PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO DE FAMILIA

Por : Jorge Parra Benítez

Abogado Universidad Pontificia Bolivariana
Profesor Introducción al Derecho U.P.B.

I. PARTE GENERAL: DETERMINACIÓN DE LA MATERIA A TRATAR.

1.1. Definiciones

Llámase DERECHO DE FAMILIA al conjunto de disposiciones legales que regulan la familia. O sea que es la rama del derecho civil que tiene por objeto material las instituciones familiares de todo orden: la filiación, el matrimonio, la protección del grupo familiar y de quienes lo componen, son sus grandes centros de atención, entendidos como géneros cuyos desarrollos específicos nutren de contenido el campo de acción de este ordenamiento jurídico.

Indudablemente, el objeto de las normas sobre el derecho de familia está constituido, primeramente, por el matrimonio, comprendiéndose en él varios aspectos. En segundo lugar, la filiación como tal. También hacen parte del derecho de familia, en general, los derechos y obligaciones propios del matrimonio y de la filiación, así como todo el conjunto normativo del derecho de menores, que abarca tanto la legislación específica, sustantiva, como las regulaciones particulares adjetivas sin las cuales serían ilusorios los derechos subjetivos de los menores de edad.

Aunque a la luz de la legislación vigente, es válido afirmar que el derecho de menores tiene autonomía, filosóficamente conserva su unidad con el derecho de familia, más hoy con el nuevo orden constitucional.

Como apenas es obvio, el objeto del derecho de familia es la familia. Esta observación, bastante amplia por cierto pero no menos importante, permite comprender que las normas jurídicas sobre la materia y su aplicación efectiva, deben estar guiadas por una clara línea de practicidad; tienen que ajustarse como las que más, a la realidad. Esta, primero, es la realidad corriente, del mundo actual; y, segundo, la del medio, que considere las personas que son destinatarias de los preceptos como ellas son y no bajo modelos que nada aportan para la eficacia del derecho.

El derecho de familia ha sido definido por BONNECASSE como

> «conjunto de reglas de derecho, de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia».

Para Gómez Piedrahíta, es

> «...el conjunto de normas expedidas por el Estado, que regulan en su integridad los aspectos personales y patrimoniales resultantes del vínculo familiar, así como sus efectos legales en relación con terceros».

Lato sensu, la familia es el «conjunto de personas que se hallan vinculadas por el matrimonio, por la filiación o por la adopción». Es decir: los elementos constitutivos o fuentes de la familia son el matrimonio, la filiación y la adopción. Mas, como quiera que la adopción es un tipo de filiación, aquellos elementos redúcense a dos.

Familia viene de famulia, famulus, famel, que en definitiva es siervo. Ulpiano, en el Digesto, señalaba que la familia la formaban las personas que por la naturaleza o por derecho estaban sujetas a la potestad de uno.

Los romanos tenían varias acepciones de la palabra familia:

1) Reunión de personas bajo la potestad de un jefe, llamado pater-familias. Aquí la familia aparecía compuesta por el padre (el jefe), la madre, los hijos y los esclavos. La autoridad se reservaba al jefe y éste podía inclusive vender o matar a su hijo. También esto se dio en Grecia. Se ha visto en la familia, así, un factor político;

2) Personas unidas por el vínculo civil de la agnación, que podía ser descendencia paterna o la adopción;

3) Igualmente, designaba la cognatio o parentesco natural entre las personas que descendían unas de otras o de un autor común. Incluía la affinitas o afinidad;

4) De manera restringida, significaba el domus, o personas bajo un mismo techo;

5) Y, además, llamábase familia al patrimonio de un romano. Este sentido comprende un factor económico.

La familia antigua se conformó bajo el principio constitutivo de la religión. Basta revisar la historia para encontrar que en cada casa había un altar, alrededor del cual se reunía el grupo familiar, siendo además relevante su culto a los muertos y a los sepulcros como última morada de familia.

Según los tipos de filiación, los tratadistas suelen hablar de familia legítima, natural o meramente civil. Pero, de acuerdo con el tratamiento legislativo, actual, esta clasificación puede decirse que tiende a desaparecer. En cambio, se habla de familia nuclear y de familia extensa.

Varias son las funciones de la familia. Entre las principales están la de satisfacer las necesidades de sus miembros (afecto, comunicación, supervivencia, atención, socialización, seguridad económica, etc.) y la de protegerlos, puesto que como dicen los Mazeaud,

«No solamente constituye la familia para los cónyuges y los hijos, una escuela de abnegación y de mutua ayuda, la única capaz de refrenar el egoísmo, sino que la familia es la que asegura la protección del individuo; ¿qué será de la madre y del hijo abandonado por el padre? La familia es la que permite que las relaciones entre el hombre y la mujer constituyan otra cosa que libertinaje, luchas sin cuartel y esclavitud de la mujer. Por último, la familia es la que puede defender al individuo contra el Estado; si la familia no existe, el Estado la substituye; él es el que recoge a los niños, los cría y los educa; ya se sabe cómo son conducidos los pueblos que pretenden entregar así el niño al Estado».

No existe una definición legal de la familia. No obstante, hay en el ordenamiento positivo disposiciones que la describen, para efectos particulares. Por ejemplo, el inciso 3o. del art. 874 del Código Civil colombiano expone que

> «La familia comprende la mujer y los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución».

Agregan los incisos 4o. y 5o. del referido artículo que

> «Comprende, asimismo, el número de sirvientes necesarios para la familia».
>
> «Comprende, además, las personas que a la misma fecha vivan con el habitador o usuario, y a costa de estos; y las personas a quienes estos deben alimentos».

Estas nociones se ubican, prácticamente, en la primera de las anotadas acepciones romanas, así como en la cuarta.

También el art.4o. de la ley 70 de 1931, que trata de la composición de la familia, al instituir que «El patrimonio de familia puede constituirse a favor:

> «a) De una familia compuesta de marido y mujer y sus hijos menores de edad;
>
> «b) De una familia compuesta únicamente de marido y mujer...».

Y el art. 51, inciso 2o. del decreto 2388 de 1979, reza:

> «Se entiende por familia el grupo de personas unidas por vínculo de sangre, de afinidad o de parentesco civil».

El artículo 8o. del decreto 572 de 1984, consagra otra definición.

Sobre la naturaleza jurídica de la familia, conviene recordar que en Italia se sostuvo que era una persona jurídica y en Francia que era una persona moral. Empero, no puede ser persona jurídica, porque carece de capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones y de un órgano de dirección y de representación.

Otra teoría presenta la familia como «organismo jurídico» (ANTONIO CICU):

> «Es un organismo jurídico, porque entre los miembros de la familia no hay derechos individuales sino vínculos recíprocos de interdependencia entre los sujetos y subordinación de todos ellos a un fin superior con asignación de funciones que son ejercidas por aquellos de sus miembros a quienes la ley se las confiere».

