de la Cámara, José María de Prada, Víctor Garrido de Palma, Francisco Vega Sala y José María Castán. El Nuevo Derecho de Familia Español. Instituto Editorial Reus S. A. Madrid 1982. pp. 3 y ss.

60 Silva Meza Juan N. Y Sergio A. Valls Hernández, Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Transexualidad y Matrimonio y Adopción por parejas del mismo sexo. Criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Editorial Porrúa, México 2011. pp. 3 y ss.

61 Eekelaar John. Profesor del Colegio Pren Vogue College de Oxford. Family Law And Social Policy Weidenfeld And Nicholson London 1984. pp. 3 y ss.

precisamente al divorcio encausado.[62]

En otra obra de Derecho Español específicamente de esta materia, debida a la inspiración del maestro Diego Espín Cánovas en el entendido de que en España no se ha logrado que ahí tengan su propia ley, es evidente que tienen tanta bibliografía de tan diversos autores que por eso hemos enumerado varios de ellos y en este caso el del doctor Espín que es tan importante esta obra.[63]

Del salvador también tenemos aportaciones importantes, considerando que en este país quien esto escribe, tuve el privilegio de haber elaborado el Código Familiar para todos los salvadoreños así como el de procedimientos familiares y en este caso en esta obra que tenemos en nuestras manos que habla de la presentación en la asamblea legislativa de este proyecto de ley procesal de familia que venía a complementar el propio Código Familiar, es interesante para quienes tengan interés en profundizar en esta materia, conocer en detalle esto.[64]

En México un profesor mexicano escribe esta obra que se llama Derecho de Familia, siempre con esa inquietud de llegar a estas alturas si bien por la época, por el año que esta obra se puso en vigor el Derecho Familiar Mexicano estaba en plena lucha para lograr su plena autonomía y por eso también consideramos interesante citar esta obra del profesor de Ibarrola.[65]

Para terminar con esta breve información sobre lo que nos parece interesante para quienes estén vinculados a esta materia, terminaremos citando algunos trabajos realizados por nosotros, como algunos proyectos de Código Familiar en el caso concreto este

62 Rendón López Alicia y Ángel Sánchez Hernández. Divorcio sin expresión de causa en el Distrito Federal. Editorial Porrúa, México 2012. pp. 12 y ss.

63 Espín Diego. Manual de Derecho Civil Español. Volumen IV, Familia Editorial Revista de Derecho Privado 1982. pp. 3 y ss.

64 Ley Procesal de Familia, Publicación del Ministerio de Justicia. Ediciones Último Decenio, El Salvador 1994. pp. 1 y ss.

65 De Ibarrola Antonio. Derecho de Familia, Primera Edición. Editorial Porrúa México, 1978. pp. 1 y ss.

que es una obra interesante y que citamos.[66]

Esta obra se complementa con otra que es parte importante de todo este movimiento, que es la parte procesal que es importante de reseñar y que debe ser complementario de lo que hemos señalado.[67]

También de nuestra autoría debemos mencionar dos obras de que es el Derecho Familiar el volumen I y el volumen II se refieren a cuestiones de difundir entre la población los temas más importantes.[68]

También de esta misma obra el segundo volumen de otra época pero con materias semejantes que son muy importantes, estamos casi terminando con esta vista panorámica importantes de estos 100 años de Derecho Familiar y que más adelante lo vamos hacer específicamente con lo que ha ocurrido en nuestro país.[69]

Finalmente también la obra escrita por la señora Susana Roig de Güitrón y quien escribe esto es un enfoque importante de las normas de Derecho Familiar consignadas en el Código Civil del Distrito Federal y que tratamos en forma muy amplia y que recomendamos también.[70]

MÉXICO-1964-2014

Después de la prolífica enumeración que hemos hecho de diversas obras, ensayos, artículos, leyes que desde el año 1914 han estado en vigor en el caso concreto de México las que hemos mencionado y el

66 Güitrón Fuentevilla, Julián. Proyecto de Código Familiar Tipo para los Estados Unidos Mexicanos, editorial Porrúa México, 2004. pp. 15 y ss.

67 Güitrón Fuentevilla, Julián. Proyecto de Código de Procedimientos Familiares Tipo para los Estados Unidos Mexicanos, editorial Porrúa México, 2004. pp. 13 y ss.

68 Güitrón Fuentevilla, Julián. Qué es el Derecho Familiar, Promociones Jurídicas y Culturales, 1984. pp. 19 y ss.

69 Güitrón Fuentevilla, Julián. Qué es el Derecho Familiar, Segundo Volumen. Editorial Promociones Jurídicas y Culturales SC, 1992. pp. 17 y ss.

70 Güitrón Fuentevilla, Julián y Susana Roig Canal. Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México Distrito Federal del año 2000. Editorial Porrúa México, 2004. pp. 5 y ss.

mundo en los países socialistas que también ya hemos citado, ahora vamos a concentrarnos principalmente en lo que en estos 50 años ha ocurrido en nuestro país, los acontecimientos más relevantes vinculados con el Derecho Familiar, ya antes hicimos alguna mención a nuestra tesis de doctorado, que concluimos en el año 1964, en la que después de muchas vicisitudes, logramos que fuera una realidad, en poco tiempo se convirtió en el libro, que incluso tuve el privilegio en esa primera edición que el prólogo de lo haya escrito aquel novelista mexicano famoso, Luis Spota y que en la introducción ya como libro hubiera sido hecha por el maestro Fernando Gesto Martínez quien en ese tiempo era el Director de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional. En esta obra planteamos cosas muy importantes que se refieren en su primera parte al origen y la evolución de la familia, las clases de familia, de una manera general por supuesto tocando las obras clásicas como las de Federico Engels, en cuanto al origen de la familia, la propiedad privada y el Estado, también analizamos diversas denominaciones de la familia, para después concentrarnos en su concepto en la legislación mexicana desde la Constitución de 1857, las Leyes de Reforma política social y religiosa y otras cuestiones fundamentales. En esencia, en esta obra propusimos diferenciar la naturaleza jurídica de la autonomía del Derecho Familiar y nos basamos para ello en las teorías de Antonio Cicu, en la de Roberto de Ruggiero, también trajimos a colación la obra los fundamentos del nuevo derecho de Guillermo Cabanellas de Torre y le dimos un contenido referido al Derecho Familiar de los criterios legislativo, científico, didáctico, jurisdiccional, el institucional y el procesal que en su momento sostuvo José Barroso Figueroa, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad. También mencionamos las corrientes socialistas que estaban en ese tiempo a favor de esta autonomía y finalmente llegamos y sostuvimos nuestra tesis en cuanto a estas dos situaciones tan importantes que es la naturaleza jurídica y la autonomía del Derecho Familiar, además desde entonces en el año 1964, hicimos una propuesta y así consta en la obra original, que

eran las bases para un anteproyecto de Código Familiar Federal para la República mexicana, reflexión importante porque a 50 años de esta obra, hoy en México es una realidad que están en vigor ocho Códigos Familiares separados del Derecho Civil y en proyecto otros de los que hablaremos más adelante.[71]

Uno de los resultados importantes de este empuje que le dimos al Derecho Familiar en el año mencionado, fue que a los 7 años, es decir en 1971 siendo Presidente de la República Luis Echeverría Álvarez, quien fue un mandatario siempre preocupado por la protección jurídica de la familia, tuvo la iniciativa y así se aprobó de que se crearán en el año 1971 los primeros seis juzgados familiares, encargados de resolver este tipo de problemas en la ciudad capital; es decir, en el Distrito Federal. Después a los dos años en 1973 el Código de Procedimientos Civiles le dio cabida en 17 artículos a un capítulo denominado de las controversias del orden familiar que en estos años ha sido lo que más ha servido para un Derecho Procesal Familiar incipiente pero finalmente también con esa influencia que antes señalamos y que había esa inquietud. Es muy importante destacar que siempre en el gobierno de Luis Echeverría se mantenía esa preocupación por proteger a la familia y a sus miembros y se llevó a efecto una iniciativa que se hizo realidad en el año 1974, cuando se creó el del artículo Cuarto Constitucional que se refiere a la igualdad entre el hombre y la mujer, la libertad de procreación, el derecho a la salud, al medio ambiente, a la vivienda, los derechos de los niños y el derecho a la cultura, que por su trascendencia histórica transcribiremos a continuación "Artículo 4o. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente

71 Güitrón Fuentevilla, Julián. Derecho Familiar. Publicado por la Universidad Autónoma de Chiapas, Tuxtla Gutiérrez Chiapas 1988. pp. 13 y ss.

y de calidad. El Estado lo garantizará.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley.

Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines.

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos. La autoridad competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento.

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural.

Toda persona tiene derecho a la cultura física y a la práctica del deporte. Corresponde al Estado su promoción, fomento y estímulo conforme a las leyes en la materia."[72]

Siguiendo con esta evolución histórica tan importante del Derecho Familiar, se inicia una nueva etapa de la proyección nacional e internacional del Derecho Familiar mexicano, cuando en el año de 1977 con la iniciativa de quien esto escribe y con el apoyo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional autónoma de México, de esta propia institución y de otros mexicanos distinguidos, realizamos en el Estado de Guerrero en la ciudad y puerto de Acapulco del 23 al 29 de octubre de 1977 el Primer Congreso Mundial sobre Derecho Familiar y Derecho Civil en México. Fue tan importante este Congreso que tuvimos la presencia de quienes se convirtieron en fundadores de ese movimiento en favor de Derecho Familiar de los doctores Henri Mazeaud que era miembro del Instituto de Francia y catedrático honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad de París, de España como juristas como Diego espín Cánovas y José Manuel Almansa Pastor, de Alemania el profesor Gunther Beitzke, de Polonia el doctor Witold Czachorski, quien además era presidente

72 Carbonell Miguel. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prólogo, notas y actualización. 163ª edición. Editorial Porrúa, México 2011. pp. 28 y 29.

de la Academia de Ciencias de Polonia, de Italia el doctor Alberto Trabucchi, de la Universidad de Regensburgo, la doctora Catherin Schenk, de la Universidad de la India la doctora Agrawala y de Latinoamérica el doctor Guillermo Cabanellas de Torre, quien era además Catedrático de la Universidad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Buenos Aires; la doctora Marina Jar Dávalos de la Universidad de La Habana Cuba, quien fue coautora del Código Familiar de ese país, el doctor Gaspar Eugene Spota, de la Universidad Nacional de Mar de Plata de Argentina, también de ese país el doctor Augusto César Belluscio, el doctor Silvio Rodrígues de la Universidad de Sao Paulo Brasil y entre los mexicanos asistentes y participantes en este evento debemos mencionar a la doctora Aurora Arnaiz Amigo, Alberto Trueba Urbina, Guillermo Floris Margadant, a Raúl Ortiz Urquidi, a Néstor de Buen Lozano, al licenciado Ernesto Gutiérrez y González a José María Cajica Junior, a Fernando Siliceo Camacho, a José de Jesús López Monroy, a Raúl Carrancá y Rivas a Fernando Flores García, a Jorge Sánchez Cordero a Leoba Castañeda y a la Licenciada Susana Roig de Güitrón, quien también desempeñó un papel importante para hacer realidad este evento.

También por la trascendencia que tuvo este evento en estos últimos 40 años es importante dejar expreso nuestro agradecimiento al apoyo que recibimos en ese tiempo para empezar de quien era Presidente del Centro los Económicos y Sociales del tercer mundo asociación civil, licenciado Luis Echeverría, de Guillermo Fonseca Álvarez, de Roberto Casillas Hernández, de Carlos Argüelles, de Francisco Valenzuela y de Fernando Gutiérrez Barrios.

También debemos dejar constancia de que su momento fueron apoyo para que este Congreso fuera una realidad el doctor Manuel López Portillo y el doctor Rafael Velasco Fernández quien fuera director de la ANUIES.

De la Universidad Nacional, como corresponde a todo hombre agradecido debemos mencionar quien era el rector de nuestra máxima casa de estudios en ese tiempo, el doctor Guillermo Soberón

Acevedo y al doctor Jorge Carpizo McGregor quien en ese tiempo era Coordinador de humanidades de la Universidad quien dándonos todo su apoyo también fue posible que el primer documento que se publicó de ese evento a la memoria respectiva viera la luz pronto y además porque en ese tiempo quien dirigía las actividades editoriales de la Universidad era José Dávalos Morales y también ante las órdenes y las indicaciones del doctor Jorge Carpizo pudimos tener este documento para que al año siguiente en 1978 que se realizó el Segundo Congreso de esta materia en España, este fuera una realidad.

Ante la iniciativa tan importante y las personalidades que asistieron se hizo constar en actas y en las grabaciones que se realizaron, que el Congreso en pleno determinó la creación del Instituto internacional de Derecho Familiar y Derecho Civil asociación civil en el cual quedó como Presidente honorario vitalicio el doctor Henri Mazeaud de Francia, quien esto escribe como Presidente ejecutivo y como vicepresidentes en el doctor Diego Espín Cánovas de España, witold Czachorski de Polonia, Silvio Rodrigues de Brasil, Néstor de Buen Lozano de México, Guillermo Cabanellas de Torre como Secretario General, como oficial mayor Fernando Siliceo Camacho y como secretario de organización Raúl Carrancá y Rivas, de administración el maestro Jorge Sánchez Cordero, la doctora Leoba Castañeda Rivas como secretario tesorera, el doctor Gunteher Beitzke secretario Derecho Comparado, del doctor Alberto Trabucchi de Italia secretarios académicos y Susana Roig de Güitrón como secretaria de relaciones exteriores, también participaron la doctora Aurora Arnáiz Amigo, Guillermo Floris Margadant, Guillermo López Romero, María Teresa Rodríguez y Rodríguez, Alberto E. Spota, Fernando Flores García, José Almansa Pastor de España, Fernando García Cordero, el maestro Ignacio Burgoa Orihuela, Pedro Astudillo Urzúa, Manuel Osorio y Florit esa fue la mesa directiva que nació en 1977 y que con otros enfoques hemos llevado hasta el año 2014.[73]

73 Güitrón Fuentevilla, Julián. Veinte Años de Derecho Familiar 1977-1997 y Memoria del Primer Congreso mundial sobre Derecho Familiar y Derecho Civil.

En el año de 1978 se celebró el Segundo Congreso Mundial sobre Derecho Familiar y Derecho Civil en la Universidad Complutense de Madrid y la Universidad de Salamanca de España. Con el patrocinio del Instituto Internacional antes mencionado las universidades Complutense, Madrid y la de Salamanca se llevó afecto este evento en el Aula Magna de la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad mencionada durante los días 2, 3, 4 y 5 de octubre de 1978. Estuvieron presente las personalidades antes mencionadas y el rector de quien era la Universidad de Salamanca Alfredo Calonge Matellanes y el doctor Antonio Hernández Gil quien fue el presidente honorario de este Congreso Mundial. Los temas fueron la continuación de los del primer Congreso y se empezó a perfilar en forma definitiva la tesis de la autonomía del Derecho Familiar y su naturaleza jurídica.

Posteriormente hubo más reuniones sobre esta materia, hubo algunas interrupciones pero finalmente con la atinada iniciativa del doctor Hector Roberto Goyena Copello se celebró en la Ciudad de Salta en la República Argentina el Tercer Congreso de Derecho Familiar y Derecho Civil donde hubo una reunión de profesores de esta materia que fue muy importante para la continuidad y sobre todo para retomar la interrupción que se había hecho de los Congresos anteriores.

Después tuvo efecto el Cuarto Congreso que se denominó Hispanoamericano de Derecho Familiar que se celebró en 1987 en España, en este caso a iniciativa del doctor Diego Espín Cánovas, este evento se realizó en la Facultad de Derecho de la Universidad de Cáceres de la Ciudad de Extremadura del 16 al 20 de octubre de 1987 y la presidencia de honor correspondió a la reina Doña Sofía, esposa del rey Juan Carlos de España. Participaron el doctor Antonio Hernández Gil, igualmente J. Pérez Llantada Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, José Luis Lacruz Verdejo

Primera edición 1978, realizada por la Universidad Nacional Autónoma de México. Segunda edición 1996. Colegio nacional de estudios superiores de Derecho Familiar AC. pp. V y ss.

y I. Ramos Alveza habiendo firmado como presidentes de quien esto escribe además del doctor Héctor Roberto Goyena Copello y el propio doctor Diego Espín.

El Quinto Congreso Mundial de Derecho Familiar se celebró la Tricentenaria Escuela de Derecho de San Cristóbal de las casas, de la Universidad Autónoma de Chiapas del 18 al 25 de septiembre de 1988. Lo presidió el doctor Antonio García Sánchez junto con quien esto escribe estuvieron presentes de diversas universidades de Puerto Rico y otros países habiéndose otorgado la sede para que en el año 1990 en esta Universidad Interamericana de este país se celebrará es el Sexto Congreso. Hubo en este Congreso personalidades de Alemania, de Argentina, de Bolivia, de Brasil, de Colombia, de Costa Rica, de Cuba, El Salvador, de España, Estados Unidos Norteamérica, de Francia, de Guatemala, de Italia, de México, de Perú y de Puerto Rico.

El Sexto Congreso Internacional sobre Derecho Familiar se celebró en San Juan Puerto Rico en su Universidad Interamericana y su Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la misma del 14 al 20 de octubre de 1990, lo presidió el maestro Ennio Colón García y la secretaria del mismo fue Ivette Coll de Pestaña, habiendo sido patrocinados por el doctor José R. González, Presidente de la Universidad Interamericana de Puerto Rico y Manuel J. Fernoz, Decano de la Facultad de Derecho de ese país y como vicepresidentes internacionales estuvimos el doctor Diego Espín, el doctor Héctor Goyena Copello y quien esto escribe.

El Séptimo Congreso Mundial sobre Derecho Familiar se celebró en San Salvador, El Salvador en Centroamérica del 20 al 26 de septiembre de 1992, ahí se adoptó un lema nuevo para este Congreso que fue Derecho Familiar: Fundamento para un mundo mejor. He aquí este se celebró a iniciativa del doctor José Ernesto Criollo, igualmente nos apoyaron el Presidente la República el Licenciado Alfredo Cristiani, el doctor Jorge Antonio Giammattei Avilés y otras distinguidas personalidades de este país, hubo una continuación en

los temas del Primer Congreso, esto es importante señalarlo porque en el año 2014, en este que se celebrará en octubre, todavía estas materias se siguen estudiando, se siguen perfeccionando, se siguen dando mejores soluciones para esta grave problemática del Derecho Familiar, aquí hubo juristas de Argentina, de Brasil, de Bolivia, de Canadá, de Chile, de China, de Colombia, de Costa Rica, de Cuba, de Ecuador, de España, de México, El Salvador, de Francia, de Guatemala, de Honduras, de Nicaragua, de Paraguay, de Perú, de Polonia, de Panamá, de República Dominicana, de Puerto Rico, de Suecia, de Uruguay Estados Unidos Norteamérica, del Vaticano y de Venezuela.

En el año de 1996 se celebró el Noveno Congreso Mundial sobre Derecho Familiar en Panamá, en este caso fue del 22 al 27 de septiembre y el presidente del Congreso fue el doctor Ulises Pittí quien era profesor de la Universidad de Panamá en este caso se recibió el apoyo de quien era la esposa en ese tiempo del Presidente de Panamá, la señora Dora Boyd de Pérez Valladares, primera dama de la República panameña. También estuvo presente el Rector de la Universidad de Panamá, el doctor Gustavo García de Paredes y el rector de la Universidad de Santa María la Antigua el doctor Gustavo Stanley Musschett Ibarra. La temática del Congreso que se ha caracterizado por esa unidad en su proyección siguió la del anterior, se ampliaron temas muy importantes y se tuvo la presencia de distinguidas personalidades de diferentes países, reconociendo obviamente el gran esfuerzo que realizó este país, para que junto con las universidades mencionadas para que fuera una realidad y siguiera creciendo la proyección del Derecho Familiar y la protección de las familias.[74]

Siguiendo con esta importante evolución histórica de estos Congresos siempre dentro de esta influencia que ya señalamos de cuando se inició en 1914, cuando retomamos este asunto en 1964 y como en estos últimos 50 años hemos logrado realizar todo este tipo

74 Ob. Cit. pp. 8 y ss.

de reuniones en favor de la familia y del Derecho Familiar.

El Décimo Congreso Internacional de Derecho Familiar se celebró en la ciudad de Mendoza en la Universidad de Cuyo, bajo la presidencia quien era en ese tiempo Ministra de la Suprema Corte de Justicia de esa ciudad, Aída Kemelmajer de Carlucci, el evento se celebró en el año 1998 en el mes de octubre, con la asistencia de personalidades de los países que antes hemos mencionado y otros que se sumaron a este movimiento.

Es en el año 2000, cuando se realizan en el mes de octubre en la Ciudad de Bogotá Colombia en la Universidad Externado cuyo Rector era Fernando Hinestrosa , cuando se celebró éste Decimoprimer Congreso que también fue un éxito extraordinario, con la participación ya y la inercia que se traía de los otros con muy distinguidas personalidades. En este país ante la petición que hiciera la Delegación Cubana encabezada por la Doctora Olga Mesa Castillo se determinó que en el año 2002 a la Universidad de La Habana en Cuba se le otorgara la sede, habiendo sido un Congreso extraordinario con una gran participación nacional e internacional y siempre llevando hacia delante el Derecho Familiar, posteriormente en el año 2004 a iniciativa del propio doctor Diego Espín y la propuesta que hizo Carlos Lasarte Director del Departamento Derecho de la Universidad Nacional de estudios a distancia de España, y la Universidad de Sevilla, se les otorgó la sede para que en el año 2004 se celebrara el Decimotercer Congreso Internacional de Derecho Familiar, que también en obvio de repeticiones demos decir que fue un éxito con una gran proyección y sobre todo alternativas de solución para la problemática de las diferentes familias.

El doctor Luis Negrón Portillo, solicitó la sede y se le otorgó para el año 2006 para regresar el Congreso a la Universidad Interamericana de Puerto Rico, también en el mes de octubre de ese año, habiendo tenido un gran éxito esta reunión que él fue precisamente el presidente y quien fue un gran anfitrión y le dio una gran proyección al Derecho Familiar, en este país hubo varias

propuestas para la sede y finalmente triunfó la que llevó la doctora Leoba Castañeda para que el evento se realizará en la Ciudad de Cuernavaca Morelos en la Universidad Interamericana de ese estado y la Universidad Autónoma de Morelos, este evento fue presidido por la doctora Castañeda y también reunió un número muy importante de juristas y como hecho significativo vale la pena destacar que estas Universidades decidieron otorgar el grado de Doctor Honoris Causa a algunos de los asistentes, entre quienes estuvieron Tres Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la doctora Olga Sánchez Cordero, el doctor Sergio Armando Valls Hernández y el doctor José Ramón Cossío Díaz. Los temas fueron importantísimos, la anfitrionería de la doctora Castañeda y los Rectores de estas Universidades fue tan importante que el Congreso se significó por ser uno de los más trascendentes que se han celebrado en la historia de estos eventos. El último día en esta la Ciudad de Cuernavaca la doctora Birmania Sánchez Camacho en representación de la Primera Dama del Gobierno de la República Dominicana, esposa del entonces presidente solicitaron y se les otorgó la sede para que en el año 2010 se celebrara el Decimosexto Congreso Internacional de Derecho Familiar en su ciudad, lo cual fue muy apoyado, fue muy importante para el desarrollo de esta disciplina y ahí con la presencia de distinguidas personalidades se otorgó ante la petición que hiciera de la Magistrada Dolores Loyarte apoyada por la ministra Aída Kemelmajer de Carlucci el Comité Científico Internacional determinó que se otorgara la sede del Decimoséptimo Congreso para la Universidad Nacional de Mar del Plata en Argentina, hecho que ocurrió en el mes de octubre del año 2012, también fue un éxito este evento y de ahí ante la propuesta que llevó personalmente la Magistrada Susana Pacheco Rodríguez del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Durango y con la representación de la Universidad Juárez de Durango y de la Universidad Nacional Autónoma de México, de su Facultad de Derecho hizo una propuesta y se determinó por unanimidad que se les otorgara la sede para realizar el Decimoctavo Congreso Internacional de Derecho

Familiar, cuyo presidente es el doctor Apolonio Betancur Ruiz, quien además es Magistrado Presidente del Tribunal Superior de Justicia de este estado. Ha sido importantísima el apoyo y la participación del Gobernador del Estado, el Contador Público Jorge Herrera Caldera y de su distinguida esposa la Licenciada Tere Álvarez del Castillo de Herrera para que este Congreso que se desarrollará del 20 al 24 de octubre del año 2014 sea uno de los mejores que se hayan celebrado hasta la fecha; aquí queda una expectativa que en su momento se deberá satisfacerse para que se otorgue la sede para realizar el Decimonoveno Congreso Internacional en el año 2016, contando desde ahora con las propuestas de algunos países, concretamente el de Chile, México que nuevamente la Universidad Autónoma de Baja California y su Gobierno Estatal y otras organizaciones pretenderían llevar a la ciudad de Tijuana en Ciudad fronteriza de México y también no se ha concretado pero hemos recibido algunas informaciones de que una Universidad Privada de Perú podría estar interesada en este evento.

En resumen de estos eventos, lo más importante es subrayar que de 1977 al 2014 ya son con el que se celebrará próximamente 18 Congresos Mundiales e Internacionales sobre Derecho Familiar, que además han dado productos muy importantes a los que nos referiremos enseguida, que han sido consecuencia de esta inquietud a nivel mundial para que la familia tengan los mejores instrumentos jurídicos para su protección.

En esta misma tesitura actualmente se encuentra en la Cámara de Diputados local del Estado de Durango el proyecto de Código Familiar y el de Procedimientos Familiares propuesto por la Comisión Legislativa que preside quien esto escribe y que estamos a la espera del resultado, de lo que determinen los legisladores de este Estado, por lo que sólo lo transcribimos enseguida:

CONTENIDO GENERAL DE LOS PROYECTOS DE CÓDIGO FAMILIAR Y DE PROCEDIMIENTOS FAMILIARES PARA EL ESTADO DE DURANGO COMISIÓN LEGISLATIVA:

JULIÁN GÜITRÓN FUENTEVILLA, JUAN LUIS GONZÁLEZ ALCÁNTARA Y CARRANCÁ, DEMETRIO CORTÉS ORTEGA, FERNANDO SOSA PASTRANA y ÁLVARO MOJICA CRISTÓBAL

COMISIÓN REDACTORA

GERARDO GALLEGOS ISAÍAS, SUSANA PACHECO RODRÍGUEZ, LILA ESTHER TÉBAR RODRÍGUEZ, SANDRA ILIANA RAMÍREZ ESTRADA y EDGAR GALILEO RUBIO FLORES

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Este proyecto de Código es producto de las aportaciones, del estudio y la reflexión, que diferentes instituciones culturales, jurídicas y sociales y el pueblo en general, han emitido sobre todos y cada uno de los temas que lo integran.

El Colegio Nacional de Estudios Superiores en Derecho Familiar, A. C., fundado en 1973, entre otras instituciones y preocupado siempre de las demandas sociales, de las inquietudes que los diferentes sectores de las familias mexicanas expresan para analizar las propuestas y habiendo realizado diversos foros para mejorar la protección de la familia; ha concluido que las normas de Derecho Familiar insertas en el Código Civil de la entidad, ya no se adecuan

a la realidad social de las familias que habitan en la misma; que es necesaria la promulgación de una legislación familiar moderna para este estado, que ponga los fundamentos de la familia que queremos proteger en el siglo XXI; que la protección jurídica familiar, debe prioritariamente incluir a las niñas y niños, a las mujeres y hombres, a los adultos mayores, a las inválidas e inválidos, a las drogadictas y drogadictos, a las enfermas y enfermos mentales, a las discapacitadas y discapacitados.

Que atendiendo a las características del Derecho Familiar, en este Código se definen sus instituciones y se determina su naturaleza jurídica, para que los destinatarios de estas normas, las conozcan y las asimilen con facilidad, para poder exigir su cumplimiento, y además conocer íntegramente cuáles son los derechos, deberes y obligaciones de la familia y de cada uno de los miembros que la integran.

También hay consenso para abrogar de los Códigos Civiles actuales, todo el contenido del Derecho Familiar, especialmente las instituciones que durante décadas han estado vigentes y no han sido hasta ahora, las más convenientes para proteger jurídicamente a la familia y sus integrantes.

Existen normas del Código Civil de la entidad, que en lugar de proteger a la familia, la atacan, la denigran y la destruyen. Para esas disposiciones, la familia no existe jurídicamente. El patrimonio familiar no se transmite a los miembros de la familia. Ésta no es un sujeto de Derecho. La mayoría de las causales de divorcio son de carácter penal y al decretarse éste, destruyen los afectos, los vínculos, el amor de los hijos, de la familia y el de los cónyuges.

En este Código Familiar, se considera que el matrimonio no es un contrato. Se regula adecuadamente la separación de cuerpos. Se eliminan los términos de espera para contraer un nuevo matrimonio. Se legisla en forma adecuada la pérdida de derechos sobre bienes y productos generados en un matrimonio putativo, declarado nulo, tomando en cuenta la buena y mala fe. Desaparecen las normas

absurdas referidas a los aspectos económicos del matrimonio. Se decreta la edad de 18 años para contraer matrimonio tanto para la mujer cuanto para el hombre y por excepción se permite a los 16 años, consintiendo en ese acto quienes tienen obligación de hacerlo. Se eliminan del matrimonio menciones que van en detrimento de los cónyuges. Desaparece la figura de los esponsales. Por primera vez se regula el apellido de quienes contraen matrimonio. Se determina la equidad de derechos y obligaciones entre los cónyuges independientemente de su aportación económica al mismo. Se derogan las normas discriminatorias de la mujer, que en relación a los hijos les imponen la obligación de reconocerlos por el solo hecho de su nacimiento, dejando al padre a su libre arbitrio, cumplir con esta obligación. La violencia intrafamiliar tiene un tratamiento verdaderamente jurídico, para proteger a los miembros de la familia al señalarla como causal de divorcio. El concubinato tiene una regulación como hecho jurídico, del cual derivan efectos legales. Por primera vez se reconoce el valor económico que el trabajo doméstico, la educación y la formación de los hijos, tiene dentro del matrimonio. Se incrementa el valor del patrimonio familiar. Se abroga la adopción simple.

En este Código Familiar, se destaca que sus normas no son privadas ni particulares. Que deben proteger intereses superiores y que su naturaleza jurídica es distinta a la del Derecho Público y a la del Derecho Privado. El Derecho Familiar forma un tercer género al lado de aquéllos. Tiene sus propias normas y sus principios que le dan su extraordinario valor, cuando se trata de proteger jurídicamente a la familia.

El objeto del Derecho Familiar es tutelar y proteger a la familia. Es indiscutible que es el núcleo más importante de la humanidad. Por ello, hay que protegerla efectivamente como célula básica y fundamental de la sociedad.

En este Código, se definen sus instituciones y se determina su naturaleza jurídica. En un lenguaje sencillo, claro y accesible,

los destinatarios de estas normas las podrán conocer y asimilar con facilidad, para exigir su cumplimiento y conocer los deberes, derechos y obligaciones que cada miembro de la familia tiene en relación a los demás.

1993, AÑO DE LA SEPARACIÓN PEDAGÓGICA Y DIDÁCTICA EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO CIVIL Y EL DERECHO FAMILIAR EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM

En el año señalado, como iniciativa de quien esto escribe, junto con un jurista chiapaneco, de gran prestigio, desgraciadamente hoy fallecido Manuel propusimos la separación científica y fundamentada del Derecho Civil y del Derecho Familiar, la cual fue aprobada por las máximas autoridades pedagógicas y correspondientes de la UNAM y desde ese año 1993 ya han transcurrido 21, se separó la enseñanza del Derecho Familiar del Civil, quedando en Civil I la teoría del acto jurídico y el derecho de las personas; en civil II bienes y derechos reales, el tercero derecho de las obligaciones y en cuarto curso derecho de los contratos, materias que es necesario acreditar para llevar Derecho Familiar ya en forma separada en el Sexto semestre y derecho sucesorio que es la parte patrimonial del Derecho Familiar en el séptimo, siendo éste también un logro importante para esta materia y sobre todo en esa línea que hemos señalado desde el año 1914 y después en 1964 y como sigue dando resultados y frutos importantes. También en la propia Universidad nacional, en la división de estudios de posgrado de la Facultad de Derecho en el año 2000, quien esto escribe tuve el privilegio de haber realizado la iniciativa para el programa de especialización que comprende 12 materias de Derecho Familiar y que también tiene ya 14 años de estarse aplicando con un gran éxito porque semestre a semestre

siempre hay un número importante de alumnos que quieren llevar esta materia.

En el año 2013 y el presente se propuso al Tribunal Superior de Justicia del Estado de Durango, la posibilidad de que se estableciera la especialidad maestría y doctorado en Derecho Familiar y una vez que se les otorgó como primera Universidad Judicial de Durango de la República y del mundo la patente para dar estos cursos de posgrado, ya es una realidad en la entidad que está actualmente implementándose para que puedan haber quienes cursan 24 materias sólo de Derecho Familiar y tengan el grado de especialistas, maestría y doctorado en Derecho Familiar.

PATER FAMILIAS, REVISTA DE DERECHO FAMILIAR

En el año 2013 la Facultad de Derecho y la coordinación del programa del posgrado en derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, que incluye al Instituto de Investigaciones Jurídicas, la Facultad de Estudios Superiores Acatlán y la Aragón, decidieron propiciar la publicación y realización de la revista Pater Familias, especializada en el Derecho Familiar y la única que tiene esta perspectiva en el mundo universitario y de nivel superior. El número uno empezó a circular el mes de julio por semestre a diciembre del año 2013 y en la misma se designó como Director General a quien esto escribe con un Comité editorial muy importante con personalidades como la directora de la Facultad de Derecho Leoba Castañeda Rivas, el ministro José Ramón Cossío Díaz quien era el coordinador del programa de posgrado entonces Jorge Fernández Ruíz, y algunos extranjeros como Olga Mesa Castillo de Cuba, Cristián Lepín de Chile, Héctor Roberto Goyena Copello de Argentina, Carlos Lasarte Álvarez de España, Lourdes Wills Rivera de Venezuela, Birmania Sánchez Camacho de República Dominicana, de otros profesores como Luis Mariano Negrón Portillo de Puerto Rico, Ulises Pitti de Panamá y Aída

Kemelmajer de Carlucci de Argentina, Luis David Durán Acuña de Colombia y otros profesores de México como Demetrio Cortés Ortega, Juan Luis González Alcántara y Carrancá, Fernando Sosa Pastrana y otras distinguidas personalidades, en esta revista especializada en Derecho Familiar en este número uno hay ensayos muy importantes que vienen a sumarse a este gran movimiento que se inició en el año 1914, al que ya antes nos hemos referido y que también debemos hacer mención que actualmente ya en el año que corre de enero a junio del 2014 empezó a circular el número 2 de Pater Familias que tiene a semejanza del otro quizá más, 537 páginas con temas muy importantes sobre el derecho familiar, con esos consejos y comité editorial de personalidades y en este caso donde además de describir el ministro José Ramón Cossío Díaz y colaboradoras como Mireya Meléndez Almaraz y Luz Elena Orozco y Villa también lo hace la propia Leoba Castañeda, la ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas y otras personalidades.

REFORMA CONSTITUCIONAL DEL AÑO 2011

En este caso es importante destacar que en el año mencionado un cambio muy importante en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para establecer y determinar que cambiaba la nomenclatura, el fondo y la esencia de darle nivel de Derechos Humanos en los que las personas gozan reconocidos en la Constitución y de aquí subrayar lo que para nosotros es importante, lo que determinó el artículo 29 Constitucional en la Reforma porque va haber una serie de modificaciones muy importantes sobre todo el segundo párrafo que por su trascendencia transcribiremos el artículo completo porque ahí se destacan nuevos Derechos Familiares ya antes señalados en el artículo 4º pero por ejemplo que no se había incluido el derecho a la vida, a la integridad personal, a la protección, a la familia y otros por lo que enseguida lo transcribiremos.

"Artículo 29. En los casos de invasión, perturbación grave de

la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde.

En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma

inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión.

Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez."[75]

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

En este caso debemos mencionar algunas cuestiones de orden público e interés social referidos específicamente al Derecho Familiar.

CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, RESPECTO AL ORDEN PÚBLICO, EN EL DERECHO FAMILIAR MEXICANO

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Parte: III, Junio de 1996. Tesis: XX.J/23. Página: 535. Alimentos. Aun cuando los hijos alcancen la mayoría de edad, no cesa la obligación por parte del deudor alimentista de proporcionárselos, si todavía los necesita el emancipado. (Legislación del Estado de Chiapas).

Supuesto que dentro de las causales para la cesación de la obligación de dar alimentos a que se contrae el artículo 316 del Código Civil para el Estado de Chiapas, no se encuentra expresamente la consistente en que el hijo haya llegado a la mayoría de edad; y aun cuando pudiera interpretarse la fracción II del citado precepto en relación con el numera 438, fracción III del mencionado Código, es decir, que la patria potestad se acaba por la mayor edad del hijo y con ello concluye el deber de darle alimentos, en razón de que al llegar a la mayoría de edad se supone que goza de absoluta independencia para

75 Carbonell Miguel. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prólogo, notas y actualización. 163ª edición. Editorial Porrúa, México 2011. pp. 71 y 72.

disponer tanto de sus bienes como de su persona, y esta emancipación también supone su capacidad física, económica y jurídica para ser autosuficiente a efecto de allegarse los alimentos que necesite para su subsistencia; sin embargo, por ser los alimentos a los hijos una cuestión de orden público, debe considerarse que por el solo hecho de llegar a la mayoría de edad no debe suspenderse la obligación de suministrarlos, sino que en cada caso, deben examinarse las circunstancias en que se encuentran los hijos al llegar a esa edad, para saber si siguen necesitándolos, en la inteligencia que tanto los hijos como el cónyuge gozan de esa presunción independientemente de si aquéllos son mayores o menores de edad, por lo cual es el deudor quien debe demostrar que ellos tienen recursos propios para poder, así desligarse de esa obligación. Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito.

Precedentes: Amparo directo 605/91. Humberto Luna Morales. 23 de enero de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Ángel Suárez Torres. Secretario: Casto Ambrosio Domínguez Bermúdez. Amparo directo 427 /92. María Olivia Teomitzi Castro. 15 de octubre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Mariano Hernández Tórres. Secretario: Miguel Ángel Perulles Flores. Amparo directo 619/92. Francisco Javier Paniagua Hidalgo. 21 de enero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco A. Velasco Santiago. Secretario: Arturo J. Becerra Martínez. Amparo directo 758/95. Juan Álvaro Pérez Domínguez. 25 de enero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Roberto Avendaño. Secretario: Enrique Robles Solís. Amparo directo 990/95.Gustavo Maya Becerril. 9 de mayo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente:

Francisco A. Velasco Santiago. Secretario: Rafael León González.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Fuente: Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. Parte: IV, Agosto de 1996. Tesis: I.3º.C.J/7. Página: 418. Divorcio, falta de ministración de alimentos como causal.

El artículo 267, fracción XII del Código Civil establece como causal de divorcio, la negativa injustificada de los cónyuges a cumplir

con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento o el incumplimiento sin justa causa por alguno de los cónyuges de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168. Ahora bien, cuando no se alega un incumplimiento total, sino parcial, que se hace consistir en que el demandado no da dinero a la actora, ese hecho no basta para que se surta la hipótesis a que se refiere la fracción XII del artículo 267 del Código Civil, toda vez que, los alimentos de conformidad con el artículo 308 del Código Civil comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad y respecto de los menores, los alimentos comprenden además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales; además de que, la institución del matrimonio es de orden público, por lo que la sociedad está interesada en su mantenimiento y sólo por excepción la ley permite que se rompa el vínculo matrimonial; de ahí que en los divorcios necesarios sea preciso que la causal invocada quede plenamente especificada y se acredite la negativa del obligado, a fin de que el tribunal pueda apreciar la gravedad del incumplimiento que ponga de manifiesto el desprecio, desapego, abandono o desestimación al cónyuge actor o a sus hijos, y que haga imposible la vida en común; gravedad que no se justifica cuando en forma imprecisa se alega que el demandado no ha cumplido en su totalidad con la ministración de alimentos. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

Precedentes: Amparo directo 3873/89. Roberto Páez Páez. 5 de enero de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José Becerra Santiago. Secretario: Marco Antonio Rodríguez Barajas. Amparo directo 2963/90. Marie Terréese Casaubon Huguenin. 9 de agosto de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José Rojas Aja. Secretario: Enrique Ramírez Gámez. Amparo directo 3228/90. Josefina Tapia Serrano. 9 de agosto de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José

Becerra Santiago. Secretario: Marco Antonio Rodríguez Barajas. Amparo directo 5403/94. Blanca Rosa Hernández González. 28 de octubre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: José Rojas Aja. Secretario: Arnulfo Moreno Flores. Amparo directo 3233/96. Lilia Pérez Ramírez. 13 de junio de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: José Becerra Santiago. Secretario: Gustavo Sosa Ortiz.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Octava Época. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Parte: XIV-Septiembre. Tesis: I.5º.C.556C. Página: 254. Alimentos. Pensión definitiva. Fijación del monto, previo análisis de su proporcionalidad.

El tribunal de segundo grado infringe el artículo 311 del Código Civil para el Distrito Federal, cuando al pronunciar su fallo se limita a fijar arbitrariamente una pensión alimenticia equivalente a un salario mínimo general mensual vigente en el Distrito Federal, sin analizar previamente la proporcionalidad que se debe observar para su cuantificación, pues de conformidad con el precepto citado los alimentos deben ser proporcionales a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades del que debe recibirlos. Lo cual significa que dicho Tribunal de apelación no puede referirse al salario mínimo como base para determinar el monto de la pensión alimenticia a cargo del hoy tercero perjudicado, sino que está obligado a analizar los medios de prueba aportados, para de ahí determinar el importe que habrá de cubrirse por concepto de pensión alimenticia, refiriéndose a las necesidades del menor acreedor, frente a las posibilidades del deudor alimentario; e incluso, el referido Tribunal responsable está en aptitud de proveer oficiosamente, por tratarse de un asunto de orden público e interés social, sobre el desahogo de pruebas conducentes, en caso de que las aportadas no fueren suficientes para colmar la finalidad perseguida, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles. Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

Precedentes: Amparo directo 3315/94. Sara Virginia Calderón Sánchez. 7 de julio de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín

Ochoa Ochoa. Secretario: Walter Arellano Hobelsberger.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Octava Época. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Parte: VII-Enero.

El tribunal de alzada correctamente se sujetó a lo previsto en el artículo 81 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, al estudiar de oficio la cuestión relativa a la pérdida de la patria potestad decretada por el juez de primer grado, a pesar de que el apelante nunca alegó la violación del artículo 259 del Código Civil, ni esgrimió agravio en relación a ese punto, porque los artículos 940 y 941 del ordenamiento legal citado en primer término, establecen que tratándose de controversias de orden familiar, los jueces y tribunales están facultados para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, de manera especial cuando se trata de menores y de alimentos teniendo facultades para decretar las medidas necesarias que tiendan a preservar la familia y a proteger a sus miembros, así como para suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho, por considerar la ley que tal materia es de orden público, en virtud de constituir la familia la base de la integración de la sociedad. Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

Precedentes: Amparo directo 5077/90. Catalina Eugenia Muñoz Gómez. 7 de diciembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: Eduardo Francisco Núñez Gaytán.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época.

Fuente: Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. Parte: II, Agosto de 1995. Tesis I.9º.C.14 C. Página: 458. Alimentos. Acción de pago de. En juicio de divorcio necesario debe admitirse en la vía reconvencional.

Es legalmente admisible la acción de pensión alimenticia, hecha valer reconvencionalmente en un juicio de divorcio, en el que la contraparte sólo demandó la disolución del vínculo matrimonial, toda vez que las cuestiones relativas a la familia son de orden público, razón por la que basta ser titular del derecho para que se pueda reconvenir la ministración de alimentos ante el órgano jurisdiccional

competente, máxime que el juez está facultado, aun oficiosamente, para dilucidar cuestiones de orden familiar, que implica la acción intentada de alimentos, para quienes tuvieren derecho a esa prestación, en términos del artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Noveno Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

Precedentes: Amparo en revisión 2009/94. Purificación García y Estévez. 9 de febrero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Ismael Castellanos Rodríguez. Secretario: Ricardo Guevara Jiménez. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Parte: II, Agosto de 1995. Tesis: XX.24 C. Página: 507. Divorcio. El término fijado por la ley para el ejercicio de la acción es de caducidad y no de prescripción, tratándose de divorcio, el término fijado por la ley para el ejercicio de la acción es un término de caducidad y no de prescripción, y si bien es cierto que ambos son formas de extinción de derechos que se producen por el transcurso del tiempo, también es cierto que, no deben confundirse porque la caducidad es condición para el ejercicio de la acción, por lo que debe estudiarse de oficio; en cambio la segunda sólo puede analizarse cuando se hace valer por parte legítima; por ende en materia de divorcio, tomando en consideración su carácter excepcional porque pone fin al matrimonio, el término señalado por la ley para el ejercicio de la acción, debe estimarse como un término de caducidad, porque si la acción de divorcio estuviera sujeta a prescripción, su término no correría entre consortes y la amenaza del cónyuge con derecho a solicitarlo sería constante, afectándose con la incertidumbre, todos los derechos y obligaciones que forman el estado civil del matrimonio, intereses que dejan de ser del orden privado, y pasan a afectar la estabilidad de la familia y el orden público. Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito.

Precedentes: Amparo directo 132/95. Baldemar Moreno Espinoza. 27 de abril de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco A. Velasco Santiago. Secretario: Stalin Rodríguez López.

Instancia: Tercera Sala. Octava Época. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Parte: 56, Agosto de 1992. Tesis 3ª./J. 12/92. Página: 23. Divorcio necesario. No le son aplicables todas las reglas especiales de las controversias del orden familiar, pero sí la relativa a la suplencia de la deficiencia de los planteamientos de derecho de las partes cuando de ellas dependa que se salvaguarde a la familia, con independencia de que permanezca o se disuelva el vínculo matrimonial. (Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal).

Las reglas y formas especiales sólo pueden aplicarse a los casos específicos a que las destinó el legislador. Como el divorcio necesario no se encuentra dentro de los casos que prevé el artículo 942 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ni tiene una regulación propia para su tramitación dentro del ordenamiento citado, se rige por las disposiciones generales del juicio ordinario y, por tanto, no le son aplicables, en principio, todas las reglas especiales establecidas para las controversias de orden familiar. Sin embargo, como excepción y por mayoría de razón, les es aplicable la regla especial que prevé el segundo párrafo del artículo 941 del propio cuerpo legal, relativa a la suplencia de la deficiencia de los planteamientos de derecho de las partes, cuando la aplicación de esta figura procesal dé lugar a salvaguardar a la familia, en virtud de que la intención del legislador al establecer esta regla para las controversias del orden familiar, a saber, el preservar las relaciones familiares evitando que en estos asuntos una inadecuada defensa afecte a esa institución, y la razón a la que obedece su establecimiento, que expresamente consigna en el artículo 940, a saber que los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público por constituir aquélla la base de la integración de la sociedad, operan de manera más clara e imperativa tratándose del divorcio necesario pues implicando éste la disolución del vínculo matrimonial, problema capital que afecta a la familia, debe garantizarse que no se perjudique a ésta con motivo de una inadecuada defensa. Lo anterior se reafirma si se considera

que la razón por la que el legislador no incluyó al divorcio necesario dentro del procedimiento para las controversias de orden familiar fue porque rigiéndose aquél por las disposiciones del juicio ordinario, que exigen mayores formalidades y establecen plazos más amplios para el ofrecimiento y recepción de pruebas, se tiene la posibilidad de preparar una defensa más adecuada, lo que favorece la preservación y unidad familiar. Por la importancia social de la familia, prevista en el artículo 4º., de la Constitución, se debe admitir la suplencia referida, lógicamente cuando la aplicación de esa figura procesal tenga como efecto la salvaguarda de la familia, independientemente de que ello se consiga con la disolución o no del vínculo conyugal. Además justifica lo anterior el que al introducir esa figura procesal el legislador, no la circunscribió a las controversias de orden familiar especificadas en el artículo 942 citado sino que usó la expresión "en todos los asuntos de orden familiar", aunque, respecto del divorcio, que tiene su naturaleza debe limitarse a la hipótesis precisada, en que la suplencia conduzca a proteger a la familia.

Precedentes: Contradicción de tesis 11/91. Entre las sustentadas por el Primer y Tercer Tribunales Colegiados en Materia Civil del Primer Circuito. 3 de agosto de 1992. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Maria Estela Ferrer Mac Gregor Poisot. Tesis de Jurisprudencia 12/92. Aprobada por la Tercera Sala de este alto Tribunal en sesión privada celebrada el tres de agosto de mil novecientos noventa y dos. Cinco votos de los señores ministros: Presidente: José Trinidad Lanz Cárdenas, Mariano Azuela Güitrón, Sergio Hugo Chapital Gutiérrez, Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez y Miguel Montes García.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Octava Época. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Parte: XII-Noviembre. Página: 377. Matrimonio y de la familia. Naturaleza del matrimonio es un instituto de orden público, porque el interés que en él se tutela no es el particular o individual de quienes lo forman, sino un interés superior: el de la familia; siendo ésta la célula de la sociedad,

el matrimonio es también de orden y trascendencia social y ya no meramente privado. Por ello, la sociedad está interesada en que se mantenga perdurable el instituto matrimonial y, sólo por excepción, la ley permite su disolución intervivos, siendo menester, en estos casos, que quien demande acredite plenamente sus afirmaciones sobre los hechos que integran la causal de divorcio y que éste se ejercite oportunamente, esto es, antes de su caducidad. Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Tercer Circuito.

Precedentes: Amparo directo 315/92. Filemón Merino Cerqueda. 30 de abril de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Rubén Pedrero Rodríguez. Secretario: Carlos Gregorio Ortiz García.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Octava Época. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Parte: IX-Abril. Página:

490. Divorcio necesario. Le son aplicables las disposiciones relativas a las controversias del orden familiar.

En los recursos de apelación derivados de un juicio de divorcio necesario, el tribunal de alzada debe suplir la deficiencia de los agravios por tratarse de la conservación del matrimonio; apoyándose en los artículo 940 y 941 del Código de Procedimientos Civiles, que este Tribunal Colegiado estima aplicables, aun cuando el juicio se hubiera seguido en la vía ordinaria civil, pues es indiscutible que la disolución del matrimonio es un problema inherente a la familia que se considera de orden público, por constituir aquélla la base de la integración de la sociedad, como lo establece el segundo párrafo del artículo 941 del propio Código Procesal, al tratarse de un asunto de orden familiar, los jueces y tribunales están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

Precedentes: Amparo directo 7173/91. Marcela Cruz Villagrán. 16 de enero de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: José Becerra Santiago Santiago. Secretario: Antonio Rodríguez Barajas. Amparo directo 1013/90. Graciela Téllez Lores. 14 de junio de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José Rojas Aja. Secretario: Enrique

Ramírez Gámez. Octava Época. Tomo VII-Mayo, página 190. Véase: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, número 56, pág. 23, tesis por contradicción 3ª/J.12/92.

Entre otras resoluciones, encontramos la que determina que los Jueces Familiares, en determinados supuestos, pueden calificar y estimar la existencia del orden público con relación a una ley, y no pueden declarar que no siendo aplicable una ley en los conceptos que la informaron por cuestión de orden público, conserva aún ese carácter y subsistan sus finalidades (Quinta Época. Tomo XXVI. P. 1533. Tomo XXXI. P. 570. 2807.

Igualmente en enero del 2004, los Tribunales Colegiados de Circuito en la Novena Época, el Sexto en Materia Civil, en relación al artículo 417 del Código Civil para el Distrito Federal, determina que "La eficacia del derecho de visita dándole efecto, calor humano, presencia personal, respaldo espiritual y respeto a su persona e intimidad, es una cuestión de orden público e interés social, dado que en su observancia está interesada la sociedad y el Estado, porque de su efectivo cumplimiento depende el desarrollo armónico e integral del menor que, en ocasiones, por causas ajenas a su voluntad, vive separado de uno o ambos progenitores. Es por eso que el propio numeral contiene normas tendentes a lograr dicha función, ya que el goce y disfrute determinará lo que más convenga al interés preponderante del menor que sólo podrá suspenderse, limitarse o perderse por resolución judicial expresa y cuando se haya perdido la patria potestad. Como se advierte, la teleología del artículo 417 en comento se encamina a la conservación de un entorno familiar saludable y favorable para el pleno desarrollo personal y emocional de los sujetos cuando no se encuentran bajo su custodia, si ejercen la patria potestad, tendrán derecho a convivir y disfrutar de momentos en común, en aras de tutelar el interés preponderante del menor, teniendo sólo como limitante para que se suspenda, el ejercicio del derecho de visita y convivencia que exista peligro para el menor, caso en el que el juzgador podrá aplicar las medidas correspondientes a

fin de salvaguardar el interés superior del menor, contra alguno de los progenitores". Respecto a este tema específico, el legislador en septiembre del presente año, ha modificado este supuesto de la visita y convivencia para regular lo que llama guarda y custodia compartida, autorizando al Juez Familiar a decretar el cambio de custodia de los menores siguiendo el procedimiento respectivo.

En abril de 1998, el Primer Tribunal Colegiado del Tercer Circuito en Materia Civil, determinó que los alimentos son cuestión de orden público y deben ser satisfechos inmediatamente; en este caso, se busca que la necesidad se satisfaga de inmediata, de acuerdo con lo que haya ocurrido en el juicio de primera instancia, en ningún supuesto se debe esperar a que se aporte en ejecución de sentencia la cuantificación de la pensión definitiva, por lo que la responsable debe fijar en la sentencia el monto de la pensión por alimentos que se reclamen al deudor alimentario. Amparo Directo 1481/97. Linet Padilla Barba. 16 de octubre de 1997. Unanimidad de votos. Ponente Carlos Arturo González Zárate. Secretario Arturo García Aldaz.[76]

PROGRAMA DE DERECHO FAMILIAR EN EL CANAL JUDICIAL

Caci aproximadamente seis años quien esto escribe tuve el privilegio de iniciar en el Canal Judicial que es el Órgano de difusión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México el programa Derecho Familiar que siguiendo toda esta línea este es el corolario de lo que hemos señalado, nos ha llevado a realizar 300 programas con la presencia de 300 investigadores, profesores de la Facultad de Derecho de la UNAM y de otras instituciones como profesionistas de ciencias multidisciplinarias que con la misma intención y con el mismo objetivo hemos estado dándole un gran sentido al Derecho Familiar para hacerlo esto realidad, por ello consideramos que es importante

76 Revista de Derecho Familiar "Pater Familias" Facultad de Derecho y Coordinación del Posgrado en Derecho UNAM. Año 2 Número 2 de Enero-Junio México, 2014. pp. 152 y ss.

que se sepa que además este es un programa con una audiencia de comprobada de Diez millones de personas que siguen tres veces a la semana la difusión de este programa que se hace en el Canal Judicial en Cablevisión 112, Sky 639, Dish 731, en las repetidoras locales de televisión y por Internet a nivel internacional www.scjn.bob.mx con esto damos término a esta importante investigación que está referida a lo que ha ocurrido en los últimos 100 años a partir del año 1914 al presente 2014 del Derecho Familiar y su proyección a nivel nacional e internacional; aquí cabría agregar como una última información importante la más reciente que está a punto de ocurrir, que es la tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho presenta el maestro Manuel Granados Covarrubias, quien actualmente es el Presidente del Consejo Político de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal de quien yo tengo el honor de ser su tutor y director de la tesis, que se denomina "LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES DE LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS", trabajo que consideramos es muy importante porque viene hacer con corolario de todo lo que hemos determinado en este trabajo y así por ejemplo en el capítulo tercero lo va señalando, habla de los derechos de igualdad y la libertad, la seguridad jurídica y hace hincapié en forma importante en que ahora las garantías constitucionales para hacer efectivos los derechos humanos de la familia son el juicio de amparo, la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional. [77]

NUEVA SISTEMÁTICA DEL DERECHO FAMILIAR, EN LOS CÓDIGOS FAMILIARES Y LEYES DE LA FAMILIA, VIGENTES EN LOS ESTADOS DE HIDALGO, ZACATECAS, MICHOACÁN, MORELOS, SAN LUIS POTOSÍ, SONORA, YUCATÁN, SINALOA Y

77 Granados Covarrubias, Manuel. Los Derechos Humanos Fundamentales de la Familia en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Tesis para obtener el Grado de Doctor en Derecho presenta en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, año 2014. pp. 135 y ss.

DURANGO.

Del año 1983 al 2013, se han puesto en vigor en la República Mexicana, ocho Códigos Familiares con normas cuya naturaleza jurídica es de orden público e interés social; distintas y diferentes a las de los Códigos Civiles, que se caracterizan por sustentarse en la autonomía de la voluntad y en la protección del interés privado y particular de las personas jurídicas físicas. Por la trascendencia que para todas y cada una de las familias que habitamos en el país, tienen las legislaciones familiares, puestas en vigor en México y para divulgar, motivar, interesar a los estudiosos del Derecho Familiar, docentes, investigadores, Autores de libros en esta materia, litigantes, jueces, magistrados locales y federales y ministros del Máximo Órgano Jurisdiccional Mexicano, nos permitimos transcribir a continuación cada una de las Exposiciones de Motivos originales de los Códigos Familiares vigentes en la República Mexicana y que son los siguientes: Hidalgo desde 1983, Zacatecas 1986, Michoacán 2004, Morelos 2006, San Luis Potosí 2008, Sonora 2009, Yucatán 2012 y Sinaloa en el 2013.

HIDALGO 1983

Guillermo Rosell de la Lama, Gobernador Constitucional del Estado Libre y Soberano de Hidalgo, a Sus Habitantes Sabed:

Que la LI legislatura del H. Congreso Constitucional del Estado libre y soberano de Hidalgo, ha tenido a bien expedir el siguiente:

DECRETO 129

QUE CONTIENE EL CÓDIGO FAMILIAR PARA EL ESTADO DE HIDALGO; Y CONSIDERANDO:

PRIMERO.-Es necesario establecer una legislación familiar para el Estado de Hidalgo, que ponga las bases de una sociedad, derrumbando mitos y creando nuevas estructuras para proteger a la familia, a los niños, a los inválidos y los ancianos, teniendo el

Derecho Familiar como un conjunto de normas jurídicas reguladoras de las relaciones de sus miembros entre sí y respecto a la sociedad.- SEGUNDO.-La existencia de leyes familiares es de gran importancia, pues sólo de esta manera las instituciones integrantes del Derecho Familiar tendrán vigencia plena. El Derecho Familiar debe ser un derecho tutelar, no es privado ni público, es derecho social, protector de la familia, considerada ésta como el núcleo más importante de la población. La tradición del siglo pasado, conservada aún hoy por ciertos núcleos que pretenden seguir usufructuando la débil situación de la familia, debe terminar, la única solución posible es promulgar un Código Familiar, para proteger efectivamente núcleo básico de la humanidad.

TERCERO.-Por primera vez en la legislación familiar estatal se definirán sus instituciones y se determinará su naturaleza jurídica, la familia, como conjunto de personas unidas por vínculos de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, ésta dotada por la personalidad jurídica.

CUARTO.-El proyecto -cuyo Autor es el doctor en Derecho Julián Güitrón Fuentevilla- enviado por el Ejecutivo del Estado se puso a la consideración, a través de la consulta popular, de las instituciones culturales, jurídicas e idóneas para opinar sobre el particular. Como representantes de ellas participaron en el estudio respectivo, las personas siguientes: el propio Dr. Julián Güitrón Fuentevilla, los Diputados licenciados Efraín Arista Ruiz, Abel Cerón San Nicolás, Saray Mendoza Australia, integrantes de la primera Comisión Permanente de Legislación y Puntos Constitucionales, que presidieron las numerosas reuniones que para el estudio del proyecto, enviado por el Ejecutivo, se verificaron; los C. C. licenciados, Humberto Velasco Avilés y Domingo Franco Sánchez, como asesores de este H. Congreso; los licenciados Jonathan Vega Torres y Andrés García Montaño, Procurador y sub-procurador de Justicia, respectivamente; el C. licenciado Rodolfo Cruz Saldívar, de la Asesoría Jurídica del Gobierno del Estado; la licenciada María Guadalupe Arias, como representante

de la Barra de Abogados de esta entidad; las C. C. licenciadas Juana Ángeles Zamora y Lourdes Gutiérrez Pérez de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia (D.I.F.); al C. licenciado Alejandro Straffon Arteaga, Director de la Escuela de Derecho de la Universidad Autónoma de Hidalgo; los C.C. licenciados Luciano Lomelí Gaitán, Juan Manuel Hinojosa Villalba y Lucas González, Magistrados del H. Tribunal Superior de Justicia del Estado; C. licenciada Flor de María López González, Juez de lo Familiar de esta ciudad; C. licenciado Jesús Angeles Contreras, Presidente del H. Tribunal Fiscal Administrativo; C. licenciado Leonardo Ramírez, de la Asesoría Jurídica de la Universidad Autónoma de Hidalgo; C. licenciado José María Sepúlveda, Presidente del Colegio de Notarios del Estado de Hidalgo; C. licenciado Heriberto Pfeiffer Cruz, como representante de los litigantes del Estado; y la licenciada Leoba Castañeda Rivas, en representación del Colegio Nacional de Estudios Superiores de Derecho Familiar, A.C. Por todo lo anteriormente expuesto, este H. Congreso ha tenido.

ZACATECAS 1986

CÓDIGO FAMILIAR DEL ESTADO DE ZACATECAS

ÚLTIMA REFORMA PUBLICADA EN EL PERIÓDICO OFICIAL: 16 DE MARZO DE 2013.

Código publicado en el Suplemento del Periódico Oficial del Estado de Zacatecas, el sábado 10 de mayo de 1986.

JOSE GUADALUPE CERVANTES CORONA, Gobernador Constitucional del Estado Libre y Soberano de Zacatecas, a sus habitantes hago saber:

Que los CC. Diputados Secretarios de la H. Quincuagésima

Primera Legislatura del Estado se han servido dirigirme el siguiente:

DECRETO Núm. 237

LA H. QUINCUAGESIMA PRIMERA LEGISLATURA DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE ZACATECAS:

CONSIDERANDO PRIMERO.- Que el derecho de familia es el conjunto de normas que tiene por objeto estructurar la organización, funcionamiento y disolución de esa sociedad primera, y que su regulación ha estado tradicionalmente comprendida en nuestros códigos civiles no obstante que para ello se carece de una verdadera fundamentación científica, de modo que no se separan adecuadamente las cuestiones relativas a personas de las que corresponden a bienes y obligaciones, ha llegado el momento de integrar lo que en justicia ha de ser un derecho autónomo de familia.

CONSIDERANDO SEGUNDO.- Que en nuestro país los códigos civiles de 1870 y 1884 reglamentan no sólo los derechos de familia, sino algunas áreas del derecho que ahora son estimadas como derecho público y derecho social, que constituyen nuevas ramas del derecho, como lo son el agrario, el laboral, el forestal, el de aguas federales, el de minas, y otras. De esta manera, el viejo y robusto tronco del derecho privado, del derecho civil, ha sido objeto, no de mutilaciones que pudieran aniquilarlo, de atinadas podas que le han dado consistencia, que lo han hecho reverdecer para que el legislador se preocupe por la reglamentación adecuada de lo que es esencialmente derecho civil. Este marco no implica una separación definitiva del tronco común, como los hombres no podemos separarnos definitivamente de nuestra alma mater, a la que seguimos ligados con lazos invisibles permanentes. Estas separaciones son irreversibles, como la del derecho mercantil, agrario y laboral, que cada día se enriquecen, crecen, se profundizan en la reglamentación adecuada de todas las cuestiones concernientes a sus respectivas áreas.

CONSIDERANDO TERCERO.- Que entendemos como derecho social el conjunto de normas que rigen los derechos y obligaciones de los miembros de la comunidad humana. Podemos afirmar que, en

México, las primeras manifestaciones del derecho social se objetivan en la Ley del Divorcio de 1914, en la primera Ley Agraria de 1915, en la Ley sobre Relaciones Familiares del 1o. de mayo de 1917, que estuvo vigente en nuestra entidad, desde 1919 hasta 1966, año en que entró en vigor el actual Código Civil al que fueron incorporados los derechos de familia.

CONSIDERANDO CUARTO.- Que debe estimarse que la Ley de Relaciones Familiares, promulgada por Venustiano Carranza, fue la primera en determinar la separación de los derechos de familia del Código Civil. Su aplicación trajo beneficios al pueblo de México en cuestiones básicas para la familia. Por eso, México no debe perder la vanguardia en esta materia.

CONSIDERANDO QUINTO.- Que existen fundadas discrepancias en la doctrina respecto de si los derechos de familia son normas de derecho público, de derecho privado, o si es un derecho social, pero los derechos de familia constituyen una forma autónoma del derecho civil porque tienen autonomía científica, desde el momento en que están constituidos por instituciones privativas, instituciones que le son innegablemente propias; porque tienen autonomía jurisdiccional, por cuanto la Suprema Corte de Justicia se ha reservado la competencia para la solución de los principales problemas planteados en amparos directos por cuestiones familiares.

En conclusión, estimamos que resulta congruente aspirar a la autonomía legislativa mediante la promulgación de los Códigos de Derechos de Familia.

CONSIDERANDO SEXTO.- Que, en un futuro no lejano, no solamente cada entidad federativa tendrá su Código de Derechos de Familia, sino que habrá un Código Federal de Derechos de Familia que incorpore el sentir, las necesidades y la idiosincrasia del complejo mosaico que constituye la realidad nacional. La existencia del Código Federal de Derechos de Familia puede darse, sin perjuicio de que su aplicación sea de jurisdicción concurrente, como acontece con el Código de Comercio.

CONSIDERANDO SÉPTIMO.- Que la elaboración de un Código de Derechos de Familia en forma autónoma no significa que se quiera cambiar a través de una ley la estructura de la familia mexicana, sino que sus principales instituciones prevalecen. Sólo se trata de adecuar a la realidad social la legislación familiar. En ese contexto, se modificaron a fondo, en esta iniciativa, las instituciones del registro civil, las capitulaciones matrimoniales y sus gananciales, el concubinato, la adopción, el patrimonio de familia, los esponsales, la tutela, los alimentos, y otras.

MICHOACÁN 2004

CIUDADANO PRESIDENTE DEL HONORABLE CONGRESO DEL ESTADO PRESENTE.

LÁZARO CÁRDENAS BATEL, Gobernador Constitucional del Estado Libre y Soberano de Michoacán de Ocampo en ejercicio de la facultad que confiere el artículo 36 fracción I de la Constitución Política del Estado; y, CONSIDERANDO:

Que mediante decreto publicado en el Periódico Oficial del Estado, el 22 de septiembre del 2004, Michoacán dio lo que, hasta ahora, ha sido uno de los pasos más importantes en materia de derecho familiar; al otorgar un nuevo rostro a las normas jurídicas que tienden a regular las relaciones familiares, dotarlas de un carácter más acorde con la realidad en la que la sociedad se desenvuelve.

Que el derecho familiar cuenta con sus propios principios, que lo dotan de singularidad y autonomía respecto de la rama del Derecho Civil, ello por el extraordinario valor que conlleva el proteger jurídicamente a la familia; en ello radica su objeto, pues aquella es el núcleo social primario y en su seno, las personas se encuentran en condiciones de desarrollar todo su potencial.

Que el derecho de familia es el conjunto de normas que tiene por objeto estructurar la organización, funcionamiento y, en su caso, disolución de la célula primaria de la sociedad, y que su regulación ha estado tradicionalmente comprendida en el Código Civil, no obstante que para ello se carece de un verdadero sustento científico,

haciéndose necesario separar adecuadamente las cuestiones relativas a las personas de las que corresponden a bienes y obligaciones.

Que los derechos de familia deben ser considerados como una rama independiente del derecho civil, porque tienen autonomía científica, desde el momento que están constituidos por instituciones que le son innegablemente propias; porque su finalidad es esencialmente diversa al derecho privado, tomando en consideración que tienden a proteger valores, derechos y deberes inherentes al correcto desarrollo de los seres humanos en el núcleo primario.

Que es necesario que el Estado de Michoacán se coloque a la vanguardia a nivel nacional, integrando lo que en justicia, ha de ser un derecho autónomo de familia; estableciendo de una vez por todas, la separación jurídica formal del Derecho Civil y del Derecho Familiar; y, contemplando en un solo compendio normativo, los preceptos jurídicos sustantivos y adjetivos de éste último.

Que en razón de lo vertido se torna indispensable que el Estado de Michoacán de Ocampo, cuente con un Código en el que se condensen las normas tanto sustantivas como adjetivas del derecho familiar.

Que con la expedición de un Código Familiar, se estima que nuestra Entidad se colocaría a la vanguardia a nivel nacional, pues si bien, los Estados de Hidalgo y Zacatecas cuentan con su propia normatividad en materia de derecho de familia, los Códigos respectivos carecen de un apartado relativo a los aspectos procesales, lo que hace nugatorio el carácter de orden público que reviste a tales normas, pues los procedimientos relacionados con controversias y trámites de esa calidad, se encuentran supeditados al mismo tratamiento que las cuestiones patrimoniales.

Que las características que deben revestir a una norma de derecho familiar deben ser: la sencillez, la claridad, la accesibilidad a todos los ciudadanos, pues como destinatarios de la Ley, deben conocerla y entenderla, particularmente cuando se trata de aspectos que tienen que ver con su actuar en el seno de la familia.

Que con un Código Familiar se reconocería a esta materia el lugar que socialmente le corresponde; se facilitaría la Administración de Justicia al resolver conflictos de ese orden, pero sobre todo, se daría lugar a una regulación más adecuada no sólo de los aspectos sustantivos de la Ley, sino también a los procesales.

MORELOS 2006

Al margen izquierdo un sello con el Escudo del Estado de Morelos que dice: "Tierra y Libertad".- La tierra volverá a quienes la trabajan con sus manos. SERGIO ALBERTO ESTRADA CAJIGAL RAMÍREZ, GOBERNADOR CONSTITUCIONAL DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MORELOS A SUS HABITANTES SABED:

Que el H. Congreso del Estado se ha servido enviarme para su promulgación lo siguiente:

LA CUADRAGÉSIMA NOVENA LEGISLATURA DEL CONGRESO DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MORELOS, EN EJERCICIO DE LAS FACULTADES QUE LE OTORGA EL ARTÍCULO 40, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA LOCAL, Y, CONSIDERANDO

Los iniciadores del presente código mencionan que el devenir histórico del Derecho de Familia, es un conjunto de normas imprescindibles en nuestra sociedad, que busca su trascendencia y reproducción, bajo los conceptos que hasta ahora han sido tradicionalmente regulados por el derecho privado y en particular por el derecho civil, sin que ello importe que por las características propias del derecho de familia no se distinga de los primeros y posea una verdadera fundamentación científica, de modo que existan derechos y obligaciones propios del derecho familiar y en consecuencia la necesidad de instrumentar un mecanismo procesal efectivo para lograr su vigencia, sin que ello se logre de una manera plena bajo la conclusión de otras normas que regulan la actividad civil, pero no la propia del lazo fundamental de la sociedad, la familia.

Que es importante mencionar que en nuestro país los Códigos Civiles de 1870 y 1884 reglamentaron no sólo los derechos de familia, sino algunas áreas del derecho que ahora son estimadas como derecho

público y derecho social y que inclusive han formado nuevas ramas jurídicas, como lo son el agrario, el laboral, el forestal, el de aguas federales, el de minas y otras. En este marco, nace el derecho de familia, que no implica una separación definitiva del tronco común, pero sí una independencia que busca una mayor efectividad en la toma de decisiones, respecto del tema principal que le ocupa.

En México, el derecho social fue asumido hasta en un marco constitucional, aspecto que identifica a los mexicanos del resto del mundo, puesto que la inclusión de garantías sociales, no solamente hizo efectiva una proclama política, sino constituyó un importante antecedente para nuestra realidad jurídica. En los ordenamientos secundarios, las primeras manifestaciones del derecho social se objetivan en la Ley del Divorcio de 1914 y en la Ley sobre relaciones familiares del primero de mayo de 1917, que prácticamente estuvo vigente en nuestra Entidad, hasta que el Código Civil incorporó los derechos de familia.

Sobre la Ley de Relaciones Familiares, promulgada por Don Venustiano Carranza, debe destacarse la separación de los derechos de familia respecto de los derechos civiles, su aplicación trajo beneficios al pueblo de México sobre cuestiones inherentes a la familia, que con independencia de las discrepancias doctrinales sobre la autonomía del derecho familiar, lo cierto es, que los derechos a que se ha denominado como de cuarta generación agrupan eminentemente derechos colectivos, y entre esos grupos debe destacar el derecho familiar.

Que en México existen tribunales y jueces específicos para atender los asuntos familiares, pero su doctrina y regulación, la enseñanza de éstas y la legislación correspondiente aún forma parte del Derecho Civil.

Tomando en cuenta lo anterior, el Derecho de Familia debe lograr una independencia doctrinal, legislativa y judicial.

De ahí que en aras de construir un marco jurídico adecuado a la realidad que viven las familias morelenses, se revisó información

del Tribunal Superior de Justicia del Estado, en relación al elevado índice de juicios familiares respecto de otros juicios.

SAN LUIS POTOSÍ 2008

Fecha de Aprobación: 12 de Diciembre de 2008. Fecha de Promulgación: 18 de Diciembre de 2008. Fecha de Publicación: 18 de Diciembre de 2008.

Última reforma: 31 de Diciembre 2013.

CÓDIGO FAMILIAR PARA EL ESTADO DE SAN LUIS POTOSÍ. ÚLTIMA REFORMA PUBLICADA EN EL PERIÓDICO OFICIAL: 12 de Octubre de 2010. Código publicado en la Edición Extraordinaria del Periódico Oficial, el jueves 18 de diciembre de 2008.

C.P. Marcelo de los Santos Fraga, Gobernador Constitucional del Estado Libre y Soberano de San Luis Potosí, a sus habitantes sabed: Que el Congreso del Estado ha Decretado lo siguiente:

DECRETO 555

LA QUINCUAGÉSIMA OCTAVA LEGISLATURA CONSTITUCIONAL DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE SAN LUIS POTOSÍ, DECRETA:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La familia es considerada universalmente como el ámbito natural y primario del ejercicio y desarrollo de los derechos fundamentales de las personas. Al margen de estereotipos e ideologizaciones de índole científica, cultural o social, el núcleo familiar tiene el carácter de una institución natural, primigenia, anterior al estado y a cualquier otra institución positiva, con los derechos y obligaciones inherentes a su naturaleza intrínseca, los cuales resultan esenciales y complementarios de los derechos humanos de las personas que la integran.

El Código Familiar para el Estado aborda el tema de la institución familiar; considerándola como la unión permanente de personas

vinculadas por el matrimonio o el concubinato, y por parentesco de consanguinidad, afinidad y civil, basada en los principios y valores humanos para lograr el desarrollo integral de cada uno de sus miembros.

La institución familiar como sociedad natural, resulta fundamental para la sociedad misma y para el estado, en virtud de que cualquier individuo, antes que ciudadana o ciudadano y miembro de la sociedad, es originariamente miembro de una familia. La familia, por tanto, viene a ser el centro de convergencia de las diversas experiencias y expresiones humanas, a la vez que es el foco de irradiación de las más variadas actitudes y conductas personales, derivadas de la práctica de otros tantos valores humanos, que caracterizan a la vez, que diferencian a una sociedad en relación con otra, o a los diferentes grupos étnicos o nacionalidades.

En este contexto se interpreta el sentido de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que describe a la familia como "la unidad básica de la sociedad y medio natural para el desarrollo y bienestar de todos sus miembros, especialmente de los niños y niñas…". México, como uno de los países firmantes de la Declaración de la ONU, destaca la importancia y trascendencia de la familia, como núcleo esencial de la sociedad, al establecer su compromiso de protección obligatoria a la institución familiar, tal como lo declara el artículo 4º de nuestra Constitución Política: "El hombre y la mujer son iguales ante la ley.

Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia". De esta forma, la familia como institución social y jurídica, y cada uno de sus miembros, individualmente o como grupo humano, constituyen una prioridad ineludible de los poderes del estado, en sus distintos órdenes, en su calidad de responsables directos del cumplimiento de la ley.

Por tanto, el estado y la sociedad en su conjunto, deben privilegiar a las familias con medidas de carácter jurídico, social, económico y político, que contribuyan a consolidar su unidad y

estabilidad, para que pueda cumplir de la mejor forma su función específica. De la fortaleza institucional de las familias deriva, en lo posible, la calidad humana de los individuos y, a partir de esta premisa indispensable, surge el fomento y desarrollo de los valores cívicos de los ciudadanos. En nuestra Entidad, la administración de la justicia en asuntos familiares corre a cargo de los juzgados de Primera Instancia civiles, mixtos y familiares, cuyos procedimientos y resoluciones se regulan por las disposiciones del Código Civil para el Estado; sin embargo, la necesidad de crear un Código Familiar se fundamenta en que las instituciones comprendidas dentro este ámbito jurídico, requieren una especial atención por parte del estado, para fortalecer su desempeño en favor de la institución familiar, de vital importancia para el propio estado y la sociedad.

SONORA 2009

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS CREACIÓN CÓDIGO DE FAMILIA PARA EL ESTADO DE SONORA PUBLICADO 15 DE OCTUBRE 2009

PRIMERA COMISIÓN DE DESARROLLO SOCIAL

DIPUTADOS INTEGRANTES: SUSANA SALDAÑA CAVAZOS LETICIA AMPARANO GAMEZ CLAUDIA ARTEMIZA PAVLOVICH ARELLANO JUAN LEYVA MENDIVIL JUAN MANUEL SAUCEDA MORALES VENTURA FELIX ARMENTA

HONORABLE ASAMBLEA:

A los diputados integrantes de la Primera Comisión de Desarrollo Social de esta Legislatura, por acuerdo del pleno, nos fue turnado escrito presentado por el C. Oscar Fernando Serrato Félix,

mediante el cual presenta proyectos de Código de Familia y de Código de Procedimientos Familiares y del Registro Civil para el Estado de Sonora, con el objeto de adecuar el marco jurídico en materia de derecho familiar, a la realidad social actual de la familia sonorense.

En consecuencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 92, 94, fracción I y IV, 97 y 98, de la Ley Orgánica del Poder Legislativo, presentamos para su discusión y aprobación, en su caso, el presente dictamen, al tenor de la siguiente: PARTE EXPOSITIVA: El día 09 de abril de 2007, el C. Oscar Fernando Serrato Félix presentó el escrito citado en el proemio del presente dictamen, el cual tuvo a bien fundamentar bajo los siguientes argumentos:

"Si es verdad que el Derecho es una expresión de los valores sociales en una comunidad y tiempo determinados, y que éste debe modificarse al mismo impulso que los cambios culturales, entonces resulta sorprendente que el Derecho Civil de la Familia no hubiera cambiado, en realidad, desde hace casi doscientos años, siendo que la familia amplia o patriarcal ha evolucionado a la familia nuclear o conyugal moderna y, en los últimos años, a la familia reconstituida o producto de un nuevo matrimonio, gracias a que el divorcio tiene ahora carácter vincular, a diferencia de otras épocas en que sólo se admitía la separación de cuerpos.

Las exigencias derivadas de las nuevas estructuras que adopta la familia; la necesidad de reforzar sus formas de comunicación y enlace, admitiendo que el concubinato cumple, al igual que el matrimonio, las funciones del sistema conyugal, además de las nutricias y normativas propias del vínculo paterno filial, nos indican que el Estado debe intervenir en la regulación de la familia para solucionar sus conflictos, pero en la medida mínima necesaria y con conocimiento de las cargas emotivas que caracterizan a este derecho sectorial, porque no se trata de violentar los valores que caracterizan a nuestra sociedad.

Y es que el progreso y la estabilidad de cualquier sociedad radica en la sanidad de sus miembros, y éstos no son otra cosa

que un producto hecho en la familia, de forma tal que un sistema disfuncional sólo puede producir individuos enfermos, antisociales o suicidas.

Aunque la realidad opere en contra, el principio de igualdad entre el hombre y la mujer debe imponerse en las normas jurídicas, porque las leyes de vanguardia facilitan el cambio de valores. Por eso el Derecho de Familia debe ser de carácter social, es decir, tutelar a individuos filosóficamente iguales, pero desamparados y débiles en la práctica, como son las mujeres, los menores, los incapacitados y los ancianos, tal y como ocurre en el derecho laboral y en el agrario.

Aquellas situaciones de grave desigualdad deben corregirse por la fuerza del proceso legislativo y la decisión política de hacer efectivo estos cambios, porque todos sabemos que las leyes de papel, aunque expresen valores de avanzada, sólo tienen virtualidad cuando sus destinatarios las cumplan, lo que requiere de la decisión sincera de sus operadores.

Crear un Código de Familia y su correspondiente Código Adjetivo, es una oportunidad histórica, siempre que éste último parto legislativo del anquilosado Derecho Civil, se aproveche para reformar aquellas normas que no correspondan a la realidad social o adicionar dispositivos que cubran las lagunas de la ley, siguiendo la evolución de los valores sociales y los descubrimientos de la ciencia, particularmente los que informan las técnicas de reproducción asistida y las pruebas biológicas de la paternidad.

Frente a otros Códigos de Familia Latinoamericanos, como el de Bolivia, Costa Rica, Honduras, Panamá, El Salvador y Cuba, el Derecho Mexicano comienza a preocuparse por reglamentar en un derecho sectorial, independiente y moderno, la solución jurídica de todos los conflictos de familia que constituyan un motivo de desavenencia conyugal o de ruptura entre padres, hijos, hermanos y demás miembros. Es por eso que los Códigos de Familia de Zacatecas e Hidalgo, como también los de Morelos y Michoacán, constituyen una referencia obligada en el sistema mexicano, porque su sola

presencia como legislaciones autónomas, - independientemente de la modernidad de su contenido- permite avanzar los criterios para sectorizar este derecho, adecuándolo a la realidad social.

YUCATÁN 2012

MÉRIDA, YUC., LUNES 30 DE ABRIL DE 2012. DIARIO OFICIAL GOBIERNO DEL ESTADO PODER EJECUTIVO DECRETO NÚMERO 516 C. IVONNE ARACELLY ORTEGA PACHECO, GOBERNADORA DEL ESTADO DE YUCATÁN, CON FUNDAMENTO EN LOS ARTÍCULOS 38, 55 FRACCIONES II Y XXV DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE YUCATÁN Y 14 FRACCIONES VII Y IX DEL CÓDIGO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE YUCATÁN, A SUS HABITANTES HAGO SABER: QUE EL HONORABLE CONGRESO DEL ESTADO DE YUCATÁN SE HA SERVIDO DIRIGIRME EL SIGUIENTE DECRETO: "EL CONGRESO DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE YUCATÁN, CONFORME A LO DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS 30 FRACCIÓN V DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA; 18 DE LA LEY DE GOBIERNO DEL PODER LEGISLATIVO, Y 3 DE LA LEY DEL DIARIO OFICIAL DEL GOBIERNO, TODAS DEL ESTADO, EMITE EL CÓDIGO DE FAMILIA PARA EL ESTADO DE YUCATÁN, EN BASE A LA SIGUIENTE: E X P O S I C I Ó N D E M O T I V O S:

PRIMERA.- La iniciativa que se dictamina, encuentra sustento normativo, en lo dispuesto en los artículos 35 fracciones II y III, 55 fracción XI y 60 de la Constitución Política, 14 fracción VII del Código de la Administración Pública, 30 fracción I de la Ley Orgánica del Poder

Judicial, todas del Estado de Yucatán, que establecen la facultad que posee el Poder Ejecutivo y el Tribunal Superior de Justicia, en los asuntos de la competencia del Poder Judicial del Estado, de iniciar leyes o decretos, por lo que la iniciativa en comento, reúne los requisitos sobre el particular.

Asimismo, con fundamento en el artículo 43 fracción III de la Ley de Gobierno del Poder Legislativo del Estado de Yucatán, los integrantes de esta Comisión Permanente de Justicia y Seguridad Pública nos avocaremos al estudio, análisis y dictamen de la presente Iniciativa, dado que se trata de un asunto que se encuentra relacionado con la procuración e impartición de justicia, al contener un proyecto de Código de Familia para nuestro Estado.

SEGUNDA.- El hombre por naturaleza es considerado un ser social, toda vez que su vulnerabilidad y fragilidad, como elementos de su condición humana, los hace necesitar de la vinculación de unos con otros, "de modo que en razón de la sociabilidad, entendida ésta como la capacidad y necesidad que tiene todo ser humano de coexistir con sus semejantes, el hombre vive en comunidad,"

Ahora bien, la familia es considerada como la célula importante que conforma a la sociedad, es por ello que se le asigna un gran valor y peso toda vez que de aquella se deriva la existencia misma de ésta. Por lo tanto, podemos señalar que la familia no constituye un simple concepto jurídico sino un fenómeno que obedece a la naturaleza humana, dado que a través de dicha naturaleza se provoca en los hombres la necesidad de unirse para la satisfacción de las necesidades vitales.

Asimismo, podemos señalar que la familia es una institución social que ha subsistido a lo largo de la historia, presentando variedad de formas que responden a condiciones socio-culturales y económicas, pero siempre ha sido asimilada como una organización vital en el desarrollo social y a la que se le ha reconocido el carácter de núcleo primario de la sociedad.

Como podemos observar, la familia es reconocida universalmente

como el ámbito natural y primario del ejercicio y desarrollo de los derechos fundamentales de las personas, es decir, el núcleo familiar tiene el carácter de una institución natural, primigenia, anterior al estado y a cualquier otra institución positiva, con los derechos y obligaciones inherentes a su naturaleza intrínseca, los cuales resultan esenciales y complementarios de los derechos humanos de las personas que la integran, y sobre la que se "finca y fundamenta la organización del Estado y la sociedad".78

SINALOA 2013

H. CONGRESO DEL ESTADO P R E S E N T E.

A LAS COMISIONES UNIDAS DE PUNTOS

CONSTITUCIONALES Y DE EQUIDAD, GENERO Y FAMILIA que suscriben, les fueron turnadas para su estudio y dictamen las iniciativas presentadas por: A. Dr. José Luis Urías Morales y Lic. Claudio Raymundo Gámez Perea y los Diputados integrantes de los Grupos Parlamentarios de los Partidos Revolucionario Institucional, Acción Nacional, de la Revolución Democrática, Nueva

Alianza, Verde Ecologista de México y Convergencia, de Código Familiar del Estado de Sinaloa. B. Diputada Rosa Elvira Ceballos Rivera, integrante del Grupo Parlamentario del Partido Nueva Alianza, Diputados Carlos Eduardo Felton González y Margarita Lobo Inzunza, integrantes del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional, Diputada Irma Guadalupe Moreno Ovalles, integrante del Grupo

78 Suprema Corte de Justicia de la Nación, El Ministro Francisco H. Ruiz, México, SCJN, 2003, serie Semblanzas, núm. 3, p. 21.

Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional y Diputada Gloria Margarita Santos Aguilar, integrante del Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática, de reforma a los artículos 361, 383 y 390, y un Capítulo IV Bis del título VI, del libro primero del Código Civil para el Estado de Sinaloa.

C. El Ciudadano Lic. Manuel Díaz Salazar, Notario Público Número 134 en el Estado de Sinaloa, de reforma a los artículos 184, 194 y 2883, del Código Civil para el Estado de Sinaloa.

D. El Ciudadano Lic. Francisco Xavier García Félix, Notario Público Número 120 en el Estado de Sinaloa, de reforma a los artículos 1417 y 1418 del Código Civil para el Estado de Sinaloa.

ANTECEDENTES

I.En uso de la facultad que les confiere el artículo 45, fracciones I y V, de la Constitución Política del Estado de Sinaloa, los ciudadanos y diputados firmantes, presentaron las iniciativas referidas.

II. En atención a lo estipulado en el artículo 141 de la Ley Orgánica del Congreso del Estado de Sinaloa, las iniciativas en dictamen se entregaron a la Comisión de Protocolo y Régimen Orgánico Interior, para que determinara si cumplían los requisitos que indica el artículo 136 de la Ley invocada, la que después del estudio correspondiente observó que si reunían los elementos que la Ley prescribe.

III. Asimismo, en atención a lo prescrito por el artículo 144 de la Ley Orgánica del Congreso del Estado de Sinaloa, a dichas iniciativa se le dio el trámite correspondiente.

IV. Con fundamento en lo preceptuado por el artículo 146 de la Ley citada en el considerando anterior, y habiéndose determinado que debería tomarse en cuenta, se instruyó que se turnaran a las

Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y Gobernación y de Equidad Genero y Familia, para que emitieran el dictamen que conforme a Derecho procediera; y MATERIA DE LAS INICIATIVAS

A. La iniciativa presentada por los CC. Dr. José Luis Urías

Morales y Lic. Claudio Raymundo Gámez Perea y los Diputados integrantes de los Grupos Parlamentarios de los

Partidos Revolucionario Institucional, Acción Nacional, de la Revolución Democrática, Nueva Alianza, Verde Ecologista de México y Convergencia, de Código Familiar del Estado de Sinaloa tiene por objeto: Expedir un Código Familiar para establecer, complementar y fortalecer las disposiciones en materia familiar que se encuentren contenidas en el vigente Código Civil para el Estado de Sinaloa.

I.El proyecto de Código Familiar para el Estado de Sinaloa, que se propone, se compone de tres libros, estructurados en títulos y capítulos, distribuidos en mil doscientos ochenta y ocho artículos de contendido y siete transitorios, bajo el siguiente contenido: El Libro primero hace referencia a las personas físicas y a la familia y se encuentra estructurado en trece Títulos. En el Título primero, está dedicado a las personas naturales. Dicho título se compone de cinco capítulos, en los cuales se previenen disposiciones generales, el derecho de la persona a la vida privada, al honor y a la propia imagen, las sanciones a los daños causados a las personas, así como aspectos referentes al nombre y domicilio de las personas y sus derechos de convivencia.

En el Título segundo, se hace referencia al matrimonio. Este título para su comprensión se estructura en catorce capítulos, contemplando en ellos disposiciones generales, los requisitos, formalidades e impedimentos para contraer matrimonio, los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, las donaciones prenupciales, las donaciones entre cónyuges, los regímenes patrimoniales del matrimonio, la sociedad conyugal, la administración y suspensión de la sociedad, la terminación y liquidación de sociedad conyugal, la separación de bienes, la inexistencia del matrimonio, los matrimonios nulos e ilícitos y los efectos personales y patrimoniales de la nulidad del matrimonio.

En el Título tercero, se estipula el concubinato, y presenta como primicia su definición. Se conforma con cuatro capítulos, en los que

establece disposiciones generales, el registro del concubinato, los derechos y obligaciones nacidas del concubinato, y su disolución. En el Título cuarto, se contempla el divorcio y se conforma con siete Capítulos. En él regula además de disposiciones generales, la cesación de la cohabitación, los diferentes tipos de divorcio: voluntario, administrativo y contencioso, y sus consecuencias del divorcio respecto de los hijos y los bienes.

El Título quinto, se refiere el parentesco, sistematizado en dos capítulos, en los que se regulan tipos y grados. El Título sexto, hace referencia a los alimentos. Se estructura en cuatro capítulos. En él se establecen disposiciones generales, sus características, derechos preferentes de los alimentos, y la acción de pedir y la obligación de dar alimentos El título séptimo, está dedicado a la violencia familiar. Es regulado en tres capítulos, en los que contempla disposiciones generales, la reparación del daño, y el tratamiento institucional. El Título octavo, se refiere a la filiación. En él se estipulan las medidas anqué serán sujetos los hijos de los cónyuges. Dicho Título se estructura en seis capítulos, en los cuales se contemplan disposiciones generales, el reconocimiento de los hijos fuera del matrimonio, los hijos de matrimonio, la reproducción humana asistida y la gestación subrogada, las pruebas de filiación y la investigación de la paternidad y maternidad.

DURANGO 2014

CONTENIDO GENERAL DE LOS PROYECTOS DE CÓDIGO FAMILIAR Y DE PROCEDIMIENTOS FAMILIARES PARA EL ESTADO DE DURANGO COMISIÓN LEGISLATIVA:

JULIÁN GÜITRÓN FUENTEVILLA, JUAN LUIS GONZÁLEZ ALCÁNTARA Y CARRANCÁ, DEMETRIO CORTÉS ORTEGA, FERNANDO SOSA

PASTRANA y ÁLVARO MOJICA CRISTÓBAL

COMISIÓN REDACTORA

GERARDO GALLEGOS ISAÍAS, SUSANA PACHECO RODRÍGUEZ, LILA ESTHER TÉBAR RODRÍGUEZ, SANDRA ILIANA RAMÍREZ ESTRADA y EDGAR GALILEO RUBIO FLORES

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

Este proyecto de Código es producto de las aportaciones, del estudio y la reflexión, que diferentes instituciones culturales, jurídicas y sociales y el pueblo en general, han emitido sobre todos y cada uno de los temas que lo integran.

El Colegio Nacional de Estudios Superiores en Derecho Familiar, A. C., fundado en 1973, entre otras instituciones y preocupado siempre de las demandas sociales, de las inquietudes que los diferentes sectores de las familias mexicanas expresan para analizar las propuestas y habiendo realizado diversos foros para mejorar la protección de la familia; ha concluido que las normas de Derecho Familiar insertas en el Código Civil de la entidad, ya no se adecuan a la realidad social de las familias que habitan en la misma; que es necesaria la promulgación de una legislación familiar moderna para este estado, que ponga los fundamentos de la familia que queremos proteger en el siglo XXI; que la protección jurídica familiar, debe prioritariamente incluir a las niñas y niños, a las mujeres y hombres, a los adultos mayores, a las inválidas e inválidos, a las drogadictas y drogadictos, a las enfermas y enfermos mentales, a las discapacitadas y discapacitados.

Que atendiendo a las características del Derecho Familiar, en este Código se definen sus instituciones y se determina su naturaleza jurídica, para que los destinatarios de estas normas, las conozcan

y las asimilen con facilidad, para poder exigir su cumplimiento, y además conocer íntegramente cuáles son los derechos, deberes y obligaciones de la familia y de cada uno de los miembros que la integran.