Ruggiero dice que es un organismo social, fundado en la naturaleza y en las necesidades naturales, tales como la unión sexual, la procreación, el amor, la asistencia; pero, aclara:

> «...no se halla organizada patrimonialmente, pues no es una persona jurídica a la que corresponda un patrimonio propio que no pertenezca a los individuos, sino al ente colectivo; ni aun siendo, como es un organismo unitario, en muchos de sus aspectos tiene un patrimonio común destinado a fines superiores».

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

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de las Naciones Unidas, en su art. 16, inc. 3o. expresa que

> «la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado».

Y los artículos 5o. y 42 de la Constitución Colombiana de 1991, la ven como « institución básica de la sociedad « o « núcleo fundamental « de ésta. La Carta, sin duda, se aproximó bastante a las tesis antes comentadas.

1.2. Formación de la familia en Colombia.

A tenor del artículo 42, inciso primero, de la Constitución, « La familia .... Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla».

En este punto dijo la ponencia en la Asamblea Constituyente:

> «Las familias unidas por vínculos naturales o jurídicos han sido reglamentadas durante toda nuestra vida civil.
>
> Interpretando una necesidad nacional debe reflejarse en la Constitución la realidad en que vive hoy más de la cuarta parte de nuestra población. Se deben complementar las normas legales vigentes sobre

«uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes".

Debido a cambios de mentalidad, a problemas en la primera unión y al acomodamiento económico y social de las gentes, se ve cómo desde 1900 tiene un incremento sostenido la unión libre. En la generación de la primera década de ese siglo, se encuentra un 10% de las familias en esta situación: en la generación de los 40 encontramos un 26%; en la del 50 pasa al 30% y en la de 1960 a 1964 asciende a un 45.5%, según indica la obra «La Nupcialidad en Colombia, evolución y tendencia» de las investigadoras Lucero Zamudio y Norma Rubiano.

Es un incremento tan alto que hubo necesidad de analizarlo, encontrando que se basó en una muestra nacional urbana de 22.111 hogares, representativa por región, estrato social, generación y sexo y que aplicaron 5.200 encuestas a personas separadas. Dicha labor fue realizada por la Universidad Externado de Colombia, con apoyo financiero del ICFES y Colciencias y será pronto publicada en coedición de la Universidad y ICBF. El profesionalismo de las investigadoras y el respaldo de estas Entidades garantizan la seriedad de los datos obtenidos.

De otra parte se ve en la Encuesta Nacional de Prevalencia de Uso de Anticoncepción, adelantada en 1978, que el 17% de mujeres se hallaban en unión libre, cifra que en sólo 8 años ascendió al 19% como se lee en la Encuesta Nacional de Prevalencia. Demografía y Salud de 1986 y pasó al 23% en 1985, según estudio sobre Nupcialidad citado.

También allí se encuentra que la mayoría de los colombianos casados por lo civil o lo católico o en unión libre considera que esta última debe reglamentarse y es nuestra propuesta a la Asamblea».

Se descubre con claridad, entonces, que en la Constitución actual se consagran la familia legal y la de hecho. De modo repetitivo, se dispone que la familia se constituye por vínculos naturales o por la voluntad responsable de conformarla, o por vínculos jurídicos o la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio. Hay ahí, por tanto, un reconocimiento del matrimonio y de la unión marital de hecho, y una ratificación de la ley 54 de 1990, que ha sido juzgada como una de las más deficientes leyes colombianas.

Pero la importancia de este primer aparte debe extraerse en estos otros sentidos:

1) Subraya como factor determinante de la formación de la familia el libre consentimiento de los miembros de la pareja;

2) Insiste en que la base inicial de la familia es la unión de hombre y mujer, de manera que no hay aún respaldo a las uniones homosexuales;

3) Al confirmar la unión libre y dado el fundamento de la propuesta en la Asamblea, se quiso acercar el derecho a la realidad.

Se dijo antes que la norma era repetitiva. No parece que incluyera, como sugiere, varias formas de constituir la familia, sino dos. Si así no fuere, habría que establecer qué son vínculos naturales que sean diferentes a la unión libre, o vínculos jurídicos que no sean el matrimonio.

Más bien, el texto quiso abarcar sin comprender lo que podría ser la familia con base en el parentesco o en el matrimonio o la unión marital.

1.3. Concepciones doctrinales sobre el derecho de familia.

La teoría del derecho, en incesante e infatigable crecimiento, ha intentado superar la tradicional división del derecho en Derecho Público y Derecho Privado. También se ha planteado que existe el derecho social, en el cual el sujeto es la sociedad, representada por diversos entes colectivos; en él, la relación jurídica revela una reciprocidad. Cuando se ejercita un derecho se cumple con un deber.

Una tendencia iniciada por Cicu, continuada de cierto modo por Ruggiero

y encarnada igualmente por Heinrich Lehman, trata el derecho de familia como derecho social. Como dice el profesor argentino Antoni,

> «Al aceptar esta determinada estimativa, el Derecho de Familia tiene que ubicarse como una rama del Derecho Social, es decir, excluirlo del Derecho Privado. En las legislaciones anteriores se miraba al individuo como sujeto de la relación, tal ocurría en el Matrimonio, en la filiación o en el parentesco, pero se omitía tener en cuenta que cada uno de ellos es parte integrante de un todo que se llama familia, que tiene su esfera de acción propia y que el Estado actúa protegiéndola, no los intereses de cada uno de ellos, sino la función que la familia tiene en la sociedad y esas normas están inspiradas en los principios de la solidaridad entre sus miembros y en los beneficios que la norma reporta a la familia».

Entre las consecuencias que se siguen a esta postura, se destaca la configuración de un ente abstracto, la PERSONA-FAMILIA y la presentación de la familia como organismo jurídico, de formación anterior al Estado, pero superior a él.

Igualmente, es característica fundamental de esta concepción su marcado proteccionismo a la familia, justamente como organismo jurídico que es. Todo, con apoyo en la regla o verdad evidente de que la familia es el núcleo de la sociedad.

De este rumbo teórico se impregnó la Constitución Colombiana de 1991. Conforme a la primera declaración del artículo 42 de la Carta, «La familia es el núcleo fundamental de la sociedad». A vuelta de lo cual, agrega el art. 42 en el inciso segundo, que « El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia» y que «La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables». Esto desarrolla los arts. 15 y 21 de la misma Constitución.

En la exposición de motivos en la Asamblea Nacional Constituyente, se lee:

> «No es necesario discutir por qué la familia es el núcleo, principio o elemento fundamental de la so-

ciedad. Se reconoce a ella este lugar de privilegio, dentro de la escala social porque todos deberíamos nacer, vivir y morir dentro de una familia».