También hay consenso para abrogar de los Códigos Civiles actuales, todo el contenido del Derecho Familiar, especialmente las instituciones que durante décadas han estado vigentes y no han sido hasta ahora, las más convenientes para proteger jurídicamente a la familia y sus integrantes.

Existen normas del Código Civil de la entidad, que en lugar de proteger a la familia, la atacan, la denigran y la destruyen. Para esas disposiciones, la familia no existe jurídicamente. El patrimonio familiar no se transmite a los miembros de la familia. Ésta no es un sujeto de Derecho. La mayoría de las causales de divorcio son de carácter penal y al decretarse éste, destruyen los afectos, los vínculos, el amor de los hijos, de la familia y el de los cónyuges.

En este Código Familiar, se considera que el matrimonio no es un contrato. Se regula adecuadamente la separación de cuerpos. Se eliminan los términos de espera para contraer un nuevo matrimonio. Se legisla en forma adecuada la pérdida de derechos sobre bienes y productos generados en un matrimonio putativo, declarado nulo, tomando en cuenta la buena y mala fe. Desaparecen las normas absurdas referidas a los aspectos económicos del matrimonio. Se decreta la edad de 18 años para contraer matrimonio tanto para la mujer cuanto para el hombre y por excepción se permite a los 16 años, consintiendo en ese acto quienes tienen obligación de hacerlo. Se eliminan del matrimonio menciones que van en detrimento de los cónyuges. Desaparece la figura de los esponsales. Por primera vez se regula el apellido de quienes contraen matrimonio. Se determina la equidad de derechos y obligaciones entre los cónyuges, independientemente de su aportación económica al mismo. Se derogan las normas discriminatorias de la mujer, que en relación a los hijos les imponen la obligación de reconocerlos por el solo

hecho de su nacimiento, dejando al padre a su libre arbitrio, cumplir con esta obligación. La violencia intrafamiliar tiene un tratamiento verdaderamente jurídico, para proteger a los miembros de la familia al señalarla como causal de divorcio. El concubinato tiene una regulación como hecho jurídico, del cual derivan efectos legales. Por primera vez se reconoce el valor económico que el trabajo doméstico, la educación y la formación de los hijos, tiene dentro del matrimonio. Se incrementa el valor del patrimonio familiar. Se abroga la adopción simple.

En este Código Familiar, se destaca que sus normas no son privadas ni particulares. Que deben proteger intereses superiores y que su naturaleza jurídica es distinta a la del Derecho Público y a la del Derecho Privado. El Derecho Familiar forma un tercer género al lado de aquéllos. Tiene sus propias normas y sus principios que le dan su extraordinario valor, cuando se trata de proteger jurídicamente a la familia.

El objeto del Derecho Familiar es tutelar y proteger a la familia. Es indiscutible que es el núcleo más importante de la humanidad. Por ello, hay que protegerla efectivamente como célula básica y fundamental de la sociedad.

En este Código, se definen sus instituciones y se determina su naturaleza jurídica. En un lenguaje sencillo, claro y accesible, los destinatarios de estas normas las podrán conocer y asimilar con facilidad, para exigir su cumplimiento y conocer los deberes, derechos y obligaciones que cada miembro de la familia tiene en relación a los demás.

BIBLIOGRAFIA

- Bejarano Sánchez Manuel. La Controversia del Orden Familiar. Tesis Discrepantes, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, se hace parecer que se editó bajo la supervisión de Adriana Canales Pérez 1989.
- Belluscio Augusto César. Manual de Derecho de Familia. Tomo 2, séptima edición actualizada y ampliada editorial Astrea 2002.
- Cicu Antonio. Profesor de la Universidad de Bolonia. El Derecho de Familia. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ediar soc. Anón. Editores Buenos Aires 1947.
- Código de Familia Cubano. Editorial orbe. Vedado Ciudad de La Habana.
- Código de Familia de Costa Rica. Anotado y concordado por Gerardo Trejos y Carlos Manuel Arguedas. Editorial Costa Rica San José 1976.
- Código de la Familia de Panamá de 1994. Edición oficial del Estado que se publicó en la Gaceta Oficial número 22.591.
- Chávez Asencio Manuel F. La Familia en el Derecho. Editorial Porrúa México 1984.
- Carbonell Miguel. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prólogo, notas y actualización. 163ª edición. Editorial Porrúa, México 2011.
- Cervera Rivero Óscar Gregorio y Óscar Barragán Albarrán, Práctica Forense el Derecho Familiar 2010.
- Carbonell Miguel. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prólogo, notas y actualización. 163ª edición. Editorial Porrúa, México 2011.
- Direito de Família editora Síntese 2004.
- DÍAS DE GUIJARRO, Enrique. Tratado de Derecho de

Familia, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1953.

- Durán Acuña Luis David. Estatuto Legal de la Familia y el Menor Compilación Legislativa. Universidad de Externado de Colombia. Departamento de Publicaciones 2000.
- Díaz-Ambrona Bardají María Dolores y Francisco Hernández Gil. Lecciones de Derecho de Familia. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S. A. 1999.
- De Ibarrola Antonio. Derecho de Familia, Primera Edición. Editorial Porrúa México, 1978.
- Delmas Marty Mireille. Le Droit de la Famille. Presses Universitaires de France París 1972.
- Espín Diego. Manual de Derecho Civil Español. Volumen IV, Familia Editorial Revista de Derecho Privado 1982.
- Eekelaar John. Profesor del Colegio Pren Vogue College de Oxford. Family Law And Social Policy Weidenfeld And Nicholson London 1984.
- Espín Diego. Manual de la Cámara, José María de Prada, Víctor Garrido de Palma, Francisco Vega Sala y José María Castán. El Nuevo Derecho de Familia Español. Instituto Editorial Reus S. A. Madrid 1982.
- Floriot René. La Reforme Du Divorce Flammarion France 1975.
- Fell Martine. Le Concubinage Legs Wide Société Achete. París 1990.
- Giulio Cianci Alberto. Gli Ordini di Protezione Familiare Giuffre. Editore Milano 2003.
- Güitrón Fuentevilla Julián. Derecho Familiar. Tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho. UNAM 1964.

- Gómez FrÖde Carina. Derecho Procesal Familiar. Editorial Porrúa México 2007.
- Sobrino Oliveros Valmiro Jose. Matrimonio Civil ¿Acto o Contrato?, Ediciones Paloma, Colombia 2007.
- García Santiago María Teresa. En torno al derecho de familia, Diseño gráfico Pablo Menacho. Panamá 1995.
- Güitrón Fuentevilla, Julián. Proyecto de Código Familiar Tipo para los Estados Unidos Mexicanos, editorial Porrúa México, 2004.
- Güitrón Fuentevilla, Julián. Proyecto de Código de Procedimientos Familiares Tipo para los Estados Unidos Mexicanos, editorial Porrúa México, 2004
- Güitrón Fuentevilla, Julián. Qué es el Derecho Familiar, Promociones Jurídicas y Culturales, 1984
- Güitrón Fuentevilla, Julián. Qué es el Derecho Familiar, Segundo Volumen. Editorial Promociones Jurídicas y Culturales SC, 1992.
- Güitrón Fuentevilla, Julián y Susana Roig Canal. Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México Distrito Federal del año 2000. Editorial Porrúa México, 2004
- Güitrón Fuentevilla, Julián. Derecho Familiar. Publicado por la Universidad Autónoma de Chiapas, Tuxtla Gutiérrez Chiapas 1988.
- Gribaudo D. Edgar. Bajo cuya supervisión se hizo la Ley Fuero de Familia de la Provincia de Córdoba. Creación de Tribunales de Familia. Alveroni ediciones 1994.
- Granados Covarrubias, Manuel. Los Derechos Humanos Fundamentales de la Familia en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Tesis para obtener el Grado de Doctor

en Derecho presenta en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, año 2014.

- Güitrón Fuentevilla, Julián. Veinte Años de Derecho Familiar 1977-1997 y Memoria del Primer Congreso mundial sobre Derecho Familiar y Derecho Civil. Primera edición 1978, realizada por la Universidad Nacional Autónoma de México. Segunda edición 1996.
- Jesús M. Antonio. Lecciones de Derecho de Familia, Universidad de los Andes. Facultad de ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho. Caracas Venezuela Paredes Editores, 1991.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída. Protección Contra la Violencia Familiar. Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina 2007.
- Krondy Malcolmc. Canadian Family Law 1991. Quinta edición revisada por Stoddart Publishing Co. Limited. p. IX.
- Kemelmajer de Carlucci Aída y Marisa Herrera. La Familia en El Nuevo Derecho Rubinzal-Culzoni Editores, Tomo II, Argentina 2009.
- Lasarte Carlos. Principios de Derecho Civil. Tomo VI, Sexta Edición, Derecho de Familia. Marcial Pons, Madrid Barcelona Buenos Aires 2007
- Lasarte Carlos. Prácticum de Derecho Civil. Derecho de Familia y Sucesiones Segunda Edición. Marcial Pons, Madrid Barcelona Buenos Aires 2007.
- Lloveras Nora y Marisa Herrera. El Derecho de Familia en Latinoamérica, los Derechos Humanos en la Relaciones Familiares. Resultados de búsqueda Gráfica Solsona S. R. L. Argentina 2010
- Ley Procesal de Familia, Publicación del Ministerio

de Justicia. Ediciones Último Decenio, El Salvador 1994.

- Maciej Szepietowski Traducido del Polonés por bajo la redacción de Witold - Czachorski, profesor de la Facultad de Derecho de Varsovia, 1966.
- Mazaud- Louder Danièle. Le Concubinage. Editión Puits Fleuri France 1987.
- Mazeaud Henri, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil Parte Primera. Volumen IV. La Familia Ediciones Jurídicas Europa América Buenos Aires 1959
- Magallón Gómez, María Antonieta. Coordinadora. Güitrón Fuentevilla Julián, Juicios Orales en Materia Familiar 2009.
- Mesa Castillo Olga. Derecho de Familia. Editorial Félix Varela, la Habana 2010.
- Silva Meza Juan N. Y Sergio A. Valls Hernández, Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Transexualidad y Matrimonio y Adopción por parejas del mismo sexo. Criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Editorial Porrúa, México 2011.
- Rendón López Alicia y Ángel Sánchez Hernández. Divorcio sin expresión de causa en el Distrito Federal. Editorial Porrúa, México 2012.
- Romanshkin P. Fundamentos del Decreto Soviético. Academia de Ciencias de la U. R. S. S., Moscú, 1962.
- Revista de Derecho Familiar "Pater Familias" Facultad de Derecho y Coordinación del Posgrado en Derecho UNAM. Año 2 Número 2 de Enero-Junio México, 2014.
- Revue Internationale de Droit Comparé October-December 2001, Société de Législation Comparée. Imprimerie France Quercy, noviembre, París 2001.
- Sesta Michelli. Lezioni di Diritto di Famiglia Nova

Edicioni, Sedan Casa Editrice Dot. Antonio Milani, 1997.

- Trabucchi Alberto. Luigi Carraro y Giorgio Oppo Comentariu alla Riforma del Diritto di Famiglia. Padova Cedan. Casa Editrice dott. Antonio Milani 1977.
- Tenorio Godínez Lázaro. La Suplencia en el Derecho Procesal Familiar, Editorial Porrúa 2006, segunda edición.
- Zanooni Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo 2. Reimpresión Editorial Astrea Buenos Aires 1981.

LA GARANTÍA DE IGUALDAD EN LOS ALIMENTOS ENTRE CÓNYUGES

JORGE MARIO PARDO REBOLLEDO[1]
ROSA MARÍA ROJAS-VERTIZ CONTRERAS[2]
(MÉXICO)

El 5 de diciembre de 2012 la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la contradicción de tesis 416/2012, de la cual derivó la jurisprudencia siguiente:

"ALIMENTOS ENTRE CÓNYUGES. LA MUJER QUE DEMANDA SU PAGO CON EL ARGUMENTO DE QUE SE DEDICÓ PREPONDERANTEMENTE AL TRABAJO DEL HOGAR O AL CUIDADO Y EDUCACIÓN DE LOS HIJOS, TIENE A SU FAVOR LA PRESUNCIÓN DE NECESITARLOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ). El simple hecho de que en un juicio de alimentos, la actora acredite tener el carácter de cónyuge del demandado, es insuficiente para presumir que tiene necesidad de ellos. Lo anterior es así, porque el Código Civil para el Estado de Veracruz no establece presunción legal alguna en ese sentido, y aun cuando su artículo 233 disponga que los cónyuges deban darse alimentos, este deber constituye una obligación de carácter general que no hace distinción por razón de género, en tanto no prevé que uno de ellos en particular esté obligado a proporcionarlos; por el contrario, dicha obligación, en términos del numeral 232 de ese código, es recíproca. Además, como el referido artículo 233 no establece cómo o en qué medida los cónyuges deben proporcionarse alimentos, se entiende que están obligados a otorgarlos conforme a la regla general de proporcionalidad prevista en el artículo 242 del propio ordenamiento, es decir, en atención a la posibilidad del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos, situación

1 Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

2 Secretaria de Estudio y Cuenta adscrita a la ponencia del Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo.

que se corrobora con el artículo 100 del referido código, acorde con el cual los cónyuges deben contribuir a su alimentación según sus posibilidades y distribuir la carga de esa contribución en la forma y proporción que acuerden. Ahora bien, aun cuando dicha necesidad no pueda presumirse por el simple hecho de que la actora demuestre que es cónyuge del demandado, cuando ésta demanda el pago de alimentos con el argumento de que tiene necesidad de ellos porque se dedicó preponderantemente al trabajo del hogar o al cuidado y educación de los hijos, ya que en su matrimonio así se distribuyó la contribución de referencia, se presume que tal argumentación es cierta, pues es un hecho innegable que en México, por la permanencia de los roles de género, la mayoría de las mujeres casadas se dedican preponderantemente a los quehaceres propios del hogar, así como al cuidado y educación de los hijos, lo cual les limita sus oportunidades de desarrollarse profesional o laboralmente, con lo que reducen notablemente la obtención de ingresos en comparación con los del marido; de ahí que si se toma en cuenta que esa necesidad tiene como antecedente la presunción de referencia y que se sustenta en hechos negativos atento a la distribución de las cargas probatorias, debe concluirse que es al demandado a quien le corresponde demostrar lo contrario, es decir, que la actora está en condiciones de satisfacer sus necesidades alimentarias."[3]

Diversas críticas se han efectuado a dicho criterio. Las principales, encaminadas a señalar que el criterio solo refuerza estereotipos, y que resulta endeble sostener una presunción sobre

3 Tesis: 1a./J. 6/2013 (10a.), Registro: 2003217, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 1, Página: 619. Contradicción de tesis 416/2012. Entre las sustentadas por el Primer y el Segundo Tribunales Colegiados en Materia Civil, ambos del Séptimo Circuito. 5 de diciembre de 2012. La votación se dividió en dos partes: mayoría de tres votos por lo que se refiere a la competencia y en cuanto al fondo. Ausente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Mercedes Verónica Sánchez Miguez.

una presunción.

Lo que los opositores quizá no han advertido, es que se desarrolló con la finalidad de modificar un criterio previo de la Sala que pretendió enarbolar la bandera de la igualdad de género, con resultados sumamente negativos, y muy alejados de la realidad.

En efecto, el 17 de enero de 2007, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió, por mayoría de votos[4], el amparo directo en revisión 949/2006, promovido por una persona de sexo masculino, que fue declarado cónyuge culpable[5] en un juicio de divorcio necesario llevado a cabo conforme a la legislación del Estado de Aguascalientes.

De la sentencia referida en el párrafo anterior, se desprende que el juicio de origen derivó de la demanda que presentó la ex cónyuge en contra de su ex marido, reclamando el pago de alimentos. Del juicio conoció el Juez Segundo de lo Familiar del Estado de Aguascalientes, quien consideró improcedente el pago de alimentos, porque no quedó acreditada *la necesidad de la actora* de percibirlos.

Inconforme con esa resolución, la parte actora interpuso un recurso de apelación, que fue del conocimiento de la Primera Sala Mixta del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Aguascalientes, quien revocó la sentencia de primer grado, al considerar que sí estaban demostrados los elementos de procedibilidad previstos por el artículo 310 del Código Civil, para condenar al demandado al pago de una pensión alimenticia a favor de la parte actora, ya que de los testimonios desahogados durante el juicio se desprendía que la actora no lograba sufragar sus necesidades económicas.

En contra de dicha resolución, la parte demandada promovió un juicio de amparo directo. En su demanda de amparo se dolió de la inconstitucionalidad del artículo 310 del Código Civil para el Estado

4 El asunto fue votado favorablemente por los Ministros José de Jesús Gudiño Pelayo, Sergio A. Valls Hernández y José Ramón Cossío Díaz.

5 Según se desprende del voto concurrente y del voto particular agregados a la sentencia.

de Aguascalientes, que establecía lo siguiente:

"Artículo 310.- En los casos de divorcio, la mujer inocente tendrá derecho a alimentos mientras no contraiga nuevas nupcias y viva honestamente. El marido inocente sólo tendrá derecho a alimentos cuando esté imposibilitado para trabajar y no tenga bienes propios para subsistir. Además, cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito.

En el divorcio por mutuo consentimiento, salvo pacto en contrario, los cónyuges no tienen derecho a pensión alimenticia, ni a la indemnización que concede este artículo."

El quejoso manifestó que dicho precepto vulneraba el artículo 4° constitucional, por su notoria desigualdad por razón del sexo, pues para que la mujer inocente, en caso de divorcio, tenga derecho a alimentos "debe dársele el mismo trato que al varón, es decir que aquél se decrete cuando la mujer esté imposibilitada para trabajar y carezca de bienes para subsistir".

De la demanda de amparo conoció el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, quien concedió el amparo al quejoso, declarando la inconstitucionalidad del artículo. En contra de esa resolución, la parte actora interpuso un recurso de revisión, que fue registrado con el número 949/2006 del índice de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En lo que interesa, la Primera Sala estimó que el precepto le había sido aplicado al quejoso en su perjuicio, porque con base en el mismo se le condenó al pago de alimentos en favor de su ex cónyuge, por lo que procedía realizar el estudio de fondo.

No dejo de reconocer que el estudio realizado en la sentencia fue basto y, en términos generales, acertado. Se partió de explicar que el principio de igualdad no implica que todos los sujetos de la norma se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que debe traducirse en la

seguridad de no tener que soportar un perjuicio (o privarse de un beneficio) desigual e injustificado, apoyándose en jurisprudencias de la Sala.[6]

A continuación se desarrolló ampliamente la igualdad entre el hombre y la mujer, a partir de la reforma realizada al artículo 4 constitucional, publicada el 31 de diciembre de 1974, que elevó ese principio a rango constitucional. Se hizo hincapié en que de dicha norma derivaba una prohibición para discriminar por razón de género; y se precisó que el texto del artículo 310 del Código Civil para el Estado de Aguascalientes –vigente en la fecha en que se emitió la sentencia- era igual al artículo 288 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, que estuvo vigente hasta antes de la reforma que sufrió éste último, también publicada el 31 de diciembre de 1974.

Se indicó que la reforma que sufrió el artículo 288 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, tuvo por objeto acatar el principio establecido en la Constitución Federal, y por lo tanto, poner en un nivel de igualdad al hombre y a la mujer en el sostenimiento del hogar, la alimentación y la educación de los hijos, reconociendo a la mujer una amplia aptitud económica para corresponsabilizarse de la unidad familiar, y una igualdad entre los sexos en la participación en la vida económica y social, según se desprende de su exposición de motivos.

A raíz de dicha reforma al Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, <u>que no fue realizada al Código Civil de Aguascalientes</u>, el artículo 288 quedó redactado de la siguiente manera:

"Art. 288.- En los casos de divorcio, <u>el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso</u>, y entre ellas <u>la capacidad para trabajar de los</u>

6 1ª./J. 81/2004 de rubro: "IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO", y 1ª./J. 55/2006 de rubro: "IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL."

cónyuges y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos a favor del inocente. Este derecho lo disfrutará en tanto viva honestamente y no contraiga nupcias…."

¡Qué diferencia! Ya no se hace una distinción entre el hombre y la mujer. Se da la facultad al juez para atender a las circunstancias de cada caso particular, y el pago de alimentos depende de la situación de cada cónyuge. Una norma flexible que puede ajustarse a la realidad de cada caso concreto.

La sentencia del amparo directo en revisión 949/2006 parte de comparar el texto reformado del artículo 288 con el texto del artículo 310 que fue impugnado, y que permaneció inalterado, a pesar de la reforma realizada al artículo 4 constitucional en 1974, que puso en un nivel de igualdad al hombre y a la mujer.

La resolución enfatiza que a partir de la reforma constitucional, la obligación de proporcionarse alimentos entre los cónyuges es recíproca, y que en los casos de divorcio la obligación subsiste sólo cuando la propia ley así lo determina. De manera que el artículo 310 impugnado lo que regula es una **sanción** al cónyuge culpable del divorcio, puesto que establece solamente el derecho del cónyuge inocente de recibir alimentos, sujeto al cumplimiento de ciertas condiciones; por lo que interpretado a *contrario sensu* puede concluirse que el cónyuge culpable no tiene derecho al pago de alimentos.

Se señala que fortalece el carácter de sanción que impone dicho precepto a la pensión alimenticia, el que no se tome en cuenta la necesidad de la mujer, ya que basta que "no contraiga nuevas nupcias y viva honestamente" para tener derecho a alimentos, no obstante que se trate de una mujer plenamente solvente y que el marido esté en la miseria. En cambio, por lo que ve al marido, aunque sea inocente, sólo tiene derecho a alimentos si acredita que carece de bienes para subsistir o que está imposibilitado para trabajar.

Se agrega que la naturaleza sancionatoria de la pensión alimenticia establecida por dicho precepto, se deriva también de que la obligación de pagar alimentos no opera en el divorcio por mutuo

consentimiento.

Se concluye entonces que el precepto da un trato diferenciado a la mujer y al hombre, que no está justificado; puesto que, mientras que ésta tiene derecho a alimentos por el solo hecho de ser inocente, independientemente de que tenga o no bienes para subsistir y de que esté o no imposibilitada para trabajar, lo que evidencia la naturaleza sancionatoria de la pensión que se impone al marido; al hombre se le impone la carga de probar que necesita alimentos, por lo que no se cumple con la finalidad perseguida de sancionar a la mujer que resultó culpable del divorcio.

Lo anterior, señala la resolución, implica un trato desigual entre los iguales, que conduce a declarar que el artículo 310 del Código Civil del Estado de Aguascalientes –en su texto vigente al momento de emitirse la resolución- era violatorio del artículo 4 constitucional, debido a que la distinción legislativa no obedece a una finalidad objetiva, ya que el legislador introduce tratos desiguales de manera arbitraria.

El estudio anterior resulta cierto. No puede negarse que el contenido del artículo 310 del Código Civil de Aguascalientes, aparte de obsoleto, daba un trato claramente diferenciado al hombre y a la mujer, sin una justificación objetiva; puesto que, no obstante se tratara en ambos casos del cónyuge inocente, la mujer tenía derecho a alimentos sin tener que probar nada, y en cambio, el hombre tenía que acreditar hechos negativos.

Se consideró[7] que la única previsión razonable del precepto era la que establecía que la obligación alimentaria no existe cuando el hombre no está imposibilitado para trabajar o tiene bienes propios, de manera que la solución *más adecuada* era aplicar esa misma previsión a la mujer, supuestamente para que el quejoso no quedara exento de la obligación alimentaria. Así que se concedió el amparo para que "*se dejará de aplicar al quejoso exclusivamente la primera parte del precepto legal, sujetándolo sólo a su segunda fracción*

7 Según se advierte del voto concurrente que fue agregado a la sentencia.

normativa, con lo cual se permitirá a la autoridad responsable estar en posibilidad de condenarlo al pago de alimentos, si de autos se advierte que la tercero perjudicada se encuentra imposibilitada para trabajar y no tiene bienes propios para subsistir, ya que de esta manera se mantiene la obligación en estos casos, pero haciéndolo en igualdad de condiciones entre el hombre y la mujer."

La gran pregunta es ¿por qué tendrían que haber en los autos pruebas sobre si la mujer tenía bienes o no, o si estaba capacitada para trabajar o no, si eso no fue parte de la litis?

En efecto, el texto del artículo 310 del Código Civil de Aguascalientes no imponía una carga de la prueba a la mujer inocente; ya sería el marido quien en todo caso se vería en la necesidad de probar que no vivía honestamente o que había contraído nuevas nupcias. Por lo tanto, no era de esperarse que en los autos hubiesen pruebas sobre la capacidad o no de trabajar de la mujer ni sobre su patrimonio. Entonces, si fue la sentencia dictada en un amparo directo en revisión la que le impuso esa carga de la prueba a la mujer inocente, sin ordenar la reposición del procedimiento, y que se dictó varias instancias después de que se cerró la litis y se agotó el ofrecimiento y desahogo de pruebas ¿se dejó en indefensión o no a la mujer inocente? ¿Se hizo nugatorio o no su derecho a recibir alimentos?

Desde mi punto de vista sí se le dejó en indefensión. En primer lugar, porque se le impuso una carga de la prueba negativa, que es prácticamente imposible de superar. En segundo lugar, porque al menos en el caso concreto, ni siquiera se le dio la oportunidad de tratar de probar esa carga negativa, se le sorprendió con la misma en la última instancia.

Lo desafortunado del criterio se manifiesta en la siguiente jurisprudencia de la Tercera Sala, que la propia sentencia cita, de la cual se advierte la imposibilidad de probar la "necesidad" de los alimentos:

"ALIMENTOS ENTRE LOS CÓNYUGES. La Suprema Corte de

Justicia de la Nación ha sostenido en diversas ejecutorias el criterio de que, siendo la regla general, en cuanto a alimentos de los cónyuges se refiere, la contenida en la primera parte del artículo 164 del Código Civil para el Distrito Federal, en el sentido de que el marido debe darle alimentos a la mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar, es concluyente que cuando en un caso la mujer demanda el pago de alimentos, al marido incumbe la obligación de probar que aquélla no los necesita, bien porque tenga bienes propios o bien porque desempeñe algún trabajo o alguna profesión, oficio o comercio, ya que dejar la carga de esta prueba a la actora sería tanto como obligarla a probar hechos negativos, o sea que carece de empleo, de bienes y en general de toda fuente de ingresos, lo cual es sencillamente ilógico y antijurídico".[8]

Desafortunadamente, el criterio no sólo se aplicó a ese caso, sino que se siguió aplicando por los tribunales inferiores, ocasionando que las cónyuges inocentes no pudiesen obtener el pago de alimentos. Es ilustrativo el amparo directo en revisión 2289/2009, que también llegó a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y que fue desechado.

Dicho asunto derivó de un juicio de lo familiar en el que también la ex cónyuge inocente demandó el pago de alimentos de su ex marido. Sin embargo, el juez de primera instancia le negó el pago de los alimentos *porque no demostró carecer de bienes propios o encontrarse imposibilitada para trabajar*, atendiendo al criterio derivado del amparo directo en revisión 949/2006, antes referido, que dio origen a la tesis siguiente:

"PENSIÓN ALIMENTICIA EN CASO DE DIVORCIO NECESARIO. EL ARTÍCULO 310 DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE AGUASCALIENTES QUE LA PREVÉ, VIOLA LA GARANTÍA DE

8 Jurisprudencia, Séptima Época, Registro: 241209, Tercera Sala, visible en el Semanario Judicial de la Federación, Volumen 97-102, Cuarta Parte, Página: 245.

IGUALDAD CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 4o., PRIMER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. El artículo 310 del Código Civil del Estado de Aguascalientes, al prever el derecho a solicitar pensión alimenticia en caso de divorcio necesario, viola la garantía de igualdad contenida en el artículo 4o., primer párrafo, de la Constitución General de la República, pues establece un trato distinto entre el varón y la mujer a pesar de que la ley parte de una absoluta equiparación entre los cónyuges, en orden a su capacidad jurídica y aptitudes para la vida y el trabajo. Ciertamente, los artículos 2o. y 163 de dicho Código establecen que la capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer y que, en consecuencia, ésta no queda sometida, por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles, además de que por efectos del matrimonio ambos tendrán igual autoridad y consideraciones en el hogar. No obstante, el mencionado artículo 310 evidencia un tratamiento distinto por razón de sexo, sin que exista una justificación razonable para ello, pues en los casos de divorcio necesario dispone que el derecho de la mujer inocente a percibir alimentos -decretados como sanción para el marido culpable- se genera por el solo hecho de que aquélla resulte inocente en el divorcio, sin que tenga que acreditar otra circunstancia, toda vez que el legislador condiciona el derecho del marido para obtener una pensión alimenticia a consecuencia del divorcio, ya que no es suficiente que hubiere resultado inocente, sino que tiene que acreditar su necesidad alimentaria demostrando que carece de bienes propios para subsistir o que está imposibilitado para trabajar, con lo cual se incumple con la finalidad perseguida en estos casos, consistente en sancionar al cónyuge culpable del divorcio."[9]

9 Tesis: 1a. CLI/2007, Registro: 171974, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVI, Julio de 2007, Página: 266. Amparo directo en revisión 949/2006. Leoncio Téllez Richkarday. 17 de enero de 2007. Mayoría de tres votos. Disidentes: Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretario: Miguel Ángel Antemate Chigo. Nota: El disenso de los Ministros Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas, fue en el sentido de que la norma no causaba agravio al recurrente y no en

La actora apeló la sentencia de primera instancia. Conoció del recurso de apelación la Primera Sala Mixta del Supremo Tribunal Superior de Justicia del Estado de Aguascalientes, quien **confirmó** la sentencia de primer grado. En razón de lo cual, la parte actora promovió un juicio de amparo directo, que fue del conocimiento del Segundo Tribunal Colegiado del Trigésimo Circuito, registrado con el 887/2009 de su índice. Dicho tribunal resolvió negarle el amparo a la quejosa, en lo que interesa con las consideraciones siguientes:

"…son inoperantes, por una parte, los conceptos de violación en virtud de que reitera los agravios expresados ante la Sala responsable sin controvertir los argumentos que en respuesta a los mismos dio dicha autoridad, en el sentido de que la acción que dedujo en contra del demandado se declaró improcedente porque el artículo 310 del Código Civil del Estado de Aguascalientes, vigente en la fecha de presentación de la demanda, fue declarado inconstitucional, aunado a que la actora no demostró carecer de bienes propios o encontrarse imposibilitada para trabajar….dicha determinación no le causa agravio porque la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, determinó que el referido precepto legal resulta violatorio de la garantía de igualdad consagrada por el artículo 4º, primer párrafo, de la Constitución Federal, al establecer un trato distinto entre el varón y la mujer a pesar de que la ley parte de una absoluta equiparación entre los cónyuges…. con base en la declaración de inconstitucionalidad del artículo 310 del Código Civil del Estado de Aguascalientes determinó, para que quedaran equiparados los cónyuges….que ambos requieren no tener bienes propios y estar imposibilitados para proporcionárselos con su trabajo; cuyos extremos no se acreditaron en el caso a estudio, pues la quejosa no ofreció pruebas con el fin de demostrarlos, por ello ningún agravio le causa el que se haya absuelto al demandado del

contra del criterio que refleja esta tesis.

pago de la pensión alimenticia en su favor….sí existe fundamento legal para sostener que debió acreditar que carecía de bienes para que se le proporcionaran alimentos, siendo éste la interpretación realizada al artículo 310 del Código Civil del Estado….el hecho de que el demandado tenga capacidad económica para proporcionarle alimentos y que la quejosa no tenga ingresos económicos, así como que se dedicó al cuidado familiar por lo que ello le impidió conservar su empleo, no es suficiente para que se condene al pago de alimentos en su favor, ya que para ello se requiere que se demuestre que la demandante está imposibilitada para laborar o que carece de bienes…."

En contra de la sentencia que le negó el amparo, la quejosa interpuso un recurso de revisión, que fue registrado con el número 2289/2009 del índice de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En sus agravios, esencialmente se dolió de lo siguiente:

"…se le impide disfrutar de los alimentos que su parte contraria en el juicio está obligada a proporcionarle en términos del artículo 310 del Código Civil del Estado de Aguascalientes, bajo el argumento de que dicho precepto legal se declaró inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sin que se tome en cuenta que si bien el artículo 4º constitucional garantiza la igualdad entre el hombre y la mujer, las autoridades responsables no tomaron en cuenta la desigualdad que existe entre las partes en juicio ya que su contraparte se enriqueció el tiempo que duró el matrimonio y sigue percibiendo ingresos, en tanto que la quejosa quedó empobrecida sin contar con ningún tipo de percepción…. el Tribunal Colegiado consideró que ante la inconstitucionalidad del referido precepto legal debió acreditar que necesita los alimentos, que existe imposibilidad para que desarrolle un trabajo y que no tiene bienes de los cuales disponer para lograr la satisfacción de sus necesidades; criterio que viola la garantía de legalidad por actos plenamente omisivos…. dicha autoridad debió invocar las pruebas presuncional e instrumental de actuaciones en un comparativo entre las circunstancias individualizadas de las partes

procesales, ya que el demandado contaba con ingresos suficientes para satisfacer las necesidades elementales de ambos y de autos se advierte que no existe alguna circunstancia que acredite que la quejosa percibe algún ingreso, pues desde que contrajo matrimonio se dedicó al cuidado de los hijos, por lo que los ingresos económicos de su cónyuge deben seguir la misma suerte que los bienes adquiridos en sociedad conyugal, ya que al haberse dedicado a la familia es justo que le correspondan los beneficios que se deriven de los ingresos que obtenga su cónyuge, sobre todo porque por su edad le será difícil conseguir un empleo, además de no contar con las habilidades necesarias para desarrollar un trabajo, lo que constituye discriminación e inequidad de género que no fue valorada por la responsable al emitir la sentencia reclamada.…

Como era de esperarse, dicho recurso de revisión se desechó, dado que en la demanda de amparo no se hizo un planteamiento de inconstitucionalidad de una norma general, ni el Tribunal Colegiado del conocimiento realizó un estudio de constitucionalidad de normas o la interpretación directa de un precepto constitucional, por lo que se consideró que en términos de los artículos 107, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 83, fracción V, de la Ley de Amparo, el recurso de revisión no era procedente.

Conforme a lo anterior, a partir de la resolución contenida en la sentencia del amparo directo en revisión 949/2006, se consideró que la mujer que fuera declarada inocente en un juicio de divorcio necesario, para tener derecho a alimentos, necesitaba probar desde su demanda dos hechos negativos: (1) que *carecía* de bienes, y (2) que estaba *imposibilitada* para trabajar.

En mi opinión, la carga probatoria que le impuso la Primera Sala a la cónyuge inocente es totalmente contraria las reglas de la prueba, que señala que los hechos negativos no son susceptibles de prueba.

Además, los hechos que le piden demuestre, desde mi punto de vista, no están necesariamente vinculados con su pretensión

de recibir alimentos en su carácter de cónyuge inocente, ni con el problema jurídico que correspondía resolver al juez. ¿Por qué tendría que demostrar que estaba *imposibilitada* para trabajar?

El problema de los alimentos no está necesariamente vinculado con un problema de "capacidad" o "discapacidad" del deudor alimentario; sino que amerita el análisis de diversos factores. En lo que se refiere a los alimentos entre cónyuges, resulta revelador lo que establece el artículo 160 del Código Civil del Estado de Aguascalientes:

"Artículo 160.- Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos, sin perjuicios de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos...."

De ese artículo se desprende que la ley impone cargas iguales a los cónyuges –en el hogar y fuera del hogar-, pero los cónyuges pueden acordar la manera de llevarlas a cabo, de manera que, tan válido es que ambos trabajen fuera del hogar, pero se repartan en forma equitativa el trabajo del hogar y el cuidado de los hijos, de manera que ninguno tenga que sacrificar demasiado su carrera profesional, como lo contrario, que uno sólo se dedique a proveer y no participe en el trabajo del hogar y en el cuidado de los hijos, lo que implica mayor carga en el trabajo del hogar y cuidado de los hijos para el otro, y por lo tanto, menos posibilidades de obtener ingresos propios.

Ahora bien, si el acuerdo es éste último, es evidente que el cónyuge que dedique más tiempo a trabajar fuera del hogar recibirá mayores ingresos y que el que dedica más tiempo al hogar y a los hijos recibirá menos, o peor aún, si el acuerdo de los cónyuges es que éste permanezca en el hogar y no realice un trabajo remunerado, entonces, es un hecho que no recibirá ingresos; lo que no se traduce en que "no trabaje", puesto que el trabajo del hogar y del cuidado de los hijos puede ser altamente extenuante, igual o más que un trabajo

fuera del hogar, con la gran diferencia de que no es remunerado.

Entonces, si se le va a poner una carga probatoria al cónyuge que demande alimentos, en su caso, tendría que ser que demuestre que se dedicó preponderantemente al trabajo del hogar y al cuidado de los hijos. De manera que sea el cónyuge demandado el que tenga que desvirtuar la necesidad de alimentos de su contraria, ya sea, acreditando que tiene bienes o ingresos suficientes para proveerse de alimentos. Lo cual constituye una carga de la prueba positiva.

Ya que resulta poco menos que inhumano, imponer al cónyuge, que ya de por sí sacrificó sus intereses personales por los de su familia, una carga de la prueba negativa, como lo es, probar que está *imposibilitada(o)* para trabajar y que *carece* de bienes.

¿Cómo podría probar que está *imposibilitada* para trabajar? Sólo acreditando alguna discapacidad, ya que de otra forma, no se puede concluir que esté imposibilitada.

Lo que lleva a concluir que sólo las ex cónyuges inocentes que puedan probar alguna discapacidad lo suficientemente grave como para que pueda sostenerse que están "imposibilitadas" para trabajar, pueden recibir alimentos después del divorcio, no obstante que hayan sido declaradas inocentes, esto es, que hayan cumplido con todas sus obligaciones derivadas del matrimonio y no hayan dado causa al divorcio.

Por el contrario, con dicho criterio, al cónyuge culpable que incumplió con sus obligaciones derivadas del matrimonio y dio causa al divorcio, se le premia, liberándosele de la obligación de dar alimentos, lo cual bien podría constituirse en un incentivo perverso para el marido que ya no quiere seguir cumpliendo con sus obligaciones alimentarias. Tan sencillo como incumplir con sus obligaciones para liberarse de las mismas, sin consecuencia alguna.

La sentencia en comento pasa por alto que el problema de conseguir un trabajo al momento del divorcio para la ex cónyuge inocente que se dedicó al hogar, no es de capacidad, sino de proyecto

de vida.

La pregunta que debió de haber respondido la sentencia del amparo directo en revisión 949/2006, es si los cónyuges están en una situación de igualdad respecto de la posibilidad de generarse sus ingresos, cuando se divorcian después de muchos años de casados, y uno de ellos se dedicó preponderantemente al hogar y al cuidado de los hijos, y el otro a trabajar fuera del hogar.

No se puede equiparar la situación de una persona de 50 o 60 años, que siempre se desarrolló en su carrera profesional de tiempo completo, y por lo tanto, ha logrado un reconocimiento profesional e ingresos suficientes, a la de una persona que a los 50 o 60 años va a empezar a buscar un trabajo, sin experiencia.

Es posible que el cónyuge que dedicó varios años de su vida al cuidado de su familia, en detrimento de su desarrollo profesional, en el momento en que desee buscar trabajo, no lo encuentre tan fácilmente, y que si lo encuentra no sea en condiciones muy favorables.

La segunda carga de la prueba que la sentencia le impuso al ex cónyuge inocente es que carece de bienes. ¿Cómo acredita una persona que *carece* de bienes? No hay manera. Se trata de una negación sustancial, que no se traduce en un aserto positivo.

Entonces, el criterio de la Primera Sala minimizó la necesidad de alimentos del cónyuge que sacrificó sus intereses personales por los de su familia, a que se acreditara que sufría de alguna discapacidad, ya que solo cumpliendo con esa condición podría tener derecho al pago de alimentos.

Con una declaración teórica de igualdad se quisieron borrar las diferencias entre los cónyuges.[10]

No es que me oponga al principio de igualdad entre el hombre y la mujer. Es que con la simple aseveración de que son iguales, no se borran las diferencias que de hecho puedan existir en cada caso

10 Tal como se señaló en la exposición de motivos del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal de 1928.

concreto.

Por ello, en mi opinión, el estudio de igualdad que se hizo en el amparo directo en revisión 949/2006 fue incompleto, y sobre todo, la solución que se le dio al problema de inconstitucionalidad que presentaba el artículo 310 del Código Civil del Estado de Aguascalientes, fue equivocada.

La obligación de proporcionar alimentos no debe asimilarse a una sanción. Ni resulta acorde con la garantía de acceso a la justicia imponer una carga negativa de la prueba a cualquiera de los cónyuges. No porque el precepto ya previera una carga negativa, imposible de satisfacer para el marido, debía de imponerse a la esposa "para ponerlos en una situación de igualdad", porque con ese razonamiento se deja en indefensión ya no solo al marido inocente, sino también a la esposa inocente.

El estudio de la garantía de igualdad debió de haber partido de lo que establece el artículo 333 del mismo ordenamiento, en el sentido de que "*los alimentos han de ser proporcionados a la posibilidad del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos.*" De manera que sin imponer una carga imposible de cumplir a las partes, ni hacer depender la necesidad de los alimentos de una posible discapacidad, el juez pudiera, atendiendo a las pruebas existentes en autos y a las circunstancias de cada caso concreto, determinar si debían concederse los alimentos, así como, a cuanto deberían de ascender.

En ese análisis, el juez tendría que ponderar si ambos cónyuges se repartieron las cargas por igual, o si alguno dedicó un mayor tiempo al hogar y a los hijos, y de ser ese el caso, compensar el desarrollo profesional que sacrificó dicho cónyuge con el pago de alimentos.

En conclusión, la necesidad de alimentos no es un problema de capacidad o discapacidad, ni su naturaleza es la de una sanción, sino que viene a ser una consecuencia del matrimonio y de las cargas que los cónyuges asumieron durante el mismo. Si durante el matrimonio el cónyuge proveedor estuvo de acuerdo en que su pareja se dedicara al cuidado del hogar y de los hijos, ¿por qué habría de

permitírsele que cuando se aburra de su matrimonio, se desentienda de las obligaciones que asumió y que ocasionaron que su cónyuge sacrificara una remuneración por un trabajo profesional?

A final de cuentas, la solución puede ser sencilla. Si el cónyuge proveedor no quiere tener la carga de mantener a su cónyuge después de terminado el matrimonio, que no le impida trabajar, sino al contrario, que la incite a ello, y se comprometa y cumpla con la carga que le corresponde del trabajo del hogar y del cuidado de los hijos.

Ya que desde mi punto de vista, no se justifica que un juez absuelva de su obligación de proporcionar alimentos a la parte que incumplió sus obligaciones durante el matrimonio y dio causa al divorcio, respecto de un cónyuge que cumplió con sus obligaciones, que ya no está en la plenitud de su juventud y que sacrificó su posibilidad de desarrollo profesional por su familia, simplemente porque éste último *no está discapacitado*, sin atender a si tiene ingresos o bienes propios suficientes para solventar sus necesidades.

Precisamente porque me parece que lo anterior no es correcto, puesto que en esa decisión se parte de premisas equivocadas y no se toman en cuenta aspectos sumamente relevantes en la ponderación de la garantía de igualdad entre los cónyuges, decidí al resolver la contradicción de tesis 416/2012, proponer un criterio que tome en cuenta, desde un punto de vista objetivo, la situación de ambos cónyuges, de manera que el juzgador no pase por alto que aquél que sacrificó sus intereses personales por el cuidado de la familia, no se quede desamparado.

De manera que lo relevante del criterio no es que se afirme que "la mujer" –y no el hombre- que se dedicó preponderantemente al cuidado del hogar y de los hijos tiene una presunción de necesitar alimentos, ni que el presente artículo se refiera la generalidad de las veces en femenino al cónyuge inocente, puesto que ni en el criterio, ni en el presente artículo, se sostiene que un hombre no puede estar en ese supuesto. Se hace referencia a la mujer, porque no es posible negar que en los casos derivados de las ejecutorias que contendieron

en la contradicción de tesis, quienes demandaron el pago de alimentos fueron mujeres, como ha sido en los casos subsecuentes. Se trata de una realidad social, que no podría borrarse de un plumazo.

Sin embargo, ello no conlleva, como se pretende hacer creer en las críticas que se hacen al criterio, que sea exclusivo para la mujer, de manera que no pueda ser aplicable a los hombres. No, esa no fue, ni ha sido la intención del criterio. Si conforme al acuerdo de los cónyuges, es el hombre quien se dedicó preponderantemente al cuidado del hogar y de los hijos, y fue la mujer quien se dedicó a trabajar fuera del hogar para obtener ingresos para la manutención de la familia, por supuesto que el hombre podrá tener derecho al pago de alimentos, si la mujer no logra desvirtuar la presunción de necesidad del marido, acreditando que tiene ingresos o bienes suficientes para subsistir.

El criterio de la contradicción de tesis 416/2012 sólo ha pretendido enderezar el entendimiento de la garantía de igualdad entre los cónyuges, de manera que no baste para decidir un asunto de esta naturaleza una declaración teórica de igualdad, ni que se deje en indefensión a quien tiene una genuina necesidad de alimentos, sino que se valoren en su integridad todos aquellos elementos que puedan incidir en determinar qué es lo que realmente corresponde a cada uno de los cónyuges.

LA MEDIACIÓN FAMILIAR, MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

MARÍA LEOBA CASTAÑEDA RIVAS.
(MÉXICO)

INTRODUCCIÓN

La familia, ha sido concebida como la célula de toda sociedad, es la institución que moldea a los individuos que la integran, para lograr su desarrollo de manera armónica dentro de ésta, en la comunidad y el Estado.

Es la familia el objeto del Derecho familiar, cuyas normas son de orden público e interés social; que regulan la organización y desarrollo integral de este grupo, institución fundamental para la evolución de nuestra sociedad.

En este sentido, los Estados han buscado su plena protección, mediante el diseño de políticas públicas y leyes que protejan la integración familiar, por ello se ha planteado que éstos sean resueltos a través de la mediación familiar como medio alternativo de solución de controversias, de tal suerte que puedan acceder a una administración y procuración de justicia, en la cual personal calificado asiste a las partes para la resolución de sus diferendos. Es evidente, que los Estados aún tienen mucho por hacer para fortalecer las relaciones familiares y otorgar seguridad jurídica a tan importante institución.

LA FAMILIA COMO CÉLULA DE LA SOCIEDAD

El término familia tiene múltiples connotaciones, entre otras, desde el aspecto social, en el que se concibe como la célula de la sociedad, institución permanente integrada por un conjunto de personas ligadas por lazos de amor y parentesco, por el hecho sexual o algún otro hecho o acto generador de consecuencias de derecho.

Siguiendo a Castán, Javier Tapia explica: "Etimológicamente la palabra familia proviene de la voz *famulia,* derivada de *famulus,* que procede del osco *famel,* cuyo significado es siervo, y más remotamente del sánscrito *vama,* hogar o habitación, en consecuencia familia viene a ser el conjunto de personas, sirvientes y esclavos que habitan con el señor de la casa".[1]

Así, "se entiende por familia el grupo de personas organizado con trascendencia humana y social, y que bajo la potestad de uno de sus miembros se encuentran unidos por unos vínculos que pueden estar determinados por el afecto, la sangre o la ley".[2]

Para Julián Güitrón Fuentevilla, la "familia es una institución social, permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo jurídico del matrimonio o por el estado jurídico del concubinato, por el parentesco de consanguinidad, adopción o afinidad, que habiten bajo el mismo techo."[3]

Desde la perspectiva sociológica, la familia "es un grupo de personas directamente ligadas por nexos de parentesco, cuyos miembros adultos asumen la responsabilidad del cuidado de los hijos"[4]

Sobre el particular, la declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, establece en su artículo 16 párrafo 3 que la familia "es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado".[5]

---

1 Tapia Ramírez, Javier, *Derecho de Familia,* Editorial Porrúa, México, 2013, p. 11.

2 López Álvarez, Antonio y Alfonso Ortega Giménez, *Glosario Jurídico Básico,* Editorial Club Universitario, España, 2010, p. 52.

3 Güitrón Fuentevilla, Julián, *Legislación Familiar del Estado de Hidalgo,* Gobierno del Estado de Hidalgo, Pachuca de Soto, Hidalgo, México, 1983, pp.25-26.

4 Del Fresno García, Miguel, *Retos para la intervención social con familias en el siglo XXI. Consumo, ocio, cultura, tecnología e hijos,* Editorial Trotta, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2011, pp. 35 y 36

5 Declaración Universal de los Derechos Humanos, *http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2000.pdf*

Pareciera tautológico este concepto, pero en realidad la familia es la base de la sociedad y además está protegida por ésta; de aquí la naturaleza especial del Derecho familiar.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 4º, párrafo séptimo, establece lo siguiente:

"Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo".[6]

Por tal motivo, México debe implementar diversas políticas para favorecer el progreso integral de la familia, toda vez que es la base de la sociedad, siendo ésta el objeto de estudio del Derecho familiar.

En tal sentido, el derecho familiar es el "el conjunto de normas, de orden público e interés social, que regula la organización y desarrollo integral de la familia (aspecto objetivo), así como las relaciones jurídicas familiares (deberes, derechos y obligaciones, personales y patrimoniales), que se originan entre el Estado y los miembros que la integran, y de éstos entre sí (aspecto subjetivo)".[7]

Las normas de Derecho familiar son de orden público; protegen la organización y desarrollo integral de la familia a través del Estado, toda vez que en el orden público que caracteriza las normas de Derecho familiar, destacan "los principios fundamentales en que se cimienta la digna subsistencia de la organización social establecida".[8]

Luego entonces, al existir algún conflicto familiar, se ha planteado que sea resuelto a través de la mediación familiar como medio alternativo de solución de controversias, de tal suerte que los interesados puedan acceder a una administración de justicia, en la que personal calificado asiste a las partes para la solución de dichos problemas.

---

6 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. p. 8 *http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf*

7 Tapia Ramírez, Javier, *Derecho de Familia*, Op. Cit. p. 18.

8 Valletta, María Laura, *Diccionario Jurídico*, 4ª edición, Valletta Ediciones, Buenos Aires, República de Argentina, 2006, p. 601.

ASUNTOS DE ORDEN FAMILIAR

La solución de conflictos en materia familiar debe tener un tratamiento especial; es decir, no puede utilizarse el procedimiento del derecho privado para resolver los problemas originados en su seno, verbigracia, los criterios para resolver asuntos del arrendamiento inmobiliario no puede servir para determinar sobre una guarda y custodia de menores o sobre la pérdida de la patria potestad de un menor.

Más aún, las resoluciones en materia común son efímeras, es decir, vienen prácticamente a solucionar el conflicto, quedando desligadas las partes para el futuro; en cambio, en materia familiar, las determinaciones judiciales generan efectos para toda la vida del sujeto, por ejemplo, en materia de alimentos, de patria potestad, guarda y custodia, tutela, adopción, divorcio, entre otras de las instituciones de la materia familiar.

¿QUÉ ES LA MEDIACIÓN FAMILIAR?

Desde el punto de vista etimológico, el término mediación, del latín *mediato-onis*, es la acción y efecto de mediar.[9]

A su vez, la palabra mediar, proviene del latín *mediare,* que significa "llegar a la mitad de algo. Interceder o rogar por alguien. Interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad…"[10]

María Laura Valletta, en su Diccionario jurídico señala que "la mediación constituye una alternativa no adversarial para el manejo y solución de conflictos. Es una técnica que se caracteriza por la participación de un tercero neutral e imparcial, cuya función es facilitar el proceso, para que las propias partes, con el asesoramiento de sus abogados, encuentren su propia solución al problema que las relaciona. El mediador dirige el proceso de diálogo entre las partes con

9 *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo 7 (lurna-ozonósfera), 22ª edición, Real Academia Española, Madrid, 2001, p. 1000.

10 Ídem.

el propósito de balancear el poder entre éstas, utilizando diferentes técnicas, como la persuasión, la inversión de los roles, confrontación, cambios de actitudes."[11]

Así, la mediación, "aplicada al Derecho Familiar, es un proceso voluntario no judicial por el que un profesional cualificado y sin poder de decisión ayuda a negociar a la pareja que ha decidido separarse y que está en conflicto, facilitando el diálogo entre ambos en la búsqueda en común de una solución duradera y satisfactoria."[12]

Con la mediación familiar como método alternativo de solución de conflictos, se busca ayudar a las personas inmersas en un problema familiar a resolverlo por sí mismo, en presencia de una tercera persona neutral que los guía y dirija hacia una solución.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

Los conflictos a los que se refiere la mediación tienen un contenido jurídico, conflictos de interés regulados por el derecho y cuya solución requiere de la aplicación de normas jurídicas y el reconocimiento o la eficacia en el ámbito de lo jurídico, por afectar a terceros o al mismo Estado.

Los asuntos dirigidos a la mediación, permiten a las partes razonar sobre el conflicto y al aceptar la solución propuesta, normalmente lo harán sin limitación alguna, es decir, estarán en la *affectio solutionis* y por ello resuelven el problema de raíz.

Con la mediación se verán fortalecidas las relaciones entre los miembros de la familia, pues no debemos olvidar que aun cuando se den malentendidos entre sus miembros, normalmente continúa la familia.

PRINCIPIOS QUE RIGEN LA MEDIACIÓN

11 Valletta, María Laura, *Diccionario Jurídico,* Op. Cit. p. 535.

12 Arévalo Fuentes, Raquel, *La mediación familiar: una solución favorable para las familias en crisis*, Lex Nova la revista, Análisis, Enero marzo 2007, p. 26. *http://www.lexnova.es/pub_ln/revistas/revista_ln/Revista47/08_Analisis.pdf*

La Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 8 de enero de 2008, establece en su artículo 8º los principios de la mediación:

"Artículo 8. Son principios rectores del servicio de mediación, los siguientes:

I. Voluntariedad: La participación de los particulares en la mediación deberá ser por propia decisión, libre y auténtica;

II. Confidencialidad: La información generada por las partes durante la mediación no podrá ser divulgada;

III. Flexibilidad: La mediación carecerá de toda forma rígida, ya que parte de la voluntad de los mediados;

IV. Neutralidad: Los mediadores que conduzcan la mediación deberán mantener a ésta exenta de juicios, opiniones y prejuicios propios respecto de los mediados, que puedan influir en la toma de decisiones;

V. Imparcialidad: Los mediadores que conduzcan la mediación deberán mantener a ésta libre de favoritismos, inclinaciones o preferencias personales, que impliquen la concesión de ventajas a alguno de los mediados;

VI. Equidad: Los mediadores propiciarán condiciones de equilibrio entre los mediados, para obtener acuerdos recíprocamente satisfactorios;

VII. Legalidad: La mediación tendrá como límites la voluntad de las partes, la ley, la moral y las buenas costumbres;

VIII. Economía: El procedimiento deberá implicar el mínimo de gastos, tiempo y desgaste personal."[13]

Es así que, la voluntad de las partes es el principio básico de la mediación, toda vez que las personas deben acudir a este método alternativo de manera voluntaria y no obligada, ya que ellas serán

13 Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal. p. 5 *http://www.poderjudicialdf.gob.mx/es/PJDF/Normatividad_Justicia_alternativa*

las encargadas de tomar las decisiones como partes del conflicto destacando el papel del mediador.

La información recibida por un mediador no puede ser divulgada, ésta será confidencial, al ser un método alternativo de solución de conflictos es flexible para las partes, ya que los mediadores deben de conducirse con imparcialidad durante la mediación, lo anterior debido a que los mediadores buscan un equilibrio entre las partes, es decir que los acuerdos a los que lleguen sean de manera reciproca atendiendo al principio de legalidad y economía procesal evitando con ello trámites engorrosos y largos que desgastan a las personas.

VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

La mediación es un mecanismo que comporta numerosas ventajas para la solución de un conflicto familiar, entre ellas encontramos las siguientes:

La mediación permite la descongestión de los asuntos que se tramitan en el juzgado, de tal suerte que se da mayor atención a éstos.

La mediación como medida alternativa de solución de conflictos, evita el ambiente de ganadores y perdedores, pues debe partirse de que la solución del problema genera beneficios recíprocos.

Los afectados controlan sus decisiones sobre sus propias vidas con la ayuda del mediador.

Con la mediación, se busca una solución menos onerosa, expedita, justa y equitativa, para evitar la desintegración familiar.

Las negociaciones alcanzadas en la mediación, generan un mayor índice de cumplimiento, puesto que las partes se hacen recíprocas concesiones, permitiendo solucionar el conflicto sin agravar la relación entre las partes.

La mediación es un servicio tanto público como privado que se ofrece a la población para el manejo directo y responsable de la solución de sus controversias.

Con la mediación se alcanza una solución más justa para las partes, pues ellas acuerdan la solución a través de una cultura del dialogo, usando un lenguaje sencillo.

Cabe aclarar que, estas son algunas de las ventajas obtenidas que se pueden obtener a través de la mediación familiar, toda vez que la mediación tiene como objetivo "fomentar la convivencia social armónica, a través del dialogo y la tolerancia, mediante procedimientos basados en la prontitud, la economía y la satisfacción de las partes".[14]

De este modo, se han alcanzado las siguientes cifras en cuanto a la resolución de conflictos en el Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en mediación familiar, del 01 septiembre del 2003 al 12 de diciembre de 2014:

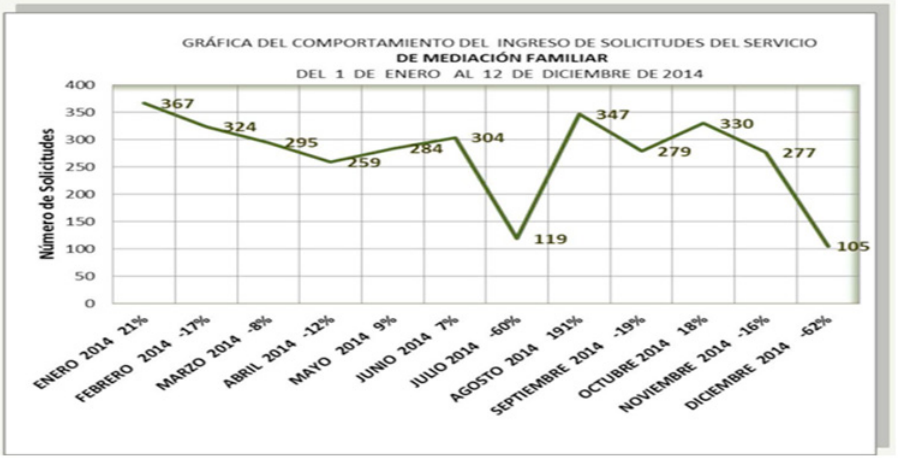
NÚMERO DE EXPEDIENTES	19,675
ASUNTOS ASIGNADOS	5,991
ASUNTOS EN TRABAJO ACTUAL DE MEDIACIÓN	264
ASUNTOS QUE NO INICIARON MEDIACIÓN	1,202
ASUNTOS CERRADOS Y QUE SÍ ENTRARON A SESIONES DE MEDIACIÓN	4,480
ASUNTOS CONCLUIDOS CON ACUERDO Y/O CONVENIO	3,987
ASUNTOS CERRADOS POR DESINTERÉS DE LOS MEDIADOS A CONCLUIR PROCESO CON CONVENIO	464
ASUNTOS EN REMEDIACIÓN	74
ASUNTOS DE REMEDIACIÓN CONCLUIDOS CON ACUERDO Y/O CONVENIO	71
ASUNTOS CERRADOS POR DESINTERÉS DE LOS MEDIADOS A CONCLUIR PROCESO DE REMEDIACIÓN	3
TOTAL DE CONVENIOS DE MEDIACIÓN Y REMEDIACIÓN	4,058

14 Ídem.

SESIONES DE PRE-MEDIACIÓN REALIZADAS	11,174
HORAS DE PRE-MEDIACIÓN REALIZADAS	7,852
SESIONES DE MEDIACIÓN REALIZADAS	11,304
HORAS DE MEDIACIÓN EFECTUADAS	23,359
PORCENTAJE DE MEDIACIONES CERRADAS CON CONVENIO Y/O ACUERDOS	89%
PORCENTAJE DE MEDIACIONES CERRADAS POR DESINTERÉS DE LOS MEDIADOS A CONCLUIR PROCESO CON ACUERDOS Y/O CONVENIO	11%

De enero a diciembre del 2014, se ingresaron 3,290 solicitudes sobre mediación familiar, disminuyendo hasta en un 62% en el último mes, como se aprecia en la siguiente gráfica:

[15]



De dichas solicitudes ingresadas, 597 fueron presentadas sobre los efectos del divorcio, 550 sobre alimentos, 528 relativos a

15 Mediación TSJDF Cuarto Trimestre *http://www.poderjudicialdf.gob.mx/es/PJDF/Cuarto_Trimestre2014*

la guarda y custodia, 244 régimen de visitas y 36 con relación al derecho sucesorio.

Durante el primer trimestre del año 2014 de las solicitudes que ingresaron 88% cerraron en un acuerdo y/o convenio, en el segundo, tercero y cuarto semestre cerraron en 89%, de tal suerte que las partes alcanzaron un acuerdo para resolver sus conflictos sin llegar a un juzgado, observando las ventajas que se tiene al optar por este medio alternativo.

REGULACIÓN DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN A) ARGENTINA, B) CHILE, C) ESPAÑA Y D) MÉXICO.

La mediación familiar se encuentra regulada en algunos países del mundo, como un medio alternativo de solución de conflictos familiares. Para efectos de este trabajo, desarrollaremos la regulación de dicho método, en los siguientes países:

Argentina

La ley 26.589 Mediación y conciliación, fue promulgada el 3 de mayo de 2010, en ella se establece con carácter obligatorio la mediación previa a procesos judiciales.

No obstante lo anterior, la ley excluye del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria los casos de:

"*b)* Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, patria potestad y adopción, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador;"[16]

Por tanto, la mediación familiar comprende las controversias patrimoniales o extrapatrimoniales originadas en las relaciones de familia o que involucren los intereses de sus miembros, como lo señala su artículo 31:

"ARTICULO 31. — *Mediación familiar. …*

Se encuentran comprendidas dentro del proceso de mediación familiar las controversias que versen sobre:

a) Alimentos entre cónyuges o derivados del parentesco, salvo los provisorios que determina el artículo 375 del Código Civil;

b) Tenencia de menores, salvo cuando su privación o modificación se funde en motivos graves que serán evaluados por el juez o éste disponga las medidas cautelares que estime pertinentes;

c) Régimen de visitas de menores o incapaces, salvo que existan motivos graves y urgentes que impongan sin dilación la intervención judicial;

d) Administración y enajenación de bienes sin divorcio en caso de controversia;

e) Separación personal o separación de bienes sin divorcio, en el supuesto del artículo 1294 del Código Civil;

f) Cuestiones patrimoniales derivadas del divorcio, separación de bienes y nulidad de matrimonio;

16 Art. 5º inciso b) Ley 26.589 Mediación y conciliación *http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/166999/norma.htm*

g) Daños y perjuicios derivados de las relaciones de familia."[17]

Los principios por los cuales se debe regir la mediación prejudicial obligatoria son los siguientes: el de imparcialidad del mediador; libertad y voluntariedad de las partes, consideración especial a los menores, personas con discapacidad y mayores dependientes; confidencialidad respecto de la información divulgada por las partes; promoción de la comunicación directa entre las partes y la conformidad expresa de éstas para que personas ajenas presencien el procedimiento de mediación prejudicial.

Ahora bien, por lo que respecta al principio de confidencialidad, este puede cesar cuando así lo dispusieron las partes y para evitar la comisión de un delito o si este se está cometiendo, impedir que continúe. El plazo para la ejecutar la mediación es de sesenta días, prorrogables por acuerdo de las partes, sin embargo no establece un término para dicha prorroga.

Si durante la mediación familiar, el mediador tuviera conocimiento de circunstancias que impliquen un grave riesgo para la integridad física o psíquica de las partes involucradas o de su grupo familiar, dará por concluida la mediación.

Asimismo en caso de encontrarse afectados intereses de menores o incapaces, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Público de la Defensa a fin de que solicite las medidas pertinentes ante el juez competente, preservando con ello el interés superior del menor.

Chile

La Ley 19968, publicada el 30 de agosto de 2004, crea los Tribunales de Familia en Chile.

En su artículo 103 se encuentra regulada la mediación familiar, como un "sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos,

17 Ídem.

mediante acuerdos."[18]

Dicho sistema, se rige por los siguientes principios: el de igualdad de tal suerte que el mediador deberá cerciorarse que las partes se encuentran en igualdad de condiciones para adoptar los acuerdos; el de voluntariedad, es decir, que de manera voluntaria se podrán retirar de la mediación en cualquier momento si manifiestan su intención a no continuar; el de confidencialidad, por lo que el mediador debe guardar reserva de todo lo que escucha o ve en el proceso, sólo en caso de que el mediador tenga conocimiento de la existencia de una situación de maltrato o abuso contra los niños, adolescentes o discapacitados, el mediador quedara exento a ese deber; la imparcialidad del mediador en relación con los participantes; el interés superior del menor que debe ser preservado en todo momento por el mediador y las opiniones de terceros, el mediador velará para que se consideren las opiniones de los terceros que no hubieran sido citados a la audiencia.

En Chile, la mediación familiar es un procedimiento previo a la interposición de la demanda, tratándose de causas relativas al derecho de los alimentos, cuidado personal y al derecho de los padres e hijos e hijas que vivan separados a mantener una relación directa y regular, cuyo trámite será gratuito y excepcionalmente se podrá cobrar total o parcialmente cuando se presenten usuarios que dispongan de recursos para financiarlo privadamente.

No son objeto de mediación familiar, los asuntos "relativos al estado civil de las personas, salvo en los casos contemplados por la ley de Matrimonio civil; la declaración de interdicción; las causas sobre maltrato de niños, niñas o adolescentes, y los procedimientos regulados en la ley No. 19.620, sobre adopción.

En los asuntos a que dé lugar la aplicación de la ley N° 20.066, sobre Violencia Intrafamiliar, la mediación procederá en los términos

18 Ley 19968, Crea los Tribunales de Familia. p. 39 *http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557&buscar=ley+19.968*

y condiciones establecidos en los artículos 96 y 97 de esta ley."[19]

Sin embargo, los actos de violencia intrafamiliar que no constituyan delito serán de conocimiento de los juzgados de familia y se sujetarán al procedimiento establecido por la ley Nº 19.968 que crea los Tribunales de Familia.

Luego entonces, la mediación no podrá durar más de sesenta días contados desde que se comunica al mediador su designación por parte del juzgado de familia, de común acuerdo las partes podrán solicitar su ampliación de este plazo hasta por sesenta días más, en Chile sí se establece un plazo específico para la prórroga a diferencia de Argentina que no lo señala.

Una vez que las partes hayan llegado a un acuerdo, se emitirá un acta de mediación la cual será remitida por el mediador al Tribunal, para la aprobación del juez, la cual tendrá valor de sentencia ejecutoriada. Si la mediación no se llevare a cabo, se levanta un acta, firmada por las partes para que estos queden habilitados para iniciar su demanda.

Por lo anterior, el Ministerio de Justicia del Gobierno de Chile, creo un Sistema Nacional de Mediación Nueva Justicia de Familia, el cual cuenta con una Unidad de Mediación, cuyas funciones principales, son las siguientes:

"Implementar y Administrar el Registro Nacional de Mediadores Familiares.

Evaluar el trabajo de los Mediadores Familiares Inscritos en el Registro.

Posicionar en la ciudadanía a la Mediación, como una alternativa posible, efectiva y universal de solución de conflictos jurídicos y de otra índole.

Implementar el sistema de mediación establecido en la Ley de Tribunales de Familia.

Administrar los fondos presupuestarios asignados anualmente".[20]

19 Ibídem. p. 41.

20 Creación y funciones, Sistema Nacional de Mediación

Con ello se busca abrir los canales de participación de actores relevantes como la sociedad y el Estado, para el diseño de políticas de mediación.

De acuerdo con el informe estadístico a nivel Nacional sobre el Sistema Nacional de Mediación, en el periodo del 1º de junio de 2009 al 31 de mayo de 2012, el porcentaje de solicitudes de ingreso sobre los alimentos, cuidado personal y relación directa o regular (visitas) fue el siguiente:

De las cuales se resolvieron de la siguiente manera:
[21]

El 20.11% tuvo una o más sesiones y el 38.62% no tuvo sesiones, en tal sentido fue terminada la mediación por causas frustradas, no obstante ello el 41.27% se resolvió con un acuerdo.

España

En España, se han dictado leyes sobre mediación en las distintas comunidades autónomas, entre ellas podemos citar las siguientes:

Ley de Mediación de Cataluña, Ley 1/2001, de 15 de marzo

Ley de Mediación de Valencia: Ley 7/2001, de 26 de noviembre

Ley de Mediación de Galicia: Ley 4/2001, de 31 de mayo

Ley de Mediación en Canarias: Ley 15/2003, de 8 de abril

Ley de Mediación de Castilla La Mancha: Ley 4/2005, de 24 de mayo

Ley de Mediación de Castilla y León: Ley 1/2006, de 6 de abril

Ley de Mediación de Islas Baleares: Ley 18/2006, de 22 de noviembre

Ley de Mediación de Madrid: Ley 1/2007, de 21 de febrero

Ley de Mediación de Asturias: Ley 3/2007, de 23 de marzo

Nueva Justicia de Familia *http://www.mediacionchile.cl/portal/unidad-de-mediacion/creacion-y-funciones*

21 Estadísticas a Nivel Nacional de Mediación entre 01 de junio de 2009 al 31 de mayo de 2012. *http://www.mediacionchile.cl/portal/2012-03-13-15-00-32/estadisticas*

Ley de Mediación de Euskadi: Ley 1/2008, de 8 de febrero

Ley de Mediación de Andalucía: Ley 1/2009, de 1 de febrero.[22]

Enseguida analizaremos en lo pertinente sólo algunas de las leyes de mediación antes enlistadas.

Ley de Mediación de Cataluña, Ley 1/2001

Fue promulgada el 15 de marzo de 2001, y en ella se establece que la mediación "consiste en un método de resolución de conflictos que se caracteriza por la intervención de una tercera persona imparcial y experta, sea a iniciativa propia de las partes, sea a indicación de una autoridad judicial, que tiene como objeto ayudar a las partes y facilitarles la obtención por ellas mismas de un acuerdo satisfactorio"[23]

La ley de Mediación de Cataluña 1/2001, tiene por objeto regular la mediación familiar, como método alternativo de solución de conflictos para evitar la apertura de procedimientos judiciales de carácter contencioso y poner fin a los ya iniciados o reducir su alcance.

Por tal motivo, se crea el Centro de Mediación Familiar de Cataluña, para fomentar y difundir la mediación familiar. Dicho Centro es el encargado de designar a la persona mediadora, para solucionar los conflictos familiares.

Las personas legitimadas para solicitar la mediación familiar, son aquellas unidas por vínculo matrimonial o que forman una unión estable de pareja y las que no tienen una unión estable de pareja, pero tienen hijos en común.

La mediación familiar tiene como características la voluntariedad de las partes, ya que pueden elegir someterse a ésta o desistir en cualquier momento, el mediador debe ser imparcial con las partes

---

22 La mediación familiar en España Origen y evolución.
Revista e- Mediación Mini docs! Tu brújula en la web.
España *http://www.minidocs.es/premium/med.pdf*

23 Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar de Cataluña.
p. 1 *https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-40828/boe1.pdf*

para que éstas alcancen acuerdos pertinentes, la información será tratada de manera confidencial, la mediación será personal, de tal suerte que las partes pueden solicitar apoyo o asesoramiento al Centro de mediación familiar de Cataluña.

La duración de la mediación depende de la naturaleza del conflicto, sin embargo no podrá exceder de tres meses, sólo mediante acuerdo entre las partes pueden acordar una prórroga hasta un máximo de tres meses más.

Ley de Mediación de Valencia: Ley 7/2001

Fue promulgada el 26 de noviembre de 2001, en ella se contempla a la mediación como un instrumento que busca la solución y acuerdo en los conflictos familiares de manera extrajudicial, siendo un procedimiento voluntario en el que participan profesionales cualificados, imparciales y sin capacidad para tomar decisiones por las partes, sólo asisten a una familia en conflicto con la finalidad de entablar un diálogo para llegar a un acuerdo entre ellas.

Para promover la mediación, se creó el Centro de Mediación Familiar de la Comunidad Valenciana. Las personas que pueden solicitar la mediación son aquellas unidas por un vínculo conyugal o familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad; así de manera voluntaria las partes pueden decidir someterse a ella o desistir en cualquier momento, en la Ciudad de Valencia es sumamente importante la buena fe de las partes que intervienen en ella.

De acuerdo con la naturaleza del conflicto, la mediación no podrá exceder de tres meses y sólo mediante acuerdo de las partes se podrá solicitar una prórroga hasta un máximo de dos meses.[24]

Ley de Mediación de Castilla y León: Ley 1/2006, de 6 de abril.

El objeto de la ley, es regular la mediación familiar, en la que interviene un profesional, con el fin de generar entre las partes un marco de comunicación para resolver sus problemas familiares de manera no contenciosa. Cuya finalidad es evitar la apertura de

24 Cfr. Comunidad Autónoma Valenciana, Ley 7/2001 *https://www.boe.es/boe/dias/2001/12/19/pdfs/A48192-48198.pdf*

procesos judiciales de carácter contencioso, contribuir a poner fin a los ya iniciados o reducir su alcance.

Las situaciones en las que cabe la mediación familiar en la Ciudad de Castila y León son las siguientes: cuando se trate de conflictos entre personas unidas por un vínculo matrimonial, las uniones de hecho, personas con hijos en común y otros conflictos familiares entre personas que tengan entre sí cualquier relación de parentesco, en los que el procedimiento de mediación sirva para prevenir, simplificar o poner fin a un litigio judicial.

Los principios por los que se rige la mediación familiar en esta Ciudad son la libertad y voluntariedad de las partes que intervienen; la igualdad de éstas, las consideraciones especiales de los menores de edad, personas con discapacidad y mayores dependientes; los asuntos se llevaran de manera confidencial; competencia profesional; ética; imparcialidad y neutralidad de la persona mediadora;, intervención cooperativa; buena fe de las partes; el carácter personalísimo; sencillez y celeridad del procedimiento de mediación.

Al igual que la Ley de Mediación de Cataluña, la duración de la mediación será de tres meses prorrogables por acuerdo de las partes por tres meses más.[25]

Ley de Mediación de Madrid: Ley 1/2007, de 21 de febrero.

De acuerdo con el artículo 1º de esta ley, la mediación familiar "es un procedimiento voluntario de gestión o resolución positiva de tensiones o conflictos familiares en el que las partes solicitan y aceptan la intervención de un mediador, profesional imparcial, neutral y sin capacidad para tomar decisiones por ellas, que les asiste con la finalidad de favorecer vías de comunicación y búsqueda de acuerdos consensuados". [26]

---

25 Cfr. Comunidad de Castilla y León. Ley 1/2006, de 6 de abril. *https://www.boe.es/boe/dias/2006/05/03/pdfs/A17034-17041.pdf*

26 Comunidad de Madrid. Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid. p. 2 *https://www.boe.es/boe/dias/2007/06/27/pdfs/A27653-27658.pdf*

La finalidad de este procedimiento es prevenir o minimizar los conflictos intrafamiliares, evitando con ello abrir procedimientos contenciosos y facilitar el cumplimiento de las sentencias judiciales que afectan a las relaciones familiares.

Al igual que las leyes anteriormente citadas, la mediación gira en torno a los principios de voluntariedad entre las partes de acogerse o desistir de ella; de confidencialidad reservando todos los datos vertidos en el procedimiento; imparcialidad y neutralidad del mediador; las partes deben actuar de buena fe y deberán de asistir de manera personal, protegiendo los intereses de los menores y personas dependientes.

La ley de Mediación de Madrid, al igual que la de Cataluña y Castilla y León, establece como duración de la mediación tres meses de acuerdo a la naturaleza y complejidad del asunto, siendo prorrogables por acuerdo de las partes por tres meses más.[27]

México

En México, el 8 de enero de 2008 fue publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal, por la que se crea el Centro de Justicia Alternativa como un órgano del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal para administrar y desarrollar los métodos alternos de solución de conflicto como la mediación.

La sobrecarga de trabajo en los órganos jurisdiccionales, la dilación en los juicios, el alto costo del litigio, así como la insatisfacción social frente a la resolución judicial son factores que condujeron al Consejo de la Judicatura del Distrito Federal a incorporar métodos alternos de solución de controversias para acceder a una justicia pronta y expedita.[28]

En dicha ley, se regula la mediación como método alternativo de solución de controversias en diferentes materias como son: civil,

27 Ibídem. p. 5.

28 Cfr. Centro de Justicia Alternativa Mediación TSJDF. *http://www.poderjudicialdf.gob.mx/es/PJDF/Centro_de_Justicia_Alternativa_Organos*

mercantil, familiar, penal, y de justicia para adolescentes.

La mediación familiar es un procedimiento voluntario por el cual las partes involucradas en una controversia, buscan una solución satisfactoria con la asistencia de un tercero imparcial que se conduce de manera neutral, proporcionando a las partes condiciones de equilibrio entre ellas, para que dicho procedimiento sea flexible e implique el mínimo de gastos y tiempo.

En cuanto a la duración de la mediación será la que resulte suficiente, en atención a la complejidad de la controversia, a diferencia de las leyes de mediación de Argentina, Chile y España que establecen en su gran mayoría tres meses para poder resolver un conflicto sometido a mediación, prorrogables de dos a tres meses más por acuerdo de las partes, generando seguridad jurídica a las partes de poder resolver sus conflictos en poco tiempo, toda vez que se llega a un acuerdo que beneficia a ambas partes, para evitar una completa desintegración familiar.

Resulta evidente que los diferentes países anteriormente citados regulan el funcionamiento de la mediación familiar como método alternativo de solución de conflictos familiares, a través de legislaciones especificas sobre esta materia.

En cada una de ellas se destaca la figura del mediador como una persona que se encarga de facilitar el diálogo entre las partes en conflicto para que éstas lleguen a un acuerdo para salvaguardar los intereses familiares, de ahí la importancia de la voluntariedad de las partes para arreglar sus conflictos a través de un método alternativo de solución de conflictos sin llegar a un procedimiento contencioso evitando con ello el desgaste de las partes y un procedimiento engorroso, largo y oneroso.

Conclusiones

Primera: El término familia tiene múltiples connotaciones, entre otras, desde el aspecto social, en el que se concibe como la célula de la sociedad. La familia es una institución social, permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo

jurídico del matrimonio o por el estado jurídico del concubinato, por el parentesco de consanguinidad, adopción o afinidad, que habiten bajo el mismo techo.

La familia es el objeto de estudio del Derecho familiar, cuyas normas son de orden público e interés social, que regulan la organización y desarrollo integral de la familia, así como las relaciones jurídicas familiares.

Por lo que al existir algún conflicto familiar, se ha planteado que éstos sean resueltos a través de la mediación familiar como medio alternativo de solución de controversias, de tal suerte que puedan acceder a una administración de justicia, en la que personal calificado asiste a las partes para la resolución de dichos conflictos.

Segunda: La mediación familiar es un proceso voluntario no judicial por el que un profesional cualificado y sin poder de decisión ayuda a negociar a las partes en conflicto, facilitando el diálogo entre éstas en la búsqueda de una solución satisfactoria para resolver dicho problema.

Tercera: Los asuntos dirigidos a la mediación, permiten a las partes razonar sobre el conflicto y al aceptar la solución propuesta, normalmente lo harán sin limitación alguna, es decir, estarán en la affectio solutionis y por ello resuelven el problema de raíz.

Cuarta: La mediación tiene como principio la voluntariedad de las partes, es decir ellas decidirán si se someten o no a dicho método, el mediador debe guardar secreto de todo lo divulgado en el procedimiento, los mediadores deben conducirse con imparcialidad durante la mediación, ya que debe buscar un equilibrio entre las partes, los acuerdos a los que se llegue deberán hacerse de manera reciproca, atendiendo al principio de legalidad y economía procesal.

Quinta: La mediación tiene numerosas ventajas, algunas de ellas son: que permite la descongestión de los asuntos que se tramitan en el juzgado, se evita el ambiente entre ganadores y perdedores, pues la solución genera beneficios recíprocos, se busca una solución menos onerosa, expedita, justa y equitativa, las negociaciones alcanzadas

a través de la mediación generan un mayor índice de cumplimiento, ya que se alcanza una solución más justa para las partes, pues ellas acuerdan la solución a través de una cultura del diálogo usando un lenguaje sencillo con la ayuda del mediador.

Sexta: La mediación familiar, es una respuesta a los conflictos que se generan en el núcleo familiar, siendo el mediador un instrumento necesario para resolver los problemas dando cause a las posibles soluciones de la controversia, la cultura del diálogo y la voluntad de las partes para resolver las controversias son valiosas para los asuntos de orden familiar.

Séptima: Argentina, Chile, España y México regulan la Mediación familiar como un método alternativo de solución de conflictos.

Argentina y Chile contemplan a la mediación como un método previo a la interposición de una demanda o un proceso judicial, toda vez que con ello se busca evitar la apertura de procedimientos judiciales de carácter contencioso, también España y México contemplan a la mediación como un método alternativo de solución de controversias a través de una cultura del diálogo, usando un lenguaje sencillo entre las partes.

La creación de los Centros de Medicación Familiar, han permitido solucionar los conflictos familiares de manera más ágil, pronta y expedita, evitando los trámites engorrosos y en el que una sola de las partes se siente ganadora del conflicto, facilitando con ello el cumplimiento del acuerdo al que llegaron las partes, por su libre voluntad guiadas por el mediador.

Octava: La mediación familiar, tiene como principios fundamentales, en las legislaciones de los diferentes países citados los siguientes: la voluntariedad de las partes de someterse o desistir de este método para la solución de sus controversias; la confidencialidad e imparcialidad del mediador, exceptuando en algunos casos la confidencialidad, toda vez que se debe preservar el interés familiar y si este se ve quebrantado por algún delito debe hacerse del conocimiento de la autoridad correspondiente para evitar

que sea dañada la integridad de la persona afectada; la buena fe de las partes; la economía procesal, si bien es cierto que en algunas legislaciones no la señalan como principio resulta evidente al considerar a la mediación como un método alternativo para evitar la apertura del proceso contencioso evitando con ello un desgaste tanto económico como emocional entre las partes.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Del Fresno García, Miguel, *Retos para la intervención social con familias en el siglo XXI. Consumo, ocio, cultura, tecnología e hijos*, Editorial Trotta, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2011.
- Tapia Ramírez, Javier, *Derecho de Familia,* Editorial Porrúa, México, 2013.
- Güitrón Fuentevilla, Julián, *Legislación Familiar del Estado de Hidalgo*, Gobierno del Estado de Hidalgo, Pachuca de Soto, Hidalgo, México, 1983.
- López Álvarez, Antonio y Alfonso Ortega Giménez, *Glosario Jurídico Básico*, Editorial Club Universitario, España, 2010.
- Legislación consultada
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. p. 8 *http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf*
- Comunidad Autónoma Valenciana, Ley 7/2001 *https://www.boe.es/boe/dias/2001/12/19/pdfs/A48192-48198.pdf*
- Comunidad de Castilla y León. Ley 1/2006, de 6 de abril. *https://www.boe.es/boe/dias/2006/05/03/pdfs/A17034-17041.pdf*
- Comunidad de Madrid. Ley 1/2007, de 21 de febrero, de

Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid. *https://www.boe.es/boe/dias/2007/06/27/pdfs/A27653-27658.pdf*

- Declaración Universal de los Derechos Humanos. *http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2000.pdf*
- Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal. *http://www.poderjudicialdf.gob.mx/es/PJDF/Normatividad_Justicia_alternativa*
- Ley 26.589 Mediación y conciliación *http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/166999/norma.htm*
- Ley 19968, Crea los Tribunales de Familia. *http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557&buscar=ley+19.968*
- Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar de Cataluña. *https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-40828/boe1.pdf*
- Diccionarios
- Diccionario de la Lengua Española, Tomo 7 (lurna-ozonósfera) 22ª ed. Real Academia Española, Madrid, 2001.
- Valletta, María Laura, *Diccionario Jurídico*, 4ª edición, Valletta Ediciones, Buenos Aires, República de Argentina, 2006.
- Referencias electrónicas
- Arévalo Fuentes, Raquel. La mediación familiar: una solución favorable para las familias en crisis. Lex Nova la revista. Análisis. Enero marzo 2007. *http://www.lexnova.es/pub_ln/revistas/revista_ln/Revista47/08_Analisis.pdf*
- Centro de Justicia Alternativa Mediación TSJDF. *http://www.poderjudicialdf.gob.mx/es/PJDF/Centro_de_Justicia_Alternativa_Organos*
- Creación y funciones, Sistema Nacional de Mediación Nueva Justicia de Familia. *http://www.mediacionchile.cl/portal/*

unidad-de-mediacion/creacion-y-funciones

- Estadísticas a Nivel Nacional de Mediación entre 01 de junio de 2009 al 31 de mayo de 2012. *http://www.mediacionchile.cl/portal/2012-03-13-15-00-32/estadisticas*
- La mediación familiar en España Origen y evolución. Revista e- Mediación Mini docs! Tu brújula en la web. España *http://www.minidocs.es/premium/med.pdf*
- Mediación TSJDF Cuarto Trimestre *http://www.poderjudicialdf.gob.mx/es/PJDF/Cuarto_Trimestre2014*

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LAS RELACIONES DE FAMILIA. UNA MIRADA DESDE EL DERECHO CHILENO

Cristián Lepin Molina
(Chile)

INTRODUCCIÓN

El principio de igualdad ante la ley es uno de los principios jurídicos con gran desarrollo en las últimas décadas, especialmente por su consagración en los principales Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y por su recepción en la mayoría de las Cartas Fundamentales de los distintos países. En este sentido BAYEFSKY, señala que "en los últimos 45 años, organismos internacionales se han abocado, en forma continua, al desarrollo y la promulgación del derecho de igualdad. Esto ha ocurrido en diversos contextos: en relación con derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; en empleo, remuneraciones y educación; y en tortura, raza, sexo e infancia. Actualmente, también se está considerando en diversos contextos adicionales, incluyendo la religión, los enfermos mentales, las poblaciones indígenas y el derecho de salida y retorno"[1].

No obstante este desarrollo, en el ámbito de las relaciones de familia la aplicación de este principio ha tenido un espacio de resistencia, con realidades desiguales en los distintos ordenamientos jurídicos, al parecer por las peculiares características del Derecho Familiar, que presenta una fuerte tensión entre la necesidad de protección de los integrantes del grupo familiar y el establecimiento de relaciones de igualdad entre ellos.

Por cierto, no escapa al análisis la posición de algunos

1 Bayefsky, Anne, "El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional", *Human Right Law Journal*, Vol. 11, N° 1-2, 1990, (traducción Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile), p. 2.

autores que plantean que la familia es un conjunto de relaciones diferenciadas, con distintos roles, que deben desarrollar cada uno de sus integrantes. En este sentido, CORRAL señala que, "atendida su conformación natural y sus funciones sociales, la familia es un entramado de relaciones diferenciadas, que emanan de personas que ocupan y desempeñan roles diversos. Se diría que la riqueza de la familia no está en la igualdad, sino más bien en la diversidad. En el mercado, en el trabajo, los seres humanos pueden ser reducidos a la calidad de roles abstractos: consumidor, propietario, acreedor, trabajador, empleador, etc. En la familia no podría reducirse su inmensa potencialidad de diferencias y complementariedades con el rol de "familiar" o "miembro de familia". Existe una diferencia esencial entre padres e hijos, entre primos, padres y tíos, tíos y sobrinos, abuelos y nietos. Incluso no es del todo exacto hablar de "padres", ya que la familia exige roles diferenciados entre los progenitores: una es madre y otro el padre. En el matrimonio, no solo hay cónyuges, sino que hay marido y mujer. Puede coincidirse así con la provocativa afirmación del maestro romanista español Álvaro d'Ors de que la familia es una reserva natural de desigualdad"[2].

Esta concepción se refleja en el Código Civil chileno que establece, desde su dictación, un trato diferente a mujeres y niños con respecto al denominado "jefe" de la familia, el padre-marido.

De esta forma, en el presente trabajo se busca analizar el tránsito que han seguido mujeres y niños en la adquisición de derechos civiles que les permitan actuar con un trato igualitario ante la legislación de familia, dejando constancia de sus avances y de las materias pendientes.

Antes de analizar la regulación de las relaciones familiares, es necesario precisar el marco jurídico y conceptual sobre el principio de igualdad, revisar someramente la evolución del Derecho Familiar, para luego, realizar un análisis crítico de la aplicación de este principio

2 Corral T., Hernán, "¿Subsisten discriminaciones en el actual régimen legal chileno de Filiación?", *Revista Derecho y Humanidades*, N° 16, Vol. 2, 2010, p. 33.

en las relaciones familiares.

1. SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

En primer lugar, el marco jurídico está determinado por una serie de instrumentos internacionales y nacionales que contemplan el principio de igualdad y de no discriminación. A saber, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su preámbulo, señala que "considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana". A continuación, en su artículo 1°, consagra que *"todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros"*.

En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 3° señala que, *"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"*.

Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 3°, señala a su vez que *"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"*.

Por su parte, la Convención sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica", prescribe en el artículo 1°.1, (aunque más enfocado en la no discriminación), que *"los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social,*

posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

Todo lo anterior sin considerar otros Tratados específicos, como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer o la Convención sobre los Derechos de los Niños, que revisaremos más adelante.

Como señala BAYEFSKY, "aunque la igualdad o no discriminación es un tema dominante y recurrente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la norma no está contemplada en la totalidad de las diversas fuentes del derecho internacional de manera única y unificada. No obstante, el tema de derecho internacional y la norma de igualdad o no discriminación se pueden abordar en términos de los problemas que plantea su definición, para los cuales el material jurídico internacional ofrece soluciones útiles. Si bien estos elementos definitorios legítimamente no se pueden exhibir juntos como el significado único de todas las disposiciones de igualdad en el derecho internacional y ni siquiera como un significado derivado de una única fuente internacional, los elementos en sí constituyen temas consistentes en la jurisprudencia internacional existente"[3].

Del mismo modo, el principio de igualdad también se encuentra establecido en el ordenamiento interno. Así, el artículo 1º de la Constitución Política de la República, señala que *"las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos".* Por su parte, el artículo 19 N° 2 dispone que *"la Constitución asegura a todas las personas:* Nº 2 *La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados… Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*".

En segundo lugar, es importante determinar, entonces, el marco conceptual sobre el principio de igualdad, consagrado, como ya señalamos, en instrumentos jurídicos, tanto internacionales como nacionales.

Según NOGUEIRA, se trata de un derecho fundamental que reconoce la titularidad de toda persona sobre el bien jurídico igualdad, que es oponible a todo destinatario y que implica el derecho a no ser

3 Bayefsky, Anne, op. cit., p. 2-3.

discriminado por razones de carácter subjetivo u otras que resulten relevantes, con el consiguiente mandato correlativo respecto de los órganos o autoridades estatales y los particulares de prohibición de discriminación[4].

Para nuestro Tribunal Constitucional, "la igualdad es un principio informador de todo el ordenamiento jurídico, en donde se configuran principios y valores básicos de fuerza obligatoria que impregnan toda la Constitución de una finalidad humanista (STC 1185, C.11). Por tanto, la igualdad constituye una presión permanente sobre el sistema legal y social; es un desafío constante por consagrar una mayor justicia material en un contexto social y cultural donde todavía subsisten desigualdades significativas"[5].

La doctrina del Tribunal Constitucional señala también que "… el parámetro de control de la igualdad es el juicio de razonabilidad. "La razonabilidad es el cartabón o estándar que permite apreciar si se ha infringido o no el derecho a la igualdad ante la ley asegurado por el artículo 19 N° 2 de la Constitución. De esta manera, la garantía de la igualdad ante la ley no se opone a que la legislación contemple tratamientos distintos para situaciones diferentes, siempre que tales distinciones o diferencias no importen favores para personas o grupos (STC 1365, C. 29; STC 28; STC 219; STC 1138, C.24; STC 1140, C. 19)"[6].

Mediante sentencia de 29 de septiembre de 2009, en la causa Rol N° 1.340-09, el mismo tribunal señala "que para dilucidar si, en el conflicto que se ha planteado, se produce una infracción al derecho a la igualdad ante la ley, es necesario determinar, en primer lugar, si realmente estamos frente a una discriminación o diferencia de trato

4 Nogueira A., Humberto, Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales, t. 2, Librotecnia, segunda edición, Santiago, Chile, 2008, p. 223.

5 Sentencia de Tribunal Constitucional, de fecha 3 de noviembre de 2011, causa Rol 1881-10 INA, voto particular concurrente de los ministros Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino. Considerando 24. Disponible en https://www.tribunalconstitucional.cl

6 Íbidem, Considerando 26.

entre personas que se encuentran en una situación similar para, luego examinar si tal diferencia tiene un carácter de arbitrario importando una transgresión a la Carta Fundamental. Así, debe analizarse si tal diferencia carece de fundamento razonable que pueda justificarla y si, además, adolece de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador. Este criterio ha sido reiterado por esta magistratura, entre otras, en las sentencias roles N°s. 790, 825, 829 y 834"[7].

Según la Corte Suprema, la igualdad "consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentran en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares"[8].

En forma similar, el Tribunal Constitucional español, que en sentencia de 22 de junio de 2005, en la causa Rol N° 138, señala "para dar respuesta a esta primera duda de constitucionalidad hemos de comenzar aludiendo a nuestra doctrina sobre el derecho de igualdad en la Ley (art. 14 CE), que se condensa en el primer fundamento jurídico de la STS 44/1988, de 12 de julio, en la que dijimos que el principio de igualdad prohíbe al legislador <<configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria>>. El principio de igualdad <<ante o en la Ley>> impone al legislador el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas

7 Disponible en https://www.tribunalconstitucional.cl

8 Sentencia de Corte Suprema, de fecha 21 de junio 2001, causa Rol N° 862-2000. Disponible en https://www.pjud.cl

iguales, con prohibición de toda desigualdad que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable, o que resulte desproporcionada en relación con dicha justificación. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustas por no venir fundadas en criterios o juicios de valor generalmente aceptados, además de que, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción deban ser proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos (entre otras, SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 9; 1/2001, de 15 de enero, FJ 3; 152/2003, de 17 de julio , FJ 5.c; 193/2004, de 4 de noviembre, FJ 3; y 57/2005, de 14 de marzo, FJ 3)". Agrega en la misma sentencia que "<<el juicio de igualdad ex art. 14 CE exige la identidad de los supuestos fácticos que se pretenden comparar, pues lo que se deriva del citado precepto es el derecho a que supuestos de hecho sustancialmente iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas>> (SSTC 212/1993, de 28 de junio, FJ 6; y 80/1994, de 13 de marzo, FJ 5, entre otras). Por ello toda alegación del derecho fundamental a la igualdad precisa para su verificación un *tertium comparationis* frente al que la desigualdad se produzca, elemento de contraste que ha de consistir en <<una situación jurídica concreta en la que se encuentren otros ciudadanos u otros grupos de ciudadanos (ATC 209/1985, de 20 de marzo, FJ 2). Conviene por todo ello examinar si los supuestos de hecho aportados por el órgano judicial como término de comparación guardan la identidad que todo juicio de igualdad requiere (STC 53/2004, de 15 de abril, FJ 2)"[9].

Como señala BAYEFSKY, "en las palabras del Comentario General sobre no discriminación del Comité de Derecho Humanos "[e]l goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia". En otras

9 Tribunal Constitucional español, sentencia de pleno, 26 de mayo de 2005, 138/2005. Disponible en http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/paginas/Sentencia.aspx?cod=14849

palabras, el hecho de no tomar en cuenta diferencias pertinentes o bien el otorgamiento de un trato idéntico a personas desiguales es tan discriminatorio como tratar a personas iguales de manera diferente. Como dijo Aristóteles, hay motivo de reclamo "…cuando a los iguales se les otorgan o poseen partes desiguales o a los desiguales partes iguales"[10].

Por su parte, la Corte Interamericana de Derecho Humanos, en una Opinión Consultiva de 19 de enero 1984, señala que "no habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana"[11].

En forma similar, la Corte Europea de Derechos Humanos señala que "el principio de igualdad de trato se viola [o en palabras del caso Marckx "una distinción es discriminatoria"] cuando la distinción no tiene justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida involucrada, habida consideración de los principios que normalmente imperan en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho reconocido en la Convención no sólo debe perseguir una finalidad legítima; el artículo

10 Bayefsky, Anne, op. cit., p. 11.

11 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-4/84, de 19 de enero de 1984, solicitada por el Gobierno de Costa Rica "Propuesta de modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización". Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf

14 se infringe igualmente cuando se establece claramente que no hay relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y los fines que se busca lograr"[12].

De este modo, las normas jurídicas deben ser iguales para todos aquellos que se encuentran en una situación similar y, en consecuencia, no toda diferencia es discriminatoria, y por tanto, contraria al principio de igualdad. Para que sea discriminatoria la distinción o diferencia debe carecer de una justificación objetiva y razonable. Por ello, es necesario realizar un doble examen frente a la situación, primero verificando si existe una diferencia de trato, y en segundo lugar, si dicha diferencia es discriminatoria, por carecer de justificación o por no ser proporcionadas dichas diferencias a la finalidad perseguida.

En consecuencia, las discriminaciones establecidas en razón del sexo o del nacimiento son arbitrarias y deben quedar excluidas de nuestro ordenamiento jurídico, incluidas las relaciones familiares.

En Derecho Familiar, este principio general de la legislación se mantuvo distante, dado que el modelo de familia patriarcal estructurado por Bello fue establecido en base a la potestad del marido/padre sobre la persona y bienes de su mujer e hijos. Este sistema se mantuvo vigente hasta hace solo algunos años, momento en que se empiezan a incorporar criterios de igualdad en las relaciones familiares. Primero, a través de la Ley N° 19.335, de 23 de septiembre de 1994, que modificó los efectos personales del matrimonio a fin de establecer en forma igualitaria las obligaciones y derechos de carácter personal entre los cónyuges, luego mediante la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585, de 26 de octubre de 1998, que modificó el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, consagrando la plena igualdad de los hijos; y recientemente, por la Ley N° 20.680, de 21 de junio de 2013, que deja en situación de plena igualdad a los

12 Corte Europea de Derechos Humanos, caso "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium", de 23 de julio de 1968, parrafo 10. Citado por Bayefsky, Anne, op. cit., p. 11.

padres respecto al cuidado personal de sus hijos[13].

Con respecto al modelo de familia, SOMARRIVA señala que "dentro de esta última concepción del grupo familiar ha existido una marcada e innegable evolución. En los comienzos se caracterizaba por ser un grupo compacto, férreamente unido, en el cual pesaba sin contrapeso la autoridad del padre y marido. Hoy en día, en cambio, asistimos a un debilitamiento de la autoridad paterna y marital, fenómeno que se justifica, tanto por las ideas liberales que han dominado en el mundo desde el siglo pasado, cuanto por razones económicas: la mujer se ha incorporado de lleno a las actividades industriales, profesionales y culturales, y los hijos, por las exigencias de la vida, desde temprana edad van a las fábricas y talleres a procurarse el pan de cada día y a obtener cierta independencia económica del todo incompatible con una autoridad paterna ejercida en forma rígida e inflexible"[14].

En igual sentido, DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN señalan que "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 este marco se inscriben los movimientos feministas o de liberación de la mujer y los que pretenden dinamizar a la juventud y otorgarle un mayor grado de independencia, convirtiendo la potestad de los padres en simple función tuitiva"[15].

De esta forma, la potestad ha ido dando paso progresivamente a la igualdad de los integrantes del grupo familiar, lo que se materializa, por una parte, en la distribución igualitaria de las obligaciones y derechos entre los cónyuges, desde el punto de vista personal y patrimonial y en sus relaciones respecto de sus hijos, y por otra, en

13 Lepin M., Cristián, "Los nuevos principios del Derecho de familia", *Revista Chilena de Derecho Privado, Fundación Fernando Fueyo, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales*, N° 23., Santiago, Chile, 2014, p. 25.

14 Somarriva U., Manuel, Derecho de Familia, Editorial Nascimento, Santiago, Chile, 1963, p.10.

15 Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, Sistema de Derecho Civil, Vol. IV, Derecho de Familia, Décima Edición, Editorial Civitas, Madrid, España, 2006, p. 33.

la igualdad respecto de los hijos, como se señalará más adelante[16].

Evidentemente, existen otro tipo de relaciones familiares que presentan semejantes demandas de igualdad, como por ejemplo, las denominadas relaciones de hecho, tanto heterosexuales, como homosexuales. Sin embargo, estimamos que ese tema amerita un examen exclusivo, para verificar, como hemos señalado, si estamos frente a una infracción al principio de igualdad, máxime si existe un proyecto de ley aprobado sobre Acuerdo de Unión Civil que regulará su constitución y efectos[17].

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. REGULACIÓN DE LA FAMILIA EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

El Código Civil chileno no regula la familia, como institución, sino más bien regula materias específicas referentes a las relaciones familiares. Sin embargo, dichas materias se encuentran también consagradas en diversos cuerpos normativos. Sus principales normas se encuentran en el Código Civil, pero existen un número importante de leyes complementarias, así por ejemplo, una de las principales instituciones familiares se encuentra regulada en el Código y en una ley especial, como es el caso es del matrimonio[18].

Esta situación la dejan de manifiesto Díez-Picazo y Gullón, quienes señalan que "no deja de ser curioso que dentro del conjunto del Derecho Civil se constituya como parte especial un Derecho de familia. Es curioso, porque la rúbrica no existe como tal en él. Ni en los Códigos seguidores del modelo francés. En nuestro Código podemos encontrar algunas normas reguladoras de institutos y de relaciones familiares, que en modo alguno forman un conjunto que se pueda considerar unitario u homogéneo. Hay una regulación del matrimonio y de la filiación. Fuera de ello, sólo es posible encontrar la

16 Lepin M., Cristián, "Los nuevos principios del Derecho de familia", op. cit. 26.

17 Disponible en http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=7011-07

18 Ley N° 19.947, Nueva Ley de Matrimonio Civil, de 17 de mayo de 2004.

normativa sobre la tutela, en cuanto institución que suple entre otros cometidos a la relación paterno-filial, y alguna referencia a relaciones entre parientes que, a pesar de su nombre, sólo comprenden y en muy escasa medida a los hermanos"[19].

Así las cosas, no existe un cuerpo orgánico que regule a la familia, la que ni siquiera en el Código Civil tiene un tratamiento sistemático. Existe una dispersión importante de normas, que mezclan un conjunto de disposiciones civiles y procesales. Ello sin considerar la gran cantidad de leyes que han modificado radicalmente a nuestro Código Civil en las materias de familia[20].

El modelo de familia establecido por el Código Civil era patriarcal, donde el padre de familia se convertía en la autoridad, con fuertes poderes sobre la persona y bienes de su cónyuge e hijos. Al respecto, es menester considerar lo señalado por BELLO en el mensaje del Código Civil, el cual consagra al matrimonio como única fuente de la familia, reservando a la autoridad eclesiástica el derecho de decisión sobre la validez del matrimonio, y se reconocen como impedimentos para contraerlo, aquellos que han sido declarados como tales por la

19 Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, op. cit. p. 31.

20 Cfr. Ley de Matrimonio Civil de 10 de enero de 1884; Ley N° 5.521, de 19 de diciembre de 1934, que Iguala a la mujer chilena ante el derecho; Ley N° 5.270, de 02 de diciembre de 1935, sobre Abandono de familia y pago de pensiones alimenticias; Ley N° 7.612, de 21 de octubre de 10.1943, que Introduce diversas modificaciones al Código Civil (reduce la mayor edad a los 21 años, suprime la muerte civil, autoriza la separación convencional de bienes durante el matrimonio, etc.); Ley N° 10.271, 02 de abril de 1952, que Introduce diversas modificaciones al Código Civil; Ley 18.802, de 09 de junio 1989, que Modifica el Código Civil, el Código de Comercio y la Ley N° 16.618; Ley N° 19.335, de 23 de septiembre de 1994, que Establece régimen de participación en los gananciales, y modifica el Código Civil, la Ley de Matrimonio Civil, el Código Penal y otros cuerpos legales que indica; Ley N° 19.585, 26 de octubre de 1998, que Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación; Ley N° 19.947, 17.05.2004, que Establece Ley de Matrimonio Civil; Ley N° 19.968, 30 de agosto de 2004, que Crea los Tribunales de Familia; Ley N° 20.030, 05 de julio de 2005, que Modifica el Código Civil, en lo relativo a la exigencia de presentación de antecedentes para dar curso a la demanda de reclamación de maternidad o paternidad, y a la valoración de los medios de prueba sobre el particular.

Iglesia Católica. Agrega luego, "el matrimonio que es válido a los ojos de la iglesia, lo es también ante la ley civil"[21].

Por otra parte, consagra la potestad marital, la incapacidad relativa de la mujer casada, la sociedad de gananciales, y el "beneficio" de separación de bienes. Respecto de los hijos, la filiación puede ser legítima, natural o ilegitima, en base al nacimiento o por legitimación por el matrimonio posterior a la concepción. La posibilidad de investigar la paternidad o la maternidad eran mínimas siguiendo el modelo del Código Civil francés, y, se consagra la patria potestad sobre la persona y bienes del hijo[22].

En este orden de ideas, TAPIA señala "...en una sociedad organizada sobre la base de una economía agrícola y doméstica, impregnada de una visión católica y patriarcal de las relaciones familiares resulta entendible que el Código Civil no innovara y reconociera el modelo normativo de familia que provenía del derecho castellano. Es curioso observar cómo revisando las normas originales del Código Civil puede reconstruirse una imagen bien completa del arquetipo único de familia que reconocía el derecho civil. Según sus disposiciones, la familia se constituía exclusivamente por el matrimonio religioso, y el marido, *"príncipe de la familia"*, la gobernaba como monarca absoluto. El marido debía protección a la mujer y ésta obediencia al marido. La denominada *potestad marital* le otorgaba amplias facultades sobre la persona y bienes de la mujer, y la sociedad conyugal era el único régimen de bienes autorizado (la separación de bienes era parcial, o decretada judicial y excepcionalmente). Las relaciones de filiación sólo tenían su origen en el matrimonio o en el reconocimiento voluntario de los padres, como asimismo los derechos de alimentos. Los hijos debían obediencia al padre, quien podía recluir al mayor de dieciséis años hasta por seis meses en un establecimiento correccional y desheredar al menor de veinticinco años si contraía matrimonio sin su ascenso. El padre ejercía la *patria potestad* sobre

21 Código Civil Chile, Editorial Thomson Reuters, p. 2.

22 Ibídem.

los bienes del hijo, pasado (sic) a un curador esta facultad, y no a la madre, en caso de impedimento. Finalmente, los hijos *naturales* eran excluidos de la sucesión intestada por los *legítimos* y carecían de *patria potestad*, e incluso el reconocimiento por los padres de los hijos de dañado ayuntamiento podía impugnarse. Naturalmente, las uniones de hecho eran ignoradas por el derecho privado"[23].

En el mismo sentido, FIGUEROA señala, "apartémonos ahora de los conceptos antropológicos recién consignados y miremos la familia monógama que se estableció en el mundo occidental algún tiempo antes del advenimiento de nuestra era. Este es precisamente el concepto que recogieron los Códigos Civiles promulgados durante el siglo XIX. La familia a que estos Códigos se refieren es la que corresponde a una sociedad predominantemente agrícola, como era la que existía en Chile a mediados de ese siglo. Esa familia era patriarcal o paternal, vale decir, el padre constituía el personaje principal del grupo, debía protección a la mujer y a los hijos y era el administrador de la fortuna familiar"[24].

Así, se regula a la familia legítima o matrimonial y se establecen sus efectos tanto personales como patrimoniales, situación que se mantuvo casi inalterable hasta hace un par de décadas.

A continuación analizaremos críticamente la aplicación de este principio de igualdad en las relaciones familiares, revisando la evolución de nuestro Derecho Civil desde el año 1855 a la fecha. Para estos efectos, distinguiremos las relaciones entre los cónyuges y las relaciones respecto de los hijos.

3. PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE LOS CÓNYUGES

Sin duda la igualdad entre hombres y mujeres es un principio que ha tenido un importante desarrollo en los derechos civiles y políticos, con

23 Tapia R., Mauricio, Código Civil 1855-2005. Evolución y Perspectivas, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2005, pp. 102-103.

24 Figueroa Y., Gonzalo, Persona, Pareja y Familia, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1995, p. 66.

gran influencia de los instrumentos internacionales. Sin embargo, en las relaciones familiares todavía quedan importantes diferencias, principalmente entre los cónyuges en el régimen de sociedad conyugal.

En este sentido, para BARCIA, "el principio de igualdad lleva a que el contenido del Derecho de Familia propenda al desarrollo libre de la personalidad de los cónyuges, que se traduce en que los hombres y mujeres tienen iguales derechos y deberes en el matrimonio y con relación a los hijos"[25].

Para SCHMIDT, el arribo a la Humanización del Derecho ha traído, como uno de sus principios más relevantes, el de la "igualdad entre el hombre y la mujer en lo que respecta a la comunidad de intereses y complementariedad que importa el vínculo matrimonial y que se plasma o al menos debiera manifestarse, en un sistema económico patrimonial del matrimonio que respete la personalidad jurídica individual de cada uno de los componentes de la unión marital"[26].

Además de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, de carácter general, encontramos en esta materia específicamente dirigida a la protección de los derechos de la mujer, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que establece en su artículo 1° que *"a los efectos de la presente Convención, la expresión 'discriminación contra la mujer' denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera"*.

---

25 Barcia L., Rodrigo, Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia, Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2011, p. 25.

26 Schmidt H., Claudia, "La constitucionalización del derecho de familia", en Martinic, María Dora y Tapia, Mauricio (dirs.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro*, t. II, LexisNexis, Santiago, Chile, 2005, p. 1237.

La igualdad entre hombres y mujeres en el matrimonio debe analizarse desde dos puntos de vista: i) En primer lugar, respecto a su capacidad y de los efectos patrimoniales entre ellos, es decir, los regímenes patrimoniales, alimentos y compensación económica, en cuanto a los derechos y obligaciones entre los cónyuges de carácter personal, regulados en los artículos 131, 133 y 136 del Código Civil, y ii) En segundo lugar, respecto de los derechos y obligaciones establecidos entre el padre o madre en la regulación de las relaciones paterno-filiales, es decir, en cuanto al cuidado personal de sus hijos, el régimen comunicacional y la patria potestad.

3.1 Igualdad en las relaciones mutuas entre los cónyuges y respecto de sus hijos

i) En primer lugar, respecto a la capacidad y las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. A la fecha de la entrada en vigencia de nuestro Código Civil, la mujer tenía un tratamiento diferenciado en relación a su estado civil de casada o soltera.

Así, si permanecía soltera o viuda y era mayor de edad, gozaba de plena capacidad civil, podía administrar libremente sus bienes y contratar en las mismas condiciones que un hombre. En cambio, la mujer casada quedaba sujeta a la potestad de su marido y era considerada relativamente incapaz. Como señala CLARO SOLAR, "uno de los efectos principales que produce el matrimonio, es la *potestad marital* y la consiguiente *incapacidad de la mujer*"[27].

Al marido se le concedía la denominada potestad marital, que según el artículo 132 del Código Civil de 1855 "es el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de su mujer"[28]. Por su parte, el artículo 1447 inciso 3° del mismo Código prescribía que, "son también incapaces los menores adultos

27 Claro S., Luis, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Vol. I, De las Personas, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión, Santiago, Chile, 2013, p. 70.

28 Código Civil, 31 de mayo de 1856, Imprenta Nacional, Santiago, Chile.

que no han obtenido habilitación de edad; los disipadores que se hallan bajo interdicción de administrar lo suyo; las mujeres casadas; los religiosos, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas cinco clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos, determinados por las leyes"[29].

De este modo, y como señala ROSSEL, "la ley coloca a la mujer casada bajo dependencia de su marido y éste no sólo dirige y controla su vida privada, sino que también su actividad jurídica. Sabemos que la mujer le debe obediencia al marido (art. 131), debe seguirle donde quiera que traslade su residencia (art. 133), puede imponerse de su correspondencia (art. 146 del Código Penal) y puede pedir al juez que le prohíba el ejercicio de toda profesión, industria o comercio que considere inconveniente (art. 150)"[30].

Pero, ¿cuál es el fundamento de la incapacidad relativa de la mujer casada? Según CLARO SOLAR, "la incapacidad de la mujer no mira a su sexo. Agrega que, según POTHIER, 'la necesidad que ella tiene de esta autorización de su marido no está fundada en la debilidad de su razón; pues una mujer casada no tiene la razón más débil que las solteras o las viudas que no tienen necesidad de autorización'. Esposa y madre, la mujer puede también adquirir en el mismo grado que el hombre la inteligencia y la experiencia de los negocios. Y, citando a PLANIOL, 'la mujer no es incapaz porque es mujer sino porque es *casada*'. Su estado no es un estado de *incapacidad,* sino de *dependencia"*[31]. Sin embargo, la denominada "dependencia" solo procedía en las mujeres, y no en los hombres que se encontraban en la misma situación.

Las primeras modificaciones a la capacidad legal de la mujer se incorporan al Código Civil, a través del Decreto Ley N° 328, de 12 de

29 Ibídem.

30 Rossel S., Enrique, Manual del Derecho de la Familia, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1958, pp. 109-110.

31 Claro S., Luis, op. cit., p. 71.

marzo de 1925, redactado principalmente por José Maza[32].

Mediante el citado Decreto Ley, se inicia una tendencia ampliatoria de los derechos civiles de la mujer. Principalmente, se otorgó a las madres el derecho a ejercer la patria potestad sobre los hijos que tuvieran a su cargo, en caso de ausencia del padre; y en cuanto a las mujeres divorciadas por culpa del marido, respecto al régimen de bienes, se incorpora la posibilidad de pactar en las capitulaciones, la separación de bienes, y se considera a la mujeres separadas de bienes para la administración de los bienes producto de su trabajo[33].

De acuerdo al artículo 9° del Decreto Ley N° 328, la mujer se considera separada de bienes para la administración de aquellos que sean fruto de su trabajo profesional o industrial. De igual forma, por el artículo 11, en los casos que los cónyuges se casaran bajo el régimen de separación de bienes, la mujer podía dedicarse libremente al ejercicio de cualquier oficio, empleo, profesión, industria o comercio, sin embargo, el marido podía recurrir al juez para que le prohibiera trabajar[34].

No obstante, la precaria normativa adolecía de una serie de deficiencias. Como señala KLIMPEL, "en primer término, no dio a la mujer facultad suficiente para dedicarse a alguna actividad productiva, de manera que el origen del patrimonio reservado quedaba entregado a la voluntad del marido. En seguida, aún cuando daba a la mujer casada capacidad de separada para la administración de su patrimonio reservado, esta capacidad era restringida, por lo que la libertad para administrar resultaba insuficiente"[35]. Luego agrega,

32 Disponible en http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=5987

33 Cfr. Giordano, Verónica, La ampliación de los derechos civiles de las mujeres Chile (1925) y Argentina (1926), *Mora (B. Aires)*, Vol.16, N° 2, Buenos Aires, Argentina, 2010, pp. 97-113.

34 Cfr. Artículos 9 y 11 Decreto Ley N° 328, de fecha 12 de marzo de 1925. Disponible en http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=5987

35 Klimpel, Felícitas, La mujer chilena (El aporte femenino al Progreso de Chile), 1910-1960, Editorial Andrés Bello, Santiago, Chile, 1962, p. 57.

"además, este Decreto-Ley no reglamentó la prueba sobre el origen de los bienes reservados, de manera que los terceros que contrataban con la mujer, por temor a ser engañados, exigían la concurrencia del marido y los actos de disposición concluidos por ella. Finalmente el D.L. no se cuidó de reglamentar si los bienes reservados iban a ser propios de la mujer o sociales"[36].

La Ley N° 5.521, que "Iguala a la mujer chilena ante el Derecho", de fecha 19 de diciembre de 1934[37], viene a corregir las principales deficiencias del D.L. 328, incorporando en el artículo 150 del Código Civil el patrimonio reservado de la mujer casada que ejercía un empleo, oficio, profesión o industria. Se hace cargo de los requisitos, de la prueba y de la naturaleza de los bienes del patrimonio reservado, y también de la situación de los terceros que contraten con la mujer. Además, incorpora a la mujer en otros derechos como por ejemplo, la representación legal y el domicilio de sus hijos, la posibilidad de pactar en las capitulaciones matrimoniales la separación total o parcial de bienes. Se modifican, también algunas de las normas del Código de Comercio. No obstante, permitía al marido recurrir a la justicia, para que se le prohibiera trabajar, e incluso dicha prohibición debía inscribirse en el Registro de Interdicciones y Prohibiciones y notificarse al público por un aviso en el periódico.

Las mencionadas reformas representan un avance en cuanto a la adquisición de los derechos civiles de la mujer, pero todavía sin pretender igualar a la mujer con el hombre, aun cuando el título de la Ley N° 5.521 señalaba ese objetivo.

Posteriormente, la Ley N° 7.612, de 21 de octubre de 1943[38], permitió a los cónyuges, entre otras reformas, sustituir el régimen de sociedad conyugal por el de separación de bienes[39], mediante escritura

36 Ibídem.

37 Disponible en http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25125

38 Disponible en http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25603

39 Artículo 1723. Substitúyese por el siguiente: "Durante el matrimonio los cónyuges podrán substituír el régimen de sociedad de bienes o de separación parcial por el de separación total".

pública subinscrita al margen de la inscripción de matrimonio. Así se estableció, por primera vez, la posibilidad de poner término a la sociedad conyugal por un acuerdo entre los cónyuges.

Otro cambio importante se produce por la Ley N° 10.271, de fecha 2 de abril de 1952[40], no obstante que su objetivo principal era modificar la situación de los hijos que a la fecha realizaba la distinción entre legítimos, ilegítimos y naturales. Esta ley, entre otras modificaciones, introduce importantes limitaciones a la administración del marido de los bienes sociales[41].

El pacto que los cónyuges celebren en conformidad a este artículo deberá otorgarse por escritura pública y no surtirá efectos entre las partes ni respecto de terceros, sino desde que esa escritura se subinscriba al margen de la respectiva inscripción matrimonial. Este pacto no perjudicará, en caso alguno, los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto del marido o de la mujer"

40 Disponible en http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=26332. Cfr. De la Maza R., Lorenzo y Larraín Ríos, Hernán, Reformas introducidas al Código Civil por la Ley número 10271, Editorial del Pacifico S.A., Santiago, Chile, 1953, p. 397.

41 Artículo 1749.- Substitúyese el artículo por el siguiente:

"El marido es jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra libremente los bienes sociales y los de su mujer; sujeto, empero, a las obligaciones y limitaciones que por el presente Título se le imponen y a las que haya contraído por las capitulaciones matrimoniales.

El marido no podrá enajenar voluntariamente ni gravar los bienes raíces sociales sin la autorización de la mujer.

No podrá tampoco, sin dicha autorización, arrendar los bienes raíces sociales urbanos por más de cinco años ni los bienes raíces sociales rústicos por más de ocho años.

La autorización de la mujer deberá ser otorgada por escritura pública, o interviniendo expresa y directamente en el acto. Podrá prestarse en todo caso por medio de mandatario cuyo poder conste de escritura pública.

La autorización a que se refiere el presente artículo podrá ser suplida por el juez, con conocimiento de causa y citación de la mujer, si ésta la negare sin justo motivo. Podrá asimismo ser suplicada por el juez en caso de algún impedimento de la mujer como el de menor edad, el de ausencia real o aparente u otro, y de la demora se siguiere perjuicio".

Artículo 1754.- En el inciso primero reemplázase la palabra "hipotecar", por

Según KLIMPEL, "se legisló, a petición expresa de la Oficina de la Mujer, sobre la situación de las mujeres que, por no tener patrimonio reservado, veían desaparecer el único bien raíz adquirido por la sociedad conyugal, sin defensa alguna de la Ley para impedirlo, ya que el marido continuaba omnipotente frente a estos bienes. La oficina de la Mujer, que se creó durante el Gobierno de don Gabriel González Videla, cumpliendo un acuerdo de la Comisión Interamericana de Mujeres con sede en la OEA, se ocupó principalmente de estudiar todos los problemas relacionados con la mujer y la familia. La presentación de un estudio considerativo de innumerables casos de mujeres víctimas de la situación anteriormente señalada, fue hecha por el Partido Femenino Chileno al Presidente González Videla, quien envió a la Oficina de la Mujer los antecedentes que dicha Oficina remitió, con posterioridad, al Instituto de Estudios Legislativos"[42].

Según RAMOS, estas "limitaciones eran las siguientes: 1) El marido no puede enajenar voluntariamente los bienes raíces sociales, sin autorización de la mujer; 2) No puede gravar los bienes raíces sociales, sin autorización de la mujer, y 3) No puede dar en arriendo los bienes raíces sociales por más de 5 años si son urbanos o por más de 8 años si son rústicos, sin autorización de la mujer"[43].

Sin embargo, la intervención que se concede a la mujer a través de la obligación de concurrir en los actos más importantes de la administración de la sociedad conyugal a través de la autorización que debe otorgar al marido, resulta ser sólo una compensación por no tener la administración, y no una iniciativa para colocarla en el

"gravar".

Intercálase, entre los incisos primero y segundo, el siguiente:

"La voluntad de la mujer deberá ser otorgada por escritura pública, o interviniendo expresa y directamente en el acto. Podrá prestarse, en todo caso, por medio de mandatario cuyo poder conste de escritura pública".

En el inciso tercero, reemplázase la palabra "hipotecación", por "el gravamen".

42 Klimpel, Felícitas, op. cit., p. 58.

43 Ramos P., René, Derecho de Familia, t. I, quinta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2007, p. 198.

mismo lugar que su marido.

De todas formas, como señala SOMARRIVA, la mujer eso sí que "ha logrado dos grandes conquistas…Nos referimos a los bienes reservados y a la ingerencia que le han reconocido en la enajenación de los bienes raíces sociales y en arrendamiento de estos bienes más allá de cierto lapso"[44]. Aunque luego señala, "como puede verse las dos conquistas anotadas no pueden ser más valiosas para la mujer; ellas representan un gran paliativo para el principio de la incapacidad que aún sigue imperando en nuestro Código"[45].

La incapacidad relativa de la mujer casada se mantuvo hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 18.802, de 9 de junio de 1989[46], que introduce importantes modificaciones a la situación de la mujer en el Código Civil. Entre otras, se suprimen la potestad marital y los deberes personales de obediencia de la mujer y de protección del marido. El marido deja de ser representante legal de su mujer y la mujer deja de ser relativamente incapaz.

Todas estas modificaciones, sin embargo, no habilitan a la mujer para desarrollarse como una persona plenamente capaz. Como sostiene TOMASELLO, "la plena capacidad de ejercicio que esta ley reconoce a la mujer, a la postre resulta bastante formal y teórica, puesto que el marido conserva la administración del haber propio o personal de la mujer y la circunstancia de que ésta pueda administrar sus patrimonios reservados o especiales nada tiene de novedoso"[47].

En consecuencia, en el régimen de sociedad conyugal, todavía encontramos algunas normas que discriminan a la mujer, referentes a la administración y al dominio de los bienes sociales.

44 Somarriva U., Manuel, Evolución del Código Civil Chileno, Editorial Nascimento, Santiago, Chile, 1955, p. 274.

45 Ibídem, p. 276.

46 Disponible en http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30179

47 Tomasello H., Leslie, "Síntesis de las principales modificaciones introducidas por la Ley N° 18.802, de 9 de junio de 1989, que modifica el Código Civil, el Código de Comercio y la Ley N° 16.618. Comentario crítico", en Familia y Persona, Enrique Barros (Coord.), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1991, p. 105.

En cuanto a la administración de los bienes sociales, como señala el artículo 135 del Código Civil, *"por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, y toma el marido la administración de los de la mujer, según las reglas que se expondrán en el título "De la sociedad conyugal"*, y de acuerdo al artículo 1749 inciso 1° del mismo Código, *"el marido es jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra los bienes sociales y los de su mujer, sujeto, empero, a las obligaciones y limitaciones que por el presente título se le imponen y a las contraídas por las capitulaciones matrimoniales"*.

En cuanto al dominio de los bienes, el artículo 1750 del mismo cuerpo legal señala que *"el marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio, de manera que durante la sociedad los acreedores del marido podrán perseguir tanto los bienes de éste como los bienes sociales; sin perjuicio de los abonos o compensaciones que a consecuencia de ellos deba el marido a la sociedad o la sociedad al marido"*. La misma idea la reafirma el artículo 1752 del Código Civil que prescribe que *"la mujer por sí sola no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad, salvo en los casos del artículo 145"* (la referencia debe entenderse al artículo 138 del Código Civil). En este último punto, es menester recordar las palabras de BELLO en una anotación al proyecto de 1853, según las cuales "se ha descartado el dominio de la mujer sobre los bienes sociales durante la sociedad; ese dominio es una ficción que a nada conduce".

Por las discriminaciones señaladas, el Estado de Chile se vio forzado a llegar a un acuerdo de solución pacífica ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso N° 12.433, caratulado "Sonia Arce Esparza con Chile", de 18 de octubre de 2005, el que dispone, en la cláusula primera: "Primero: Garantías de no repetición: a. Derogación de las normas que establecen la discriminación de las mujeres en el régimen de sociedad conyugal. Para poner término a la discriminación legal implícita en el actual régimen de sociedad conyugal en Chile, y que ha motivado el inicio

de este caso, el Estado de Chile se compromete a dotar –en forma inmediata– de la urgencia que se estime adecuada a la tramitación legislativa del proyecto de ley que modifica el Código Civil y leyes complementarias en materia de sociedad conyugal o comunidad de gananciales –en los términos de redacción en los que se encuentra–, otorgando a la mujer y al marido iguales derechos y obligaciones (Boletín Nº 1707-18)"[48].

Es menester considerar que existen dos alternativas de régimen patrimonial que pueden pactar los cónyuges, las que no establecen diferencias entre hombres y mujeres: el régimen de separación total de bienes (artículo 159 del Código civil) y el régimen de participación en los gananciales (artículos 1792-2 del Código Civil). Este último fue incorporado por la Ley N° 19.335, de 24 de diciembre de 1994[49].

Con respecto a otros derechos de carácter patrimonial, no observamos diferencias en el derecho de alimentos ni en la compensación económica. En ambos casos la ley se refiere al "cónyuge" (artículo 321 del Código Civil y artículo 61 de la Nueva Ley de Matrimonio Civil), por lo que el ejercicio del derecho quedará subordinado a la prueba en juicio, al estado de necesidad en los alimentos o a los requisitos de procedencia, en la compensación económica[50].

ii) En cuanto a los derechos y deberes de carácter personal entre los cónyuges. El Código Civil también establecía importantes diferencias entre ellos. Así, para ROSSEL, "estas obligaciones y derechos están reglamentados en el Título VI del Libro I y admiten una clasificación que se formula atendiendo a si la vinculación jurídica genera iguales efectos para ambas partes o sólo para una de ellas: desde este punto de vista, son obligaciones comunes, o sea, comprometen por igual a ambos cónyuges, la fidelidad, el socorro y la asistencia, y son deberes especiales que afectan o al marido o a

48 Disponible en http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=270873

49 Disponible en http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30702

50 Lepin M., Cristián, "Los nuevos principios del Derecho de familia", op. cit., p. 29.

la mujer, la protección, la obediencia, el derecho de la mujer a ser recibida en la casa del marido y la convivencia"[51].

Merecen una mención especial dos efectos personales. El primero, el deber de fidelidad, si bien era considerado un deber recíproco entre los cónyuge, las consecuencias que generaba eran totalmente distintas si la infracción era cometida por el marido o la mujer. Así, el adulterio, principal forma de infringir el deber de fidelidad, configuraba un ilícito penal, un delito, que sancionaba siempre a la mujer, y excepcionalmente al marido. De esta forma, el artículo 375 del Código Penal, que castigaba el adulterio en el caso de la mujer con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados, prescribía que "*cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio"*. Diferente caso era el del artículo 381 del Código Penal, que sólo castigaba al marido *"que tuviere manceba dentro de la casa conyugal, o fuera de ella con escándalo"*. Sin embargo, estas diferencias no son las únicas. Se establecía además, según el Código Penal, que el marido estaba exento de responsabilidad criminal, si daba muerte o maltrataba a su mujer, en caso de ser sorprendida *in fraganti* en acto de adulterio o a su cómplice en el delito (artículo 10 N° 11 Código Penal)[52], eximente que no existía para la mujer en igual situación.

Además de la diferencia de trato establecida en las normas penales, existían también otras sanciones civiles sólo para la mujer. Así, por ejemplo, el artículo 171 del Código Civil privaba a la mujer que daba lugar al divorcio por adulterio de los gananciales de la sociedad conyugal y de la administración de sus bienes propios; el artículo 223 del mismo Código, establecía la presunción de depravación de la madre para el cuidado de sus hijos en caso de haber dado lugar al divorcio por adulterio; el artículo 358 del mismo cuerpo legal negaba a la mujer adúltera el derecho de designar guardador por testamento

51 Rossel S., Enrique, op. cit., p. 105.

52 Cfr. Claro S., Luis, op. cit., pp. 23-24.

a sus hijos; y la Ley N° 5.750, de 2 de diciembre de 1953, creó el delito de abandono de familia, y privó de acción criminal a la mujer condenada por adulterio[53].

Con respecto al deber de protección del marido y de obediencia de la mujer, que consagraba el artículo 131 inciso 2° del Código Civil, según señalaba SOMARRIVA, "esta disposición consagra una diferencia entre el marido y la mujer. Cuando se dictó el Código Civil –hace ya más de un siglo- este principio no merecía observaciones y estaba de acuerdo con la realidad ambiente"[54].

Estas normas se mantuvieron vigentes, con pequeñas modificaciones, hasta la dictación de la Ley N° 19.335, de 23 de septiembre de 1994, que modificó los efectos personales a fin de establecer en forma igualitaria las obligaciones y derechos de carácter personal entre los cónyuges. Según CORRAL, "la ley ha querido eliminar algunas diferencias que, aunque de poco relieve, se estimaron contrarias al principio de igualdad entre varones y mujeres. Ello se da principalmente respecto de los deberes de fidelidad y de socorro. Se aprovecha la oportunidad, también para ajustar otras normas de menor trascendencia al mismo principio igualitario"[55].

Entre otras materias, está ley derogó los delitos de adulterio y de amancebamiento, además de incorporar el régimen de participación en los gananciales y los bienes familiares.

iii) En cuanto a las relaciones paterno-filiales. El Código Civil chileno también establece una serie de diferencias entre la madre y el padre, en cuanto al ejercicio de la *patria potestad*.

En esta materia, según SOMARRIVA, "sabemos que en las legislaciones el concepto de patria potestad abarca no sólo las relaciones de los padres referentes a los bienes de los hijos, sino también con respecto a la persona de éstos. Pues bien, en este punto

53 Cfr. Somarriva U., Derecho de Familia, op. cit., p.p. 134-135.

54 Ibídem, p. 138.

55 Corral T., Hernán, Bienes familiares y participación en los gananciales, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago, Chile, 2007, p. 25.

el Código Chileno hace excepción a la legislación mundial. Toda vez que la limita a los bienes al reglamentar en el Título X del libro I; y en un título aparte, el anterior, bajo el epígrafe "De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos" trata lo relacionado con la persona de los hijos, materia que en doctrina se conoce con el nombre de autoridad paterna"[56].

a) Patria potestad. En un principio, el Código entrega la patria potestad al padre exclusivamente. Fue el anteriormente citado Decreto Ley N° 328 (1925), que concedió a la madre la patria potestad en subsidio del padre, aún respecto de los bienes de los hijos. Esta norma fue levemente perfeccionada por la Ley N° 5.521, que suprimió algunos casos contemplados en el Decreto Ley N° 328, y conservó otros, precisando su contenido. En este sentido, se modificó el artículo 240 del Código Civil, estableciendo en su inciso 3° que, *"en defecto del padre, estos derechos pertenecerán a la madre, a menos que esté divorciada por adulterio o privada del cuidado personal del hijo por su mala conducta"*.

La Ley N° 10.271 suprimió la causal de adulterio de la madre como determinante de la imposibilidad para el ejercicio de la patria potestad, y derogó el derecho del padre para designar un consultor a la madre para el caso que le correspondiera ejercicio de la patria potestad. Además, introdujo un inciso final al artículo 240, el cual prescribía que *"la madre que estuviere casada en nuevas nupcias no podrá ejercer la patria potestad respecto de los hijos de precedente matrimonio"*.

Un cambio radical se incorporó con la Ley N° 19.585, norma que distingue si los padres viven juntos o separados. En el primer caso, podían determinar convencionalmente, si la patria potestad le corresponde al padre, a la madre o ambos conjuntamente; a falta de acuerdo, correspondía ella al padre. En el segundo caso, es decir, si los padres vivían separados, se aplica en primer término la regla de

56 Somarriva U., Manuel, Evolución del Código Civil Chileno, op. cit., p. 123.

atribución según la cual correspondía la patria potestad al padre que tenía el cuidado personal del hijo. Luego, los padres podían pactar que ella podría ser ejercida por el padre, la madre o ambos conjuntamente. En último caso, se facultaba a los padres para recurrir al juez, quien en base al interés superior del hijo podía atribuir el cuidado al padre solicitante.

Por último, este sistema ha sido modificado por la Ley N° 20.680. De acuerdo a ella, las formas de atribución serán la convencional, legal o judicial. En el primer caso, se requiere un acuerdo entre los padres para atribuir el ejercicio a uno de ellos o ejercerlo en forma conjunta. Este acuerdo deberá consagrarse mediante escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento, dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento.

A falta de acuerdo, opera la regla supletoria legal que atribuye a ambos padres el ejercicio de la patria potestad, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 244 del Código Civil[57]. La regla supletoria se

57 Artículo 244 Código Civil: "La patria potestad será ejercida por el padre o la madre o ambos conjuntamente, según convengan en acuerdo suscrito por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, que se subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento.

A falta de acuerdo, toca al padre y a la madre en conjunto el ejercicio de la patria potestad.

Con todo, los padres podrán actuar indistintamente en los actos de mera conservación. Respecto del resto de los actos, se requerirá actuación conjunta. En caso de desacuerdo de los padres, o cuando uno de ellos esté ausente o impedido o se negare injustificadamente, se requerirá autorización judicial.

En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, a petición de uno de los padres, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad al padre o madre que carecía de él, o radicarlo en uno solo de los padres, si la ejercieren conjuntamente. Ejecutoriada la resolución, se subinscribirá dentro del mismo plazo señalado en el inciso primero.

En defecto del padre o madre que tuviere la patria potestad, los derechos y deberes corresponderán al otro de los padres".

refiere a los casos en que los padres viven separados. De acuerdo a lo prescrito en el artículo 245 del Código Civil[58], la patria potestad sigue la suerte del acuerdo sobre cuidado personal (artículo 225 del Código Civil), por lo que será ejercida por el padre o madre que tenga el cuidado personal o por ambos, si tienen la custodia compartida.

En caso de no existir acuerdo, cualquiera de los padres podrá recurrir al juez de familia, a efectos que éste determine en función del interés superior del hijo, quien ejercerá la patria potestad, el padre, la madre o ambos en forma conjunta. La sentencia que resuelva el conflicto deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo, dentro de los treinta días desde quede firme y ejecutoriada.

b) Cuidado personal. En cuanto al cuidado personal, el Código Civil consideraba la edad de los hijos para atribuir el cuidado al padre o a la madre. Como señala SOMARRIVA, "en efecto, en la redacción primitiva de los artículos 223 y 224 en caso de divorcio[59] confiaba, por regla general, a la madre el cuidado de las hijas de toda edad, y de los hijos menores de cinco años. Al padre correspondía el cuidado de los hijos mayores de edad"[60].

Reformas posteriores modificaron la edad. Así, la Ley N° 5.680, de 13 de septiembre de 1935, elevó la edad a 10 años, y la Ley N°

---

58 Artículo 245 Código Civil: "Si los padres viven separados, la patria potestad será ejercida por aquel que tenga a su cargo el cuidado personal del hijo, o por ambos, de conformidad al artículo 225.

Sin embargo, por acuerdo de los padres o resolución judicial fundada en el interés del hijo, podrá atribuirse la patria potestad al otro padre o radicarla en uno de ellos si la ejercieren conjuntamente. Además, basándose en igual interés, los padres podrán ejercerla en forma conjunta. Se aplicarán al acuerdo o a la resolución judicial las normas sobre subinscripción previstas en el artículo precedente.

En el ejercicio de la patria potestad conjunta, se aplicará lo establecido en el inciso tercero del artículo anterior".

59 La referencia al divorcio debe entenderse sin disolución e vínculo, es decir, una especie de separación de cuerpos.

60 Somarriva U., Manuel. Evolución del Código Civil Chileno, op. cit., p. 140.

10.271, a 14 años, fijando en consecuencia el cuidado personal de las hijas de toda edad a la madre y de los hijos menores de 14 años.

La entrada en vigencia de la Ley N° 19.585, de 26 de octubre de 1998[61], modifica el criterio de atribución según la edad y el sexo del hijo/a. De esta forma, el cuidado personal de los hijos, cuando los padres vivían separados le correspondía a la madre (ex artículo 225 del Código Civil). Dicha situación sólo se podía alterar en función del interés superior del hijo en los casos de maltrato, descuido u otra causa calificada[62]; realidad que se mantuvo hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 20.680, de 21 de junio de 2013, que deja en situación de plena igualdad a los padres[63].

Esta ley viene a modernizar los efectos de la filiación ajustándolos a los principios que rigen al moderno Derecho Familiar, principalmente el interés superior del niño, la igualdad parental y la autonomía de la voluntad.

Es así como el legislador, en el artículo 225 del Código Civil, en primer lugar, privilegia los acuerdos de los padres en materia de cuidado personal, relación directa y regular y patria potestad, los que deben cumplir con las formalidades legales analizadas, pero que a diferencia de las pensiones de alimentos no requieren aprobación judicial, salvo los casos del acuerdo completo y suficiente.

En segundo lugar, establece la regla supletoria que atribuye el cuidado personal de los hijos al padre o madre con quien estén conviviendo.

En tercer lugar, en caso de tener que recurrir a la justicia, la única causal existente es el interés superior del niño, principio rector

61 Disponible en http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=126366

62 La causal calificada era una discriminación arbitraria entre el padre y la madre, sin duda contraria a la Constitución y a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, como lo señala la sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 30 de mayo de 2013, en la causa Rol 2306-2012.

63 Lepin M., Cristián, "Modificaciones a los efectos de la filiación. Una cuestión de principios". *Revista de Derecho de Familia, Thomson Reuters*, N° 1., Santiago, Chile, 2014. pp. 139-170.

en materia de familia, que supone que el juez de familia debe atribuir el cuidado personal de los niños al padre que garantice de mejor forma el bienestar de sus hijos, procurando el pleno respeto de sus derechos fundamentales.

De esta manera, con las últimas reformas los padres se encuentran en igualdad de condiciones en materia de efectos de la filiación, con lo que se ajusta nuestro Derecho Familiar a las normas constitucionales y a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

3.2 Principio de igualdad de los hijos

El respeto por el principio de igualdad de los hijos se consagra en la Convención sobre los Derechos de los Niños, la cual establece en su artículo 2° que *"los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales".*

No obstante, nuestra legislación hasta hace algún tiempo discriminaba a los hijos dependiendo de si nacían dentro del matrimonio o no. Así, de acuerdo al Código Civil de Bello "se reconocían diferentes tipos de filiación, tales como la filiación legítima, filiación ilegítima y, dentro de ésta, la filiación natural respecto de aquel que había recibido reconocimiento voluntario del padre o madre, o respecto de aquel que había obtenido tal reconocimiento mediante una sentencia judicial, en juicio contradictorio, seguido contra el padre o la madre respectivos. Igualmente, existían los hijos simplemente ilegítimos reconocidos para el solo efecto de pedir alimentos"[64].

64 Álvarez C., Raúl, La filiación y otras reformas al Código Civil, editorial no identificada, Santiago, Chile, 1998, p. 35.

Esta diferenciación se mantuvo hasta el año 1998, fecha en que la Ley N° 19.585, haciendo efectivo el principio de igualdad entre los hijos, derogó muchas disposiciones que regulaban el establecimiento y determinación de la filiación y de alguno de sus efectos. Así, por ejemplo, el artículo 33 del Código Civil, con la nueva redacción señala que "*la ley considera iguales a todos los hijos*".

Las principales consecuencias derivadas de la arbitraria discriminación, estaban determinadas por la nula posibilidad de investigación de la paternidad y los efectos de la filiación principalmente en materia de alimentos y derechos sucesorios.

En cuanto a la investigación de la paternidad, el Código Civil –siguiendo al Código Francés– prohibía la investigación de la paternidad, situación que se mantuvo hasta la entrada en vigencia de la citada Ley N° 19.585[65]. Dicha ley permite actualmente, a través de las acciones de filiación (artículos 195 y siguientes del Código Civil), conocer la verdad biológica y hacer efectivo el derecho a la identidad de los hijos consagrado en los artículos 7 y 8 de la Convención de Derechos del Niño.

En cuanto a los alimentos, el Código Civil permitía a los hijos de filiación legítima (nacidos durante el matrimonio de sus padres) obtener de ellos alimentos congruos (que habilitan para subsistir de acuerdo a su posición social), y a los hijos naturales solo alimentos necesarios (lo básico para subsistir), diferencia que fue igualmente derogada.

Por último, respecto a los derechos hereditarios el Código Civil, hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585, establecía los derechos sucesorios de los hijos según el tipo de filiación, lo

65 Resulta interesante la sentencia del caso *Godoy Saldaña y otros con Director Regional del Servicio de Registro Civil e Identificación Región del Bío Bío* (2014), que rechaza un recurso de protección, y que entre otras cosas señala: "que de lo anteriormente consignado fluye que hasta la entrada en vigor de la Ley N° 19.585 aparecía como una facultad de los padres el reconocer a sus hijos nacidos fuera del matrimonio, a partir de la entrada en vigencia de esta ley, hoy constituye un derecho, pues, a los padres se les impuso el deber de reconocer a sus hijos.

que según señalamos fue eliminado por la Ley N° 19.585. Los hijos naturales recibían, por regla general la mitad de lo que recibían los hijos legítimos[66].

En este sentido, MUÑOZ señala que "es menester tener presente que al introducir esta importante reforma, la nueva ley no hace sino concluir, como dice el mensaje del proyecto: …'una larga e interesante evolución habida en el derecho sucesorio chileno, en virtud de la cual los hijos concebidos fuera del matrimonio han accedido a posiciones más equitativas, aunque aún discriminatorias'. Debemos recordar que en la legislación ahora vigente, los hijos naturales eran legitimarios, esto es herederos forzosos, y concurrían en el primer orden de sucesión con los descendientes legítimos, correspondiéndoles, sin embargo, la mitad de la cuota que llevaban los legítimos y con la limitación que la parte que les correspondiere, en concurrencia con los hijos legítimos, en ningún caso podía exceder, en conjunto, de una cuarta parte de la herencia o de una cuarta parte de la mitad legitimaria, en su caso (art. 988 del C. Civil, antes de la reforma)"[67].

En la actualidad, entonces, los hijos sin distinción concurren en el primer orden de sucesión, éstos excluyen a todos los otros herederos, a menos que hubiere también cónyuge sobreviviente, caso en el cual éste concurrirá con aquéllos (artículo 988 del Código Civil).

Por último, con la Ley N° 19.620 se eliminan también las diferencias con respecto a los adoptados, que señala en su artículo 1° inciso 2°: *"la adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo respecto del o los adoptantes en los casos y con los requisitos que la presente ley establece".*

En consecuencia, la totalidad de las discriminaciones en materia

66 Cfr. Lepin M., Cristián, "Los principios de Derecho Sucesorio chileno", *Revista de Derecho Familiar "Pater Familias"*, Facultad de Derecho y Coordinación del Posgrado en Derecho UNAM, año 1, N° 1, México, 2013, p. 61.

67 Muñoz S., Andrea, "Aspectos sucesorios de la reforma" en VV.AA., El nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al derecho sucesorio, a la luz de las normas y principios de la ley N° 19.585, Serie Legislativa, Lom Ediciones, seguda edición, Santiago, Chile, 2000, p. 132.

de filiación han sido eliminadas, principalmente por la Ley N° 19.585 y la Ley N° 19.620, equiparando los derechos a todos los hijos de filiación determinada, nacidos dentro o fuera del matrimonio, ya sea por filiación biológica, por técnicas de reproducción humana asistida o por adopción[68].

CONCLUSIONES

El Derecho Familiar tradicionalmente se ha regulado en base a relaciones jerarquizadas, privilegiando la situación del hombre, en su rol de marido y de padre. Los demás integrantes del grupo familiar deben sumisión y respeto al marido/padre, quien tenía incluso poder sobre la persona y bienes de su mujer y su hijos.

La incorporación de los tratados de Derechos Humanos al ordenamiento nacional ha permitido la paulatina incorporación del principio de igualdad y de no discriminación en las relaciones familiares, dando paso a un modelo más horizontal de relaciones familiares, o si se quiere más democrático.

De lo expuesto en este trabajo, queda claro que las normas jurídicas deben ser iguales para todos aquellos que se encuentran en una situación similar y, en consecuencia, no toda diferencia es discriminatoria, y por tanto, contraria al principio de igualdad. Para que sea discriminatoria la distinción o diferencia debe carecer de una justificación objetiva y razonable. Por ello, es necesario realizar un doble examen frente a la situación, primero verificando si existe una diferencia de trato, y en segundo lugar, si dicha diferencia es discriminatoria, por carecer de justificación o por no ser proporcionadas dichas diferencias a la finalidad perseguida.

En consecuencia, las discriminaciones establecidas en razón del sexo o del nacimiento son arbitrarias y deben quedar excluidas de nuestro ordenamiento jurídico, incluidas las relaciones familiares.

De esta forma, la evolución de los derechos de las mujeres ha

68 Lepin M., Cristián, "Los nuevos principios del Derecho de familia", op. cit., p. 32.

sido lenta, incluso podríamos sostener que varias de las reformas buscaban solucionar otros problemas sociales y no el establecimiento de relaciones de igualdad entre hombres y mujeres.

Por su parte, los derechos de los hijos han logrado una consolidación más rápida, nos parece que en gran parte se debe a la importante influencia de la Convención sobre los Derechos del Niño.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez C., Raúl, La filiación y otras reformas al Código Civil, editorial no identificada, Santiago, Chile, 1998.
- Barcia L., Rodrigo, Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia, Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2011.
- Bayefsky, Anne, "El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional", *Human Right Law Journal*, Vol. 11, N° 1-2, 1990, (traducción Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile).
- Claro S., Luis, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Vol. I, De las Personas, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión, Santiago, Chile, 2013.
- Corral T., Hernán, Bienes familiares y participación en los gananciales, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago, Chile, 2007.
- Corral T., Hernán, "¿Subsisten discriminaciones en el actual régimen legal chileno de Filiación?", *Revista Derecho y Humanidades*, N° 16, Vol. 2, 2010.
- De la Maza R., Lorenzo y Larraín Ríos, Hernán, Reformas introducidas al Código Civil por la Ley número 10271, Editorial del Pacifico S.A., Santiago, Chile, 1953.
- Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, Sistema de Derecho Civil, Vol. IV, Derecho de Familia, Décima Edición, Editorial Civitas, Madrid, España, 2006.

- Figueroa Y., Gonzalo, Persona, Pareja y Familia, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1995.
- Giordano, Verónica, La ampliación de los derechos civiles de las mujeres Chile (1925) y Argentina (1926), *Mora (B. Aires)*, Vol. 16, N° 2, Buenos Aires, Argentina, 2010.
- Klimpel, Felícitas, La mujer chilena (El aporte femenino al Progreso de Chile), 1910-1960, Editorial Andrés Bello, Santiago, Chile, 1962.
- Lepin M., Cristián, "Los nuevos principios del Derecho de familia", *Revista Chilena de Derecho Privado, Fundación Fernando Fueyo, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales*, N° 23., Santiago, Chile, 2014.
- Lepin M., Cristián, "Los principios de Derecho Sucesorio chileno", *Revista de Derecho Familiar "Pater Familias"*, Facultad de Derecho y Coordinación del Posgrado en Derecho UNAM, año 1, N° 1, México, p. 61, 2013.
-
- Lepin M., Cristián, "Modificaciones a los efectos de la filiación, Una cuestión de principios". *Revista de Derecho de Familia, Thomson Reuters*, N° 1, Santiago, Chile, 2014.
- Muñoz S., Andrea, "Aspectos sucesorios de la reforma" en VV.AA., El nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al derecho sucesorio, a la luz de las normas y principios de la ley N° 19.585, Serie Legislativa, Lom Ediciones, segunda edición, Santiago, Chile, 2000.
- Nogueira A., Humberto, Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales, t. 2, Librotecnia, segunda edición, Santiago, Chile, 2008.
- Ramos P., René, Derecho de Familia, t. I, quinta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2007.
- Rossel S., Enrique, Derecho de Familia, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1958.
- Schmidt H., Claudia, "La constitucionalización del derecho

de familia*"*, en Martinic, María Dora y Tapia, Mauricio (dirs.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro*, t. II, LexisNexis, Santiago, Chile, 2005.

- Somarriva U., Manuel, Derecho de Familia, Editorial Nascimento, Santiago, Chile, 1963.
- Somarriva U., Manuel, Evolución del Código Civil Chileno, Editorial Nascimento, Santiago, Chile, 1955.
- Tapia R., Mauricio, Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2005.
- Tomasello H., Leslie, "Síntesis de las principales modificaciones introducidas por la Ley N° 18.802, de 9 de junio de 1989, que modifica el Código Civil, el Código de Comercio y la Ley N° 16.618. Comentario crítico", en Familia y Persona, Enrique Barros (Coord.), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1991.

ALIENACIÓN PARENTAL NUEVA FORMA DE VIOLENCIA FAMILIAR

DEMETRIO CORTÉS ORTEGA
(MÉXICO)

INTRODUCCIÓN:

Para hablar sobre el tema de alienación parental como una nueva forma de violencia familiar, me gustaría iniciar diciendo una frase que leí en el libro intitulado "S.A.P. SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL" del psicólogo clínico y forense español, JOSÉ MANUEL AGUILAR CUENCA, "NINGÚN NIÑO DEBERÍA ESTAR OBLIGADO A TENER QUE ELEGIR ENTRE SUS PADRES".[1]

Esta frase encierra el contexto de todo niño que ve y siente en sus padres a los dos seres más importantes y necesarios en la primera y fundamental etapa de su vida, no sólo para su subsistencia sino para su sano desarrollo físico y mental; de ahí que si éstos se separan, la realidad del niño que era una se convierte en dos y, aun existiendo conflictos entre sus padres, si éstos no afectan al menor, éste sabrá elegir lo mejor de cada uno, separar uno de otro y enriquecerse de ambos.

Luego entonces, cuando el niño es obligado a elegir entre sus padres se le violenta emocional y psicológicamente. A esa violencia vamos a referirnos, ya que precisamente, a través de la manipulación que uno de los padres ejerce sobre el menor para ponerlo en contra del otro, sin justificación alguna, se le está lesionando su integridad moral, ya que, al hacer creer al menor, injustificadamente, que uno de sus padres es odioso, le afecta su dignidad al niño.

El síndrome de alienación parental ha sido muy poco estudiado

1 Aguilar, José Manuel, *S.A.P.: Síndrome de alienación parental*, 2ª. ed. 2006, España, Almuzara, p. 1667.

en México; al grado de que jueces y magistrados, locales y federales, consideran que no existe tal síndrome, con el argumento de que no estaba regulado en el Código Civil para el Distrito Federal; o bien, uniéndose a la crítica que realiza una supuesta Asociación Nacional Española de Neuropsiquiatría, documento que sólo es firmado por Antonio Escudero Nafs. Psiquiatra del Centro de Salud Mental del Distrito de Majadahonda. Madrid; Lola Aguilar Redorta, Médica Pediatra, Directora del Centro de Atención, Recuperación y Reinserción de Mujeres y Niños/as Víctimas de Violencia de Género (C.A.R.R.M.M.) y Julia de la Cruz Leiva, Cirujana general del Servicio de Cirugía

General del Hospital Universitario Príncipe de Asturias, Alcalá de Henares, Madrid,[2] quienes como se ve ni siquiera son neuropsiquiatras. Lo anterior independientemente de que ni siquiera los tribunales españoles los toman en cuenta en sus resoluciones, como analizaremos más adelante.

DEFINICIÓN:

El síndrome de alienación parental es un concepto creado en 1985 por RICHARD A. GARDNER[3], psiquiatra norteamericano que se desempeñaba, desde los setentas del siglo XX, como consejero en los tribunales de los Estados Unidos de Norteamérica, y quien lo definió como:

"Un trastorno que surge principalmente en el contexto de las disputas por la guarda y custodia de los niños. Su primera manifestación es una campaña de difamación contra uno de los padres por parte del hijo, campaña que no tiene justificación. El fenómeno

2 ANÁLISIS SOBRE LAS BASES CIENTÍFICAS DEL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL.

Asociación Española de Neuropsiquiatría. http://www.soniavaccaro.com/images_sonia%20vaccaro/analisis_sap_(pas)AEN%201.pdf

3 Aguilar, José Manuel, *S.A.P.: Síndrome de alienación parental*, 2ª. ed. 2006, España, Almuzara, p. 1683.

resulta de la combinación del sistemático adoctrinamiento (lavado de cerebro) de uno de los padres y de las propias contribuciones del niño dirigidas a la denigración del progenitor objetivo de esta campaña."

Este síndrome, como todo síndrome, comprende un conjunto de signos y síntomas que resultan del proceso por el cual un padre transforma la conciencia de su hijo, mediante distintas estrategias, con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor.[4]

MODOS PARA IDENTIFICAR AL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL Y LOS SIGNOS Y SÍNTOMAS QUE SE OBSERVAN EN EL MENOR:

Campaña de injurias y desaprobación

El inicio del proceso de alienación parental se da con la campaña de injurias y desaprobación que un padre lleva a cabo sobre su hijo, respecto del otro progenitor, al grado de que el niño se convierte en miembro activo del progenitor alienador en el frente abierto que éste tiene en contra del padre alienado. Cuando el niño ya no requiere de contribución o dirección alguna y desarrolla sus propias actividades denigratorias en contra de su progenitor, la campaña ha tenido éxito y el hijo ve a su padre como a un desconocido odioso, cuya proximidad siente como una agresión a su persona, y parece que fuera independiente del padre alienador que inició la campaña, es decir, como si los ataques hubieran tenido su origen en el propio hijo.

Entonces, todas las injurias, improperios, desprecios y desaprobaciones que son esperados de la boca del progenitor, ahora asoman en la boca del hijo.

El hijo, sin ningún reparo, pide al padre alienado los objetos

4 Ibídem.

más caros (un artículo de vestido o una computadora) y si éste no cumple su deseo, el niño le recrimina señalándole que sabe que lo que gana en su trabajo se lo permite pero que no quiere.

Por tanto, cuando un niño de once o más años se presenta ante el juez, psicólogo o trabajador social, y les comunica que no desea tener contacto con su progenitor no custodio, si dichos profesionistas desconocen este síndrome, seguramente pensarán que se encuentran ante la expresión libre y razonada de un menor que, por la razón que fuere, muestra rechazo hacia el progenitor alienado, y, en consecuencia, se encuentran proclives a favorecer los deseos del niño.

Como otras estrategias, se presentan falsas acusaciones de abusos sexuales, entorpecimiento de contacto con justificaciones absurdas e inverosímiles, como enfermedades, excursiones, actividades extraescolares, actividades familiares, etc., que favorecen el distanciamiento.

Explicaciones triviales para justificar la campaña de desacreditación

Las explicaciones que dan los hijos para justificar la campaña de desacreditación son, por lo general, insignificantes, frívolas e insubsistentes, dicen odiar al padre porque escupe en el suelo, porque sólo les da verduras, porque les impone obligaciones forzosas como: lavarse los dientes, por lo menos diez veces al día; porque tiene que comerse lo que el padre o la madre le pone, aunque no le guste; no se respeta su libertad, ni sus gustos.

Ausencia de ambivalencia en su odio hacia el progenitor

Las relaciones personales pueden generar en los sujetos sentimientos encontrados, pero los individuos normales siempre son capaces de reconocer y recordar situaciones agradables, además, de las desagradables que hayan vivido con determinada persona; sin embargo, un niño alienado solo es capaz de expresar un sentimiento de odio hacia su progenitor alienado, sin ambivalencias, es decir, sin

recordar un solo momento feliz que haya pasado a su lado, lo que solo puede ser equiparado con el fanatismo religioso o terrorista. En cambio, la figura del padre alienador es pura, completa e indiscutible y lo defiende y justifica con disciplina espartana y más allá de lo razonable, pues es su salvaguarda, su refugio y cualquier menoscabo en él, representa una afrenta imposible de aceptar por el menor, pues ha establecido con él un vínculo psicológico de carácter patológico, basado en el dogmatismo, la adhesión más férrea y la falta de reflexión.

En su lenguaje corporal, el menor alienado mantiene una excesiva distancia y no establece contacto visual con el padre odiado; asimismo, se niega a mantener una visita a solas con él.

Autonomía de pensamiento

Este fenómeno es un indicador para confirmar que la alienación parental ha tenido éxito en el niño, quien dispone ahora de los recursos necesarios para tomar la iniciativa en la campaña de denigración en contra del progenitor alienado. En esta fase el padre alienador puede permitirse el lujo de jugar el papel de un padre conciliador que intenta hacer cambiar al hijo para que mejore su relación con el padre alienado, pero antepone siempre la frase de que "su hijo tiene sus propias ideas" y que él no puede hacer nada ante ello. Sin embargo, esto sólo es una fachada, en la que el padre alienador da una imagen de no injerencia que puede engañar al observador que no analiza con profundidad.

Defensa del progenitor alienador

La alianza y complicidad, que surge entre el progenitor alienador y el hijo alienado, crea en éste una lealtad tal hacia el padre alienador que lo hace su guerrero fiel y cruel, por lo que un ataque hacia éste es como un golpe hacia sí mismo, de modo que lo defiende de una manera férrea con un vínculo psicológico de carácter patológico sin

admitir razonamiento o prueba alguna.

Ausencia de culpabilidad

Hay ausencia de culpa en el menor alienado ante los sentimientos que pueda tener su padre alienado, así como ante la explotación económica de éste, es decir, al niño no le importa lo que sienta su padre odiado ante la campaña infamante, lo que le permite alcanzar los niveles de denigración más irracionales. La justificación de su comportamiento, es decir, lograr denigrar a su progenitor alienado y defender al progenitor amado, hace que no sienta culpa alguna en los ataques que realiza en contra del padre odiado.

Escenarios prestados

El hijo toma prestados pasajes, situaciones, conversaciones y términos lingüísticos y los usa como propios, aún cuando jamás los hubiera vivido en primera persona. Lo anterior significa que el hijo alienado aprende lo que le enseña el padre alienador para la campaña denigratoria, pero estas lecciones resultan, en ocasiones, incoherentes con su edad, exageradas y chocantes para el observador externo, por ser inadecuadas o por utilizar un lenguaje inapropiado para la edad del niño. Por tanto, cuando se le pregunta al niño acerca de una situación que en realidad no ha vivido, requiere de mayor esfuerzo para recordar los hechos, sus recuerdos cada vez son más incongruentes, pierde detalles y comete mayor número de contradicciones, lo cual sucede, especialmente cuando son varios hermanos y se entrevistan por separado. Cuando el menor es entrevistado en presencia del padre alienador, y el niño olvida algún hecho, es frecuente que el padre alienador interrumpa buscando aclarar los recuerdos de su hijo, o bien, con el mismo fin, le hace señas como miradas o contactos físicos sutiles.

Extensión del odio al entorno del progenitor alienado

Conforme avanza el proceso de alienación el odio hacia el padre alienado se va extendiendo a la familia y al entorno de éste. Así, el niño rechaza no sólo al padre odiado sino a cualquier otro miembro de la familia de éste, padres, abuelos, tíos, primos, hermanos, con los que previamente había mantenido relaciones afectivas, inclusive amigos, objetos físicos pertenecientes al padre alienado (domicilio, coche) y su nueva pareja.

DE LO ANTERIOR DERIVAN LAS SIGUIENTES CONSECUENCIAS:

a).- Si educamos en el odio y en el dogmatismo produciremos adultos en cuyo abanico de respuestas estos valores ocuparan un lugar preeminente, y si el sujeto no se libera de este bagaje cultural repetirá el modelo con sus hijos, perpetuando el síndrome y sus consecuencias.

b).- Si los menores alienados, ya como adultos, comprueban la realidad de sus relaciones paterno-filiales, van a sufrir un desmoronamiento de la estructura de valores y creencias fundamentales sobre las que se ha sustentado toda su existencia.

c).- Con lo anterior se harán conscientes de que el arquitecto de esa estructura fue su progenitor custodio, la figura fundamental sobre la que ha girado toda su vida.

Como resultado de lo anterior, el hijo alienado no sólo siente el dolor del desengaño sino que a ello se suma el sentimiento de culpa que ahora sentirá por la conducta que observó en relación a su otro progenitor, a quien ha odiado sin causa justificada, culpabilizándose sin reservas y ante el dolor y culpa, verán destruidas sus creencias estructurales que los hará proclives al alcoholismo, drogadicción y/o al suicidio.

ESTADIOS DEL S.A.P.:

RICHARD GARDNER[5] dividió el proceso de alienación, según su intensidad, en tres grados, con el fin, por un lado, de facilitar una aproximación legal y, por otra parte, para determinar el tratamiento psicológico respectivo.

Así, tenemos que el proceso de alienación parental se divide en tres fases leve, moderada y severa, presentando, cada una de ellas, las siguientes características:

LEVE: En esta primera fase surge un motivo o tema, elegido por el progenitor alienador, para iniciar una campaña de difamación y agresión en contra del padre alienado, tema que será asimilado por el niño.

Se caracteriza por:

La campaña de denigración ha comenzado, pero sus ataques tienen baja intensidad y mínima presencia, por lo que los conflictos entre el hijo y el progenitor alienado son poco frecuentes y permiten la convivencia. El hijo aún tiene un fuerte vínculo emocional con el progenitor alienado y expresa su deseo de que se resuelvan los problemas que existen entre sus padres, preocupándose más por permanecer al lado del progenitor alienador que atacar al padre alienado.

MODERADO: En esta segunda fase se consolida el motivo o tema de difamación en los deseos y emociones del menor, generando una conexión y apoyo entre el padre alienador y el hijo alienado, potenciando su proximidad y lealtad, así como rechazo excluyente a quien no lo comparta.

Se caracteriza por:

Las convivencias entre el hijo y el progenitor alienado se hacen más conflictivas, especialmente en el momento de la entrega, en el

5 Aguilar, José Manuel, *S.A.P.: Síndrome de alienación parental*, 2ª. ed. abril de 2006, España, Almuzara, págs. 53-60.

que se dan episodios de enfrentamiento. La campaña de denigración aumenta, pero todavía es de carácter sutil; por lo que, ante la réplica del progenitor alienado, los menores interrumpen sus ataques verbales y el resto de la convivencia se lleva a cabo con normalidad. Las expresiones emocionales entre padre e hijo empiezan a limitarse y el menor expresa más afecto hacia el progenitor alienador. El niño inicia provocaciones expresas y sistemáticas en contra de su progenitor alienado, con mínimo sentimiento de culpa o de malestar ante los conflictos que se suscitan; defiende al progenitor alienador cuando está ausente; expresa frases y razones aprendidas del alienador. Las visitas a los abuelos y resto de la familia del padre alienado se acompañan de expresiones de desagrado de parte del menor, quien trata de evitarlas con diversas excusas injustificables. El menor está informado de todo lo actuado en el proceso judicial. Las convivencias se ven interrumpidas con denuncias o excusas diversas como enfermedades, exámenes, actividades extraescolares, etc., que las hacen coincidir justamente en el tiempo determinado para el régimen de visitas correspondiente al progenitor alienado. Los vínculos afectivos se deterioran y padre e hijo se distancian cualitativamente en su relación paterno-filial, señalando el padre alienador que tal situación se debe a la carencia de habilidades de relación y de cuidado por parte del progenitor alienado hacia sus hijos. Cuando los hijos son varios, es frecuente que el padre alienador use al mayor para transmitir la alienación hacia los menores.

SEVERO: En esta fase el hijo presenta comportamientos de negación hacia el padre alienado, enfrentamiento y temor a la hora de relacionarse con él, lo que refuerza sus lazos emocionales con el progenitor alienador.

Se caracteriza por:

La campaña de denigración es extrema y permanente en el tiempo y en el espacio.

Las convivencias se tornan imposibles y de producirse transcurren con provocaciones por parte del menor hacia su

progenitor, o con mutismo del niño durante horas.

En los momentos de entrega hay situaciones de estrés, llanto, angustia o huída, dependiendo de la edad del niño.

Las razones para justificar el conflicto y la no convivencia son múltiples, y se ajustarán a cada circunstancia de manera hábil, buscando trabas o ataques.

Los sentimientos de odio y de rechazo hacia el padre alienado son extremos, sin sentimiento de culpa alguna por el hijo; mientras que el otro padre es defendido y amado de modo absoluto e irracional, por encima de cualquier razón.

Es imposible razonar con los hijos aún cuando se acredite lo absurdo de sus justificaciones para no convivir y mantener el conflicto.

Las visitas a los abuelos y resto de la familia del padre alienado desaparecen y se vuelven completamente aversivas, la extensión del odio es completa y se extiende al entorno del padre alienado, incluyendo sus amistades, entornos físicos propios, su nueva pareja.

El hijo se revela como sujeto independiente, con ideas y acciones propias en contra del progenitor alienado, que le permiten al padre alienador relajarse en la campaña y ofrecer una imagen de independencia y buenas intenciones ante el observador externo.

Los escenarios, comentarios y episodios prestados, aparecen en toda su magnitud y con mayor frecuencia y, debido a la autonomía del pensamiento que ya ha adquirido el hijo, son sustituidos por escenarios y razones propias.

Los vínculos afectivos se rompen por completo y el progenitor es valorado como un sujeto peligroso que pretende imponerle su presencia, todo se convierte en antagonismo y provocación.

Cuando media un tiempo largo de contacto entre padre e hijo alienados, no hay expresión de afecto sino sólo de calma y aceptación de la situación, deseando el hijo acabar con el tiempo de la estancia cuanto antes; a lo cual el padre alienador reconoce la falta de relación que existe entre su hijo y el otro progenitor, sin embargo, considera que él no puede hacer nada, y antepone los deseos expresos de su

hijo alienado.

El padre alienador hace girar su vida al deseo de salvaguardar a su hijo del mal que, según él, el progenitor alienado les acarrea, para lo cual no escatimará esfuerzos ni estrategias, colocándose ellos mismos como víctimas forzadas por agentes externos (jueces, psicólogos, trabajadores sociales, etc.) para llevar a cabo actos que saben, con certeza absoluta, que son nocivos para sus hijos, y se sienten incomprendidos por la administración de justicia que no responden a sus expectativas.

El deseo que expresa el hijo es el de ser libre para ver a su progenitor cuando él lo desee y no ser forzado a compartir un tiempo por obligación, y si son forzados expresan pánico y conductas agresivas.

Cuando son varios hijos, hacen un bloque con mutuo apoyo en sus ideas y emociones.

El padre alienador, seguro de la lealtad del hijo alienado, adopta la postura de no ser responsable o capaz de convencer al hijo de que cambie, justificando siempre su comportamiento con el hecho de que respeta las ideas del menor.

En consecuencia, un padre alienador es un padre abusador del menor alienado y, por tanto, un mal progenitor en tanto que no cubre las necesidades de cuidado y protección de su hijo, al anteponer sus propias necesidades y deseos. Tampoco es un buen educador, ya que, al alienar a sus hijos, los está educando en modelos y valores patológicos que seguramente repetirá, a su vez, con sus descendientes.

De acuerdo a lo expuesto con anterioridad, se sostiene que el padre alienador, aquél que transforma la conciencia de su hijo, mediante distintas estrategias, con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor, esto es, que manipula al niño para que odie a su otro padre, lo daña psíquica y moralmente.

Para sostener esta hipótesis debemos partir del contenido de los artículos 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los cuales

textualmente disponen:

Artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[6]:

"Artículo 3. Prohibición de la tortura

Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes."

Artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos[7]:

"Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.

4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados."

Así como de las reflexiones que sobre el derecho a la integridad personal exponen los Doctores RAÚL CANOSA USERA, HÉCTOR FIX ZAMUDIO y EDGAR CORZO SOSA[8]

"2.1.2. Difícil distinción entre integridad psíquica e integridad

6 Convenio Europeo de Derechos Humanos, http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

7 Convención Americana de Derechos Humanos, http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

8 Javier García Roca, Pablo Antonio Fernández, Pablo Santolaya y Raúl Canosa Usera, El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos, 1ª ed., México, Civitas, págs. 141 y 142.

moral.

A diferencia de la CADH que se refiere a las tres dimensiones de la integridad: física, psíquica y moral (<phisycal, mental and moral integrity>, <integrité phsysique, psychique et moral>) o la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, que menciona integridad física y psíquica (<mental> tanto en la versión francesa como en la inglesa), la jurisprudencia del TEDH se ha referido a la integridad moral, en la versión francesa de sus sentencias, y a la psicológica en la versión inglesa.

La simplificación –integridad física e integridad moral o psíquica- evita distinguir entre integridad psíquica o mental e integridad moral y da cobertura a la integridad psíquica (o moral o mental según el texto normativo interpretado) dentro de la referencia a la integridad moral. No habría que forzar la interpretación de la fórmula integridad física para entender comprendida en ella la integridad psíquica. Es cierto que una agresión física puede acarrear, y a menudo acarrea, una violación de la integridad moral, pero lo anterior acontece justamente porque el mismo acto lesivo, además de entrañar un ataque al cuerpo de la víctima, conlleva un menoscabo psíquico. Sin duda la tortura puede ser la máxima expresión del menoscabo físico de la víctima y, al mismo tiempo, implica un gravísimo atentado contra la integridad moral o psíquica. Incluso caben malos tratos sin menoscabo físico. Incluso podría darse el caso de que los tribunales apreciasen, en un supuesto donde no hay lesión física, pero sí graves afectaciones psíquicas o morales dadas las características de la víctima, la existencia de tortura. En suma, todo atentado contra la integridad moral supone potencialmente lesión de la integridad psíquica, pero no todo atentado contra ésta última implica lesión de la integridad física; y en este sentido bastaría incluso el temor profundo para apreciar lesión de la integridad.

¿Qué define el menoscabo psíquico, moral? El TEDH centra la infracción del artículo 3 CEDH en la idea de humillación o envilecimiento, es decir, en la rebaja de la dignidad del sujeto

lesionado en su integridad moral. Pero hay supuestos lesivos donde no hay degradación, por ello es mejor centrarse en la noción de libre desarrollo de la personalidad, pues es más amplia y permite considerar lesionada la integridad aunque no haya habido humillación.

La degradación puede contemplarse desde tres puntos de vista: el de la víctima, el de victimario y el de la sociedad. Aun cuando ninguno de estos tres actores apreciase la existencia de envilecimiento, hay lesión del derecho a la integridad, en este caso psíquica, si se produjo menoscabo en el libre desarrollo de la personalidad. No es preciso, pues, que el sujeto activo tenga el propósito de humillar ni que el sujeto paciente se haya sentido humillado, lo determinante es la producción de un trastorno en la psique de la víctima, por ejemplo angustia, que le impida el libre desarrollo de su personalidad. Por descontado que toda humillación, voluntaria o involuntariamente producida, constituye lesión del derecho a la integridad moral, pues siempre menoscaba el libre desarrollo de la personalidad. En definitiva, la humillación no sería constitutiva de la acción lesiva de la integridad moral, aunque de darse, la cualificaría como trato degradante. Tampoco es preciso, en consecuencia, ánimo de envilecer en el victimario. Lo anterior acaba conduciendo a la distinción entre lesión de la integridad psíquica –si se causó un trastorno en el libre desarrollo de la personalidad por menoscabo psicológico- y lesión de la integridad moral –cuando se degrada a la víctima-. Cuando no hay degradación, la Corte IDH puede encuadrar la lesión en el derecho a la integridad mientras que el TEDH la subsume en el derecho a la vida privada (cuando el daño es en el libre desarrollo de la personalidad)."

En consecuencia, el niño, dada su condición especial, tanto física como mental, en que se encuentra, razón por la cual se le protege, y que sirve de base al principio del "interés superior del menor", se ve impedido para oponerse a la manipulación que sobre él ejerza su progenitor custodio; y tomando en consideración que el grado de vulnerabilidad del niño será inversamente proporcional a su edad, es decir, a menor edad, mayor vulnerabilidad, cuando éste

es forzado a sentir odio a la otra figura más amada, importante y necesaria para él, se le está causando un trastorno en su integridad psíquica, equiparable a un trato cruel, inhumano y degradante, pues el niño, por su propia naturaleza, se encuentra en un estado de indefensión, tanto físico como mental, que no puede oponerse y resistir ese maltrato; pero lo más grave aún es que sea uno de sus propios progenitores quien lo fuerce a ello, porque este progenitor alienador no sólo abusa de la incapacidad física y mental de su hijo, sino que traiciona la enorme confianza y el gran amor que éste siente por él.

Así, el padre alienador vulnera la integridad personal de su hijo, específicamente su integridad psíquica, porque el manipular su voluntad para que odie a uno de los dos seres más importantes y queridos para él, no es, sino un trato cruel, inhumano y degradante, ya que, como reflexionan los doctores RAÚL CANOSA USERA, HÉCTOR FIX ZAMUDIO y EDGAR CORZO SOSA[9], se vulnera el derecho a la integridad personal, por existir malos tratos, aún cuando no existe menoscabo físico, pero sí graves afectaciones psíquicas o morales, dadas las características de la víctima, ya que el odio que siente el niño hacia su progenitor alienado no es otra cosa sino una afectación psicológica, incluso el maltrato, que se traduce en los estados de angustia, ansiedad, depresión y estrés en que es colocado el niño cuando el padre alienador le ordena que se niegue a convivir con el padre alienado; o bien, el simple temor que el niño sienta hacia éste, son suficientes para considerar que está afectado psicológicamente, pues no es normal que el niño sienta temor hacia la persona que ama y por el que, además, es amado y protegido.

Todo lo anterior implica menoscabo en el libre desarrollo de la personalidad del menor, en razón de que:

1).- El adulto que fue un niño alienado, será un individuo afectado psicológicamente, pues:

a).- Si el menor odió a la madre, existe una alta probabilidad

9 Ibidem

de que su odio a ella se haya extendido a la mujer en general y difícilmente podrá relacionarse sanamente con el género femenino, especialmente si el menor alienado era un niño.

b).- Si el menor odió al padre, existe una alta probabilidad de que su odio a él se haya extendido al hombre en general y difícilmente podrá relacionarse sanamente con el género masculino, especialmente si el menor alienado era una niña.

2).- Cuando, ya adulto, el menor alienado se dé cuenta de que el odio que siente por el padre alienado es injusto, le vendrá un sentimiento de culpa y remordimiento que, muy probablemente, lo hagan presa del alcoholismo, la drogadicción y hasta el suicidio.

3).- Los dos puntos anteriores nos conducen necesariamente a un menoscabo en el libre desarrollo de la personalidad del niño alienado.

4).- El menor alienado, especialmente el no tratado, repetirá la misma conducta alienadora con sus hijos y el círculo vicioso se repetirá, generando individuos psicológicamente afectados, lo cual, me atrevo a decir, con toda certeza, no desea nuestra sociedad.

Ya presente el Síndrome de Alienación Parental en el niño, el objetivo fundamental es que éste recupere la salud psicológica, interés fundamental que debe observar el Estado, a través del Juez, en términos de lo dispuesto por los artículos 1º y 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 414 Bis, 416, 416 Bis, 416 Ter, fracción VI del artículo 447 del Código Civil para el Distrito Federal, así como en los diversos 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 3, 5, 7, 8, 9 y 29 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, así como en el criterio que ha emitido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, contenido en la OPINIÓN CONSULTIVA OC-17/2002[10], de fecha 28 de agosto de 2002, adoptando las siguientes

10 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, OPINIÓN CONSULTIVA OC-17/2002 DE 28 DE AGOSTO DE 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

conductas inmediatas y urgentes:

1).- Sólo en caso de que el Síndrome de Alienación Parental se encuentre en una fase leve, podrá intentarse la mediación; o bien, la intervención psicológica con terapia familiar para los interesados.

2).- Separar al menor de la fuente alienadora.

3).- Buscar, entre los parientes del padre alienado, a la persona más apta para el cuidado del niño.

4).- De inmediato dar inicio al tratamiento psicológico respectivo.

5).- Evitar que el menor tenga contacto con el padre alienador y con la familia extensa de éste.

6).- Ordenar se le practique un diagnóstico psicológico y psiquiátrico al padre alienador y, en su caso, se le instaure el tratamiento correspondiente.

7).- Las convivencias entre el padre alienador y el hijo alienado sólo se restablecerán cuando se acredite que tanto el padre alienador como el hijo alienado han recibido el tratamiento respectivo con éxito y previo estudio psicológico que indique que la reanudación es posible. Desde luego, el padre alienador deberá ser apercibido que de continuar con la manipulación las convivencias se suspenderán de inmediato.

8).- Lo antes dicho debe observarse a la brevedad posible y no actuar como, hasta la fecha, se viene haciendo en la mayoría de los juzgados, es decir:

a).- No se tome medida alguna para atenuar este maltrato al menor;

b).- No se tome, de inmediato, medida alguna para cambiar esta situación;

c).- Se restringe aún más el régimen de visitas con el progenitor rechazado, con la sana, aunque equivocada, y buena intención de ir aumentando poco a poco el tiempo de convivencia; sin embargo, esa disminución del contacto del progenitor rechazado con sus hijos, a apenas un par de horas a la semana, significa la consumación del Síndrome de Alienación Parental. De ahí que la indicación debe

ser no disminuir el tiempo de convivencia sino incrementarlo, aún contra del deseo del menor, para eliminar o reducir los problemas psicológicos de éste. Lo anterior se encuentra soportado con los resultados obtenidos por los investigadores CLAWAR y RIVLIN[11], quienes, es su investigación de cuatrocientos casos observados, se dieron cuenta que aumentando el tiempo de convivencia y, por ende el contacto del progenitor alienado con su hijo, mejoraba su relación paterno filial en el noventa por ciento de los casos.

Asimismo, en dieciséis casos de Síndrome de Alienación Parental, clasificado como moderado o severo, observaron que, en trece de ellos, en los que se solicitó la intervención psicológica y el aumento de la convivencia, sin limitar el contacto con el padre alienador, ninguno mejoró; sin embargo, en los tres casos en que se decidió el cambio de custodia y limitación del contacto con el padre alienador, el síndrome fue eliminado.

JOSÉ MANUEL AGUILAR[12], en su experiencia personal refiere:

"En mi experiencia profesional, con un grupo de estudio de cincuenta casos de SAP, diagnosticados en los tipos moderado y severo en aquellos que fue recomendado algún tipo de terapia psicológica tradicional por parte del tribunal, ninguno mejoró en su alienación del progenitor odiado y, de aquellos que habían sido incluidos en el nivel moderado, una vez transcurrido el tiempo necesario para llevar a cabo la terapia, todos pasaron al tipo severo."

Lo anterior implica que la base del tratamiento del Síndrome de Alienación Parental, en fases moderada y severa, debe ceñirse al retiro del menor de la fuente alienadora y no permitir que continúe el maltrato psicológico de los menores, que es tan severo como el maltrato físico o sexual. Por tanto, el juzgador debe decretar medidas tendentes a evitar que los procesos se prolonguen, incluso por años,

11 Aguilar, José Manuel, *S.A.P.: Síndrome de alienación parental*, 2ª. ed. abril de 2006, España, Almuzara, pág. 178

12 Aguilar, José Manuel, *S.A.P.: Op.Cit. p. 17.*

ya que lo único que estaremos haciendo será permitir que el niño siga siendo maltratado, y se consolide así el Síndrome de Alienación Parental a favor del progenitor alienador, quien utiliza a su hijo, sin que le importe el maltrato que le provoca, para resarcir su narcicismo herido, vengarse de la frustración del abandono; o bien, para solo obtener una ventaja económica; todo lo cual no vale el daño que le es inferido al niño, y por lo cual, el Juez Familiar está llamado a salvar al menor alienado, en bienestar de la sociedad entera.

CONCLUSIONES:

Tomando en consideración que el niño (menor de 18 años), es una persona y no una cosa que pueda ser apropiable por uno de los padres, y atento a que éstos tienen el mismo derecho (igualdad) de criar, guardar y custodiar a su hijo; ante la separación, a fin de evitar una lucha por la guarda y custodia del menor entre sus progenitores, es recomendable que, de inicio, se determine la guarda y custodia compartida, ya que, por un lado, impide que uno de los padres (al tener la guarda y custodia única), produzca con facilidad un síndrome de alienación parental en el hijo, y por otra parte, proporciona el tiempo y las herramientas necesarias para que ambos padres realmente cumplan con sus obligaciones de crianza.

Cuando un Juez Familiar, a la vista de expresiones de miedo, menosprecio u odio de un hijo sobre su progenitor, decide suspender las visitas, está potenciando el propio daño psicológico iniciado por el alienador; lo anterior, en virtud de que pensando que va a evitar un dolor innecesario clamando al interés superior del menor, lo que realmente está haciendo es consolidar el Síndrome de Alienación Parental, convirtiéndose también el juzgador en actor (partícipe) de la alienación.

Se decrete, de inicio, la guarda y custodia compartida como solución al problema de la alienación parental, a fin de que los padres no peleen la custodia de los hijos, sino que, de entrada, los dos

disfruten del derecho de compartir en igual de tiempo y circunstancias la compañía del hijo. Lo anterior es benéfico porque, además de que cumplen con sus obligaciones de guarda y custodia, a su vez cumplen con las de crianza, máxime que es en el desayuno, en el viaje al colegio, en el momento de hacer las tareas, al ir a acostar al hijo, al lavarle los dientes, al bañarlo, al vestirlo, al conocer y compartir sus juegos y su vida académica, en donde se generan los vínculos paterno filiales y no en las convivencias de una tarde de sábado o de domingo o de cualquier otro día.

En México, hasta ahora, ha sido la falta de conocimiento de parte de nuestros jueces sobre la presencia del Síndrome de Alienación Parental en los menores y cómo identificarlo, lo que ha hecho que su actuación judicial se traduzca en un terco mantenimiento de la custodia con el progenitor alienador. Lo que aunado a la negligencia ("yo no voy a sudar calenturas ajenas") y a la lentitud en la práctica de los estudios psicológicos respectivos y en la toma de decisiones, así como en el trámite de los recursos que otorga la ley a los contendientes procesales, ha provocado y son la causa directa del daño psicológico y moral que el padre alienador ha estado causando a sus hijos, a veces sin saberlo y otras con pleno conocimiento.

De ahí la importancia de la actuación del juez de lo familiar, quien juega el papel más relevante para evitar este daño psicológico en el menor y, por ende, debe detectarlo de manera directa lo más pronto posible, es decir, buscando él mismo los signos y síntomas que caracterizan al Síndrome de Alienación Parental, y si no se siente capaz, acudiendo a la ayuda de los especialistas en psicología, ordenando que se le practiquen al niño, de inmediato, los estudios psicológicos correspondientes, a efecto de que a la brevedad, ese menor sea: primeramente, retirado de la fuente alienadora; inmediatamente después, reciba la terapia adecuada y oportuna y; en seguida, sea entregado al padre que no lo ha dañado, sin perder de vista que, mientras el menor recibe la terapia respectiva, deberá analizarse su estancia con algún pariente del padre alienado que esté

en condiciones de custodiarlo. Además, y desde luego, se aplicarán las consecuencias jurídicas a que haya dado lugar la conducta del padre alienador, entre las que podrán usarse: a).- Un apercibimiento y tratamiento psicológico tanto al padre alienador como al hijo alienado, con el aumento inmediato de las visitas y convivencias entre el niño y el otro progenitor (sólo es los casos en que el Síndrome de Alienación Parental se encuentre en fase LEVE); b).- El cambio de guarda y custodia; c).- La suspensión de la patria potestad; y, d).- La pérdida de la patria potestad.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, José Manuel, *S.A.P.: Síndrome de alienación parental*, 2ª. ed. 2006, España, Almuzara.
- *Javier García Roca, Pablo Antonio Fernández, Pablo Santolaya* y Raúl Canosa Usera, El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos, 1ª ed., México, *Civitas.*
- Convenio Europeo de Derechos Humanos. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf
- Convención Americana de Derechos Humanos, http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm
- Análisis sobre las Bases Científicas del Síndrome de Alienación Parental**.** Asociación Española de Neuropsiquiatría, http://www.soniavaccaro.com/images_sonia%20vaccaro/analisis_sap_(pas)AEN%201.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la comisión interamericana de derechos humanos, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

LAS SALAS DE JUSTICIA FAMILIAR EN CUBA: UNA MIRADA HISTÓRICA DESDE EL DERECHO SUSTANTIVO DE FAMILIA

OLGA MESA CASTILLO
(CUBA)

PALABRAS INTRODUCTORIAS

Con un sucinto recuento histórico se pretende mostrar la impronta que antes del triunfo de la Revolución cubana en 1959, aportó la legislación sustantiva de Derecho familiar (y excepcionalmente se muestran otras relacionadas con los derechos de la mujer) contribuyendo-todas- con gradientes de progreso a regular la igualdad jurídica y la plena capacidad de la mujer, los derechos de los hijos-entonces- ilegítimos, el divorcio con disolución de vínculo, los tabúes sobre el adulterio, el aborto, concubinato, entre otras normativas emancipadoras de las relaciones familiares. Asimismo se exponen los principales aciertos que introdujo en 1975, el Código de Familia independiente del Código Civil, como primer Código de Familia del continente americano que emergía de una nueva concepción política, ideológica y jurídica, sustentada en la sociedad socialista.

Ante la evidencia del desarrollo continuado y de avanzada en el tiempo del Derecho sustantivo de familia, se esgrimen criterios acerca de la reticencia histórica en no ofrecer una respuesta adecuada desde un derecho adjetivo o instrumental y una jurisdicción especialmente dedicadas a esta rama del Derecho.

La reciente creación de las Salas o Secciones de Justicia Familiar nos ha incitado a ofrecer reflexiones valorativas finales que deseamos compartir.

LA HISTORIA

El afán de reglamentación legal de la familia dentro del

ordenamiento jurídico de la isla de Cuba, a partir de su descubrimiento en 1492, hasta el triunfo revolucionario de 1959, se establece lentamente, pasando en su devenir histórico por distintas etapas en esos 467 años.

Al principio, como herederos de la legislación española en los primeros siglos de la conquista, rigió la Legislación Castellana como supletoria de la de Indias, pero con el avance de los siglos fue creciendo una conciencia de rebeldía y afanes de independencia ante el sometimiento a la metrópoli española de la que fuimos colonia hasta finales del siglo XIX (1898) y luego en la pseudo República ante la eterna intervención norteamericana de la que fuimos realmente víctimas hasta 1959. Esa toma de conciencia, a la par incrementó el sentido de la identidad cubana y la necesidad de regular normas para la conquista de derechos patrios.