«Las personas unidas entre sí por vínculos naturales, como los diferentes grados de consanguinidad; o unidas por vínculos jurídicos, que se presentan entre esposos, afines o entre padres e hijos adoptivos, o por la voluntad responsable de constituir, en los casos en que un hombre y una mujer se unen con la decisión de vivir juntos, tienen pleno derecho a conformar y desarrollar esta base de la sociedad, aunque no tengan entre sí vínculos de sangre ni contractuales formales, si llenan los requisitos de la ley, su conciencia, sus costumbres o tradiciones, su religión o sus creencias».

«Siendo ello así, es apenas obvio determinar la protección del Estado y la sociedad para esa familia y fijar la inviolabilidad para su honra, dignidad e intimidad, así como sentar las bases de su absoluta igualdad de derechos y deberes».

1.4. Características del Derecho de Familia.

Sobre las características del derecho de familia, señala el Dr. Monroy Cabra:

«Los caracteres peculiares del derecho de familia son los siguientes: 1) sus normas son de orden público o imperativas en su gran mayoría; 2) está influida por ideas morales y religiosas; 3) los derechos subjetivos que surgen de las normas de familia son derechos-deberes o poderes-funciones; 4) la familia tiene un significado social que tiende a la realización de los fines esenciales del núcleo y la protección del interés individual dentro del grupo; y 5) carácter coactivo y exclusivo de los preceptos legales e instituciones de carácter familiar».

Para el autor chileno RAMON MESA BARROS, tiene el derecho familiar

> «a). Acentuado carácter ético de sus disposiciones...
>
> «b). Predominio de las relaciones personales sobre las de índole patrimonial y subordinación de las segundas a las primeras.
>
> «c). Preponderancia del interés social sobre el interés individual y subordinación de los intereses particulares al interés superior de la familia y de la colectividad».

Entre los varios estudios que sobre la cuestión se han elaborado, merecen atención los de Torres y Ruggiero, que se sintetizan a continuación.

Conforme expone Torres, las características más sobresalientes del derecho de familia son:

1. Constituye una normativa nacional o nacionalista, pues la política legislativa exige que se considere la idiosincrasia de cada pueblo.

2. Existe y vale en proyección del grupo.

3. Contiene normas que no son coercibles:

> «... ello se explica porque están imbuidas por la moral, la religión, la costumbre, es decir, son preceptos éticos reconocidos por la Ley, convertidos en jurídicos, cuyo cumplimiento depende más de la conciencia del individuo, de su responsabilidad consigo mismo, que de la coacción -en veces, ninguna- que sobre él pueda ser ejercida. Es ésta la causa por la que, a su vez, para la no observancia de dichas normas, no aparezca sanción alguna, y de hallarse, sea indirecta, o, en ciertos casos, precaria, equivalente en la realidad a una no sanción, dada la indiferencia del individuo ante ella, o, únicamente, sanción administrativa para el funcionario que interviene en el acto familiar».

4. Asigna un papel preponderante al órden público y consiguientemente

no permite el libre juego de la autonomía de la voluntad.

5. Regula situaciones que, en su mayoría, son indisponibles. A esta característica la llama genérica y de ella deduce otras como la incomerciabilidad, la irrenunciabilidad, la inenajenabilidad, la intransmisibilidad por causa de muerte y la imposibilidad de autocomposición procesal, nota ésta que también es discutible en la legislación colombiana, hoy día.

6. Importancia de lo personalísimo, de lo intuitu personae.

7. Los vínculos del derecho de familia se basan

> «..más en deberes, obligaciones, cargas, que en derechos, atributos o facultades. Es lo que califica la doctrina como derecho-deber, del cual surge una posición familiar donde el sujeto "puede hacer lo que debe hacer". Expresiones de esta singularidad se encuentran, a más de en otras instituciones, en los regímenes de protección por representación o por asistencia».

8. Regula estados personales y patrimoniales, es decir, «estados familiares». En opinión de Torres,

> «Los estados familiares personales son supuestos de los patrimoniales; en otras palabras, éstos no pueden existir sin aquéllos, de los cuales son derivados. En orden cronológico, primero es el estado personal y luego el patrimonio; por ejemplo, no se pueden concebir relaciones patrimoniales entre cónyuges, si no hay matrimonio; es imposible hablar de responsabilidad del tutor si no existe una tutela conforme a la Ley. En síntesis, los estados familiares personales pueden subsistir sin los patrimoniales, pero la inversa no es posible».

De su lado, Ruggiero, después de comentar que la familia ha evolucionado desde el derecho romano clásico, considera que no es objeto de regulación exclusiva del derecho, de donde parten sus caracterizaciones, que se pueden sistematizar como sigue:

1. La familia es objeto de regulación por varias disciplinas, lo que hace que las normas jurídicas familiares carezcan de sanciones o éstas sean tenues o aquéllas sean incoercibles. El autor se expresa como sigue:

> «Como organismo social que es fundado en la naturaleza y en las necesidades naturales, tales como la unión sexual, la procreación, el amor, la asistencia, la cooperación, la familia no se halla regulada exclusivamente por el Derecho. En ningún otro campo influyen como en éste la religión, la costumbre, la moral. Antes que jurídico la familia es un organismo ético; de la ética, en efecto, proceden los preceptos más esenciales que la ley presupone y a los cuales hace constante referencia apropiándose a veces y transformándolos de este modo en preceptos jurídicos; por ello se explica el fenómeno, peculiar en el derecho de familia, de haber preceptos sin sanción o con sanción atenuada, obligaciones incoercibles, porque el derecho o es por sí mismo incapaz de provocar mediante la coerción la observancia de dichos preceptos o cree más conveniente confiar su observancia al sentimiento ético, a la costumbre, a otras fuerzas que actúan en el ambiente social. El Estado interviene para fortalecer los vínculos, para garantizar la seguridad de las relaciones, para disciplinar mejor el organismo familiar y dirigirle rectamente para la consecución de sus finalidades; sin que la ley constituya, como en otras relaciones de Derecho privado, la única norma reguladora».

2. Hay primacía de las relaciones estrictamente personales y no económicas sobre las patrimoniales o, lo que es lo mismo, subordinación de éstas a aquéllas.

3. Las normas del derecho de familia buscan la protección de intereses superiores y limitan la autonomía de la voluntad. Para Ruggiero,

> «...la nota diferencial y más saliente del derecho de familia (es). Mientras en las demás ramas del Derecho privado el ordenamiento lo que mira es el inte-

rés del particular a un fin individual de la persona, y el derecho subjetivo se atribuye en ellas y reconoce en función de la necesidad particular que debe ser satisfecha de modo que a toda obligación se opone un derecho del titular, y mientras para ejercer tales derechos se conceden acciones cuyo ejercicio se supedita a la libre voluntad del individuo, en las relaciones familiares, por el contrario, el interés individual es sustituido por un interés superior, que es el de la familia, porque a las necesidades de ésta y no a las del individuo subviene la tutela jurídica. Y a través del interés familiar, exige y recibe protección un interés más alto: el del Estado, cuya fuerza de desenvolvimiento y vitalidad dependen de la solidez del núcleo familiar. Importa mucho al Estado que el organismo familiar sobre que reposa el superior organismo estatal, se halle regulado de conformidad con el fin universal común que persigue. Puesto que el fin de la familia no puede ser éste o aquél del individuo, ni un fin querido libremente por el particular, sino el fin superior de la comunidad social que ha de conseguirse necesariamente, no puede abandonarse tal consecución a la voluntad libre del particular que podría actuar contrariamente a la utilidad general, sino que debe confiarse al Estado, el cual lo conseguirá a toda costa. De esto derivan consecuencias notables que influyen de modo decisivo en la naturaleza y en la estructura interna de las relaciones».

Subrayas y paréntesis fuera de texto.

1.5. Clasificación.

Importa decir, sin dogmatismo, que existe un DERECHO FAMILIAR PERSONAL, o derecho puro, y un DERECHO FAMILIAR PATRIMONIAL O ECONÓMICO O APLICADO. Autores como Ruggiero y Valencia Zea lo reconocen y admiten. Para el primero,

> «El derecho familiar no se agota con las potestades y relaciones personales, o, mejor dicho, estas potestades no se reducen a meros poderes sobre las personas, a relaciones entre los miembros del consorcio familiar; asociados y mezclados a éstos hay también relaciones patrimoniales, derechos de contenido económico, que constituyen otras tantas instituciones especiales del derecho de familia».

La doctrina ya ha comenzado a distinguir entre el derecho patrimonial y el personal, en el campo del derecho familiar. Al mismo tiempo, ha precisado que

> «En el terreno familiar, el Derecho Privado toca a la propia estructura del Estado, porque la familia se aproxima a esta organización y las leyes que a ella hacen referencia tienen, en principio, tendencia al orden público»,

pero que

> «En el terreno pecuniario, por el contrario, y en virtud del principio "laisser faire, laisser passer" de los Fisiócratas, el Estado no tiene por qué inmiscuirse en cuanto se relaciona con la asimilación (sic) por el individuo de las cosas del mundo material. La mejor producción y la mejor distribución de los bienes se obtendrán dentro de mayor libertad. Las reglas de Derecho Privado, serán en principio, interpretativas de la voluntad de los particulares, y es en el terreno pecuniario en el que se podrá decir que las leyes de orden público son la excepción, y que las leyes interpretativas de la voluntad privada son las que constituyen la regla general» (Tomado de De La Morandiere).

Según Valencia Zea,

> « Algunos distinguen el derecho de familia puro y el derecho patrimonial de la familia. En el derecho de

familia puro, rigen de preferencia relaciones morales y, por eso, son de orden público. No sucede lo mismo en el derecho patrimonial de la familia» (Colin, Capitant y De La Morandiere).

Lo concerniente a la sociedad conyugal es, como es evidente, materia de carácter patrimonial. No puede, entonces, examinarse o tratarse con igual criterio que los asuntos atinentes a las relaciones personales entre los cónyuges.

Hoy el derecho de familia colombiano hace caso de la voluntad particular, como en términos generales lo hace la nueva concepción del orden jurídico a partir del régimen constitucional vigente desde julio 4 de 1991 (no es sino ver que hasta en el campo penal variamos a sistema acusatorio). Así, la separación de cuerpos o de bienes de común acuerdo, las capitulaciones matrimoniales, el origen de la familia (inc. 1o. del art. 42 de la C. Nal), el divorcio de común acuerdo que lo hay desde 1989 para el matrimonio civil, la conciliación en todos los juicios de familia, etc. etc..

1.6. Derechos familiares

Del conjunto de normas constitucionales vigentes, puede deducirse el grupo de derechos familiares más importantes (y desde luego no el único, como señala el artículo 94 de la misma Constitución):

1.6.1. Derecho a elegir la forma de constituir la familia

(inciso 1o. artículo 42).

1.6.2. Derecho a recibir como miembro de la familia, la protección integral por parte del Estado y la sociedad (Inc.2 Art.42).

1.6.3. Derecho a la honra, a la dignidad e intimidad familiares (Inc.2o. Art.42, art.15).

Honra es estima y respeto de la dignidad, buena opinión y fama. La dignidad hace referencia al enaltecimiento ante los demás. En cuanto a la intimidad, alude a la vida privada, a la no injerencia de otros, al secreto y también al derecho de defenderse de la difusión de hechos personales, ésto

es, se trata en ese sentido de un control de la información propia.

1.6.4. Derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos (Inc.5 Art.42).

1.6.5. Derecho de los hijos al sostenimiento.

1.6.6. Derechos de la mujer, según el art.43, que

> « no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.
>
> El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia».

Dijo la Asamblea Nacional Constituyente:

> «Protección a la mujer cabeza de hogar. Dos sentidos pueden ser enfocados en lo que concierne a la protección a la mujer cabeza de hogar: el social y jurídico.
>
> En cuanto a la protección social, tiene el alcance de defender el Estado y la sociedad a esa mujer en el campo laboral, educativo, económico, cultural. La de naturaleza jurídica, implica la existencia de normas que efectivamente contemplen los privilegios que merezca la mujer cabeza de hogar; y, mientras otras se dicten, las pre-existentes deben entenderse ajustadas a la nueva orientación».

Con este planteamiento, todo desequilibrio producido por las normas objetivas, que implique no solo injusticia sino falta de protección para una mujer cabeza de hogar, deberá reestablecerse en favor de ella. Así, el típico caso de la mujer que no procuró su separación legal de bienes cuando su marido la abandonó y después consiguió algunos que tendrá que partir con su cónyuge, podrá resolverse en beneficio de la mujer con una aplicación de la norma constitucional que se comenta.

Pero ya el legislador colombiano, en una primera etapa, dictó normas sobre la protección de la mujer cabeza de familia, por medio de la ley 82 de noviembre 3 de 1993. En el artículo 1o. la ley repite el principio de que la familia es núcleo fundamental e institución básica de la sociedad y cómo se conforma. Luego, en el artículo 2o. define qué se entiende por «mujer cabeza de familia», al decir que es aquella que

> «siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar».

En un parágrafo de este precepto, dispone la ley que la mujer debe declarar su condición (o la cesación de su estado), ante el notario. Las prescripciones posteriores de la ley (arts. 4 a 17) hacen referencia a la protección por seguridad social, la educación - dotación de textos, acceso a servicios de educación y salud, atención preferencial en solicitudes de ingreso, auxilios-, capacitación en planes de microempresas o sector solidario, adquisición de bienes estatales y contratación de servicios estatales, asociaciones populares de vivienda, etc.. También previó la ley reglamento posterior en el término de un año y sentó el postulado de que las mujeres cabeza de familia tendrían, además, los beneficios que las normas jurídicas generales establecieran para la mujer.