Unido a ese espíritu de rebeldía y de ansias patrióticas, surge casi a mediados del siglo XIX, en 1869, incluso antes de regir en la Isla el Código Civil español de 1888 hecho extensivo a Cuba en 1889, una expresión, con vertical ruptura para la época, de los principios conservadores y convencionales de las instituciones matrimonio y divorcio. Ese fue el primer acto de rebeldía jurídica con un propósito liberador y secularizante emprendido nada menos que por nuestros insurgentes en los campos de batalla de Cuba en Armas, al aprobar la llamada Ley de Matrimonio Civil, matrimonio al que concibieron como un contrato y en cuya ley se incluía también la regulación del divorcio, éste con carácter desvinculatorio en el que se admitía como causa de disolución hasta el mutuo disentimiento o mutuo acuerdo.

Tal conceptualización del matrimonio y sobre todo del divorcio era sencillamente inconcebible para ese momento histórico y puede considerarse como la primera contribución al Derecho Sustantivo de Familia en Cuba.

A partir de ese hecho histórico, que sólo rigió en los territorios liberados y nunca constituyó ley oficial de la colonia, se despliega, comenzada -la República-, una secuencia de aportes de progreso, más o menos continuados en el tiempo, mediante la promulgación de órdenes, leyes especiales, textos constitucionales, casi siempre con el objetivo de proteger los derechos de la mujer y de los hijos. Estas se reseñarán sucintamente en su contenido esencial, seleccionando las más connotadas e incluidas fundamentalmente dentro de la legislación que correspondía entonces al Derecho Civil y por excepción a otras disciplinas jurídicas. Así se pasarán a exponer en orden cronológico:

1900: Se deroga el impedimento dirimente de incapacidad para contraer matrimonio a los adúlteros entre sí.[1]

1917: La mujer casada adquiere la libre administración de sus bienes propios, sin que fuere necesaria la licencia del marido para tales actos y la madre viuda – vuelta a casar- no pierde la patria Potestad sobre los hijos del anterior matrimonio.[2]

1918: Se institucionaliza el divorcio con disolución del vínculo y se establece como única forma válida de matrimonio al civil, considerado como un contrato. El adulterio se enuncia como causal de divorcio tanto para el hombre como para la mujer. La mujer divorciada no culpable tiene derecho a percibir una pensión alimenticia. Se establece el procedimiento especial para el divorcio por mutuo disenso.[3]

1925: Se regulan las demandas de la mujer trabajadora en cuanto a las labores que podrían y debían ser realizadas por mujeres, contar con servicios sanitarios propios, tiempo para alimentar al hijo y derecho a sentarse en una silla (Ratifica una

1 Cfr. Orden Militar (de los interventores norteamericanos) No. 407 de 1990.

2 Cfr. Ley de 18 de julio de 1917 (ley de Parafernales).

3 Cfr. Ley de 29 de julio de 1918.

ley anterior).[4]

1929: La mujer cubana que se casare con un extranjero no pierde su nacionalidad por razón de matrimonio.[5]

1930: Se derogan del Código penal los delitos de adulterio de la mujer y amancebamiento del marido.[6]

1934: Por la Constitución proclamada se concede a la mujer el derecho al Voto.[7]

1938: Se consideran también hijos legítimos a los habidos fuera del matrimonio de padres que en el momento de la concepción estuvieran o no, en aptitud de contraer matrimonio siempre que en cualquier tiempo posterior celebraren matrimonio legal.[8]

1940: Constitución en la que se establece la igualdad de derechos para ambos cónyuges, se institucionaliza por primera vez el concubinato, el que puede equipararse por razones de equidad al matrimonio civil, siempre que los concubinos tuvieren capacidad legal para contraer matrimonio civil, y existiera estabilidad y singularidad en su unión. Se admite la investigación de la paternidad y queda abolida toda calificación sobre la naturaleza de la filiación. Se establece la igualdad de derechos de los hijos matrimoniales y extra- matrimoniales, salvo los correspondientes a la herencia de sus progenitores.[9]

1950: Ambos progenitores ejercen la Patria Potestad sobre sus hijos. La mujer puede formar parte del Consejo de Familia. Ambos cónyuges son los administradores de la sociedad de gananciales. La mujer casada podía ejercer libremente el comercio sin necesidad de licencia marital. Dispone que se

4 Cfr. Decreto Ley no. 2303 de 18 de noviembre de 1925.

5 Cfr. Ley de 1 ro. de julio de 1929.

6 Cfr. Ley de 6 de febrero de 1930.

7 Cfr. Constitución de 3 de febrero de 1934.

8 Cfr. Ley del 15 de agosto de 1938.

9 Cfr. Constitución de la República de Cuba. Ley No. 1 proclamada el 5 de julio de 1940.

derogue toda limitación en cuanto a capacidad de la mujer que merme la igualdad de los sexos.[10]

Como es de imaginar toda esta preceptiva contradecía lo que estaba legislado y era vigente o por el contrario suplía lo que era una laguna en la ley, sobre todo en el Código Civil español y constituía una impugnación de lo establecido, que tuvo espacio en la práctica en las órdenes y leyes especiales y en la Constitución que concede a la mujer el derecho al voto, pero que no logró su plena aplicación para la constitución de 1940, sin duda la más progresista de todas las relacionadas, al no dictarse con posterioridad una legislación complementaria –solo en parte-, diez años después, en la ley de 1950. De esta manera los deseos de igualdad de los constituyentes y de su ley complementaria, no rebasaron los límites jurídicos formales, a ello se oponía la estructura económica y socio –clasista de aquella sociedad.

EL SIGNIFICATIVO AÑO DE 1959.

Al triunfo de la Revolución se promulgan o sancionan una serie de leyes que impactan sobre todo en el plano socio económico, comenzando con la Primera Ley de Reforma Agraria de 17 de mayo de 1959, leyes de nacionalización de empresas norteamericanas, o de empresas, fábricas y demás bienes y derechos de determinadas personales naturales o jurídicas mediante la expropiación forzosa, ley de reforma urbana, ley de nacionalización de la enseñanza y de otras con igual sentido de reivindicación patriótica[11] pero todavía

10 Cfr. Ley No. 9 del 20 de diciembre de 1950. (ley de equiparación civil de la mujer) complementaria de la constitución de 1940.

11 Crf. Ley de nacionalización de veintiséis empresas norteamericanas, de 6 de agosto de 1960, Ley de nacionalización mediante expropiación forzosa a empresas, fábricas y demás inmuebles, bienes y derechos de determinadas personas naturales o jurídicas. Ley No. 890 de 13 de octubre de 1960. Ley de Reforma Urbana del 14 de octubre de 1960. Ley de Nacionalización de la enseñanza del 6 de junio de 1961.

ninguna se centra en el Derecho de Familia.

En la esfera de los derechos de la mujer y fuera del contexto del derecho sustantivo de familia, a partir de 1965 se permitió, sin la base jurídica necesaria, el acceso al aborto inducido, como última medida para resolver un problema de embarazo no deseado, que no se supo o no se pudo evitar. "La causa mayor y casi única de mortalidad materna en ese año 1965 se debía –precisamente- al aborto inducido"[12]

En esa misma proyección acerca de los derechos de la mujer se promulgó en 1963 una Ley de Seguridad Social que se ocupó del seguro social de maternidad para todas las mujeres trabajadoras, tanto del sector estatal como privado y garantizó la licencia retribuida pre y post natal a doce semanas, entre otros beneficios a la madre trabajadora.

En 1974 la Ley de la Maternidad de la trabajadora incorpora y amplía los beneficios anteriores y extiende la licencia retribuida de maternidad a 18 semanas, 12 de las cuales la disfruta la madre después del parto.[13]

Ese mismo año 1974 se promulga una nueva Ley de Procedimiento Civil y Administrativo[14] que como era de esperar, se basaba todavía en la materia sobre relaciones familiares contenida en el Código Civil español, aun a la sazón vigente y en parte modificada por las leyes especiales progresistas existentes, como hemos informado, desde principios del siglo XX.

Segunda Ley de Reforma Agraria de 3 de octubre de 1963.

12 Alvares Lajonchere, Celestino "Comentary on abortion law and practice in Cuba" Internacional

Jornal of Ginecology and Obstetrich, int. J. Gynecol Obsted, 1989, suppl. 3; 93.95.

13 Cfr. Ley No. 1 100 de 27 de marzo de 1963 de seguridad social (derogada) y ley No. 1263 del 14 de enero de 1974 (derogada).

14 Cfr. Ley No. 1261 del 4 de enero de 1974. Ley de Procedimiento Civil y Administrativo, derogada por la Ley No. 7 de 19 de agosto de 1977, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y actualmente además Económico.

Este acontecimiento de regir una Ley de Procedimiento Civil, antecediendo en el tiempo a la sanción, -un año después-, de un Código de Familia independiente, desgajado del Código Civil, tuvo sin duda, una repercusión que marcó un designio perturbador para el desarrollo de un proceso especial de familia. Ante todo, se consideraba que mediante el proces civil podían resolverse todos los conflictos familiares pues, en rigor, no existe en el Código Civil español un libro dedicado con este título: Derecho de Familia, sino que la materia estaba dispersa, contenida en el libro primero relativo a la persona, en el libro tercero, al derecho de Sucesiones, en el que se regulaba el parentesco, los derechos hereditarios de los hijos ilegítimos, de los naturales reconocidos, como de los herederos forzosos y demás disposiciones sobre este derecho, en el libro cuarto, de las obligaciones y contratos, en su título tercero, se regulaba el régimen económico del matrimonio. No existía entonces una sistemetización de un Derecho que se llamara Derecho de Familia.

EL CÓDIGO DE FAMILIA DE 1975.

Al sancionarse un Código de Familia independiente que incluía raigales modificaciones en la mayoría de sus instituciones, especialmente en el divorcio que se instituyó como "divorcio-remedio" eliminándose la culpabilidad y el régimen taxativo de causales preestablecidas en numerus clausus; pero fundamentalmente, al lograrse la sistematización integrada de la materia relativa a la regulación de las relaciones familiares, al contarse con un Código de Familia autónomo, ello implicaba per sé una distinta valoración de la naturaleza jurídica del Derecho de Familia, diferente al sistema del Derecho Civil, diferencia que al decir de un destacado familiarista "es un tema que ni se discute y que la cultura jurídica da como un hecho"[15]. Este

15 Vid. Benavides Santos. Diego, jurista distinguido de Costa Rica que ha dedicado más de diez años a estudiar el tema de lo procesal familiar en "Axiomas del Derecho Procesal de Familia". Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2013 p. 22.

desgajamiento del Código Civil, imponía la necesidad de inmediato de la promulgación de una ley de procedimiento familiar complementaria. Sin embargo, la nueva ley dictada en 1977 denominada –entonces- Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral[16] todavía vigente y ahora aumentada con el procedimiento de lo económico, en su exposición de motivos o por cuantos, no incluyó una sola referencia explícita al Código de Familia, el que ya contaba con una vigencia de dos años, sino que, además no fue feliz en la interpretación de algunas de sus innovaciones, aunque otras, como el proceso sumario de alimentos, corrieron mejor suerte, manteniéndose más bien en esta materia, fiel a la versión de 1974, apegada a la dicción del Código Civil español o al de las leyes especiales posteriores, supuesto que

Esta autora ha creído conveniente insistir en este trabajo (aunque tiene un contenido histórico) en expresar (como lo hace más adelante) sus criterios acerca de la naturaleza jurídica del Derecho de Familia, pero pide licencia a los lectores para que otro reconocido jurista, esta vez mexicano también exponga los suyos con sus propias palabras, que en general concuerdan con las de ella. Se trata del Dr. Miguel Ángel Soto la Madrid, Encargado del Área de Investigaciones Jurídicas del Postgrado en Derecho de la Universidad de Sonora.

Vid Código de Familia para el Estado de Sonora. Reseña y Comentarios al Código de Familia para el Estado de Sonora, Editorial Beilis, Hermosillo, Sonora, 2011 p. 1.

Dice así: …"ya que gran parte de sus normas, las que regulan la estructura y dinámica de la familia, responden a principios de derecho público y de interés social, es decir, son disposiciones que se imponen a los destinatarios con independencia de su voluntad, porque buscan salvaguardar valores comunitarios de alta estima, a diferencia del derecho privado y, además, porque no comportan el principio de igualdad, sino que pretenden proteger a los individuos más débiles, como son los niños, los enfermos, los ancianos, y en ciertos casos, a la misma mujer, a través de instituciones como los alimentos, las sucesiones, la sociedad conyugal y concubinaria, la adopción, la tutela, y el patrimonio de familia entre otras, tal y como reclaman, desde su nicho constitucional, otros derechos sociales como el laboral y el agrario, vanagloria de los mexicanos" (Fin de la cita).

16 17 Cfr. Ley No. 7 del 19 de agosto de 1977.- Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral (última reforma en 2006, incluye lo económico).

se hace muy evidente en la interpretación que realiza al regular el proceso Especial de Divorcio por Justa Causa, contradiciendo los principios sustantivos del mismo, expuestos en el Código de Familia. Empero, ni siquiera se discutía la necesidad de un proceso familiar autónomo, porque el proceso civil había demostrado –según criterios mayoritarios- su absoluta competencia para proteger a la familia.

Este Código de Familia en texto independiente[17] deroga toda la legislación anterior sobre el llamado "derecho de persona" y los demás libros y títulos en que en el Código Civil español se regulaban los asuntos relativos a la familia. Asimismo deroga todas las disposiciones en todo cuanto, éstas se opusieren al cumplimiento de lo dispuesto en el mismo. Se trataba sin dudas de un Código radical y verdaderamente avanzado para su momento histórico, con una valoración diferente desde el punto de vista político y jurídico de la regulación de las instituciones familiares, pues emergía de las nuevas relaciones sociales basadas en la propiedad social sobre los fundamentales medios de producción y proyectaba, por ello un modelo de familia original para todo el continente. Lamentablemente, han pasado treinta y nueve años y ya resulta imprescindible su actualización.

Sus principales aportes, (nos referiremos a los más novedosos que trascendieron años más tarde para otras legislaciones sobre la familia en otras naciones) se expresan escuetamente:

• Su regulación del divorcio-remedio ya mencionado.

17 Cfr. Ley No. 1289 del 14 de febrero de 1975 (Día de los enamorados, Día de San Valentín) vigente a partir del 8 de marzo de 1975 (Día Internacional de la Mujer).

Antes del Código de Familia de Cuba, habían surgido en América Latina, Códigos de Familia en Bolivia (1972) y en Costa Rica (1973). Posteriormente se promulgaron Códigos de Familia en El Salvador, Honduras, Panamá y Nicaragua (tiene un proyecto terminado). En México, República compuesta por Estados independientes, han surgido Códigos familiares en Zacatecas, Hidalgo, Morelos. Michoacán, San Luis Potosí, el de Sonora, reciente, pero otros Estados ya los tienen o esperan regular los suyos propios.

• Establece la absoluta igualdad de los hijos, matrimoniales o no, a todos los efectos legales, incluyendo el de acceder a la herencia de sus progenitores.

• El matrimonio civil es el único válido y pueden contraerlo las personas de distinto sexo que hayan cumplido dieciocho años, aunque carezcan de capacidad natural para procrear o para la cópula carnal- Se acoge el matrimonio de púberes (14 la mujer, 16 el varón) con autorización de padres, tutores y parientes concernidos.

• Los derechos y deberes conyugales se establecen con igualdad jurídica absoluta.

• Ambos cónyuges administran los bienes de la comunidad matrimonial. El único régimen económico es el de la comunidad matrimonial de bienes, no admitiéndose capitulaciones matrimoniales.

• Se admite la existencia de la unión de hecho. Se regula mediante las figuras del matrimonio formalizado con carácter retroactivo y del reconocimiento judicial del matrimonio no formalizado. En ambos caos al legalizarse la unión de hecho se convierte en matrimonio civil.

• Se reconoce una unión de hecho putativa, es decir mediando la buena fe.

• La Patria Potestad se ejerce por ambos padres conjuntamente.

• Se establece la adopción como plena.

• Se establece la tutela de autoridad judicial, de carácter público o cuasi público para menores de edad o mayores declarados judicialmente incapacitados.

• Se regula la llamada tutela asistencial o tutela legal administrativa.

• Los alimentos son siempre civiles, no naturales.

• Se establece un concepto de arbitrio judicial denominado "en beneficio de los intereses de los menores", adelantándose al concepto de "el interés superior del niño" de la Convención de los Derechos del Niño de 1989.

Pero tal Código, con tales innovaciones para su tiempo, antecedió a la Constitución de la República proclamada un año después, el 24

de febrero de 1976 y este acontecimiento también tuvo un designio inconveniente para el desarrollo constitucional en materia de familia, pues en vez de contarse con una Constitución que marcara las pautas en esta disciplina, sucedió al revés y ésta, la Carta Magna, decidió reproducir algunos de los enunciados fundamentales del Código de Familia, de forma muy concisa en solo cuatro artículos. Es de señalar que encabeza el capítulo dedicado a la familia tomando como referencia a la Constitución de 1940, expresando como ésta, que el Estado protege a la familia, la maternidad y el matrimonio, omitiendo la protección de la paternidad.

Es cierto que el llamado derecho fundamental del niño a la biparentabilidad (el niño tiene derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, a no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular) responde a un principio establecido por la Convención de los Derechos del Niño de 1989,[18] pero también es cierto que el Código de Familia establece como uno de sus objetivos, el de contribuir al fortalecimiento de la familia, lo que evidentemente no puede lograrse sin el concurso del padre.

Mi opinión personal es, que tanto los redactores del Código de Familia de 1975 como los constituyentes de 1976 y los procesalistas de 1977 confiaban no sólo en el proceso y la jurisdicción civil para dar cauce a los conflictos familiares, sino en las extraordinarias políticas pública de protección a la infancia, la mujer, los adultos mayores incapacitados, a los discapacitados, que han hecho de Cuba el único país de América latina que se encuentra entre los diez con mejores resultados en el Informe de Desarrollo Humano no Económico en la última década.[19]

18 Convención sobre los Derechos del Niño, aprobado por resolución 44/25 de la Asamblea General de 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. Cuba la firmó el 26 de enero de 1990 y la ratificó el 21 de agosto de 1991. Entró en vigor el 20 de septiembre de 1991 por la Gaceta Oficial. Cfr. Arts. 7.1, 9.1, 9.3

19 O. Fonticoba Gener. Reporte en el periódico Granma de 1 de octubre de

Sin embargo, a nivel universal, en sede de las relaciones familiares y sus conflictos jurídicos, de caracteres específicos, se necesitaba descender a la familia misma con otra mirada. Ya "a partir de la segunda mitad del siglo XX, en particular desde los años 60, comienza a generarse un amplio movimiento doctrinario que postula la instalación de un fuero especializado para atender los conflictos familiares"[20], surgen los tribunales de familia en casi todo el planeta basado en un proceso específico, el proceso de familia.

LAS SALAS O SECCIONES DE JUSTICIA FAMILIAR.

En nuestro país, en los primeros decenios del pasado siglo XX, relevantes figuras del derecho se habían pronunciado, una que otra vez, a favor de una jurisdicción especial para dar respuesta a las cuestiones familiares. Lo hicieron Eduardo Le Riverand Brusone[21], Emilio Menéndez Menéndez[22], José Guerra López[23]. Ya en los años 80, desde la Cátedra de Derecho de Familia de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana y desde la Sociedad Cubana de Derecho

2011 titulado: "Mantiene

Cuba alto índice de Desarrollo Humano (IDH) "Cuba es la única nación en desarrollo con mayor desempeño en ese aspecto con un aumento de dos años en la esperanza de vida y de cinco en la escolarización esperados "Según Sr. Khalid Malik Secretario General Auxiliar de las Naciones Unidas y nuevo director de la oficina del Informe de Desarrollo Humano (IDH).

20 Vid. Berizonce, O. Roberto et al "Tribunales y Procesos de familia" Librería Editorial Platense, La Plata, Argentina, 2001.

21 Le Riverand Brusone, Eduardo "El derecho de la mujer casada". Jesús Montero Editor, Obispo 521. La Habana, 1945, p. 40.

22 Menéndez Menéndez, Emilio; "El matrimonio". Jesús Montero Editor, Obispo 521, La Habana, 1939,

pp 129 y 146.

23 Guerra López, José. "Lecciones sobre Derecho de Familia". Facultad de Derecho. Departamento de Publicaciones de la Universidad de la Habana, p. 8 (citado por) Miriam Velazco Mugarra "La guarda y cuidado de los menores sujetos a la Patria Potestad" Ediciones ONBC, La Habana 2008, p. 22.

Civil y de Familia de la Unión nacional de Juristas de Cuba[24] se defendía con pasión la necesidad de establecer un proceso y un fuero especial para el Derecho de Familia.

No fue sino hasta el 7 de abril de 1997, cuando el Consejo de Estado, en la firma de su presidente Fidel Castro Ruz, acuerda aprobar y poner en vigor el Plan de Acción Nacional de la República de Cuba de seguimiento a la IV Conferencia de la ONU sobre la Mujer, elaborado, fundamentalmente por la Federación de Mujeres Cubanas, presidida por la inolvidable Vilma Espín, con el apoyo de expertos, el que contenía un acápite denominado "La legislación Derecho de Familia" numeral 63, una propuesta que había sido discutida y aprobada en el Seminario nacional anterior y que reza así:

"Estudiar la conveniencia y posibilidad de establecer procedimientos diferenciados para la solución judicial de los asuntos de familia, considerando la creación de salas o tribunales de familia", responsabilizando de ello al Ministerio de Justicia, al Tribunal Supremo Popular y a la Fiscalía General de la República.[25]

A partir de ese momento se abría una brecha por donde introducir el debate abierto sobre la toma de conciencia acerca de la propuesta. Se necesitaba demostrar que el Derecho de Familia era un Derecho diferenciado del Derecho Civil, no necesariamente divorciado de él, pero con rasgos jurídicos propios, que se hacen evidentes pues gran parte de su normativa tiene carácter imperativo (de ius cogens), los derechos –deberes que se le atribuyen se distinguen por

24 Vid. "El divorcio otro ángulo de Análisis" de Mesa Castillo Olga en Revista Cubana de Derecho. Julio

– septiembre de 1989, No. 38 – La Habana p. 124-. Vid. "Temas de Derecho de Familia". Colectivo de Autores-Olga Mesa Castillo, Coordinadora. Editorial Félix Varela- La Habana 2001, el artículo "Fundamentación de la necesidad de implantar en Cuba el Derecho procesal de Familia" de Olga Mesa Castillo, Osvaldo Álvarez Torres y Luis L. Palenzuela Páez.

25 "Plan de Acción Nacional de Seguimiento a la Conferencia de Beijing". República de Cuba. Gaceta oficial de 5 de mayo de 1997, p. 18.

ser intransmisibles, irrenunciables, imprescriptibles, indisponibles, inderogables. Sus normas de obligado cumplimiento, no meramente supletorias, ni dispositivas, reservan un campo verdaderamente limitado para la autonomía de la voluntad, predominando el deber jurídico sobre el derecho subjetivo. Las relaciones familiares no pueden estar sometidas a condición o a término, ni en general pueden ejercitarse mediante representantes, admitiendo más que ningún otro derecho, el abordaje interdisciplinario. Y por último y no por ello lo menos importante es el sentido predominantemente ético y moral, con una proyección educativa que lo caracteriza[26].

A pesar del Plan de Acción nacional y la innegable certeza de la específica naturaleza jurídica de este Derecho, la reticencia en los sectores más conservadores se mantuvo por seis años más. No se concebía la necesidad de crear Secciones Especiales para la justicia familiar, cuando en verdad, de acuerdo con las disposiciones de la Ley de Tribunales Populares vigente[27], el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular estaba facultado para la creación de Secciones Especiales dentro de la demarcación territorial de cada municipio. Si nos atenemos a las estadísticas de los propios Tribunales Municipales[28], debieron de crearse desde un principio las Secciones Especiales, pero para los asuntos en materia civil, que son a esa instancia los de menos radicación, mientras que las secciones fundacionales debieron ser las que guardaban relación con el Derecho de Familia, pues éstas representan el 80.5 % de los

26 Ética y moral no son sinónimos: La ética es una ciencia que estudia el problema del bien o el mal en la conducta humana, independientemente de las distintas formas de actuar imperante en una comunidad (la moral). La moral es un valor. Vid. Martínez Ortiz, José H. "Lecciones de apoyo a un curso de ética jurídica" Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Juárez, Estado de Durango. Artes Gráficas "La impresora" Durango, México, 2006, p. p 42 y 55.

27 Ley No. 82 de 1997 de 11 de junio Ley de los Tribunales Populares.

28 Información estadística brindada por el Tribunal Supremo Popular sobre la radicación de asuntos de Familia en los Tribunales Municipales, año 2008 (con un comportamiento similar en los años anteriores y actuales).

asuntos sometidos a esa jurisdicción y competencia.

A partir del año 2003 y hasta el 2006 se desarrollaron intensas jornadas de debate mediante tres talleres nacionales coordinados por la Federación de Mujeres Cubanas, la Sociedad Cubana de Derecho Civil y de Familia de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, con la participación del Tribunal Supremo Popular, la Fiscalía General de la República y la Organización Nacional de Bufetes Colectivos y otras instituciones y centros de investigación. Todo este empeño culmina con el acuerdo de iniciar una experiencia en dos Tribunales Municipales del país, lo que se hizo efectivo el 20 de diciembre de 2007 cuando el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular aprobara la Instrucción 187.[29]

Por los resultados positivos alcanzados se extendió la experiencia de manera gradual a otros Tribunales seleccionados y mediante la Instrucción No. 191 de 2009 del propio Consejo de Gobierno, se autorizó la aplicación de aquella por los Tribunales de la jurisdicción civil.[30] De manera que se irradió desde Familia a la jurisdicción civil en asuntos muy puntuales, autorizando la aplicación de aspectos novedosos que introdujo la Instrucción 187 de 2007.

En el año 2009 se decidió extender la experiencia a un municipio de cada provincia del país y en algunos casos a dos.

En el año 2012 se aprueba la Instrucción Jurisdiccional No. 216, abrogando la anterior y en su exposición de motivos expresa que "no obstante los satisfactorios resultados obtenidos hasta el presente en la aplicación de la referida Instrucción que demuestran lo oportuno y valioso de su implementación en la evolución cualitativa de la labor judicial en esta materia" – referida a la de familia- …"se

29 Instrucción 187 de 20 de diciembre de 2007. Gaceta Oficial de la República de Cuba, extraordinaria, martes 15 de enero de 2008.

30 Apud. Velazco Mugarra Miriam "La Jurisdicción en armonía con los principios indeclinables del

Derecho de Familia en Cuba" Revista Cubana de Derecho no. 38 Julio – Diciembre del 2001. La Habana, p.17.

evidencia la necesidad de incorporar al contenido de la mencionada disposición normativa, nuevos aspectos regulatorios que propicien su actualización y perfeccionamiento".

Estos pasos, la extensión de la experiencia a más Tribunales Municipales de la nación y perfección de determinados aspectos de la práctica judicial en los procesos vinculados al Derecho de Familia, demuestran que los familistas cubanos, al fin, hemos ganado esta batalla.

VALORACIONES FINALES.

Desde que fue sancionado en 1975, un Código de Familia independiente del Código Civil se ha tenido que esperar más de treinta años para empezar a implementar un fuero especial para el Derecho de Familia. Ahora se presenta el contrasentido, que las instrucciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, reconociendo los principios cardinales de ese Derecho, tratando de adecuarlos a las reglas procesales vigentes dentro de la estructura jurisdiccional actual, aun cuando no conforman en rigor una Ley de proceso familiar, han traído al escenario social, jurídico y judicial, situaciones y conflictos que nuestro envejecido Código de Familia no ha tenido oportunidad de regular en espera de la aprobación de un nuevo Código de Familia actualizado.

Así, la escucha del menor en función de su capacidad progresiva, la participación de los abuelos, familiares y personas concernidas, como terceros, la labor de un equipo técnico asesor multidisciplinario, para tributar a una mejor decisión del conflicto, el papel conciliador del tribunal, indispensable para los sensibles asuntos de familia, la pertinencia de la mediación familiar como método alternativo de solución de conflictos y otra medidas como la formación de una

metodología y reglas articuladas para precisiones de cómo mejor hacer, colocan ahora a la vanguardia del ordenamiento jurídico del país, la experiencia de las Secciones o Salas de Justicia Familiar en Cuba.

Solo esperamos que toda esta experiencia se concrete en la promulgación de una Ley procesal de familia o de un Código de Procedimiento Familiar, que permita una jurisdicción más especializada e independiente. Todo ello, sustentado en un Código de Familia a la altura de las profundas transformaciones acontecidas en esta rama del Derecho a escala mundial.

Pero en verdad esperamos algo más, siguiendo las excelentes valoraciones de un verdadero experto en Derecho procesal de Familia, el Dr. Diego Benavides Santos, el que ha estudiado a profundidad la esencia, principios cardinales y futuro de ese especial proceso y lo vislumbra en tránsito hacia una tercera generación. Concuerdo con sus reflexiones: la necesidad de que arribemos a un sistema de Derecho procesal de Familia con Tribunales verdaderamente especializados que garanticen los derechos humanos en las relaciones familiares, donde prime la humanización o socialización, la consolidación de una cultura jurídica y transdisciplinaria, donde se apliquen procedimientos que respondan a los principios propios del Derecho de Familia, el que puede ser valorado como parte de un derecho procesal social.

El autor, entre muchas y valiosas observaciones y propuestas, nos define al sistema de Derecho procesal de Familia de tercera generación como "aquel que suma tribunales especializados dentro de una cultura organizacional que enfatiza su importancia y propende hacia su crecimiento en detalles como la medición de variables de justicia de calidad en el área de resolución de conflictos familiares".[31]

Los apasionados familiaristas (como la que suscribe) desearían

31 Benavides Santos, Diego, Ob. Cit. p. 43. En realidad es necesaria la lectura íntegra del libro. (N.A).

que esta seria contribución científica que tanto agradecemos al Dr. Benavides, basada en estudios de años y confrontación con el derecho comparado a escala universal, en cuanto a la existencia de futuro de un sistema de Derecho Procesal de Familia de tercera generación, se haga por el bien de todas las familias, una realidad.

LA TÓPICA FAMILIAR EN LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL

MILAGROS OTERO PARGA
(ESPAÑA)
UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

1. INTRODUCCIÓN

A todos nos mueve idéntico interés, que es el de aprender en clave de igualdad, es decir los unos de los otros. Pero no debemos olvidar que sólo aprende quien quiere hacerlo; esto es, quien es capaz de asumir su ignorancia y por lo mismo su necesidad de aprender; y para ello busca fuentes de conocimiento que lo enriquezcan como persona. Tiempo habrá después de formarse como profesional. Decía SÓCRATES "yo solo sé que no sé nada" y completaba PLATÓN su discípulo (ya que como es sabido SÓCRATES no dejó nada escrito), "al saber que no se nada ya sé algo y es precisamente que no sé nada".

Creo que ese es el espíritu con el que se deben encarar unas jornadas de trabajo como las que estamos viviendo. Pues la asunción de la propia deficiencia es el mejor camino para solucionarla. Una vez asumida conviene, eso sí, dar un paso adelante y poner en común los conocimientos de cada cual, para que una vez más se unan teoría y práctica en la búsqueda de la justicia. Pues como dice el lema de la Universidad Judicial de Durango, "JUSTICIA FULGET IN VERITATE", es decir la justicia brilla en la verdad. De modo que la justicia es el sujeto de la frase, es lo que buscamos porque nuestra máxima aspiración. Pero la justicia decía HEGEL gusta de esconderse como el ave que levanta el vuelo al caer la tarde. Por eso, la justicia surge de la reflexión, del trabajo, del estudio. Es un valor difícil de encontrar, a cuya búsqueda merece la pena dedicar la vida. Ojalá estas sesiones de trabajo nos sirvan para acercarnos a ella. Modestamente ofrezco

mi trabajo para intentar aproximarnos a la verdad que nos situará más cerca de la justicia.

Hoy quiero hablarles de la presencia de la Tópica familiar en la argumentación judicial. Es decir quiero argumentar sobre la importancia de la tópica familiar en la labor del operador judicial, tanto si éste es juez, como si realiza alguna otra función dentro del proceso de juzgar, como por ejemplo la de abogado, testigo, perito etc.

Al decir que quiero demostrar la importancia del uso de la tópica familiar en la argumentación judicial he hecho ya un juicio de valor; pues no he dicho que quiero analizar si la tópica familiar se utiliza o no en la argumentación judicial. Sino que he afirmado que se usa y además con resultados positivos. Creo que ante un público como ustedes, pertenecientes en su gran mayoría al poder judicial, debo probar mi afirmación pues me temo que pretender basarla únicamente en una supuesta auctoritas resultaría muy pretencioso por mi parte. Como no quiero caer en ese defecto, dedicaré el resto de esta conferencia a demostrar mi afirmación.

Procederé de la siguiente manera:

a) Definiré primero los conceptos básicos con los que voy a trabajar. Éstos son, en este caso, argumentación y argumento.

b) A continuación desvelaré el sentido de la tópica y singularmente el de la tópica jurídica, para ver qué relación guarda con la argumentación. De ese modo llegaremos a la tópica argumentativa.

c) A continuación, pondré algunos ejemplos del uso de la tópica argumentativa familiar que remachen lo dicho sobre la fuerza de convicción que posee la tópica familiar en el ámbito judicial.

d) Realizada esta labor, analizaré los resultados obtenidos y, siguiendo el método tópico de trabajo que postulamos mi maestro Francisco PUY y yo misma en la Universidad de Santiago de Compostela (España), valoraré las consecuencias de los mismos, a fin de tratar de potenciar las estimadas beneficiosas, y de evitar al mismo tiempo las que resulten estimadas perniciosas.

e) Como paso final de mi trabajo, ofreceré algunas

propuestas que servirán, o eso deseo, para ofrecer al ciudadano una mejor administración de justicia que se entienda y perciba por el justiciable como más eficaz y segura.

2. ARGUMENTACIÓN Y ARGUMENTO

Tengo para mí que la argumentación es un arte y no solo una técnica. Consiste en ofrecer argumentos o razones que justifiquen, y aún más, que muevan la voluntad de una persona para que actúe de una forma determinada, o deje de hacerlo, con la finalidad de alcanzar un objetivo concreto.

El operador jurídico que argumenta hilvana razones que explican su forma de actuación. Pero no lo hace por el simple placer de explicarse. Por el contrario, cada vez que un jurista expone los motivos que lo han llevado a adoptar una solución u otra, de alguna manera está presentando una solicitud de aquiescencia. A veces esa petición es expresa, por ejemplo cuando un abogado hace un alegato y pide al juez o al jurado que atiendan a sus razones, las consideren justas, y por lo mismo fallen a su favor dándole la razón en el proceso. Otras veces estas razones son tácitas, como cuando un juez dicta una sentencia y pretende convencer con el sentido de su fallo no sólo a quien demanda justicia y a los posibles tribunales superiores en aras a que no contradigan su sentencia, sino también a la opinión pública, al público en general, pues sabe que su auctoritas depende de todo ello.

La importancia de una buena argumentación es fundamental porque legitima la actuación del jurista, proporcionándole no sólo poder- potestas- sino también reconocimiento de saber y de actuación justa, es decir auctoritas. Y es que todo juez, por el simple hecho de serlo, tiene reconocida ante la sociedad y ante la ley el poder de juzgar, esto es de decidir lo que es justo en cada caso concreto cuando es preguntado sobre lo suyo de cada uno. Pero ese poder no es suficiente, falta aún un saber que debe ser ganado cada día frente

a la sociedad y frente a sus colegas, pues de otro modo sus sentencias pueden resultar vacías si son desechadas por la razón aunque sean impuestas por la fuerza.

La argumentación se convierte así en un arte esencial para el desempeño de un buen juez que halla su legitimación en su capacidad de encontrar la respuesta justa en cada uno de los casos sobre los que decide, pero también, en su capacidad de trasladar las razones del sentido de su fallo, de modo que éstas sean comprendidas por los ciudadanos en general y, si es posible, aún aceptadas por el mayor número de personas posible.

Decía MAQUIAVELO que la convicción se puede alcanzar por dos vías, por las leyes o por las armas, y que siempre es mejor hacerlo usando las primeras. Modestamente y sin querer corregir al gran filósofo, digo que para convencer a los seres humanos de algo, y sobre todo de algo que no ven beneficioso, o incluso de algo que ven perjudicial o gravoso, es preciso disponer de algo más que leyes. Es necesario esforzarse por trasladar junto al contenido de la ley positiva, la razón de ser de su aplicación, y sobre todo la justicia del resultado de ésta.

A través de la argumentación el juez legitima su actuación y se legitima a sí mismo. Es un error fiar una decisión sólo en la fuerza, aunque ésta sea la fuerza de la ley, y no una fuerza arbitraria. Es necesario preocuparse por el poder de la convicción, de la razón y de la justificación de la decisión. Y ni siquiera con todo eso sería suficiente porque, además, es preciso no sólo tener razón, sino que la sociedad perciba que se tiene. El juez no da consejos sino órdenes de obligado cumplimiento, y por lo tanto la fuerza de la obligatoriedad no viene dada por la aquiescencia de las partes. No obstante lo dicho y sin dudar ni menoscabar la esencia de la figura del juez, ni su capacidad decisoria unida a la obligatoriedad de cumplimiento de sus dictados, conviene a la marcha de la sociedad que el juez fie su fuerza a algo más que la espada aunque no reniegue de ésta. Una vez más se impone el equilibrio del punto medio.

El juez indaga la verdad, analiza la ley y subsume el hecho probado en la ley aplicable, determinando bajo estos parámetros, qué es lo justo en cada caso. Pero ese no es nunca un proceso matemático. La experiencia muestra que no hay una única respuesta correcta, ni justa, ni casi razonable para cada caso. De modo que un juez que quiera ser más que un aplicador de la ley tiene ante sí una tarea mucho más importante que la de subsumir el hecho en la norma. Debe observar la realidad, comprenderla y analizarla de la forma más objetiva posible. Y después de todo eso, debe dar un paso más, debe valorarla. Es decir aplicar la equidad entendida como la individualización de la justicia a ese caso concreto.

Esta última labor es subjetiva, y por lo tanto discrecional, pero nunca puede ser arbitraria. Hecho todo lo anterior es cuando el juez procede a emitir su sentencia, a través de la cual, previa descripción y valoración de los hechos propone, con carácter vinculante, la forma de mejorar la conducta disfuncional que debe ser corregida, o de absolver la falsa acusación que exigía un castigo que no se debe producir. Es suma, la propuesta de actuación se individualiza en la sentencia en la que se decide lo suyo de cada uno.

En todo este proceso es fundamental la actitud del juez que debe entender, definitivamente cuando la solución más aceptable socialmente va acompañada de una argumentación jurídica suficientemente sólida". La ley es sin duda una gran herramienta pero no es la única. La razón, la argumentación y la convicción son una imprescindible ayuda.

Los argumentos a su vez, son las razones de las que se vale el juez para realizar su construcción argumentativa. Muchos son los tipos de argumentos que pueden utilizarse; y muchas las clasificaciones que facilitan su comprensión y con ella su más correcta y eficaz aplicación. No me ocuparé de ellos. No quiero ofrecer ante este auditorio una clase teórica de técnica jurídica, que entiendo que sería inútil y hasta pretenciosa. Sólo quiero advertir y reflexionar sobre el arte de la argumentación y la manera de extraer el mejor provecho del proceso

argumentativo.

Conviene hacerlo porque no todos los argumentos tienen la misma fuerza; ni sirven para las mismas cosas, ni se deben utilizar en los mismos momentos del proceso, ni, desde luego, son todos igual de efectivos. Aún diría más, cada argumentador utiliza su técnica y sus armas retóricas en cada momento del proceso de la mejor manera que le sugiere su leal saber y entender. Y por eso hay mejores y peores jueces, mejores y peores argumentadores y mejores y peores rétores.

Un buen rétor debe conocer y controlar el uso de los argumentos pues éstos se constituyen en una de sus mejores herramientas de trabajo. Pero además debe dominar la forma de exponerlos, tanto de manera oral como escrita. También debe conocer el auditorio al que se dirige para tratar de averiguar con este tipo de conocimiento las razones que tienen más fuerza en cada sociedad y en cada momento cultural. Y es en este punto del estudio de la argumentación cuando aparece en el universo de su funcionamiento la necesidad de la retórica.

3. RETÓRICA

La retórica es el arte de mejor decir, de mejor exponer. Es, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el arte de embellecer la expresión de los conceptos, de dar al lenguaje escrito o hablado eficacia bastante para deleitar, persuadir o conmover. A través de la retórica se ejercita el arte de presentar la propia posición envuelta con el ropaje de la exquisitez verbal o escrita que le presta plausibilidad, es decir que incita a persuadir o conmover. El jurista que es capaz de presentar su posición embellecida de este modo se adueña del "derecho artístico", un tesoro que define el Dr. PUY en su Tópica Jurídica como "el tópico con el que se presenta la propia posición jurídica rodeada de la belleza formal propia del lenguaje y del discurso jurídico, para hacerla más atractiva al juez o a la parte contraria, a la hora de enjuiciarla y valorarla".

Alcanzar este objetivo no es una tare fácil ni baladí. No es fácil porque tendemos a manifestarnos, en el mejor de los casos, atendiendo al fondo, pero descuidando la forma. De modo que como enseñaba el maestro OSSORIO Y GALLARDO acabamos destrozando el lenguaje y haciendo a nuestra profesión el flaco favor de degradarla. "Tal abandono nos desprestigia", decía D. Ángel. "¿No es la palabra nuestra única herramienta? Pues usémosla bien", añadía. Y continuaba diciendo que "narrar no es fácil"; que "hay que exponer lo preciso, sin complicaciones"; que "hay que usar las palabras adecuadas y diáfanas", para llegar a la conclusión buscada: "Pensemos que lo primero que precisa un juez es enterarse del caso: y ¿cómo se enterará si nosotros no se lo exponemos con acierto?"

Tampoco es un objetivo baladí porque la forma de presentar un caso o la justificación que se haga del contenido de una sentencia, pueden resultar definitivos, no sólo para inclinar la balanza de la justicia hacia nuestro lado, sino también para acercar la justicia a todos, explicando a la vez la legalidad de las normas, la veracidad de su invocación en el caso, y la legitimidad del contenido del resultado obtenido.

De modo que la retórica es un arte que coadyuva sobremanera a la argumentación jurídica manifestándose como el instrumento del que ésta se vale para mejor explicar el conjunto de argumentos responsables del resultado de un fallo. Llegados a este punto hemos avanzado en nuestro estudio, pero todavía quedan algunos otros conceptos que explicar a fin de presentar un cuadro lo más completo posible del arte de proponer y ejecutar justicia. Me refiero a la tópica y a la dialéctica.

4. TÓPICA

La tópica es el arte de buscar lugares comunes, esto es elementos de una conversación o posición en los que puedan coincidir las partes inmersas en una disputa sobre un bien o un derecho, con el fin de usarlas como pivotes sobre los que tender puentes por los que pueda salvar el hiato conflictivo y caminar hacia el acuerdo.

Esta definición, extraída en gran medida de las enseñanzas de ARISTÓTELES, presenta a la tópica como un instrumento al servicio de la argumentación que se vale de la retórica. Según creo el proceso funciona así: la argumentación es el arte de razonar utilizando argumentos o razones que avalen nuestra posición. Argumentamos para convencer de la plausibilidad de nuestra opción a un auditorio individual o colectivo que no es propenso a opinar como nosotros, ya que de ser así no haría falta fortalecer nuestra posición. Como las razones que se podrían alegar son plurales, pues no hay una única respuesta correcta para ningún problema jurídico, el operador busca aquéllas que cree que le serán más propicias. Y es entonces cuando aparece la tópica, al buscar aquellos lugares comunes o zonas de contacto que hacen fuerte la posición de cada uno, porque ya son compartidas de antemano por los que las escuchan.

Todo este proceso debe ser realizado con una exquisitez de formas de lenguaje oral y escrito que da valor al discurso. De modo que ya tenemos caminando por la misma senda, a la tópica a la retórica y a la argumentación.

Pero el panorama no está todavía completo. Hemos presentado, por así decirlo, solo la cara amable del problema. No obstante, todo problema jurídico presenta siempre distintas posibilidades de solución, y es tarea del buen jurista razonar, buscando de entre todas ellas, aquéllas que se acomodan mejor a sus necesidades y pueden ser además más fácilmente aceptadas por las otras partes en conflicto. En esta explicación falta claramente la otra parte. Hemos aportado las luces de la argumentación pero no debemos obviar las

sombras, que también existen. Surge así la dialéctica entendida como confrontación.

En efecto, la dialéctica jurídica introduce una forma de pensamiento plural que desecha la única opinión. Por eso funciona con la tríada tesis, antítesis y síntesis. Todo problema jurídico, y sustancialmente el judicial, se enfoca desde distintos puntos de vista, al menos desde el de las dos partes que entran en contienda. Ahí se formula la tesis y la antítesis del problema. Y del estudio de ambas posiciones surge la síntesis, que en este caso se asemeja más a la sentencia judicial, en la que el juez toma de cada una de las partes aquello que le parece adecuado para dar a cada uno lo suyo, a la vez que desecha lo que frustraría este propósito.

La dialéctica es por tanto un complemento esencial de la argumentación jurídica pues supone el envés de la hoja, la cruz de la moneda argumentativa; lo que da razón de ser a la discusión y presta fuerza decisoria a la sentencia. Es el contrapunto del proceso de adjudicación de derechos.

Ahora el panorama sí que ha quedado completo. Creo que se podría presentar en el ámbito judicial como sigue: Los seres humanos tienen atribuidos una serie de derechos por su dignidad de personas. El Estado reconoce muchos de esos derechos a través de las leyes positivas; pero el pleno disfrute de los mismos se torna muchas veces de difícil realización planteándose la ineficacia del derecho y la discusión que inicia el procedimiento judicial de lucha ritualizada por lo suyo de cada uno.

Dicha lucha podría solventarse a través de la fuerza, pero la madurez de los pueblos y su sujeción al derecho determina la conveniencia de hacerlo a través de las leyes. Surgen así los procesos judiciales. En ellos toma carta de naturaleza la argumentación jurídica que se entiende como el arte de proporcionar razones o argumentos jurídicos justos que determinen en cada caso lo suyo de cada uno. Para que esa argumentación se realice de la manera mejor posible, superando la imposición para convertirse en una explicación de la

adjudicación del derecho que sea plausible, entendida por el pueblo y respetada como la mejor de las posibles, es preciso el dominio de la tópica jurídica que supere la dialéctica de los opuestos localizando aquella posición donde se produzca mayor convergencia dentro del respeto por la ley y la búsqueda de la justicia.

Todo ese proceso debe realizarse con respeto hacia la forma, y no sólo con preocupación por el fondo. Y es ahí, en ese respeto donde entra la retórica, prestando timbre de honor a todo el proceso.

Los seres humanos somos seres racionales que precisamos entender para poder asumir incluso aquello que nos perjudica. El buen jurista debe estudiar a la sociedad a la que dirige su actividad para conocer su idiosincrasia. Esto es, para saber qué es lo que entiende como justo, que es lo que le gusta y que es lo que considera deleznable. Pues la justicia nace de fuentes locales y se aplica en lugares concretos, por jueces concretos, para problemas concretos y en situaciones determinadas. De modo que lo que sirve para un pueblo puede ser nefasto para otro, y lo que hoy pacifica, mañana puede suponer origen de desorden.

Es aquí donde cobra especial relevancia el análisis de los tópicos que cada pueblo asume como justos. Pues éstos, convertidos en argumentos, serán los que el abogado hábil, o el juez experimentado, deba utilizar en mayor medida para asegurarse no sólo de hacer justicia, sino de que sus providencias y sentencias sean consideradas razonables, y aceptadas por ello.

Surge de esta manera una tópica argumental cuyo conocimiento facilita mucho la labor del operador jurídico. Cada sociedad, cada pueblo, y hasta cada persona tiene su forma peculiar de entender la vida y la realización de la justicia. Esa forma peculiar de ser se traslada en tópicos de uso habitual que tienen tanto más valor cuanto más se dirigen hacia el grupo humano que los entiende y que los estima como los mejores. Aprender a conocerlos a valorarlos y a utilizarlos es una tarea muy importante y a mi juicio, el operador judicial que sea capaz de dominarlos habrá aprendido una parte muy

importante de su oficio.

Las personas al igual que las sociedades tienen tabúes, ideas, palabras, y hasta gestos que entienden entre ellos y que están de alguna forma vedados a los que no forman parte de su círculo. La mención inoportuna de un equipo de football, una canción, un héroe nacional, o hasta de un santo patrono, pueden desencadenar situaciones de grande rechazo y aun de extrema violencia. Un buen argumentador no puede cometer esos errores.

Existen sociedades como la japonesa por ejemplo, en la que los individuos no pueden tocarse siquiera sin ofenderse, de manera que hasta se dan las tarjetas de visita con una inclinación de cabeza por todo saludo y agarrándola entre los dedeos de las dos manos. Así es imposible que quede una mano libre para estrecharla. La sociedad mexicana por ejemplo permite mucho más contacto físico. Los hombres se saludan no solo con la mano sino con un abrazo. Eso sería impensable en Japón.

Los hombres árabes se besan; en algunos lugares incluso en la boca. Los esquimales y algunos otros pueblos, se saludan rozándose la nariz. En algunos países árabes es una grave falta de respeto grave tocar con la mano la cabeza de un niño… En España es un símbolo de afecto. Y así sucesivamente. Sin duda nos encontramos ante costumbres y usos sociales que deben ser conocidos pero mutatis mutandis funcionan también de forma similar en la argumentación jurídica en relación con el uso de un tópico u otro.

Lo explico de esta manera, relacionándolo con los usos sociales, para que pueda apreciarse que la utilización de la tópica jurídica adecuada tiene poco o nada que ver con la verdad o con la justicia. Se trata más bien de una forma o técnica de argumentación que tiene que ver con la habilidad y la eficacia del proceso. La búsqueda de la justicia y la utilización de la verdad en ese camino son, a mi juicio, partes no importantes sino esenciales de la actividad y de la conducta del operador jurídico, pero alcanzarlas o perderlas es parte de su responsabilidad. La tópica es un instrumento únicamente. La forma

lícita o ilícita de su manejo depende de cada una de las personas que la utilice. La utilización de la tópica jurídica no es buena o mala en sí misma; el uso concreto que se haga de la misma será lo adecuado o inadecuado.

5. TÓPICA FAMILIAR

Expuesta la teoría general conviene ahora aplicarla a la práctica. Para hacerlo conviene seleccionar un tipo de tópica concreta para ver su plausibilidad práctica. Esto es, si se usa o no, qué efectos tiene en la sociedad de la que se predica su uso, y qué valor tiene en lo que a su eficacia se refiere.

Para hacer este chequeo conviene fijarse en las máximas o brocárdicos utilizados generalmente por los juristas. Porque como dice Orlando GOMES, estas máximas representan "la condensación tradicional de principios generales". En realidad se asemejan a los proverbios y proceden de la sabiduría popular y por lo mismo son tópicos dotados de fuerza indiscutible en la práctica del derecho. Con una fuerza que deviene no solo de la fuerza de la ley sino de la aceptación general probada por el uso constante.

Justo es advertir que los brocárdicos no siempre están recogidos en leyes con su exacto significado. En la práctica esta circunstancia no resta importancia a su fuerza argumentativa de convicción. Y es que cuando un jurista localiza un brocárdico adecuado a su causa y lo utiliza en el momento y en el foro adecuado, lo cierto es que suele producir un efecto inmediato e irrebatible. Aquel que deriva del saber y la convicción socialmente aceptada por una sociedad de origen, que no precisa por lo mismo de mayor confirmación legal.

Decía Miguel REALE que los brocárdicos o máximas jurídicas funcionan como axiomas que "suelen traducir los principios del derecho fuertemente arraigados en la mente del pueblo". Este arraigo es el que le proporciona fuerza, una fuerza sin duda mucho más importante que la de la propia ley escrita. De modo que la fuerza

tópica del brocárdico suele ser aún más convincente que la propia fuerza tópica de la ley, aunque muchas veces coincidan o al menos no disientan abiertamente. Y es que en realidad el brocárdico resume la secular experiencia jurídica, aquello que la propia naturaleza de las cosas ha probado como justo y eficaz, y que por lo mismo muchas veces se convierte en ley escrita, aunque no necesariamente en todos los casos ni con igual expresión.

Por este motivo coincido con PORTELA cuando afirma que el "brocárdico tiene finalidad confirmatoria; permite reconocer la eficacia de un argumento basándose en la autoridad ancestral de unas pocas palabras que, de una manera u otra, soluciona los aspectos más opinables y discutidos de ciertos problemas que suelen presentarse en la vida del derecho. Las máximas no solucionan el conflicto pero constituyen una guía adecuada para hacerlo".

A mi juicio gran parte de la fuerza tópica de un brocárdico le viene atribuida por tres características:

a. Porque aquello que expresa en pocas palabras, a veces con una simple sentencia, es compartido por los integrantes del grupo

b. Porque suscita reacciones de afecto de carácter social

c. Y porque su simple enunciado suscita consenso dentro del grupo.

Estas tres características prueban, según creo, la gran fuerza tópica de los brocárdicos al mismo tiempo que aconsejan la conveniencia de conocerlos para poder utilizarlos a fin de convertir una simple argumentación en una argumentación convincente.

¿Existen brocárdicos o tópicos que se refieran a la familia o al derecho familiar? Sin duda. Mencionaré algunos.

Creo que uno de los más habituales es el que se refiere a la diligencia del buen padre de familia para calificar la acción realizada de la mejor manera posible. Este brocárdico no precisa mayor explicación. Cuando se utiliza no suscita dudas porque es bien sabido que un buen padre de familia hará todo lo que sea necesario para proteger a los suyos y darles lo mejor que pueda conseguir para ellos.

También utilizamos la expresión affectio maritalis para referirnos a un tipo de concordia o amor que se considera superior, y cuyo vínculo es más fuerte que otros. Y por eso en caso de duda, se presume el favor matrimonii, o lo que es lo mismo, se aboga en favor del matrimonio frente a otro tipo de uniones. Esta presunción no se basa únicamente en consideraciones morales, sino también en la fuerza que se supone que traslada la familia a quienes viven bajo sus dictados.

Idéntica causa es la que mueve la expresión de more uxorio que protege la actuación según costumbre del matrimonio, y funciona como prueba de solidez en la relación de concubinato cuando las partes, aún sin estar casadas, conviven como si lo estuvieran.

La misma idea surge del brocárdico in dubio pro matrimonio que presume en caso de duda la existencia de matrimonio, pues se entiende que esta es una situación mejor cara a la sociedad de referencia, que aquella otra unión que, aun con apariencia de matrimonio, no lo es por falta de formalización legal de la misma.

Del aforismo (hoy ya discutible en algunos casos) mater semper certa est se desgaja la idea de filius ergo heres (hijo luego heredero) que en este caso parece proteger a la mujer frente a la necesidad de prueba de matrimonio del padre. Pues pater is est quem nuptiae demonstrant (frente a la presunción de maternidad de la madre, que es automática, el padre tiene que probar justas nupcias para poder reclamar al hijo).

¿Qué significan estas expresiones? ¿Qué valor pueden tener como conjunto, con independencia de la plausibilidad de cada una de ellas en el caso concreto al que se refieren? Pues a mí juicio el conjunto de estos brocárdicos muestran las siguientes aseveraciones que tengo como ciertas:

a. Que la práctica judicial contiene y usa un conjunto nada desdeñable de brocárdicos cuyo Leitmotiv está relacionado con la familia.

b. Que ésta utilización se basa en la superior consideración que

la sociedad de referencia otorga a la familia y a los vínculos que ésta presume, que la convierte en situación deseable frente a otras que pueden ser de unión, pero no tienen la consideración real ni jurídica de familia.

c. Y que por lo mismo el tópico de familia funciona en el derecho como un axioma que suscita adhesión y transmite fuerza, lo que determina que la sociedad estima que la familia es un bien a proteger, que beneficia y protege al ser humano, y por lo mismo es preferible a otras situaciones similares pero diferentes.

La sociedad mexicana es de influencia latina al igual que la española, de modo que los tópicos o aforismos que funcionan en una lo hacen también en la otra. No obstante lo dicho que creo que tiene validez general, por lo que a la familia se refiere tengo para mí, que la sociedad mexicana es aún más respetuosa y protectora de la familia que la española, cosa que a mi juicio les honra.

Un estudio realizado por el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la familia (DIF) y el Consejo de la Comunicación en 2014 reveló que la familia mexicana favorece una serie de valores como el apoyo, la unión, la entrega y el amor tanto en los momentos fáciles como en los difíciles. Además genera valores como la sencillez, solidaridad, laboriosidad y tradición. Aspectos todos ellos que fortalecen sin duda la concepción de los mexicanos en relación con la familia.

No obstante y según la misma fuente, también se aprecian algunos fallos que deberían ser corregidos. En efecto, hay jóvenes mexicanos que afirman que la familia no favorece las actitudes de disciplina, ni fomenta el espíritu ganador, sino el conformista; y que tampoco ayuda a crear en el individuo valores como la honestidad o la puntualidad. Pese a ello los mismos encuestados reconocen que la familia mexicana conserva aspectos positivos como el mantenimiento de las costumbres y tradiciones, así como la necesidad de que los miembros de una misma familia pasen más tiempo juntos valores que son superiores a los de otras culturas.

Analizando los pros y los contras de los datos obtenidos creo

que la conclusión de este trabajo resulta clara. El ordenamiento jurídico, que es algo diferente del derecho, por ser menos amplio que éste, precisa de la argumentación jurídica para poder ser mejor comprendido y más respetado por los ciudadanos. El dominio del arte de la argumentación jurídica se configura así como imprescindible para cualquier jurista que quiera disponer de auctoritas y no solo de potestas, pero se hace tanto más importante en el poder judicial porque las respuestas que dan los jueces cuando deciden lo suyo de cada uno en un caso concreto, tienen fuerza de cosa juzgada y por lo mismo ejecutiva. De modo que, si bien es necesario que todo operador jurídico domine la técnica argumentativa, esa necesidad se hace mucho más presente en los miembros integrantes del poder judicial, que deben imponer sus soluciones no solo por la fuerza de la espada sino también por la razón de su prudencia.

Para conseguir esa fuerza de convicción, los integrantes del poder judicial deben procurarse un cierto dominio del arte de la tópica, de la retórica y de la dialéctica, pues sólo así podrán construir buenas argumentaciones. En el dominio de este arte habrá muchos tópicos que se conviertan en esenciales y cuya utilización genere un nivel de aceptación grande entre los ciudadanos.

En esta línea de actuación entendemos que una de las tópicas que funciona con fuerza probada en el ámbito de la argumentación jurídica es la referente a la tópica familiar. Es así porque la sociedad a la que se aplica estima la familia como un valor fundante de la sociedad y como una institución que debe ser protegida pues es dentro de ella donde el ser humano aprende a desarrollarse como persona, donde puede ser él mismo, y donde encontrará ayuda y consuelo sin condiciones cuando lo necesite.

El pueblo siente que la familia debe ser protegida y lo siente no por imposición, sino de una forma libremente aceptada. Por eso la tópica familiar adquiere una importancia crucial que hace que todo buen jurista deba conocerla, practicarla y utilizarla, en la certeza de que su argumentación basada sobre los pilares familiares,

adquirirá la fuerza de la naturaleza, que es muy superior a la de la pura ley escrita, porque es la fuerza de las cosas que arraigan en el corazón de los seres humanos; y porque es la fuerza, en suma, de las cosas bien hechas y con las que se reparte justicia. Que lleguen a alcanzar esa capacidad es lo que yo deseo para todos los integrantes del poder judicial de Durango.

Nada más muchas gracias.

EFECTOS DE LA SEPARACIÓN DE CUERPOS Y DEL DIVORCIO

LOURDES WILLS RIVERA
(VENEZUELA)

INTRODUCCIÓN

La disolución del matrimonio aparece contemplada en nuestro ordenamiento jurídico desde la promulgación de nuestro primer Código Civil en 1862, pero el vocablo divorcio comenzó a ser empleado a partir del Código Civil de 1867, que le sucedió, no obstante sus efectos se diferenciaban radicalmente de la institución vigente en la actualidad. En aquellos inicios de la legislación civil el denominado divorcio, no comportaba la disolución del matrimonio pero suspendía la vida en común de los casados y su tramitación y decisión era competencia de las autoridades eclesiásticas[1]. Pero en lo atinente a sus efectos civiles, es decir, lo relativo a la libertad personal de los cónyuges, a sus bienes y a la crianza de los hijos, se regía por las leyes civiles y de los conflictos que surgiesen conocían los tribunales civiles.

No vino a ser sino hasta la entrada en vigencia del Código Civil de 1904, cuando se incorporó a la legislación patria el divorcio vincular fundado en causales específicas y taxativas, que en esencia se conservan en la legislación vigente. Se mantuvo asimismo, la posibilidad de la separación judicial de cuerpos fundada en las mismas causales, que desde luego, no ocasionaba la disolución del matrimonio. En las sucesivas reformas de dicho Código, la última de las cuales se efectuó en 1982, las causales fueron modificadas fundamentalmente para adaptarlas a las normas constitucionales que establecían la igualdad de los cónyuges, y la prohibición de

1 Venezuela. Código Civil de 1862. Libro Primero, Título III, Ley III, Art. 1º.y Código Civil de 1867, Art. 81. Edición Oficial de Leyes y Decretos Reglamentarios de los Estados Unidos de Venezuela. Tomo II, Imprenta Nacional. Caracas, 1943.

discriminar en razón del sexo, salud, credo o condición social.

En el presente trabajo nos proponemos analizar las consecuencias legales de la separación de cuerpos y de bienes y del divorcio, respecto de la persona de los cónyuges, de sus hijos habidos en el matrimonio, los bienes y de la familia, a la luz de la doctrina y la jurisprudencia nacionales, para dejar expresadas finalmente nuestras consideraciones sobre los puntos tratados.

1. DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO

La legislación venezolana contempla la disolución del vínculo matrimonial exclusivamente por la muerte de uno de los cónyuges y por efecto de la sentencia firme recaída en proceso de divorcio[2].

A diferencia de otros países latinoamericanos, nuestro ordenamiento no tiene prevista la declaración de muerte como causal de disolución del matrimonio, para aquellos casos en los cuales la persona ha desaparecido de su último domicilio o residencia, sin que se tengan noticias de ella y en consecuencia no pueda tenerse certeza de si se encuentra con vida o ha fallecido. En este supuesto, se prevé un procedimiento que comienza por la declaración de ausencia y si durante su tramitación no apareciere el ausente, concluye con una decisión que declara la presunción de muerte, la cual, si bien autoriza la disposición de los bienes del ausente, consagra, no obstante, las normas a seguir en caso de reaparición o regreso del presunto fallecido[3]. El mismo criterio se aplica en caso de que una persona haya estado presente en un siniestro y después de ello no se haya tenido noticia de su existencia ni se haya localizado su cadáver, es decir, en estas circunstancias, se declara judicialmente la presunción de muerte por accidente, que no comporta disolución del matrimonio.

2 Venezuela. Código Civil reformado en 1982. Gaceta Oficial No. 2990 Extr. de 26-10-1982, Art.184.

3 Véase: Código Civil, cit. Arts. 434-440.

2. FORMAS DE LOGRAR EL DIVORCIO

2.1 SEPARACIÓN DE CUERPOS

Realmente, la separación de cuerpos constituye una vía para configurar una causal de divorcio, transcurrido como sea un año de habérsela decretado por el Tribunal, sin que en ese lapso se hubiese producido reconciliación de los esposos. Verificados estos requisitos, previa solicitud de uno de los cónyuges o de ambos, según el caso, el Juez podrá declarar el divorcio sin más trámites.

2.1.1. Mutuo consentimiento

La separación de cuerpos puede ser declarada por el Juez a petición de ambos cónyuges, siempre que sea formulada mediante escrito en el cual manifiestan conjuntamente su voluntad de separarse de cuerpos y donde deben incluir una regulación en los términos permitidos por la ley, acerca de la situación futura de los hijos menores de edad, si los tuvieren, en cuanto a régimen de convivencia familiar y obligación de manutención. Si su régimen patrimonial fuese el de comunidad conyugal de gananciales, pueden en el mismo acto optar por la separación de bienes, en cuyo caso deberán determinar la forma como quedaran distribuidos los bienes integrados en dicha comunidad. La solicitud en referencia debe ser presentada personalmente por los cónyuges y si se cumplieren los requisitos exigidos por la ley, el Juez podrá decretar la separación en el mismo acto, solo que, la separación de bienes no surtirá efectos respecto de los terceros sino cumplidos como sean tres meses del registro del decreto que la acuerda, en la oficina de Registro Civil correspondiente.

2.1.2. Separación contenciosa

Para los casos en los cuales el cónyuge no quiere optar directamente

por el divorcio y no puede realizarse la separación por mutuo consentimiento, el legislador ha previsto el proceso de separación en vía contenciosa. Tal proceso se inicia con base en la demanda de uno de los cónyuges fundada en una o más de las seis primeras causales previstas en el artículo 185 del Código Civil para solicitar el divorcio[4] y se tramita conforme al mismo procedimiento. La decisión que declara con lugar la demanda consiste en un decreto de separación de cuerpos a partir del cual comienza a correr el lapso de un año para que, no habiéndose producido reconciliación entre los cónyuges, cualquiera de ellos pueda solicitar el divorcio.

Cuando quede firme la sentencia de divorcio, los excónyuges deberán proceder a la partición y liquidación de la comunidad conyugal, si la hubiere, la cual podrá realizarse de mutuo acuerdo o en vía contenciosa, según el caso.

2.2. DIVORCIO

2.2.1. Jurisdicción voluntaria.

La previsión legal contenida en el artículo 185-A del Código Civil contempla un supuesto incorporado a nuestra legislación en la reforma efectuada a dicho Código en 1982. Se trata de un procedimiento especial referido a la posibilidad de solicitar el divorcio por cualquiera de los cónyuges, con base en la ruptura prolongada de la vida en común, cuando se hubiese producido separación de hecho entre ellos por un lapso ininterrumpido no inferior a cinco años. Citado el otro cónyuge, deberá comparecer personalmente y si confirmare el alegato del cónyuge solicitante y el Fiscal del Ministerio Público no hiciere oposición dentro del lapso previsto, el Tribunal declarará el divorcio en el duodécimo día de despacho siguiente a la comparecencia de los interesados. Dispone asimismo la norma en

4 Véase infra nota No. 6.

referencia, que si el cónyuge citado no comparece personalmente o el Fiscal del Ministerio Público hiciese oposición en tiempo hábil, el Juez declarará terminado el procedimiento y ordenará el archivo del expediente. Con vista de la formulación normativa descrita, desde los inicios de su vigencia la jurisprudencia patria admitió la presentación de la solicitud de divorcio conjuntamente por los cónyuges[5].

2.2.2. Vía contenciosa

El divorcio puede lograrse asimismo en proceso contradictorio, en cuyo caso debe necesariamente fundarse en una o más de las siete causales que taxativamente se encuentran establecidas en el Código Civil[6]. Sin embargo, el procedimiento es diferente en atención a si en el matrimonio cuya disolución se demanda se encuentran involucradas personas menores de edad. En efecto, si los cónyuges o uno de ellos es menor de edad o si tienen hijos menores

5 El 14-05-2014, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en proceso de revisión constitucional dictó sentencia, que en uso de sus atribuciones calificó de vinculante, mediante la cual decidió que la aplicación del artículo 185-A por los tribunales competentes debe efectuarse de la manera siguiente: "Si el otro cónyuge no compareciere o si al comparecer negare el hecho, o si el Fiscal del Ministerio Público lo objetare, el Juez abrirá una articulación probatoria, de conformidad con lo establecido en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, y si de la misma no resultare negado el hecho de la separación se decretará el divorcio; en caso contrario, se declarará terminado el procedimiento y se ordenará el archivo del expediente". (www.tsj.gov.ve*)*.

6 Venezuela. Código Civil cit., Art. 185. Son causales únicas de divorcio: 1ª. El adulterio, 2ª. El abandono voluntario, 3ª. Los excesos, sevicias e injurias graves que hagan imposible la vida en común, 4ª. El conato de uno de los cónyuges para corromper o prostituir al otro cónyuge, o a sus hijos, así como, la connivencia en su corrupción o prostitución, 5ª. La condenación a presidio, 6ª. La adicción alcohólica u otras formas graves de fármaco-dependencia que hagan imposible la vida en común, 7ª. La interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves que imposibiliten la vida en común".

de edad, el Juzgado competente será el Tribunal de Protección del Niño, Niña y Adolescente y el procedimiento a seguir será el previsto en la Ley Orgánica de Protección al Niño, Niña y Adolescente; pero si los cónyuges son mayores de edad y no existen hijos o éstos son también mayores, el proceso de divorcio se ventilará ante los Tribunales civiles ordinarios que tengan competencia en materia de familia y la tramitación se efectuará conforme a las disposiciones de Código de Procedimiento Civil.

Cuando se haya decretado la separación de cuerpos, sea por mutuo consentimiento o en vía contenciosa, podrá pedirse su conversión en divorcio por uno de los cónyuges, cuando haya transcurrido un año de su declaratoria sin que se hubiese producido reconciliación de los esposos. En este caso, previa notificación del otro cónyuge y con vista del procedimiento cumplido, el Tribunal declarará disuelto el vínculo matrimonial.

2.3. MEDIDAS PROVISIONALES EN LOS JUICIOS DE SEPARACIÓN Y DE DIVORCIO

En razón de la importante incidencia que pueden tener las medidas cautelares en la decisión que pone fin al proceso contencioso y sus posteriores efectos, estimamos necesario hacer una breve referencia en tal sentido. Dichas medidas se encuentran determinadas por el legislador y pueden dictarse al inicio o durante el curso del juicio, son siempre revisables y por tanto modificables o revocables según las circunstancias del caso. Ellas son: A) Autorizar la separación de los cónyuges y determinar cuál de ellos habrá de continuar habitando en el inmueble que les ha servido de vivienda común, a cuyos fines se establece una preferencia a favor del cónyuge a quien se confíe la custodia de los hijos; B) Determinar el progenitor que ejercerá la custodia y establecer el régimen de convivencia familiar y la obligación de manutención que deberán cumplir ambos progenitores respecto de sus hijos menores de edad y de los mayores afectados

por discapacidad total y permanente. Esta medida solo se dictará en ausencia de acuerdo de los cónyuges o en su caso, solo comprenderá los aspectos no regulados por ellos, salvo que sus disposiciones sean contrarias al interés superior de los hijos o al orden público; C) Ordenar la realización de un inventario de los bienes que integran la comunidad conyugal y dictar las medidas necesarias para evitar su dilapidación, disposición indebida u ocultamiento fraudulento[7]. A diferencia de las anteriormente citadas, cuya provisionalidad se extingue por las previsiones de la sentencia definitiva que pone fin al juicio, por disposición expresa del legislador, esta medida no se suspende por la declaratoria de divorcio o de separación de cuerpos, sino por acuerdo de las partes o por haberse liquidado la comunidad de bienes.[8]

Conforme a la citada Ley Orgánica de Protección al Niño, Niña y Adolescente, tanto a los efectos de las medidas provisionales llamadas a mantenerse vigentes durante el curso del proceso, se estableció como opción prioritaria en los juicios de divorcio y de separación de cuerpos, la realización de un convenio entre los progenitores acerca de la custodia, la obligación de manutención y el régimen de convivencia familiar de los hijos menores de edad. A nuestro modo de ver, ello constituyó un avance significativo respecto a la legislación anterior que no lo permitía en los procesos contenciosos, puesto que

7 Véase: Venezuela. Código Civil, cit. Art. 191 ords. 1º. y 3º; Ley Orgánica para la protección del niño,

niña y adolescente, Gaceta Oficial No. 5859 Extr. de 10-12-2007, art. 351.

8 Véase: Venezuela. Código de Procedimiento Civil. Gaceta Oficial No. 3970 Extr. de 13-03-1987, art. 761. En relación al punto el procesalista Ricardo Henríquez La Roche ha señalado que: "Las medidas que autoriza el artículo 191, ord. 3º. CC constituyen ejemplo de lo que hemos llamado medidas cautelares con instrumentalidad eventual. Todas estas precauciones tienen como causa final, no la de estar a las resultas del juicio de divorcio o separación de cuerpos, sino a las de un futuro y eventual juicio de liquidación y partición de la comunidad conyugal". Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Civil. Centro de Estudios Jurídicos del Zulia. Maracaibo, 1987, p. 472.

tal posibilidad de convenio comporta la separación del conflicto de los progenitores, de la situación de los hijos comunes.

Solo en ausencia del acuerdo de los cónyuges o cuando al hacerlo se incluyan cláusulas contrarias al interés superior de los hijos o al orden público, se prevé la intervención del Juez para decidir sobre las medidas en referencia.

Cuando la acción de divorcio ha estado fundada en la separación de hecho de los esposos que se ha prolongado por más de cinco años, prevista en el artículo 185- A del Código Civil, la norma no se refiere a un eventual acuerdo de los progenitores, sino que les exige informar al juez acerca de la manera como se ha ejercido la responsabilidad de crianza y como se han cumplido el régimen de convivencia familiar y la obligación de manutención de sus menores hijos durante el tiempo de su separación, a los efectos de la decisión que en consecuencia debe tomar el juez. Realmente, nunca entendimos la razón legislativa de esta diferencia con relación a los casos de divorcio o de separación contenciosa fundados en otras causales. No obstante, queremos precisar, que la disposición aludida entró en vigencia a partir de la reforma del Código Civil realizada en 1982, pero la regulación que posibilita el acuerdo de los progenitores en los procesos contenciosos de divorcio y de separación de cuerpos fue incorporada al ordenamiento jurídico en la Ley Orgánica de Protección al Niño y al Adolescente cuya vigencia comenzó en el año 2000. De manera que, en nuestro criterio, la disposición sobre el punto contenida en el artículo 185-A antes mencionado, quedó derogada y sustituida por las previsiones de la citada Ley Orgánica.

3. CONSECUENCIAS LEGALES DE LA SEPARACIÓN DE CUERPOS

Pronunciada por el Juez la separación de cuerpos en vía contenciosa

o por mutuo consentimiento, - que como hemos dicho, no disuelve el matrimonio, - por disposición expresa de la ley, se produce como efecto inmediato la suspensión de la vida en común de los cónyuges[9], es decir, que legalmente queda suspendido el deber de cohabitación, lo cual comporta dejar de vivir juntos y suprimir el mantenimiento de relaciones sexuales entre ellos. Con base en la subsistencia del matrimonio, la doctrina y la jurisprudencia nacionales han sido contestes en afirmar que emitido el decreto de separación permanecen vigentes entre los cónyuges los deberes de fidelidad, de asistencia y socorro, así como, la presunción de paternidad de los hijos. Respecto de esto último, hemos considerado que constituye una verdadera incongruencia del legislador, haber declarado la suspensión de la vida en común de los cónyuges al tiempo que mantiene incólume la presunción de paternidad matrimonial. Entendemos que la presunción en referencia ha sido consagrada en beneficio del hijo y de la familia y que el legislador ha tratado de mantenerla en las circunstancias adversas que puedan afectar la relación matrimonial. No obstante, estimamos que tal protección a la familia, prevista de una manera general en el Texto Constitucional debe armonizarse con el también derecho fundamental de los hijos a conocer a sus padres y a establecer la filiación que le corresponde en el orden biológico[10]. Por ello, consideramos que en los casos de hijos nacidos dentro de los trescientos (300) días de decretada la separación legal de cuerpos debe flexibilizarse la presunción de paternidad, para permitir el reconocimiento voluntario por quien afirma ser su verdadero padre,

9 Venezuela. Código Civil, cit. Art. 188: "La separación de cuerpos suspende la vida común de los esposos".

10 Venezuela. Constitución. Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5453 de 24-03-2000, arts 75 y 56.

Artículo 75: "El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas…". Artículo 56: "Toda persona tiene derecho a un nombre propio, al apellido del padre y al de la madre, y a conocer la identidad de los mismos. El Estado garantizará el derecho a investigar la maternidad y la paternidad. …".

siempre que la madre manifieste su consentimiento para tal acto y sin que sea necesario el ejercicio de una acción de desconocimiento por el marido de la madre, con todas las repercusiones que tal proceso pueda tener en la estabilidad emocional del hijo.

4. EFECTOS DE LA SENTENCIA DE DIVORCIO

4.1. RESPECTO DE LOS CÓNYUGES

4.1.1. Disolución del matrimonio

El efecto fundamental de la sentencia de divorcio, que pudiésemos calificar de primario pues de él dependen todos los demás, es precisamente la disolución del vínculo matrimonial. De ordinario las sentencias de divorcio no se limitan a declarar con lugar la acción interpuesta, sino que hacen mención expresa que el matrimonio ha quedado disuelto. En razón de que el divorcio es de carácter vincular, tan pronto la sentencia haya adquirido firmeza y ejecutoriedad, los excónyuges pueden contraer nuevo matrimonio.

4.1.2. Extinción de deberes y derechos de los cónyuges

La sentencia firme de divorcio comporta la cesación de los deberes conyugales de convivencia, fidelidad, asistencia y socorro. La expresión usada por el legislador venezolano para referirse al deber de convivencia ha sido "vivir juntos" y en este orden ha dispuesto que los esposos fijarán su domicilio conyugal, el cual define como el lugar donde el marido y la mujer hayan establecido de mutuo acuerdo su residencia, cuyo cambio no podrá hacerse si ambos cónyuges no están de acuerdo en realizarlo[11]. Sin embargo, disuelto el vínculo

11 Venezuela. *Código Civil,* cit. Arts. 137, 139, 140 y 140-A

matrimonial, el domicilio conyugal determina la competencia del Tribunal que habrá de conocer de la partición y liquidación de la comunidad de bienes, si la hubiere.

A semejanza de otros Códigos Civiles latinos, el nuestro trata en disposiciones distintas los deberes conyugales de socorrerse mutuamente y asistirse recíprocamente en la satisfacción de sus necesidades, en razón de lo cual, diversos autores han atribuido connotación personal al deber de asistencia y económico al deber de socorro. Por nuestra parte, hemos compartido el criterio doctrinal que considera que asistencia o ayuda y socorro son expresiones que tienen un mismo contenido, que comprende cualquiera de las necesidades de los cónyuges, tanto de índole personal en el plano físico o moral como en el ámbito patrimonial[12]. Extinguido este deber por efecto del divorcio, puede, no obstante, quedar a cargo de uno de los cónyuges la obligación de asistir y socorrer al otro, cuando la causal ha sido la interdicción por causa de perturbación mental o cuando el cónyuge que no ha dado motivo al divorcio se encuentre afectado por incapacidad física u otro impedimento similar que le impida trabajar y carezca de otros recursos para subsistir (infra 4.1.3.3.).

4.1.3. Otros efectos

12 LASARTE, Carlos. Principios de Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo VI, Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, 2002, p. 64.

4.1.3.1. Apellido de la mujer

Durante el matrimonio y aún decretada la separación de cuerpos, la mujer podrá usar el apellido del marido, pero declarado el divorcio, su derecho queda extinguido y solo podrá usar tal apellido con el consentimiento de su excónyuge. Cabe señalar que sin embargo, la ley autoriza expresamente el uso del apellido del marido, a la mujer cuyo matrimonio se hubiese disuelto por muerte de su cónyuge, en tanto no contraiga nuevas nupcias[13].

4.1.3.2. Nacionalidad de los cónyuges

De acuerdo a la Constitución las personas extranjeras que contraigan matrimonio con quienes sean venezolanos, después de haberse cumplido cinco años de vigencia del vínculo, pueden adquirir la nacionalidad venezolana mediante una solicitud contentiva de su manifestación de voluntad acompañada de la documentación que acredite la nacionalidad de su cónyuge y la celebración del matrimonio. No distingue el constituyente si el cónyuge venezolano debe serlo por nacimiento o por naturalización, de manera que debemos concluir que para acceder a la nacionalidad venezolana mediante este procedimiento especial son admisibles ambas posibilidades.[14]

En la legislación venezolana el divorcio no constituye causa de extinción ni de revocatoria de la nacionalidad adquirida con las facilidades otorgadas en razón del matrimonio[15].

13 Venezuela. *Código Civil,* cit. Art. 138.

14 VENEZUELA. Constitución. Gaceta Oficial N° 5453 Extr. de 24-03-2000. Artículo 33.- Son venezolanos por naturalización: 3. los extranjeros o extranjeras que contraigan matrimonio con venezolanas o venezolanos desde que declaren su voluntad de serlo, transcurridos por lo menos cinco años a partir de la fecha del matrimonio. Artículo 34.- La nacionalidad venezolana no se pierde al optar o adquirir otra nacionalidad.

15 Véase: Venezuela. *Ley de Nacionalidad y Ciudadanía.* Gaceta Oficial N°

4.1.3.3. PENSIÓN ALIMENTARIA O DE MANUTENCIÓN

El deber-derecho de proveer y recibir alimentos que existía entre los esposos se extingue en forma absoluta al quedar firme la sentencia que declara el divorcio, a diferencia de lo que ocurre en la separación de cuerpos dada la subsistencia del matrimonio en este caso y nada prevé el ordenamiento venezolano acerca de pensión compensatoria alguna, para tratar de equilibrar la desigualdad en el nivel de vida en que puede quedar uno de los cónyuges a consecuencia del divorcio. No obstante se han establecido dos excepciones, a saber: a) Cuando el divorcio ha sido fundamentado en la causal relativa a la interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves que imposibilitan la vida en común, en cuyo caso el Juez no declarará disuelto el vínculo, hasta asegurar la manutención y el tratamiento médico del enfermo, lo cual podrá quedar a cargo del excónyuge; y b) cuando el divorcio se declara con base en cualquiera de las otras causales previstas en el artículo 185 del Código Civil, el Juez podrá acordar pensión alimentaria o de manutención a favor del cónyuge que no ha dado causa al divorcio, cuando su incapacidad física u otro impedimento similar le impida trabajar y carece de otros recursos para proveer a su subsistencia, cuyo pago quedará a cargo del cónyuge que incurrió en la causal. En todo caso, esta obligación solo se mantendrá mientras dure la incapacidad o impedimento y se extinguirá si el cónyuge beneficiario contrae nuevo matrimonio[16].

En nuestro criterio, dado que existe la misma ratio legis, también debe extinguirse cuando el cónyuge beneficiario de la pensión inscribe una unión estable de hecho ante el Registrador Civil.

4.1.3.4. Vocación sucesoral

Con la celebración del matrimonio nacen derechos hereditarios en la sucesión intestada a favor de cada uno de los cónyuges respecto de su consorte, quienes concurren a la herencia con el carácter de

37971 de 01-07-2004, Arts. 21 numeral 2, 36, 41 y 48.

16 Venezuela. *Código Civil,* cit. Arts. 185 y 195.

heredero legitimario, pero tales derechos quedan extinguidos al quedar firme la sentencia que pronuncia su divorcio. Igualmente cesan al decretarse la separación de cuerpos y de bienes, solicitada por mutuo consentimiento o tramitada en vía contenciosa. Si solo existe separación de hecho o la decisión judicial se limita a declarar separación de cuerpos, sin que se haya pedido o acordado separación de bienes, la vocación hereditaria de los cónyuges continúa inalterada[17].

4.2. RESPECTO DE LOS HIJOS NACIDOS EN EL MATRIMONIO

4.2.1. Presunción de paternidad

La presunción de paternidad matrimonial se encuentra establecida en el artículo 201 del Código Civil, según la cual, el marido se tiene como padre del hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución o anulación. Dicha presunción requiere de la demostración previa de la maternidad y del matrimonio y resulta claro, que al instituir la presunción, el legislador patrio tomó como fundamento lo dispuesto sobre el cálculo de la concepción en el mismo Código,[18] y con la evidente intención de proteger al hijo, hizo beneficiario de ella no solo al hijo nacido sino también al concebido durante el matrimonio, pues extendió la presunción más allá de la vigencia del vínculo nupcial.

En la doctrina nacional se ha sostenido que la presunción de paternidad matrimonial es una necesidad a efectos de asegurar la paz familiar y social que está basada en el cumplimiento de los deberes de cohabitación y de fidelidad que tiene cada uno de los cónyuges

17 Ídem, Art. 823.

18 Venezuela. Código Civil cit, Art. 213: "Se presume, salvo prueba en contrario, que la concepción

tuvo lugar en los primeros ciento veintiún días de los trescientos que preceden al día del nacimiento".

con relación al otro. Ello, por cuanto el deber de cohabitar comporta el mantenimiento de relaciones sexuales entre los esposos y el de fidelidad exige la abstención de toda relación sexual con persona distinta de su cónyuge. Se afirma en consecuencia, que el legislador presume a su vez el cumplimiento de tales deberes y por tanto deriva de ello la presunción iuris tantum según la cual, e tiene legalmente como padre al marido de la madre[19].

La normativa nacional no prevé la posibilidad de dejar en suspenso la presunción en referencia cuando se ha decretado separación legal de cuerpos, sea por mutuo consentimiento de los cónyuges o en proceso contencioso. Sin embargo, cuando se ha declarado el divorcio con fundamento en la separación de hecho de los esposos por más de cinco (5) años, se permite el reconocimiento voluntario por un tercero, del hijo concebido durante el matrimonio cuya disolución se ha pronunciado, siempre que el período de su concepción coincida con el tiempo de separación de los cónyuges que ha sido tomado en consideración por el Juez para declarar el divorcio[20]. Desde luego, se trata de autorizar un reconocimiento que se realiza cuando el matrimonio ya no existe, pero se refiere a un hijo concebido o nacido durante su vigencia, lo cual, - en una interpretación estricta de las normas vigentes - habría requerido del ejercicio previo por el marido de una acción de desconocimiento que fuese declarada con lugar. En nuestro criterio, ello no significa propiamente una suspensión de la presunción de paternidad matrimonial, pues el reconocimiento solo procede a la disolución

19 López Herrera, Francisco. Derecho de Familia. Tomo II, Universidad Católica Andrés Bello/Banco

Exterior. 3ª. ed. Caracas, 2011, p. 342; SOJO BIANCO, Raúl y HERNÁNDEZ de SOJO BIANCO, Milagros. Apuntes de Derecho de Familia y de Sucesiones. Mobilibros, 15ª. ed. Caracas, 2011, p. 415;

20 Venezuela. Código Civil, cit. Art. 225: “Se puede reconocer voluntariamente al hijo concebido durante el matrimonio disuelto con fundamento en el artículo 185-A de este Código, cuando el período de la concepción coincida con el lapso de separación que haya dado lugar al divorcio”

del matrimonio, pero comporta una flexibilización de sus efectos en atención a la realidad de los hechos, que sería deseable en los casos de separación decretada judicialmente.

4.2.1. Patria potestad

En principio, la sentencia que declara el divorcio o la separación de cuerpos en vía contenciosa o en jurisdicción voluntaria, no produce efecto alguno sobre la patria potestad, la cual continúa siendo ejercida por ambos progenitores en forma conjunta. No obstante, por disposición expresa de la ley, dicha decisión tiene como consecuencia la extinción de la patria potestad cuando en vía contenciosa el pronunciamiento de divorcio o de separación de cuerpos haya estado fundado en la comprobación plena de alguno de los supuestos previstos en los ordinales 4° y 6° del artículo 185 del Código Civil, que se refieren a: A) la tentativa de uno de los cónyuges para corromper o prostituir al otro, o a sus hijos, o la efectiva connivencia en su corrupción o prostitución y B) la adicción alcohólica u otras formas graves de fármaco-dependencia, que hagan imposible la vida en común[21].

A nuestro entender, la connivencia en la corrupción del cónyuge o de los hijos, o su intento o tentativa en tal sentido, comprendidos en la causal de divorcio antes mencionada, puede estar constituida por cualquiera de los aspectos morales atinentes al comportamiento de las personas y no solamente a los relacionados con la actividad sexual, como ocurre en el campo penal cuando se tipifica el delito de corrupción[22], de manera que, en el ámbito del Derecho Familiar, estimamos que tales actos de corrupción pueden estar referidos a la inducción dirigida a apropiarse indebidamente de cosas u objetos que pertenecen a otras personas, a enseñar destrezas para realizar

21 Véase LOPNNA, art. 351, parágrafo segundo.

22 Véase: Venezuela. Código Penal. Gaceta Oficial No. 5494 Extraordinaria de 20-10-2000, Arts. 388 y 389.

actos delictivos como hurtos, robos, asaltos, fraudes, estafas, secuestros u otros de naturaleza similar. A diferencia, "el conato de uno de los cónyuges para prostituir al otro cónyuge o a sus hijos", de acuerdo a la expresión del legislador, parece tener una connotación exclusivamente sexual. En este caso, el legislador civil ha establecido la causal de divorcio, asumiendo el tipo delictual relativo a inducción a la prostitución en grado de tentativa, es decir, que la causal de divorcio quedaría configurada al comprobarse la realización de actos tendientes a lograr que su cónyuge o sus hijos, se prostituyan, sin que sea necesario demostrar que el objetivo perseguido se ha logrado o que, por circunstancias independientes de la voluntad del cónyuge o progenitor que ha efectuado tal inducción, sus actos no han conducido al resultado esperado. Asimismo, la causal en referencia no solo se configura cuando uno de los cónyuges ha tenido la iniciativa de convencer al otro cónyuge o a sus hijos, para que incurran en actos de corrupción o de prostitución, sino que puede también conformarse, cuando el cónyuge, hijo o hija se ha iniciado ya en actos de corrupción o de prostitución sin previa intervención de su esposo o esposa, padre o madre, según el caso, y éstos, lejos de combatir tal proceder como es su obligación, aceptan con beneplácito tal conducta, o se desentienden absolutamente de ello[23].

Respecto de la causal consistente en "adicción alcohólica u otras formas graves de fármaco-dependencia, que hagan imposible la vida en común", la doctrina nacional ha señalado que se configura, cuando el cónyuge en forma habitual o con mucha frecuencia, se encuentra bajo los efectos del alcohol u otros fármacos capaces de producir

23 Véase: GRISANTI DE LUIGI, Isabel. Lecciones de Derecho de Familia,. 5ª. ed. Vadell hermanos

editores, Valencia, pp. 293-294 y 296; D' JESÚS, Antonio. Lecciones de Derecho de Familia. Universidad de los Andes. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas/ Paredes Editores .Caracas, 1991, p. 83; LÓPEZ HERRERA, Francisco. Derecho de Familia, Tomo II, Editores Universidad Católica Andrés Bello/Banco Exterior, Caracas, 2006, p. 208; SOJO BIANCO, Raúl. Apuntes de Derecho de Familia y Sucesiones.. 14ª. ed. Mobil-Libros, Caracas, 2004.(Reimpresión 2006), p. 223.

disminución o pérdida parcial de sus funciones intelectuales, puesto que el hábito en su consumo trae como consecuencia no solo el descuido y aún el total abandono por parte del adicto, de las obligaciones que le impone el matrimonio, sino también que su comportamiento puede hacer insoportable la convivencia matrimonial[24].

Si el otro cónyuge a quien correspondería el ejercicio de la patria potestad, estuviere impedido de asumirlo o hubiese sido privado de su ejercicio, se constituirá la tutela ordinaria, y cuando ello no fuere posible, se ordenará la colocación familiar.

En estos casos, consideramos que si el juez, en la sentencia de divorcio o de separación de cuerpos, por cualquier circunstancia omitiere el pronunciamiento accesorio sobre la patria potestad de los hijos del matrimonio que se disuelve, opera sin embargo la extinción en referencia, dado que ha sido establecida en forma imperativa por el legislador. De manera, que si el progenitor afectado por tal extinción realizare, por ejemplo, algún acto de administración sobre el patrimonio del hijo, dicho acto quedaría afectado de nulidad. No obstante, a efectos prácticos, creemos que lo más conveniente ante la omisión del tribunal es solicitar oportunamente una aclaratoria de la sentencia para exigir el pronunciamiento expreso del juez y si ello no fuera posible, interponer el recurso de apelación a los mismos fines. Todo ello para facilitar el ejercicio posterior de la patria potestad, por el progenitor que no incurrió en la causal o causales de divorcio antes mencionadas.

Estimamos importante destacar que la extinción de la patria potestad como accesoria del divorcio o separación a la cual hacemos referencia, es una novedad en el ordenamiento legal venezolano, pues en estos casos, tradicionalmente la previsión normativa

24 SOJO BIANCO, Raúl, ob. cit., p. 225; LÓPEZ HERRERA, Francisco, ob. cit. p. p 212-214; GRISANTI DE LUIGI, Isabel, ob. cit., p. 296; D' JESÚS, Antonio, ob. cit. p. 85: "Los expertos consideran que la drogadicción provocada por fármacos o por cualquiera otro medio degradan al hombre, lo embrutecen y lo hacen incapaz de sobrellevar la vida conyugal".

estaba referida a la privación de la patria potestad, y por tanto, el progenitor afectado, tenía la posibilidad de probar su rehabilitación en el proceso judicial instaurado al efecto, y consecuentemente recuperar el ejercicio de la patria potestad. Con ocasión de la reforma de la Ley Orgánica de Protección al Niño y al Adolescente habida en diciembre de 2007, el legislador optó por considerar que los supuestos comprobados eran de una gravedad tal, que si resultaron suficientes para declarar el divorcio o la separación de los cónyuges, se justificaba en consecuencia, la extinción de la patria potestad sobre sus menores hijos y no su privación, con lo cual quedó suprimida la posibilidad de su readquisición en el futuro.

Con vista de ello, consideramos necesario hacer notar que la reforma del Código Civil efectuada en 1982 pregonó el abandono de la tesis del divorcio por culpa, y por tanto su eliminación y sustitución por la tesis del divorcio remedio o divorcio solución, que posteriormente fue desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia[25]. Consecuentemente, se estableció la prioridad a favor del acuerdo de los cónyuges respecto a custodia, manutención y régimen de convivencia de los hijos, aún en los casos de divorcio y separación contenciosa y se dispuso que la patria potestad continuaría ejerciéndose por ambos padres en forma conjunta. La intervención judicial solo quedó prevista para el caso de desacuerdo de los progenitores o si el convenio realizado vulnerase el orden público o resultara lesivo al interés superior del hijo. Luego, cuando el legislador de 2007 impone como pronunciamiento accesorio en determinadas causales, la extinción o pérdida definitiva de la patria potestad al cónyuge que incurrió en los supuestos allí previstos, a nuestro entender, se consagra claramente de forma más severa, una consecuencia jurídica, que constituye una reminiscencia de la

25 Véase: TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala de Casación Social. Sent. No. 192 de 26 de julio de 2001. En: www.tsj.gov.ve. A partir de los criterios expuestos en esta sentencia se han orientado las decisiones de los tribunales Superiores y de instancia en los casos correspondientes a la materia.

tesis del divorcio por culpa o divorcio sanción, que tradicionalmente había caracterizado la legislación familiar y que ya se consideraba excluida del ordenamiento jurídico patrio.

A diferencia de la nuestra, en la formulación normativa mexicana sobre el divorcio[26], el legislador no establece una consecuencia jurídica específica, acerca de la patria potestad sobre los hijos habidos en el matrimonio cuya disolución se pronuncia, sino que deja la decisión a la libre apreciación y discrecionalidad del juez de familia, en atención a las circunstancias del caso concreto.

En razón de ello, afirma el jurista Julián Güitrón Fuentevilla que la culpa en el divorcio dejó de ser fundamento para la pérdida de la patria potestad[27].

4.2.2. Responsabilidad de crianza

La responsabilidad de crianza que antes conocimos como guarda, ha

26 México. Código Civil para el Distrito Federal. Editorial Sista, S.A., Ciudad de México, julio 2008. "Articulo. 283: La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos menores de edad, para lo cual

deberá contener las siguientes disposiciones: I. Todo lo relativo a los deberes y derechos inherentes

a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación; a la guarda y custodia, así como a las obligaciones de crianza y el derecho de los hijos a convivir con ambos progenitores … Para lo dispuesto en el presente artículo, de oficio o a petición de parte interesada, durante el procedimiento,

el Juez se allegará de los elementos necesarios, debiendo escuchar al Ministerio Público, a ambos

padres y a los menores"

27 GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián y ROIG CANAL, Susana. Nuevo Derecho Familiar. (En el Código

Civil de México, Distrito Federal del año 2000). Editorial Porrúa. México. 2003, p. 274:": "El nuevo artículo 283 del Código Civil faculta a los jueces, a que bajo su más estricta responsabilidad y discrecionalidad, resuelvan la pérdida, limitación o suspensión de la patria potestad. La culpa en el divorcio, no es ya el fundamento para perder la patria potestad, ya que ésta ha quedado reservada a la libre opinión del Juez Familiar".

sido definida por el legislador como un elemento de la patria potestad que "comprende el deber y el derecho compartido igual e irrenunciable del padre y de la madre de amar, criar, formar, educar, custodiar, vigilar, mantener y asistir material y afectivamente a sus hijos e hijas, así como la facultad de aplicar correctivos adecuados que no vulneren su dignidad, derechos garantías o desarrollo integral". Su ejercicio corresponde en forma conjunta a ambos progenitores y el divorcio o la separación de cuerpos no comportan alteración en ello, salvo respecto de la custodia, que por requerir la convivencia del hijo con el progenitor que la ejerza, su atribución podrá ser objeto de acuerdo por los cónyuges, quienes podrán convenir custodia compartida si de la valoración realizada consideran que es lo más beneficioso al hijo. En su defecto, será determinada por el tribunal que ha conocido del proceso correspondiente, siempre con audiencia del hijo sometido a su potestad. A estos fines se establece una preferencia a favor de la madre para que le sea adjudicada la custodia de los hijos menores siete años, siempre que su interés superior no indique que resulta más conveniente su atribución al padre[28].

28 Los progenitores tienen la facultad legal de efectuar un acuerdo sobre la custodia de sus hijos, ante la Defensoría del Niño, Niña y Adolescente, previa la tramitación de un proceso conciliatorio que concluye con la suscripción de un Acta de Conciliación que es enviada al Tribunal de Protección para su homologación y es precisamente este acto procesal el que pone fin al trámite. Así que, el proceso conciliatorio y el acuerdo de las partes se realiza en vía administrativa, pero el convenio final está sujeto a la aprobación judicial y por tanto, su homologación lo constituye en una decisión judicial. Si posteriormente se demanda el divorcio o separación contenciosa de los cónyuges, ¿debemos entender que el juez está obligado a aceptar el contenido del convenio al emitir el pronunciamiento sobre custodia que corresponde en el juicio respectivo?. En razón de que el artículo 360 de la Ley Orgánica de Protección al Niño, Niña y Adolescente confiere prioridad al acuerdo de los padres sobre custodia de sus hijos, en estos casos estimamos que al dictar las medidas provisorias al comienzo del juicio, si las partes no manifiestan su contrariedad con el contenido del acuerdo, el juez deberá respetarlo y proceder en consecuencia. Si por el contrario, alguna de las partes cuestiona la vigencia, actualidad o funcionamiento del acuerdo realizado, el juez deberá abrir una articulación probatoria con audiencia

Conforme al texto legal contenido en el artículo 360 de la Ley Orgánica de Protección al Niño, Niña y Adolescente, podemos entender que la atribución de custodia del hijo menor de siete años debe ser realizada siempre por el Juez, previa la valoración pertinente. Cabría preguntarse ¿podrían los progenitores que por efecto de la demanda o sentencia de divorcio tienen residencias separadas, celebrar un convenio mediante el cual se acuerde la custodia del hijo que no ha cumplido siete (7) años al padre u otra persona distinta de la madre? ¿Se considerará necesario a los fines de este acuerdo que la madre demuestre fehacientemente ante el juez que existen graves motivos que le impiden el ejercicio de la custodia de sus hijos? En nuestro criterio, la disposición aludida fue consagrada con el propósito de proteger fundamentalmente el interés del hijo, tomando en cuenta principios preconizados por la medicina, psicología y psiquiatría, predominantes en los últimos años. Por tanto, cuando la madre que conoce su situación y es de presumir que tiene verdadero afecto por su menor hijo, celebre sin embargo un convenio mediante el cual concede la custodia, - que en razón de la preferencia legal le corresponde - al progenitor o incluso a un tercero con la anuencia del padre, consideramos por una parte, que no debe ser obligada a demostrar ante el juez, los motivos que la inducen a celebrar tal convenio, pero el Juez para tomar su decisión debe proceder con conocimiento de causa y en tal sentido debe cerciorarse que el convenio así celebrado es el más conveniente al interés superior de los hijos del matrimonio, a cuyos fines también deberá tomar en cuenta la disposición legal, que impide conceder la custodia al progenitor a quien se le haya tenido que imponer judicialmente el cumplimiento de la obligación de manutención por haberse negado injustificadamente a satisfacerla[29].

---

de ambas partes y del niño o adolescente a quien se refiere el conflicto y decidir sobre la medida en atención al interés superior del hijo.

29 Venezuela. LOPNNA, cit. Art. 362.

4.2.3. Régimen de convivencia y obligación de manutención

El padre o madre a quien no se haya atribuido la custodia de sus menores hijos en la sentencia de divorcio o de separación de cuerpos, tiene derecho a que se le establezca un régimen de convivencia (antes denominado régimen de visitas) respecto de sus hijos y a que se determine la nueva manera en que habrá de cumplir su obligación de manutención. La obligatoriedad para el Juez de disponer sobre estas instituciones familiares en la sentencia que declarase el divorcio estuvo prevista en el artículo 192 del Código Civil[30] que fue derogado en forma expresa por la Ley Orgánica de Protección al Niño y al Adolescente cuya vigencia comenzó en el año 2000, en la cual se previó la facultad del Juez de pronunciarse sobre ellas al dictar las medidas cautelares al inicio o durante el curso del proceso de divorcio. No obstante, al hacer referencia a las medidas relativas a los hijos en la sentencia que pone fin al juicio, solo hace mención de la atribución de la custodia[31]. Sin embargo, no podemos dejar de mencionar que en muchos casos los Tribunales de Protección al Niño, Niña y Adolescente al decidir en casos de divorcio y de separación contenciosa de cuerpos suelen dejar establecido el régimen de convivencia y la forma en que habrá de satisfacerse la obligación

30 Venezuela. Código Civil, cit. Art. 192. "... El Juez, en la sentencia de divorcio o de separación de cuerpos, decidirá en interés del menor, la atribución de la guarda a uno de sus progenitores, en el lugar donde éste fije su residencia, pudiendo también confiarla a terceras personas aptas para ejercerla. La guarda de los hijos menores de siete años será ejercida por la madre, salvo que, por graves motivos, el juez competente tome otra providencia. El cónyuge a quien no se ha atribuido la guarda, conserva las demás facultades inherentes a la patria potestad y las ejercerá conjuntamente con el otro. El juez determinará, en la sentencia definitiva el régimen de visitas para el progenitor a quien no se haya atribuido la guarda o la patria potestad, así como también el monto de la pensión alimentaria que el mismo progenitor deberá suministrar a los menores y hará asegurar su pago con las medidas que estime convenientes entre las previstas en la ley". (Derogado por el art. 684 de la Ley Orgánica de Protección al Niño y al Adolescente).

31 Venezuela. LOPNNA, art. 360.

de manutención de los hijos menores habidos en el matrimonio, tal como se encontraba previsto en la norma derogada.

4.2.4. RESPECTO DE LOS BIENES. EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD CONYUGAL

La ejecutoriedad de la sentencia que pronuncia el divorcio comporta la cesación del régimen patrimonial que se inició el día de la celebración del matrimonio. En tal sentido, si los cónyuges hubiesen optado por un régimen convencional, las capitulaciones matrimoniales suscritas quedan sin ningún efecto. Si no realizaron convenio alguno o si las estipulaciones pactadas no comportan una clara y absoluta separación de bienes, y por tanto, quedaron sometidos al régimen legal de comunidad de gananciales, aún de manera parcial, ésta quedará extinguida y por disposición expresa de la ley se procederá a liquidarla[32], conforme a la regulación legal establecida. Esta imposición resulta lógica puesto que nuestra legislación, prohíbe la constitución de toda sociedad a título universal, - sea de bienes presentes y venideros o de unos u otros sin especificación alguna- , y consagra solo una excepción cuando se trata de convención entre cónyuges en razón del matrimonio y en tal sentido, los faculta para optar por una sociedad universal de ganancias llamada a mantenerse durante la vigencia del vínculo[33].

5.3. EN RELACIÓN A LA FAMILIA

32 Venezuela. Código Civil, cit. Art. 186.

33 Venezuela. Código Civil, cit., art. 1650: "Se prohíbe toda sociedad a título universal, sea de bienes

presentes y venideros o de unos u otros. Se prohíbe asimismo toda sociedad de ganancias a título universal, excepto entre cónyuges. Pueden, con todo, ponerse en sociedad cuantos bienes se quieran, especificados".

5.3.1. Impedimentos matrimoniales

Si bien el divorcio disuelve el vínculo legal existente entre los cónyuges, por imperativo de la ley, la relación de afinidad existente entre uno de los cónyuges y los parientes consanguíneos del otro no queda extinguida con la terminación del matrimonio aunque no existan hijos. En tal sentido, la repercusión más importante dentro del ámbito de las relaciones familiares está referido a ciertos impedimentos matrimoniales. En efecto, en nuestro ordenamiento civil, no se permite ni es válido el matrimonio entre ascendientes y descendientes ni entre afines en línea recta, lo cual se califica como impedimento no dispensable. Tampoco está permitido el matrimonio entre cuñados cuando el vínculo que produjo la afinidad quedó disuelto por divorcio.[34]

5.3.2. La vivienda familiar

Es indiscutible la importancia que tiene la vivienda como institución básica para la estabilidad de la familia y el desarrollo personal de cada uno de sus miembros, puesto que la vivienda es el lugar donde se efectúan y se ejercen las funciones más elementales de la vida humana y donde se realiza de manera fundamental la convivencia del grupo familiar. En el orden jurídico, constituye el espacio geográfico privado que posibilita el ejercicio de los deberes y derechos de orden familiar, destinado al desarrollo de la personalidad de sus integrantes y al fortalecimiento de la familia.

Nada se prevé, sin embargo, sobre una situación sumamente grave que obra en perjuicio de los hijos del matrimonio que se disuelve por divorcio. Se trata de la protección que debe darse a los hijos en materia de vivienda.

Al referirnos a las medidas provisionales que puede dictar el Juez al admitir un juicio de divorcio o de separación de cuerpos

34 Ídem, Arts. 51 y 53.

mencionamos la atinente a determinar cuál de ellos habrá de continuar habitando el inmueble que les servía de alojamiento común, mientras dure el juicio y la preferencia a estos fines para el cónyuge a quien se atribuya la custodia de los hijos menores de edad.

Es un hecho notorio, que en la sentencia definitiva los jueces no suelen hacer ningún pronunciamiento sobre permanencia en la vivienda familiar, del cónyuge a quien se haya confiado la custodia de los hijos, aún en el caso de que dicha vivienda pertenezca a la comunidad conyugal. Ni aún mediante la vinculación de la permanencia en la vivienda con la obligación de manutención que tiene el progenitor co-propietario del inmueble. Por ello, en numerosos casos y en forma reiterativa, se presenta la enojosa situación de un progenitor (generalmente la madre) que resulta desalojada de la vivienda junto con sus hijos, porque no alcanza a satisfacer la cuota parte de su excónyuge para poder conservar la vivienda de los hijos de ambos.

Tal situación, a pesar de la frecuencia con que ocurre, fue ignorada completamente por el legislador en la última reforma, en razón de lo cual, corresponderá a los Tribunales de Protección al Niño, Niña y al Adolescente en su elaboración jurisprudencial, subsanar esta omisión, a través de una verdadera determinación y valoración del interés superior de los niños y adolescentes, hijos del matrimonio que se disuelve.

5.2.3. La institución del hogar

Con base en la regulación legal, la doctrina nacional ha definido el hogar como un conjunto de bienes separados del patrimonio normal del constituyente a favor de un núcleo determinado de personas, con el propósito de protegerlos económica y jurídicamente dentro de un lapso determinado, que queda excluido de la prenda común de sus acreedores.[35] Conforme al Código Civil, una persona solo

35 LA ROCHE, Alberto. *Derecho Civil II. Bienes y derechos reales.* Impresora

puede constituir un único hogar, que puede consistir en una casa en poblado o fuera de él, o una casa con tierras de labor o cría, siempre que pertenezca en plena propiedad al constituyente y esté destinada a vivienda principal de la familia.

Al producirse la disolución del matrimonio por divorcio o la sentencia de separación de cuerpos en vía contenciosa, los efectos sobre la institución del hogar pueden resumirse así: a) Conservará el derecho al hogar el cónyuge a quien se acordare la custodia de los hijos; b) Si no existen hijos el hogar quedará extinguido, salvo que hubiese otros descendientes a favor de quienes también se lo haya instituido; c) Si se trata de sentencia que declara la conversión en divorcio de una separación de cuerpos por mutuo consentimiento, los cónyuges pueden acordarse sobre la atribución del hogar, pero si ello no fuera posible, el Juez podrá atribuirlo a uno de ellos o lo declarará extinguido en atención a las circunstancias[36].

CONSIDERACIONES FINALES

Con fundamento en los contenidos constitucionales y legales que hemos analizado y tomando en cuenta las opiniones doctrinales expresadas, nos permitimos dejar plasmadas algunas reflexiones y formular sugerencias que puedan aportar una orientación válida a las personas a quienes corresponde la función legislativa y a aquellas cuya actividad se concreta en la interpretación y consecuente aplicación del ordenamiento jurídico, en los aspectos relativos a la separación de cuerpos y al divorcio que se abordan en este trabajo. Ellas son:

A) Consideramos un avance en la legislación familiar, que en

Nacional. Maracaibo. 1981, p. 309; KUMMEROW, Gert. *Bienes y derechos reales.* 2ª. ed. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1969, p. 474; AGUILAR GORRONDONA, José Luis. *Cosas, bienes y derechos reales. Derecho Civil II.* 7ª. ed. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2005, p. 429.

36 Véase: Venezuela. Código Civil, cit. Arts .632, 633, 634, 635 y 642.

los casos de divorcio y de separación de cuerpos que se tramitan en vía contenciosa, se haya establecido como prioritaria, la posibilidad de realización de un convenio entre los cónyuges acerca de la situación futura de sus hijos, que en la normativa precedente solo estaba permitida en los casos de separación de cuerpos por mutuo consentimiento (custodia, orientación de la educación, régimen de convivencia familiar, pensión de manutención, autorizaciones para viajar y otros aspectos permitidos por la ley). En nuestro criterio, ello debe contribuir a la convicción de los cónyuges que se separan o divorcian, que las causas que han motivado la disolución de su matrimonio, no pueden ocasionar alteración alguna en el ejercicio conjunto y cumplimiento de sus deberes, facultades y responsabilidades respecto de sus hijos menores de edad, salvo que se trate de las causales que conducen a la extinción de la patria potestad a las cuales nos hemos referido.

B) Hemos señalado que en los casos de separación de cuerpos decretada por el Tribunal, la suspensión de la vida en común de los esposos es uno de los efectos legales inmediatos. Sin embargo, la presunción de paternidad matrimonial continúa vigente hasta trescientos días después de la disolución del matrimonio, es decir, después de transcurrido el término de separación sin que se hubiese producido reconciliación de los cónyuges y en consecuencia, haberse convertido en divorcio dicha separación judicial. En atención a las disposiciones constitucionales relativas a la familia y al niño y al derecho de toda persona a investigar y conocer su filiación biológica, y dado que ya el legislador consagró una flexibilización de la presunción de paternidad en caso de la separación de hecho que ha servido de fundamento para el divorcio conforme al artículo 185-A del Código Civil, antes aludido (supra, 4.2.1.) somos del criterio que no hay razones para establecer tal flexibilización con fundamento en una separación de hecho y descartarla ante una separación decretada por el Juez, cumplidas como sean la exigencias legales pertinentes. Por tanto, nos permitimos exhortar una revisión de esta normativa para

armonizarlas con las disposiciones constitucionales sobre la materia y permitir el reconocimiento voluntario en estos casos por quien se atribuye la cualidad de padre biológico, siempre que la madre manifieste su consentimiento para tal acto, sin que se requiera el ejercicio de una acción de desconocimiento por el cónyuge, con la incidencia que ello pueda tener en la estabilidad emocional del hijo.

C) Siempre bajo la idea de la protección constitucional y legal a los hijos y a la familia, estimamos que dentro de las providencias definitivas de la sentencia que declara el divorcio, o la separación contenciosa, el juez debe ordenar la continuidad de la permanencia del progenitor a quien corresponda la custodia de los hijos menores de edad, en la vivienda que ha servido de asiento al hogar conyugal, respecto de lo cual ya se había dictado una medida provisoria. En protección del grupo familiar y en atención al interés superior de los hijos, no puede permitirse el desalojo con base en una acción de partición de la comunidad conyugal. Por el contrario, con fundamento en los deberes de protección y manutención de los hijos, que tienen el padre y la madre en forma conjunta, estaría dada la justificación para su permanencia en el hogar donde han vivido hasta que cumplan la mayoría de edad.

D) En definitiva, abogamos por una revisión permanente de la normativa familiar, no solo por los legisladores y órganos públicos de protección a la familia, sino también por los académicos y estudiosos del Derecho Familiar, que nos lleve a determinar las necesidades de adecuación de las leyes a las disposiciones constitucionales y principios fundamentales sobre protección a la familia como grupo y a sus miembros como integrantes de ella.

ALIENACIÓN PARENTAL Y DISCURSO JURÍDICO

JUAN LUIS GONZÁLEZ ALCÁNTARA Y CARRANCÁ.
(MÉXICO)

I. INTRODUCCIÓN

En meses pasados, la Asamblea Legislativa aprobó una reforma al Código Civil del Distrito Federal, publicada el día 9 de mayo de 2014[1], consistiendo en lo siguiente:

Artículo 323 Septimus.- Comete violencia familiar el integrante de la familia que transforma la conciencia de un menor con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con uno de sus progenitores.

La conducta descrita en el párrafo anterior, se denomina alienación parental cuando es realizada por uno de los padres, quien, acreditada dicha conducta, será suspendido en el ejercicio de la patria potestad del menor y, en consecuencia, del régimen de visitas y convivencias que, en su caso, tenga decretado. Asimismo, en caso de que el padre alienador tenga la guarda y custodia del niño, ésta pasará de inmediato al otro progenitor, si se trata de un caso de alienación leve o moderada.

En el supuesto de que el menor presente un grado de alienación parental severo, en ningún caso, permanecerá bajo el cuidado del progenitor alienador o de la familia de éste, se suspenderá todo contacto con el padre alienador y el menor será sometido al tratamiento que indique el especialista que haya diagnosticado dicho trastorno.

A fin de asegurar el bienestar del menor, y en caso de que, por su edad, resulte imposible que viva con el otro progenitor, el departamento de psicología del Tribunal Superior de Justicia del

1 *Cfr.* Gaceta Oficial del Distrito Federal, Décima Séptima Época, 9 de mayo de 2014.

Distrito Federal, evaluando a los parientes más cercanos del niño, determinará qué persona quedará encargada de su cuidado; mientras recibe el tratamiento respectivo que haga posible la convivencia con el progenitor no alienador.

El tratamiento para el niño alienado será llevado a cabo en el Departamento de Alienación Parental del Servicio Médico Forense del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.[2]

La anterior reforma, causó un gran revuelo no sólo desde el punto de vista de los operadores jurídicos, sino también de los medios de comunicación, en donde algunos se postularon en contra y otros a favor de dicha reforma; es sumamente interesante como este fenómeno que se encontraba circunscrito a otras áreas ajenas a la ciencia jurídica, impacta en esta, y causa y causará apasionados debates.

Ejemplos claros de estos apasionamientos los encontramos con reportajes como los de Lydia Cacho[3] o bien los de Eduardo Guerrero[4], demostrando lo explicitado por Nuria González Martín con relación a la alienación parental, es decir, que no existe una posición doctrinal unánime de forma indubitada alrededor de este fenómeno, y sobre todo que esta polarización tenga como consecuencia, entre otras razones por lo siguiente:

El SAP [Síndrome de Alienación Parental], y ello es importante destacarlo en este momento, no ha sido sujeto de estudios empíricos ni realmente objeto de publicación en revistas científicas, de hecho, como expresamos, el SAP deriva de las opiniones publicadas a partir de la década de 1980 por Gardner, basadas en su experiencia clínica. Con esta observación podemos subrayar la falta de atención concienzuda a este evento y por ende la falta de su ubicación en los

2 *Cfr. Ibídem* p.3.

3 Véase *La perversidad de la Alienación Parental*, en el periódico digital "sin embargo.mx", de fecha 29 de mayo de 2014, localizable en la siguiente página de internet *http://www.sinembargo.mx/opinion/29-05-2014/24285*.

4 Véase *Alienación parental*, del Diario Reforma del 15 de agosto de 2014.

medios jurídicos o jurisdiccionales. Ello propicia la concepción del SAP como un evento que al concretarse se manifiesta como abuso, ya sea de carácter sexual o psicológico, o considerarlo como una mera práctica, hasta inocua, cuando los niños se encuentran dentro de una ruptura familiar. Estas distintas posturas obedecen, en su mayor parte, a una falta de conocimiento sobre un tema tan complejo y delicado como el SAP.[5]

Es de destacarse también que la legislación del Distrito Federal, no fue la pionera en reglamentar este fenómeno, sino también hay antecedentes de otras entidades de nuestra República que introducen una conceptualización legislativa de la alienación parental, a saber Aguascalientes y Morelos, de la siguiente forma:

Código Civil para el Estado de Aguascalientes

Artículo 434. En relación entre ascendentes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición. Quien ejerza la patria potestad, debe procurar el respeto y el acercamiento constante de los menores con el otro ascendiente, en consecuencia, cada uno de los ascendientes deberá evitar cualquier acto de alienación parental. Se entiende por alienación parental la *manipulación o inducción que un progenitor realiza hacia su menor hijo, mediante la desaprobación o critica tendiente a obtener la denigración exagerada y/o injustificada del otro progenitor para producir en el menor; rechazo, rencor, odio o desprecio hacia este.*[6]

Código Familiar del Estado de Morelos en su artículo 224, establece:

Quien ejerza la patria potestad *debe procurar el respeto y el*

5 GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, "Convivencia Paterno-Materno filial en el panorama internacional: un acercamiento en torno a la sustracción de menores, alienación parental y mediación familiar internacional", en COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Alienación Parental,* México, CNDH, 2011, p. 21.

6 *Cfr.* RODRÍGUEZ QUINTERO, Lucía, "Alienación Parental y Derechos Humanos en el Marco Jurídico Nacional. Algunas consideraciones", *Alienación Parental, op. cit.* 83.

acercamiento constante de los menores con el otro ascendiente que también ejerza la patria potestad. En consecuencia, cada uno de los ascendientes debe evitar cualquier acto de *manipulación y alienación parental* encaminada a producir en la niña o del niño [sic], rencor o rechazo hacia el otro progenitor, *so pena de suspendérsele en su ejercicio*.[7]

Otro ejemplo, de trasplante legislativo de esta idea de manipulación parental, lo encontramos también en Brasil, en específico en la Ley número 12,318 de 26 de agosto de 2010. De acuerdo con la mencionada ley, la alienación parental se produce cuando hay una "injerencia en la formación psicológica del niño o adolescente promovido o inducido por un padre, abuelo o haciendo que el niño bajo su autoridad, custodia o supervisión para repudiar el padre o consecuencias negativas para el establecimiento o mantenimiento de los lazos con este.

Como apreciamos, la reforma del Distrito Federal, es sustancialmente más radical, que los otros trasplantes legislativos mencionados, lo que generó que la presidenta de la Comisión de los Derechos Humanos del Distrito Federal, promoviese acción de inconstitucionalidad contra la reforma al Código Civil de la ciudad capital de nuestro país.

Así pues, el objetivo de esta ponencia, es analizar el contenido de dicha acción de inconstitucionalidad, para que su divulgación genere el debate necesario, entre los operadores y justiciables, pues no está demás recalcar que lo que resuelva la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinará el destino final de la noción de alienación parental, que como trasplante doctrinario, llegó al discurso judicial mexicano, con sus pros y sus contras.

7 *Ibídem* p. 85.

II. ALIENACIÓN PARENTAL Y SU CONCEPTUALIZACIÓN.

En este sentido la doctrina, ha comprendido éste fenómeno desde postura teóricas duramente criticadas, en concreto, las de Gardner, quien lo define como: [...] "una perturbación psiquiátrica que aflora en el contexto de disputas litigiosas de custodia de niños, en especial cuando la disputa es prolongada y agraria. Hay tres tipos de síndromes de alienación parental, el diagnóstico diferencial de los cuales es crucial para tratar adecuadamente el trastorno". Los tres tipos de síndromes a los que se refiere son: ligero, moderado y severo, con manifestaciones sintomáticas de diferentes intensidades. [...][8]

Estos estadíos son explicitados por Gardner, de la siguiente forma:

Estadio Leve. Aunque existe la "campaña de denigración", se dan las visitas con el progenitor no custodio, sin la presencia de grandes conflictos. Están presentes sentimientos de culpa y malestar con el progenitor alienado. El hijo conserva un pensamiento independiente, aunque apruebe la postura del progenitor alienador, cuando éste se ausenta. La sentencia en este momento alcanzaría resolver el problema, para el caso de que la custodia fuera el único punto de contienda. El hijo apenas se ve involucrado en el procedimiento judicial.[9] Sobre éste punto podríamos afirmar que el menor tiene conocimiento de la existencia de un juicio, ya sea porque fue advertido por sus progenitores, o por el Juzgador, al haber sido llamado a juicio para sostener una plática con el mismo con el único fin de conocer su opinión.

Estadio Moderado. Se caracteriza por la gran variedad de tácticas utilizadas por uno de los progenitores (alienador) con el objeto de prescindir al otro. La "campaña de denigración" se intensifica. Los

8 GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, *op. cit.* p. 21

9 *Cfr.* AGUILAR, José Manuel, *S.A.P.: Síndrome de alienación parental. Hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro"*, 2ª. ed., España, Almuzara, 2006, pp. 47- 48.

argumentos que el alienador utiliza como justificación son más superficiales e ilógicos.[10] Las visitas se tornan más conflictivas y se da inicio con las provocaciones de parte del alienador. El hijo deja entrever un pensamiento dependiente, interviene en defensa del alienador ausente con fuerza. Las visitas al resto de la familia del otro progenitor se efectúan con desagrado y en contra de la voluntad del hijo. El menor está más involucrado. Se actualiza la interrupción de las visitas y la convivencia con el otro progenitor, la cual se ve mermada con la presentación de denuncias y otros motivos aparentemente justificados, como lo son: enfermedades, actividades extraescolares, compromisos previos o de última hora, etcétera.[11]

Estadio grave o agudo. Los sentimientos hacia el progenitor alienado son en suma de aborrecimiento. El odio y el rencor se dejan ver sin dificultad. No existe probabilidad alguna de convencer al hijo de que cambie sus sentimientos para con el progenitor alienado, menos aún de convivir con él. El vínculo afectivo es inexistente. El tiempo y los encuentros confirman la distancia emocional. El progenitor alienado pasa de ser un extraño a un ser de extremo peligro. La fortuita convivencia que pudiese darse se convierte en un tiempo de tortura y tormento, cuyo único deseo albergado es que dicho tiempo termine lo más pronto posible. El progenitor alienador reconocer la existencia del problema, pero llega a la conclusión de que no tiene remedio ya que es el sentir del hijo, determinando que de su parte no hay nada que pueda hacer para remediarlo o siquiera apaciguar el odio y miedo que el hijo siente por el progenitor alienado. La situación gira en todo momento sobre el entorno del alienador, viéndose asimismo como la víctima y obligado a velar por la seguridad de su hijo, yendo en contra de órdenes judiciales fundadas en dictámenes especializados que recomienda la convivencia y el acercamiento del niño con el progenitor alienado, determinaciones que a su leal saber

10 Cfr. TEJEDOR HUERTA, Asunción, *El Síndrome de alienación parental*, 2ª. ed., España, EOS Psicología Jurídica, 2007, p. 37.

11 *Cfr*. AGUILAR, José Manuel *op. cit.*, p. 48.

y entender son perniciosas para el menor. La obsesión del alienador es "la protección" de su hijo(a). Los hijos reflejan la paranoia creada por el alienador.[12]

Las doctrinas de Gardner, han servido de base para que otros estudiosos construyan una doctrina fundada en sus ideas, aunque no necesariamente desde la psiquiatría o psicología, como es el caso de Cartwright, quien por su parte señala rasgos para poder identificar la alienación parental, ha saber:

1. Su aparición puede deberse a conflictos familiares, llámese guarda y custodia, demanda por alimentos, régimen de visitas, etcétera.

2. Su desarrollo es directamente proporcional al tiempo de afectación.

3. La tendencia del alienador será demorar el conflicto.

4. La falta de expedites en los procedimientos es un factor que incrementa el conflicto.

5. El uso de acusaciones "virtuales". El alienador se ayuda de las denuncias penales por abuso sexual, para denigrar al otro progenitor.

6. La presunción de un gasto extraordinario, necesario para sustentar las pruebas que neutralicen la alienación.

7. La aparición de problemas psicológicos en los menores sujetos de alienación.

8. Las consecuencias a largo plazo, consistentes en sentimientos perjudiciales difíciles de olvidar por los niños y otros miembros que integran la familia.[13]

Tales argumentos sobre la alienación parental, han sido en todo caso, considerados por algunos especialistas en psicología, como un: "[…] Diagnóstico de Juzgado", una argumentación legal en el marco de la disputa por la tenencia y visitas de los hijos; en juicios de divorcio con indicadores de abuso sexual de uno de los progenitores, que no

12 *Ibidem*, pp. 50-52.

13 *Cfr.* TEJEDOR HUERTA, Asunción. *op cit*, pp. 26 - 27.

tiene correspondiente o existencia en el ámbito médico, psiquiátrico o psicológico, por lo que no se lo (sic) puede considerar un instrumento diagnóstico válido. […]"[14]

En efecto, este trasplante de una doctrina como la alienación parental al discurso jurídico, ha generado, por una parte que la palabra "alienación parental", tenga un significado desde las posturas doctrinarias de Gardner, y por el otro lado, "alienación parental" refleje la postura de un fenómeno vinculado al comportamiento de los justiciables desde el discurso de la práctica netamente jurisdiccional.

Un ejemplo de esta diferenciación lo encontramos en el amparo en revisión 1243/2012, del índice de la Primera Sala de la Suprema Corte, en donde se analizó la actuación y consideraciones del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, con relación a la resolución pronunciada en un juicio de pérdida de la patria potestad, en donde destacamos que la autoridad federal, hace expresa alusión a la "alienación parental", como se vislumbra del considerando QUINTO de la resolución de nuestro máximo Tribunal que a continuación se establece:

[…] QUINTO. Consideraciones del Tribunal Colegiado.

[…]

2. Aun cuando en el expediente **********/2010, ya se había establecido que el padre manipulaba a sus menores hijos en contra de su progenitora y tal circunstancia también se consigna en el juicio generador de los actos reclamados, no puede establecerse que la determinación de la guarda y custodia y patria potestad de los menores, constituya cosa juzgada, en virtud de que en las periciales desahogas en el sumario se precisa que en la actualidad uno de los hijos presenta rasgos depresivos. Dichos síntomas que presenta el menor constituyen un cambio en las circunstancias que, de acuerdo al artículo 4.224 fracción II del Código Civil para el Estado de México,

14 MIRANDA, Carlos Reinaldo, "Síndrome de Alienación Parental: Aportes para la reflexión", en COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Alienación Parental,* México, CNDH, 2011, p. 211.

justifica un nuevo análisis sobre la determinación de la patria potestad y custodia de los menores. En efecto, la existencia del Síndrome de Alienación Parental, constituye una forma de violencia en contra de los menores.[15]

[…]

Y si bien es cierto, que las características de la prueba pericial que sirvieron de base al Tribunal Colegiado, y demás circunstancias vinculadas a este medio de probanza, fueron objeto de impugnación, la Primera Sala decidió no analizar ni estudiar, desde luego, las implicaciones de la "alienación parental", pues consideró: "[…] respecto a la valoración que realizó el Tribunal Colegiado de las diferentes pruebas que obran en el expediente, -prueba pericial psicológica, manifestaciones de los niños, inexistencia de un estudio de trabajo social, entre otras,- son inoperantes en tanto constituyen temas de legalidad no susceptibles de ser analizados por esta Suprema Corte en el recurso de revisión […]".[16]

Es por eso que, si observamos la redacción de las conceptualizaciones de la "alienación parental" contenidas en el discurso legislativo, en concreto las relativas a las codificaciones de Aguascalientes y Morelos, apreciamos que si bien establece lo que debe entenderse por alienación parental, no propone una forma directa de cómo combatirla, ni una postura doctrinaria determinada, lo que las distingue en tratándose del Distrito Federal, en donde sí se ve una clara identificación con las doctrinas de Gardner y subsecuentes doctrinarios, en específico en la forma o en los remedios legales propuestos, por ejemplo, la reforma al Código Civil propone: "[…] en caso de que el padre alienador tenga la guarda y custodia del niño, ésta pasará de inmediato al otro progenitor, si se trata de un caso de alienación leve o moderada.", […]En el supuesto de que el menor

15 *Vid.* Página de internet de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, localizable en el siguiente hipervínculo: www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/…/12012430.010-644.doc

16 Página web de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *idem.*

presente un grado de alienación parental severo, en ningún caso, permanecerá bajo el cuidado del progenitor alienador o de la familia de éste, se suspenderá todo contacto con el padre alienador [...].

Sin embargo, con independencia de las objeciones a la doctrina de Gardner, ni dentro de estas existe un consenso en cómo combatir o erradicar los efectos de la alienación parental, pues si bien al principio Gardner proponía que en los casos de la alienación parental, moderado y severo, se aplicaran medidas desde la transferencia del padre alienado, arrestos domiciliarios, encarcelaciones, con el tiempo, el propio Gardner revisó sus opiniones se manifestó por medidas menos agresivas para combatir la alienación parental.[17]

Lo anterior es destacable, porque se aprecia que existen por lo menos dos significantes de la palabra "alienación parental", que se encontraban diferenciadas, por su contexto pragmático y disciplinario, es decir, el empleado por los teóricos influidos por Gardner, y el utilizado por los Tribunales, que con la reforma al Código Civil del Distrito Federal, pareciese que se entre-mezclan en cuanto a sus significantes e implicaciones.[18]

17 *Cfr.* TURKAT, Ira, "Parental Alienation Syndrome: A review of Critical Issues", *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, Vol. 18, Eva, 2002,

18 Hay que tener en consideración que el "lenguaje jurídico" el discurso jurídico, como lo explica Jerzy Wroblewski, es aquel lenguaje por el cual se formula el derecho o se habla el derecho, esto implica para efectos de la filosofía del derecho, que todo análisis del lenguaje, desde una perspectiva analítica, debe darse en tres distintos planos del mencionado lenguaje, a saber: de la sintaxis, de la semántica y por último de la pragmática. *Cfr.* Wroblewski, Jerzy, "Los lenguajes del Discurso Jurídico", *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas,* México, año V, núm. 14, mayo-agosto de 1990, pp. 356-359. A mayor precisión, Berumen nos explica que: "la sintaxis, es la que estudia las relaciones de los signos entre sí, es decir que desde una perspectiva lingüística es la que analiza el orden y la secuencia de las palabras. La semántica es la que estudia las relaciones de los signos con los significados, desde la óptica lingüística para abordar tal significado, se tiene que contar con un referente que es precisamente la "palabra" y el significado es a lo que se refiere o describe tal palabra. [...] Por otra parte, la pragmática es aquella que tiene por objeto de estudio las relaciones de los signos con su uso o de quienes lo

III. TÓPICOS PRINCIPALES DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD PROMOVIDA POR LA COMISIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL.

1. La Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, parte de una cuestión previa sumamente relevante para el presente caso, es decir, "[…] reconoce la existencia del fenómeno de la manipulación infantil como una enorme preocupación que debe ser atendida de conformidad con los estándares más altos de protección de los derechos humanos y siempre reconociendo un enfoque integral que asegure la protección del interés superior de la niñez. [19]

2. Sin embargo considera que la norma incorporada al Distrito Federal, lejos de proteger a los niños, los afecta, al mismo tiempo que reproduce estereotipos de género, de ahí que sugiera "imprescindible generar un importante debate en la materia y evitar así la aprobación de normas".[20]

En este sentido, la Comisión de Derechos Humanos de nuestra Ciudad Capital, arguye que en la reforma adolece de los siguientes defectos:

Falta de neutralidad de la norma por efectos discriminatorios indirectos contra la mujer, fundamentalmente porque la propuesta recoge los apostolados teóricos de Richard Gardner, contiene diversos estereotipos como el de: "[…] "esposa abnegada". De manera particular, el síndrome que se analiza retoma consideraciones sustentadas en una división sexual del trabajo que establece y señala qué funciones y actividades son las que, por naturaleza, deben realizar las mujeres. […] en perjuicio de las mujeres resulta contrario a lo señalado por

emplean" *Cfr.* Berumen Campos, Arturo, *Apuntes de Filosofía del Derecho,* México, Distribuidor, 2003, pp. 15-55.

19 Escrito inicial que promueve acción de inconstitucionalidad la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, por conducto de su presidenta, visible en el siguiente hipervínculo: *http://cdhdfbeta.cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2014/06/accion_inconstitucional.pdf* , p. 8.

20 *Cfr. Ibídem.*

los artículos 3° y 6° de la Convención Belém do Pará, así como, por los artículos 5° y 10° de la Convención CEDAW los cuales garantizan el derecho de las mujeres de vivir una vida libre de violencia y resulta incompatible con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al no ser compatible con estándares internacionales.[…]"[21]

La aplicación de la norma produce efectos de invisibilización de contextos de violencia familiar: "[…] en cuanto que la aplicación de la norma, implica el establecimiento de dos opciones excluyentes para las mujeres: 1) la denuncia de violencia familiar frente al riesgo de perder la patria potestad de sus hijas e hijos, o bien, 2) el goce de la patria potestad, guarda y custodia de las hijas e hijos frente a la posibilidad de denunciar actos de violencia en el entorno familiar por temor de ser separadas de las y los menores de edad. […]"[22]

Origen cuestionable del concepto de Síndrome de Alienación Parental (SAP): "[…] aquellas posturas que cuestionan el Síndrome de Alienación Parental sostienen que para considerarlo científico es necesario crear una teoría basada en suficientes observaciones empíricas y llevar a cabo su comprobación mediante el método científico. Sin embargo, sostienen que para el caso del SAP, el concepto ha permanecido estático por más de una década y nunca ha sido tomado como teoría para comprobarse. […] la incorporación del SAP en la norma consagrada en el Código Civil para el Distrito Federal, coloca en una situación de riesgo a las niñas y los niños en el marco de procesos judiciales, vulnerando el principio de debida diligencia que obligaría al Estado a adoptar mecanismos científicos que se encuentren más allá de toda duda razonable […] [23]

Objetivización de niñas y niños a partir de la calificación de sujetos y no de conductas: "[…] En conclusión, la norma dispuesta en el artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal,

21 *Ibídem* pp. 20-21.

22 Ibídem. p. 25.

23 Ibídem. p. 30.

resulta inconstitucional toda vez que deja abierta la posibilidad de restringir la participación de niñas y niños de manera integral en el proceso sobre la base de su condición de sujetos de derecho [...]"[24]

Ausencia en la incorporación de un control de convencionalidad con enfoque de infancia: "[...] produce el detrimento del ejercicio de los derechos humanos de la ley y los niños, lo que se traduce en la falta de reconocimiento de los menores de edad como titulares de derechos, quienes requieren especial protección en función de su condición de niñas o niños. [...] se torna incompatible con el artículo 1° y 4°, constitucionales, así como, con los artículos 2° y 3°, de la Convención sobre los Derechos del Niño, y con los artículos 2° y 17°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. [...]"[25]

Afectaciones particulares a los Derechos de niñas, niños y adolescentes derivados de la aplicación de la norma que se impugna. 1º y 4º, constitucional; con los artículos 3°, 5° y 12°, de la Convención sobre los Derechos del Niño y los artículos 8°, 19° y 25°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. [...] Resulta incompatible con el interés superior de niñas, niños y adolescentes, el derecho a la igualdad, a ser oído y a la participación en el marco del proceso judicial, puesto que niega el conjunto de garantías, consideraciones y adecuaciones procesales que el derecho internacional de los derechos humanos y la propia jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación exigen tomar a favor de este grupo dentro del proceso. Es contraria al derecho a la igualdad y no discriminación, toda vez que por su propia concepción tutelar y paternalista niega a niñas, niños y adolescentes su carácter como auténticos sujetos de derechos y en su aplicación ocasionaría afectaciones permanentes a sus derechos. [...]"[26]

Afectaciones a niñas, niños y adolescentes derivadas de la aplicación de la norma que se combate: el interés superior de niñas

24 Ibídem. pp. 34-36.

25 Ibídem. pp. 36 y 38.

26 Ibídem. pp. 38 y 39.

y niños como principio procesal: "[…] Niega el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados y a participar en el proceso de determinación del síndrome de alienación parental. Niega el derecho a ser escuchados y participar en la decisión relativa a la guarda y custodia; así como en la determinación del tratamiento Departamento de Alienación Parental del Servicio Médico Forense del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Desestima el dicho de niñas, niños y adolescentes bajo el argumento de que su conciencia ha sido transformada por el padre o la madre, negando así su condición como auténticos sujetos de derechos. Coloca a niñas, niños y adolescentes víctimas frente a un posible riesgo a sus derechos humanos, así como a su integridad física y psicológica, incluso colocándoles en una situación de revictimización.[…]"[27]

IV. ALGUNAS REFLEXIONES

Primero: la "Alienación Parental", deberá ser estudiado conforme al interés superior del menor como un concepto jurídico indeterminado según el caso concreto, como acertadamente lo ha manifestado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de jurisprudencia No. 1ª./J.44/2014 (10a.), cuyo rubro es: "INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONFIGURACIÓN COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO Y CRITERIOS PARA SU APLICACIÓN A CASOS CONCRETOS".

Segundo. Para averiguar racionalmente el interés del menor en casos de "Alienación Parental" citados por la anterior jurisprudencia, implican tres elementos: a) Un primera zona de certeza positiva; b) Una segunda zona de certeza negativa; y c) El tercer y último lugar de zona intermedia, donde el juzgador deberá sustentar su decisión con base en un juicio de valor y precisar las circunstancias de cada caso, de conformidad con las necesidades materiales básicas o vitales del menor y las de tipo subjetivas siempre que sean interpretados de

27 Ibídem, pp. 41-43.

acuerdo con su grado de madurez o discernimiento.

Tercero. La "Alienación Parental", es un término de *textura abierta*, pues tiene múltiples significados, según el enfoque sintáctico, semántico y pragmático, es decir, el empleado por los teóricos influidos por Gardner, y el utilizado por los Tribunales, que con la reforma al Código Civil del Distrito Federal, pareciese que se entre-mezclan en cuanto a sus significantes e implicaciones.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, José Manuel, "S.A.P.: Síndrome de alienación parental. Hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro", 2ª. ed., España, Almuzara, 2006.
- BERUMEN CAMPOS, Arturo, "Apuntes de filosofía del Derecho", México, Distribuidor, 2003.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, "Convivencia Paterno-Materno filial en el panorama internacional: un acercamiento en torno a la sustracción de menores, alienación parental y mediación familiar internacional", en COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, Alienación Parental, México, CNDH, 2011.
- MIRANDA, Carlos Reinaldo, "Síndrome de Alienación Parental: Aportes para la reflexión", en COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, Alienación Parental, México, CNDH, 2011.
- RODRÍGUEZ QUINTERO, Lucía, "Alienación Parental y Derechos Humanos en el Marco Jurídico Nacional. Algunas consideraciones", Alienación Parental, en COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, Alienación Parental, México, CNDH, 2011.
- TEJEDOR HUERTA, Asunción, "El Síndrome de alienación parental", 2ª. ed., España, EOS Psicología Jurídica, 2007.
- TURKAT, Ira, "Parental Alienation Syndrome: A review

of Critical Issues", journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers, Vol. 18, 2002.

- Wroblewski, Jerzy, "Los lenguajes del Discurso Jurídico", Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, año V, núm. 14, mayo-agosto de 1990.

PÁGINAS ELECTRÓNICAS:

- La perversidad de la Alienación Parental, en el periódico digital "sin embargo.mx", de fecha 29 de mayo de 2014, localizable en la siguiente página de internet http://www.sinembargo.mx/opinion/29-05-2014/24285
- www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/.../12012430.010-644.doc
- http://cdhdfbeta.cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2014/06/accion_inconstitucional.pdf

PATERNIDAD BIOLÓGICA Y DE FACTO: UNA APROXIMACIÓN COMPARATIVISTA CON EL DERECHO ESTADOUNIDENSE[1]

FERNANDO SOSA PASTRANA
(MÉXICO)

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho, como todo sistema normativo, no puede, en forma alguna, operar sobre el vacío; si sus finalidades principales son, entre otras, la de regular la conducta humana y prevenir y resolver conflictos, es necesario partir del presupuesto de que existe una realidad social objetiva, susceptible de generar conflictos entre sus integrantes, sobre la cual va a operar dicho sistema normativo. Esta realidad, desde luego, es un ente fluido y dinámico que se encuentra en constante evolución a raíz de los cambios en los paradigmas que rigen la vida y la toma de elecciones de sus integrantes. En este sentido, el Derecho – hay que aceptarlo – siempre se encontrará varios pasos atrás de la realidad que pretende regular.

Ahora bien, una de las dimensiones que ha sufrido cambios más drásticos en las últimas décadas ha sido la concepción y estructura de una institución tan antigua como la familia, siendo uno de los principales factores que han dado origen a este cambio la rápida integración de la mujer en esferas tradicionalmente reservadas de manera exclusiva o casi exclusiva a los varones, tales como los ámbitos laboral, académico y político, entre otros, particularmente a partir de la segunda mitad del siglo XX, debiéndose ello en gran parte (aunque no totalmente) a la integración de las mujeres en la fuerza laboral a raíz de las dos guerras mundiales en la primera mitad de dicho siglo[2].

1 **En honor a la memoria de mi padre Eduardo Sosa del Río.

2 MOODY, Kim; *An injury to all: the decline of American Unionism*, Londres,

Asimismo, el surgimiento de nuevas técnicas de control de natalidad[3] y de reproducción asistida puso en tela de juicio la concepción tradicional de familia que se había tenido hasta el momento[4]. Si a ello añadimos la creciente reglamentación de las familias homoparentales, comenzando por la legalización de los matrimonios del mismo sexo en los Países Bajos en 2001, seguidos por Bélgica (2003), España y Canadá (2005), Sudáfrica (2006), Noruega y Suecia (2009), Portugal, Islandia, Argentina y México – en el Distrito Federal – (2010), así como la eventual aceptación y regulación de la adopción homoparental, nos encontramos ante un panorama diametralmente distinto, al cual deben adaptarse las disposiciones legislativas vigentes hasta la fecha.

En este sentido, una de las figuras más innovadoras ha sido el concepto de *paternidad de facto*, originalmente surgida de la jurisprudencia de la Corte Suprema del Estado de Washington en 2005, seguida de la reforma legislativa en el Distrito de Columbia en 2007 y las reformas un tanto más radicales en las legislaciones de Delaware (2009) y California (2012).

Originalmente, la doctrina de la *paternidad de facto* parte de la concepción de que:

Un menor puede ser miembro de una familia no tradicional

1988, p. 22: "La participación de las mujeres en la fuerza laboral tuvo un incremento del 28% en 1940 al 37% en 1945, para después bajar a un 30%. Para 1950, se encontraba alrededor de un 32%, más abajo del máximo durante la Guerra pero por encima del nivel antes de que ésta estallara."

3 WILKINSON MEYER, Jimmy Elaine; *Any friend of the movement: networking for birth control, 1920–1940,* Ohio State University Press, 2004, p. 184.

4 El Foro Federal Interagencia Sobre Estadísticas Familiares de los Estados Unidos, en su informe de 2004, señaló que cerca del siete por ciento de los niños viven con un padre biológico o adoptivo y un padrastro o madrastra, el veintiséis por ciento con un solo padre y el cuatro por ciento sin ninguno de ellos. Asimismo, señala que las mujeres solteras son responsables del treinta y siete por ciento de todos los nacimientos en los Estados Unidos. (*Cfr.* 92 tbl.FAM2.B.).

integrada por un padre legal y uno de facto. Un padre de facto es aquél que no tiene relación biológica con el niño, pero participa en la vida de éste como miembro de su familia. El padre de facto reside con el niño y, con el consentimiento y apoyo del padre legal, realiza una parte de las funciones de cuidado del menor como menos en la misma medida que el padre legal. El padre de facto ayuda a conformar la rutina diaria del niño, responde a sus necesidades de desarrollo, lo disciplina, provee para su educación y sirve como guía moral para él.[5]

Jurisprudencialmente, se ha tratado de establecer la distinción entre paternidad psicológica, paternidad *de facto* y otras figuras afines, como el *in loco parentis*. La Corte Suprema de Washington ha adoptado las siguientes definiciones:

In loco parentis: Frase latina que quiere decir "en lugar del padre". El término es temporal por definición y cesa con el retiro del consentimiento por parte del padre o padres legales. [...] Aunque existe un cierto grado de responsabilidad jurídica para este tipo de relación, las cortes y estatutos de Washington nunca ha considerado a estos individuos en el mismo lugar que a los padres reales.

Padre psicológico: Es un término creado principalmente por los científicos sociales pero utilizado comúnmente en las opiniones y comentarios legales para describir una relación similar a la paternidad "basada en la interacción diaria, compañía y experiencias en común" entre el niño y el adulto [...]

Padre de facto: Literalmente "padre de hecho" se yuxtapone con el padre reconocido jurídicamente, definido como "real, de hecho, que tiene efecto a pesar de no ser reconocido formal o jurídicamente".[6]

5 E.N.O. v. L.M.M., 711 N.E.2d 886 (Mass. 1999).

6 In re Parentage of L.B., 155 Wash.2d 679, 122 P.3d 161 (2005).

II. HISTORIA DE LA INCORPORACIÓN DE LA PATERNIDAD DE FACTO EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE

Aunque, como mencionamos, el primer antecedente de la paternidad de facto lo podemos encontrar en la resolución de la Corte Suprema de Massachussets en 1999, *E.N.O. v. L.M.M.*, es en el caso *In re Parentage of L.B.,* resuelto por la Corte Suprema de Washington, en donde se incorpora de manera formal y sistemática dicha figura al acervo jurisprudencial americano.

El caso transcurre de la siguiente forma: "en 1989, tras sostener una relación por varios meses, Page Britain y Sue Ellen Carvin comenzaron a cohabitar íntimamente. Cinco años después, decidieron tener un hijo, para lo cual Britain fue inseminada artificialmente con esperma donado por un amigo. El 10 de mayo de 1995, Britain dio a luz a una niña, L.B., y ambas comenzaron a criarla como su hija, adoptando un rol activo, amoroso y comprometido en su desarrollo. Después, cuando L.B. tenía seis años de edad, Britain y Carvin pusieron fin a su relación, dando lugar a un agrio litigio sobre el acceso a la menor."[7]

Durante el procedimiento, al Corte de Apelación sostuvo que el padre de facto puede demostrar la existencia de una relación de tipo parental presentando suficiente evidencia para demostrar que:

(1) el padre natural o legal consintió y promovió la relación parental; (2) el solicitante y el menor vivieron juntos en el mismo hogar; (3) el solicitante asumió obligaciones de parentesco sin esperar una compensación económica; y (4) el solicitante ha cumplido un rol parental por un tiempo suficiente para establecer con el menor una relación de dependencia de naturaleza parental.[8]

En 1973, la Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Estatales Uniformes, cuya finalidad es la de uniformar la diversidad entre la leyes estatales, creo la Ley de Paternidad Uniforme (UPA,

7 Ídem.

8 Ídem.

por sus siglas en inglés), cuya finalidad inicial era la de uniformar la situación jurídica de los menores nacidos fuera de matrimonio. Una nueva versión de dicha normatividad fue aprobada en 2000 y reformada en 2002, con la finalidad de abordar las cuestiones surgidas a partir de las tecnologías reproductivas, especialmente el uso del ADN para determinar la paternidad del menor[9]. Por lo que respecta a la definición de paternidad, la sección 201 de dicho ordenamiento establece que:

(a) La relación madre-hijo se establece entre una mujer y un menor mediante:

(1) el hecho de haber dado la mujer a luz al menor, a excepción de lo establecido en el artículo 8.

(2) una declaración judicial de maternidad; o

(3) la adopción del menor por la mujer; o

(4) una declaración judicial que confirme a la mujer como madre del menor nacido bajo un acuerdo de maternidad subrogada en términos del artículo 8 o de otra disposición aplicable

(b) La relación padre-hijo se establece entre un hombre y un menor mediante:

(1) una presunción no refutada de la paternidad del menor en términos de la sección 204

(2) un reconocimiento efectivo de paternidad por parte del hombre en términos del artículo 3, a menos que el reconocimiento haya sido rescindido o impugnado exitosamente;

(3) una declaración judicial sobre la paternidad del hombre;

(4) la adopción del menor por parte del hombre; o

(5) el consentimiento del hombre a un acuerdo de reproducción asistida en términos del artículo 7, si éste resultó en el nacimiento del menor; o

(6) una declaración judicial que confirma al hombre como

9 ROHLF, Lindsy J.; *The Psychological-Parent and De Facto Parent Doctrines: How Should the Uniform Parentage Act Define "Parent"?,* en 94 Iowa Law Review, pp. 713 y 714.

padre de un menor nacido de una madre subrogada si el acuerdo fue validado en términos del Artículo 8 o es ejecutable en términos de otra disposición legal.

Ha sido alrededor de estos términos que los oponentes de la doctrina de la paternidad *de facto* han elaborado su argumentación, alegando que la definición de "padre natural" contenida en el texto del ordenamiento legislativo debe considerarse exhaustiva, excluyendo por ende a cualquier otra persona que pretenda ejercer derechos de custodia o visita bajo la figura de la paternidad biológica o *de facto*, por lo que, en su opinión, la UPA debería reformarse para excluirlas explícitamente.[10] Nuestras razones para disentir con la anterior interpretación serán expuestas con posterioridad.

Volviendo a la resolución de la Corte Suprema de Washington, ésta estableció que, si bien la UPA no reconoce de manera explícita el estatus legal del padre *de facto*, esto no opone obstáculo alguno a que la Corte, utilice el derecho común en situaciones que la UPA no aborda directamente[11]. En esta tesitura, la Corte sostuvo que:

[N]o puede interpretar el pronunciamiento del legislativo en esta materia para precluir cualquier posible reparación para Carvin o L.V. De hecho, hacerlo sería antagónico con la intención del legislador – satisfacer el interés superior del menor frente a distintas nociones de familia y proporcionar apoyo económico y psicológico cierto y necesario para proteger a los menores en el estado. Aunque la legislatura puede eventualmente optar por establecer estándares distintos a los reconocidos aquí, y el hacerlo estaría dentro de su competencia, hasta ese momento, es deber de esta corte "procurar la administración de justicia de acuerdo con los dictámenes de la razón y el sentido común.[12]

El relativo éxito de la doctrina desarrollada originalmente por las Cortes Supremas de Massachusetts y Washington contribuyó a

10 ROHLF, Lindsy J.; *op. cit.*, pp. 714 y 715.

11 In re Parentage of L.B., 155 Wash.2d 679, 122 P.3d 166 (2005).

12 Ídem.

las ya mencionadas reformas legislativas en el Distrito de Columbia y los Estados de Delaware y California, ésta última promovida por el Senador Mark Leno, cuya naturaleza revolucionaria radica en la posibilidad explícita de que el menor pueda llegar a tener más de dos padres jurídicamente reconocidos.[13]

Lo anterior tuvo lugar a raíz de la resolución emitida por la Corte de Apelaciones del Estado de California el seis de mayo de dos mil once, denominado *In re M.C.*[14], en el cual dos mujeres casadas, Melissa e Irene, en una relación altamente inestable, fueron consideradas legalmente madres de la hija que Melissa tuviera con otro hombre. Las mujeres se separaron de nuevo, y Melissa obtuvo una orden de restricción en contra de Irene por parte de la Corte Superior de Los Ángeles. La menor fue tomada en custodia preventiva después de que la nueva pareja de Melissa atacara a Irene con un cuchillo, apuñalándola en el cuello y la espalda, causándole heridas severas.

La controversia, entonces, versó sobre quiénes eran los padres legales de la menor y, por ende, quiénes debían recibir la custodia de ésta. Aunque en primera instancia se decidió que tanto ambas mujeres como el padre biológico de la menor gozaban de dicho estatus, la Corte de Apelaciones revocó la resolución bajo el argumento de que la menor no podía tener más de dos padres legales.

Así pues, la reforma legislativa del Código Familiar de California, pretendía, al establecer de manera expresa la posibilidad de tener más de dos padres, evitar situaciones como la anterior, donde ninguna de las dos mujeres podía hacerse cargo de la menor, pues una se encontraba en prisión y la otra se encontraba aún en recuperación por sus heridas, a la vez que se impidió al padre biológico, que hasta el momento había contribuido de manera importante a la manutención

13 *Cfr.* Proyecto de Ley no. 1476, presentado por el Senador Mark Leno el 24 de febrero de 2012 para reformar las Secciones 3040, 4057, 7601 y 7612, así como para añadir una Sección 4052.5 al Código Familiar, en relación con la paternidad. Legislatura de California, Sesión Regular 2011-2012.

14 In re M.C., 123 (Cal. Ct. App. 2011).

económica de la menor, ejercer la guarda y custodia de la misma.

III. PADRES NATURALES Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Desde luego, una revolución tan radical en la materia no podría encontrarse libre de oposición. Muchas voces se han levantado vehementemente contra lo que consideran una intromisión indebida por parte del Estado en la vida privada de los ciudadanos. Para Lidsy J. Rohlf, el derecho de los padres naturales (esto es, los padres biológicos o adoptivos, en contraposición a los padres psicológicos o *de facto*) descansa en la interpretación armónica de la decimocuarta enmienda (debido proceso e igualdad ante la ley) y la primera enmienda (libertad religiosa), así como el derecho de procreación reconocido por la Suprema Corte. En este sentido, sostiene Rohlf, al conceder derechos de visita o de custodia sobre un menor a un tercero, el gobierno estaría invalidando las decisiones de los padres naturales sobre como criar a su hijo, entre las que se encuentra la de decidir con quién conviven, todo ello sin haber demostrado explícitamente su falta de idoneidad para la toma de dichas decisiones[15].

En esta misma tesitura, William C. Duncan advierte también de la posibilidad de que se concedieran derechos de visita a tres o más padres, sobre todo en los casos que denomina de "matrimonio serial" o "cohabitación serial" por parte de quien ejerciera la custodia del menor, lo que en su opinión "amenaza la estabilidad que es tan importante para el menor [y] menoscaba la autoridad del padre biológico o adoptivo que debe ajustar su relación con el menor a las demandas de otros adultos susceptibles de tener ideas divergentes acerca de cómo criarlo." [16]

De acuerdo con lo sostenido por ambos autores, cuando el padre natural es considerado plenamente capaz de tomar esa clase

15 ROHLF, Linsy J.; *op. cit.,* p. 708.

16 DUNCAN, William C.; "The Legal Fiction of De Facto Parenthood", en 36 Journal of Legislation, 2010, pp. 267- 269.

de decisiones – "*fit parent*" es el término utilizado en la legislación americana – cualquier intromisión por parte del Estado constituye un menoscabo indebido de los derechos que ejerce como padre, por lo que "la UPA podría utilizarse como un medio para aclarar la confusión, pero debe hacerse de modo que proteja y defienda los derechos fundamentales de los padres tal y como fueron reconocidos por la Suprema Corte"[17].

Lo anterior, en opinión de Rohlf, no es más que el inicio de una "pendiente resbaladiza", pues eventualmente expondría a los padres a la acción legal de cuidadores, parientes, diversos padrastros o madrastras o incluso amigos cercanos de la familia.[18]

No obstante, consideramos que los anteriores argumentos omiten una parte fundamental en su estructuración, pues, contrario a lo que sostienen los autores citados, dentro de un litigio de este tipo, la idoneidad del padre natural no es negada o menoscabada *ab initio*, pues no podría sostenerse que ambas partes "comienzan en la misma posición", sino que se requiere de la consecución de un proceso judicial en los términos de la decimocuarta enmienda. De ese modo, en ningún momento se viola el derecho que tienen los padres biológicos o adoptivos a la "presunción" de idoneidad que tradicionalmente les ha garantizado el derecho familiar.

Ahora bien, al momento de efectivamente conceder la custodia a un tercero que no se encuentra biológica o jurídicamente emparentado con el menor, es innegable que existe un menoscabo (parcial, desde luego) de las libertades fundamentales de las que goza el padre o madre natural en un inicio, puesto que, en efecto, los padres no sólo influyen en los menores, sino que los indoctrinan.[19] No obstante, somos de la opinión de que, como en cualquier circunstancia en donde existe una colisión inevitable entre los derechos fundamentales de

17 ROHLF, Lindsy J.; *op. cit.,* p. 712.

18 *Ibid.* p. 719.

19 GUGGENHEIM, Martin; *What's Wrong with Children's Rights*, Harvard University Press, EE.UU., 2009, p. 18.

diversos individuos, nos encontramos ante lo que Neil MacCormick categorizaría como un "caso difícil", esto es, que necesariamente tiene más de una solución[20]. Lo anterior exige, de este modo, realizar un ejercicio de ponderación en términos de Robert Alexy[21]. Así pues, debemos antes que nada determinar cuáles son, en efecto, los derechos en disputa.

Primeramente, como establecimos en la introducción del presente trabajo, el Derecho jamás puede operar sobre el vacío, sino que requiere necesariamente de una realidad objetiva sobre la cual operar, realidad que está compuesta por fenómenos que existen en sí mismos, y que, si bien son susceptibles de ser categorizados y conceptualizados por la ciencia jurídica, no son propiamente creaciones de ésta, y por ende no se encuentran plenamente subordinados a la misma.

Con lo anterior queremos decir que conceptos como la paternidad o la familia preexisten al Derecho y se desarrollan, hasta cierto punto, con independencia de éste. Si bien es cierto que las políticas familiares implementadas por el Estado pueden y deben tener injerencia directa

20 MACCORMICK, Neil; *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1978, pp. 82-86, 116-119, 212-28. En su parte conducente, el autor señala que:

La *ratio decidendi* es la resolución expresa o implícita de un juez que basta para dar solución a un punto legal controvertido por las partes en un caso, siendo este un punto en donde se requería de una resolución para la justificación de la decisión en el caso. (La prevención debe hacerse que, en este punto, ningún caso, ni siquiera los "leading cases" tienen una sola *ratio decidendi*.

21 ALEXY, Robert; *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality,* Ratio Iuris, vol. 16, no. 2, 2003, pp. 131-140.No es, desde luego, nuestra intención abundar en la teoría de Alexy acerca de la ponderación, puesto que semejante ejercicio claramente excedería el alcance propuesto para el siguiente artículo. No obstante, consideramos necesario establecer, *grosso modo*, la manera de operar del procedimiento propuesto por el autor, según el cual el ejercicio de ponderación se divide en tres etapas, a saber: (1) la determinación del grado de afectación del primer principio, (2) la determinación del grado de afectación del segundo y (3) la evaluación de si la satisfacción del segundo principio justifica la afectación del primero.

en este desarrollo, sería excesivamente ambicioso pretender que fuesen la única fuerza determinante de los mismos.

Visto lo anterior, para determinar el verdadero contenido del concepto de paternidad, es necesario abandonar por un momento la esfera exclusivamente jurídica y remitirnos a otros campos. Sobre este punto se ha dicho que "[e]s la paternidad psicológica, y no los eventos biológicos que dan lugar a dicha relación, lo que muchos psicólogos identifican como en *sine qua non* del desarrollo exitoso de la personalidad"[22]. Queda entonces claro que, si la finalidad de las normas que regulan la custodia y regímenes de visitas de los menores es la de promover su desarrollo integral y su eventual incorporación a la sociedad como buenos ciudadanos, el criterio que debe seguirse para determinar la idoneidad de la constitución de estos regímenes no puede verse limitado a rigorismos como el parentesco biológico o el formalismo de la adopción.

Esto cobra particular relevancia cuando se toma en consideración la proliferación de modelos alternativos de familia, entre los cuales, desde luego, cabe destacar el de las familias homoparentales, cuyas peculiaridades biológicas son en gran medida la razón por la cual la mayoría de los precedentes jurisprudenciales en donde se ha venido desarrollando esta doctrina corresponden a esta clase de familias.

Por otra parte, y aún considerando la imprevisibilidad y eventual caos que, sostienen los detractores de la figura, podría devenir de la facultad de los jueces de conferir derechos de visita a terceros no emparentados con el menor es, a nuestro juicio, una exageración. Debemos recordar que la presunción inicial de la idoneidad y exclusividad de los padres naturales debe ser cuestionada y derrotada por el tercero que pretenda ejercer derechos de visita, siempre tomando en cuenta el interés superior del menor. En otras palabras, la existencia de diversas personas con derechos paternales sobre el menor constituye una excepción, no la regla.

22 DAVIS, Peggy C.; *There is a Book Out…: An Analysis of Judicial Absorption of Legislative Facts*, 100 Harvard Law Review, 1987, pp. 1539, 1543.

IV. MIGRACIÓN JURISPRUDENCIAL

El propósito de este acercamiento comparativista es el uso contextual del discurso judicial de otros sistemas, tomando en cuenta que los derechos humanos se encuentran determinados en un plano más universal y por lo tanto son susceptibles de aplicaciones concretas creativas.

Así, bajo este orden de ideas, consideramos más que adecuado, lo establecido por Juha Pöyhönen, a saber:

Los objetivos de la investigación en derecho comparado están orientados equívocamente. Lo que se produce no es el conocimiento del sistema jurídico extranjero, ni siquiera un conocimiento comparativo de las instituciones jurídicas, sino solamente hipótesis acerca de nuestra propia cultura con ropaje diferente.[23]

Creemos que si somos conscientes de esta limitación pero a la vez ventaja de los estudios comparados, se podrá impulsar y generar con mayor fuerza y concreción la migración o trasplantes de discursos judiciales de un Estado a otro, lo que suele ser denominado también como "dialogo jurisprudencial".

Podemos considerar o entender al diálogo jurisprudencial como un auténtico procedimiento dialéctico, donde diversos órganos jurisdiccionales, de jerarquías y competencias distintas, realizan ejercicios interpretativos sobre normas o principios semejantes, ya sea dentro del mismo o de distintos órdenes normativos, suscitando con frecuencia escenarios tanto de consenso como de confrontación, cuyo efecto –siempre y claro dicho diálogo sea aceptado y sostenido por las partes- resulta invaluablemente enriquecedor para la posterior interpretación y aplicación de los preceptos interpretados.[24]

23 *Juha Pöyhönen,* "Algunos malentendidos básicos en el Derecho Comparado", en Aarnio Aulis, Garzón Valdés, Ernesto, Uusitalo, Jyrki (comps.), *La normatividad del Derecho,* sin trad., Barcelona, Gedisa, 1997, p. 243.

24 *Cfr.* Bourgourgue-Larsen, Laurence "La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo jurisprudencial", en Saiz Arnaiz, Alejandro y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Control de Constitucionalidad, interpretación conforme*

Generalmente, estamos acostumbrados a que dicho diálogo se presenta, por lo general, en términos de la profesora francesa Bourgourgue-Larsen,[25] de manera *vertical*, es decir, mediante la adopción de un criterio impuesto por un tribunal de superior jerarquía (a menudo de carácter supranacional como es el caso de nuestra Corte Interamericana o bien la Corte Europea de Derechos Humanos), cuyo acatamiento resulta obligatorio para los tribunales y demás autoridades sujetas a su jurisdicción.

Desde luego, lo anterior no es el caso ideal, pues más allá de las posturas conservadoras que lo perciben como un imperdonable atentado contra la soberanía nacional, dichas relaciones jerárquicas representan, como resultará evidente, un obstáculo para un auténtico *diálogo*, pues la posibilidad de réplica queda menguada considerablemente.[26]

En este sentido, la importación de criterios interpretativos se vuelve tanto más valiosa cuando sucede de manera espontánea, adoptándose criterios que, *per se*, carecen de autoridad vinculatoria para el juzgador, pero cuya potencia argumentativa les dota de una auténtica autoridad *persuasiva.*

Es esto lo que constituiría un verdadero *diálogo horizontal*, que debe ser, en todo caso, nuestra aspiración final, y que es lo que debemos buscar al acercarnos a textos jurisprudenciales, que sean diversos a nuestros órdenes jurídicos.[27]

Precisado lo anterior, es importante destacar que aunque la doctrina de la paternidad *de facto* es, hasta el momento, una figura casi exclusiva del derecho norteamericano, los primeros indicios de migración jurisprudencial ya han comenzado a verse en otras latitudes. Concretamente, en una respolución de la Cuarta Sala

y Diálogo Jurisprudencial, una visión desde América Latina y Europa, Porrúa, México, 2012, pp. 29-64

25 *Cfr.* Ídem

26 *Cfr.* Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el Juez mexicano", *Ibidem,* pp.91-184

27 *Cfr.* Bourgourgue-Larsen, Laurence, *Op. cit.,* pp. 29-64

Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, bajo la ponencia del Magistrado Juan Luis González A. Carrancá, tomó en consideración este criterio por primera vez en México, declarando que:

No debe ser el criterio biológico, el que deba determinar si procede el desconocimiento o no de una paternidad, sino también debe considerarse cómo este reconocimiento legal, ha influido o influye en la conformación de la identidad de la menor.[28]

Así, a la luz de los artículos 3º, 7º, 8º y 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se concluyó que:

[S]e considera que un estudio constitucional y convencional del derecho a la identidad que poseen todos los menores no debe estar reducida únicamente a un factor biológico-genético, que si bien hay que darle preferencia, eso no significa que se debe exceptuar por parte del estudio que debe realizar el Juzgador de otras situaciones o circunstancias que puedan generar lazos de identidad entre el menor y su progenitor.[29]

Aunque, en el caso concreto, la Sala optó finalmente por no declarar la paternidad a favor del apelante, en gran parte porque, a partir de los estudios psicológicos se determinó que no existían los lazos psicológicos necesarios para el establecimiento de la paternidad psicológica,[30] resulta relevante el abandono que, al amparo del control difuso de convencionalidad, realizara el Tribunal de los criterios clásicos para determinar la paternidad de un menor de edad.

Creemos que poco a poco, la discusión jurídica una posibilidad, aunque sea excepcional de una "multiparentalidad", en el sistema

28 *Cfr.* Sentencia definitiva pronunciada por la Cuarta Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia Distrito Federal, en "Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia definitiva dictada por la Juez Tercera de lo Familiar, en el juicio ordinario civil, desconocimiento de paternidad", bajo la ponencia del Magistrado Juan Luis González A. Carrancá, en Revista *Anales de Jurisprudencia*, Año 81, Tomo 328, Décima Época, Marzo-Abril 2014, p. 100.

29 *Cfr.* Íbidem p. 73.

30 *Cfr.* Íbidem p. 100.

jurídico mexicano, va a ser latente, pues se han empezado a flexibilizar ideas o conceptos vinculados íntimamente a la filiación y la parentalidad, como podemos apreciar de un criterio aislado emitido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la que ha establecido:

Cuando la realidad de un vínculo biológico no se refleja en el plano jurídico, debe reconocerse el derecho de la persona (sea mayor o menor de edad) a lograr el estado de familiar que corresponde con su relación de sangre y, para ello, deberá contar con las acciones pertinentes, tanto para destruir un emplazamiento que no coincida con dicho vínculo como para obtener el que logre la debida concordancia. En este sentido, la filiación constituye un derecho del hijo y no una facultad de los padres a hacerlo posible, por lo que la tendencia es que la filiación jurídica coincida con la filiación biológica; sin embargo, dicha coincidencia no siempre es posible, bien por la propia realidad del supuesto de hecho, o porque el ordenamiento hace prevalecer en el caso concreto otros intereses que considera jurídicamente más relevantes. Así, en el primer grupo de supuestos se encuentran, ejemplificativamente, la filiación adoptiva y las procreaciones asistidas por donación de gametos; en estos casos, la propia legislación establece la filiación sin que exista el vínculo genético. El segundo lo conforman, por ejemplo, algunas de las normas que se ocupan de la determinación extrajudicial de la filiación o que privilegian un estado de familia consolidado en el tiempo, dando preeminencia a la estabilidad de las relaciones familiares y a la seguridad jurídica en aras del propio interés superior del menor.[31]

Y aunque apreciamos que nuestra Suprema Corte, ha flexibilizado muchas nociones del Derecho Familiar, se ha mantenido

31 *Cfr.* Tesis 1ª CCCXXI/2014 (10ª.) del índice de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación localizable en la Décima Época de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 10, Septiembre 2014, Tomo I, p.577, con el rubro FILIACIÓN. ALCANCES Y LÍMITES DEL PRINCIPIO DE VERDAD BIOLÓGICA.

renuente a, por lo menos discutir, la posibilidad de dos o tres padres que converjan con derechos y obligaciones hacia un menor, pues ha sostenido a la fecha que, uno de los principios rectores en materia de filiación es precisamente "la incompatibilidad de filiaciones contrapuestas",[32] pero creemos que, si bien esto es una regla general, es más que necesario empezar a discutir las excepciones racionalmente validas a este principio; pues en ningún campo de la ciencia jurídica puede hablarse en términos absolutos, y muchos en unas de las materias más importantes, evolutivas y que requieren mayor sensibilidad social: el Derecho Familiar.

V. CONCLUSIONES

Para finalizar, podemos concluir que, si bien el actual estado de la doctrina de la paternidad *de facto* se encuentra en una etapa embrionaria, su eventual evolución y sistematización es un paso indispensable para la regulación de nuevas realidades sociales que actualmente se encuentran fuera del alcance de las normas vigentes. Lo anterior, desde luego, depende en gran parte de una adecuada estructuración de la legislación pertinente, de modo que, al tiempo que se establecen directrices y límites claros para la constitución de estos modelos alternativos de paternidad, también se otorgue a los juzgadores la suficiente discrecionalidad como para ajustarse a los matices particulares de cada caso concreto, siempre teniendo como

32 A mayor precisión la Primera Sala ha considerado como "[…] principios rectores en materia de filiación que necesariamente informan la regulación de acciones como la de investigación y reconocimiento de paternidad. Entre estos principios se encuentran, de manera ejemplificativa y no limitativa, la no discriminación entre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, la verdad biológica, la incompatibilidad entre filiaciones contrapuestas y, de manera preeminente, la protección del interés del hijo[…]"; Véase: Tesis 1ª CCCXX/2014 (10ª) de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, localizable en la Décima Época de la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, en el Libro 10, Septiembre de 2014, Tomo I, p. 578.

eje rector el interés superior del menor.

Somos, pues, de la opinión que cualquier incremento en la flexibilidad de las normas, desprendiéndose de criterios absolutos y presunciones *iure et de iure*, redundará siempre en beneficio del interés jurídico perseguido por las mismas, siempre y cuando los operadores encargados de aplicarlas cuenten con la preparación y capacidad suficientes como para aplicarlos de manera prudente.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO Aulis, GARZÓN VALDÉS, Ernesto, Uusitalo, Jyrki (comps.), *La normatividad del Derecho,* sin trad., Barcelona, Gedisa, 1997.
- ALEXY, Robert; *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality,* Ratio Iuris, vol. 16, no. 2, 2003, pp. 131-140.
- DAVIS, Peggy C.; *There is a Book Out…: An Analysis of Judicial Absorption of Legislative Facts*, 100 Harvard Law Review, 1987, pp. 1539, 1543
- DUNCAN, William C.; "The Legal Fiction of De Facto Parenthood", en 36 Journal of Legislation, 2010, pp. 267-269
- GUGGENHEIM, Martin; *What's Wrong with Children's Rights*, Harvard University Press, EE.UU., 2009, p. 18
- MACCORMICK, Neil; *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1978, pp. 82-86, 116-119,
- MOODY, Kim; *An injury to all: the decline of American Unionism*, Londres, 1988, p. 22:
- ROHLF, Lindsy J.; *The Psychological-Parent and De Facto Parent Doctrines: How Should the Uniform Parentage Act Define "Parent"?,*
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Control de Constitucionalidad, interpretación conforme y Diálogo Jurisprudencia, una visión desde América Latina y*

Europa, México, Porrúa.

- WARDLE, Lynn D.; *Form and Substance in Parentage Law,* citado por ROHLF, Lindsy J., *op. cit.*, p. 722
- WILKINSON MEYER, Jimmy Elaine; *Any friend of the movement: networking for birth control, 1920–1940,* Ohio State University Press, 2004, p. 184.

JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

- 1. E.N.O. v. L.M.M., 711 N.E.2d 886 (Mass. 1999).
- 2. In re Parentage of L.B., 155 Wash.2d 679, 122 P.3d 161 (2005)
- 3. Proyecto de Ley no. 1476, presentado por el Senador Mark Leno el 24 de febrero de 2012 para reformar las Secciones 3040, 4057, 7601 y 7612, así como para añadir una Sección 4052.5 al Código Familiar, en relación con la paternidad. Legislatura de California, Sesión Regular 2011-2012.
- 4. Sentencia definitiva pronunciada por la Cuarta Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia Distrito Federal, en "Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia definitiva dictada por la Juez Tercera de lo Familiar, en el juicio ordinario civil, desconocimiento de paternidad", bajo la ponencia del Magistrado Juan Luis González A. Carrancá, en Revista Anales de Jurisprudencia, Año 81, Tomo 328, Décima Época, Marzo-Abril 2014, pp. 65-101
- 5. Tesis 1ª CCCXXI/2014 (10ª.) del índice de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación localizable en la Décima Época de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 10, Septiembre 2014, Tomo I, p.577, con el rubro FILIACIÓN. ALCANCES Y LÍMITES DEL PRINCIPIO DE VERDAD BIOLÓGICA.

COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR COLABORACIÓN EFECTIVA EN LA EXPLOTACIÓN AGRARIA TRAS LA EXTINCIÓN DEL MATRIMONIO O PAREJA DE HECHO EN EL DERECHO ESPAÑOL[1]

ANA CARRETERO GARCÍA
(ESPAÑA)

I.-INTRODUCCIÓN

La referencia a la explotación agraria de estructura familiar es inevitable en el análisis del sector agrario. La familia constituye en gran medida el elemento central de la organización social en el medio rural (unidad de decisión) y se configura como unidad de producción que agrupa a individuos ligados por relaciones de naturaleza familiar y no por asalariados.

La explotación familiar cuenta con el carácter formal de explotación individual y en ella es posible distinguir entre un sujeto titular, que es el que ejerce la actividad agraria en la explotación, y otros sujetos, sus familiares (es decir, aquellos individuos unidos al titular por lazos de consanguinidad y afinidad), que colaboran en la misma.

Dentro de esos familiares, la mujer participa muchas veces en el trabajo que se desarrolla en la explotación agraria, se ocupa del cuidado de la familia (no sólo de los hijos y de la pareja, sino también de otros familiares dependientes) y por supuesto realiza también el trabajo de la casa. Pero no sólo eso, en una familia hay que construir además una red de afectos y de comunicación entre las personas que la componen que también requiere tiempo y esfuerzo (hay que escuchar a los demás, comprender sus problemas, apoyarlos cuando

1 *Dra. Ana Carretero García. Profesora Titular de Derecho civil. Universidad de Castilla-La Mancha*
(España).

hay dificultades, leer cuentos, jugar, charlar, compartir, generar estabilidad emocional...). Y, a pesar de hacer todas esas cosas, la mujer normalmente no computa como trabajadora en activo[2].

Pero el trabajo en el hogar no es algo que pueda dejar de hacerse, así que las mujeres que también trabajan fuera asumen una doble tarea. Culturalmente, en mucho casos los hombres consideran que deben recibir cuidados a lo largo de todas las fases de su vida (a través de madres, esposas e hijas), sin considerarse a sí mismos responsables de cuidar.

Esto significa que, a pesar de que en teoría todas las políticas públicas deben promover el principio de igualdad entre hombres y mujeres e introducir factores correctores y de que existen algunos avances a nivel legislativo, lo cierto es que la situación de desigualdad se mantiene en la realidad.

Sin embargo, sólo la permanencia de mujeres en las zonas rurales puede garantizar el relevo generacional, frenar la masculinización del sector agrario y evitar el abandono de nuestros pueblos. Desde el sector y desde las administraciones se insiste en que son necesarias medidas de incentivo dirigidas a fijar población en el medio rural bien a través de ayudas a la instalación de jóvenes agricultores, bien a través de políticas de igualdad.

Pero lo cierto es que son escasas las soluciones que los textos normativos dan a los problemas específicos de la mujer rural en general y de las que trabajan en el sector agrario en particular.

De acuerdo con el Estudio de la FAO "Las mujeres en la agricultura. Cerrar la brecha de género en el desarrollo", Roma 2010-2011, las mujeres representan, por término medio, el 43% de la fuerza

2 El propio Ministerio de Agricultura español reconoce en el documento "Panorama sociolaboral de las mujeres en el medio rural y en la agricultura" (www.mapa.es/es/desarrollo/pags/mujer/sociolaboral.htm) que existe un número muy alto de mujeres,por encima de medio millón, que se encuentran "vinculadas" a explotaciones agrarias familiares en calidad de cónyuges, hijas de titulares u otras, las cuales no suelen cotizar a la Seguridad Social, lo que origina un menor reflejo de su papel en la agricultura (invisibilidad).

laboral agraria en los países en desarrollo, dentro de un intervalo que va desde alrededor del 20% en América Latina hasta casi el 50% en el Asia oriental y sudoriental y en el África subsahariana. Sin embargo, las agricultoras tienen menos acceso a los recursos productivos y servicios, menos probabilidades que los hombres de poseer tierras o ganado y menos posibilidades de recurrir al crédito y de recibir capacitación. Y, aunque algunos gobiernos intentan fortalecer el derecho a la tenencia de la tierra de las mujeres a través de las leyes del suelo y de ciertos cambios en el derecho de familia y de sucesiones, el peso de las costumbres sigue favoreciendo a los hombres y frustrando esos esfuerzos.

Es necesario, por tanto, un cambio profundo en las mentalidades que no puede proceder de otro lugar que de la educación y la lucha contra los estereotipos de género que perpetúan la discriminación contra la mujer[3]. Si no se logra eso, no podrá producirse un replanteamiento de las relaciones entre hombres y mujeres que haga posible conseguir la igualdad real de oportunidades, algo que beneficia no sólo a los individuos de uno u otro sexo, sino a la sociedad en su conjunto[4].

3 Asimismo, los hombres deben asumir responsabilidades tanto respecto a su comportamiento sexual y reproductivo, como en sus funciones dentro del ámbito social y familiar tal y como señala la

Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo celebrada en El Cairo en 1994.

4 En este sentido, señala VELASCO ARRANZ, Ana, en "La igualdad de género y su alcance en el

sector agrario", *Revista de Derecho Agrario y Alimentario,* nº 59, 2011, p. 135, que no ha habido un

cambio sustancial de actitudes en las instituciones educativas y en la actualidad se siguen, tanto en la escuela como en la familia, modelos de socialización diferentes para niños y niñas. También en el

lenguaje, que es el símbolo que mejor representa el cambio de mentalidades, persiste una discriminación sexista. Y en el tercer mundo la situación aún es más preocupante porque todavía hay países en los que las niñas ni siquiera tienen derecho a la escolarización.

II.-MARCO NORMATIVO

Dentro de la Unión Europea (UE) contamos con importantes referencias normativas como punto de partida. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece en su art.23 que "La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución". Así como que "El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado" (principio de discriminación positiva)[5].

Por su parte, el art.8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)[6] dispone que, en todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad. Asimismo, el art.10 del TFUE establece que en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Mientras que el art.157 del TFUE se refiere a la igualdad de retribuciones y la igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Por otro lado, hay que destacar también dos importantes Directivas: la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo[7]. Y la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y

5 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01). DOCE C 364 de 18 de diciembre de 2000.

6 DOUE C 83 de 30 de marzo de 2010.

7 DOCE L 269 de 5 de octubre de 2002.

servicios de suministro[8].

En virtud de ellas, los Estados miembros deben tener en cuenta de manera activa el objetivo y el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas. A priori, por tanto, la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres debe introducirse en todas las políticas y en todos los programas comunitarios[9].

¿Pero contamos con normas específicas en ese sentido dentro de la Política Agraria Común (PAC)? Que dicho sea de paso es la política común por excelencia y la que absorbe la mayor parte del presupuesto de la Unión Europea. Veamos algunos datos extraídos precisamente de documentos comunitarios.

Tal y como señala el Dictamen del Comité de las Regiones (NAT) "La PAC en el horizonte de 2020: Responder a los retos futuros en el ámbito territorial, de los recursos naturales y alimentario"[10], la agricultura reviste gran importancia para el desarrollo de las zonas rurales de Europa, ya que proporciona empleo a casi 30 millones de personas. Las zonas rurales representan el 90% del territorio de la UE y en ellas vive el 60% de los ciudadanos europeos. La agricultura permite garantizar el suministro de alimentos a los europeos, crea circuitos económicos y empleo, y contribuye también a crear espacios naturales de alta calidad y a conservar la estructura hidrogeológica del territorio y los paisajes y costumbres tradicionales. Sin la agricultura no puede concebirse un desarrollo sostenible y multifuncional de las zonas rurales en Europa.

Pero lo cierto es que el presupuesto comunitario sigue estando destinado fundamentalmente al primer pilar de la Política Agraria Común (pagos directos y medidas de mercado), lo que significa que,

8 DOCE L 373 de 21 de diciembre de 2004.

9 Ver también la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma (DOUE L 180 de 15 de julio de 2010).

10 C 192 de 1 de julio de 2011.

con las restricciones presupuestarias fijadas por la UE, la política de desarrollo rural (segundo pilar) continúa en un lejano segundo plano. En este sentido hay que señalar que, del total del 42,9 por 100 de media para el periodo 2007-2013 asignado a la partida "Conservación y gestión de los recursos naturales", un 33,9 por 100 de media se destinó a la política de mercados y pagos directos financiada por el Fondo Europeo Agrícola de Garantía (FEAGA) y sólo un 8 por 100 de media se destinó a la política de desarrollo rural financiada por el Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER).

Por otro lado, no existe una política específica dirigida a las mujeres agricultoras en los Reglamentos de Desarrollo Rural. Ante este panorama, la resolución del Parlamento Europeo, de 12 de marzo de 2008, sobre la situación de la mujer en las zonas rurales de la Unión Europea (2007/2117 (INI))[11], lleva a cabo un importante diagnóstico.

Para aumentar el atractivo de las zonas rurales es necesario promover un crecimiento sostenible e integrado y crear nuevas oportunidades de empleo, especialmente para las mujeres y los jóvenes, así como servicios sanitarios y sociales de calidad. Sin embargo, en las zonas rurales muchas mujeres tienen ocupaciones comparables a una actividad profesional, pero no reciben el reconocimiento, la protección ni la remuneración que les corresponderían. Por otro lado, sólo un número reducido de mujeres son propietarias de explotaciones agropecuarias, normalmente de dimensiones económicas reducidas y escasa rentabilidad, de modo que la mayoría de las mujeres de las zonas rurales trabajan junto con sus compañeros varones (padres, hermanos o cónyuges), que son quienes detentan la propiedad exclusiva de la explotación agrícola o ganadera. Y, aunque la contribución de las mujeres al desarrollo local y de la comunidad es significativa, ésta no queda reflejada suficientemente en su participación en los correspondientes procesos de toma de decisiones.

El éxodo de mujeres de grupos de edad activos económicamente

11 DOUE C 66 E/04 de 20 de marzo de 2009.

provoca cierto grado de “masculinización” de la población rural, lo que se suma al envejecimiento de la población, la escasa densidad de población e incluso, en algunas regiones, a la despoblación.

El Parlamento Europeo considera que se debería prestar mayor atención a la dimensión de género al elaborar los presupuestos para lograr una gestión más eficaz de los programas de desarrollo rural y, en particular, una mejor adecuación de los recursos a las necesidades específicas de las mujeres en estas regiones. Así como que deberían elaborarse estrategias destinadas a frenar el éxodo de mujeres de las zonas rurales.

Asimismo, hace un llamamiento a los Estados miembros y a la Comisión Europea para que tengan presente la situación del grupo considerable de cónyuges colaboradores –por lo general de sexo femenino- en la agricultura y en pequeñas y medianas empresas (PYMEs), quienes en muchos Estados miembros carecen de una posición jurídica adecuada, lo que acarrea problemas financieros y jurídicos específicos en cuanto al derecho a licencias por maternidad o enfermedad, a los derechos de pensión, al acceso a la seguridad social y en los casos de divorcio.

Pide a los Estados miembros que desarrollen la figura jurídica de la titularidad compartida para que se reconozcan plenamente los derechos de las mujeres en el sector agrario, la correspondiente protección en materia de seguridad social y el reconocimiento de su trabajo. Y pide a la Comisión que, en el marco de la revisión de los programas de desarrollo rural, haga un cuidadoso seguimiento de la integración de la perspectiva de género en los programas presentados por los Estados miembros.

Pone de manifiesto que se han hecho progresos mínimos en el reconocimiento del trabajo y en la prestación de una protección adecuada a los cónyuges colaboradores de personas que trabajan por cuenta propia o en la actividad agraria en los Estados miembros. Pide de nuevo a la Comisión que presente una propuesta de directiva revisada que ofrezca derechos sociales y de pensión independientes

para las mujeres colaboradoras en explotaciones agrícolas y en PYMEs. Y lamenta que la Comisión no haya dado hasta ahora respuesta alguna a las anteriores resoluciones del Parlamento sobre la situación de los cónyuges colaboradores de personas que trabajan en actividades por cuenta propia, y en las que se pide: el registro obligatorio de los cónyuges colaboradores para que dejen de ser trabajadores invisibles; el cumplimiento de la obligación que incumbe a los Estados miembros de adoptar medidas necesarias para garantizar que los cónyuges colaboradores puedan obtener cobertura del seguro para asistencia sanitaria, pensiones de jubilación, servicios de prestaciones y sustituciones por maternidad y prestaciones por discapacidad.

Y de nuevo el Parlamento Europeo, en su Resolución de 5 de abril de 2011 sobre el papel de las mujeres en la agricultura y las zonas rurales[12], señala que la promoción de la igualdad de género es un objetivo fundamental de la UE y de sus Estados miembros, por lo que subraya la importancia de incorporar este principio en la PAC y de que el próximo Reglamento FEADER establezca medidas específicas a favor de las mujeres en el periodo de programación 2014- 2020[13].

12 2010/2054 (INI).

13 Algo que no sucede en el nuevo Reglamento 1305/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, relativo a la ayuda al desarrollo rural a través del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader) y por el que se deroga el Reglamento (CE) 1698/2005 del Consejo (DOUE L 347 de 20 de diciembre de 2013). El nuevo Reglamento elimina el sistema de ejes y establece seis prioridades para toda la UE: promover la transferencia de conocimientos y la innovación en el sector agrícola y el sector silvícola y en las zonas rurales; fomentar la competitividad de todos los tipos de agricultura y la viabilidad de las explotaciones agrarias; mejorar la organización de la cadena de distribución de alimentos y la gestión de riesgos en el sector agrario; restaurar, preservar y mejorar los ecosistemas dependientes de la agricultura y la silvicultura; promover la eficiencia de los recursos y alentar el paso a una economía hipo carbónica y capaz de adaptarse a los cambios climáticos en el sector agrario, el de los alimentos y el forestal; y fomentar la inclusión social, la reducción de la pobreza y el desarrollo económico en las zona rurales. Únicamente el art. 7 del Reglamento permite a los Estados incluir en sus programas de desarrollo

Por otro lado, el Informe del Parlamento Europeo, de 31 de mayo de 2011, sobre "La PAC en el horizonte de 2020: responder a los retos futuros en el ámbito territorial, de los recursos naturales y alimentario"[14] señala que son necesarias medidas para un relevo generacional en el sector agrario, dado que sólo un 6% de los agricultores europeos tiene una edad inferior a los 35 años, mientras que, al mismo tiempo, 4,5 millones se jubilarán en los próximos diez años. Reconoce que los agricultores jóvenes se encuentran con obstáculos a la hora de emprender su actividad, como elevados costes de inversión y acceso reducido a tierras y créditos y que las medidas para ayudar a los jóvenes agricultores establecidas en el marco del segundo pilar no han sido suficientes para detener el rápido envejecimiento de la población en el sector agrario, por lo que es necesario presentar propuestas capaces de invertir esa tendencia[15]. Y

rural subprogramas

temáticos dirigidos a resolver necesidades específicas relativas a jóvenes agricultores, pequeñas explotaciones, zonas de montaña, cadenas de distribución cortas, mujeres de las zonas rurales y mitigación del cambio climático.