1.6.7. Derechos de los menores de edad (Art.44):

> «Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física y moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de

los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás».

Ello se justificó así:

1) Cuando se dice que "los derechos del niño están primero que los derechos de los demás" y que cualquier persona puede exigir su cumplimiento, se está por primera vez reconociendo el derecho de los vecinos a proteger a los niños de su comunidad, denunciando discreta o abiertamente esa enorme cantidad de casos de maltratos que se escuchan y se ven, aun sin quererlo, y que hoy no se pueden evitar porque los derechos del niño no han sido reconocidos o priorizados.

Muchas violaciones o atentados sexuales, mutilaciones o destrozos físicos o psicológicos se podrán evitar en el futuro, gracias a la resuelta determinación de reconocer que la sociedad debe rodear y salvar a los niños, si pretende mejorar sus futuras generaciones.

2) Se hace énfasis en que este texto debe mencionar, así sea en forma sólo enunciativa, los derechos y problemas del niño llamándolos por sus propios nombres: integridad, seguridad, alimentación, familia, recreación, abuso sexual, explotación, etc., porque se pretendió que a partir de 1992, cuando estuviera

en plena vigencia la nueva Constitución Nacional, en las escuelas y colegios todos nuestros niños estudien sus derechos y puedan reclamar o exigir su cumplimiento, con lo cual se garantiza que no será por desconocimiento o ignorancia que puedan abusar de ellos. Esa es la razón para creer, para estar convencidos, que cada palabra de este texto es una nueva lección para millones de niños que hoy no saben, y ni siquiera sospechan, que la sociedad los protege».

1.6.8. Derechos de los adolescentes, según el art.45:

«El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral.

El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud».

1.6.9. Derechos de las personas de la tercera edad (Art.46):

«El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria.

El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia».

1.6.10. Derechos de los minusválidos (Art.47):

«El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran».

1.7. Los deberes familiares

La dogmática jurídica del derecho de familia ha estudiado la naturaleza de los deberes familiares, sobre todo en el campo del derecho matrimonial. El análisis ha girado en torno de saber si son simples obligaciones correlativas de derechos subjetivos o si hay diferencias entre aquéllos y éstas.

Savigny, Larenz, Giorgi y otros, según informa Mazzinghi, consideraron que no podían asimilarse deberes y obligaciones, entre otros factores por el valor y el objeto. Los deberes familiares son ajenos a la valoración o apreciación pecunaria y conciernen a conductas permanentes y cotidianas, de la comunidad de la vida; las obligaciones, en cambio, deben reportar ventajas patrimoniales y comprenden actos aislados.

Otros, como Josserand, Carbonnier y el mismo Mazzinghi, sostienen la unidad de género de las obligaciones civiles y los deberes familiares, con diferencias específicas, estructurales unas, de fuente (o intensidad de su origen, que es moral) otras, que inciden en la forma como se extinguen, como se exige su cumplimiento, etc..

La clasificación del derecho de familia (supra, 1.5) y los derechos familiares (1.6) permiten afirmar que según se trate de un sector determinado (derecho puro o patrimonial), los deberes se aproximarán más o menos a las obligaciones civiles y serán o no, en mayor grado o en abstracto, correlativos de derechos subjetivos individuales.

Ahora bien. Los deberes familiares puros son personalísimos e intransferibles y gozan, en virtud de principios como la igualdad, de una característica importantísima, a saber, la reciprocidad. Piénsese en deberes conyugales como la fidelidad o la cohabitación.

Por ello, en el derecho familiar puro no hay, estrictamente, derechos individuales que habiliten, en forma absoluta, la existencia de un sujeto obligado que, a su vez, no participe activamente en la situación jurídica concreta.

El ejemplo más claro lo podemos derivar del derecho de visitas. Al regularlo, ha dicho la Corte Constitucional que se deben cuidar los intereses de los padres y de los hijos menores. Es decir, que la visita es un derecho del cual son titulares conjuntos tanto los padres como los hijos.

Si esto es así, no pueden los padres pregonar que tienen derecho de visitas y que, correlativamente, los hijos son quienes tienen la obligación o deber (familiar). En verdad, aca hay un deber familiar, pero recíproco, porque quien se supondría obligado (el hijo) es a la vez titular del derecho.

De tal manera, los deberes familiares deben ser interpretados a la luz de los principios rectores del derecho de familia y de menores, constitucionales, legales, jurisprudenciales o doctrinales. Vgr., la prevalencia de los intereses de los niños.

2. PARTE ESPECIAL: LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y DEL DERECHO CIVIL EN EL DERECHO DE FAMILIA.

2.1. Consideración general

2.1.1. Tesis negativas

Para la gran mayoría de los autores, el derecho de familia tiene unas connotaciones especiales que le separan de otras ramas del derecho, a tal punto que se hacen inaplicables los principios generales del derecho. Afirma Antoni, al respecto, que

> «Savigny sostenía que en el estudio del Derecho Civil había principios básicos aplicables a todas las instituciones, criterio que bien o mal ha sido seguido en algunos códigos. Un breve análisis de esos principios nos lleva a la conclusión de que ninguno de ellos tiene aplicación en el ámbito de la familia».

Y agrega:

> «Lo que caracteriza al Derecho Civil es el predomino del interés material y todas las normas y principios se vinculan con ellos. Es de allí que se habla de obligaciones con un sentido de tipo económico, en tanto

> que en el Derecho de Familia se reglan deberes de tipo moral, aunque tengan repercusiones económicas, que algunas escuelas como la del materialismo histórico consideran por este hecho que tiene bases económicas. No compartimos esta idea, y estimamos que lo patrimonial en el Derecho de Familia cede siempre a lo ético».

También Ruggiero, al referirse a los derechos económicos en el derecho de familia, señala:

> «Estos derechos, que reproducen a veces figuras de derecho patrimonial común, a veces son tipos especiales y específicos del derecho familiar, constituye siempre algo distinto con peculiaridades y características privativas, de modo que sería inútil para fijar su noción recurrir a los principios que presiden las demás ramas del Derecho privado. Se reproduce aquí lo dicho respecto al fin superior para cuya consecución se organiza la familia y al aspecto de deber que tiene todo derecho subjetivo familiar». (Subraya mía).

2.1.2. La nomoárquica

Los principios generales del derecho, de acuerdo con la propuesta del Dr. Hernán Valencia R., son normas fundamentales, taxativas, universales, tópicas, axiológicas, implícita o explícitamente positivas, que sirven para crear, interpretar e integrar el ordenamiento.

Con esta óptica, es imposible dejar de considerar la posibilidad de que los principios generales del derecho civil estén presentes en el derecho de familia. Sin duda, principios como el de la buena fe, la imposibilidad de condonar el dolo futuro, la condena del enriquecimiento torticero, la exclusión de poder alegar la propia torpeza o valerse de la ilicitud del acto propio, la necesidad de volver a pagar por pagar mal, la asimilación de la impericia y la culpa, la presunción de que quien dio lugar al daño fue quien lo hizo, el rechazo del abuso del derecho, el aprecio por la equidad y las buenas costumbres, la relatividad de la cosa juzgada en los fallos judiciales, son de plena aplicación en derecho familiar, sea puro o patrimonial. No más piénsese en

las funciones de los principios, que al fin de cuentas estructuran una sola, por intercambiabilidad según el profesor Valencia R., como quiera que el ordenamiento positivo en el campo de la familia padece, como todos, de vacíos y lagunas, pues su legislador no es diferente al de otras ramas del derecho.

Un segundo argumento en favor de la aplicación de principios generales del derecho civil al campo jurídico familiar estriba en la naturaleza de éste como normatividad impregnada de moral y ética, puesto que, como enseña el mismo Dr. Valencia R., « El derecho natural vive en el positivo bajo la forma de principios generales del derecho».

2.2. Principios constitucionales

2.2.1. Referencia al artículo 230 de la Constitución Nacional.

De acuerdo con el artículo 230 de la Constitución Nacional, los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley y los principios generales del derecho, al lado de la equidad, la jurisprudencia y la doctrina, son CRITERIOS AUXILIARES de la actividad judicial.

Antes hemos acogido la tesis de la triple funcionalidad de los principios generales del derecho, al señalar que sirven para crear, integrar e interpretar el ordenamiento jurídico. En nuestro concepto, ello no choca contra el precepto constitucional, pues el juez, como no puede abstenerse de resolver el caso que se somete a su decisión por carencia de norma, encontrará en esos auxiliares que son los principios generales del derecho la vía para afirmar el derecho sustantivo en un caso concreto. Se trata, entonces, de descifrar a cabalidad el alcance del vocablo CRITERIO que se emplea en la Carta, pues a primera vista se sugiere con él que los principios, entonces, no son esas normas fundamentales que se ha dicho.

En este aspecto, se puede tomar como referencia la sentencia de octubre 28 de 1993 de la Corte Constitucional, que al examinar el papel de la costumbre jurídica en razón de la norma del artículo 230 de la Constitución, dijo:

> «Limitar el universo de las fuentes del derecho, como se propone, a la ley entendida en su acepción formal,

conlleva una serie de consecuencias absurdas que le restan al planteamiento toda plausibilidad. En efecto, la Constitución, norma de normas (C.P., art.4o), por no ser equiparable formalmente a la ley, no podría ser aplicada ni observada por la jurisdicción (1); las leyes, no obstante que pudieran vulnerar la Carta, en todo caso deberían acatarse y ejecutarse, y no podrían ser inaplicadas por los jueces (C.P., art 4o) (2); los derechos fundamentales de aplicación inmediata requerirían de una ley previa para poder ser aplicados por los jueces en los diferentes procesos (C.P., art. 85) (3); los valores y principios constitucionales, no estando incorporados en leyes ni necesitándolo, podrían ser dejados de lado por los jueces (4); los decretos del Presidente, las ordenanzas de las asambleas, los acuerdos de los concejos y, en general, todas las normas jurídicas, diferentes de las leyes, cuyo proceso de creación y cuya existencia se regula y reconoce en la Constitución, pese a su pertinencia para solucionar el asunto o controversia, no podrían aplicarse por los jueces (5); los contratos y demás actos con valor normativo, fruto de las relaciones intersubjetivas del orden privado, quedarían por fuera de la función jurídica (6); los derechos y garantías no consagrados expresamente en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, pese a ser inherentes a la persona humana, no podrían ser reconocidos judicialmente. (C.P., art. 94)».

Podría continuarse la enumeración de consecuencias irrazonables que se derivarían de dar curso favorable a la tesis formulada. Sin embargo, las esbozadas son suficientes para concluir que el cometido propio de los jueces está referido a la aplicación del ordenamiento jurídico, el cual no se compone de una norma aislada-la «ley» captada en su acepción puramenteformal- sino que se integra por poderes organizados que ejercen un tipo específico de control social a través de un conjunto integrado y armónico de normas jurídicas. El ordenamiento jurídico, desde el punto de vista normativo, no puede reducirse a la ley. De ahí que la palabra «ley» que emplea el primer inciso del

artículo 230 de la C.P. necesariamente designe «ordenamiento jurídico». En este mismo sentido se utilizan en la Constitución las expresiones «marco jurídico» (preámbulo) y «orden jurídico» (art. 16).

2.2.2. Algunos principios particulares del derecho de familia.

En cuanto a principios del derecho familiar, de acuerdo con la nueva constitución, hay en la igualdad y el respeto dos fundamentales de las relaciones jurídicas familiares. También el principio de reserva es medular en el derecho familiar. Estos postulados centrales se establecen de la siguiente manera:

a) Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

b) Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.

c) La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades.

La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

d) La Constitución reservó al orden jurídico del Estado la regulación exclusiva de los temas del derecho de familia, como puede verse en esta relación:

1) Corresponde al derecho la fijación de las clases de hijos, desde que menciona, bajo el principio de igualdad, a los «procreados con asistencia científica».

2) La reglamentación de la «progenitura» responsable incumbe a la ley.

3) Todo lo relativo al matrimonio queda sometido a la legislación civil, como se desprende de los incisos que a continuación se copian:

«Las formas de matrimonio, la edad y capacidad para

contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.

Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.

Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.

También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictados por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley.»

4) Igual situación acontece con el estado civil, por lo que manda el inciso final del art. 42:

«La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes».

e) Y con el patrimonio de familia: «La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable».

2.3. El orden público.

2.3.1. Aplicabilidad del concepto.

El órden público puede ser entendido como el conjunto de normas y principios morales, religiosos, políticos, económicos, etc. predominantes en un medio determinado y los cuales se consideran como indispensables para la convivencia social. Son principios superiores sobre cuya base se asientan la paz, la seguridad social, las buenas costumbres, la justicia y la moral. Leyes de orden público, en este sentido, son las que contienen esos principios y dan esencia y estructura a la organización social. Para el artículo 4 de la ley 133 de 1994, la seguridad, la salud y la moralidad pública son elementos constitutivos del orden público protegido por la ley.

Pero también se habla de orden público con referencia a los intereses generales o de la colectividad. Leyes de orden público serían las que miran al interés social (Claro Solar).