14 2011/2051(INI).

15 En este sentido, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE) sobre "El futuro de

los jóvenes agricultores en Europa" (dictamen de iniciativa), DOUE C 376/04 de 22 de diciembre de

2011, pone de manifiesto la disminución generalizada del número de jóvenes agricultores y el proceso de abandono de la actividad agraria. A nivel europeo hay un agricultor menor de 35 años por cada 9 agricultores que superan la edad de 55 años. En algunos Estados miembros como Portugal, España, Italia, Reino Unido o Bulgaria la proporción de jóvenes agricultores es realmente baja (sólo 1 joven agricultor por cada 20 mayores de 55 años). Sin embargo, países como Polonia, Austria o Alemania muestran otra cara, 1 joven agricultor por cada 3 mayores de 55 años. Estas diferencias se explican fundamentalmente gracias a la existencia en algunos países de marcos legislativos favorables que han sabido fomentar el relevo generacional en el campo a través de incentivos para la transmisión de las explotaciones. El CESE considera que la política a favor de los jóvenes agricultores debe convertirse en una prioridad real de las instituciones europeas y nacionales y que la UE debe utilizar los fondos de las diferentes políticas comunitarias para, en primer lugar, crear un

subraya, además, que la PAC no debe ser discriminatoria en términos de género y que a los dos cónyuges que trabajan en una explotación se les deben garantizar los mismos derechos. Alrededor del 42% de los 26,7 millones de personas que trabajan regularmente en la agricultura en la UE son mujeres, pero sólo una explotación de cada cinco (alrededor del 29%) es gestionada por una mujer.

Por su parte, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre "El papel de la mujer como promotora de un modelo de desarrollo e innovación en la agricultura y las zonas rurales" (dictamen de iniciativa)[16] señala que la reforma de la PAC y las políticas de desarrollo rural deben contribuir a fomentar el trabajo y la actividad de las mujeres, en especial, mediante programas temáticos reservados a las mujeres (segundo pilar) puesto que no han mejorado sus condiciones[17]. Y añade que convendría definir normas sobre la titularidad compartida en el marco de un estatuto europeo de la mujer en el medio agrario y rural.

Como vemos, a la Unión Europea todavía le queda camino por recorrer. Pero centrémonos ahora en analizar si, ante esta preocupación por parte de las instituciones comunitarias a través de innumerables documentos, España ha tomado medidas de incentivo en las líneas apuntadas.

La Constitución española de 1978 proclama en su art.14 el

---

marco atractivo de vida en el campo y, en segundo lugar, facilitar la consolidación de actividades económicas que como la agricultura vertebran el tejido socio-económico de las zonas rurales.

16 DOUE 2012/C 299/06 de 4 de octubre de 2012.

17 Gran parte de la producción agraria sigue utilizando de modo informal la mano de obra femenina, que ya padece grandes desventajas en el trabajo tanto a tiempo completo (el 26% de las mujeres frente al 52% de los hombres) como a tiempo parcial (el 9,7% de los hombres frente al 11,8% de las mujeres); además de estos datos, se registra trabajo temporal (el cual representa un porcentaje enorme de trabajadores frente a una reducción porcentual de trabajadores a tiempo indefinido), trabajo informal y trabajo ilegal, lo que supone una amplia realidad invisible sin cuantificar.

derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo. Además, el art.9.2 de la Constitución establece un mandato a los poderes públicos: promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Por su parte, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI)[18], emplaza a los poderes públicos a conseguir que esta igualdad sea real y efectiva en todos los ámbitos sociales y económicos, mediante la adopción de acciones positivas que contribuyan a garantizar el mencionado derecho fundamental[19].

Además, en su art.30 contempla la figura jurídica de la titularidad compartida como medida dirigida a hacer efectiva la igualdad entre mujeres y hombres en el sector agrario y conseguir el pleno reconocimiento del trabajo de las mujeres en el ámbito rural, a cuyos efectos encomienda a los Ministerios correspondientes a acometer el desarrollo normativo preciso.

La LOI pretende fomentar la titularidad compartida con el fin de que se reconozcan los derechos de las mujeres en el sector agrario, la correspondiente protección de la Seguridad Social y el reconocimiento de su trabajo. Su art.17 incluye la obligación para el Gobierno de "aprobar periódicamente un Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades que incluirá medidas para alcanzar el objetivo de igualdad entre mujeres y hombres y eliminar la discriminación por razón de sexo".

Así, el "Plan para favorecer la igualdad entre mujeres y hombres en el medio rural" elaborado por el Ministerio de Agricultura el 27

18 BOE nº 71 de 23 de marzo de 2007.

19 Esta Ley Orgánica se basa en la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2002/73/CE, de 23 de septiembre, y en la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre, antes mencionadas.

de septiembre de 2007 puede considerarse como parte de este Plan Estratégico. Sin embargo, éste señala que el progreso reconocido en las leyes no ha ido acompañado de una evolución paralela en la sociedad, que camina a un ritmo más lento del necesario para llegar a la igualdad real, por lo que las mujeres siguen siendo objeto de discriminación en muchas áreas. También resalta la baja densidad de población de las zonas rurales, el mayor aislamiento y la menor existencia de servicios generales; de modo que los condicionantes sociales y económicos han llevado a que las mujeres hayan emigrado de las zonas rurales a las ciudades en mayor medida que los hombres[20].

Por ello dispone que, cuando se estime que la aplicación directa de la norma general no es suficiente, se apliquen medidas de acción positiva dentro del marco de la Ley de Igualdad. Estas medidas de acción positiva pueden consistir en incentivos económicos suplementarios, puntos adicionales a recibir para la valoración de actividades susceptibles de ayuda, establecimiento de cupos o cuotas, etc., siempre dirigidas a situar a las mujeres en igualdad de oportunidades con el hombre y eliminar discriminaciones dentro del marco legal vigente.

Y en esa línea se han dado algunos pasos. Por ejemplo, en el baremo de puntuación para la valoración de las solicitudes de asignación de cuota láctea, tendrán un punto adicional las solicitudes presentadas en el caso de que el titular o cotitular de la explotación sea mujer. Y, si se trata de una explotación asociativa, cuando al menos el 50% de los socios que la integran sean mujeres.

Asimismo, se resalta la necesidad de la incorporación de las mujeres a los órganos de dirección de empresas y asociaciones como un elemento fundamental para hacer efectiva la igualdad entre sexos

20 Como señala VELASCO ARRANZ, *op. cit.,* p. 144, según un estudio realizado en 2006, el 62% de

la mujeres empleadas en el sector agrario tenían jornadas laborales semanales de más de 60 horas, dedicando más de la mitad de ese tiempo al trabajo en la explotación sin obtener ninguna remuneración económica por ello y, consecuentemente, sin haber generado derechos sociales para su futuro.

en el medio rural, por lo que en los programas de formación tienen prioridad aquellos que incorporen mayoritariamente a mujeres. O se prevén algunas ayudas a proyectos que contribuyan a la promoción de las mujeres en el medio rural.

Por lo que respecta al Plan Estratégico Nacional de Desarrollo Rural (2007-2013), el art.9 del Reglamento (CE) 1698/2005 del Consejo, de 20 de septiembre de 2005, relativo a la ayuda al desarrollo rural a través del FEADER[21], preveía que se adoptaran a escala comunitaria directrices estratégicas de desarrollo rural con el fin de fijar una serie de prioridades. Nace así la Decisión del Consejo, de 20 de febrero de 2006, sobre las directrices estratégicas comunitarias de desarrollo rural (periodo de programación 2007-2013)[22].

De acuerdo con esas directrices, cada Estado miembro debía preparar su Plan Estratégico Nacional (PEN) como marco de referencia para la elaboración de los programas de desarrollo rural. De acuerdo con el marco competencial español, el desarrollo normativo y la gestión de las medidas de desarrollo rural corresponde íntegramente a las Comunidades Autónomas. Sin embargo, y con el fin de incorporar elementos comunes a todos los programas, se ha elaborado un Marco Nacional aprobado por decisión comunitaria. Dicho documento incluye un apartado específico denominado "Igualdad entre hombres y mujeres y no discriminación", en el que lo único que se hace es resaltar el principio general de favorecer la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

Por lo que respecta a las acciones positivas incluidas dentro del Marco Nacional, pueden incrementarse un 10% las ayudas a la primera instalación cuando el beneficiario sea mujer, agricultora joven, que se instale en una explotación agraria como titular o cotitular, o como socia de una entidad asociativa titular de una explotación agraria. Se da prioridad en el acceso a los servicios de asesoramiento e incremento en el importe de las ayudas a la contratación de técnicos y

21 DOCE L 277 de 21 de octubre de 2005.

22 DOUE L 55 de 25 de febrero de 2006.

administrativos cuando los contratados sean mujeres. Y el Ministerio de Agricultura insta a las Comunidades Autónomas para que dentro de sus Programas de Desarrollo Rural favorezcan la participación de las mujeres en la metodología Leader por considerar que estos programas pueden favorecer la incorporación de las mujeres a la actividad económica en el medio rural (en particular a actividades no agrarias).

En definitiva, y por lo visto hasta ahora, aunque son muchas las buenas intenciones, son muy pocas las medidas concretas dirigidas a reforzar la igualdad de oportunidades para las mujeres en el medio rural.

Por su parte, también la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural (LDSMR)[23] reconoce que es necesario conceder una atención preferente a las mujeres y a los jóvenes, de los cuales se dice depende en gran medida el futuro del medio rural[24].

El objeto básico de la Ley es regular y establecer medidas para favorecer el logro de un desarrollo sostenible del medio rural. El Programa de Desarrollo Rural Sostenible se configura como el instrumento principal para la planificación de la acción de la Administración General del Estado en relación con el medio rural y se elabora en coordinación con las Comunidades Autónomas. De acuerdo con los arts.7 y 8, el Programa de Desarrollo Rural Sostenible incluirá medidas destinadas a satisfacer necesidades y demandas sociales de grupos de población que requieran una atención prioritaria, en

23 BOE nº 299 de 14 de diciembre de 2007.

24 Como señala GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Yolanda, en "El sector agrario español desde la perspectiva de género", *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, nº 60, 2012, p.77, según el Ministerio de Agricultura las principales características sociodemográficas del medio rural en 2011 son: envejecimiento, masculinización y sobre cualificación femenina. La falta de trabajo en el medio rural para las mujeres ha fomentado la mejora de su nivel de formación y ha favorecido su marcha. Al mismo tiempo, el medio rural se transforma en un territorio mayoritariamente masculino y con una población envejecida.

particular, las mujeres, los jóvenes, los mayores y las personas con discapacidad. Y sus medidas deberán respetar el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el medio rural. Asimismo, podrán contemplarse medidas de acción positiva a favor de las mujeres en el medio rural, encaminadas a superar y evitar situaciones de discriminación de hecho por razón de sexo.

En este sentido, el art.16, relativo al apoyo a la agricultura territorial, establece en su apartado b) que las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, promoverán el mantenimiento y la mejora de una actividad agrícola, ganadera y forestal suficiente y compatible con un desarrollo sostenible del medio rural, en particular en las zonas rurales prioritarias o calificadas como de agricultura de montaña, mediante la aplicación de las medidas de los reglamentos comunitarios relativos a la ayuda al desarrollo rural, con carácter prioritario, a los profesionales de la agricultura titulares de explotaciones territoriales[25]. La aplicación prioritaria de estas medidas se extenderá a los profesionales de la agricultura titulares de explotaciones calificadas como ecológicas. Estas medidas se aplicarán con los niveles de apoyo máximos posibles cuando el beneficiario sea una mujer o un joven agricultor, titular o cotitular de una explotación; a los profesionales de la agricultura, personas físicas que obtengan al menos el 50 por ciento de su renta de actividades agrarias; o cuando se trate de cooperativas y sociedades agrarias de transformación de explotación comunitaria de la tierra o ganado.

De acuerdo con su art.28, para intensificar la prestación de una educación pública de calidad, el Programa podrá incluir medidas que tengan por objeto: c) la potenciación de la formación profesional de los

25 La LDSMR define a la explotación territorial como la explotación agrícola, ganadera o forestal que posea una dimensión económica inferior a 40 Unidades de Dimensión Económica europea (UDE) cuando la titularidad corresponda a una persona física y se encuentre localizada en una zona rural prioritaria o en una zona calificada como de agricultura de montaña. El Instituto Nacional de Estadística establece que una UDE equivale a 1200 euros de margen bruto estándar, con lo cual hablamos de explotaciones con una dimensión económica inferior a 48.000 euros.

jóvenes y las mujeres mediante programas adecuados de formación reglada complementados con formación ocupacional, especialmente en nuevas tecnologías y en técnicas de empleo deslocalizado, y con prácticas incentivadas en empresas del medio rural.

Y, de acuerdo con su art.32, con el fin de mejorar la protección social de los ciudadanos que residen en el medio rural, el Programa podrá contener medidas que tengan como objeto: c) apoyar y asesorar a la mujer rural y a los jóvenes para facilitar su inserción laboral.

Asimismo, la Ley 45/2007 establece en su Disposición final cuarta que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, el Gobierno promoverá y desarrollará el régimen de cotitularidad de bienes, derechos y obligaciones en el sector agrario y la correspondiente protección de la Seguridad Social.

III.-TITULARIDAD COMPARTIDA DE LA EXPLOTACIÓN AGRARIA Y COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR COLABORACIÓN DEL CÓNYUGE O PAREJA DE HECHO

Como este mandato dirigido al Gobierno puede implicar consecuencias en el ámbito del Derecho privado, en principio se opta por diseñar la titularidad compartida en el ámbito del Derecho administrativo a través del Real Decreto 297/2009, de 6 de marzo, sobre titularidad compartida en las explotaciones agrarias[26].

Esta norma señala que la mujer, principalmente en el ámbito de la explotación familiar, comparte con el hombre las tareas agrarias, asumiendo buena parte de las mismas y aportando tanto bienes como trabajo. Sin embargo, esta labor carece de suficiente reconocimiento jurídico, valor económico y reflejo social, por cuanto no trasciende del ámbito familiar. Ello se debe normalmente a que, en esos casos, figura sólo una persona física como titular por explotación agraria, lo que dificulta que se valore adecuadamente su participación en

26 BOE nº 73 de 26 de marzo de 2009.

los derechos y obligaciones derivados de la explotación agraria en condiciones de igualdad.

El Real Decreto opera en el campo de la regulación meramente administrativa de las explotaciones agrarias, creando una figura adicional preferencial a las ya previstas en la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias (LMEA)[27], y ampliando el régimen de reducción de cuotas a favor de determinados familiares del titular de la explotación agraria, en este caso mujeres cónyuges cotitulares de la explotación que cumplan con los requisitos establecidos en la disposición adicional primera de la Ley 18/2007 (reducción aplicable también al miembro de la pareja de hecho que se constituya en cotitular de la explotación agraria)[28].

A efectos del Real Decreto 297/2009, se entenderá como titularidad compartida aquella en la que tanto la mujer como su cónyuge o persona ligada a ella con una relación de análoga afectividad inscrita en algún registro público, cumplen los requisitos del art.4.1 de la LMEA de 1995[29] y declaran tal circunstancia a la autoridad competente de la Comunidad Autónoma respectiva a los efectos de su inscripción en el Registro regulado en el art.5[30].

27 BOE nº 159 de 5 de julio de 1995.

28 Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (BOE nº 160 de 5 de julio de 2007).

29 Ser agricultor profesional; poseer un nivel de capacitación agraria suficiente, para cuya determinación se conjugarán criterios de formación lectiva y experiencia profesional; haber cumplido 18 años y no haber cumplido 65 años; estar dado de alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o, en su caso, en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios incluidos en dicho Régimen (las agricultoras y los agricultores profesionales que no estén encuadrados en el régimen anterior deberán cumplir los requisitos indicativos de su profesionalidad agraria establecidos a estos efectos por las Comunidades Autónomas); y residir en la comarca en donde radique la explotación o en las comarcas limítrofes.

30 Dicho Registro deberá contener, al menos, la identificación de los cotitulares

Las ayudas, pagos, derechos de producción, primas, cuotas u otras medidas de efecto equivalente que correspondan al titular de la explotación se atribuirán conjuntamente a los cotitulares que hayan comunicado a la administración competente la existencia de dicha cotitularidad (para ello es preciso señalar la cuenta bancaria conjunta en la que deben hacerse efectivos los correspondientes ingresos).

Y las Administraciones Públicas (si tienen y quieren destinar recursos a ello) podrán establecer ayudas, subvenciones, preferencias en apoyos y otras medidas incentivadoras con el fin de promover el acceso y permanencia de las mujeres a la titularidad compartida de las explotaciones agrarias.

Lo sorprendente es que, sólo dos años después, en lugar de un Real Decreto tenemos una Ley: la Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias[31].

Subraya la propia Ley que pretende ir más allá de una regulación de efectos administrativos y que su objetivo es promover una acción positiva que logre dar visibilidad a las mujeres y que éstas puedan ejercer y disfrutar de todos los derechos derivados de su trabajo en

y, en su caso, del representante designado por éstos, así como la identificación de la explotación y su número de identificación fiscal. Las Comunidades Autónomas comunicarán mensualmente al Ministerio de Agricultura los datos facilitados por los cotitulares, así como sus variaciones, a los efectos de su constancia en el Registro.

31 BOE nº 240 de 5 de octubre de 2011. En su Informe de 14 de abril de 2010, el Consejo de Estado

proponía no sólo una regulación jurídico-privada de la titularidad compartida, sino también la creación

de una figura específica que permitiera separar el patrimonio personal del patrimonio profesional. Sin embargo, no ha sido así, por lo que en sentido crítico se apunta que ni la Ley consigue reforzar la unidad económica y jurídica de la explotación como bien inmaterial propio y susceptible de tráfico jurídico unitario, ni aprovecha para diseñar normas de Derecho sucesorio dirigidas a garantizar la continuidad de la explotación agraria. Sobre estos aspectos ver más ampliamente BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio, PLAZA PENEDÉS, Javier y MUÑIZ ESPADA, Esther, "Contribuciones para el desarrollo de la titularidad compartida", *Revista de Derecho Agrario y Alimentario,* nº 60, 2012, p.p. 7 a 31.

las explotaciones agrarias en términos de igualdad con respecto a los hombres, favoreciendo la asunción de decisiones gerenciales y los riesgos y responsabilidades derivados de ellas.

Como ya hemos señalado, dentro del sector agrario muchas mujeres comparten con los hombres las tareas agrarias, aportando tanto bienes como trabajo. Sin embargo, en la mayoría de los casos, es sólo el hombre el que figura como titular de la explotación agraria. Según el propio Preámbulo de la Ley, en España, más del 70 por ciento de los titulares de explotación agraria son hombres y, cuando son mujeres, normalmente se trata de explotaciones de dimensiones económicas reducidas y de baja rentabilidad.

El trabajo de las mujeres en la explotación se considera una especie de "ayuda familiar" que complementa a la renta principal del marido y no como una aportación económica efectiva. Así que el trabajo dentro de la explotación sumado a las responsabilidades domésticas no compartidas casi nunca; el cuidado prácticamente exclusivo de los hijos y de otros familiares dependientes; y la falta de reconocimiento económico, profesional y social del trabajo de las mujeres tanto fuera como dentro del hogar constituyen algunos de los motivos que las empujan a abandonar el campo.

El fin de esta Ley es favorecer la igualdad real y efectiva de las mujeres en el medio rural a través del reconocimiento jurídico y económico de su participación en la actividad agraria. Y pretende hacerlo a través de tres fórmulas diferentes: la creación de explotaciones agrarias de titularidad compartida; la compensación económica por colaboración efectiva en la explotación agraria; y la constitución de sociedades de responsabilidad limitada[32]. De ellas

32 Si bien es cierto que esta fórmula no supone ninguna novedad en nuestro ordenamiento jurídico. Como señala la doctrina, es obvio que puede constituirse una sociedad limitada, una anónima o una colectiva y de ello no se extrae ninguna especialidad. Y se introduce cierta confusión al establecer que puede constituirse una sociedad de responsabilidad limitada de las previstas en el art.5 Dos del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo (BOE nº 293 de 3 de

nos centraremos en las dos primeras.

III.1.-EXPLOTACIONES AGRARIAS DE TITULARIDAD COMPARTIDA

Se define a la explotación agraria de titularidad compartida como la unidad económica, sin personalidad jurídica y susceptible de imposición a efectos fiscales, que se constituye por un matrimonio o pareja unida por análoga relación de afectividad, para la gestión conjunta de la explotación agraria.

Pero la posibilidad de crear una explotación agraria de titularidad compartida es voluntaria, como ya lo era en la LMEA para las explotaciones prioritarias[33] y como ya lo era en el Real Decreto de 2009 antes mencionado. Y la propia Ley insiste en que la constitución de la titularidad compartida de una explotación agraria no alterará el régimen jurídico civil de los bienes y derechos que la conforman ni

diciembre de 2010), cuando el Decreto-Ley sólo regula la constitución telemática de sociedades limitadas (algo en lo que se está trabajando en la Comisión de Codificación para todo los tipos de sociedades) Ver en este sentido CABALLERO LOZANO, DE LA CUESTA SÁENZ, MUÑIZ ESPADA y SERRANO ARGÜELLO, "Revisión técnica a propósito de la Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre la titularidad compartida de las explotaciones agrarias", en *Revista de Derecho Agrario y Alimentario,* nº 60, 2012, p.131. En realidad, la única novedad que incluye la Ley 35/2011 respecto a las sociedades es la modificación de la letra b) del art.6 de la LMEA (relativo a las formas jurídicas de las explotaciones asociativas prioritarias), ya que en el caso de sociedades anónimas sus acciones deberán ser nominativas, siempre que más del 50 por 100 del capital social, de existir éste, pertenezca a socios que sean agricultores profesionales. Estas sociedades tendrán por objeto principal (y no por objeto exclusivo como establecía la LMEA) el ejercicio de la actividad agraria en la explotación de la que sean titulares.

33 El art. 4.2 de la LMEA establece inicialmente que, en caso de matrimonio (no se refería expresamente a las parejas de hecho), la titularidad de la explotación podía recaer en ambos cónyuges, siendo suficiente con que uno de ellos reuniera los requisitos indicados. Bastaba entonces con que uno de los dos fuera titular de las fincas (bien como propietario o por cualquier otro título que le permitiera realizar la actividad de explotación) y reuniera los requisitos exigidos por el art. 4.1 para que la titularidad de la explotación prioritaria pudiera recaer sobre ambos cónyuges.

el régimen jurídico matrimonial o pactos patrimoniales de las parejas de hecho ni el régimen sucesorio, sin perjuicio de lo establecido en el capítulo IV (referido a la compensación económica por razón de colaboración efectiva en la explotación agraria).

Respecto a los requisitos (art.3), las personas titulares de la explotación agraria en régimen de titularidad compartida deberán:

1) Estar dadas de alta en la Seguridad Social (algo muy complicado si tenemos en cuenta los escasos niveles de rentabilidad de muchas explotaciones agrarias y la larga etapa de crisis económica que el país atraviesa). Si bien es cierto que se establece algún beneficio en la cotización a la Seguridad Social como después veremos.

2) Ejercer la actividad agraria y trabajar en la misma de modo directo y personal[34] tal y como está definido en la Ley 19/1995 (aunque en realidad se introduce un concepto ajeno a la LMEA).

El concepto de "cultivador directo y personal" procede de la legislación de arrendamientos rústicos[35], no de la LMEA, ya que esta

34 La cursiva es nuestra.

35 Concretamente de la Ley de 23 de julio de 1942 de Arrendamientos Rústicos (BOE nº 213 de 1 de agosto de 1942). Las operaciones agrarias debían realizarse materialmente por el arrendatario o por familiares que convivieran con él bajo su dependencia económica, no utilizando asalariados más que circunstancialmente por exigencias estacionales del cultivo. Aunque actualmente lo han recuperado la Ley 26/2005 de Arrendamientos Rústicos (BOE nº 287 de 1 de diciembre de 2005), que considera agricultor profesional, a efectos de la legislación arrendaticia, a quien obtenga unos ingresos brutos anuales procedentes de la actividad agraria superiores al duplo del Indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) y cuya dedicación directa y personal a esas actividades suponga, al menos, el 25 por cien de sus tiempo de trabajo. Y la Ley 1/2008, de 20 de febrero, de Contratos de Cultivo de Cataluña (BOE nº 84 de 7 de abril de 2008), al establecer en su art.6 que se entiende por cultivador directo y personal la persona física que, sola con la colaboración de personas que conviven con ella o, si no hay convivencia, de descendientes o de ascendientes, lleva a cabo

última define al titular de la explotación como la persona física, ya sea en régimen de titularidad única, ya sea en régimen de titularidad compartida inscrita en el registro correspondiente, o la persona jurídica, que ejerce la actividad agraria organizando los bienes y derechos integrantes de la explotación con criterios empresariales y asumiendo los riesgos y responsabilidades civil, social y fiscal que puedan derivarse de la gestión de la explotación[36].

La jurisprudencia tendrá que determinar si es posible entender el requisito de "ejercer la actividad agraria y trabajar en la misma de modo directo y personal" sin tener que identificarlo con la realización física de las tareas agrarias. Y si ese requisito podría incluir o no dos posibles formas de llevar la explotación: de forma inmediata, es decir, realizando por sí mismos las labores agrarias; o bien de forma mediata, es decir, cuando el trabajo realizado en la explotación no consiste en el desarrollo de la tareas agrarias propiamente dichas, sino en actividades de dirección, gestión, etc.[37].

---

efectivamente la actividad agraria y asume los riesgos de la explotación, si el 50% de su renta total se obtiene de actividades agrarias u otras complementarias, siempre que la parte de la renta procedente directamente de la actividad agraria efectuada en su explotación no sea inferior al 25% de su renta total y el tiempo de trabajo dedicado a actividades agrarias o complementarias sea superior a la mitad de su tiempo de trabajo total, sin perjuicio de que pueda contratar personal auxiliar.

36 La cursiva indica lo que la Disposición final segunda de la Ley 35/2011 añade a la anterior definición de titular de la explotación del art. 2.4 de la LMEA de 1995. Y sigue sin explicarse ni antes ni ahora el motivo por el que el precepto no se refiere a cualquier tipo de responsabilidad.

37 Recordemos que la Disposición final segunda de la Ley 35/2011 considera también de forma expresa como actividad agraria toda aquella que implique la gestión o la dirección y gerencia de la explotación. En opinión de CABALLERO LOZANO, José María, en "La unificación del concepto jurídico de profesionalidad agraria: otra ocasión perdida con la Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias", *El Desarrollo Rural en la Política Agrícola Común 2014-2020,* Carlos Vattier Fuenzalida (Dir.), Aranzadi, 2012, p. 140, la expresión analizada lleva a concluir que los cotitulares de la explotación han de realizar materialmente las tareas de cultivo, ganadería o silvicultura, y también llevar la dirección y gerencia

3) Y residir en el ámbito territorial rural en que radique la explotación. Una exigencia lógica si tenemos en cuenta el objetivo de mantener población en el medio rural, por lo que habrá que intentar evitar fraudes en este sentido[38].

En cuanto al régimen de la titularidad compartida, la administración de la explotación agraria corresponderá a ambas personas titulares conjuntamente. La representación de la explotación de titularidad compartida será solidaria, salvo para los actos que supongan disposición, enajenación o gravamen de la misma, en cuyo caso la representación será mancomunada. Y la responsabilidad será directa, personal, solidaria e ilimitada por parte de las dos personas titulares.

Por otro lado, los rendimientos generados por la explotación se repartirán al 50 por ciento entre ambas personas titulares de la explotación agraria de titularidad compartida. Y, una vez repartidos, estos rendimientos se regirán por lo dispuesto en el régimen económico matrimonial de ambos cónyuges o los pactos patrimoniales que, en su caso, hayan suscrito las parejas de hecho.

Para que la titularidad compartida de las explotaciones agrarias produzca todos sus efectos jurídicos será precisa su inscripción previa en el Registro constituido al efecto por la correspondiente Comunidad Autónoma. Lo que significa que la inscripción en el Registro de las Comunidades Autónomas tiene carácter constitutivo (art.6)[39]. A su

de la explotación.

38 No se hace ninguna alusión al resto de requisitos incluidos en el art. 4.1 de la LMEA (como, por ejemplo, la exigencia de poseer un nivel de capacitación agraria suficiente conjugando criterios de formación lectiva y experiencia profesional).

39 La inscripción se realizará mediante la presentación de una declaración conjunta en la que se hagan constar los datos de identificación personal; los datos de identificación de la explotación; los datos de los bienes y derechos que conforman la explotación agraria de titularidad compartida; el número de Identificación Fiscal asignado por la Administración tributaria competente; los datos identificativos de la cuenta bancaria asociada a la titularidad compartida; los datos identificativos del representante, en su caso, de la titularidad compartida; y el certificado de matrimonio

vez, en el Ministerio de Agricultura existirá un Registro en el que se reflejarán las declaraciones de titularidad compartida, y sus variaciones, recibidas en el órgano competente de cada Comunidad Autónoma[40]. Por su parte, el art.8 de la Ley se refiere a las causas de extinción de la titularidad compartida:

a) Nulidad, separación o disolución del matrimonio.

b) Ruptura de la pareja de hecho, muerte o declaración de fallecimiento de uno de sus miembros.

c) Pérdida de la titularidad de la explotación agraria por cualquier causa legalmente establecida.

d) Que alguna de las dos personas titulares deje de cumplir los requisitos previstos en el art.3.

e) Por acuerdo entre las personas titulares de la explotación agraria de titularidad compartida manifestado mediante comparecencia personal o firma electrónica ante el registro de titularidad compartida.

Desde el punto de vista fiscal, la titularidad compartida de explotaciones agrarias tendrá a efectos tributarios la consideración de entidad, de acuerdo con el art.35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria[41], y como tal dispondrá de un número

o certificado de inscripción de pareja de hecho, o aseveración de vinculación de análoga relación de afectividad

incluida en la declaración conjunta.

40 De acuerdo con lo dispuesto por la Disposición transitoria única de la Ley 35/2011, la Orden AAA/1408/2012, de 26 de junio, regula el Registro de explotaciones agrarias de titularidad compartida (BOE nº 155 de 29 de junio de 2012) y deroga la anterior Orden ARM/2763/2009, de 5 de octubre (BOE nº 248 de 14 de octubre de 2009). Aunque está pendiente de resolverse el recurso de inconstitucionalidad número 76-2012 promovido por el Gobierno de Canarias contra el art. 6 de la Ley, ya que, de acuerdo con el marco competencial establecido en la Constitución española, no considera que sea el Estado quien deba dictar la legislación que imponga a las Comunidades Autónomas la constitución y gestión del Registro de titularidad compartida.

41 BOE nº 302 de 18 de diciembre de 2003. Tendrán la consideración de obligados tributarios, en las leyes en que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica,

de identificación fiscal para sus relaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria.

Por otro lado, el ejercicio de una actividad agraria por parte de las personas titulares de una explotación agraria de titularidad compartida determina la inclusión en el sistema de la Seguridad Social. A través de la Disposición final tercera de la Ley 35/2011 se da nueva redacción a la Disposición adicional primera de la Ley 18/2007, de modo que el cónyuge de la persona titular de una explotación agraria, que se constituya en titular de la explotación agraria de titularidad compartida, tendrá derecho a beneficios en la cotización a la Seguridad Social (si se cumplen las condiciones establecidas, es posible la reducción de un 30 por 100 en la cuota)[42]. Y, de acuerdo con la disposición adicional segunda de la Ley 18/2007, esa reducción también será aplicable al miembro de la pareja de hecho que se constituya en titular de la explotación agraria

constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición.

42 Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (BOE nº 160 de 5 de julio de 2007). Establece la Disposición adicional primera que en el supuesto de personas incorporadas a la actividad agraria a partir de 1 de enero de 2008 que queden incluidas en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos a través del Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios, que tengan cuarenta o menos años de edad en el momento de dicha incorporación y sean cónyuges o descendientes del titular de la explotación agraria, siempre que éste se encuentre dado de alta en los citados régimen y sistema especiales, se aplicará, sobre la cotización por contingencias comunes de cobertura obligatoria, una reducción equivalente al 30 por 100 de la cuota que resulte de aplicar a la base mínima de cotización que corresponda el tipo del 18,75 por 100. La reducción de cuotas tendrá una duración de cinco años y será incompatible con la reducción y bonificación para los nuevos trabajadores incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos en la disposición adicional trigésima quinta del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

en régimen de titularidad compartida una vez que se regulen este tipo de situaciones.

Por lo que respecta al régimen de las ayudas agrarias, las subvenciones, las ayudas directas y las ayudas al desarrollo rural asociadas a la explotación agraria de titularidad compartida (ya procedan de fuentes de financiación europeas, estatales o autonómicas), éstas corresponderán por mitades iguales a favor de cada uno de los cónyuges o miembros de la pareja de hecho titulares de las explotaciones agrarias de titularidad compartida. La solicitud de las citadas ayudas se realizará a nombre de la entidad que constituye la explotación agraria de titularidad compartida, efectuándose el pago correspondiente en la cuenta bancaria asociada a la titularidad compartida. Y cada una de las personas titulares de la explotación agraria tendrá la consideración de beneficiaria directa de las ayudas correspondientes al régimen de pago único de la PAC (quedando exenta de retención de derechos la cesión de los mismos que una de las personas titulares deba realizar a favor de la unidad económica).

En cuanto a las medidas de fomento y ayudas públicas, la explotación agraria de titularidad compartida tendrá la consideración de explotación prioritaria a los efectos previstos en la LMEA (orden preferente en la obtención de beneficios, ayudas y medidas de fomento impulsadas por las Administraciones Públicas). Pero, para acceder a esos beneficios, ayudas y medidas de fomento, es necesario que se cumplan dos requisitos más (a sumar a los ya previstos en el art.3):

1) Que la renta unitaria de trabajo que se obtenga de la explotación no supere en un 50 por 100 el máximo de lo establecido para las explotaciones prioritarias (es decir, 50.232,60 euros).

Para que una explotación agraria tenga la consideración de prioritaria, se requiere que la explotación posibilite la ocupación de, al menos, una unidad de trabajo agrario (trabajo efectuado por una persona dedicada a tiempo completo durante un año a la actividad agraria) y que la renta unitaria de trabajo que se obtenga de la misma

sea igual o superior al 35 por 100 de la renta de referencia e inferior al 120 por 100 de ésta, es decir, que el rendimiento económico que se obtenga de la mismas se sitúe dentro de la banda comprendida entre el mínimo del 35 por 100 (9.897,30 euros) y el máximo del 120 por 100 (33.933,60 euros) de la renta de referencia, o lo que es lo mismo, del indicador relativo a los salarios brutos no agrarios en España (28.278 euros)[43].

2) Que uno de los dos titulares sea agricultor profesional conforme a la LMEA (art.2.5). La definición de agricultor profesional de la LMEA se modificó con la Ley 45/2007 para el desarrollo sostenible del medio rural y vuelve a cambiar con la entrada en vigor de la Ley sobre titularidad compartida. De acuerdo con su Disposición final segunda, el art.2.5 de la LMEA queda ahora redactado de la siguiente manera: es "agricultor profesional, la persona física que siendo titular de una explotación agraria, al menos el 50% de su renta total la obtenga de actividades agrarias[44] u otras complementarias[45],

43 Cantidades calculadas de acuerdo con la Orden AAA/2606/2012, de 26 de noviembre, por la que

se fija para el año 2013 la renta de referencia (BOE nº 295 de 8 de diciembre de 2012).

44 Se entiende por actividad agraria el conjunto de trabajos que se requiere para la obtención de productos agrícolas, ganaderos y forestales. Asimismo, la Disposición final segunda de la Ley 35/2011 considera como actividad agraria la venta directa por parte de agricultoras o agricultores de la producción propia sin transformación o la primera transformación de los mismos, cuyo producto final esté incluido en el Anexo I del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, dentro de los elementos que integren la explotación, en mercados municipales o en lugares que no sean establecimientos comerciales permanentes, considerándose también actividad agraria toda aquella que implique la gestión o la dirección y gerencia de la explotación.

45 La Disposición final segunda de la Ley 35/2011 considera como actividades complementarias la participación y presencia de la persona titular, como consecuencia de elección pública, en instituciones de carácter representativo, así como en órganos de representación de carácter sindical, cooperativo o profesional, siempre que éstos se hallen vinculados al sector agrario. También se considerarán actividades

siempre y cuando la parte de renta procedente directamente de la actividad agraria de su explotación no sea inferior al 25% de su renta total y el volumen de empleo dedicado a actividades agrarias o complementarias sea igual o superior a la mitad de una Unidad de Trabajo Agrario.

Se plantea entonces la siguiente cuestión: ¿para que la explotación agraria de titularidad compartida sea calificada como prioritaria tiene que posibilitar la ocupación de una unidad de trabajo agrario tal y como establece la LMEA o basta con que ocupe media unidad de trabajo agrario de acuerdo con la nueva definición de agricultor profesional?[46].

Parece posible deducir que, para acceder a la condición de explotaciones prioritarias, se flexibilizan los requisitos en el caso de las explotaciones en régimen de cotitularidad. Por un lado, pueden ocupar un volumen de empleo igual o superior sólo a media unidad de trabajo agrario[47] y, por otro, la renta unitaria de trabajo que se obtenga de la explotación puede alcanzar hasta el 180 por 100 de la renta de referencia (no hasta el 120 por 100).

Por último, el art.12 establece que las bases reguladoras de las subvenciones financiadas por la Administración General del Estado incorporarán para beneficiar a las explotaciones agrarias de titularidad compartida un trato preferente. Dicho trato preferente consistirá, a igualdad de requisitos para las explotaciones y para

complementarias las de transformación de los productos de la explotación agraria y la venta directa de los productos transformados de su explotación, siempre y cuando no sea la primera transformación, así como las relacionadas con la conservación del espacio natural y protección del medio ambiente, el turismo rural o agroturismo, al igual que las cinegéticas y artesanales realizadas en su explotación.

46 Figura que, dicho sea de paso, se parece cada vez más a un agricultor a tiempo parcial.

47 Salvo que entendamos que la modificación de la definición de agricultor profesional también supone la modificación de la exigencia de que, para que cualquier explotación sea calificada como prioritaria, ésta tenga que ocupar media unidad de trabajo agrario en lugar de una unidad de trabajo agrario.

cada nivel de apoyo, en el incremento de la ponderación o puntuación en los criterios objetivos de otorgamiento de subvenciones y ayudas públicas establecidas en las referidas bases reguladoras, adicionalmente a otras situaciones de preferencia y prioridad establecidas en el resto del ordenamiento jurídico[48].

Además, las personas titulares de explotaciones agrarias de titularidad compartida tendrán un derecho preferente en las actividades de formación y asesoramiento en materia de agricultura.

Y se añade la declaración de intenciones de que todas las disposiciones, planes y programas elaborados por la Administración General del Estado en materia de agricultura, medio rural y medio ambiente deberán tomar en consideración las medidas incentivadoras y de fomento de la titularidad compartida de las explotaciones agrarias previstas en esta Ley[49].

III.2.-COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR COLABORACIÓN EFECTIVA EN LA EXPLOTACIÓN AGRARIA

De acuerdo con el art.13.1 de la Ley 35/2011, las personas casadas o unidas por análoga relación de afectividad que participen de manera efectiva y regular en la actividad agraria de la explotación sin recibir pago o contraprestación alguna por el trabajo realizado, ni haberse acogido al régimen de titularidad compartida, tendrán derecho a una compensación económica en los supuestos tanto de transmisión de la explotación como de extinción del matrimonio o pareja de hecho.

Como vemos, se regula un derecho de compensación económica en los casos en los que uno de los cónyuges o convivientes haya

48 Por su parte, la Disposición adicional sexta de la Ley 35/2011 dispone que los poderes públicos fomentarán la titularidad compartida en cuanto a su presencia en los órganos rectores de las entidades asociativas agrarias.

49 Aunque por el momento, y de acuerdo con los datos suministrados por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, hasta finales de septiembre de 2013 sólo se han constituido 51 explotaciones en régimen de titularidad compartida.

venido realizando un trabajo no remunerado en la explotación agraria. ¿Pero de acuerdo con el espíritu y objetivos de la Ley sería posible afirmar que se refiere a cónyuges o convivientes únicamente "mujeres"?

Es lógico que se plantee la duda de si la figura sería también aplicable a un cónyuge o conviviente "hombre" al que no se reconozca su trabajo en la explotación cuando la titular de la misma sea una mujer o a los casos en los que ambos cónyuges o convivientes sean del mismo sexo. Ya que, si bien es cierto que la situación más frecuente en el medio rural es que no se reconozca el trabajo de la mujer en la explotación agraria dentro del ámbito de una pareja heterosexual en la que el titular es el hombre, eso no significa que no puedan plantearse situaciones de desigualdad en otros supuestos menos habituales[50].

En nuestra opinión, la compensación económica reconocida por el art.13 tiene naturaleza remuneratoria y está destinada al cónyuge o conviviente que haya participado efectiva y regularmente en la actividad agraria de la explotación sin pago o contraprestación alguna por su trabajo con el objetivo de evitar que se produzca un enriquecimiento injusto.

La acreditación del trabajo efectivo podrá hacerse a través de cualquier medio de prueba admitido en derecho. Aunque, curiosamente, la Ley establece la presunción iuris tantum de que ese trabajo efectivo existe en el caso de los matrimonios cuyo régimen económico sea el de gananciales (lo que significa que será el cónyuge titular el que tendrá que probar que no es así y que, o no ha habido trabajo, o que sí ha habido contraprestación). Presunción que no

50 Por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 20 de enero de 2010 (JUR\2010\246920) concedió al marido una pensión compensatoria temporal (4 años) por desequilibrio económico (art. 97 C.c.) tras haber colaborado en tareas de administración en una explotación agraria cuya titularidad correspondía a su mujer. Sobre estos aspectos, CABALLERO LOZANO, *op. cit.*, p. 131, también sostiene que un matrimonio o pareja integrada por dos personas del mismo sexo pueda obtener la calificación de titularidad compartida.

existe en el caso de los otros regímenes económicos matrimoniales[51] ni cuando se trata de parejas de hecho.

En cualquier caso, el problema es que muchas veces no será fácil probar ni ese trabajo efectivo ni el periodo temporal durante el cual éste se ha desarrollado. En este sentido, señala POVEDA BERNAL que el formalismo del matrimonio conlleva una total certidumbre tanto en lo referente a la fecha de inicio como de fin de la relación de pareja (el matrimonio existe desde que formalmente se contrae hasta el fallecimiento de uno de los cónyuges o hasta que recae una resolución judicial sobre separación, nulidad o divorcio)[52]. Sin embargo, en las relaciones estables de pareja, la ausencia de formalidades conlleva una gran inseguridad respecto al momento de inicio y fin de las mismas. En algunas Comunidades Autónomas en las que existe regulación específica sobre parejas de hecho se han establecido diversos mecanismos de control y presunciones, tales como la creación de unos Registros especiales en los que se debería inscribir la pareja conviviente, tiempo determinado de convivencia previa a la aplicación de la legislación, o presunción de convivencia en el caso de hijos comunes. Pero la dificultad probatoria será más complicada en los territorios que todavía no tienen regulación al respecto y que carecen de Registros públicos donde consten inscritas estas uniones, algo que sólo podría evitarse con un sistema de cobertura legal que, a nivel estatal, regulara mecanismos fiables que suplieran otros medios probatorios para acreditar la existencia, inicio

51 A pesar de que en determinadas zonas de España (territorios de Derecho foral) es precisamente el régimen de separación de bienes el régimen económico matrimonial de primer grado y no el de gananciales.

52 Ciertamente, la separación, hoy ya casi inexistente después de la reforma de 2005 no supone la disolución del vínculo matrimonial, pero sí la del régimen económico matrimonial y conlleva ya las consecuencias jurídicas derivadas del fin de la convivencia: atribución del uso de la vivienda, pensiones de alimentos a los hijos, pensión compensatoria al cónyuge, posibilidad de instar el procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial, etc.

y término de estas relaciones estables de pareja[53].

En cuanto a los supuestos de hecho que dan lugar a percibir la compensación económica, el art.13.2 establece que en los casos de transmisión de la explotación agraria; de nulidad o disolución del matrimonio por cualquiera de las causas previstas en el art.85 del Código Civil (C.c.)[54]; o de disolución de la análoga relación de afectividad por separación, nulidad, o muerte; o en los supuestos de liquidación del régimen económico del matrimonio o de las relaciones patrimoniales establecidas por la pareja de hecho, las personas que hayan trabajado en la explotación sin contraprestación tendrán derecho a exigir una compensación económica "al otro titular" de la explotación agraria o a sus herederos[55].

Para el cálculo de la compensación se tendrá en cuenta el valor real de la explotación agraria, el tiempo efectivo y real de colaboración en la actividad agraria y la valoración de la actividad en el mercado, extremos que se probarán con los medios de prueba admitidos en derecho[56].

53 POVEDA BERNAL, Margarita Isabel, "La nueva ley de titularidad compartida de las explotaciones agrarias. Incidencia en el derecho de familia", en *El Desarrollo Rural en la Política Agrícola Común 2014-2020,* Carlos Vattier Fuenzalida (Dir.), Aranzadi, 2012, p. 196.

54 De acuerdo con el art. 85 del C.c., el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio.

55 En la redacción de esta última parte del texto sobraría la referencia "al otro titular" de la explotación, puesto que para que nazca este derecho se requiere precisamente que quien esté realizando el trabajo no sea cotitular de la explotación. Tendrán, por tanto, derecho a exigir una compensación económica "al titular" de la explotación agraria o a sus herederos.

56 Como señala MUÑIZ ESPADA, en "El nuevo estatuto jurídico de la coparticipación en la actividad agraria", *Revista de Derecho Agrario y Alimentario,* nº 61, 2012, p.p. 124 y 125, esos criterios son una referencia y tienen carácter enunciativo, de modo que también pueden tenerse en cuenta otros parámetros. En realidad, el precepto no ofrece un método de cálculo, sino que enumera aspectos a tener en cuenta, y constituirá una dificultad añadida el hecho de que haya habido

La compensación se satisfará preferentemente en un solo pago, sin perjuicio de lo que las partes puedan pactar sobre la cuantía, forma, plazos y garantía para el pago de la compensación. Y la acción para reclamar el pago de la compensación prescribirá a los cinco años desde que se produzca alguno de los supuestos antes mencionados.

Pero especialmente relevante es el art.14.2 cuando establece que la compensación económica será compatible con otros derechos de carácter patrimonial a los que tenga derecho el cónyuge o miembro de la pareja de hecho, lo cual puede plantear algunas dudas interpretativas respecto a los derechos previstos por los arts.97 y 98 C.c. (casos de separación, divorcio y nulidad) y por el art.1438 C.c. (relativo a la liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes).

Si nos centramos en los casos de separación, divorcio o nulidad, es preciso señalar que las cuestiones importantes que hay que resolver en estas circunstancias se refieren al régimen de custodia y visita de hijos; la fijación económica del montante de los alimentos debidos a los hijos; el régimen de atribución del uso de la vivienda habitual; la liquidación del régimen económico matrimonial; y el establecimiento de la compensación a favor del cónyuge que como consecuencia de la separación o divorcio sufre un empeoramiento económico frente a la situación de la que disfrutaba en el matrimonio (siempre que este empeoramiento comporte, además, un desequilibrio con la situación económica que resulta de la separación o divorcio para el otro cónyuge, art.97 C.c.)[57]. O el establecimiento de la indemnización que en los casos de nulidad corresponda al cónyuge que de buena fe

años en los que el trabajo haya sido exclusivo y años en los que haya sido a tiempo parcial, ya que no será fácil probar el tiempo efectivamente dedicado en cada periodo al servicio de la explotación.

57 Como señala CARRASCO PERERA, Ángel, *Derecho de Familia. Casos, reglas, argumentos,* Ed.

Dilex, Madrid, 2006, p. 128, no habrá pensión compensatoria si ambos cónyuges son restituidos con

la separación o divorcio a un nivel de pobreza equivalente.

ve anulado su matrimonio (art.98 C.c.).

En nuestra opinión, no se excluye el derecho a la compensación económica de la Ley 35/2011 por el trabajo aportado a la explotación en los casos en los que corresponda la pensión compensatoria por separación o divorcio o la indemnización por mala fe en la nulidad, puesto que son diferentes tanto la naturaleza jurídica como los fundamentos de cada uno de los derechos, si bien es cierto que deberán tenerse en cuenta para determinar sus respectivas cuantías.

En los casos de separación y divorcio, el art.97 C.c. establece que el cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia[58].

De acuerdo con el art.97, tiene entonces derecho a una compensación el cónyuge que tras la separación o divorcio pasa a peor situación económica respecto a la que tenía en el matrimonio y de la que sigue disfrutando el otro cónyuge. Debe ser solicitada por el cónyuge afectado (pues tiene carácter dispositivo) y puede pactarse

58 A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: 1ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges. 2ª La edad y el estado de salud. 3ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo. 4ª La dedicación pasada y futura a la familia. 5ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge. 6ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal. 7ª La pérdida eventual de un derecho de pensión. 8ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. 9ª Cualquier otra circunstancia relevante. En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad. De acuerdo con la jurisprudencia (ver por ejemplo STS de 19 de enero de 2010, RJ 2010\417), las circunstancias que recoge el art.97 C.c. deben integrar el propio concepto de desequilibrio, por lo que deben de tenerse en cuenta tanto para la determinación de su procedencia como para la cuantificación de la pensión.

en convenio regulador o ser establecida por el juez en la sentencia[59].

A la hora de determinar la naturaleza jurídica de esta compensación, es preciso aclarar que no nos encontramos ni ante una especie de indemnización por la ruptura del matrimonio, ni ante una prestación de alimentos, sino que lo que se pretende es situar al cónyuge que ha sufrido el desequilibrio económico, es decir, al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades –singularmente laborales y económicas- a la que habría tenido de no haber mediado tal matrimonio[60].

Como señala MARÍN LÓPEZ, la compensación procede por una sola cuestión: la existencia de un desequilibrio económico negativo en relación al modo de vida de que disfrutaba ese cónyuge durante el matrimonio, siempre y cuando el otro cónyuge mantenga el nivel de vida anterior. Este empeoramiento sólo puede afectar a uno de los cónyuges, puesto que si se produce idéntico perjuicio en los dos, no hay desequilibrio y, por tanto, no habría compensación. El desequilibrio ha de referirse al momento de producirse la ruptura de la convivencia y ha de tener su origen o causa precisamente en la separación o en el divorcio, sin que las circunstancias sobrevenidas o las alteraciones posteriores den derecho a la compensación[61].

59 Debe reclamarse en el proceso, de modo que no cabe solicitarla una vez dictada sentencia firme y se trata de un derecho de crédito personalísimo e intransmisible, lo que implica que no pueda cederse a un tercero el derecho a cobrar pensiones futuras ni reclamarse por los acreedores del cónyuge acreedor por medio de la acción subrogatoria.

60 Ver en este sentido la STS de 10 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1133). Cabe plantearse también si son compatibles la pensión compensatoria y la pensión de alimentos entre cónyuges. La cuestión se suscita únicamente en los casos de separación, pues entre divorciados no cabe solicitud de alimentos. Debe entenderse que, en principio, son compatibles, pues el fundamento de una y otra prestación son diferentes; aunque la mayor parte de las veces la pensión compensatoria implicará la desaparición del requisito de necesidad, que es el presupuesto imprescindible de la prestación alimenticia.

61 MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, "De los efectos comunes a la nulidad,

Por otra parte, en caso de ruptura de una pareja de hecho, aquel de los dos que pase a una peor situación económica puede exigir al otro la compensación, basándose bien en la doctrina que veda el enriquecimiento injusto o bien en la aplicación analógica del art.97. El desequilibrio deber ser real y probado por la parte que lo alega.

Por lo que respecta a los casos de nulidad, y de acuerdo con el art.98 C.c., el cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97 C.c. En estos supuestos no es necesario probar la existencia de ningún tipo de daño, sino la existencia de mala fe por parte del otro cónyuge. Cabría decir entonces que la naturaleza jurídica de esta indemnización no es de carácter resarcitorio, sino más bien de carácter sancionador.

De acuerdo con MARÍN LÓPEZ, son varios los requisitos que deben concurrir para que proceda esta indemnización. En primer lugar, es preciso que exista una sentencia que declare la nulidad del matrimonio[62]. El segundo requisito es la existencia de una convivencia entre los cónyuges, creadora de una apariencia de matrimonio, sin que se exija un tiempo mínimo al respecto. El tercer requisito es la existencia de buena fe en uno de los cónyuges, por lo que no se aplica el art.98 cuando los dos cónyuges son de mala fe. La mala fe debe venir afirmada en la sentencia de nulidad y no puede ser objeto de discusión posterior. Si no se establece la mala fe en la sentencia de nulidad canónica, el juez civil que procede a su homologación no puede decidir sobre este extremo[63].

Sin embargo, no se exige que la nulidad haya causado un desequilibrio económico en el cónyuge de buena fe. La remisión

separación y divorcio", en *Comentarios al Código Civil,* Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), Thomson Aranzadi, 2ª ed. 2006, pp. 227 y 228.

62 Si la sentencia es canónica, debe ser homologada por los trámites del art. 80 C.c. No se aplica el art. 98 a las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, puesto que no son verdaderos supuestos de nulidad.

63 MARÍN LÓPEZ, *op. cit.,* pp. 229 y 230.

del art.98 al art.97 se hace, no para exigir el supuesto de hecho de éste (desequilibrio económico) y aplicarlo al caso de la nulidad matrimonial, sino para que la cuantía de la indemnización se determine teniendo en cuenta las circunstancias mencionadas en ese precepto. No especifica el C.c. si la indemnización ha de pagarse de una sola vez o si puede hacerse a través de pagos periódicos. De acuerdo con su naturaleza y finalidad, la primera solución parece la más adecuada, aunque tampoco plantearía inconveniente que los cónyuges acordaran su pago de forma fraccionada.

Por otro lado, aunque en España existen tres regímenes económicos matrimoniales distintos regulados por el C.c. (gananciales[64], separación de bienes[65] y participación[66]), de ellos nos

64 Con el régimen de gananciales se trata de hacer partícipe al cónyuge menos favorecido económicamente (normalmente porque se ha dedicado al cuidado del hogar y de los hijos comunes sin recibir retribución por su trabajo) de las ganancias obtenidas constante matrimonio en caso de disolución del régimen económico matrimonial. En la sociedad de gananciales existen tres masas patrimoniales: el patrimonio ganancial (que se destina al pago de los gastos de la familia) y el privativo de cada uno de los cónyuges. Cuando se disuelve este régimen económico, después de la liquidación, los bienes gananciales son atribuidos por mitad entre los cónyuges.

65 En el régimen de separación pertenecerán a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento inicial del mismo y los que después adquiera por cualquier título. Asimismo, corresponderá a cada uno la administración, goce y libre disposición de tales bienes. Cada cónyuge conserva los bienes que tuviera al iniciar el régimen de separación y los que adquiera durante el matrimonio a título oneroso o gratuito. Aunque, si ambos cónyuges adquieren un bien de forma conjunta, se aplican entonces las reglas de la comunidad ordinaria.

66 Aunque no es muy habitual en España por su complejidad (sobre todo a la hora de proceder a su liquidación), en el régimen de participación (art. 1411 C.c.) cada uno de los cónyuges adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente. El derecho a la participación en las ganancias no es sino un derecho eventual que se puede o no materializar en el momento de la extinción del régimen. A cada cónyuge le corresponde la administración, el disfrute y la libre disposición tanto de los bienes que le pertenecían en el momento de contraer matrimonio como de los que pueda adquirir después por cualquier título. Y en todo lo no previsto se aplicarán, durante

centraremos en la liquidación del régimen de separación de bienes por la existencia del art.1438 C.c. y por los precedentes que del actual art.13 sobre la compensación económica de la Ley 35/2011 suponen en nuestra opinión el anterior art.41 del Código de Familia Catalán[67] y el actual art.232-5 del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia[68].

En el régimen económico matrimonial de separación de bienes cada cónyuge obtiene sus ingresos y rentas y los administra individualmente, aunque lógicamente tienen la obligación de contribuir a las cargas del matrimonio[69].

Pero el deber de contribuir a las cargas del matrimonio no

la vigencia del régimen de participación, las normas relativas al de separación de bienes (art. 1413 C.c.). Resulta por tanto también de aplicación el art. 1438, que determina el modo de llevarse a cabo la sujeción de los bienes de los cónyuges al levantamiento de las cargas del matrimonio. El modo de contribución a las cargas será el que los cónyuges establezcan en virtud de pacto y, en su defecto, se hará de forma proporcional a sus respectivos recursos económicos. Un modo de satisfacer el deber de contribución a las cargas es el trabajo desempeñado en el hogar por un cónyuge. La compensación por el trabajo en el hogar que el precepto establece en su último inciso será aplicable al régimen de participación en la medida en que la contribución del cónyuge que la ha prestado sea mayor, en su conjunto, que la que le correspondería según la regla de la proporcionalidad, esto es, en la medida en que proceda ajustar "a posteriori" las contribuciones de ambos cónyuges según la citada regla. Los términos de comparación son las ganancias de uno y otro cónyuge, determinadas por la diferencia entre los patrimonios final e inicial de cada uno de ellos. Aquel cónyuge que haya obtenido menores ganancias, cuyo patrimonio haya experimentado un incremento menor, será el cónyuge acreedor del crédito de participación.

67 Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia (BOE nº 198 de 19 de agosto de 1998).

68 Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (BOE nº 203 de 21 de agosto de 2010).

69 Determinadas en virtud de los artículos 1362.1º C.c. (sostenimiento de la familia, alimentación y educación de los hijos comunes y atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia) y 142 C.c. (sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación).

sólo se realiza a través de prestaciones de carácter pecuniario o de la aportación de bienes propios como, por ejemplo, la vivienda, sino que el trabajo en el hogar es también una forma de contribución a las cargas del matrimonio.

De acuerdo con el art.1438, los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación[70].

Como señala ÁLVEREZ OLALLA, especiales modos de prestar la contribución son el trabajo en el hogar y la aportación de bienes propios de un cónyuge para uso y disfrute de la familia. La compensación establecida en el art.1438 es una norma de liquidación del régimen y procede cuando el valor del trabajo en el hogar excede, según la regla de la proporcionalidad, de las aportaciones realizadas por el otro cónyuge, teniendo en cuenta los recursos económicos de ambos[71]. Al ser la compensación una especial forma de liquidación del régimen, en lo que a contribución de cargas se refiere, no debe ser incompatible con la pensión compensatoria, por mucho que el abono de aquélla se deba tener en cuenta a la hora de fijar ésta[72]. Pero, en su opinión, la colaboración en la actividad comercial o profesional del otro cónyuge debe considerarse al margen del deber de contribución al sostenimiento de las cargas del matrimonio y su compensación debe realizarse acudiendo al principio general de

70 La compensación económica puede realizarse a través de una pensión periódica por tiempo indefinido (lo que no significa vitalicia); a través de una prestación única a tanto alzado; y puede establecerse también con carácter temporal.

71 La renuncia "a priori" a la compensación realizada antes de la liquidación del régimen no es válida, pues podría entrañar vulnerar la regla de la proporcionalidad con carácter vinculante para el futuro.

72 Ver en este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 27 abril de 2000

(RJ 2000, 4125).

la prohibición del enriquecimiento injusto[73]. Sin embargo, otra parte de la doctrina sostiene la aplicación analógica del art.1438 a la hora de establecer la compensación por la colaboración en la actividad profesional o negocio del otro cónyuge[74].

En cualquier caso, consideramos que la compensación económica del 1438 C.c. (trabajo para la casa) es compatible con la compensación por empeoramiento y desequilibrio del art.97 C.c. y también con la compensación por razón de colaboración efectiva en la explotación agraria regulada ahora por la Ley 35/2011 con el fin de evitar situaciones de enriquecimiento injusto[75].

Por el contrario, esta última sí entraría en concurrencia con la compensación establecida por el art.232-5 del Código civil de Cataluña y con su antecesor, el art.41 del Código de Familia vigente hasta el 1 de enero de 2011 ("compensación económica por razón de trabajo"). Estos preceptos ya abordan de forma específica el problema que ahora pretende resolver el art.13 de la Ley 35/2011 (aunque no

73 ÁLVAREZ OLALLA, Pilar, "Del régimen de separación de bienes", en Comentarios al Código Civil, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), Thomson Aranzadi, 2ª ed., 2006, p.1696.

74 Ver en ese sentido LACRUZ, SANCHO, LUNA, DELGADO, RIVERO y RAMS, "Familia", *Elementos de Derecho civil,* IV, Ed. Dykinson, 3ª ed., Madrid, 2008, p. 264.

75 Como señala BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, en "Comentario a la STS de 11 de febrero de 2005", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* nº 70, 2006, el art.1438 pretende restablecer el desequilibrio entre los patrimonios de los cónyuges, resultante de no haberse cumplido durante la vigencia del régimen económico matrimonial la regla de la proporcionalidad. La compensación del art. 1438 y la pensión compensatoria del art. 97 son figuras distintas, que responden a finalidades diferentes, aunque sean compatibles, y sin perjuicio de que lógicamente se encuentren relacionadas. Como puntualiza al respecto la Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 8/2000, de 27 de abril (RJ 2000, 4125), primero habrá de procederse, en su caso, a la compensación al liquidar el régimen de separación de bienes; y sólo entonces, restablecido el equilibrio patrimonial entre los cónyuges que deriva de su respectiva aportación proporcional a los gastos familiares, será posible comprobar si procede reconocer a favor de alguno de ellos la pensión compensatoria del art. 97, así como su cuantía.

exclusivamente dentro del ámbito de la explotación agraria).

Establecía el art.41.1 que en los casos de separación judicial, divorcio o nulidad, el cónyuge que, sin retribución o con una retribución insuficiente, ha trabajado para la casa o para el otro cónyuge tiene derecho a recibir de éste una compensación económica, en caso de que se haya generado, por este motivo, una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos que implique un enriquecimiento injusto (y el art.41.3 que el derecho a esta compensación es compatible con los demás derechos de carácter económico que corresponden al cónyuge beneficiado, así como que debe ser tenido en cuenta para la fijación de estos otros derechos)[76].

Por lo que, como señala POVEDA BERNAL, para determinar cuándo concurren los requisitos legales para la aplicación de la compensación económica por razón de colaboración efectiva en la explotación agraria, pueden tenerse en cuenta algunos de los criterios jurisprudenciales ya consagrados y derivados de la interpretación del

76 El actual art. 232-5 del Código civil de Cataluña (sobre el que todavía hay muy poca jurisprudencia puesto que su entrada en vigor es muy reciente) establece que en el régimen de separación de bienes, si un cónyuge ha trabajado para la casa sustancialmente más que el otro, tiene derecho a una compensación económica por esta dedicación siempre y cuando en el momento de la extinción del régimen por separación, divorcio, nulidad o muerte de uno de los cónyuges o, en su caso, el cese efectivo de la convivencia, el otro haya obtenido un incremento patrimonial superior de acuerdo con lo establecido por la presente sección. Tiene derecho a compensación, en los mismos términos, el cónyuge que ha trabajado para el otro sin retribución o con una retribución insuficiente. Para determinar la cuantía de la compensación económica por razón de trabajo, debe tenerse en cuenta la duración e intensidad de la dedicación, los años de convivencia y, concretamente, en caso de trabajo doméstico, si ha incluido la crianza de hijos o la atención personal a otros miembros de la familia que convivan con los cónyuges. Por su parte, el art.232-10 del Código civil de Cataluña establece que el derecho a la compensación económica por razón de trabajo es compatible con los demás derechos de carácter económico que corresponden al cónyuge acreedor y deben tenerse en cuenta para fijar estos derechos y, si procede, para modificarlos.

art.41 del Código de Familia Catalán[77].

Dentro de esa jurisprudencia, resulta especialmente llamativa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida nº 283 de 31 de julio de 2007[78], ya que nos ofrece un ejemplo sobre cómo los tribunales han compensado en la práctica el trabajo dedicado a una explotación agropecuaria y el trabajo dedicado a la familia y al cuidado de la casa.

Esta sentencia regula el derecho a la compensación económica en un caso de régimen económico de separación de bienes por razón del trabajo prestado por uno de los cónyuges sin remuneración (o cabría también cuando esa remuneración fuera insuficiente), cuando por tal circunstancia, comparando las masas de ambos cónyuges, se haya generado un desequilibrio patrimonial que implique un enriquecimiento injusto. En cuanto a la finalidad de esta compensación, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, obedece a un intento de mitigar los efectos propios del régimen de separación de bienes, que se caracteriza por la nula comunicación patrimonial de los bienes de ambos cónyuges (por ejemplo SSTSJC de 26 de marzo de 2003 y 19 de octubre de 2006 y las que en ella se citan), tratando de equilibrar en lo posible las desigualdades que se puedan generar durante una convivencia estable cuando uno de los cónyuges se dedica al cuidado del hogar y de los hijos o ayuda en el negocio, sin percibir remuneración o siendo ésta insuficiente.

Esta compensación por razón del trabajo intenta impedir o limitar que, al cesar la convivencia, quien ha ayudado o propiciado el mantenimiento y desarrollo del negocio quede sin la capitalización de sus esfuerzos, mientras que el otro retiene el activo patrimonial íntegro. Se trata de conseguir un equilibrio patrimonial en el momento en que se produce la crisis de la convivencia, con la vista puesta en la necesidad de retribuir un trabajo y un esfuerzo colateral, pero convergente, no remunerado o remunerado hasta entonces de forma

77 POVEDA BERNAL, *op. cit.,* p.223.

78 JUR\2007\335869.

insuficiente.

Y estas circunstancias son las que concurren en el supuesto enjuiciado puesto que el esposo, que en el momento de producirse la crisis conyugal (año 2003) tenía 62 años de edad, durante los 33 años de duración del matrimonio se ha dedicado a las tareas propias de la explotación agrícola y ganadera de la que es propietario, por herencia de su padre, cotizando a la Seguridad Social. Desde el 31 de mayo de 2000 el marido percibe una pensión por incapacidad permanente absoluta que asciende a 519,51 euros, percibiendo igualmente 5.975 euros anuales por el contrato de aparcería de la fina rústica de su propiedad que ya no explota personalmente[79]; mientras que la esposa, con 63 años al tiempo de la ruptura, se ha dedicado exclusivamente al cuidado del hogar y de los cuatro hijos comunes (uno de ellos incapacitado judicialmente como consecuencia de la cofosis bilateral y retraso mental grave que padece), al tiempo que colaboraba en las tareas de dicha explotación agropecuaria de la que es titular el esposo. Durante este periodo de tiempo no ha trabajado por cuenta ajena, ni cotizado a la Seguridad Social. Estas circunstancias fácticas son determinantes para que se genere el derecho a percibir la compensación, porque, como apunta la STSJC de 27 de octubre de 2005[80], en términos generales, siempre que un cónyuge trabaje sin retribución (ya sea para el hogar o para el negocio, o para ambos) se generará un enriquecimiento injusto a favor del otro.

En cuanto a los ingresos obtenidos de la actividad ganadera, no es sino una más de las actividades propias de la explotación dentro de

79 Sí lo hace su sobrino (aunque resulta extraño que en un contrato de aparcería la contraprestación se haga a través de una cantidad de dinero como si se tratara de un contrato de arrendamiento y no a través de una participación en los frutos obtenidos como correspondería en este tipo de contratos) y se trata de una finca que cuenta con 110 hectáreas (por lo que, con independencia de la discusión sobre la posible naturaleza jurídica del contrato, también sorprende la cuantía en función de la dimensión de la finca).

80 RJ 2006\1010.

la economía de subsistencia característica del medio rural en que se ha desarrollado la vida familiar, sin que conste en modo alguno que los rendimientos de tal actividad redundaran en beneficio propio de la esposa ni tuvieran otro destino distinto al sustento de la familia, junto con los demás rendimientos de la explotación, siendo significativo que el propio marido admitiera en prueba de interrogatorio que era él quien administraba todo sin contar con la esposa, que cuando faltaba dinero ella se lo tenía que pedir y así lo manifiestan también los hijos (hasta el punto de relatar que el padre cobraba las cosechas y administraba, que la madre le pedía dinero para la casa y que hasta tenía que devolverle el cambio).

Para fijar la compensación, la sentencia tiene en cuenta también que, aunque constante matrimonio no se ha generado ningún ahorro y ninguno de los cónyuges ha adquirido nuevos bienes muebles o inmuebles, ello no implica que no exista una desigualdad de patrimonios, pues no puede soslayarse el hecho de que la explotación agrícola y ganadera ha incrementado su valor no sólo por el efecto propio de las plusvalías, sino también por las pequeñas obras y mejoras realizadas constante matrimonio y por la participación y colaboración activa durante todos estos años de la esposa. Y así, mientras el esposo se ha dedicado exclusivamente a trabajar en beneficio de su propio patrimonio, que retiene íntegro al tiempo de la ruptura, la esposa, que carece de cualquier bien, ha destinado todos sus esfuerzos a la familia y a la conservación y explotación de la finca del esposo, sin que durante el prolongado periodo de convivencia conyugal haya podido aumentar su patrimonio.

Cuando se dicta la sentencia en primera instancia la mujer tiene 66 años y, tras un matrimonio de 33 años de duración, la cuantía de la compensación económica queda fijada en 18.000 euros (a pagar en seis años).

La sentencia considera compatibles la compensación del art.41 del Código de Familia Catalán con la pensión compensatoria, aunque tiene en cuenta la fijación y la cuantía de la primera para fijar la

segunda[81]. Respecto a la determinación de la cuantía y duración de la pensión compensatoria habrá de valorarse, como indicaba el art.84-2 del Código de Familia, la situación económica resultante para los cónyuges como consecuencia de la ruptura matrimonial y las perspectivas económicas previsibles para uno y otro, la duración de la convivencia conyugal, la edad y salud de ambos cónyuges y, en su caso, la compensación económica regulada en el art.41, así como cualquier otra circunstancia relevante.

En este caso la mujer tiene 66 años, su estado de salud es delicado, carece de estudios y de calificación profesional y experiencia laboral, nunca ha tenido ingresos propios por haber trabajado siempre en las labores de la casa y de la explotación agrícola y ganadera del esposo (sin cotizar a la Seguridad Social y sin retribución de ningún tipo). Su situación es de precariedad económica (vive con la ayuda de sus hijos), ya que carece de cualquier tipo de bienes o de ingresos y también de vivienda, puesto que la que era la vivienda familiar pertenece al esposo[82]. De modo que, en función de todas esas circunstancias, solicita una pensión vitalicia de 360 euros mensuales.

Finalmente se fija por este concepto la suma de 180 euros mensuales a favor de la esposa. La pensión se fija con carácter vitalicio pues, a diferencia de otros supuestos en los que el desequilibrio es meramente coyuntural porque existen posibilidades reales de

81 El art. 84 del Código de Familia Catalán establecía que el cónyuge que, como consecuencia del divorcio o de la separación judicial, vea más perjudicada su situación económica tiene derecho a recibir del otro una pensión compensatoria, que no exceda del nivel de vida de que disfrutaba durante el matrimonio, ni del que pueda mantener el cónyuge obligado al pago. Se trata en este caso de un derecho distinto al previsto en el art.41, siendo también distintos los presupuestos para la procedencia de uno y otro, lo que a su vez comporta la compatibilidad entre ambos derechos.

82 El hijo dependiente permanece residiendo en esa vivienda, aunque cuenta con ingresos propios suficientes (percibe su pensión y un salario de la asociación Amisol), por lo que no representa carga desde el punto de vista económico para el padre.

reinserción en el mundo laboral, en el supuesto enjuiciado tales posibilidades no se dan, por el obstáculo insalvable que representa para la esposa la edad y su falta de cualificación profesional.

No cabe duda de que para fijar las cuantías los tribunales deberán tener en cuenta los criterios establecidos por las distintas normas aplicables y las circunstancias de cada caso concreto, pero esperemos que las cantidades que se fijen en el futuro a través de la compensación económica establecida por la Ley 35/2011 sean algo menos exiguas (al menos tras 33 años de dedicación de una persona a una familia, al cuidado de un hogar y al trabajo en una explotación agraria)[83].

Como vemos, a pesar del reconocimiento jurídico a la igualdad de derechos y libertades entre hombres y mujeres, lo cierto es que los avances reales en materia de igualdad todavía dejan mucho que desear en todas partes en general y en el medio rural en particular.

83 La diferencia en las cuantías habría sido muy significativa si de algún modo se hubiera tenido en cuenta la valoración en el mercado de las actividades realizadas.

LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA Y EL DERECHO FAMILIAR

ELSSIÉ NÚÑEZ CARPIZO
(MÉXICO)

La familia es el grupo primario por excelencia que surge en razón de necesidades naturales, la reproducción por una parte y por la otra la sustitución de los integrantes de la sociedad. Forma parte de la estructura social, es la única institución que tiene presencia en la vida humana, a partir de las sociedades primitivas.

La Sociología es el estudio científico de la sociedad, el Doctor Luis Recaséns Siches la define como el estudio de los hechos sociales en cuanto a su realidad y ser efectivo.[1]

Ely Chino y refiere que es "el estudio de los grupos humanos, de las relaciones sociales, de las instituciones sociales."[2]

Talcott Parsons delimita que es: "la ciencia que trata de desarrollar una teoría analítica de los sistemas de acción social, en tanto éstos pueden ser entendidos en términos de la propiedad de valores comunes integrados."[3]

Para Emilio Durkheim es el estudio los hechos sociales.[4]

Pitirim A. Sorokin expone "La Sociología es el estudio de las características generales comunes a todas las clases de fenómenos sociales, de las relaciones entre esas clases, y de las relaciones entre los fenómenos sociales y no sociales."[5]

---

1 Recaséns Siches, Luis (2004), *Tratado General de Sociología*, 30ª edición, México, Porrúa, p. 4.

2 Chinoy, Ely (2006), *La sociedad. Una introducción a la Sociología*, México, Fondo de Cultura Económica, p. 19-20.

3 Parsons, Talcott (1937), *La estructura de la acción social*, Nueva York, Mc Graw Hill, p. 768.

4 Emilio Durkheim, citado por Ritzer, George (2005), *Teoría Sociológica Clásica*, 3ª edición, México, Mc Graw Hill-Interamericana, p. 225.

5 Pitirim A. Sorokin, citado por Timasheff, Nicholas S. (1961), *La Teoría Sociológica*, México, Fondo de Cultura Económica, p. 294.

La Sociología General tiene como objetivo estudiar a la sociedad como un todo.

Con criterio diferente analiza la Sociología Especial, se ocupa de fenómenos sociales particulares, de un sector preciso de la vida social, *v.g.* Sociología Jurídica.

El Derecho se puede estudiar como norma, valor y hecho social:

Norma: la Ciencia Jurídica Dogmatica o Técnica, se refiere al conjunto de normas de un determinado derecho positivo vigente.

Valor: el tema central es el Derecho justo, corresponde a la Axiología Jurídica.

Hecho social: tema de la Sociología del Derecho, se ocupa del Derecho eficaz, que realmente se acepta y se cumple.

Emilio Durkheim define los temas que la Sociología del Derecho debe investigar:[6]

Cómo las reglas jurídicas se han constituido real y efectivamente, las causas que las han suscitado y las necesidades que tratan de satisfacer.

La manera cómo funcionan en la sociedad.

Luis Legaz y Lacambra explica "la Sociología del Derecho es una rama de la Sociología General que estudia el fenómeno del Derecho, no bajo el punto de vista normativo propio de la Ciencia Jurídica sino como fenómeno social…"[7]

Se ocupa de la interrelación entre Derecho y sociedad.

La Sociología del Derecho, como ciencia social empírico-crítica puede, por su parte, suministrar información y criterios válidos para una mejor comprensión de la realidad social, afirma Elías Díaz.[8]

Los efectos del Derecho son muy variados en la sociedad, en ocasiones negativos o cuando menos contrarios a lo que se pretendía

6 Emilio Durkheim, citado por Recaséns Siches, Luis, 2004, *Tratado General de Sociología*, 30ª edición, México, Porrúa, p. 581.

7 Legaz Lacambra, Luis (1964), "Concepto y función de la sociología jurídica", *Revista Española de Sociología*, Número Cero, p. 31.

8 Díaz, Elías (1999), *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus, p. 183.

regular, con frecuencia se debe a que no se vincula con la realidad social.

El conflicto de las fuerzas sociales repercute de manera intensa en las relaciones familiares. La sociedad no puede existir sin la célula básica: la familia, unidad social elemental, natural y necesaria.

El concepto familia tiene diversos significados, por ejemplo: [9]

Personas unidas por vínculo de parentesco que viven bajo un mismo techo y dependencia de una persona.

Todas las personas que viven en el hogar aunque no sean parientes.

Todo grupo que tiene intereses y afinidades comunes.

Humanidad: la gran familia humana.

La familia requiere de un trato especial en el ámbito jurídico, por sus características singulares.

Julián Bonnecase reflexiona el Derecho Familiar es 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."[10]

Para Castan Tobeñas "es el conjunto de normas o preceptos que regulan esas mismas relaciones que mantienen entre sí los miembros de la familia."[11]

Augusto Belluscio precisa que es el "conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares."[12]

La institución de la familia y su acto de creación, el matrimonio, son temas fundamentales de estudio del Derecho Familiar, disciplina

9 Campo, Salustiano del (1988), *Diccionario UNESCO de las Ciencias Sociales*, Barcelona, Planeta-De Agostini, p. 865.

10 Bonnecase, Julián (1945), *La Filosofía del Código de Napoleón en el Derecho Familiar*, Volumen II, México, José Cajica Jr. Editorial-Biblioteca Jurídico Sociológica, p. 33.

11 Castan Tobeñas, José (1994), *Derecho Civil Español Común y Foral*, Tomo V, Volumen I, Madrid, Reus, p. 44.

12 Belluscio, Augusto (1975), *Derecho Familiar*, Tomo I, Buenos Aires, De Palma, p. 29.

que tiene como objetivo proteger a la familia y salvaguardar los derechos de sus miembros, su principal impulsor, el reconocido Doctor Güitrón Fuentevilla, Presidente del Comité Científico Internacional para la Organización de los Congresos de Derecho Familiar, afirma que es "un conjunto de normas jurídicas, que regulan la vida entre los miembros de una familia, sus relaciones internas, así como las externas respecto a la sociedad, otras familias y el propio Estado."[13]

La importancia de la socialización de los nuevos integrantes en la sociedad determina la posición prioritaria que tiene el estudio de la familia y que es la base del Derecho Familiar, rama que tiene lugar propio en la Ciencia Jurídica.

La Tesis de Jurisprudencia I.5º.C.J/11, emitida por los Tribunales Colegiados de Circuito, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXIII en marzo de 2011, refiere lo siguiente:

DERECHO DE FAMILIA. SU CONCEPTO.

En el sistema jurídico mexicano, basado en un sistema constitucional y democrático, el derecho familiar es un conjunto de principios y valores procedentes de la Constitución, de los tratados internacionales, así como de las leyes e interpretaciones jurisprudenciales, dirigidos a proteger la estabilidad de la familia y a regular la conducta de sus integrantes entre sí, y también a delimitar las relaciones conyugales, de concubinato y de parentesco, conformadas por un sistema especial de protección de derechos y obligaciones respecto de menores, incapacitados, mujeres y adultos mayores, de bienes materiales e inmateriales, poderes, facultades y deberes entre padres e hijos, consortes y parientes, cuya observancia alcanza el rango de orden público e interés social.

Aristóteles identifica dos formas primarias de asociación: la

13 Güitrón Fuentevilla, Julián (1987), *Qué es el Derecho Familiar*, 3ª edición, México, Promociones Jurídicas y Culturales, p. 40.

familia y el Estado. Ambas son naturales y estructuran a la sociedad. El objeto de la familia es proveer con mayor facilidad a la satisfacción de todas las necesidades cotidianas.

Augusto Comte declara que la familia es la verdadera unidad social y de ella nace directamente la sociedad. Es un grupo pequeño que está unido naturalmente por el afecto, y que lleva en sí la facultad de perpetuarse.

Desde un punto de vista estrictamente sociológico puede equipararse el concepto de familia a la sociedad. Juan Jacobo Rousseau expresa:[14]

La sociedad más antigua de todas, y la única natural, es la de una familia; y aun en esta sociedad los hijos sólo permanecen unidos a su padre el tiempo que le necesitan para su conservación. Desde el momento en que cesa esta necesidad, el vínculo natural se disuelve. Los hijos, libres de la obediencia que debían al padre, y el padre, exento de los cuidados que debía a los hijos, recobran ambos su independencia. Si continúan unidos, ya no es por naturaleza, sino por su voluntad; y la familia misma no se mantiene sino por convención.

El Doctor Julián Güitrón Fuentevilla en su Proyecto de Código Familiar Tipo para los Estados Unidos Mexicanos, precisa: [15]

Artículo 1. La familia es una institución social, permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por el acto jurídico solemne del matrimonio o por el hecho jurídico del concubinato, por el parentesco de consanguinidad, adopción plena o afinidad, que habitan bajo el mismo techo.

Artículo 2. Se reconoce a la familia como el fundamento primordial de la sociedad y el Estado. Las leyes de la entidad, protegerán la organización, el desarrollo de la familia y el respeto a su intimidad y

14 Rousseau, Juan Jacobo (2004), El contrato social, 6ª edición, México, Porrúa, p. 5.

15 Güitrón Fuentevilla, Julián (2004), *Proyecto de Código Familiar Tipo para los Estados Unidos Mexicanos*, México, Porrúa, p. 45.

dignidad.

Artículo 5. La familia tendrá como función, la convivencia de sus miembros por medio de la permanencia y estabilidad de sus relaciones, permitiendo satisfacer las necesidades de subsistencia y defensa. Procurando salvaguardar los intereses de los más débiles, que por su situación particular, requieran de mayor auxilio.

Anthony Giddens determina que una familia "es un grupo de personas directamente ligadas por nexos de parentesco, cuyos miembros adultos asumen la responsabilidad del cuidado de los hijos."[16] En el presente tiene una nueva configuración:[17]

- La influencia de los grupos de parentesco disminuye.
- Tendencia general hacia la libre elección del cónyuge.
- Más participación de la mujer en las decisiones familiares.
- Mayores niveles de libertad sexual.
- Ampliación de los derechos del niño.
- Aceptación de las relaciones entre personas del mismo sexo.

Talcott Parsons[18] reconoce a la familia como la única institución social dentro de las sociedades primitivas; en la sociedad moderna, en cambio, se reconocen cinco: familia, religión, sistema político, economía, sistema educacional.

MacIver determina que "la familia es un grupo, definido por una relación sexual suficientemente precisa y duradera, para proveer a la procreación y crianza de los hijos." [19]

Luis Recasens Siches específica que "la familia constituye el caso por excelencia de formación o grupo social suscitado por la naturaleza, por los hechos de la generación y los subsecuentes a

---

16 Giddens Anthony (2010), *Sociología,* 6ª edición, Madrid, Alianza Editorial, p. 363.

17 Ibíd. 370.

18 Talcott Parsons, citado por Gilbert Ceballos, Jorge (1997), *Introducción a la Sociología,* Chile, LOM ediciones, p. 136.

19 R. M. MacIver, citado por Recasens Siches, Luis (2004, *Tratado General de Sociología*, 30ª edición, México, Porrúa, p. 470.

ésta”[20] Es una institución creada y estructurada por la cultura, que tiene como características:[21]

- Una relación sexual continuada.
- Una forma de matrimonio o institución equivalente.
- Deberes y derechos entre los esposos y entre los padres y los hijos.
- Un sistema de nomenclatura que comprende modo de identificar a la prole.
- Disposiciones económicas entre los esposos, con especial referencia a las necesidades relativas a la manutención y educación de los hijos.
- Generalmente un hogar, aunque no es indispensablemente necesario que sea exclusivo.

La familia es un grupo social que se constituye sobre todo por relaciones, hay un elemento emocional único, tiene un período de tiempo de duración mayor que otros grupos; los individuos mantienen siempre la idea de permanencia, da una historia y una tradición; derechos y responsabilidades reconocidos jurídica y culturalmente; la crianza establece vínculos emocionales intensos entre padres-hijos; roles familiares: esposo, padre, proveedor, esposa, madre, ama de casa. Relaciones estructuradas con base en el sexo y la edad.

La cultura repercute directamente en las formas de organización social. El progreso humano se verifica dentro de un orden social que implica un gobierno y dominio de las pasiones contrarias a la paz y cooperación. Para Recasens Siches, el progreso no hace otra cosa que perfeccionar las estructuras permanentes de toda sociedad, entre otras, la familia. [22]

Es una agrupación permanente, grupo social primario construido por individuos que cumplen distintas funciones, con diferentes jerarquías, unidos por el parentesco.

20 Recaséns Siches, Luis, 2004, 466.

21 Ibíd. 470.

22 Recaséns Siches, Luis, 2004, 44.

En la familia existe autoridad, una estructura y por lo tanto una organización, cada integrante tiene un rol que complementa el de los demás.

Augusto Comte razona que cuando se ataca a la familia se produce el primer síntoma de toda desorganización social, existe en ella dos clases de relación: [23]

- Subordinación de sexos: instituye la familia
- Subordinación de edades: conserva a la familia

Al ser una institución social la familia evoluciona, son dos las doctrinas más importantes respecto al origen:[24]

- *Patriarcal:* Platón, Aristóteles, Sumer y Maine. La familia identifica como jefe al de mayor edad y en consecuencia como máxima autoridad.
- *Matriarcal:* Bachofen, Engels, Morgan. La humanidad inicia con un sistema de hordas desorganizadas, a partir de la promiscuidad primitiva, solo la madre era reconocida como único lazo de la familia, es el pilar de la estructura familiar.

Linton conceptúa al matrimonio como la unión estable, reconocida socialmente, entre personas de sexo opuesto. Establece varias posibilidades:[25]

- Unión de un hombre y una mujer: Monogamia.
- Unión de un hombre y varias mujeres: Poligamia.
- Unión de varios hombres y una mujer: Poliandria
- Unión de varios hombres y varias mujeres: Matrimonio por grupo.

El sistema monogámico propicia la unidad, las ventajas son:[26]

23 *Cfr.* Vitoria, María Ángeles, "Auguste Comte", *Philosophica: Enciclopedia filosófica on line*, Francisco Fernández Labastida y Juan Andrés Mercado (editores), *http://www.philosophica.info/voces/comte/Comte.html*

24 Poviña, Alfredo (1987), *Sociología*, 6ª edición, Buenos Aires, Astrea, p. 357.

25 Linton, Ralph (1994), "Introducción. La historia natural de la familia", *La Familia*, Erich Fromm, Max Horkheimer, Talcott Parsons (editores), Barcelona, Península, p. 10.

26 *Cfr.* García Coronel, Aulo, *La Familia monogámica*, en

- Permite la armonía de las condiciones biológicas.
- Mejor protección de la niñez y su educación
- Se realizan ampliamente todos los efectos y emociones superiores de la conciencia del individuo.
- Vínculos familiares, estables, permanentes y fuertes.
- Conservación de la vida de los progenitores.

Haroldo Hoffding describe como principales caracteres sociológicos de la familia los siguientes:[27]

- Es la primera forma de asociación integral, donde el individuo desarrolla su carácter.
- Se establecen los principios de solidaridad y funcionamiento del grupo. Conciliación de la independencia del individuo con la unión estrecha que significa el vínculo familiar.
- Se relaciona lo inconsciente emocional con lo consciente y reflexivo, la espontaneidad del hombre, Equilibrio entre sentimientos e inteligencia.
- Elemento socializador del individuo para vivir con los demás. Prepara al sujeto para vivir en sociedad.
- Mantiene el principio de continuidad social. Une a las generaciones sociales, se da a través de abuelos, padres e hijos.

Parte de la afirmación de que el verdadero modo de conocer la sociedad es estudiando a la familia, propone tres grandes tipos de familia monogámica: [28]

- *Familia patriarcal:* tradicional, esencialmente campesina en donde el padre tiene la autoridad suprema. No hay independencia de los hijos, el trabajo y beneficios son en

http://unificacion.ffpum.org.uy/home/Libros%20y%20articulos%20de%20Unificacionistas/Dr-Aulo%20Garcia%20Coronel/LIBRO.html

27 *Cfr.* Hoffding, Harold (1970), *La moral social, individual y de la familia*, España, Imprenta de Henrich, p. 20.

28, Federico Le Play, citado por Garayo Urruela, Jesús Ma. (2001), "La recuperación de Fréderic Le Play", *Reis. Revista de Investigaciones Sociológicas*, Número 93, pp. 38-39, en *http://www.redalyc.org/pdf/997/99717884002.pdf*

común, todos viven en el mismo hogar, es fundamental el respeto, las tradiciones y costumbres. Propiedad colectiva.

- *Familia inestable:* urbana, la autoridad es relativa hay más respeto por tradición que por la misma autoridad. Participación forzosa de los bienes, trabajo independiente de beneficios individuales, los hijos se casan y forman su propia familia. Propiedad privada.
- *Familia raíz o tronco:* rige un principio de continuidad el hijo mayor sucede al padre en funciones de autoridad, los demás hijos se casan y forman su propia familia, el trabajo se vuelve independiente pero no se rompe el lazo familiar.

Entre los cambios actuales de la estructura familiar, se pueden destacar:

- Disminución del número de hijos.
- Creciente aumento de las relaciones sexuales antes del matrimonio.
- Aumento en el índice de divorcios.
- Disminución de la autoridad del padre y de la madre.
- Aumento de la autonomía de los hijos, y de individualidad, cada quien tiene un estilo de vida.
- Las estructuras económicas de tipo casero casi han desaparecido, para dar origen a la sociedad de consumo.
- El tiempo libre se utiliza fuera de la familia, deportes, clubes, amigos.

La familia ha perdido algunas funciones, de acuerdo a Muller-Lyer son las siguientes:[29]

- Económico-domestica.
- Crianza y educación hijos.
- Trato social interno en la vida cotidiana. La familia convive cada vez menos pero es la base de la interacción humana.
- Cuidado de los enfermos y amparo de la vejez.

29 *Cfr.* Muller-Lyer, Franz (1930), *La Familia*, Madrid, Revista de Occidente Editorial, p. 205.

- Carácter económico-social: herencia de la propiedad, capital y medios de producción.
- Elección de las profesiones y oficios se determinan, por lo general, en relación a la situación económica.

La familia tiene como función primordial, socializar a los nuevos integrantes de la sociedad, debe así atender las necesidades físicas, afectivas, culturales, sociales mediante una comunicación estrecha entre sus miembros. Para que la sociedad continúe funcionando, señala Fernando Savater, es preciso que aseguremos el reemplazo en todas aquellas tareas sin las cuales no podríamos subsistir. [30]

Las funciones que cumple la familia, son de diversa naturaleza: Como funciones psicológicas se reconocen las siguientes:[31]

- Los miembros pretenden mantener la integridad familiar, dar seguridad física y un sentimiento de pertenencia.
- Ayuda a sus miembros a desarrollar una personalidad eficaz y una adecuada adaptación social.
- Es el lugar principal donde los sentimientos alcanzan su máxima expresión, se manifiesta el efecto y la afiliación tanto como el desagrado y el rechazo. Esto es válido tanto para los niños como para los adultos.
- La familia establece una serie de mecanismos que permiten el control de la conducta y la socialización de los niños. Es lo que comúnmente se denomina *técnicas de disciplina* o prácticas educativas familiares.

El éxito de todas estas tareas favorece la conducta emocional, la seguridad y la estabilidad en los niños.

Weiss argumentó que las funciones de la familia se reducen a dos dimensiones básicas:[32]

30 Savater, Fernando (1997), *El valor de educar*, 4ª edición, Barcelona, Ariel, p. 91.

31 Musitu Ochoa Gonzalo, Román Sánchez José-María, Gracia Fuster Enrique (1988), *Familia y Educación. Prácticas educativas de los padres y socialización de los hijos*, Barcelona, Labor, p. 77.

32 Weiss, citado por Musitu Ochoa Gonzalo, Román Sánchez José-María,

- El pertenecer a una familia proporciona un sentimiento de seguridad.
- Ofrece sentimientos de capacidad, autoestima y confianza.

Cooper apunta cinco categorías fundamentales de familias, consideradas como significativas desde la percepción del niño según su nivel de cohesión:[33]

- Familias con gran cohesión entre los padres. Los niños se perciben muy próximos, con referencia tanto a los padres como a los demás miembros. Especialmente a los hermanos.
- Familias en las que se percibe cohesión respecto a un solo padre. En este tipo se percibirá proximidad, apoyo y satisfacción parental.
- Familias en las que los hijos se sienten aislados del resto de los miembros. La percepción de apoyo y satisfacción será mínima.
- Familias donde los niños perciben división entre sus padres aproximándose o vinculándose bien con el padre o bien con la madre en búsqueda de apoyo y protección.
- La familia de coalición, donde los niños perciben alguna división familiar. Puede encontrarse, por ejemplo, un grupo cohesivo formado por los padres y otro grupo formado por los hijos.

La familia es base para el desarrollo social de los hijos, otorga la confianza y seguridad para encauzarlos hacia su autonomía con responsabilidad. Los padres son el modelo a seguir, no hay que olvidar que los niños responden mejor con relaciones de afecto, cuando hay respeto mutuo y un equilibrio entre autoridad y convivencia familiar.

Goethe puntualiza que "da más fuerza saberse amado que saberse

---

Gracia Fuster Enrique (1988), *Familia y Educación. Prácticas educativas de los padres y socialización de los hijos*, Barcelona, Labor, p. 78.