Expresa JULLIOT DE LA MORANDIERE, en su libro LA NOCION DE ORDEN PUBLICO EN EL DERECHO PRIVADO y al hacer referencia a la teoría clásica:

> « Los autores clásicos, sin embargo, han tenido dificultades para aplicar a todo el Derecho Privado su principio, según el cual el orden público debiera ser la excepción, y algunos, han intentado llegar más lejos estableciendo nuevas distinciones. Con CAPITANT, con el señor MALMION en su Tesis « Las leyes de orden público ». (1925), y también con ALGLAVE, se ha visto apuntar otra distinción que corresponde a las ideas del orden social y al punto de vista económico de la Escuela Liberal. Así aparece que el Derecho Privado no se ocupa siempre de las mismas cuestiones y es necesario establecer una gran distinción entre las leyes de orden familiar, de una parte, y de otra las leyes de orden económico y pecuniario.

Y en otro aparte manifiesta el autor: »

> «Es pues el juez en muchos casos, y en razón de la insuficiencia de las indicaciones dadas por la ley, a quien corresponde decidir si tal o cual texto legal es o no de orden público. Así el carácter legal de la noción de orden público es más aparente que real».

Lógicamente, es el legislador quien en determinados casos prohibe la manifestación de la autonomía de la voluntad, con lo cual podemos claramente concluir, que los particulares se pueden obligar libremente en tanto no les esté expresamente prohibido y que en aquellos casos en los que la autonomía privada no se encuentre limitada en tal forma (expresa), el límite para actuar y obligarse estará impuesto por el orden público y dentro del ámbito de las buenas costumbres (hábitos para el bien, según Claro Solar).

Consecuentes con lo anterior, las normas colombianas y aun las de otros países, como por ejemplo la legislación argentina, admiten el postulado que se examina(1).

Expresa el tratadista ARTURO VALENCIA ZEA en su libro DERECHO CIVIL, PARTE GENERAL Y PERSONAS (TOMO I) con relación a la noción de orden público, que:

« La estructura general o principios básicos se integran por las instituciones de la personalidad, la familia y la propiedad privada.

1. LA PERSONALIDAD.- Todos los derechos y situaciones de la personalidad obedecen a motivos de orden público. Que todos los seres humanos gocen de determinados derechos o garantías fundamentales (respeto de la vida, la salud, del honor, etc.), de ciertos atributos, como la capacidad de goce y de ejercicio de los derechos, el estado civil, etc., son cuestiones esenciales que en ningún caso pueden modificarse, renunciarse o derogarse por la voluntad de los particulares.

2. LA FAMILIA-. Las personas son libres de contraer matrimonio. Pero si lo contraen quedan de plano regidas por un estatuto jurídico que obedece a motivos de orden público; estatuto, que es en consecuencia, inmodificable por el libre querer de los esposos.

---

(1) El Código Civil Argentino determina en sus artículos 21 y 1304 del Código Civil, respectivamente: «Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el órden público y las buenas costumbres «. ——» La separación judicial de bienes podrá cesar por voluntad de los cónyuges, si la hicieren por escritura pública, o si el juez lo declara a pedimento de ambos. Cesando la separación judicial de bienes estos se restituyen al estado anterior de separación, como si ésta no hubiese existido, quedando válidos todos los actos legales de la mujer, durante el intervalo de la separación, como si hubiesen sido autorizados por el marido». Así mismo y en otro artículo de la codificación argentina, se permite a los particulares, deshacer lo acordado entre ellos siempre y cuando salven su responsabilidad frente a los terceros.

> Así, el marido y solo el marido puede ejercer la potestad marital sobre su mujer; ambos cónyuges se deben fidelidad, ambos solidariamente deben criar, educar y sostener a sus hijos. Pero en cuanto al régimen de bienes en el matrimonio -sociedad conyugal, los cónyuges tienen cierta libertad para apartarse del modelo elaborado por el Código (arts. 1771 a 1848)».

2.3.2. Valor de la autonomía de la voluntad.

2.3.2.1. Concepto

En virtud del principio de la autonomía de la voluntad, la persona natural o jurídica tiene la posibilidad de auto-obligarse. Tal manifestación de la voluntad tendiente a producir efectos jurídicos, deberá desde luego situarse dentro del marco legal y respetar ante todo los preceptos constitucionales. Este principio encuentra su fundamento en el Artículo 6o. de la Constitución Nacional que establece que a los particulares les es permitido hacer todo aquello que expresamente no se les ha prohibido, en contraposición a lo establecido para los funcionarios públicos, para quienes el principio obra pero en sentido inverso.

Sobre si la autonomía de la voluntad tiene cabida en derecho familiar, es lugar común que

> «... en las relaciones personales familiares, ella es un principio absoluto, y en las relaciones patrimoniales familiares, admite excepciones muy especiales. Fuera de éstas, los sujetos del grupo familiar tienen que aceptar cuanto establezcan las leyes y lo que ellos digan o hagan en contrario es totalmente ineficaz. De ahí que el Derecho de Familia aparezca como diferente al Derecho de las Obligaciones y de los Contratos, donde la regla es la autonomía de la voluntad. En el 'ámbito familiar, los particulares no pueden hacer lo que les venga en gana, y esa es la razón por la que el Derecho de familia, al decir de Lehmann, «constituye un derecho cerrado»; pues no se pueden crear ni extinguir relaciones que no sean las previstas; por ejemplo, ninguna persona puede establecer

> una vinculación jurídica de padre, o de madre, o de hermano, o cualquiera otra, con quien realmente no la tenga; la vinculación supuesta no pasa de ser ilusoria, irrelevante para el derecho; tampoco un hombre y una mujer, por el hecho de convivir o de tener relaciones muy íntimas, pueden considerarse cónyuges, toda vez que este nexo surge de un matrimonio conforme a la Ley». (Ruggiero).

2.3.2.2. El acto jurídico familiar.

Tradicionalmente, se ha definido el acto jurídico como la manifestación de voluntad de un sujeto de derecho, encaminada a producir efectos jurídicos. Admitidos elementos de su esencia y de su validez (consentimiento, causa, licitud, formas, etc.), se ha dicho igualmente que no es lo mismo el acto jurídico que el negocio jurídico y que, mientras en aquél sus efectos son ex-lege, en éste son ex-voluntate.

De acá se ha dicho, insistentemente, que en derecho de familia no se puede predicar que haya negocios jurídicos y que sólo existen en él actos jurídicos, que se llamarían actos jurídicos familiares, los cuales serían, conforme a la explicación de Diez-Picazo, actos de poder estatal o actos de poder familiar.

Según el mismo autor, además de actos familiares en la modalidad de actos jurídicos, se puede hablar de negocios familiares. Negocio familiar, para este tratadista español, es

> «...aquel acto de autonomía de las personas que tiene por objeto la constitución, modificación, extinción o reglamentación de una relación jurídica familiar».

Las características del negocio jurídico familiar, en concepto de Diez-Picazo, son:

1) Existencia de un interés público evidente en el amparo de la estructura familiar;

2) El negocio se produce casi siempre en las situaciones iniciales o finales de la relación familiar;

3) Transferencia de las características esenciales del estado civil a las instituciones que son objeto del negocio;

4) Actuación vigorosa del ingrediente ético y de orden público.