33 Cooper citado por Musitu Ochoa Gonzalo, Román Sánchez José-María, Gracia Fuster Enrique (1988), *Familia y Educación. Prácticas educativas de los padres y socialización de los hijos*, Barcelona, Labor, p. 79.

fuerte: la certeza del amor, cuando existe nos hace invulnerables."[34]

Si los padres no ayudan a los hijos con su autoridad amorosa a crecer y prepararse para ser adultos serán las instituciones públicas las que se vean obligadas a imponerles el principio de realidad, no con afecto sino por la fuerza.[35]

La familia, institución que en un principio, se formó naturalmente, con dos hechos fundamentales:[36]

- Sólo se reconoce a la madre.
- No se piensa que el hombre sea principio activo en el advenimiento de los niños.

La mujer adquiere entonces una posición privilegiada.

Juan J. Bachofen, indica que el proceso evolutivo contiene tres etapas:[37]

- *Afroditismo o Telurismo:* comunitarismo o comunismo primitivo y promiscuidad sexual. La madre es el único principio reconocido en la generación y todos los hombres pueden considerarse hermanos al descender de una primigenia protomadre.
- *Demetrismo o Lunarismo:* aparece la monogamia como estructura familiar.
- *Patriarcalismo o Solarismo:* el hombre toma el poder.

Morgan distingue entre:[38]

- *Familia Punalúa:* la mujer alcanza su máxima significación social. En el matrimonio por grupos solo se reconoce la línea

34 Goethe, citado por Savater, Fernando, (1997), *El valor de educar*, 4ª edición, Barcelona, Ariel, p. 57.

35 Savater, Fernando, 1997, 64-65.

36 Hornilla, Txema (1981), *La Ginecocracia Vasca. Contribución a los estudios sobre el Eusko-matriarcado*, Bilbao, Geu Argi-taldaria, p. 16.

37 Juan J. Bachofenen, citado por Hornilla, Txema (1981), *La Ginecocracia Vasca. Contribución a los estudios sobre el Eusko-matriarcado*, Bilbao, Geu Argi-taldaria, pp. 17-18.

38 Morgan, citado por Engels, Federico (2005), *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, México, Exodo, p. 22.

femenina… la madre se la conoce y reconoce inmediatamente.

- *Familia Monogámica:* que significara la caída definitiva de matriarcado y el detrimento de la mujer hasta los límites más insospechados.

Engels advierte "El derrocamiento del derecho materno fue la gran derrota histórica del sexo femenino en todo el mundo." [39]

La perspectiva es que con la monogamia, el hombre tiene una libertad sexual que no se reconoce a la mujer.

El matriarcado, frente a la sociedad paterna se eleva sobre la base de los principios de igualdad y libertad universales, de paz y de tierna humanidad. [40]

Para fortalecer el poder en el patriarcalismo se desdeña el papel de la mujer, se pretende una sumisión sin condiciones, sin reconocer que ambos progenitores tienen las mismas responsabilidades.

Txema Hornilla establece los rasgos fundamentales del matriarcalismo y el patriarcalismo, destacan los siguientes:[41]

MATRIARCALISMO	**PATRIARCALISMO**
Principio del amor incondicional.	Principio del amor condicionado
Igualdad natural basada en vínculos de sangre y suelo.	Desigualdad, jerarquía y lucha.
Comprensión y ayuda a los débiles: Comunitarismo.	Individualidad, autoritarismo, represión.
Excesiva indulgencia maternal. Infantilismo, inmadurez crítica.	Racionalidad, civilidad, crítica y culpabilísimo. Técnica, ciencia.

La familia es la más antigua de las instituciones humanas y constituye un elemento importante para la comprensión y funcionamiento de la sociedad.

39 Federico Engels, citado por Hornilla, Txema (1981), *La Ginecocracia Vasca. Contribución a los estudios sobre el Eusko-matriarcado*, Bilbao, Geu Argi-taldaria, p. 26.

40 Hornilla, Txema, 1981, 50.

41 Hornilla, Txema, 1981, 61.

Aristóteles asegura que el hombre necesita vivir en sociedad para realizar sus fines, explicando así el carácter natural de la familia como primera organización humana, en donde la autoridad se ejerce por el padre.

Thomas Hobbes declara en el Leviatán que los padres tienen dominio sobre los hijos. Destaca el predominio de la autoridad masculina, el padre sobre el hijo, esta relación no es porque le dio la vida, sino por tener derechos sobre el hijo cuando está a su cargo. Este poder puede ser ejercido por el padre o la madre, pero solamente uno, por consiguiente en la familia hay un propietario de la autoridad y otros que se encuentran sometidos a ella.

Los padres y las madres tienen un papel distinto pero complementario en la socialización, deben actuar, sin embargo, en conjunto para lograr el equilibrio que permita transmitir confianza y seguridad a los hijos.

En el proceso de autonomía y socialización es importante que los padres tengan las siguientes actitudes:[42]

- Ser padres entraña amar a los hijos, dedicar tiempo y atención a sus cuidados, a su educación, su salud…
- Precisa conjugar dosis equilibradas de paciencia y exigencia, firmeza y flexibilidad, tolerancia y tenacidad…
- Querer a los hijos implica darles todo el cariño de que sea capaz, además de ponerles límites y decirles <<no>> cuando se considere oportuno.
- En el quehacer diario se les enseñara a tolerar la frustración que supone no conseguir lo que se proponen o desean, a afrontar dificultades, a resolver problemas, a respetarse y a respetar a los otros, a disfrutar y valorar las cosas pequeñas, sencillas…
- Conviene que los padres den ejemplo, sepan observar,

42 González González, María Gloria, Murgui Murgui, María José (2011), *Soy madre, Soy padre (Educar con afecto, reflexión y ejemplo)*, España, Ediciones Pirámide, pp. 250-251.

escuchar, dialogar, transmitan confianza y seguridad, ajusten las expectativas sobre los hijos a su realidad concreta, creen en ellos intereses, inciten su curiosidad, sus ganas de aprender, utilicen un estilo educativo democrático, asuman las responsabilidad que supone ser adulto y ejerzan la autoridad como padres.

La autoridad se debe orientar para lograr el desarrollo integral de acuerdo a las características y posibilidades de cada uno de los hijos, su función, es ayudar a crecer y a prepararse para los roles de adulto.

Actualmente, en palabras de Fernando Savater, se tiene la impresión de que la autoridad "ha sido abolida por los adultos y ello sólo puede significar una cosa: que los adultos se rehúsan a asumir la responsabilidad del mundo en el que han puesto a los niños."[43]

Si la familia es funcional, estable, proporciona seguridad y afecto, de acuerdo a la interacción que se da con cada uno de los integrantes. Origina derechos y obligaciones tanto a padres como a hijos.

Al nacer un ser humano una pregunta habitual es: ¿niño-niña? En principio es solamente una diferencia biológica pero en el transcurso del tiempo implica comportamientos diversos, movimientos corporales que se identifican como masculinos o femeninos, que se aprenden, se construyen socialmente, lo que obviamente incluye el vestir.

Las diferencias de sexo se reflejan en el atuendo, lo que permite identificar si se trata de un hombre o de una mujer. La asociación común del rosa para las niñas y el azul para los niños es una convención histórica reciente: <<a principios del siglo XX, antes de la Primera Guerra Mundial, los niños llevaban rosa ("un color más fuerte y decidido", según la literatura de la época) mientras que las niñas llevaban azul (que se consideraba más "delicado" y "remilgado")>> [44]

43 Savater, Fernando, 1997, p. 108.

44 Entwistle, Joanne (2002), *El cuerpo y la moda. Una visión sociológica*,

El género se refiere a las diferencias psicológicas y culturales que existen entre hombre y mujer, son determinados roles que se aprenden con la ayuda de agentes sociales como la familia y los medios de comunicación, Giddens lo denomina la socialización de género, que corresponde a roles diferentes para cada sexo y que determinan oportunidades y opciones diametralmente diferentes.[45]

El sexo de los hijos determina las pautas de actuar, así los padres interactúan menos con los hijos pequeños que las madres y dedican más tiempo al juego que tiende a ser más físico y de contacto.[46]

Expresión generalizada entre las madres es la afirmación de que el trato que se da a los hijos es igualitaria, sin embargo normalmente el hijo mayor tienen un proceso de socialización más estricto, lo que representa que sea más responsable que los hermanos menores.

Dunn y Kendrick comprobaron que las madres se relacionan diferencialmente con el hijo mayor tras el nacimiento del segundo hijo. A su vez, Quinton y Rutter, observaron que las mujeres de *status bajos* están más predispuestas a realizar una educación adecuada si se encuentran debidamente apoyadas por su pareja.[47]

Los padres son más afectivos con las hijas, las madres no hacen distinciones en sus expresiones afectivas.

Los padres y madres instruyen a los varones en la resolución de los problemas más que en la expresión de sentimientos.[48]

Al incrementarse actualmente las familias monoparentales, en mayor proporción con sólo la presencia de la madre, se da un nuevo proceso de socialización; se olvida que tanto la función materna como

Barcelona-Buenos Aires-México, Paidos, p. 174.

45 Giddens, Anthony, 2010, 634.

46 Musitu Ochoa Gonzalo, 1988, 87.

47 *Cfr.* Musitu Ochoa, Gonzalo, 1988, 76.

48 Rocha Sánchez, Tania Esmeralda (2013), "Género, patrones de socialización y malestar emocional en hombres y mujeres de la Ciudad de México", *Psicología y Género: investigaciones y reflexiones en torno a las diferencias psicosocioculturales entre hombres y mujeres*, Tania Esmeralda Rocha Sánchez (coordinadora), México, Universidad Nacional Autónoma de México-Facultad de Psicología, p. 22.

paterna son necesarias para la adecuada formación de los hijos; en tiempos anteriores aún cuando el padre estaba ausente la madre establecía un modelo simbólico. Hoy se rechaza, se ponen barreras y en ocasiones se minimiza su participación.

Cuando las mujeres pretenden como base de su desarrollo en la sociedad, una aparente superioridad, en especial dentro del núcleo familiar, cobra vigencia la afirmación de Alexandre Mitscherlinch de que <<cada vez más, los procesos sociales han privado al padre de su importancia funcional>>[49]

Se piensa, como afirma María Calvo, que en la crianza y educación de los hijos el padre es prescindible, innecesario y a veces un estorbo.[50]

Los estereotipos que configuran el modelo de la masculinidad refuerzan la idea de mayor independencia, agresividad, competencia e incorporan el rol de proveedor como "esencia" de la identidad masculina.[51]

Se olvida que la interacción familiar necesita de la participación activa de ambos padres; la función paterna y materna son igualmente determinantes.

Se degrada la paternidad con las técnicas de reproducción asistida en mujeres solteras, que posteriormente no permiten a los padres biológicos participar en la formación de los hijos y por supuesto sin ningún derecho.

Al negar la complementariedad entre los sexos, se acepta, en consecuencia, que los hijos puedan ser criados y educados por personas de cualquier tendencia u orientación sexual…el intento de vivir sin identidad, femenina o masculina, está provocando frustración, desesperación e infelicidad. [52]

---

49 Alexandre Mitscherlinch, citado por Calvo María (2014), *Padres destronados. La importancia de la paternidad*, España, Toro Mítico, p. 15

50 Calvo María, 2014, 13.

51 Rocha Sanchéz, Tania Esmeralda, 2013, 21-22.

52 Ibíd. 23-24.

Rosanna Hertz en su obra <<Sola por elección. Madre por elección. Cómo las mujeres están eligiendo la maternidad fuera del matrimonio y creando una nueva familia americana>> afirma que los padres no son esenciales para el bienestar de los hijos y restablecer al padre en la familia tradicional supone un peligro de vuelta al modelo patriarcal.[53]

En <<Educando a los niños sin hombres>> Peggy Drexler expone los beneficios de criar a los hijos sin la presencia de un padre.[54]

La falta del padre provoca carencias afectivas y emocionales en algunos casos agresividad.

Todo ser humano tiene su origen natural y cultural en la familia, como forma normal de vida que influye fuertemente en el resto de su existencia. La falta de padre…produce importantes variaciones en la personalidad…produce inadaptaciones a las posteriores funciones familiares.[55]

Rousseau abandonó a sus cinco hijos sin el menor remordimiento, al parecer por problemas económicos "mi tercer hijo fue abandonado en un hospicio, de la misma manera que los dos primeros y lo mismo hice con los dos siguientes: tuve cinco en total. Esta solución me pareció tan buena, tan sensata, tan adecuada, que si no me jacté públicamente de ello fue tan sólo en atención a su madre…En una palabra, no mantuve mi acción en secreto…en realidad porque no veía nada malo en ella. Tomando todo en cuenta, escogí lo mejor para mis hijos, o lo que yo consideraba lo mejor…"[56]

En *El Emilio* reflexiona en sentido contrario al afirmar: << quien no pueda cumplir con los deberes de un padre no tiene derecho

53 Rosanna Hertz, citada por Calvo María (2014), *Padres destronados. La importancia de la paternidad*, España, Toro Mítico, p. 39.

54 Peggy Drexler, citada por Calvo María (2014), *Padres destronados. La importancia de la paternidad*, España, Toro Mítico, p. 39.

55 Solis Quiroga, Héctor (1997), *Sociología Criminal*, 2ª edición, México, Porrúa, p. 186.

56 Rousseau, Juan Jacobo, *Confesiones* en *http://www.jacquesderrida.com.ar/restos/confesiones.pdf*

a convertirse en padre. Ni la pobreza ni la carrera, ni ninguna consideración humana pueden eximirlo de sus hijos y educarlos. >>

No debe pasarse por alto que en la adolescencia la opinión del padre es factor determinante para la orientación del rol sexual de los hijos.

Nos preguntamos: si la paternidad se devalúa ¿cómo los niños podrán participar como padres responsables al formar sus propias familias?

Hoy se piensa que los hombre son, como adelantó Chesterton, << una clase incomprendida en el mundo moderno>> <<El Dr. Macnamara señala: en los medios de comunicación los hombres aparecen como villanos, agresores, pervertidos y vividores, sin embargo, como expone Rosen, las mujeres casi siempre son presentadas como emprendedoras, organizadas, casi perfectas; mientras que los hombres son vagos, torpes, sin ambiciones y teleadictos >>[57]

Ronald y Jacqueline Ángel, evaluaron los efectos de la ausencia paterna y concluyen << el niño que crece sin padre presenta un riesgo mayor de enfermedad mental, de tener dificultades para controlar sus impulsos, de ser más vulnerable a la presión de sus pares y de tener problemas con la ley. La falta de padre constituye un factor de riesgo para la salud mental. [58]

María Calvo en su obra *Padres Destronados* describe las consecuencias de la ausencia de los padres, entre otras las siguientes:[59]

- Tienen mayor riesgo de abusar de drogas como el alcohol y la marihuana.
- Tienen más posibilidades de sufrir enfermedades mentales y suicidarse.
- Sufren más propensión de abandono escolar.
- La mayoría de los niños con carencias afectivas por parte de su padre sufren problemas de identidad sexual. y

57 *Cfr.* Calvo, María, 2014, 31-35.

58 Calvo, María, 2014, 46.

59 Ibíd. 47-52.

emocionales, como ansiedad y depresión.

- Las alteraciones de sueño, como pesadillas y terrores nocturnos, suelen comenzar entre uno y tres meses desde que el padre desaparece del hogar.
- Los niños que han crecido en ausencia de padre son más agresivos, tienen menos autocontrol y escaso sentido de culpabilidad. Son menos solitarios y empáticos y tienen significativamente menos capacidad intelectual.
- El 63% de los suicidios de jóvenes se da entre muchachos sin padre.
- El 90% de los niños que se van de casa son de familias sin padre.
- En cuanto a la pobreza, los niños de familias sin padre tienen 5 veces más posibilidades de ser pobres y hasta 10 veces más de ser extremadamente pobres.
- Los efectos negativos de la ausencia paterna adquieren mayor intensidad cuando los hijos son varones, en especial, en lo relativo al autocontrol y fracaso escolar. Estos chicos tienden a mostrar actitudes masculinas muy exageradas con radicalización de estereotipos por falta de un modelo adecuado de masculinidad.
- En relación a las niñas, la presencia del padre es determinante para su autoestima. En los hogares sin padre, las niñas suelen, a temprana edad, tener relaciones sexuales, embarazos y divorcios.
- El 43% de los muchachos en prisión crecieron en hogares monoparentales.
- Los hijos que han crecido sin padre son más proclives a tener hijos fuera del matrimonio y no querer asumir responsabilidades al respecto.

La paternidad puede entenderse como << el proceso psicoafectivo por el cual un hombre realiza una serie de actividades en lo concerniente a concebir, proteger, aprovisionar y criar a cada

uno de los hijos, jugando un importante y único rol en el desarrollo del mismo, distinto al de la madre. >>60

Es momento de reflexión y reconducir las relaciones familiares, basta de un feminismo materno que considera como enemigo al padre.

Hay necesidad actualmente de resignificar lo "masculino" y lo "femenino" debido a que estas estructuras simbólicas, imponen las formas de interacción, limitando las posibilidades de acción de ambos sexos.61

El Dr. Wade Horn afirma que 25 millones de niños norteamericanos tienen más posibilidades de ver un padre en la televisión que en su propio hogar.62

Es hora de que el padre participe y se involucre activamente desde el nacimiento del hijo, debe dejar de ser "cosa de mujeres".

Un ejemplo histórico de costumbre sociocultural es el "El Parto de Vizcaya" o Covada, cuya finalidad es integrar al padre en el momento del alumbramiento.

Apolonio de Rodas hace la primera mención de la Covada en Siglo III a. C. La describe en su obra El viaje de los argonautas "… llegaron a la Tibarénida. En ese país, cuando las mujeres han dado hijos a sus hombres, son éstos quienes gimen, caídos en los lechos, con las cabezas envueltas; y ellas los cuidan con solicitud, les hacen comer y les preparan los baños que convienen a las recién paridas."

El historiador Diodoro de Sicilia en el Siglo I a. C. menciona en el libro V que los corsos tenían una costumbre semejante: "con el nacimiento de sus hijos observan un hábito muy extraño: no

60 A. Oiberman, citado por Calvo, María (2014), *Padres destronados. La importancia de la paternidad*, España, Toro Mítico, p. 60.

61 Limón González, José Brian (2013), "Percepción ambivalente del liderazgo de hombres y mujeres en empresas mexicanas: una aproximación al sexismo", *Psicología y Género: investigaciones y reflexiones en torno a las diferencias psicosocioculturales entre hombres y mujeres*, Tania Esmeralda Rocha Sánchez (coordinadora), México, Universidad Nacional Autónoma de México-Facultad de Psicología, p. 138.

62 Calvo, María, 2014, 42.

tienen cuidado alguno de sus mujeres que están de parto; cuando una ha dado a luz, el marido se acuesta, cual enfermo, y permanece encamado un número fijo de días, como una recién parida."

Marco Polo lo observó en Kardandan y en la Ciudad china de Vochang.

La Covada, "El parto de Vizcaya", consiste en que la mujer se incorpore a sus quehaceres inmediatamente después del alumbramiento de un hijo, en tanto que el hombre aparenta retorcerse de "dolores de parto", tumbado, y haciéndose rodear de toda suerte de cuidados, como si realmente fuera el quién hubiera dado a luz.

Los hombres, mediante estas falaces representaciones de su dolor, adquieren el derecho sobre el hijo recién nacido y que, antes hubiera perteneciendo al clan materno, descalificándoles a ellos como autoridades. Se trata, de un acto de reconocimiento de la paternidad.

La función social de la Covada es reafirmar el rol de padre. Bachofen indica que tiene su origen en el tránsito de las sociedades matriarcales a las patriarcales. Los hombres tratan de obtener el poder, por lo que fingen ser mujeres.

Se practicó en Nueva Guinea, Suiza, Inglaterra, Francia, Alemania, España. En Estados Unidos Alabama y Carolina del Sur, Canadá. Venezuela, Paraguay, Brasil, Japón. En México los huicholes63□, Nayarit, Jalisco, Zacatecas y Durango, sede del XVIII Congreso Internacional de Derecho Familiar.

De hecho se trata de equiparar en las sociedades modernas cuando el padre acompaña a la madre al ginecólogo, asiste a los cursos de preparación, al parto, en la actualidad se puede incluir la licencia de paternidad. En ocasiones los padres sienten malestares durante el embarazo.

Los hombres de alguna manera tratan de apoyar a las mujeres

63* Los indios huicholes piensan que la pareja de la mujer debe compartir el dolor y el placer de dar a luz: por eso, mientras ella está de parto, el marido se sienta en las vigas situadas sobre su cabeza con una cuerda atada a los testículos. Cada vez que tiene una contracción, la parturienta tira de la cuerda.

en especial por los sentimientos que experimentan al nacer sus hijos, expresión del vínculo físico y emocional que se establece naturalmente.

Hoy en día crece en forma alarmante el número de mujeres que crían solas a sus hijos por convicción, con frecuencia cuando toman conciencia de que el reloj biológico puede detenerse a corto plazo, desean tener un hijo sin que nadie más tenga derechos sobre ellos.

Es una visión egoísta que tal vez se funda en el deseo de compañía y al mismo tiempo una mal entendida independencia. Las mismas mujeres excluyen a los hombres de sus responsabilidades sin reflexionar en el daño que ocasionan a sus hijos en razón de que solas no pueden proporcionar las condiciones optimas para el adecuado desarrollo psicosocial de sus hijos.

Independientemente de los deseos personales no debe olvidarse que esta el interés superior del niño y no los caprichos personales.

La madre relega al padre sin reconocer que el cuidado y protección de los hijos es un deber compartido.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Belluscio, Augusto (1975), Derecho Familiar, Tomo I, Buenos Aires, De Palma.
- Bonnecase, Julián (1945), La Filosofía del Código de Napoleón en el Derecho Familiar, Volumen II, México, José Cajica Jr. Editorial-Biblioteca Jurídico Sociológica.
- Calvo María (2014), Padres destronados. La importancia de la paternidad, España, Toro Mítico.
- Campo, Salustiano del (1988), Diccionario UNESCO de las Ciencias Sociales, Barcelona, Planeta-De Agostini.
- Castan Tobeñas, José (1994), Derecho Civil Español Común y Foral, Tomo V, Volumen I, Madrid, Reus.
- Chinoy, Ely (2006), La sociedad. Una introducción a la Sociología, México, Fondo de Cultura Económica.

- Ceballos, Jorge (1997), Introducción a la Sociología, Chile, LOM ediciones.
- Díaz, Elías (1999), Sociología y Filosofía del Derecho, Madrid, Taurus.
- Engels, Federico (2005), El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado, México, Exodo.
- Entwistle, Joanne (2002), El cuerpo y la moda. Una visión sociológica, Barcelona-Buenos Aires-México, Paidos.
- Garayo Urruela, Jesús Ma. (2001), "La recuperación de Fréderic Le Play", Reis. Revista de Investigaciones Sociológicas, Número 93, pp. 38-39, en http://www.redalyc.org/pdf/997/99717884002.pdf
- García Coronel, Aulo, La Familia monogámica, en http://unificacion.ffpum.org.uy/home/Libros%20y%20articulos%20de%20Unificacionistas/Dr-Aulo%20Garcia%20Coronel/LIBRO.html
- Giddens Anthony (2010), Sociología, 6ª edición, Madrid, Alianza Editorial.
- González González, María Gloria, Murgui Murgui, María José (2011), Soy madre, Soy padre (Educar con afecto, reflexión y ejemplo), España, Ediciones Pirámide.
- Güitrón Fuentevilla, Julián (1987), Qué es el Derecho Familiar, 3ª edición, México, Promociones Jurídicas y Culturales.
- Güitrón Fuentevilla, Julián (2004), Proyecto de Código Familiar Tipo para los Estados Unidos Mexicanos, México, Porrúa.
- Hoffding, Harold (1970), La moral social, individual y de la familia, España, Imprenta de Henrich.
- Hornilla, Txema (1981), La Ginecocracia Vasca. Contribución a los estudios sobre el Eusko-matriarcado, Bilbao, Geu Argitaldaria.
- Legaz Lacambra, Luis (1964), "Concepto y función de la

sociología jurídica", Revista Española de Sociología, Número Cero.

- Limón González, José Brian (2013), "Percepción ambivalente del liderazgo de hombres y mujeres en empresas mexicanas: una aproximación al sexismo", Psicología y Género: investigaciones y reflexiones en torno a las diferencias psicosocioculturales entre hombres y mujeres, Tania Esmeralda Rocha Sánchez (coordinadora), México, Universidad Nacional Autónoma de México-Facultad de Psicología
- Linton, Ralph (1994), "Introducción. La historia natural de la familia", La Familia, Erich Fromm, Max Horkheimer, Talcott Parsons (editores), Barcelona, Península.
- Muller-Lyer, Franz (1930), La Familia, Madrid, Revista de Occidente Editorial.
- Musitu Ochoa Gonzalo, Román Sánchez José-María, Gracia Fuster Enrique (1988), Familia y Educación. Prácticas educativas de los padres y socialización de los hijos, Barcelona, Labor.
- Parsons, Talcott (1937), La estructura de la acción social, Nueva York, Mc Graw Hill.
- Recaséns Siches, Luis (2004), Tratado General de Sociología, 30ª edición, México, Porrúa.
- Ritzer, George (2005), Teoría Sociológica Clásica, 3ª edición, México, Mc Graw Hill-Interamericana.
- Rocha Sánchez, Tania Esmeralda (2013), "Género, patrones de socialización y malestar emocional en hombres y mujeres de la Ciudad de México", Psicología y Género: investigaciones y reflexiones en torno a las diferencias psicosocioculturales entre hombres y mujeres, Tania Esmeralda Rocha Sánchez (coordinadora), México, Universidad Nacional Autónoma de México-Facultad de Psicología.
- Rousseau, Juan Jacobo (2004), El contrato social, 6ª edición,

México, Porrúa.
- Rousseau, Juan Jacobo, Confesiones en http://www.jacquesderrida.com.ar/restos/confesiones.pdf
- Savater, Fernando (1997), El valor de educar, 4ª edición, Barcelona, Ariel.
- Solis Quiroga, Héctor (1997), Sociología Criminal, 2ª edición, México, Porrúa.
- Timasheff, Nicholas S. (1961), La Teoría Sociológica, México, Fondo de Cultura Económica.
- Vitoria, María Ángeles, "Auguste Comte", Philosophica: Enciclopedia filosófica on line, Francisco Fernández Labastida y Juan Andrés Mercado (editores), http://www.philosophica.info/voces/comte/Comte.html.

EL DERECHO DE FAMILIA EMPLAZADO A REFORMARSE

Héctor Roberto Goyena Copello*
(Argentina)

He debido meditar bastante sobre el título que pensaba darle a esta presentación, ya que no sabía si encarar el eje temático en la familia reformándose o en el derecho que la regula debiendo encarar su reforma. La del derecho que la regula en sí.

He considerado más apropiado referirme, en cuanto a lo que está pasando a nivel mundial, y en la Argentina, a la cual me referiré particularmente, al derecho de familia como conjunto de normativa legal que tiende a regular todo lo atinente a la misma, ya que considero que no es la familia la que se reformula, sino que socialmente se intenta insertar en la misma situaciones nuevas o que no le pertenecen.

CONCEPTO DE "FAMILIA".

El término "familia" es altamente abarcativo y nos enfrenta, las mas de la veces, con diferentes situaciones que no configuran estrictamente a lo que queremos aludir al hacerlo.

Podemos decir a su respecto que existe un concepto estático y otro dinámico del término "familia".

El concepto estático de "familia" vendría a ser el núcleo claro y definido de lo que debe entenderse por tal y que guarda equivalencia tanto social como jurídica.

El concepto dinámico de "familia" sería aquél que a partir del concepto estático ya señalado, tiende, o intenta alcanzar situaciones periféricas o parecidas pero con espacios difusos en su alrededor.

El primero apunta a la configuración de la estructura reconocida unánimemente como "familia", mientras que el segundo responde al

afán de pertenecer a la misma, aunque no posea la totalidad de los requisitos que le son propios a aquella[1].

Socialmente hablar de la familia es hablar de un conjunto de personas que responden entre sí al reconocimiento de un vínculo o un afecto que los une y que muchas veces no es sino este último, el único que existe.

Tales grupos, tales familias, se reconocen entre si por las circunstancias en que se reúnen y de las cuales se rodean.

Muchas veces decir: "***Es como de la familia...***" significa que alguien está equiparado en los afectos o en el reconocimiento, a los miembros de ella por orden natural.

Nadie habla de "la familia" a partir del reconocimiento que de ella haga el derecho sino desde el sentimiento que traduce el grupo al cual uno pertenece las mas de las veces por nacimiento y también a través de las diferentes uniones matrimoniales que los vinculan.

Sin embargo, cuando en el ámbito del derecho, debemos referirnos al concepto de "familia", el ajuste necesario del mismo debe responder a lo que la familia "es" para el derecho, y tal existencia, se sustentará en los requisitos que el mismo exige para ser alcanzado por sus normas.

En su origen el concepto de familia debe haber sido de carácter natural y asentado en la conformación del conjunto de individuos que se reunían reconociendo un antepasado común.

Luego las religiones lo fueron regulando, conscientes de la importancia de la familia en todo orden social.

Y fue debido a eso que durante siglos quedara a través de ellas, las religiones, todo lo atinente a su reconocimiento y efectos.

El crecimiento demográfico y los diferentes modos de organización política hizo que los diferentes grupos gobernantes pasaran a tomar un papel protagónico en su regulación.

---

1 Casualmente por eso lo denominamos dinámico, conforme al concepto que reconoce el Diccionario de la Lengua, en cuanto a tratarse de una fuerza que se dirige a un fin, el ser aceptado como aquello a lo cual se dirige.

A partir de allí podemos ver en las diferentes legislaciones formas mas o menos completas de reconocer a la familia un ámbito importante en el desarrollo social que abarcaban.

Existían diferentes formas sociales, pero en todas ellas la familia participaba a través de sus miembros reconocidos en un encadenamiento cuyo primer eslabón estaba dado por un antepasado común y reconocía también al matrimonio como referente necesario a través del cual se entretejían las vinculaciones necesarias para ser reconocidos como miembros de aquella.

Consecuentemente la filiación y el matrimonio eran las dos rampas a través de la cuales se proyectaban los vínculos familiares.

Todo aquél que no provenía de una de esas dos vertientes era ajeno a la "familia" como tal, aunque se lo pudiera considerar como miembro por otras circunstancias.

Y así la proyectó el derecho hasta nuestros días.

Hoy la sociedad se encuentra enfrentada entre sí mediante adecuaciones de simbologías que le resultan necesarias a algunos miembros de la misma para tratar de enfrentar sus propias faltas adecuando lo que es inadecuable y equiparando lo que, por ser diferente, es imposible de equiparar.

Pero también lo hace debido a que las evoluciones tecnológicas hacen posible que hoy puedan "crearse" miembros dentro de ellas, lo que hace no mucho tiempo hubiera sido impensado.

Así pues la familia "crece" por dentro y por fuera. Por dentro debido a la posible generación de miembros mediante métodos o sistemas científicos que permiten incorporar "naturalmente" miembros nuevos a ella (fecundación *in vitro,* asistida, sustituta, etc.) y por fuera, debido a que ciertos usos sociales, sobre cuya conveniencia o bondad no es este el lugar para su análisis, pasan a "conformarla" a semejanza de la imagen que la natural tiene y a una pretendida igualdad que legalmente la equipara.

A través de todas estas nuevas formas de encarar "la familia", es el derecho el que viene a regular en su reconocimiento y consecuentes

efectos lo que la sociedad reclama.

Encontramos situaciones nuevas que deben ser reconocidas y reguladas y conforme a ellas de la manera mas justa y equilibrada, sin perder el objetivo de los reclamos que tienden a obtener una cierta homogeneización que impida categorizar y discriminar situaciones.

El derecho argentino, como la mayor parte de las legislaciones "laicas" del mundo no podía permanecer ajeno a tales reclamos, y es así como a partir de las últimas décadas ha ido legislando para situaciones que poco a poco se han ido exteriorizando y devienen socialmente reclamadas.

Así ha comenzado en el año 1985 con la reestructuración de la de legislación adecuada a la filiación, tanto natural como adoptiva y todas sus consecuencias (ley 23.264), para pasar luego a la legislación atinente al matrimonio civil incorporando el divorcio vincular (ley 23.515) etc.

También se ha legislado sobre temas que en cierto modo hacen también a la familia y sus miembros, como lo referido a trasplantes de órganos y materiales anatómicos (ley 24.193); desaparición forzada de personas (ley 24.321); protección contra la violencia familiar (ley 24.417); régimen de identificación para los recién nacidos (ley 24.540); la protección integral de los derechos de los niñas, niños y adolescentes (ley 26.061); el matrimonio igualitario (ley 26.618) y la reproducción medicamente asistida (ley 26.862).

Finalmente y con mejor criterio se ha intentado estructurar mediante la reforma del Código Civil, que en la Argentina data de 1869, y con un criterio adecuado desde el punto de vista legislativo, una regulación armónica de los diferentes institutos que antes se encontraban esparcidos en las leyes señaladas en su aspecto sustancial, dejando de lado los detalles para las regulaciones específicas.

Esta reforma, encomendada a una comisión redactora inicial de tres personas, ha pasado por las diferentes instancias legislativas que la hicieron objeto de consultas, modificaciones, cambios de textos,

incorporación de nuevas disposiciones opuestas a las proyectadas, etc. que la han obligado a volver sobre pasos cumplidos, y si a eso agregamos además una cierta discrepancia social respecto a la forma de encararse la normativa propuesta, podemos apreciar que tal conjunto la ha conducido, por el momento, a una vía muerta ante la necesidad de intentar consensuar situaciones políticas y económicas de mayor urgencia.

Veamos pues a continuación diferentes matices que hacen a la proyectada reforma, dejando aclarado, que tarde o temprano deberá dictarse lo que la legislación moderna requiere y que consiste en leyes equilibradas referidas a lo que verdaderamente corresponde a la familia, descartándose lo que hace a posturas ficticias o antinaturales traídas ahora en aras de intereses políticos respecto de los cuales la familia, como célula primaria de la sociedad, es completamente ajena aunque sufra sus embates.

COMIENZO DE LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS

En el primer capítulo del proyecto[2] el artículo 19 bajo el título de "Comienzo de la existencia", declara que:

"La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado".

Aquí nos encontramos con dos aspectos en cierto modo contrapuestos.

El primero referido al momento de la concepción en el seno materno, circunstancia esta desconocida hasta su exteriorización y

2 Para el texto de los artículos he tenido a la vista la edición del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, 1ª. Edición, reimpresión de septiembre de 2012, editado por la Presidencia de la Nación a través de la Dirección Técnica de Formación e Informática Jurídico Legal del Ministerio de Justicia y Derecho Humanos de la Nación, Infojus – Sistema argentino de información jurídica.

dependiente las mas de las veces de lo que se resuelva respecto a la incidencia de la aparición de la cresta neural en el embrión.

El aspecto que entendemos se contrapone con aquél es en cuanto al momento del comienzo de la persona cuando proviene de la asistencia de las técnicas especiales a tal fin, y que lo fija en el momento de la implantación.[3]

Personalmente creo que debería haberse señalado tal comienzo al momento de la anidación, pero si partimos de la base que se retrotrae a aquél momento ya que debe tener la correspondiente viabilidad se hace difícil distinguir porque no se lo ha fijado al momento de generarse el embrión como consecuencia de la unión adecuada de los gametos correspondientes.

No es este el lugar de abrir una polémica que se encuentra fundamentada por estudios con mayor autoridad al respecto, pero sin solución ni acuerdo a su respecto.

Queda pues aclarado que el proyecto, que debió haber sido claro en cuanto a su consideración o a la remisión que efectúa de lo previsto por una ley especial, ha incurrido en una solución difusa a mi entender.

NOMBRE Y APELLIDO DE LOS HIJOS

Un aspecto interesante en cuanto a la persona en sí, una vez producido el nacimiento, es lo atinente a nombre.

El derecho al nombre es un atributo esencial de la persona y, consecuentemente con ello, protegido tanto por las leyes nacionales como por las declaraciones internacionales. Dentro del nombre el apellido cobra la función de referente necesario para la ubicación del individuo dentro del medio social.

Refiriéndose al mismo el artículo 64 del proyecto señala en sus

3 Puede leerse también lo que dice y distingos que hace al respecto: Ursula C. Basset en su artículo "Incidencia en el derecho de familia del proyecto de Código con media sanción", Diario La Ley 16/12/2013.

dos primeros párrafos que:

ARTÍCULO 64.- Apellido de los hijos. El hijo matrimonial lleva el primer apellido de alguno de los cónyuges; en caso de no haber acuerdo, se determina por sorteo realizado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. A pedido de los padres, o del interesado con edad y madurez suficiente, se puede agregar el apellido del otro.

Todos los hijos de un mismo matrimonio deben llevar el apellido y la integración compuesta que se haya decidido para el primero de los hijos.

El hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial lleva el apellido de ese progenitor. Si la filiación de ambos padres se determina simultáneamente, se aplica el primer párrafo de este artículo. Si la segunda filiación se determina después, los padres acuerdan el orden; a falta de acuerdo, el juez dispone el orden de los apellidos, según el interés superior del niño.

La solución que adopta el proyecto en materia de nombre tiende a resolver, no tanto el problema general de la imposición del apellido, que la ley vigente n° 18248 regula en su artículo 4 disponiendo el primer parágrafo que: "Los hijos matrimoniales llevarán el primer apellido del padre. A pedido de los progenitores podrá inscribirse el apellido compuesto del padre o agregarse el de la madre", sino, y sin decirlo claramente, el mas acuciante que sabemos que ya ha producido conflictos: El problema del apellido en los matrimonios homosexuales en los que, obviamente, no hay padre ni madre en sentido lato.

¿Cómo ha de resolverse?... La lógica indica que es como los cónyuges lo señalen pero, no habiendo acuerdo, procedería el sorteo.

El sorteo en sí, es algo que no tendría que ser admitido en ningún caso[4] en el derecho de familia, ya que la suerte es una cosa y en la medida que marca a una persona no debería admitirse dejarla librada

4 Salvo en las particiones de herencia en caso de no haber acuerdo con la asignación de hijuelas equivalentes.

a ella, pero hay que reconocer que otra forma no parece avisorarse. La situaciones anormales suelen resolverse de forma anormal.

Pasemos ahora a normas específicas referidas a una de las dos vertientes a través de las cuales se proyecta legislativamente la familia: el matrimonio.

MATRIMONIO

A su respecto, en forma preliminar y en cuanto a los cónyuges, declara el artículo 402:

"Interpretación y aplicación de las normas. Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo".

Aclarada pues la estricta igualdad de los mismos las decisiones que se adopten deben ser de común acuerdo o deberá judicializarse la solución.

Cabe decir al respecto lo que subyace en toda unión, matrimonial o de hecho, heterosexual u homosexual: las decisiones suelen ser resultado de un criterio que cuando no es unánime, siempre se adoptan merced a la voluntad predominante de uno de sus integrantes. Las declaraciones de principios en forma categórica para lo único que sirven es para generar conflictos entre los esposos. Sucede con esto como sucedía con las viejas normas que establecían la autoridad marital para resolver ciertas cuestiones. Cuando un marido debía recordar en su hogar que él era quien mandaba en la casa es porque hacía tiempo que su autoridad había desaparecido y, raramente, la recuperaba invocase la ley, artículo o norma que se le ocurriese.

PRUEBA DEL MATRIMONIO

Advertido lo cual pasemos a ver de qué manera se prueba el

matrimonio en sí.

ARTÍCULO 423.- Regla general. Excepciones. Posesión de estado. El matrimonio se prueba con el acta de su celebración, su testimonio, copia o certificado, o con la libreta de familia expedidos por el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Cuando existe imposibilidad de presentarlos, la celebración del matrimonio puede probarse por otros medios, justificando esta imposibilidad.

La posesión de estado, por sí sola, no es prueba suficiente para establecer el estado de casados o para reclamar los efectos civiles del matrimonio.

Si existe acta de matrimonio y posesión de estado, la inobservancia de las formalidades prescriptas en el acto de celebración no puede ser alegada contra la existencia del matrimonio.

Mediante esta norma, que es coincidente con las vigentes en la actualidad para la prueba del matrimonio, lo que queda claro también es que no existe el matrimonio de hecho ni se le concede efecto alguno a las uniones personales por mucho tiempo que lleven.

Esto es importante porque muchas legislaciones, en cierto modo, han regresado a lo que en el derecho romano se conocía dentro de las formas de celebrar el matrimonio como el "usus", o sea, por el transcurso de la convivencia por más de un año ininterrumpido entre dos personas que se daban trato matrimonial.[5]

ALIMENTOS EN LA PAREJA

Pasemos ahora a ver una "curiosa", por llamarla de alguna forma, norma proyectada y que se refiere a los alimentos.

Dice así:

ARTÍCULO 433.- Pautas para la fijación de los alimentos. Durante

5 Para que no tuviera tal efecto, era necesario que la mujer durmiese 3 noches fuera del hogar conyugal en un año corrido, para luego tener que reiniciar el plazo señalado.

la convivencia y la separación de hecho, para la cuantificación de los alimentos se deben tener en consideración, entre otras, las siguientes pautas:

a) el trabajo dentro del hogar, la dedicación a la crianza y educación de los hijos y sus edades;

b) la edad y el estado de salud de ambos cónyuges;

c) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo de quien solicita alimentos;

d) la colaboración de un cónyuge en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge;

e) la atribución judicial o fáctica de la vivienda familiar;

f) el carácter ganancial, propio o de un tercero del inmueble sede de esa vivienda. En caso de ser arrendada, si el alquiler es abonado por uno de los cónyuges u otra persona;

g) si los cónyuges conviven, el tiempo de la unión matrimonial;

h) si los cónyuges están separados de hecho, el tiempo de la unión matrimonial y de la separación;

i) la situación patrimonial de ambos cónyuges durante la convivencia y durante la separación de hecho.

El derecho alimentario cesa si desaparece la causa que lo motivó, el cónyuge alimentado inicia una unión convivencial, o incurre en alguna de las causales de indignidad.

Si leemos el párrafo introductorio del artículo en cuanto titula su objetivo como "Pautas para la fijación de alimentos", y luego analizamos los diferentes incisos, parece ser bastante lógico –aunque también incompleto- las consideraciones que efectúa cuando de las pautas a tener en cuenta a su reclamo en el ámbito judicial se refiere[6].

Sin embargo, en su lectura, no hemos podido pasar por alto que comienza, la disposición en sí, diciendo que:

"Durante la convivencia y la separación de hecho, para la

6 Por otra parte, ellas son las pautas tenidas en cuenta en diferentes pronunciamientos judiciales para la fijación de la cuota alimentaria entre cónyuges, pero claro, separación mediante..

cuantificación de los alimentos se deben tener en consideración…"

¿Qué quiere decir esto?... Es directamente una barbaridad de legislador enunciarlo de tal manera, porque pareciera que permite durante el matrimonio o uniones convivenciales, que cada integrante de la pareja tenga derecho a alimentarse acorde con su capacidad económica, tanto para generar ingresos, como patrimoniales que le sirvan de respaldo. Tanto ganas, tanto comes.

El conviviente que es vago, que no ayuda en las labores de la casa, que no atiende a los hijos, propios o del otro cónyuge, que no ha aportado la vivienda, etc. ese, ese no come o come menos que el otro.

A ese no se le da dinero para ropa, recreo ni objeto extra alguno que no sea lo imprescindible para su supervivencia.

Tal criterio está directamente relacionado, cuando de cónyuges se trata, a lo dispuesto por el artículo 455 proyectado, que mas adelante veremos, respecto al deber de contribución de los cónyuges en el sostenimiento de ellos, la manutención de la casa, la de los hijos comunes y las de aquellos que sin serlo fueran minusválidos o convivieran con el matrimonio.

No creo que ese sea el objeto querido por el sentido común, pero es evidente que los legisladores no han sabido expresarse adecuadamente[7].

De nada servirá remitir al criterio judicial. Ni esa es la solución ni la lógica consecuencia de un querer normativo, que se supone señala los derechos y advierte para evitar conflictos.

CONVENCIONES MATRIMONIALES

Pasemos a otra norma que incorpora aspectos desconocidos hasta ahora en la legislación argentina.

7 Cabe recordar aquí una vez más aquella célebre afirmación que formulara Theo Collignon, en su "Iniciación al ejercicio de la abogacía", Trad. de la 2º. Edición belga, Inst. Ed. Reus, Madrid, 1952, pg. 34 cuando decía: "Es cierto que el cuidado de legislar fue abandonado a una mayoría de primates que confunden la ley con un texto".

Dice el

ARTÍCULO 446.- Objeto. Antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes:

a) la designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio;

b) la enunciación de las deudas;

c) las donaciones que se hagan entre ellos;

d) la opción que hagan por alguno de los regímenes matrimoniales previstos en este Código.

Hasta ahora, en la legislación argentina, se aceptan las convenciones prenupciales para determinar mediante un inventario los bienes que cada contrayente llevaba al matrimonio así como las donaciones que el esposo hiciese a la esposa (art. 1217 incs. 1 y 3) y la originalidad del proyecto es que incorpora, por una lado la enunciación de deudas que los mismos reconozcan al momento de la celebración y por otro lado, la posibilidad de optar por uno de los dos regímenes patrimoniales que para el matrimonio prevé la nueva normativa.

Lo referido a las deudas considero que parte de la base que las mismas son reales porque de lo contrario entrarían dentro de las donaciones que a los futuros contrayentes les está permitido hacer, y no para defraudar ni vulnerar eventuales derechos de terceros.

Y en cuanto al régimen patrimonial, cabe señalar que actualmente existe en la legislación argentina un solo régimen patrimonial originario en el matrimonio, que es el de la sociedad conyugal, pudiendo derivar en un régimen de separación de bienes, si hubiera una separación personal sin divorcio.

En el proyecto se admiten dos: el régimen de la comunidad (arts. 463 y sgts.) y el de separación de bienes (arts. 505 a 508), por lo que desde su comienzo los futuros contrayentes pueden optar por uno u otro en forma inicial.

DEBER (Y DERECHO) DE CONTRIBUCIÓN

La norma que seguidamente analizaremos tiene relación directa con lo antes dicho respecto del artículo 433 proyectado.

ARTÍCULO 455.- Deber de contribución. Los cónyuges deben contribuir a su sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos.

Esta obligación se extiende a las necesidades de los hijos menores de edad, o con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos.

El cónyuge que no da cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga.

Es llamativo, por decirlo de algún modo, esta fijación categórica de la pauta a tener en cuenta para contribuir en el sostenimiento del hogar y de los hijos comunes, pero más llamativo resulta cuando alcanza también al propio sostenimiento y la concesión de un medio coercitivo para su cumplimiento.

Veamos lo siguiente:

Un cónyuge posee bienes que no le producen renta y el otro posee ingresos provenientes de su trabajo. Si nos atuviéramos a la letra estricta de la norma en primero tendría bienes pero no recursos, mientras que el segundo tendría recursos aunque no tuviera bienes. Resultado de lo cual el segundo podría "comprarse" lo que quisiese sólo por el hecho de poseer ingresos suficientes, mientras que el otro podría verse privado de de artículos suntuarios y también que aquellos que hacen a una vida "decorosa" sólo por no poder pagárselos.

Tal hipótesis se agrava cuando del hogar y los hijos comunes o de los propios de uno de ellos que convivan en el hogar, se trate de determinar qué se puede comprar y en qué proporción deben contribuir los cónyuges.

Y se resiente aún mas cuando los de uno de ellos tienen capacidad restringida o discapacidad.

Me resisto a pensar que los redactores del proyecto no hayan tenido en cuenta las consecuencias que la norma puede traer aparejada, máxime cuando para su efectivo cumplimiento aquél cónyuge al que el otro considera incumplidor de tal obligación puede ser demandado judicialmente.

¿Alguien puede pensar en un matrimonio que mantiene entre sí pleito semejante y luego convive en la vida hogareña?...

¿Alguien puede pensar bajo qué pautas o quien sacará las cuentas de lo que se gasta efectivamente y lo que correspondería gastar según las posibilidades de los recursos de los cónyuges?...

Van al tribunal a ventilar sus ingresos, posiblemente con mas celo y detalle que el que utilizan para su declaración de impuestos y luego... ¿qué?...

Es evidente que cuando el legislador intenta ser detallista en ciertas cosas, termina atentando contra lo que tendría que proteger en conjunto.

Cuando en un futuro se proyecten normas que el redactor razone y el legislador entienda y avale, es evidente que se deberá tener en cuenta mas el valor jurídicamente tutelado que el detalle casuista de pergeñar una norma que prevea hasta sus últimas consecuencias lo que en un matrimonio bien avenido rige por su sola lógica y en uno mal avenido (y en crisis) no hay juez que la pueda hacer cumplir.

ASENTIMIENTO EN ACTOS DE DISPOSICIÓN.

Uno de los logros alcanzados a través de la ley 17.711 en el año 1968, fue el fortalecimiento de la sociedad a través de la prohibición de poder disponer un cónyuge de los bienes gananciales registrables, fueren valores (acciones o cuota parte societarias) muebles o inmuebles, y la necesidad de contar con el asentimiento del otro inclusive cuando el bien inmueble sobre el cual se quisiese

disponer fuera propio, pero fuera el asiento de la familia y hubieran hijos menores o discapacitados. Tal obligación se extendía inclusive con posterioridad a la disolución de la sociedad y aunque el bien inmueble revistiera carácter ganancial.

El proyecto que analizamos va más lejos aún y declara alcanzados por la prohibición los objetos muebles indispensables para la vivienda familiar e, inclusive, el transporte de ellos fuera de la vivienda.

Concede derecho a reclamar la nulidad del acto dentro de los 6 meses de llegado a su conocimiento el mismo que, valga sea decirlo, se referirá exclusivamente a los bienes muebles ya que del inmueble es imposible pensarlo factible.

Dice así:

ARTÍCULO 456.- Actos que requieren asentimiento. Ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella. El que no ha dado su asentimiento puede demandar la anulación del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de SEIS (6) meses de haberlo conocido, pero no más allá de SEIS (6) meses de la extinción del régimen matrimonial.

La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

Lo que no dice y no puede saberse a ciencia cierta en qué medida puede un cónyuge determinar si el objeto que retira el otro del hogar es con el fin de sustraérselo al mismo o con otro fin. Pareciera que hay que esperar casi hasta los 6 meses para pedir la nulidad de una eventual disposición en su perjuicio.

Pero un aspecto importante también es que en materia de cosas muebles la posesión vale título y difícil será poder demostrar la mala fe del tercer adquirente para recuperar el objeto.

Por último, el artículo nos señala la inejecutabilidad de la

vivienda por deudas posteriores a la celebración del matrimonio, salvo que hubieran sido asumida en conjunto por los cónyuges, afectando de esa manera el inmueble al ajuar mínimo protegido por la inembargabilidad.

DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO

El proyecto prevé para el mismo tres causales.

ARTÍCULO 435.- Causas de disolución del matrimonio. El matrimonio se disuelve por:

a) muerte de uno de los cónyuges;

b) sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento;

c) divorcio declarado judicialmente.

En cuanto me interesa señalar en esta breve exposición, lo verdaderamente innovar, por llamarlo de alguna manera, es lo atinente al divorcio.

Hasta nuestros días, y a partir de la secularización del matrimonio y la admisión del mismo en la ley 2393 a finales del siglo XIX el divorcio fue siempre causado[8]

El proyecto que nos ocupa no habla de causales, entrando a regular en forma directa el proceso de divorcio que puede ser pedido por una o ambas partes, razón por la cual queda claro que basta la petición del mismo por uno de los cónyuges para hacerlo procedente,

8 En la ley 2393 había siete causales: 1.- adulterio de la mujer o el marido; 2.- tentativa de uno u otro cónyuge contra la vida del otro; 3.- provocación de uno de los cónyuges al otro para cometer adulterio u otros delitos; 4.- la sevicia; 5º injurias graves; 6.- malos tratos y 7.- abandono voluntario y malicioso. En el año 1968 la ley 17.711 incorporó el divorcio por mutuo consentimiento pero con causales reservadas, o sea, expuestas personalmente al juez quien debía considerarlas admisibles. Hasta entonces el divorcio dejaba subsistente el vínculo, o sea, era una mera separación. Finalmente la ley 23.515 en el año 1985 estableció el divorcio vincular y le dio cinco causales: 1. Adulterio; 2.- Atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro, o de los hijos, aunque no fueren comunes, sea como autor principal o cómplice; 3.- La instigación a cometer delitos; 4.- Injurias graves y 5.- Abandono voluntario o malicioso.

exigiendo la ley que tal petición vaya acompañada de un propuesta complementaria que regule los aspectos concomitantes con el mismo.

Previo a ello aclara que no cabe la renuncia anticipada a pedir el divorcio.

PROCESO DE DIVORCIO

ARTÍCULO 436.- Nulidad de la renuncia. Es nula la renuncia de cualquiera de los cónyuges a la facultad de pedir el divorcio; el pacto o cláusula que restrinja la facultad de solicitarlo se tiene por no escrito.

El proceso, propiamente dicho, comienza a ser regulado en el artículo siguiente:

ARTÍCULO 437.- Divorcio. Legitimación. El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges.

Como puede leerse y ya anticipáramos, basta la petición de uno, y con mayor razón de ambos cónyuges, que en ninguno de los dos casos debe sustentarse en causal alguna que no sea la voluntad, individual o conjunta del o los peticionantes.

ARTÍCULO 438.- Requisitos y procedimiento del divorcio. Toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de éste; la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición.

Si el divorcio es peticionado por uno solo de los cónyuges, el otro puede ofrecer una propuesta reguladora distinta.

Al momento de formular las propuestas, las partes deben acompañar los elementos en que se fundan; el juez puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otros que se estiman pertinentes. Las propuestas deben ser evaluadas por el juez, debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia.

En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio.

Si existe desacuerdo sobre los efectos del divorcio, o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los

integrantes del grupo familiar, las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local.

En este artículo único que concentra todo lo atinente al procedimiento se requiere, como única condición, que quien pide el divorcio proponga cómo van a regularse los efectos del mismo.

Entiendo que ello, conforme se extrae del artículo siguiente, se refiere a:

1.- alimentos que pudieran corresponder tanto al otro cónyuge como a los hijos menores o a aquellos por quienes se encuentren obligados a proveerlos;

2.- régimen de visitas tanto de los progenitores como de los abuelos;

3.- asignación del hogar conyugal cuando pudiera corresponder;

4.- liquidación de la sociedad conyugal;

5.- recompensas, saldos por créditos o deudas, etc.

Tal propuesta, cuando es llevada a cabo por un solo peticionante puede ser cuestionada por una contrapropuesta del otro al responder.

Fuera de esto, nada mas prevé la norma respecto al procedimiento y a la forma en que se deberá sustanciar el pedido y todas aquellas circunstancias emergentes que también pueden ocurrir: contrapropuesta, audiencia para armonizar las diferencias, etc.

El artículo también dice que: "En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio", pero no dice en qué plazo se dictará la misma, si es automático o no el pronunciamiento, etc.

Lo que no alcanza a comprenderse es el por qué de este artículo cuando en el siguiente se fijan las pautas de su contenido en forma expresa.

Por último remite a los códigos procesales si el juez considera inconvenientes las propuestas, lo cual hace que a partir de allí deban promoverse juicios de alimentos, atribución del hogar conyugal,

liquidación de sociedad conyugal, si procediera, o distribución adecuada de los bienes confusos en el régimen de separación de bienes.

En resumen, un desorden legislativo en el cual se ha dado preeminencia al divorcio en sí, antes que al interés de los que han quedado involucrados en el mismo.

EFECTOS DEL DIVORCIO

Los efectos previstos son exclusivamente patrimoniales, sobreentendiéndose, la disolución del vínculo matrimonial como consecuencia de la sentencia, art. 435 inc. c) antes visto y la liquidación de la sociedad conyugal si estuvieren los cónyuges sometidos a ella, en armonía con las demás normas del proyecto.

ARTÍCULO 439.- Convenio regulador. Contenido. El convenio regulador que acompaña la petición de divorcio debe contener las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes, y las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges; al ejercicio de la responsabilidad parental, en especial, la prestación alimentaria; todo siempre que se den los presupuestos fácticos contemplados en esta Sección, en consonancia con lo establecido en este Título y en el Título VII de este Libro.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no impide que se propongan otras cuestiones de interés de los cónyuges.

Aquí se ejemplifica el contenido que es meramente enunciativo desde el momento en que queda abierta la posibilidad de que se propongan otras cuestiones de interés de los cónyuges, como podrían ser el uso del automóvil común de la pareja en la semana o los fines de ella, las visitas a los animales domésticos, tenencia compartida de los mismos, etc.[9]

ARTÍCULO 440.- Eficacia y modificación del convenio regulador.

9 Aunque pareciera ridículo hemos tenido peticiones semejantes en procesos judiciales.

El juez puede exigir que el obligado otorgue garantías reales o personales como requisito para la aprobación del convenio.

El convenio homologado o la decisión judicial pueden ser revisados si la situación se ha modificado sustancialmente.

Es curioso ver, y es dable pensar que, si la discrepancia sobre el convenio regulador no impide el dictado de la sentencia de divorcio, conforme lo señala el artículo 438 antes visto, a título de qué puede exigírsele a quien propone el que no es aceptado, para que ofrezca garantías.

La diferencia pasará por que deberá resolverse judicialmente los términos del mismo.[10]

ARTÍCULO 441.- Compensación económica. El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez.

En esto también, si no hay acuerdo, lo que difícilmente ocurrirá, deberá recurrirse a un proceso especial que es de suponer será amplio y de conocimiento ya que la implicancia que puede contener para ambas partes, máxime teniendo en cuenta las pautas a considerar que establece para ello el artículo siguiente, no debe permitir un tratamiento ligero o superficial al su respecto.

ARTÍCULO 442.- Fijación judicial de la compensación económica. Caducidad. A falta de acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador, el juez debe determinar la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras:

a) el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y

10 Es evidente, una vez mas, que ha habido dos o mas redactores sobre este tema que no han encontrado diferencias cada uno en su pequeña parcela legislativa.

a la finalización de la vida matrimonial;

b) la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio;

c) la edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos;

d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica;

e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge;

f) la atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio, o un inmueble arrendado. En este último caso, quién abona el canon locativo.

La acción para reclamar la compensación económica caduca a los SEIS (6) meses de haberse dictado la sentencia de divorcio.

La enunciación antes vista nos hace pensar si quienes lo proyectaron alguna vez ejercieron la profesión de abogado.

Sólo pensar en que debe argumentarse y probar el estado patrimonial de los cónyuges al inicio y finalización del matrimonio, lo cual importa un balance de quién sabe cuantos años, con todo lo que su prueba, valoración y estudio encierra no lleva a considerar un largo y tedioso proceso, cargado de peritos y costas procesales y sin la seguridad de que ello dé por resultado una solución que sea justa.

Pero, además, ¿como se evalúa la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio como pide el segundo inciso de este artículo?...

¿Cómo se sabe a ciencia cierta, o incierta, la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica? si todo sabemos que aún con un título profesional no todos los graduados responden con la misma capacidad o pueden obtener ocupación laboral.

¿Cómo se justiprecia la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge?...

Es evidente que la norma, traída, posiblemente, del derecho alemán y otras legislaciones que contienen normas parecidas, ha sido copiado sin tener en cuenta los problemas que ya de por sí ocasionan en los países en que se encuentran vigentes.

ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA

ARTÍCULO 443.- Atribución del uso de la vivienda. Pautas. Uno de los cónyuges puede pedir la atribución de la vivienda familiar, sea el inmueble propio de cualquiera de los cónyuges o ganancial. El juez determina la procedencia, el plazo de duración y efectos del derecho sobre la base de las siguientes pautas, entre otras:

a) la persona a quien se atribuye el cuidado de los hijos;

b) la persona que está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios;

c) el estado de salud y edad de los cónyuges;

d) los intereses de otras personas que integran el grupo familiar.

ARTÍCULO 444.- Efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar. A petición de parte interesada, el juez puede establecer: una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del cónyuge a quien no se atribuye la vivienda; que el inmueble no sea

enajenado sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble ganancial o propio en condominio de los cónyuges no sea partido ni liquidado. La decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral.

Si se trata de un inmueble alquilado, el cónyuge no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose el obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato.

ARTÍCULO 445.- Cese. El derecho de atribución del uso de la vivienda familiar cesa:

a) por cumplimiento del plazo fijado por el juez;

b) por cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta

para su fijación;

c) por las mismas causas de indignidad previstas en materia sucesoria.

Todo esto sería mucho mas simple si se resolviera a través de una cuota alimentaria, con la posibilidad de los obligados al pago y sobre todo, al sostenimiento de la protección de los hijos menores o incapaces, a acordar por medio de la asignación de una vivienda, propia o ganancial, la contribución en aquella.

RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO

El proyecto de Código Civil se aparta de su antecedente legislativo estableciendo la posibilidad de acordar un régimen patrimonial de excepción al momento de celebrarse el matrimonio: el de separación de bienes.

En la estructura del Código Civil originario, cuya vigencia se remonta al 1° de enero de 1871, el único régimen admitido era el de la "sociedad conyugal", pudiendo derivar, eventualmente, en el de separación de bienes., pero no existía la posibilidad de acordar un régimen u otro.

El proyecto cambia, conforme he anticipado, disponiendo:

ARTÍCULO 463.- Carácter supletorio. A falta de opción hecha en la convención matrimonial, los cónyuges quedan sometidos desde la celebración del matrimonio al régimen de comunidad de ganancias reglamentado en este Capítulo. No puede estipularse que la comunidad comience antes o después, excepto el caso de cambio de régimen matrimonial previsto en el artículo 449.

Consecuente con ello, en el capítulo pertinente referido al Régimen de Separación de bienes se comienza el mismo disponiendo que:

ARTÍCULO 505.- Gestión de los bienes. En el régimen de separación de bienes, cada uno de los cónyuges conserva la libre administración y disposición de sus bienes personales, excepto lo

dispuesto artículo 456.

Cada uno de ellos responde por las deudas por él contraídas, excepto lo dispuesto en artículo 461[11].

Hasta aquí hemos visto las innovaciones mas importantes en cuanto al matrimonio y sus consecuencias.

Hemos de ver seguidamente lo referido a las "Uniones convivenciales".

UNIONES CONVIVENCIALES

Se inicia el capítulo 1 del Título II dedicado al mismo, refiriéndose a la constitución y prueba de ellas.

ARTÍCULO 509.- Ámbito de aplicación. Las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo.

O sea, que las uniones convivenciales son aquellas que siempre se conocieron como "concubinatos" o " barraganerías", y que, debido a su carácter despectivo en el lenguaje social es sustituido por otro diferente que le confiere una patina más liviana sin por ello deje ser lo mismo.

Claro que tampoco el encaje es exacto pues en este caso, se aprovecha su denominación para incorporar o declarar alcanzados en ella a las parejas del mismo sexo y se le exige, al mismo tiempo, una registración.

El artículo siguiente exige a los fines de su reconocimiento el cumplimiento de diferentes requisitos:

11 ARTÍCULO 461.- Responsabilidad solidaria. Los cónyuges responden solidariamente por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos comunes. Fuera de esos casos, y excepto disposición en contrario del régimen matrimonial, ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones del otro.

ARTÍCULO 510.- Requisitos. El reconocimiento de los efectos jurídicos previstos por este Título a las uniones convivenciales requiere que:

a) los dos integrantes sean mayores de edad;

b) no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado.

c) no estén unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta.

d) no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea;

e) mantengan la convivencia durante un período no inferior a DOS (2) años.

Y luego se agrega:

ARTÍCULO 511.- Registración. La existencia de la unión convivencial, su extinción y los pactos que los integrantes de la pareja hayan celebrado, se inscriben en el registro que corresponda a la jurisdicción local, sólo a los fines probatorios.

No procede una nueva inscripción de una unión convivencial sin la previa cancelación de la preexistente.

Conforme se puede apreciar de tal exigencia podríamos decir que nos encontramos ante un "matrimonio de segunda clase". De otra manera no se explica que para una unión que ha sido informal desde siempre, se exija una inscripción registral.

Tal requisito nos conduce a una pregunta:

¿Qué sucede con las convivencias no registradas?... O sea, lo que podríamos denominar "un concubinato en estado puro".

¿Quedará siempre un vacío legal para tales casos?...

¿Quedará abierto el eterno reclamo de aplicación de las normas del "matrimonio legal" al "matrimonio de hecho", como se ha pretendido desde siempre cuando se intentaban lograr dichos resultados en una unión en la que sus integrantes, "voluntariamente", se habían sustraído a la formalización de la unión legal correspondiente?...

Podría considerarse cubierto tal supuesto con lo que dispone el

artículo siguiente:

ARTÍCULO 512.- Prueba de la unión convivencial. La unión convivencial puede acreditarse por cualquier medio de prueba; la inscripción en el Registro de uniones convivenciales es prueba suficiente de su existencia.

Es posible que la pregunta se encuentre respondida en sentido afirmativo. Sin embargo, la exigencia de la registración como prueba definitoria de su existencia altera la base misma de la unión convivencial o "concubinato" que ha sido siempre el carácter estrictamente voluntario e informal de su desarrollo.

PACTOS DE CONVIVENCIA.

RÉGIMEN PATRIMONIAL DE LA UNIÓN CONVIVENCIAL

La unión convivencial trae aparejada, en su afán de asimilar lo diferente, la posibilidad de celebrar acuerdos sobre el aspecto patrimonial en base al cual se han de regular sus integrantes durante su existencia.

ARTÍCULO 513.- Autonomía de la voluntad de los convivientes. Las disposiciones de este Título son aplicables excepto pacto en contrario de los convivientes. Este pacto debe ser hecho por escrito y no puede dejar sin efecto lo dispuesto en los artículos 519, 520, 521 y 522.

Veamos atentamente lo que al respecto se dispone el artículo siguiente:

ARTÍCULO 514.- Contenido del pacto de convivencia. Los pactos de convivencia pueden regular, entre otras cuestiones:

a) la contribución a las cargas del hogar durante la vida en común;

b) la atribución del hogar común, en caso de ruptura;

c) la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, en

caso de ruptura de la convivencia.

Lo primero que se nota es lo relativo a la posibilidad de acordar la contribución a las cargas del hogar durante la vida en común.

Sin embargo, del juego recíproco de los que anticipa el artículo anterior en cuanto no se puede dejar sin efecto lo que dispone luego el artículo 520 que a su vez remite al 455 podemos ver que ello no sería así, por lo que resulta inútil lo dispuesto por esta norma[12].

Otra observación merece el tercer inciso referido a la posibilidad de pactar los convivientes la forma en que se dividirán los bienes "obtenidos por el esfuerzo común" en caso de cesar la convivencia.

Nótese que aquí la ley les da mejor derecho que a los integrantes del matrimonio quienes por un lado quedan sometidos al régimen de la ganancialidad y dividen por mitades o al régimen de separación de bienes dentro del cual el artículo 508 remite a lo acordado o, en su defecto, a la forma dispuesta en la partición de herencia.

LÍMITES A SU CONTENIDO.

ARTÍCULO 515.- Límites. Los pactos de convivencia no pueden ser contrarios al orden público, ni al principio de igualdad de los convivientes, ni afectar los derechos fundamentales de cualquiera de los integrantes de la unión convivencial.

Esta norma, muy bonita desde el punto de vista de la intangibilidad de los derechos, no dice nada respecto de los terceros como pueden ser los hijos, en cuanto los pueda afectar la forma acordada de dividir los bienes en el sucesorio.

ARTÍCULO 516.-. Modificación, rescisión y extinción. Los

12 Si bien no es este el lugar para analizar la diferencia entre gastos y cargas refiriéndonos al hogar conyugal, los redactores de las normas en aparente pugna, parecieran haber proyectado las mismas sin sincronización al respecto.

pactos pueden ser modificados y rescindidos por acuerdo de ambos convivientes.

El cese de la convivencia extingue los pactos de pleno derecho hacia el futuro.

EFECTOS FRENTE A TERCEROS

ARTÍCULO 517.- Momentos a partir de los cuales se producen efectos respecto de los terceros. Los pactos, su modificación y rescisión son oponibles a los terceros desde su inscripción en el registro previsto en el artículo 511 y en los registros que correspondan a los bienes incluidos en estos pactos.

Los efectos extintivos del cese de la convivencia son oponibles a terceros desde que se inscribió en esos registros cualquier instrumento que constate la ruptura.

EFECTOS DE LAS UNIONES CONVIVENCIALES DURANTE LA MISMA

ARTÍCULO 518.- Relaciones patrimoniales. Las relaciones económicas entre los integrantes de la unión se rigen por lo estipulado en el pacto de convivencia.

A falta de pacto, cada integrante de la unión ejerce libremente las facultades de administración y disposición de los bienes de su titularidad, con la restricción regulada en este Título para la protección de la vivienda familiar y de los muebles indispensables que se encuentren en ella.

ASISTENCIA ENTRE LOS CONVIVIENTES

ARTÍCULO 519.- Asistencia. Los convivientes se deben asistencia durante la convivencia.

Contribución en los gastos

ARTÍCULO 520.- Contribución a los gastos del hogar. Los convivientes tienen obligación de contribuir a los gastos domésticos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 455.

Aquí el artículo, tanto en su título como en su texto habla exclusivamente de gastos, por lo que lo relativo a las cargas queda librado a lo que acordaren conforme hemos visto que dispone el artículo 514 en su inciso a).

RESPONSABILIDAD POR DEUDAS

ARTÍCULO 521.- Responsabilidad por las deudas frente a terceros. Los convivientes son solidariamente responsables por las deudas que uno de ellos hubiera contraído con terceros de conformidad con lo dispuesto en el artículo 461[13].

ARTÍCULO 522.- Protección de la vivienda familiar. Si la unión convivencial ha sido inscripta, ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda. El juez puede autorizar la disposición del bien si es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido.

Si no media esa autorización, el que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto dentro del plazo de caducidad de SEIS (6) meses de haberlo conocido, y siempre que continuase la convivencia.

La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

CESE DE LA CONVIVENCIA.

ARTÍCULO 523.- Causas del cese de la unión convivencial. La

13 Ver su texto en la nota n° 7

unión convivencial cesa:

a) por la muerte de uno de los convivientes;

b) por la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los convivientes;

c) por matrimonio o nueva unión convivencial de uno de sus miembros;

d) por el matrimonio de los convivientes;

e) por mutuo acuerdo;

f) por voluntad unilateral de alguno de los convivientes notificada fehacientemente al otro;

g) por el cese durante un período superior a UN (1) año de la convivencia mantenida.

La interrupción de la convivencia no implica su cese si obedece a motivos laborales u otros similares, siempre que permanezca la voluntad de vida en común.

EFECTOS

ARTÍCULO 524.- Compensación económica. Cesada la convivencia, el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Ésta puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la unión convivencial.

Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o en su defecto decida el juez.

ARTÍCULO 525.- Fijación judicial de la compensación económica. Caducidad. El juez determina la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras:

a) el estado patrimonial de cada uno de los convivientes al inicio

y a la finalización de la unión;

b) la dedicación que cada conviviente brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos y la que debe prestar con posterioridad al cese;

c) la edad y el estado de salud de los convivientes y de los hijos;

d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del conviviente que solicita la compensación económica;

e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro conviviente;

f) la atribución de la vivienda familiar.

La acción para reclamar la compensación económica caduca a los SEIS (6) meses de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia enumeradas en el artículo 523.

ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

ARTÍCULO 526.- Atribución del uso de la vivienda familiar. El uso del inmueble que fue sede de la unión convivencial puede ser atribuido a uno de los convivientes en los siguientes supuestos:

a) si tiene a su cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad;

b) si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata.

El juez debe fijar el plazo de la atribución. El plazo no puede ser mayor al que hubiera durado la convivencia, con un máximo de DOS (2) años a contar desde que se produjo el cese de la convivencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 523.

A petición de parte interesada, el juez puede establecer: una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del conviviente a quien no se atribuye la vivienda; que el inmueble no sea enajenado durante el plazo previsto sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble en condominio de los convivientes no sea partido ni liquidado. La decisión produce efectos frente a terceros a partir de su

inscripción registral.

Si se trata de un inmueble alquilado, el conviviente no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose el obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato.

El derecho de atribución cesa en los mismos supuestos previstos en el artículo 445.

Entiendo que la solución no es muy feliz dado que limita la asignación a un máximo de dos años.

Si una pareja convive un año o menos y tienen un hijo discapacitado, entiendo que no es justo librar a quien queda con el menor a su cargo a un límite tan exiguo y con la única posibilidad de solicitar al otro alimentos adecuados –que siempre son insuficientes- como para que incluyan la vivienda. Máxime si el otro progenitor tuviese bienes suficientes como para proveerse otra.

ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA EN CASO DE MUERTE

ARTÍCULO 527.- Atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes. El conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de DOS (2) años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas.

Este derecho es inoponible a los acreedores del causante.

Se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a esta.

Esta norma coincide con lo dispuesto respecto del cónyuge viudo y con la ley vigente actualmente a partir de la ley 17.771 del año 1968.

Propiedad de los bienes ingresados durante la unión

ARTÍCULO 528.- Distribución de los bienes. A falta de pacto, los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales relativos al enriquecimiento sin causa, la interposición de personas y otros que puedan corresponder.

Aunque el título del artículo refiera la "Distribución de los bienes", no surge con claridad de su texto a qué se refiere con ello, permitiendo inferirse que, llegado el caso, el otro conviviente –pues los terceros lo tendrán siempre- podría cuestionar el ingreso exclusivo en el patrimonio del otro de bienes parte de los cuales pudieran corresponderle, recurriendo a la aplicación de los principios del enriquecimiento sin casa o de pertenencia si lo estuvieran a nombre de otros.

DERECHO DE COMUNICACIÓN

ARTÍCULO 555.- Legitimados. Oposición. Los que tienen a su cargo el cuidado de personas menores de edad, con capacidad restringida, o enfermas o imposibilitadas, deben permitir la comunicación de estos con sus ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado. Si se deduce oposición fundada en posibles perjuicios a la salud moral o física de los interesados, el juez debe resolver lo que corresponda por el procedimiento más breve que prevea la ley local y establecer, en su caso, el régimen de comunicación más conveniente de acuerdo a las circunstancias.

ARTÍCULO 556.- Otros beneficiarios. Las disposiciones del artículo anterior se aplican en favor de quienes justifiquen un interés afectivo legítimo.

ARTÍCULO 557.- Medidas para asegurar el cumplimiento. El juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado del régimen de comunicación establecido por sentencia o convenio homologado medidas razonables para asegurar su eficacia.

Esta normativa es genérica y se refiere a la obligación que tiene aquél que detenta la guarda o tenencia de una persona menor de edad o con capacidad restringida, enferma o imposibilitada para que no pueda impedir el contacto de los parientes cercanos sea cosanguineos o por afinidad con la misma, así como la de cualquiera que justifique un interés afectivo legítimo.

FILIACIÓN

En un tema tan vital e importante como la filiación, el proyecto trata de regular armoniosamente las tres formas de la misma: la natural, la adoptiva y la obtenida mediante técnicas de reproducción asistida.

La vida moderna y los adelantos científicos hacen necesarios que la ley regule la mayor cantidad de aspectos posible de ésta última, a fin de evitar situaciones irregulares ajenas a lo querido por la sociedad y sobre todo el aspecto ético subyacente.

Poco es lo que se puede decir al respecto, ya que las normativas del derecho comparado son, en general, coincidentes en cuanto a la forma de presentar los requisitos necesarios para su admisión y, especialmente, para sus consecuencias.

Es en este último aspecto donde mayor número de conflictos se presentan, sobre todo, si se interrelacionan, como no puede ser de otro modo, con otras ramas del derecho, especialmente del derecho sucesorio.

DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 558.- Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.

La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este

Código.

Ninguna persona puede tener más de DOS (2) vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

La norma no solo es acorde con la tendencia moderna de no distinguir respecto a las filiaciones entre sí, sino que intenta evitar la superposición de filiaciones.

Claro está que en este último aspecto una cosa es lo que la ley declara como principio rector –"sólo dos vínculos filiales"- y otra es la realidad que surge de la preexistencia de una filiación natural con cada progenitor generante, con los cuales si bien no se generan vínculos jurídicos, son puntos referenciales necesarios en ciertos casos que pudieran presentarse conflictos.

ARTÍCULO 559.- Certificado de nacimiento. El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas sólo expedirá certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada.

Esta disposición tiende a evitar que del propio certificado se pueda extraer, por vía indirecta, la naturaleza de la filiación y evitar así cualquier discriminación que pudiera generarse desde el punto de vista social, pues, como ya hemos visto, jurídicamente son equivalentes.

REGLAS GENERALES RELATIVAS A LA FILIACIÓN POR TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

A partir del artículo siguiente con el que da comienzo el capítulo 2 cuyo título es el de mas arriba, podemos ver que existe una confusión de técnica legislativa en cuanto a la denominación genérica del mismo.

En efecto, habla de "las reglas generales" que al respecto se establecen, cuando en verdad debió referirse a los requisitos que la ley exige para su procedencia.

La diferencia no es menor: las reglas son las normas que regulan

un instituto, mientras que los requisitos son los presupuestos que hacen viable al mismo al cual luego se le aplican aquellas.

ARTÍCULO 560.- Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida. El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la mujer, o la implantación del embrión en ella.

ARTÍCULO 561.- Voluntad procreacional. Los hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos del artículo anterior, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

Aquí la ley se ve envuelta en una ficción incoherente desde el punto de vista natural pero a la cual recurre para no dejar fuera de la posibilidad a los matrimonios homosexuales.

Si bien mas adelante la ley se refiere a los hijos nacidos de un vientre de alquiler, aquí declara al producto hijo de la mujer de la cual nace, pero también del hombre o mujer que ha prestado consentimiento para la implantación.

Cabe preguntarse ¿qué pasa cuando dos hombres contratan una mujer para que les de un hijo que se anotará como de ambos?...

El artículo siguiente no lo termina de dejar aclarado, como no podría ser de otro modo.

ARTÍCULO 562.- Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el

proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial.

La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;

b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;

c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;

d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;

e) la gestante no ha aportado sus gametos;

f) la gestante no ha recibido retribución;

g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces;

h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.

Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial.

Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.

Como en toda situación ficticia surgen preguntas de respuestas difíciles.

El artículo dice en su segundo párrafo que: La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

Parecería que, con posterioridad al nacimiento del niño y previa probanza de tal extremo se necesita el consentimiento homologado por autoridad judicial.

Primera pregunta: ¿Consentimiento de quién o quienes?...

Los comitentes, sería la primera respuesta que a uno se le ocurría, pero, ¿y el gestante?... Por mas que no haya aportado los gametos lo ha desarrollado durante todo el ciclo necesario.

Segunda pregunta: ¿Y si no se presta el consentimiento?...

Tercera pregunta: Qué quiere decir que el juez debe considerar que "se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer".

Cuarta pregunta: ¿Cual es el interés superior de un niño que va a nacer?... y, ¿si son dos o mas?...

El artículo anterior (560) ha exigido que se hubiera prestado consentimiento previo, informado y libre para hacer procedente el implante, el cual deberá estar inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas lo cual obliga a una manifestación previa y a otra posterior (además de los otros requisitos exigidos) para que queden reunidos los presupuestos para que el juez analice y valore la procedencia de la homologación.

Y si luego de nacido el niño no se da el consentimiento exigido, ¿es viable que el juez resuelva lo mismo?... y, si no ¿qué sucede con el niño?... ¿con quien queda?..

Para que veamos hasta qué punto la ley genera preguntas sin respuesta. El artículo en sus párrafos finales dice:

Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial.

Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.

O sea, que entre el consentimiento "previo, informado y libre" inscripto en el Registro Civil y la homologación judicial para la cual el juez deberá haber considerado que "se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer", debe haber mediado una "autorización judicial" para que los centros autorizados puedan proceder al implante.

A poco que lo pensemos llegamos a la conclusión de que no

puede haber mas trabas burocráticas, sobre todo, porque si se carece de la autorización judicial para el implante la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.

ARTÍCULO 563.- Filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida. En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento.

No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos:

a) la persona consiente en el documento previsto en el artículo 560 o en un testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento.

b) la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso.

Consecuencia de lo previsto en esta norma, toda sucesión queda sujeta a un "período de carencia" de un año y nueve meses a partir del día del fallecimiento del autor de la sucesión, período durante el cual los derechos adquiridos se encuentran sujetos a quedar consolidados o reducidos por el nacimiento sobreviniente de un hijo del o la causante, nacido post mortem merced a técnicas de reproducción asistida.

ARTÍCULO 564.- Derecho a la información en las técnicas de reproducción asistida. La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento.

A petición de las personas nacidas a través de estas técnicas, puede:

a) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento

más breve que prevea la ley local.

b) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando hay riesgo para la salud.

ARTÍCULO 579.- Prueba genética. En las acciones de filiación se admiten toda clase de pruebas, incluidas las genéticas, que pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte.

Ante la imposibilidad de efectuar la prueba genética a alguna de las partes, los estudios se pueden realizar con material genético de los parientes por naturaleza hasta el segundo grado; debe priorizarse a los más próximos.

Si ninguna de estas alternativas es posible, el juez valora la negativa como indicio grave contrario a la posición del renuente.

Estas normas generales son las que se encuentran vigentes en las leyes actuales

ARTÍCULO 580.- Prueba genética post mortem. En caso de fallecimiento del presunto padre, la prueba puede realizarse sobre material genético de los dos progenitores naturales de éste.

Ante la negativa o imposibilidad de uno de ellos, puede autorizarse la exhumación del cadáver.

El juez puede optar entre estas posibilidades según las circunstancias del caso.

ARTÍCULO 581.- Competencia. Cuando las acciones de filiación sean ejercidas por personas menores de edad o con capacidad restringida, es competente el juez del lugar donde el actor tiene su centro de vida o el del domicilio del demandado, a elección del actor.

CONCLUSIONES

He señalado, sucintamente, las normas proyectadas en un código en que la técnica legislativa ha brillado por su ausencia pues, aunque la Comisión Redactora pusiese el mayor empeño en obtener algo nuevo, moderno y acorde con las instrucciones dadas desde el Poder Ejecutivo para lograr un nuevo código civil, lo único que se ha

logrado, al derivar la redacción de diferentes institutos en comisiones ad hoc sobre cada instituto del mismo, fue atomizar los criterios, contradictorios por momentos.

Si a ello agregamos que a su vez hubo modificaciones resultado de presiones de diferentes espectros políticos y sociales, el resultado en general y el tema que nos ocupa en particular, no pudo ser, precisamente, el mejor.

Toda ley, en cuanto tiende a llenar un vacío legislativo o mejorar la existente puede ser objeto de críticas, pero, y aquí creo yo que existe la diferencia en el caso que nos ocupa, cuando la ley nueva, sea ley especial o forme parte de un código que requiere una estructura propia como tal, en la medida que se dirija o afecte al individuo en su relación y vinculación familiar debe ser objeto de un especial y cuidadoso tratamiento.

No por ser muchos quienes son los convocados a escribir las normas por eso han de ser mas seguros sus resultados.

En el caso de la República Argentina está claro que se necesitan una o varias leyes que regulen en forma orgánica requerimientos necesarios acordes con nuestros días, pero tal necesidad no puede desencadenar una fiebre reguladora incontrolada y, lo que es peor, interesada desde el punto de vista político que no siempre coincide con el interés social.

Es de esperar que en un futuro próximo la sociedad argentina obtenga de sus legisladores la normativa que necesita para lograr una mejor distribución de la justicia en ella.

Al menos esa es mi opinión.

Dr. Héctor Roberto Goyena Copello

Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires

Doctor en Ciencias Jurídicas por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de La Plata

BIBLIOGRAFÍA:

Es muy difícil dar bibliografía sobre un tema que, al no estar legislativamente aprobado goza de diferentes versiones en los medios según el momento en que se hayan hecho los comentarios a su respecto, así como la versión tenida a la vista para hacerlos, sin perjuicio de que pudiera haber estado modificada ya para entonces.

Sin perjuicio de ello señalaré algunos trabajos que se pueden consultar.

ACTOS TRASCENDENTES PARA LA VIDA DEL HIJO EN EL PROYECTO DEL CODIGO

Mauricio Luis Mizrahi

La Ley 07/08/2013

LA PRUEBA GENETICA EN EL PROYECTO DEL CODIGO

María Victoria Famá

La Ley 25/09/2013

CAUSALES EXTRAORDINARIAS DE DISOLUCION DEL REGIMEN PATRIMONIAL EN EL MATRIMONIO

María Cristina Mourelle de Tamborenea

La Ley 18/02/2014

REGIMEN DE COMUNICACIÓN DE LOS PADRES CON LOS HIJOS

Mauricio Luis Mizrahi

La Ley 10/03/2014

DEL DERECHO DE FAMILIA A LOS DERECHOS DEL INDIVIDUO

Hugues Fulchiron

La Ley 16/04/2014

LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

Mauricio Luis Mizrahi

La Ley 18/03/2013

EL PROCEDIMIENTO DE FAMILIA EN EL PROYECTO

Angelina Ferreyra de De la Rua

La Ley 21/06/2012

EJECUCION DE SENTENCIAS EN MATERIA DE FAMILIA

Silvia V. Guahnon

La Ley 10/09/2013

LOS ALIMENTOS ENTRE CONYUGES DIVORCIADOS POR CAUSALES OBJETIVAS

Mauricio Luis Mizrahi

La Ley 31/03/2009

RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES POR EL HECHO DE LOS HIJOS EN EL PROYECTO DE CODIGO

Nora Lloveras y Sebastían Monjo

La Ley 09/10/2013

ACREDITACION DE LA APTITUD NUPCIAL SI SE HA DISUELTO O ANULADO SU MATRIMONIO EN EL EXTRANJERO

Marcos M. Córdoba y Vanesa G. De la Puente.

La Ley 14/06/2013.

LAS NORMAS DE DERECHO FAMILIAR EN EL DERECHO FRANCES

Rémy Cabrillac
(Francia)
Catedrático de la Facultad de Derecho
y Ciencias Políticas de la Universidad de Montpellier

Cuando Napoleón Bonaparte contemplaba, desde su exilio de Santa Helena, su fabuloso destino, podía decir : « mi verdadera gloria no consiste en haber ganado cuarenta batallas : Waterloo borrará el recuerdo de tantas victorias ; lo que no será borrado por nada, lo que vivirá eternamente es mi Código civil » [1].

Nuestro Código civil de 1804 ha permitido en primer lugar imponer un derecho civil único en todo el país. La Francia del Antiguo Régimen comprendía, en efecto, un derecho abundantemente fragmentado, en especial entre el derecho consuetudinario aplicable al norte, y el derecho romano, aplicable al sur del país. Esta fragmentación chocaba con la conciencia nacional que iba desarrollándose y suponía un freno para intercambios económicos.

También el Código civil ha permitido instaurar las ideas de la filosofía de la Ilustración y de nuestra revolución, más igualdad, más libertad y más fraternidad. En derecho familiar, es verdad que el Código civil realiza un progreso importante. Por ejemplo, en el derecho de las sucesiones, antes había privilegios para el hijo mayor y para los hijos en concurso con hijas. Después de 1804, todos los niños legítimos tienen la misma parte de la sucesión de sus padres [2].

En el momento de la Restauración, el rey Luis XVIII ha mantenido el Código civil, contentándose, por motivos religiosos, con suprimir, en 1816, el divorcio, que había sido instaurado por el Código. El divorcio fue consagrado en nuestro derecho en 1884.

1 De MONTHOLON, *Récit de la captivité de l'empereur Napoléon*, t. 1, p. 401.

2 MALAURIE P. et AYNES L., *Les successions, les libéralités*, Defrénois, 5 ème éd., 2012, n° 19.

El Código civil francés ha sobrevivido a todas las modificaciones del siglo XIX. Este éxito es debido a las grandes cualidades del Código civil, en cuanto al fondo como a la forma. En cuando al fondo, las ideas del Código civil, liberalismo y conservadurismo, corresponden a la mentalidad dominante de la época y están en perfecta armonía con la nueva sociedad surgida de la Revolución. En cuanto a la forma, el Código civil es claro, preciso y suscita pocas controversias para su interpretación.

Pero el Código civil correspondía, como lo hemos podido indicar, a la mentalidad y a las preocupaciones de la Francia rural de 1804. Se mostró menos adecuado para la Francia surgida de la revolución industrial, a partir de 1830 [3].

Las relaciones familiares organizadas por el Código civil consagraban la potestad absoluta del *paterfamilias* sobre su mujer y sus hijos, siendo inspirado por el esquema de la familia romana. La evolución de las costumbres, y en especial la emancipación de la mujer, no podía encajar con una dominación no compartida.

La patria potestad ha sido controlada desde finales del siglo XIX y la mujer casada ha sido parcialmente liberada de la autoridad de su marido. Pero esas reacciones legislativas no soslayan la crisis del Código civil. En efecto, son puntos de detalle y se desarrollan en su mayor parte al margen de la estructura misma del Código civil. Este desarrollo de leyes fuera del Código civil amenazado así con convertirse en un monumento de derecho muerto es llamado « descodificación », un término evocador[4].

Paralelamente, esta decadencia del Código civil ha sido propicia a la construcción de soluciones elaboradas por los tribunales. Esos tribunales se arrogan un poder jurídico abandonado, en cierto modo, por un Código anticuado. Así, desde 1880 hasta 1945, una serie de grandes decisiones de la Corte de casación han marcado

3 TERRE F. et FENOUILLET F., *La famille*, Dalloz, 8 ème éd., 2011, n° 5.

4 Cf. CABRILLAC R., *Las codificationes*, Flandes Indiano, 2009, p. 129 y s.

profundamente el derecho civil francés.

Con la Liberación en 1945, la renovación del Código civil y especialmente el derecho familiar apareció como algo indispensable, pero los trabajos no llegaron a buen término, poco apoyados por el poder político, anegado por las querellas políticas.

La renovación del Código civil ha provenido de reformas del derecho de las personas y del derecho de la familia, materia por materia, a partir de los años sesenta. El éxito de estas reformas se funda en gran parte en su incorporación a la estructura misma del Código civil. Tiene también a su unidad de inspiración, ya que han sido concebidas en lo esencial por el decano Carbonnier [5]. Así fueron reformadas, por ejemplo, el estatuto de los menores incapaces (ley del 3 de enero de 1968), los regímenes matrimoniales (leyes del 13 de julio de 1965 y del 23 de diciembre de 1985), la adopción (ley del 11 de julio de 1966), la patria potestad (ley del 4 de junio de 1970), la filiación (ley del 3 de enero de 1972), el divorcio (ley de l 11 de julio de 1975)…

El alcance de esas reformas va más allá de su propio ámbito de aplicación limitado al derecho de las personas y de la familia. Han permitido una « revolución tranquila » del derecho civil contemporáneo [6]. En efecto, estas reformas realizadas prefiguran un nuevo tipo de legislación, con varios rasgos característicos dominantes.

El primero de estos rasgos característicos es sin duda el deslinde del derecho en beneficio de otros reglas de organización social. Por ejemplo, hasta la ley del once de julio de 1975 de reforma del divorcio, el adulterio constituía una infracción penal, susceptible de una pena de multa. La nueva ley ha considerado que la sanción del adulterio debe de ser de tipo moral o religioso y non jurídico, y ha suprimido la penalización del adulterio.

El segundo rasgo característico de estas reformas reside en

5 Cf. CARBONNIER J., *Essais sur les lois*, Defrénois, 2ème éd., 1995 ; *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 1996.

6 CORNU G., *Droit civil, Introduction*, Montchrestien, 13 ème éd., 2007, n° 301.

la voluntad de proponer varios modelos legislativo. Si volvemos al ejemplo del divorcio, hasta 1975, sólo se admitía el divorcio por culpa, lo cual podía incitar a los esposos que deseaban separarse a un conflicto que hubiera podido ser evitado. Es por eso por lo que la ley de 1975 ha propuesto varios casos de divorcio : además del divorcio por culpa, existe en particular el divorcio por mutuo consentimiento, o el divorcio por aceptación del principio de la ruptura o el divorcio por alteración definitiva del vinculo matrimonial (art. 229 C.civ.).

Por fin, estas reformas atribuyen un poder moderador al juez, por el cauce de las nociones-marco. Por ejemplo, en caso de divorcio, es el « interés de los hijos » el que condiciona las consecuencias del divorcio para ellos, en especial el hecho de residir con uno u otro de los padres. Gracias al carácter general de la formulación, ese « interés de los hijos » podrá ser valorado en cada caso específico por los tribunales. Este desarrollo del poder del juez fue una importante novedad que ha permitido a algunas autores hablar de una pareja con tres personas, el marido, su mujer y el juez. Progresivamente, un único juez especializado fue cargado de todas los asuntos familiares, el juez a los asuntos familiares, que pertenece al tribunal de gran instancia, es decir la jurisdicción de derecho común de primer grado. Esa uniformización ha permitido une mejora aplicación de las normas de nuestro derecho de la familia.

Este nuevo estilo legislativo que ha contribuido también a la renovación del Código civil ha inspirado mejor o peor las « reformas de reformas » emprendidas en derecho familiar desde los años mil novecientos noventa.

Pero es necesario insistir sobre otra evolución reciente de las normas del derecho familiar francés [7]. La importancia de los derechos fundamentales en el derecho francés de la familia va cada día mas aumentando [8]. El factor lo mas importante de esa evolución es el

7 GRATALOUP S., *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, LGDJ, 1998.

8 MALAURIE P. et FULCHIRON H., *La famille*, Defrénois, 4 ème éd., 2011, n°

papel de la Convención europea de los derechos fundamentales, adoptada en el marco del Consejo de Europa en 1950. El Consejo de Europa es una organización internacional que no se debe confundir con la Unión europea. El Consejo de Europa une mas de cincuenta países de Europa. En esta organización, la Convención europea de los derechos fundamentales, firmada en 1950 y aplicada en Francia desde 1974, es muy importante. Relativamente al derecho familiar, se puede notar el articulo 8 que dice que "Toda persona tiene derecho al respecto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia". La Corte europea de los derechos fundamentales, qui tiene su sede en Estrasburgo, desarrolla una jurisprudencia que modifica todas las partes de nuestro derecho de de la familia. La importancia de la Convención europea viene en primer lugar de que puede ser acudida por una demanda de un estado o de un ciudadano. En segundo lugar, la autoridad de las decisiones de la Corte europea de los derechos fundamentales es muy importante: si dice que un país no respecta la Convención, tiene que cambiar su derecho.

También se necesita notar que después de algunos años, el derecho constitucional tiene un papel importante en nuestro derecho familiar. La Declaración de los derechos fundamentales del hombre y del ciudadano de 1789 que hace parte del bloque de constitucionalidad protege la familia en su articulo 10: "La nación asegura al individuo y a su familia las condiciones necesarias a su desarrollo".

Todos esos factores han permitido una evolución del modelo conyugal (I) y de las relaciones conyugales (II).

Evolución del modelo conyugal

El modelo conyugal se ha transformado porque el modelo del *paterfamilias* ha desaparecido (A) y el modelo único de la pareja casada ha estallido (B).

A) La desaparición del modelo del *paterfamilias*:

Durante muchos siglos, el derecho francés de la familia no era igualitaria porque la mujer tenia una posición inferior. Era una

64.

herencia del derecho romano y de su modelo del *paterfamilias*. En nuestro Antiguo derecho, es decir el derecho que se aplicaba antes de la codificación, la mujer casada no tenia derecho en la administración de sus bienes. El marido era el señor y maestro de la comunidad de los bienes. En la dirección extra-patrimonial de la familia, especialmente a propósito de los hijos, la mujer no tenia derechos: todas las decisiones importantes pertenecían al marido. Las cosas no van a cambiar mucho con la adopción del Código civil en 1804.

Las relaciones familiares organizadas por el Código civil consagraban la potestad absoluta del *paterfamilias* sobre su mujer y sus hijos. Las cosas van a cambiar progresivamente pero la desaparición del modelo del *paterfamilias* no se ha encontrado antes del fin del siglo XX.

En la dirección de la familia, una ley del 4 de junio de 1970 ha transformado la potestad del padre en la autoridad parental. La evolución de las palabras traduce una evolución del derecho : la dirección de la familia es compartida entre los dos padres y no pueden hacer lo que quieren.

Este principio fundamental es ahora inscrito en el articulo 213 de nuestro Código civil: los esposos asuran juntos la dirección moral y material de la familia. El poder pertenece a los dos, eso que implica igualdad y unión. Antes había un jefe de la familia, el marido, ahora dos, el marido y su mujer. El articulo 213 del Código civil precisa que esta dirección es finalizada : interviene en el interés de los hijos. El texto del articulo 213 dice precisamente que los dos padres subvienen a las necesidades de los hijos y preparan su porvenir.

En las relaciones patrimoniales, fue solo con la ley del 23 de diciembre de 1985 que la igualdad deviene completa, especialmente en el régimen matrimonial legal, el régimen de gananciales, que se aplica a una mayoría de las parejas casadas [9]. durante muchos años la mujer casada no era libre de ejercer una profesión y de administrar

9 CABRILLAC R., *Les régimes matrimoniaux*, Montchrestien, 8 ème éd., 2013, n° 13.

su salario. Durante todo el siglo XX algunas leyes han permitido mas independencia de la mujer pero su marido conservaba un derecho de oposición al ejercicio de una profesión por su mujer.

Desde la ley del 23 de diciembre de 1985, cada matrimonio puede ejercer una profesión y percibir sus salarios (art. 221 C.civ.). Esta ley ha consagrado un derecho fundamental por los cónyuges. Naturalmente, es la misma cosa entre los compañeros a un PACS o los concubinatos.

La desaparición del modelo del *paterfamilias* viene también de otras reglas recientes.

Una primera regla es relativa a la atribución del apellido de los hijos.

Durante muchos años, el apellido de los hijos de una pareja casada era el nombre del marido. Después de la ley del 4 de marzo de 2002, hay una igualdad total.

Para el hijo de una pareja casada o no casada, los padres pueden elegir el nombre del padre, el nombre de la madre o el nombre de los dos en el orden que prefieren (art. 311-21 C.civ.). Por ejemplo, el hijo del señor Blanc y de la señora Noir puede llamarse Blanc, Noir, Noir-Blanc o Blanc-Noir. El nombre dado al primer hijo se impone para todos los hijos de los mismos padres (art. 311-21 al. 3 C.civ.).

Pero se puede constatar en práctica que la solución anterior es mantenida: una gran mayoría de los hijos continua a tomar el nombre del padre.

Una segunda regla es relativa al domicilio.

Antes, el marido fijaba solo el domicilio de la familia. Después de una ley del 11 de julio de 1975, en una pareja casada, cada cónyuge puede fijar libremente su domicilio (art. 108 C.civ.). En una pareja no casada, esta libertad no es reconocida expresamente por la ley pero viene de la libertad contractual.

Por fin, la desaparición del modelo del *paterfamilias* puede constatarse de deberes recíprocos que la ley impone.

Por ejemplo, los esposos se deben respecto, fidelidad, socorro

y ayuda (art. 212 C.civ.). Hay una disposición similar para los compañeros vinculados por un pacto civil de solidaridad. Los compañeros se aportan una ayuda mutua y material. Las modalidades de esta ayuda son establecidas por el pacto o sino esta ayuda es proporcionada a las facultades de cada compañero (art. 515-5 ap. 1 C.civ.). Se puede notar solo dos diferencias entre el matrimonio y el PACS : para el PACS se habla de una « vida común » mientras que para el matrimonio se habla de un deber de fidelidad. También, para el PACS el deber de respecto no figura en los deberes de los compañeros.

Se puede indicar que los matrimonios tienen que contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio con sus facultades respectivas (art. 214 C.civ.). Así cada matrimonio debe participar a los gastos de la pareja: educación, alojamiento, gastos de salud por ejemplo. De una misma manera, los compañeros a un PACS se deben una ayuda material. Este ayuda es "proporcionada a sus facultades respectivas" (art. 515-4 ap. 1).

Los matrimonios son obligados solidariamente frente a los terceros por las deudas contraídas por uno de ellos para las necesidades de la vida corriente y para los gastos relativos al alojamiento común (art. 214 C.civ.). Hay una disposición vecina entre los compañeros a un pacto civil de solidaridad (art. 515-4 ap. 2). Estas disposiciones permiten un crédito mas fácil para las parejas.

Si el modelo del *paterfamilias* ha progresivamente desaparecido también el modelo conyugal único ha estallido.

B) El estallido el modelo conyugal único

Durante muchos siglos, el derecho francés de la familia *haba* impuesto un único modelo conyugal, el del matrimonio. Bajo la influencia de la Iglesia católica, solo el matrimonio fue reconocido, no el concubinato. Esta voluntad de ignorar el concubinato se ha mantenido en el Código civil adoptado en 1804. « Los concubinos se desinteresan de la ley, la ley tiene que desinteresarse de ellos ». Esta famosa palabra de Napoléon Bonaparte explica que el Código

civil de 1804 consagraba ningún articulo al concubinato. Pero, con la evolución de las costumbres, durante el siglo veinte, el fenómeno del concubinato se desarrolla y los tribunales tienen que resolver algunas preguntas importantes.

Es en este contexto que la pregunta de un estatuto legal para el concubinato heterosexual como homosexual fue hecha en los años 1980, bajo la influencia de algunos factores. El primero era la evolución de las costumbres. Los sondeos han demostrado que una mayoría de la población francesa era favorable a la admisión del concubinato homosexual. El segundo fue la importante influencia de los grupos homosexuales que querían un reconocimiento oficial, de una manera muy demostrativa, como lo muestra por ejemplo la organización de *gay pride*. El tercero fue el desarrollo del SIDA que ha puesto bajo la luz de la actualidad las lagunas de la ley antigua en las situaciones difíciles de los concubinatos. Por ejemplo cuando moriría uno, el otro no obtenía nada : ni dinero, ni el derecho de quedar en el alojamiento.

Numerosas tentativas fueron propuestas para crear un estatuto legal del concubinato. Así fue adoptada la ley del 15 de noviembre de 1999.

Esta ley ha establecido una definición del concubinato ordinario, en el articulo 515-8 del Código civil. Este articulo dice que el concubinato es "una unión de hecho, caracterizada por una vida común que presenta un carácter de estabilidad y de continuidad, entre dos personas, del mismo sexo o de sexo diferente, que viven en pareja." Esta definición constituye una ruptura con las decisiones de la Corte de casación [10] porque admite el concubinato homosexual. Pero, es el único articulo relativo al concubinato ordinario. El régimen del concubinato ordinario es todavía el puesto por la jurisprudencia.

El punto mas importante de la ley del 15 de noviembre de 1999 fue la creación del PACS, Pacto civil de solidaridad, un régimen de unión civil por todas las parejas, homosexuales como heterosexuales.

10 Cass. Civ., 11 juillet 1989, D. 1990, 582, note P. MALAURIE.

Después de la elección del nuevo presidente de la República, François Hollande, en 2012, se ha planteado delante el Parlamento la pregunta del matrimonio para las parejas homosexuales. Después debates difíciles delante el Parlamento y la opinión, fue adoptada la ley del 17 de Mayo de 2013 que abre el matrimonio para todos, es decir las parejas homosexuales como heterosexuales. Ahora, nuestro derecho reconoce tres formas de uniones : el concubinato, el pacto civil de solidaridad y el matrimonio. Cada una puede ser elegida por una pareja homosexual como heterosexual.

Más allá de la evolución del modelo conyugal, las relaciones conyugales también se han transformando.

Evolución de las relaciones conyugales

La evolución de las relaciones conyugales se caracteriza por relaciones más igualitarias en la pareja (A) y en la dirección de los niños (B).

A) Relaciones más igualitarias en la pareja (A)

La igualdad de los cónyuges se encuentra tanto entre los compañeros a un pacto civil de solidaridad como entre los matrimonios.

Una grande independencia caracteriza el régimen jurídico de los bienes de los compañeros.

El principio es que cada compañero conserva la administración, la disfrute y la libre disposición de sus bienes (art. 515-5 ap. 1 C.civ.). También, cada compañero es solo obligado a las deudas nacidas antes de la celebración del pacto (art. 515-5 ap. 1 C.civ.).

Cada compañero puede probar de toda manera su propriedad exclusiva sobre un bien. Si no es posible probar la propriedad exclusiva de un compañero sobre un bien, este bien es presumido indiviso por mitad (art. 515-5 ap. 2 C.civ.).

El compañero que detiene personalmente un bien mueble es considerado, con los terceros de buena fe, haber el poder de hacer solo un acto de administración, de disfrute y de disposición sobre este bien (art. 515-5 ap. 3 C.civ.). Esta disposición permite a los terceros de concluir contratos con un compañero sin la necesidad de

preguntar si tiene un poder sobre el bien objecto del contrato.

Este principio puede ser modificado por la voluntad de los compañeros. Pueden, en la convención inicial o en una convención posterior, elegir el régimen de la indivisión para los bienes adquiridos con posterioridad a esta convención. Esos bienes se presuman indivisos por mitad (art. 515-5-1 C.civ.).

Pero algunos bienes escapan de esta indivisión : los bienes que tienen un carácter personal, como por ejemplo los vestidos o los recuerdos de familia ; los bienes creados, los bienes adquiridos por sucesión, donación o testamento (art. 515-5-2 C.civ.).

Cada compañero es considerado como gerente de la indivisión (art. 515-5-3 ap. 1 C.civ.).

Los compañeros pueden concluir una convención para la gestión de esta indivisión. Esta convención es reputada concluida por la duración del pacto, pero a la disolución del pacto los compañeros pueden decidir que la convención de indivisión continua producir sus efectos (art. 515-5-3 C.civ.).

En el matrimonio se encuentra también una gran igualdad.

Todos los matrimonios son sumisos a un régimen matrimonial. Los que no concluyen un contrato de capitulaciones matrimoniales son regidos por el régimen legal de comunidad de gananciales. Es la situación de un 80 % de los matrimonios. Es en este régimen que la igualdad fue difícil a imponer: como lo hemos visto, durante muchos años el marido era el único maestro de la comunidad de bienes.

Ahora hay un importante principio de gestión concurrente: cada matrimonio puede cumplir los actos de administración o de disposición sobre los bienes comunes (art. 1421 C.civ.). El riesgo es una posibilidad de actos contrarios. Eso es por lo que la Corte de casación impone un deber de información entre matrimonios relativo a los actos importantes cumplidos por uno.

Además, si un acto es pasado por un esposo con un acuerdo fraudulento, este acto es no oponible a su esposo y el esposo de mala fe pude iniciar su responsabilidad (art. 1421 ap. 2 C.civ.).

Por los actos más importantes, como por ejemplo la venta de un inmueble común, se aplica el principio de gestión conjunta: los dos tienen que participar al acto (art. 1424 C.civ.). El acto sumiso a la gestión conjunta pasado por un esposo solo es nulo (art. 1427 C.civ.).

B) Relaciones más igualitarias en la dirección de los niños

La igualdad de los cónyuges es muy importante a propósito de la atribución de la autoridad parental y de las prerrogativas de la autoridad parental.

Un principio muy importante del derecho francés de hoy es la autoridad parental compartida. El artículo 372 del Código civil dice que "Los padres ejercen la autoridad parental en común".

Este principio de autoridad compartida se aplica que los padres sean casados o no. Efectivamente, ahora, la igualdad entre todos los padres, casados o no, es total en el derecho francés. Se aplica también este principio a los niños adoptados por una adopción plena (art. 358 C.civ.).

Es sobre todo con la separación de los padres que este principio de autoridad parental compartida provoca dificultades.

Actualmente, desde una ley del 4 marzo de 2002, la separación de los padres no modifica la autoridad parental compartida. Este principio se aplica tan a la separación de hecho como al divorcio. Pero, prácticamente, la autoridad parental compartida tiene que ser acondicionada. Se plantea el problema de la residencia de los hijos. Dos soluciones eran posibles en teoría.

La primera era la residencia alternada: los hijos están por turnos en la casa de su padre y en la casa de su madre. Por ejemplo, una semana en casa de su padre y después una semana en casa de su madre. Este sistema no parecía favorable al equilibrio psicológico de los hijos. Eso es por lo que la Corte de casación le había condenado en una decisión del 2 de mayo de 1984 [11].

11 Civ., 2, 2 mai 1984, *JCP* 1985.II.20142, note F. DEKEUWER; *Gaz. Pal.* 1985.1.59, note JM; *RTDCiv.* 1984.691, obs. R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI.

La segunda solución era la residencia exclusiva en casa de su padre o de su madre. El problema de este segunda solución es que aventaja demasiado la madre. Las estadísticas muestran que más de un 80% de los hijos eran confiados a su madre.

Eso explica que desde la ley del 4 de marzo de 2002 el principio es la residencia alternada (art. 373-2-9 C.civ.). Es el juez que decida de las modalidades prácticas de esta residencia alternada, si es posible de un común acuerdo con los padres. Para evitar toda dificultad práctica, el Código civil añade que toda modificación de residencia del padre o de la madre que puede influir sobre las modalidades prácticas de la residencia alternada tiene que ser indicada al otro (art. 373-2 C.civ.).

Por excepción al principio de residencia alternada, si el interés del hijo lo necesita, el juez puede confiar la autoridad parental a uno de los padres (art. 373-2-1 C.civ.). Pero el juez no puede privar el otro padre de sus vínculos con el hijo. El Código civil considera que es un principio fundamental que cada padre tiene que mantener relaciones personales con el hijo y respectar los vínculos que tiene con el otro padre (art. 373-2 ap. 2 C.civ.).

El padre que no beneficia de la residencia del hijo tiene un derecho de visita y de alojamiento que solo puede ser denegado en caso de motivos graves (art. 372-2-1 C.civ.). La jurisprudencia es muy exigente para aceptar esos motivos graves. Por ejemplo, no fueron considerados como motivos graves la prostitución de la madre o su encarcelamiento. Los motivos graves pueden ser caracterizados si el interés físico del hijo o de una manera excepcional su interés moral es amenazado. Aun en esos casos, el juez puede organizar un derecho de visita en un lugar de encuentra especial (art. 372-2-1 C.civ.).

El padre que no beneficia de la residencia de los hijos conserva las prerrogativas de la autoridad parental, prerrogativas que vamos a ver ahora.

El articulo 373-1-1 del Código civil dice que la autoridad parental es un conjunto de derechos y deberes fundamentales que tienen por

finalidad el interés del hijo. Tiene por función de proteger el hijo en su seguridad, su salud, su moralidad, para asurar su educación y permitir su desarrollo en el respecto debido a su persona. Los padres tienen que asociar el hijo según su edad y su madurez (art. 371-1 C.civ.).

El ejercicio de la autoridad parental puede provocar dificultades cuando la autoridad parental es compartida, como es el principio. En caso de desacuerdo, el juez tiene que conciliar los padres (art. 373-2-10 C.civ). Si este desacuerdo persiste, el juez toma la decisión, con la ayuda de algunos criterios propuestos por la ley (art. 373-2-11 C.civ.). Esos criterios son, por ejemplo, el uso anterior de los padres, los sentimientos exprimidos por el hijo, las informaciones recogidas durante une encuesta social.

Las misiones de la autoridad parental son cuatro.

La primera misión es la administración de los bienes del hijo menor. Cada uno de los padres representa su hijo menor para todos los actos de la vida civil, es decir por ejemplo, todos los contratos importantes. De una manera excepcional, el menor queda capaz de cumplir los actos necesarios a la vida cotidiana. Para la protección de los terceros de buena fe, la ley instaura una presunción : cada padre es reputado tener poder de cumplir los actos de administración (art. 389-4 C.civ.). Esta presunción permite al tercero de no ser obligado de comprobar el poder del padre que concluye un contrato con el en el nombre del menor.

La segunda misión de la autoridad parental es la custodia. El Código civil dice que el hijo menor no puede dejar la casa familiar (art. 373-3 C.civ.). El hijo menor tiene el mismo domicilio que sus padres. La custodia es también un deber: el abandono de hijos menores es un delicto penal (art. 227-1 C. pén.).

La tercera misión de la autoridad parental es la vigilancia. Los padres pueden vigilar las relaciones del hijo, su correspondencia, sus vínculos con el mundo exterior. La limita es el interés del hijo. Hay una otra limita: los padres no pueden impedir las relaciones del

hijo con sus abuelos, excepto si esas relaciones son contrarias al interés del hijo (art. 371-4 C.civ.). El deber de vigilancia implica la responsabilidad solidaria de los padres por los daños causados por sus hijos (art. 1384 al. 4 C.civ.).

La cuarta misión de la autoridad parental es la educación. La educación es la elección de una escuela, en Francia una escuela publica o privada, es decir católica. La educación es además la elección de una religión. Si hay un desacuerdo entre los padres son los principios generales que se aplican : el juez privilegia los usos anteriores. La educación es también un deber y los padres pueden obtener ayuda. El juez puede decidir de una mesura de asistencia educativa. El hijo, si es necesario, puede ser confiado a otra persona de la familia o a un tercero (art. 375 y s. C.civ.).

Este igualdad que hemos visto en el ámbito extra-patrimonial se encuentra también en el ámbito patrimonial.

Para concluir, podemos observar que las normas de derecho familiar en Francia tienen rasgos característicos: son vinculadas a otras reglas de vida en sociedad, como los costumbres, dan un poder importante a los jueces para adaptarlas a cada caso, son influidas por normas internacionales, promueven libertad y igualdad. Una evolución similar puede ser observada en todos los países europeos y también en todos los países de cultura occidental como por ejemplo en América latina.

Eso se explica fácilmente, la familia es un "fenómeno de civilización", como lo decía el decano Gérard Cornu [12].

12 CORNU G., Droit civil, *La famille*, Montchrestien, 9 ème éd., 2006, p. 7.

NECESIDAD DE REGLAMENTAR LA PARTICIPACIÓN DE LOS MENORES DE EDAD EN LAS CONTROVERSIAS DEL ORDEN FAMILIAR.

María del Sagrado Corazón de Jesús Corral Cabrera.
Alma Delia López Acosta
María Elena Meléndez Soto[1]
(México)

I.- INTRODUCCIÓN.

Durante los últimos años, la tendencia en materia de intervención de menores de edad en los juicios de índole familiar, había sido la de evitarla, argumentando que su involucración e inmediatez con el juzgador y las partes en el proceso, influía directamente en la estabilidad psicológica y/o emocional de los niños, niñas o adolescentes, en su caso.

Sin embargo, a partir de la reforma constitucional en Derechos Humanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, se estableció la obligación de aplicar un control de convencionalidad, lo que significa que las normas deben interpretarse de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales de Derechos Humanos, favoreciendo siempre el principio *pro personae*.

Ante este cambio de panorama, se torna obligatoria la aplicación de instrumentos internacionales que privilegien los derechos del niño (a), en lo que interesa, a participar y ser escuchado en todos los asuntos en donde se cause afectación a su esfera jurídica, a tal grado que su interés superior es la consideración principal en los procedimientos de los que forman parte, según se desprende, entre otros, del artículo 4º. de la Constitución Federal y la Convención sobre los Derechos del Niño.

1 Secretarias Proyectistas de la Primera Ponencia de la Sala Civil Colegiada del Tribunal Superior de Justicia en el Estado de Durango.

Esta nueva directriz lleva inmersa la imperiosa necesidad de contar con una infraestructura en normatividad y recursos materiales que permita promover, respetar, proteger y garantizar el ejercicio pleno del derecho de los menores de edad a ser escuchados en los procedimientos jurisdiccionales que les cause afectación, tal y como lo exige el artículo 1º. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Así pues, el presente trabajo intenta, en principio, hacer una recopilación de los instrumentos legales que consagran el derecho que nos ocupa y a la vez de los que precisan los procedimientos para lograr su efectividad; igualmente, realizar un diagnóstico del panorama que actualmente presenta nuestra codificación Civil en materia del derecho de los menores de edad a ser oídos en juicio, involucrando, por supuesto, un análisis de la realidad que al respecto se vive en los juzgados del orden Familiar del Primer Distrito Judicial con residencia en esta Ciudad, para finalmente, sustentar la necesidad de contar con un Código de familia que consagre expresamente el derecho sobre el que versa este estudio y la forma de garantizar su efectividad.

II.- MARCO LEGAL NACIONAL E INTERNACIONAL.

1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 1º., párrafos del primero al tercero, establece lo siguiente:

"En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales

de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley."

Por otra parte, el artículo 4º., párrafos sexto y séptimo, dispone:

"En todas las decisiones y actuaciones del estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios."

Con la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de 2011, se rediseñó la forma en que los órganos del sistema jurisdiccional mexicano deberán ejercer el control de constitucionalidad (artículo 1º. de la Constitución Federal), actualmente se establece que todas las autoridades del Estado mexicano tienen obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos no únicamente reconocidos en la Constitución sino también en los tratados internacionales de los que el propio Estado mexicano es parte, por lo que también se comprende el control de convencionalidad. Así, los jueces nacionales tanto federales como del orden común, están facultados para emitir pronunciamiento en respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos por la Constitución Federal y por los tratados internacionales.[2]

2 "CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD

Tan alta encomienda importa, en tratándose de derechos de menores de edad y de conformidad con el diverso numeral 4°. de la propia Constitución, *"…cumplir con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos…"*. Trasladando lo anterior al ámbito jurisdiccional, el interés superior del niño, niña o adolescente, es un principio orientador de la actividad interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica que tenga que aplicarse a un niño, niña o adolescente en un caso concreto, lo que significa que en cualquier asunto judicial en donde participe un menor de edad, la interpretación de la norma tomará en cuenta los deberes de protección de niños, niñas y adolescentes y los derechos especiales previstos en la Constitución, tratados internacionales y leyes de protección de la niñez.[3]

Es evidente pues que nuestra Carta magna privilegia los derechos de los infantes y adolescentes, de los que reconoce que no sólo se limitan a los enunciados en ese texto legal sino también a los que se contienen en los tratados de índole internacional.

2.- Convención sobre los Derechos del Niño y la Observación General número 12.

Según se menciona en el Protocolo de Actuación para quienes imparten Justicia en casos que afecten a Niñas, Niños y Adolescentes, elaborado por la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; de los tratados internacionales ratificados por el Estado Mexicano, la *Convención sobre los Derechos del Niño*, si bien, no es el único[4], sí es el instrumento específico más relevante que plantea

(REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011)" Tesis de Jurisprudencia por Contradicción 1ª./J. 18/2012 (10ª), Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, página 420, Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 1, Décima Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

3 "INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. FUNCIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL" Tesis de Jurisprudencia 1ª./J. 18/2014 (10ª.), Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, página 406, Libro 4, Marzo de 2014, Tomo I, Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

4 Las Reglas de Beijing, Las Directrices de Riad, Las Directrices sobre la

un conjunto de disposiciones generales inherentes a los derechos y obligaciones de las personas menores de 18 años, destacando, para efectos de esta ponencia, las prerrogativas que les asisten y las obligaciones que el Estado contrae en materia de justicia e intervención de esos sujetos de derecho en los procedimientos de índole jurisdiccional.

En este rubro, los artículos 9, apartados 1º y 2º y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establecen:

"ARTÍCULO 9.

Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad del participar en él y de dar a conocer sus opiniones. ...."

ARTÍCULO 12.

Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

Con tal fin, se dará al niño oportunidad de ser escuchado en

---

justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, La Declaración Universal de Derechos Humanos, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, La Declaración Americana de los Derechos y La Convención Americana sobre Derechos Humanos.

todo procedimiento judicial o administrativo que afecte el niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Este instrumento internacional consigna el derecho del menor que esté en condiciones de formarse un juicio propio a *"…expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño…"*, destacando, mas no limitando, que en caso de separación entre el menor de edad y sus padres, deberán ser escuchados todos ellos.

Impone también la obligación del Estado a darle oportunidad *"…de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo, ya sea directamente o por medio de representante o de órgano apropiado y en consonancia con las normas del procedimiento…*

No obstante la sencillez con que se plasma este derecho, en realidad el Derecho Internacional de Derechos Humanos ha desarrollado una serie de principios, reglas, declaraciones y opiniones consultivas, algunas de carácter obligatorio y otras no, que aluden al que nos ocupa y a otros derechos propios de la niñez, destacando, dentro de ellas, a la Observación General número 12 (2009) *"El derecho del niño a ser escuchado"*, emitida por el Comité de los Derechos del Niño, en el 51º periodo de sesiones del 25 de mayo al 12 de junio de 2009, Ginebra, Suiza y en donde se realiza un análisis literal y jurídico de la prerrogativa en cuestión. Ahora bien, para efectos prácticos y puesto que son el resultado de esa compilación, este trabajo se concreta, básicamente, a los Protocolos de Actuación Judicial para los casos donde se involucran menores de edad, ya que debido a su naturaleza, se traducen en una compilación de principios generales, reglas y condiciones que debe atender el juzgador a fin de lograr el pleno ejercicio del derecho de los menores a ser escuchados en los procesos en donde se afectan sus intereses y por ende, se convierten en referentes obligados para fijar la directriz a seguir por parte de la normatividad interna tendente a garantizar el ejercicio de la prerrogativa mencionada.

3.- Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para mejorar el acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad, Migrantes, Niñas, Niños, Adolescentes, Comunidades y Pueblos Indígenas.

Este instrumento, como su nombre lo indica, brinda los principios y directrices necesarias para lograr el acceso a la justicia, entre otros, de las niñas, niños y adolescentes.

Establece, en primer lugar, los principios o guías indispensables para la comprensión e interpretación de los derechos de niñas, niños y adolescentes y que deberán tomarse en cuenta en la tramitación de cualquier juicio en que participen, a saber: A) INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO; B) NO DISCRIMINACIÓN; C) EL DERECHO A OPINAR EN TODOS LOS ASUNTOS QUE LE AFECTEN Y A QUE SEAN DEBIDAMENTE TOMADAS EN CONSIDERACIÓN SUS OPINIONES; y, D) EL DERECHO A LA VIDA, SUPERVIVENCIA Y DESARROLLO.

Una vez que ahonda en cada uno de esos principios, señala una serie de consideraciones para los juzgadores derivadas de la aplicación de tales principios, para subrayar, por último, cuáles son las reglas indispensables para respetar, proteger y garantizar el derecho de los menores de edad a opinar y ser escuchados en los asuntos que les afecten, que en síntesis, se traducen en:

SER INFORMADO O INFORMADA.

Para el logro de este objetivo, el juzgador (a) debe informarles a los menores de edad, entre otros aspectos, sobre: a) su papel en el proceso, importancia de su participación y la forma en que debe llevarse a cabo; b) los mecanismos de apoyo a su disposición cuando denuncie o participe en un proceso judicial; c) medidas de protección; d) sus derechos reconocidos internacionalmente; e) existencia y funcionamiento de programas de justicia restaurativa; f) En caso de la comisión de un delito, la evolución y estado de la causa.

ASISTENCIA AL MENOR DE EDAD.

Deberá proporcionársele asistencia legal mediante la designación de un abogado; en caso de que el Tribunal no proporcione servicios especializados de salud, sociales, en psicología, etcétera, deberá canalizarse al menor con personal especializado a la instancia que se determine, incluyendo a sus familiares para que reciban asistencia de profesionales capacitados, lo que incluye servicios jurídicos, de orientación, salud, etcétera.

En caso de que el profesional especializado en infancia que brindó la atención al niño concluya que requiere de tratamiento para poder participar en el juicio, el Juez o Magistrado deberá atender las recomendaciones que se señalen, incluyendo de ser el caso, posponer la declaración de la niña, el niño o adolescente.

VERIFICACIÓN DE QUE UNA PERSONA DE APOYO ACOMPAÑA AL MENOR DE EDAD EN EL DESARROLLO DE TODAS LAS DILIGENCIAS QUE INVOLUCRA EL JUICIO.

Antes de invitar a un niño a comparecer ante los tribunales, la o el Juez o Magistrado comprobará que el niño ya está recibiendo la asistencia de una persona de apoyo, diferente a sus padres o tutor y abogado.

Si aún no se ha designado a una persona de apoyo, la autoridad jurisdiccional solicitará a la instancia apropiada el nombramiento de una persona de apoyo, a quien dará tiempo suficiente para familiarizarse con el niño y la causa, a fin de que le acompañe en todo el procedimiento y le ayude a reducir los niveles de ansiedad o estrés.

SOBRE EL TESTIMONIO DE LA NIÑA, NIÑO O ADOLESCENTE.

Se deben respetar una serie de condiciones a fin de evitar sufrimiento en el menor y logar un testimonio óptimo.

Medidas para facilitar el testimonio.

Se deben adoptar y aplicar medidas para que a los menores de edad les resulte más fácil participar en el juicio, tales como la canalización con personal especializado y permitir que personal de apoyo y familiares los acompañen en su testimonio.

Idioma e intérprete.

El lenguaje debe ser sencillo y comprensible y en caso de no conocer el idioma, proporcionar un intérprete.

Participación sin temor.

Deberá tenerse una plática previa con el niño, en el que se explicará:

La naturaleza y propósito de la diligencia.

Se le transmitirá que se encuentra en plena libertad de expresarse sin temor y se le explicará el motivo de la diligencia, la forma de su desarrollo, la función de los presentes, así como lo que deberá de hacer el niño, reiterando su libertad para hacer preguntas, hablar o guardar silencio, si lo desea.

En tratándose de materia familiar o ser víctima de delito, deberá transmitirse al menor mensajes que reconozcan su valor y credibilidad, mensajes desculpabilizantes, explicitar que la única expectativa que se espera es que exprese lo que sabe o ha vivido, anticipar posibles temores comunes y disipar cualquier temor a ser castigado por expresarse libremente.

La preparación para evitar temor en la participación del niño, deberá suceder, por lo menos, un día previo al desahogo de la diligencia y de ser imposible, antes de verificarse ésta.

La testificación.

Ningún niño será obligado a testificar contra su voluntad o sin el consentimiento de sus padres. Siempre se pedirá a éstos que

lo acompañen a menos de que sean probables autores del delito cometido en su contra; si se cuestiona custodia o patria potestad; si al niño le preocupa estar acompañado; o si el Tribunal considera que ese acompañamiento es contario a su interés superior.

Exhorto a decir verdad.

La autoridad se cerciorará de que el niño entienda que debe conducirse con verdad sin que en ningún caso se le procese por prestar falso testimonio.

Presencia de personal capacitado.

Conforme las reglas de cada procedimiento, se procurará que el niño cuente con la presencia de personal capacitado en la atención especializada a niños.

Las preguntas serán planteadas por quien tenga la facilidad de comunicarse con el niño e incluso por quien se haya ganado su confianza.

La declaración del niño deberá tomarse en un espacio privado en el que el niño no tenga contacto visual o auditivo con personas ajenas a la diligencia que practica, en tanto que las personas obligadas a estar presentes lo harán a través de medios electrónicos, sin estar en la misma habitación del menor, a menos de que éste elija una persona de su confianza para que lo acompañe, pudiendo ésta no ser su representante legal.

Requerimientos metodológicos.

La intervención del niño debe ajustarse a los siguientes requisitos:

Debe basarse en las características de desarrollo cognitivo, emocional y moral del niño;

Debe permitir su libre narrativa;

Debe contemplar una adecuada elaboración de preguntas para el esclarecimiento de lo narrado por el niño;

Contemplar el uso adecuado de materiales de apoyo para la expresión; y,

Contemplar estrategias para el manejo de la tensión, estrés del niño, así como la detección y manejo de mecanismos de defensa psicológicos.

Registro de la participación del niño.

Toda actuación infantil debe ser grabada en audio e imagen, transcribirse e integrarse al expediente.

La grabación debe guardarse en total confidencialidad.

La presencia y uso de instrumentos de grabación no deben ocultarse al niño, por el contrario, deben mostrarse y explicar el motivo de su utilización.

Valoración del dicho infantil.

La valoración deberá hacerse tomando en cuenta el grado de desarrollo del niño, sobre todo en las aparentes contradicciones; considerando los criterios de credibilidad establecidos, así como las condiciones en que se tomó la declaración y su posible afectación sobre la actuación del niño.

MEDIDAS DE PROTECCIÓN.

En tratándose de procedimientos del orden familiar: ordenar convivencia supervisada entre padres e hijos.

PRIVACIDAD

Deberá velarse porque la identidad del niño no se haga pública;

el lugar ideal para su participación lo será una oficina o espacio cerrado en donde no haya injerencias ni personas ajenas al asunto de su comparecencia, sólo la presencia de aquéllos que por ley tienen derecho a ello y siempre y cuando estén fuera de la vista del menor de edad.

MEDIDAS PARA PROTEGER LA INTIMIDAD Y EL BIENESTAR DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.

Entre otras: suprimir de las actas del juicio cualquier dato que pudiera identificar al menor; celebrar sesiones a puerta cerrada.

EVITAR EL CONTACTO CON ADULTOS QUE PUEDEN INFLUIR EN EL COMPORTAMIENTO O ESTABILIDAD EMOCIONAL DEL NIÑO.

ESPACIOS DE ESPERA Y JUZGADOS IDÓNEOS.

Garantizar un entorno adecuado para la niña, niño o adolescente que participará en una diligencia judicial supone considerar tres tipos de espacio: por donde pasará al entre o salir del juzgado; el de espera y el del desahogo de la diligencia.

Respecto al primero, es fundamental que el niño no vea ni escuche cosas que puedan causarle temor. Respecto al segundo y considerando que es en ese momento cuando puede incrementarse el temor del niño, es necesario contar con espacios que le permitan distraerse y estar con la persona de confianza asignada por el juzgador.

En cuanto al espacio en donde tendrá lugar la diligencia, se procurará que sea lo menos intimidante, que los elementos de registro sean visibles, evitar formalismos y sentarse a al mismo nivel del niño.

Separar a los niños de los adultos testigos; dar prioridad a la declaración de los menores para reducir su tiempo de espera; haya agua, asientos elevados, asistencia para niños con discapacidad,

etcétera.

TEMPORALIDAD Y DURACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN INFANTIL.

Se procurará la participación puntual del menor de edad a la hora que fue citado a efecto de que esté el menor tiempo posible en la diligencia y que ésta sea en un horario que no interfiera con las necesidades básicas del niño y que éste pueda retirarse en cuanto concluya su participación.

PERICIALES INFANTILES.

La pericial en psicología o psiquiatría de un menor de edad debe registrarse en audio e imagen para ser estudiada con posterioridad, evitando mayor involucramiento directo y personal por parte de aquellos y para que la valoración respectiva abarque el desarrollo de la misma y no únicamente su resultado; igualmente, se evitará al máximo posible la repetición de periciales y en cuanto a su valoración, se tomará en cuenta: a) los conocimientos del perito en infancia dentro de la materia de su pericia; b) si el perito conoce el expediente y antecedentes del niño; c) si aquél sostuvo una interacción previa con el menor para establecer un ambiente de confianza; d) si contempla la narrativa libre del niño; y, e) si contiene los resultados de las pruebas aplicadas y no únicamente haciendo referencia a las conclusiones obtenidas a partir de las mismas.

4.- Protocolo de Actuación para quienes imparten Justicia en casos que afecten a Niñas, Niños y Adolescentes.

Por su parte, la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación elaboró un protocolo de prácticas para el acceso a la justicia, fundadas en el respeto a los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes, con el fin de proveer a los juzgadores nacionales con

una herramienta de apoyo en la labor jurisdiccional[5], cuyo contenido es acorde al del diverso Protocolo de actuación comentado, se omite reiterar aquí su texto para no incurrir en repeticiones.

Así pues, con la legislación y herramientas para la mejor impartición de justicia aquí descritas, queda evidenciado el panorama respecto al derecho de los menores de edad a ser escuchados en los procedimientos que afectan su esfera jurídica, así como la manera idónea para lograr la efectividad de ese derecho.

III.- PANORAMA ACTUAL DE LA REGULACIÓN Y EJERCICIO DEL DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A SER ESCUCHADOS EN JUICIO.

5.- Normatividad local.

Dentro de la legislación vigente en el Estado, la Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, los Niños y Adolescentes en el Estado de Durango[6], consigna el derecho de los sujetos que tutela, a emitir su opinión y ser escuchados en todos los asuntos judiciales o administrativos que les afecten, pues en su artículo 5, fracción II, inciso e, dispone:

"Artículo 5.- De manera enunciativa, mas no limitativa, conforme a la presente Ley, las niñas, los niños y adolescentes en el Estado de

5 "PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA QUIENES IMPARTEN JUSTICIA EN CASOS QUE INVOLUCREN NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EMITIDO POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO ES VINCULANTE Y POR TANTO NO TIENE VALOR NORMATIVO PARA FUNDAR UNA DECISIÓN JURISDICCIONAOL, PERO CONSTITUYE UNA HERRAMIENTA PARA QUIENES EJERCEN DICHA FUNCIÓN." Tesis 1ª. CCLXIII/2014 (10ª.), Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, página 162, Libro 8, Julio de 2014, Tomo I, Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

6 Publicada bajo Decreto número 61, en el Periódico Oficial 41, de fecha 23 de Mayo de 2002.

Durango tienen los siguientes derechos:

…II.- A la identidad, Certeza Jurídica y Familia¨:

…e) A emitir su opinión en todos los asuntos que le afecten y a ser escuchado, tomando en cuenta su edad y madurez en todo procedimiento judicial o administrativo, ya sea directamente o por medio de representante. …"

Sin embargo, la legislación sustantiva y adjetiva Civil en vigor no consagran expresamente la obligación de la autoridad jurisdiccional a escuchar a los infantes en los asuntos que les afecten directamente. Y es que, el Código Civil, al establecer las medidas provisionales a adoptarse en caso de divorcio[7] y prevenir, dentro de ellas, que los menores de siete años quedaran al cuidado de la madre, contempla que se les escuche "si fuera conveniente" e igualmente, en tratándose del derecho de visita y convivencia decretado en forma provisional, preceptúa que el menor "podrá" ser escuchado; esto es, el legislador contempla como facultad discrecional de los juzgadores pero no como una obligación, tomar el parecer de los niños cuando por virtud de su edad, quedarán al cuidado de su madre y cuando se deba fijar la forma de ejercer su derecho a convivir con sus progenitores, ambos casos, tratándose únicamente de medidas provisionales adoptadas en un procedimiento de divorcio, pero fuera de esas hipótesis no contempla escuchar el sentir y pensar de los infantes, menos aún la forma para lograr su efectividad.

Por su parte, el Código de Procedimientos Civiles para el Estado tampoco contempla un apartado destinado a fijar la forma de garantizar y hacer efectivo el derecho de los menores de edad a ser escuchados en los asuntos que les atañan directamente; es decir, no está proscrita la prueba testimonial a cargo de infantes; en torno a ese punto, se cuenta únicamente con el artículo 973 que, al abordar la facultad de intervención oficiosa en tratándose de asuntos que afecten, entre otros, a menores, permite al juzgador requerir la presencia de los niños, niñas o adolescentes, cuando así lo estime

7 Artículo 277, fracciones VI y VIII.

necesario, en acatamiento al artículo 5 de la Ley para la Protección de las Niñas, los Niños y Adolescentes en el Estado de Durango que , como se dijo, sí consigna el derecho en estudio.

6.- Necesidad de definir el término general: "…asuntos que afectan al niño…".

Otro problema que se presenta al momento de hacer efectivo el derecho de los niños a ser escuchados, es que los instrumentos de índole internacional que consagran esa prerrogativa, previenen que debe respetarse en *"..todos los asuntos que afectan al niño…",* lo que produce incertidumbre en torno a la calificación de las controversias del orden familiar en las que debe intervenir el menor de edad y en las que no, calificación que obviamente está supeditada por la afectación que pueda causarse en la esfera jurídica del menor de edad.

Y es que, queda claro que el recibir la declaración de un infante en un procedimiento jurisdiccional, aún siguiendo los lineamientos detallados en el capítulo que antecede, importa enfrentarlo a ambientes, personas o situaciones que pueden resultarle extraños y provocarles tensión, inclusive, su propio interés podría encontrarse en colisión, cuando su intervención en el juicio, lejos de ser en su beneficio, le afecte, por ejemplo, cuando con el afán de que sea escuchado, se le obligue a emitir un punto de vista u opinión que le produzca estado de controversia con alguno o ambos de sus progenitores, cuyo resultado podría afectarle física y psicológicamente, de ahí que quienes esto suscriben, se pronuncian porque se evite la práctica desconsiderada del ejercicio del derecho en cuestión y entrevistar a los niños sólo cuando sea absolutamente indispensable hacerlo, esto es, únicamente cuando el asunto de que se trate les afecte directamente.

Se precisa lo anterior porque únicamente la Organización de las Naciones Unidas, a través de la Observación General número 12 *"El Derecho del Niño a ser escuchado",* en su inciso i, puntos del 50 al 56,

señala cuáles son las principales cuestiones que exigen escuchar al niño, las que a continuación se transcriben:

Divorcio y separación

51. En casos de separación o divorcio, los hijos de la pareja resultan inequívocamente afectados por las decisiones de los tribunales. El juez determina las cuestiones relativas a la manutención del niño, la custodia y el acceso, ya sea en un juicio o a través de mediación prescrita por el tribunal. Muchas jurisdicciones han incluido en sus leyes, respecto de la disolución de una relación, una disposición por la que el juez debe otorgar especial consideración al "interés superior del niño".

52. Por ese motivo, toda la legislación sobre separación y divorcio debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones y en los procesos de mediación. Algunas jurisdicciones, por motivos de política o de legislación, prefieren indicar una edad en que el niño es considerado capaz de expresar sus propias opiniones. Sin embargo, la Convención prevé que este asunto se determine caso por caso, ya que se refiere a la edad y la madurez, por lo que exige una evaluación individualizada de la capacidad del niño.

Separación de los padres y formas sustitutivas de cuidado

53. Cuando se adopte la decisión de apartar a un niño de su familia porque el niño es víctima de abusos o negligencia en su hogar, debe tenerse en cuenta la opinión del niño para determinar el interés superior del niño. La intervención puede iniciarse a raíz de una queja de un niño, otro familiar o un miembro de la comunidad en que se denuncie el abuso o la negligencia en la familia.

54. La experiencia del Comité es que los Estados partes no siempre tienen en cuenta el derecho del niño a ser escuchado. El Comité recomienda que los Estados partes garanticen, mediante leyes, normas y directrices de política, que se recaben y se tengan en cuenta las opiniones del niño, en particular en las decisiones relativas a su asignación a hogares de acogimiento familiar o de guarda, la

elaboración y revisión de planes de guarda y las visitas a los padres y la familia.

Adopción y kafala *del derecho islámico*

55. Cuando se haya previsto para un niño la adopción o la *kafala* del derecho islámico y finalmente vaya a ser adoptado o tutelado en régimen de *kafala*, es de vital importancia que el niño sea escuchado. Este proceso también es necesario cuando los padres adoptivos o el hogar de guarda adopten a un niño, aunque el niño y los padres adoptivos ya hayan estado viviendo juntos durante algún tiempo.

56. El artículo 21 de la Convención estipula que el interés superior del niño debe ser la consideración primordial. En las decisiones relativas a la adopción, la *kafala* u otros tipos de acogimiento, el "interés superior" del niño no puede determinarse sin tomar en consideración las opiniones del niño. El Comité insta a todos los Estados partes a que informen al niño, de ser posible, sobre los efectos de la adopción, la *kafala* u otros tipos de acogimiento y a que garanticen mediante leyes que las opiniones del niño sean escuchadas.

Entonces, el panorama descrito aunado al marco legal planteado, permite deducir que, en tratándose de procedimientos del orden familiar suscitados en el Estado y a los que se constriñe esta ponencia, el menor de edad debe ser escuchado cuando por virtud de la separación de sus padres, se deba decidir sobre su guarda, custodia y derechos de visita y convivencia[8], evitando a toda costa inmiscuirlos en la acreditación de los hechos que originan el divorcio o separación.

Deberán también escucharse cuando existan o se sospeche que aquéllos son víctima de violencia intrafamiliar y en todos los casos

8 "RÉGIMEN DE VISITAS Y CONVIVENCIAS. ANTES DE FIJARLO EL JUZGADOR DEBE LLAMAR AL MENOR PARA SER ESCUCHADO, INCLUSO DE MANERA OFICIOSA." Tesis I.5º.C. J/39 (9ª.), T.C.C., página 758, Libro IX, Junio 2012, Décima Época, Semanario Judicial de la Federación y Gaceta.

en que el juzgador deba normar correctamente su criterio sobre la situación que guardan los niños con sus progenitores, en cuyo caso, deberá realizar un juicio de ponderación del caudal probatorio y demás condiciones personales del menor, a efecto de que no se le ocasione daño alguno y decidirá lo más conveniente para su interés superior.

Diferente tratamiento requerirán las controversias en donde se discuta la pérdida de patria potestad de un menor de edad, pues no debe soslayarse que en estos casos, se está en presencia de una sanción impuesta por la ley al o los progenitores que incurren en las conductas tipificadas para tal efecto; por tanto, la opinión del menor, a juicio de las suscritas, no será indispensable para tomar la determinación de declarar o no procedente la pérdida del derecho solicitado, habida cuenta que la patria potestad es una situación que se actualiza en virtud de los hechos que presenta el caso y no en razón de las opiniones de los menores involucrados, de ahí que su presencia, requerida únicamente para este efecto, resulta innecesaria.[9]

7.- Problemática a que se enfrentan los Jueces de lo Familiar para escuchar a los menores de edad en los procedimientos donde se pueden afectar sus derechos.

Constituye un común denominador el que los Jueces de lo Familiar pertenecientes al Primer Distrito Judicial, con residencia en la Capital, den cumplimiento a la obligación impuesta por la "*Declaración de los Derechos del Niño*" respecto a escucharlos en todos los procedimientos donde puedan verse afectados sus intereses y lo hacen, precisamente, en uso del control de convencionalidad

9 "PATRIA POTESTAD. LA ACREDITACIÓN DE ALGUNA CAUSAL PARA SU PÉRDIDA NO PUEDE SER INFERIDA A PARTIR DE LA OPINIÓN DE QUIENES ESTÁN INVOLUCRADOS, INCLUSO SI SE TRATA DE MENORES DE EDAD." Tesis 1ª.CCXIII/2014 (10ª.), página 550, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Libro 6, Mayo de 2014, Tomo I, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

consignado en el artículo 1°. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disposición que en torno a ese punto prevé la Ley para la Protección de los Derechos de la Niñas, los Niños y Adolescentes en el Estado y diversos criterios jurisprudenciales emitidos por las instancias competentes del Poder Judicial de la Federación.

Sin embargo, esta práctica no está libre de obstáculos, pues en entrevistas directas con algunos de los juzgadores, coincidieron en que los problemas que surgen al pretender hacer efectiva la prerrogativa en cuestión a favor de los infantes, se reducen, generalmente, a tres puntos, a saber:

A.- Instalaciones inadecuadas.

Es un hecho irrefutable el que la participación de los niños en los procedimientos de orden judicial, se debe, generalmente, a la existencia de diferencias irreconciliables en la familia de la que forman parte, traducidas en experiencias difíciles para el menor que las vive, debido a la vulnerabilidad que caracteriza a la infancia frente a la irrupción de emociones dolorosas[10]. Ante esa realidad, coinciden las entrevistadas en concordancia a los protocolos que se han publicado en el derecho analizado, que las instalaciones que ocupan los juzgados familiares les provoca intranquilidad a los menores que rendirán su declaración, pues previo a ella, su estadía no es en un lugar ajeno al propio juzgado y consecuentemente, alternan con las partes, funcionarios judiciales y con terceros extraños lo que, al traducirse en un escenario y ambiente totalmente ajeno al menor, alteran su estabilidad emocional ya de por sí quebrantada.

B.- Falta de apoyo por parte de profesionales especializados en infancia, tanto para acompañar al menor de edad al momento de rendir su testimonio como para emitir dictámenes respectivos.

Generalmente, la entrevista con el menor de edad se lleva a

10 "PRINCIPALES CARACTERISTICAS DE LA INFANCIA Y SUS IMPLICACIONES EN UN PROCESO JURÍDICO" Protocolo de Actuación para quienes imparten Justicia en casos que afecten a Niñas, Niños y Adolescente, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Febrero 2012, pag.14

cabo entre éste, el juzgador y el representante social; sin embargo, no se cuenta con la persona que funja como apoyo del niño en la diligencia, como lo exigen los protocolos respectivos; por tanto, si en el desarrollo de la entrevista, se avistan datos de manipulación en el niño, de alienación parental, el juzgador debe acceder a sus propios recursos para obtener una información veraz sin afectar psicológicamente al niño.

Por otra parte, acorde a lo ordenado por el ordinal 977 del Código de Procedimientos Civiles, la institución especializada que auxilia a los juzgadores familiares, en el punto que se trata, lo es el Centro de Psicoterapia del área correspondiente del DIF (Desarrollo Integral Familiar) Estatal, presentando deficiencias en la rendición de dictámenes psicológicos debido, principalmente, a la carga de trabajo en esas dependencias y al poco personal con que se cuenta; y,

C.- Deficiencia en los diagnósticos.

Probablemente, debido a las causas detalladas al final del punto que antecede, los diagnósticos solicitados para efecto de apoyar a los niños en el ejercicio de su derecho a ser escuchados en juicio, presentan deficiencias; por lo general, se traducen en meras exposiciones relativas a las pruebas a aplicarse al menor pero no ahondan en los resultados de las mismas, que verdaderamente proporcionen al juzgador datos para conocer la personalidad del infante que va a declarar.

IV.- PROPUESTAS PARA INCLUIR EN EL CÓDIGO DE FAMILIA LA OBLIGACIÓN DE LOS JUZGADORES Y EL DERECHO DE LOS MENORES A SER ESCUCHADOS EN JUICIO, ASÍ COMO EL PROCEDIMIENTO PARA LOGRAR SU EFECTIVIDAD.

1.- Como corolario a lo expuesto, quienes este trabajo suscriben consideran necesario que en la parte sustantiva del Código de Familia se estipule expresamente el derecho de los menores de edad a expresar su opinión en los asuntos donde se vean sus intereses directamente

afectados, así como la correlativa obligación de los Jueces Familiares a escucharlos.

2.- Igualmente, que en ese apartado sustantivo, se enuncien las controversias en las que ineludiblemente deba tomarse el parecer del menor involucrado, pudiendo ser: guarda y custodia, derecho de convivencia y visita, y violencia intrafamiliar, cuando el menor sea la víctima; dejando claro que, fuera de las hipótesis enunciadas, esa comparecencia deberá hacerse únicamente cuando el juzgador, utilizando su libre arbitrio y vistas las circunstancias del caso, estime trascendente la participación del infante, para tomar la decisión más conveniente a su interés superior.

3.- Que en la parte adjetiva del Código de Familia, se contemple la comparecencia de las niñas, niños y adolescentes en los juicios que afectan directamente sus intereses; así mismo, se fije el procedimiento respectivo, siguiendo, en la medida de lo posible, los lineamientos precisados en los protocolos mencionados en este trabajo, instando porque exista personal especializado en materia de infancia adscrito a cada juzgado e instalaciones apropiadas para recibir a los infantes declarantes, por lo menos, una sala de espera que les proporcione un ambiente cómodo y tranquilo.

BIBLIOGRAFÍA.

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Civil del Estado de Durango.
- Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Durango.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, los Niños y Adolescentes en el Estado de Durango.
- Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para mejorar el acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad, Migrantes, Niñas, Niños, Adolescentes, Comunidades y Pueblos Indígenas.

- Protocolo de Actuación para quienes imparten Justicia en casos que afecten a Niñas, Niños y Adolescentes. *Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.*
- Observación General número 12 (2009) *"El derecho del niño a ser escuchado"*, *Comité de los Derechos del Niño, en el 51º periodo de sesiones del 25 de mayo al 12 de junio de 2009, Ginebra, Suiza*
- Jurisprudencia de Poder Judicial de la Federación.

LA NECESIDAD DE INCORPORAR EQUIPOS INTERDISCIPLINARIOS A LOS JUZGADOS FAMILIARES, COMO AUXILIARES EN LAS DECISIONES SOBRE GUARDA Y CUSTODIA

Reyna Lorena Barragán Hernández [1]
(México)

R E S U M E N

La intervención de los psicólogos en los procesos familiares, dejó de limitarse a una función de peritos privados, para dar lugar a la psicología jurídica, disciplina que reconoce la necesidad de una "colaboración inexcusable" entre el derecho y la psicología. Y es que con el auxilio de los psicólogos, se amplía la idea de justicia en la decisión definitiva del juzgador, debido a que su participación no se limitará a un puro informe técnico en el que se establezcan pautas para mejorar el desarrollo integral de los hijos menores, sino que se instituirá como un auténtico abogado del niño, porque podrá explicar su comportamiento su perspectiva, sus necesidades y lo que manifiesta o calla. De ahí, que se estime indispensable la incorporación de un equipo interdisciplinario como parte del personal de los juzgados familiares, agregado a sus actividades, que incluya psicólogos interiorizados suficientemente en el núcleo del conflicto, que les permita emitir dictámenes certeros y trabajadoras sociales que faciliten información sobre las condiciones sociales y materiales en que se desarrolla la vida del grupo familiar y den seguimiento a las medidas judiciales de custodia y convivencia de menores. Lo que eficientará la toma de decisiones sobre guarda y custodia de los hijos, no solo en cuanto a su calidad, sino también en cuanto a su efectividad y agilidad, con lo que se protegerá con mayor eficacia, el interés superior del menor.

1 Jueza Cuarta Familiar del Estado de Durango. México.

INTRODUCCIÓN

Durante dos mil trece, se tramitaron cerca de cinco mil juicios de divorcio en el Poder Judicial del Estado de Durango, dentro de los cuales, en un porcentaje aproximado del noventa y siete por ciento, el tema de los hijos menores se instituyó como central; a los que deben sumarse, las separaciones en las que sin existir vínculo matrimonial, también se discutió lo relacionado con los descendientes menores, específicamente en cuanto a su guarda y custodia .

De manera que, en cada uno de esos casos, surgió la indefectible necesidad de decidir, con cuál de los dos padres se quedarían a vivir los hijos menores. En ocasiones, los padres logran una decisión por consenso, respecto a cuál de ellos se atribuirá la guarda y custodia de los hijos, más eso no exime al juzgador al momento de aprobar el convenio de los interesados, de cerciorarse que en dicho acuerdo, se encuentran debidamente protegidos los intereses del menor.

Para asumir a cabalidad tal responsabilidad, resulta indispensable que los jueces obtengamos de forma inmediata y confiable, información sobre la dinámica familiar de los padres, su estado emocional, su capacidad económica, su tiempo disponible y demás datos, a fin de garantizar una adecuada selección del progenitor custodio, tendiente a asegurar el bienestar de los menores involucrados. Lo que debe complementarse con un seguimiento de las custodias otorgadas, para confirmar la idoneidad de la decisión.

En la actualidad, todavía en algunos estados de la república mexicana, el juez obtiene la información requerida a través de los informes derivados de visitas domiciliarias, estudios socioeconómicos, dictámenes psicológicos rendidos por especialistas pertenecientes al Sistema DIF; pero dicha institución además de que brinda ese servicio a otras instituciones, prioriza sus cargas de trabajo relacionadas con la asistencia social.

En otras entidades federativas, se cuenta con centros o departamentos que realizan los estudios socioeconómicos y psicológicos que requiere el juzgador, que si bien dependen directamente del Poder Judicial, tienen a su cargo diversas funciones y prestan sus servicios a todos los órganos jurisdiccionales de la institución, lo que les impide brindar una respuesta oportuna al juzgador que debe pronunciarse de inmediato sobre una custodia y convivencia provisional; además, aun siendo los especialistas de dichos centros, parte integrante del sistema judicial, es difícil que tengan un conocimiento pormenorizado de los conflictos familiares, al no estar adscritos a los juzgados en que se tramitan las controversias tramitan.

Por ello, se sustentará que el Juez para estar en condiciones de cumplir con su obligación legal, debe contar con el auxilio de un equipo interdisciplinario, incorporado directamente a los órganos jurisdiccionales, integrado con psicólogos y trabajadores sociales, que alleguen al juzgador información especializada de forma inmediata y certera, para otorgar y dar seguimiento a la guarda y custodia, encaminada a preservar, fomentar y mantener, ante todo, el estado emocional y psicológico de los menores, sin desatender sus necesidades materiales.

Para eso, en principio se explicará la vinculación de la guarda y custodia con la patria potestad, para luego centrar el análisis en la primera institución, que constituye el propósito de nuestra propuesta, puntualizando sus generalidades a fin de identificar la problemática que con relación a dicha figura se pretende solucionar.

LA GUARDA Y CUSTODIA COMO FUNCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

Conforme a su significado gramatical, la patria potestad proviene del latín *patria potestas,* que alude a la potestad del *pater familias.* En sentido jurídico, *"Es el conjunto de derechos que le ley concede a los*

padres sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos, en tanto que son menores y no emancipados, para facilitar el cumplimento de los deberes de sostenimiento y educación que pesan sobre ellos."[2]

En sentido similar la define CASTÁN VÁZQUEZ, pero no solo hace referencia a derechos, sino también a deberes que corresponde asumir a los padres sobre la persona y el patrimonio de sus hijos no emancipados, y añade: "*como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole."*[3]

Por su parte, la Primera Sala de nuestro Máximo Tribunal, concibe a la patria potestad como un derecho concebido y dispuesto en interés del hijo, no de los padres; que se ejerce, no como una consecuencia del matrimonio, sino como un derecho fundado en la naturaleza vinculado directamente con la procreación de los hijos; cuyo objetivo es, el de asistir, proteger y representar a los menores cuya filiación esté legalmente establecida.[4]

En el Código Civil del Estado de Durango, no se conceptualiza la institución, la cual regula en dos capítulos: uno denominado "De los efectos de la patria potestad respecto de la persona de los hijos" y otro "De los efectos de la patria potestad respecto de los bienes del hijo", en los que se instrumentan, diversos deberes y derechos que debe asumir el padre, madre, abuelos tanto paternos como maternos.

Por cuanto al primer capítulo, referente a los efectos de la

2 COLÍN y CAPITANT, Curso de Derecho Civil, tomo II, vol 1°, Madrid 1989, p.18.

3 CASTÁN VÁZQUEZ, José María. "La reforma de la patria potestad en el derecho francés". Anuario de Derecho Civil, Editorial Edersa Madrid. Año 1971, pág 974.

4 Tesis 1a.LXIV/2014 (10a.), Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, L.3, febrero de 2014, t.I, p.654, de rubro: "GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. EL ARTÍCULO 260, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE SINALOA, INTERPRETADO A LA LUZ DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES Y DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ES CONSTITUCIONAL."

patria potestad respecto de la persona de los hijos, y en particular, al interpretar los artículos 408 y 413 de dicho ordenamiento, nuestro Máximo Tribunal destaca con relación a la institución de la patria potestad dos elementos estáticos: la titularidad y la potencialidad; y uno dinámico: el ejercicio.[5]

La titularidad, la entiende como la conexión del derecho o de una facultad, con el sujeto al cual pertenece, que en la legislación estatal reside en el padre y la madre; la potencialidad, la explica como la expectativa de derecho que conservan los abuelos que no han perdido la patria potestad, sino que jurídicamente la desempeñan o dinamizan los progenitores. Y finalmente el elemento dinámico, lo relaciona con el ejercicio mismo de la patria potestad, el movimiento del derecho a custodiar, cuidar, administrar, decidir, a través de la conducción de hechos y actos necesarios para que la patria potestad se haga efectiva y produzca sus fines.[6]

Precisamente, dentro del elemento dinámico de la patria potestad, vinculado a la persona de los hijos, se encuentra la guarda y custodia, de la que derivan una serie de facultades y deberes que recaen sobre quien la ejerce. De esa manera, el concepto de patria potestad va íntimamente unido al de guarda y custodia, tanto que llegan a confundirse, pero su distinción se hace evidente al momento de su ejercicio.

Y es que, cuando los padres de los menores viven juntos, la guarda y custodia se encuentra implícita en la patria potestad que ejercen ambos progenitores de manera conjunta; pero cuando no se dan esas condiciones de convivencia normal entre los progenitores, al vivir éstos separados, la guarda y custodia se desvincula de la patria potestad, para cobrar una vida autónoma e independiente; se

5 Tesis IV.3o.C.14 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, T XVIII, noviembre de 2003, p. 998, de rubro: "PATRIA POTESTAD. SUS COMPONENTES ESTÁTICOS Y DINÁMICO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN)."

6 *Ibidem.*

aparta de la patria potestad, al atribuirse a uno de los progenitores la guarda de los hijos menores.[7]

omo XXIX, Marzo de 2009Esto es, mientras los padres tienen una vida común, en un mismo domicilio, existe una identificación entre las funciones de custodia y la patria potestad, que hace imperceptible la línea separatoria entre ambas instituciones; se confunden ambos deberes hasta el momento de la ruptura, en que se atribuye el ejercicio de la guarda y custodia al progenitor con quien vayan a vivir los hijos, a pesar de que la patria potestad no se pierde para el progenitor no custodio por tal circunstancia.[8]

Como diferencia entre patria potestad y guarda y custodia, se puede mencionar que la primera es la responsabilidad general en la toma de decisiones que afectan a los menores, mientras que la segunda tiene un contenido más inmediato de cuidado y atención de los menores, que se pone de manifiesto ante ruptura de la relación de los progenitores. Se entiende por "guarda" como una facultad "doméstica" que comprende todos aquellos aspectos derivados del quehacer diario, es decir, alimentación, cuidado inmediato, imposición de normas de disciplina, consuelo, estudio, etc; en tanto que, dentro de las funciones de patria potestad se encuentran aquellas decisiones de especial trascendencia que ocurran en la vida del menor, que deberán ser tomadas de forma conjunta por ambos progenitores, tales como orientación en los estudios, decisiones dentro del ámbito de la salud, orientación religiosa, cambios de lugar de residencia, de colegios, etc.[9]

De modo que, la guarda y custodia de los hijos menores, es una de las funciones inherentes a la patria potestad; es parte integrante de ésta, aunque cada una de ellas conserva su propia esencia;

7 Tesis I.7o.C.123C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Epoca, t. XXIX, marzo de 2009, p. 2757, de rubro.

8 Tesis I.3o.C.381C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t.XVII, enero de 2003, p.1816

9 *"Diferencias entre Patria Potestad y Guarda y Custodia",* http:/www.derechofamilia.com/artículos/ Madrid, 2009.

pues mientras que la patria potestad es irrenunciable, no sujeta a convenio o transacción entre los padres, la guarda y custodia puede por acuerdo entre ambos, otorgarse a solo uno de ellos. Es decir, la patria potestad solo se pierde por sentencia judicial ejecutoriada, mas no por voluntad de los padres, quienes no pueden decidir que solo a uno de ellos le corresponda la patria potestad; en cambio, si pueden convenir sobre cuál de ellos ejercerá la guarda y custodia sobre los hijos.[10]

Dicho de otra manera, entre la patria potestad y guarda y custodia existe una relación del todo a la parte. La primera debe concebirse como un concepto general y la segunda como un concepto especifico que aparece cuando la segunda deja de estar subsumida en la primera al presentarse situaciones distintas a la convivencia normal de los padres.[11]

II.- GENERALIDADES DE LA GUARDA Y CUSTODIA

2.1 Concepto.

Ambas palabras, "guarda" y "custodia" suelen utilizarse como sinónimos en las resoluciones judiciales, al momento de asignar el cuidado de un menor a uno de sus progenitores, cuando éstos se divorcian o se separan.

Incluso en el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, gramaticalmente ambas palabras tienen significados comunes, pues la palabra "guarda", se define como encargo de conservar o custodiar una cosa./ Defensa, conservación, cuidado o custodia.// Curatela, curadería.// Tutela.// Cumplimiento,

10 ECHEVERRÍA GUEVARA, Karen Lissette, *La Guarda y Custodia Compartida de los Hijos,* Ed. Universidad de Granada, Granada, España 2011.

11 PINTO ANDRADE, Cristóbal, "*Evolución Histórica de los Criterios para Atribución de la Guarda y Custodia de los Hijos Menores",*http:jurisprudenciaderechofamilia.com/2013/0, pag. 35.

observancia o acatamiento de leyes, ordenes y demás preceptos obligatorios; en tanto que, la palabra "custodia" significa: Cuidado. // Guarda. // Vigilancia. // Protección. // Depósito. // Diligencia. // Estado del individuo que, por orden de la policía se encuentra sometido a vigilancia. [12]

Sin embargo, la doctrina considera el término guarda como impreciso, vago e inadecuado, apropiado más bien al cuidado y conservación de cosas, como se establece en el artículo 2397 del Código Civil, al regular el contrato de depósito.[13]

Además, distingue entre guarda material y la guarda jurídica del menor; la primera se relaciona con la tenencia física de los hijos, la proximidad, inmediatez o relación directa sobre la persona del hijo (mantener al hijo en su casa, alimentarlo, prestarle cuidados corporales etc.). En cambio, la guarda jurídica, se equipara al término "custodia", que incluye el derecho de dirigir la educación de los menores, para su desarrollo intelectual, corrección y vigilancia.[14]

Otros, distinguen la custodia de la "guarda de hecho"; identificando a la primera como aquella que proviene de la ley, al derivarse de las funciones inherentes a la patria potestad; en tanto que la segunda, no se transmite por la ley ni por el Juez, sino por los mismos progenitores al conceder la guarda de sus hijos a un tercero, mediante un acuerdo que no tiene respaldo en la ley o ante el abandono de aquellos; de ahí, que el guardador de hecho, únicamente ejerza respecto al menor, una convivencia que le permite cuidarlo y propiciarle formación integral, pero sin las facultades que la ley otorga a los padres, sino derivado de un compromiso temporal, en algunas ocasiones remunerado, que se aparta de la guarda y custodia

12 OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales,* Ed Heliasta, Argentina 1989, p 339.

13 GONZÁLEZ REGUERA, Elizabeth, *Guarda y Custodia del Menor*, Congreso Internacional de Derecho Familiar, p. 184

14 RIVERO DE ARHANCET, citado por Walter Howard *"Patria Potestad. Representación y Administración legales, "Revista de la Asociación de Escribanos de Uruguay ,t 85,1999, p 289.*

parental en sentido estricto.[15]

La guarda y custodia de los hijos, se identifica con el cuidado y atención diaria que se ejerce a través de la convivencia habitual con el menor. De manera que aun cuando la custodia esté legalmente atribuida de forma exclusiva a uno de los progenitores, también el otro la tiene en ejercicio de los derechos de visita reconocidos en la ley.[16]

De esa manera, la guarda y custodia de los menores, constituyen dos conceptos que para efecto de cumplir con los derechos y obligaciones que emanan de la patria potestad, deben encontrarse indefectiblemente relacionados. Así, encontramos que la guarda y custodia es un concepto que define, con quién va a vivir el hijo cuando se produce un divorcio o una separación.[17]

Se identifica como aquella que "*comprende el conjunto de derechos-función que le corresponden al padre y/o en su caso a la madre a tener corporalmente al hijo consigo, a educarlo, a asistirlo en las enfermedades, a su corrección, a alimentarlo, vestirlo, y coadyuvar a su correcta formación moral y espiritual.*"[18]

Ese conjunto de derechos y deberes, se traducen en la función de paternidad, que se enlaza con el interés paterno con el familiar y social, dentro del que se encuentra la custodia del menor, ubicándola así en el campo social.

Respecto a tales deberes-derechos de los padres, ligados al ejercicio de la guarda y custodia sobre los hijos, nuestro ordenamiento civil sustantivo omite especificar cuáles son los derechos-deberes a cargo de los padres, derivados de la guarda y custodia de sus hijos, menos aún los define; esto se entiende en la medida en que es difícil

15 ECHEVARRÍA GUEVARA, Karen Lissette, *La Guarda y Custodia Compartida de los Hijos,* Ed Universidad de Granada, España 2011, p 52.

16 PORCEL GONZÁLEZ, Isabel, *La Guarda y Custodia Compartida de los Hijos…,* Cataluña España, 2011, *p.*10.

17 GONZÁLEZ REGUERA, Elizabeth, *Guarda y Custodia del Menor*, Congreso Internacional de Derecho Familiar, p187.

18 LÓPEZ DEL CARRIL, Julio, *Derecho de Familia,* Buenos Aires 1984, p 280.

englobar en un concepto dichos derechos-deberes, sin el riesgo de dejar fuera algunos de ellos; en todo caso, deben ser los propios padres quienes fijen su contenido y alcance en el ejercicio cotidiano de su función, reconociéndoles un ámbito de autonomía en el desempeño de su encargo.[19]

La guarda entendida como la tenencia material de los menores, se instituye como el núcleo en torno al cual se articulan las otras prerrogativas de la patria potestad, pues sin derecho a la guarda, el derecho a fijar la residencia carece de sentido, la educación escapa a los padres, y la vigilancia (control de idas y venidas, la correspondencia y sus relaciones con otros) tampoco es posible.[20]

Evidentemente, tal cercanía se exige para la operatividad de cada uno de los derechos de guarda y custodia, como la educación, vigilancia, cuidado, desarrollo, asistencia y protección de los menores; pues solo cuando el menor se encuentra habitando en el mismo domicilio de quien ejerce la patria potestad, se favorece con tal proximidad, la efectividad de esos derechos-deberes, además de fijar sus límites y la intensidad de los mismos.[21]

La obligación de los hijos de cohabitar con sus padres, constituye la prerrogativa más tangible y el medio más evidente y más indispensable para ejercer del derecho de guarda y custodia. Tiene aspectos concretos que facilitan una vigilancia y control más directos sobre la conducta o el comportamiento de los hijos. Encuentra su fundamento en la idea de protección corporal física o mental y orientación moral de los hijos.[22]

En concordancia con lo anterior, el artículo 32 del Código Civil del Estado, dispone que se reputa domicilio legal del menor de edad no emancipado, el de la persona a cuya patria potestad está sujeto y del

19 CÁRDENAS CAMACHO, Alejandro, *Alcances de la Patria Potestad y la Custodia,* Congreso Internacional de Derecho de Familia, op cit. p14.

20 *Ibidem.*

21 *Idem p.15.*

22 OCHOA E., Oscar, *Derecho Civil: Personas,* Ed. Texto, Caracas Ven. 2006, p 512.

menor que no está bajo la patria potestad y del mayor incapacitado, el de su tutor.

De acuerdo a dicho precepto, a los menores de edad les asiste el derecho de estar domiciliados en el mismo lugar que sus padres, para que a éstos su vez, se les facilite el cumplimiento del deber que tienen de decidir sobre su educación, seguridad física, psicológica y sexual, y de cumplir las responsabilidades inherentes a su bienestar.[23]

En caso de que los padres se encuentren separados, el derecho de fijar el domicilio legal de los hijos o su lugar de residencia, compete al padre o madre que ejerza la patria potestad; en el supuesto de que ambos la tengan, corresponderá determinarlo al Juez Familiar de existir desacuerdo entre los padres respecto a tal punto.

2.2 Aspectos de la Guarda y Custodia.

De acuerdo con los razonamientos expuestos, queda claro que quienes ejerzan la guarda y custodia de un menor derivado de la titularidad del derecho de patria potestad que tenga sobre él, debe cuidar de ellos, convivir con ellos, alimentarlos, dirigirlos, guiarlos, educarlos con el fin de lograr su desarrollo armónico e integral.

Se comprenden en tales derechos-deberes, aspectos materiales y personales; dentro de los primeros se ubica exclusivamente los rubros que involucran los alimentos que los menores requieren para su subsistencia física, y en los segundos todos aquellos que se refieren a cuestiones no materiales, sino vinculados a la personalidad, estado emocional, desarrollo, salud mental, cuidado y protección del niño, lo que necesariamente incluye una sana convivencia con ambos progenitores.

23 *Idem .p 522*

2.3. Modelos de Guarda y Custodia.

La custodia tiene diversas modalidades reconocidas en algunas legislaciones y la doctrina, cada una presenta sus propias particularidades que permiten a los padres ofertar un sistema de custodia que les facilite llegar a acuerdos, tomando como base el interés primordial del menor y las condiciones específicas de cada uno de los padres.

Si bien se hace referencia en el presente trabajo, únicamente a la custodia exclusiva en contraposición a la custodia compartida, existen otras modalidades o diferentes tipos de arreglos sobre custodia, que operan en la dinámica de las familias, las cuales constituyen fórmulas mixtas que responden a las distintas circunstancias, condiciones y necesidades específicas de las personas integrantes de las mismas, para cuya identificación se han empleado una variedad de términos.

En la custodia individual o exclusiva, el cuidado y convivencia de los hijos y el deber de velar por ellos se atribuye a uno de los progenitores, y al otro se le establece un régimen de vistas, sin relevarle del cumplimiento de las obligaciones que en virtud de la filiación y el parentesco se le imponen en la ley con respecto al menor. [24]

Esto es, conforme a la custodia exclusiva, el menor habita con uno de los padres, a quien se le otorga el cuidado directo que dicha convivencia exige. Este tipo de custodia puede recaer tanto en la madre como en el padre, aunque en la legislación existe una tendencia de concederla a la madre, sobre todo cuando se trata de hijos de corta edad.[25]

24 PÉREZ CONTRERAS, María Montserrat, "*Reflexiones en torno a la Custodia de los Hijos. La Custodia Compartida y las Reformas de 2004"* UNAM, 2011.

25 Tesis 1ª.LXV/2014, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima Época, visible en el Semanario Judicial de la Federación, Libro 3, febrero de 2014, p. 659, de rubro:Libro 3, Febrero de 2014, Tomo I GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. LA DECISIÓN JUDICIAL RELATIVA A SU OTORGAMIENTO DEBERÁ ATENDER A AQUEL ESCENARIO QUE RESULTE MÁS BENÉFICO PARA EL MENOR (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 260, DEL

Esta es la opción más ofertada, en que un progenitor vive con los hijos, gozando el otro, denominado progenitor no custodio, de un régimen de visitas o comunicación; en muchos casos, simplemente los padres no se han planteado otra posibilidad; o bien, porque dicho sistema no ofrece dudas al Juez o el proponer otro tipo de custodia es realmente imposible. No obstante, que con esta modalidad de custodia, se transmite la sensación de que uno de los padres gana y se queda con los hijos y el otro que pierde, se limita a pasar una pensión, y a verlos de cuando en cuando.[26]

En ese sistema de atribución exclusiva, el Juez debe preferir al progenitor más idóneo para ejercer la custodia, ya que cuando se rompe la convivencia entre los progenitores, la guarda se convierte en la función de la que depende el ejercicio de las otras facultades y deberes que se desprenden de la patria potestad, para lo cual el juzgador debe valorar la situación familiar en su conjunto.[27]

El progenitor designado para ejercer la custodia exclusiva, debe proporcionar a los hijos la asistencia y cuidados que requieran en su vida diaria, debe tomar decisiones en educación, salud, práctica religiosa, entre otros, ubicándolo en una posición de preferencia sobre el progenitor no custodio, al que legalmente solo se le reconoce el derecho a relacionarse con sus hijos menores, mediante los regímenes de convivencia, los que algunas veces son tan amplios, que en realidad es lo mismo que hablar de custodia conjunta o compartida, en los que a su vez, también opera entre cada periodo de cada padre, un régimen de visitas, salvo que los periodos de alternancia sean muy reducidos.[28]

En tanto que, en la custodia compartida o alternada, se reparte

CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE SINALOA)

26 Consejera de Justicia Monserrat Tura, citada por PORCEL GONZÁLEZ, Isabel, *La Guarda y Custodia Compartida de los Hijos...*,Cataluña España, 2011, *p.12.*

27 GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "*La Custodia Compartida Alternativa",* Indret Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona 2008, p.6.

28 *Idem* 9.

la convivencia del menor entre ambos progenitores, durante los periodos de tiempo que se hayan estipulado, teniendo estos una duración similar, presuponiendo que la patria potestad corresponde a ambos progenitores. Este régimen puede establecerse porque lo acuerden las partes o porque lo decida el Juez.[29]

Así, se identifica a la custodia compartida o alternada, como el sistema familiar posterior a la disolución matrimonial o de pareja, que basado en el principio de corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de los hijos, pudiendo en lo que a residencia se refiere, vivir cada uno de ellos con los menores, durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados.[30]

Las condiciones requeridas para una exitosa custodia compartida son: muy bajo nivel de conflicto entre los progenitores; buena comunicación y cooperación entre ellos; residencias cercanas o geográficamente compatibles, con puntos de referencia tales como colegio, amistades, actividades extraescolares, a fin de evitar alterar su entorno lo menos posible; rasgos de personalidad y carácter de los hijos y los padres compatibles, estilos educativos de los progenitores similares o compatibles; edad de los menores y número de hermanos que permitan su adaptación; cumplimiento por los progenitores de las obligaciones económicas; respeto mutuo por ambos progenitores; que no haya excesiva judicialización de la separación; existencia de un vínculo afectivo de los niños con ambos padre y que acepten este tipo de custodia y que los dos progenitores estén de acuerdo con la alternativa de custodia compartida.[31]

La custodia compartida no es una alternativa para todos los casos, el juez valorará en cada situación particular, los inconvenientes

29 PORCEL GONZÁLEZ, Isabel, *La Guarda y Custodia Compartida de los Hijos…,* Op Cit *p.15.*

30 LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia Compartida de los Hijos,* Op. Cit. 286.

31 GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "*La Custodia Compartida Alternativa" Op. Cit. p.* 21 en referencia sentencia SAP Alicante (Sección 6ª) .

partiendo de las consecuencias que generen para los menores hijos. Por eso es importante sopesar las ventajas y desventajas que se señalan para este tipo de custodia, previo a determinar quiénes pueden ser buenos candidatos a este tipo de medida.

2.4 Criterios Legales para Otorgar la Guarda y Custodia.

El juzgador al momento de decidir sobre a cuál de los progenitores asignará la guarda y custodia, debe valorar diversas circunstancias a fin de determinar cuál es el ambiente más propicio para el desarrollo integral de la personalidad del menor, con ese propósito, deberá averiguar no sólo lo que le resulta más beneficioso a corto plazo, sino en el futuro.

Al efecto, será importante analizar los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en la familia, indagando lo mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, considerando las necesidades de atención, de cariño, de alimentación, de educación y ayuda escolar, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo, las pautas de conducta de su entorno y sus progenitores, el buen ambiente social y familiar que pueden ofrecerles, sus afectos y relaciones con ellos, en especial si existe un rechazo o por el contrario identificación respecto de alguno, entre muchos otros elementos que se presenten en cada caso concreto.[32]

Con ello, se trata de ponderar todas las situaciones fácticas en que se encuentran inmersos de los menores, al momento de resolver sobre su guarda y custodia, para buscar su bienestar; de esa forma, se instituye el interés superior de los niños como el principal criterio

32 Tesis 1a.XCVIII/2012 (10ª.), Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro VIII, mayo de 2012, t. 1, página 1097, de rubro: "GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. ELEMENTOS A LOS QUE HA DE ATENDER EL JUEZ AL MOMENTO DE MOTIVAR SU DECISIÓN.".

orientador de cualquier decisión sobre su guarda y custodia, pues cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad, están pensados y orientados en beneficio de los hijos.

Es un hecho, que para estar en condiciones de conocer que es lo mejor para los menores, se les debe otorgar participación y oportunidad de externar sus opiniones, como otro criterio rector en la toma de las decisiones que involucran sus derechos. Como igualmente se debe procurar la no separación de hermanos, la disponibilidad de padre custodio para aceptar y respetar el régimen de visitas del niño con el otro progenitor y especialmente, debe procurarse que sean los propios padres quienes oferten el sistema de custodia, dejando la decisión judicial como última opción.

Es conveniente resaltar, con relación al derecho del niño a ser escuchado en todo procedimiento judicial que lo afecte, previsto en el párrafo 2 del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que se instituye como uno de los valores fundamentales de la Convención, el cual implica a su vez, su derecho correlativo de ser informado de su derecho y de las consecuencias de esa opinión, para que pueda expresarla de manera libre, responsable e informada.

Y tratándose de las decisiones de guarda y custodia, tal derecho se centra en la posibilidad de elegir con cuál de sus dos padres quiere vivir, y si quiere convivir con el otro progenitor según corresponda, con la sola limitante de que deberá atenderse siempre a su interés superior.

Por tal motivo, se exige para valorar la declaración de menores, que no esté motivada por el odio o el resentimiento hacia una situación que esté viviendo; además, se deben apreciar las condiciones personales del menor, ya que es frecuente en los niños una capacidad de fabulación superior a la normal, o que no entiendan el concepto de los hechos sobre los que están declarando; así como la verosimilitud de la declaración, la cual es importante se corrobore con situaciones inmediatas objetivas.[33]

33 *Ibidem*

Para ello, se estima indispensable contar con el apoyo de especialistas en psicología, que deberán estar presentes en la comparecencia del menor, por la capacidad que tienen de empatizar con él, de tal manera que puede entablar una relación menos estresante, generando en el menor una actitud de colaboración, que le permita al especialista verificar que su preferencia no se inclina hacia el padre que le ofrezca menores restricciones y exigencias de convivencia o que acepte vivir con el padre más permisivo y menos controlador de sus actividades.[34]

Además, tratándose de menores de cinco años, es conveniente escuchar su parecer a través de juegos dadas sus posibles limitaciones para expresar su opinión mediante un lenguaje verbal; lo que únicamente puede desarrollarse por un experto, al carecer el juzgador de esos conocimientos técnicos.

III. PROBLEMÁTICA ACTUAL EN LA TOMA DE DECISIONES DE GUARDA Y CUSTODIA.

Es claro, que cuando una autoridad judicial resuelve sobre el ejercicio de la guarda y custodia es menester demostrar plenamente que la relación del menor con alguno de sus padres, es benéfica y segura para su sano desarrollo físico, mental y emocional, y que por consiguiente, no daña ni pone en riesgo el interés superior del menor, el cual como se dijo, constituye el límite y punto de referencia último de la institución de la guarda y custodia, así como de su propia operatividad y eficacia.

Para ello, se debe atender no sólo al menor perjuicio que se le pueda causar a los hijos menores, sino al mayor beneficio que se le pueda generar a los mismos; lo que únicamente puede obtenerse al escuchar el parecer del menor y especialmente, través de pruebas

34 Tesis i.5o. C144C, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t XXXIII, febrero de 2011, p. 2332, de rubro: "GUARDA Y CUSTODIA. ESCUCHAR AL MENOR EN JUICIO, NO ES UN FACTOR DETERMINANTE AL MOMENTO DE RESOLVER."

técnicas o científicas que deben allegarse a la controversia de manera oficiosa por el Juez Familiar, quien se encuentra obligado a recabar los medios probatorios que revelen o pongan en evidencia todas las circunstancias que le permitan conocer y decidir jurídica y objetivamente lo más benéfico para el menor o menores hijos de las partes contendientes en relación con su guarda y custodia.

Dentro de tales pruebas técnicas o científicas, se encuentra la opinión de expertos en materia de psicología y la investigación de trabajadores sociales, respecto de ambos padres y, por lo que hace al menor, en materia de psicología; especialistas a quienes se debe inquirir de modo claro, directo y concreto, sobre los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales, para que con base en esas opiniones autorizadas, en confrontación con las demás pruebas aportadas, el referido juzgador pueda decidir de una manera fundada y motivada cuál de los padres debe ejercer tal guarda y custodia, sin incurrir en un trato discriminatorio.

En la actualidad, el Juez Familiar en el Estado de Durango, se apoya en el Sistema de Desarrollo Integral para la Familia (DIF) para la obtención de las opiniones de especialistas en materia de psicología y trabajo social, que se supone, le permitirán emitir su decisión en los términos apuntados.

Sin embargo, conforme al artículo 3 de la Ley de Asistencia Social del Estado de Durango, el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, es rector de la asistencia social y coordinador de las acciones que al respecto lleven a cabo los diversos niveles de gobierno, y las instituciones públicas, sociales y privadas involucradas.

No es difícil advertir que la emisión de valoraciones psicológicas y la investigación de trabajadores sociales, a través de visitas domiciliarias, ordenadas en las controversias de custodia, no constituye uno de los objetivos prioritarios del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia en el Estado, ni siquiera se encuentra incluido dentro de las funciones que se establecen expresamente por la mencionada ley. Aunado al hecho de que dicha institución no solo

auxilia al Poder Judicial del Estado en esa tarea, sino que también la desarrolla para otras instituciones.

Esa carga de trabajo que pesa sobre el Sistema DIF, se refleja en dos aspectos: el primero, en la dilación con que se emiten las opiniones de los especialistas, y segundo, en que tales resultados, muchas veces no aportan la información necesaria para conocer la condición psicológica de los progenitores, ni sus aptitudes para ejercer la paternidad, que sirvan para tomar decisión respecto a cuál debe ejercer la custodia.

Tal situación trasciende por un lado, en un retraso en el pronunciamiento de las decisiones judiciales, tanto provisionales como definitivas, con el consiguiente detrimento en los derechos de los menores, al postergarse la solución de los conflictos en los que se encuentran involucrados sus intereses, con el consiguiente riego en su salud física o emocional; y por otro, en la falta de sustento y motivación de las resoluciones que determinan con cuál progenitor van a vivir y con cuál a convivir los hijos, al no comprenderse en los dictámenes los datos indispensables para optar por la elección más apegada a su interés superior.

Es verdad, que en otras entidades federativas, se cuenta con aéreas adscritas al Poder Judicial que coadyuvan tanto en la emisión de las valoraciones psicológicas, como de los estudios socioeconómicos, pero éstas no constituyen sus únicas funciones, sino que adicionalmente se encargan de la tutela de menores, de intervenir en las convivencias asistidas, entre otras tareas. Y aun cuando proporcionan sus servicios exclusivamente a los órganos jurisdiccionales de los Poderes Judiciales, lo cierto es, que al no estar adscritos los especialistas directamente a los juzgados, no se interiorizan en la problemática de los conflictos familiares que se someten a su dictamen.

De ahí, que sea recomendable la presencia de psicólogos y trabajadores sociales como parte del personal de los juzgados familiares, incorporados a sus actividades, para que de esa manera

los especialistas tengan un conocimiento integral de los conflictos familiares, que les permitan elaborar diagnósticos certeros que aseguren el bienestar de los menores involucrados; además de que agilizarían la toma de decisiones provisionales y definitivas acerca de su guarda y custodia, puesto que su carga de trabajo se limitaría al órgano jurisdiccional al que se encuentran adscritos.

A lo anterior, debe sumarse el que con la incorporación de los especialistas a los órganos jurisdiccionales, se manejarán mejor las comparecencias de los menores, así como las etapas de crisis que están inmersas en la mayoría de las actuaciones familiares, sufridas por los actores involucrados en el proceso litigioso, incluso se podrían prevenir o en su caso propiciar las condiciones idóneas para que una audiencia o el proceso en general, sea menos intimidante para los contendientes.

CONCLUSIONES

Hasta hace algunos años, la cooperación de los psicólogos con los jueces familiares, se limitaba a su función como peritos privados, siempre que a criterio de los juzgadores, se estimara necesaria su intervención; ahora en cambio, se habla de la psicología jurídica, como una disciplina que reconoce la necesidad de una "colaboración inexcusable" entre el derecho y la psicología.[35]

No se tiene duda, de que todo divorcio o separación, exige un replanteamiento de los derechos y responsabilidades de los padres respecto de los hijos; aunado a que los progenitores intervienen en el proceso bajo altos niveles de estrés, resistencia y ansiedad, y los menores se encuentren sometidos a una gran presión que aumenta si se intercambian entre ellos acusaciones de abusos, descuidos o de violencia familiar.

En ello, la psicología puede contribuir significativamente,

35 OVEJERO BERNAL, Anastacio, Fundamentos de Psicología Jurídica e Investigación Criminal, Ediciones Universidad de Salamanca (España), 2009.

no solo proporcionando una fuente adicional de información y un punto de vista que nunca podría ser evaluado por el juez, sobre el interés superior del menor, sino que se amplía la idea de justicia en la decisión definitiva del juzgador.

Y es que, el psicólogo incorporado al Juzgado Familiar, favorecerá el ejercicio de una "justicia psicológica", más que una "psicología jurídica", debido a que su participación no se limitará a un puro informe técnico, contestando a una duda y sin más capacidad de gestión en el proceso,[36] sino que se instituirá, como un auténtico abogado del niño, porque podrá explicar su comportamiento su perspectiva, sus necesidades y deseos y presentar dentro del contexto el significado de los puntos de vista que el niño manifiesta o calla.[37]

Esto, únicamente puede conseguirse con el trabajo de un equipo interdisciplinario, que gire alrededor del juzgador para la toma las decisiones; que incluya, además del psicólogo, el apoyo de trabajadoras sociales que faciliten información sobre las condiciones sociales y materiales en que se desarrolla la vida del grupo familiar y den seguimiento a las medidas judiciales de custodia y convivencia de menores.

Pues los conocimientos de un psicólogo interiorizado en el núcleo del conflicto, ofrecerá al juez, dictámenes psicológicos certeros vinculados con la toma de decisiones acerca del modo en que deben establecerse las relaciones entre padres e hijos, atendiendo a aspectos no estrictamente legales, sino a sus implicaciones afectivas y conductuales. Además, eso le servirá para sugerir al juzgador y a las partes, los sistemas de relación que deben adoptar ambos padres para proporcionar a sus hijos un desarrollo armónico, a fin de evitar,

36 Ibáñez, V. J., "La función del psicólogo en los Juzgados de Familia", Papeles del Colegio, Vol. III, número 16/17, España, noviembre 1 984.

37 Hayden, B. C., "En el mejor interés del niño: El Psicólogo como exporto en problemas de la infancia y como abogado de la misma", ponencia presentada a la Conferencia Internacional de Psicología y Derecho, en Anuario de Psicología Jurídica, número 9, Barcelona, 1982.

en la medida de los posible, que los menores se vean afectados por las desavenencias entre los padres, así como el deterioro de la imagen de cada uno de ellos, ante sus hijos, y todo impedimento, por parte de cualquiera de los padres, para permitir el acceso de los hijos al otro. omo XVII, Enero de 2003

BIBLIOGRAFÍA

- CÁRDENAS CAMACHO, Alejandro, *Alcances de la Patria Potestad y la Custodia,* Congreso Internacional de Derecho de Familia.
- CASTÁN VÁZQUEZ, José María. "La reforma de la patria potestad en el derecho francés". Anuario de Derecho Civil, Editorial Edersa Madrid, 1971.
- COLÍN y CAPITANT, *Curso de Derecho Civil*, tomo II, vol 1º, Madrid 1989.
- Consejera de Justicia Monserrat Tura, citada por PORCEL GONZÁLEZ, Isabel, *La Guarda y Custodia Compartida de los Hijos,* Cataluña España, 2011.
- *"Diferencias entre Patria Potestad y Guarda y Custodia",* http:/www.derechofamilia.com/artículos/ Madrid, 2009.
- ECHEVERRÍA GUEVARA, Karen Lissette, *La Guarda y Custodia Compartida de los Hijos,* Ed. Universidad de Granada, Granada, España 2011.
- GONZÁLEZ REGUERA, Elizabeth, *Guarda y Custodia del Menor*, Congreso Internacional de Derecho Familiar.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "*La Custodia Compartida Alternativa",* Indret Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona 2008.
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia Compartida de los Hijos,* Edit. La Ley, España, 2008.
- LÓPEZ DEL CARRIL, Julio, *Derecho de Familia,* Buenos Aires 1984.

- OCHOA E., Oscar, *Derecho Civil: Personas,* Ed. Texto, Caracas Ven. 2006.
- OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales,* Ed Heliasta, Argentina 1989.
- PÉREZ CONTRERAS, María Montserrat, "*Reflexiones en torno a la Custodia de los Hijos. La Custodia Compartida y las Reformas de 2004"* UNAM, 2011.
- PINTO ANDRADE, Cristóbal, "*Evolución Histórica de los Criterios para Atribución de la Guarda y Custodia de los Hijos Menores",* http:jurisprudenciaderechofamilia.com/2013/0.
- PORCEL GONZÁLEZ, Isabel, *La Guarda y Custodia Compartida de los Hijos,* Cataluña España, 2011.
- RIVERO DE ARHANCET, citado por Walter Howard *"Patria Potestad. Representación y Administración legales, "Revista de la Asociación de Escribanos de Uruguay, t 85,1999.*
- LEGISLACIÓN y JURISPRUDENCIA.