Junto con Diez-Picazo, somos del parecer que es posible una teoría del acto y del negocio jurídico familiar. Inclusive, clasificarlos, a partir de la clasificación del derecho de familia y por su naturaleza y contenido, y estudiar de manera particular la capacidad, el objeto, la causa y las formas.

La doctrina sostiene con todo, que el acto jurídico familiar merece tratamiento diferente al que se imprime al acto jurídico en derecho común.

Torres, por ejemplo, expresa que hay unas pautas singulares, entre ellas

a) No se admiten las modalidades;

b) La intervención del funcionario público como solemnidad ad substantiam. En cita del mismo Torres, para «Somarriva Undurraga, la formalidad de estos actos es por su trascendencia, y, debido a ello, el Legislador procura que los intervinientes en los mismos manifiesten su consentimiento reposada y serenamente, a fin de evitar frecuentes impugnaciones».

c) Intervención directa y personal de los sujetos a quienes interesa;

d) Limitación en cuanto a la representación en las situaciones jurídicas familiares;

e) Existencia de reglas específicas reguladoras de la capacidad, de los vicios del consentimiento y otros aspectos;

f) Ausencia de la prescripción en las situaciones familiares, que no se pueden adquirir ni extinguir por el transcurso del tiempo;

g) Inaplicabilidad de la cosa juzgada.

Igual Ruggiero, para quien

> «...muchas de las reglas comunes a los negocios jurídicos no son aplicables cuando se trate de derechos de familia.

a) No es aplicable el principio de la representación, por cuya virtud en los demás campos del Derecho privado el interesado puede remitir a la voluntad ajena la determinación y declaración productivas de efectos jurídicos;

.....

b) No se permite tampoco limitar mediante términos y condiciones los efectos jurídicos de la declaración. Mientras en los demás negocios jurídicos es excepcional el prohibir tales modalidades, en los negocios familiares dicha prohibición es norma general. No puede contraerse el matrimonio bajo condición suspensiva o resolutoria o sujetándolo a término inicial o final; tampoco puede ser reconocido de este modo el hijo natural, ni efectuar en tal forma la adopción, la emancipación, etc. Pugna con la esencial naturaleza de estos actos su sujeción a condiciones y términos; se trata de actos generadores de estados personales, y éstos exigen certeza y duración, y a estas exigencias se oponen las modalidades de condición y término. Además, son actos en que interviene el Poder público, y éste no tolera limitaciones que provengan de los particulares.

c) También respecto a la disposición del derecho subjetivo, que el particular deriva de la relación familiar, existen diferencias. La renuncia y la transmisión, que en los demás derechos vienen a ser un modo natural de ejercicio, no se admiten en los de carácter familiar.

.....

d) Pero lo más saliente en los negocios de derecho familiar es la amplia intervención de la Autoridad pública y la especial energía desplegada en la formación de la relación. Si a veces el funcionario público

que interviene en la relación ejerce una función meramente formal, de órgano receptor de la declaración a la cual imprime autenticidad, lo más corriente es que dicha función sea esencial a la relación, porque la voluntad del particular es insuficiente si no concurre la del Poder público. En algunos casos la voluntad del particular es un mero supuesto de hecho en cuanto vale como iniciativa o como incitación a la autoridad, de modo que el acto es creado, la relación se constituye por voluntad de esta última».

2.3.3. La renuncia de derechos

Los artículos 6, 15 y 16 del Código Civil disponen en su orden:

«Son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición legal, si en ella misma no se dispone otra cosa.»

« Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren el interés individual del renunciante y que no esté prohibida la renuncia».

«No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres».

Para Ruggiero,

«..No son renunciables los poderes familiares y tampoco las atribuciones inherentes a estos, porque tales poderes son creados por la Ley y subsisten independientemente de la voluntad del investido con ellos, ya que no se crean para servicio o utilidad de éste, sino para un fin superior; el padre, el marido, el tutor, no puede despojarse de los poderes que le corresponden, porque le son atribuidos para servir a un interés que trasciende del suyo particular. Y si en algunos casos se autoriza la renuncia, como por ejemplo, ocurre con la acción de desconocimiento de la paternidad, impugnación del matrimonio, acción de

separación personal de los cónyuges, es porque el interés familiar resulta protegido merced a la renuncia; por ésta dicho interés viene a ser mejor protegido, porque con ello se mantiene firme aquel vínculo, aquella relación, que, de otro modo (de no mediar la renuncia), se hubiera disuelto. Con más extensión se permite la renuncia de los derechos de contenido patrimonial, ello es comprensible y no ataca el principio sentado».

Se ha discutido la posibilidad de renunciar derechos familiares. Fundamentalmente, los de carácter patrimonial, en tanto no pertenezcan a la esfera del orden público, podrían declinarse por su titular. Así, con la advertencia de que la doctrina no es unánime, el caso del usufructo legal de los padres de familia. Quienes opinan que es imposible la renuncia en ese supuesto, parten de la base de ser la patria potestad una institución de orden público. Así, Suárez Franco, quien afirma que apenas procede en el campo fiscal, con el D.R. 187 de 1975, cuyo artículo 24 permite tal renuncia, por escritura pública.

De otra parte, es claro que suelen confundirse muchas veces la renuncia de un derecho con su falta de ejercicio voluntario y prolongado: Vgr., en el caso de los alimentos.

Un ejemplo concreto de renuncia de derechos se encuentra en la renuncia de los gananciales (Art. 1775 CC; art. 61 D 2820/74; art. 1837 CC; art. 64 D 2820/74).

2.4. Los intereses prevalentes.

En la Constitución Nacional y en el Código del Menor, se consagra la prevalencia de los intereses de los menores cuando los derechos de éstos resulten enfrentados con los de otros sujetos.

Así mismo, la Constitución protege los derechos de la mujer cabeza de familia, según ha quedado reseñado más atrás.

Síguese de esto que el derecho de familia tiende a ser un derecho protector o tuitivo. Lo es, sin duda, marcadamente, el derecho de menores y lo

será, por esta vía, el derecho familiar en general. Consecuencias de este principio son, según Antonio José Martínez L.:

1. La oficiosidad en la actuación judicial o administrativa;
2. La escogencia de normas aplicables;
3. La presunción de menor edad (en caso de duda);
4. La sana crítica en la valoración de pruebas;
5. La admisión limitada del principio de cosa juzgada, de recursos judiciales, de la transacción y de otros fenómenos propios del procedimiento ordinario.

2.5. Principio de favorabilidad

Significa este principio que se debe preferir la interpretación que produzca un beneficio para los sujetos del derecho familiar, a la de la pura exégesis. Así mismo, que se debe preferir que los actos produzcan efectos (por lo cual podría llamarse o asimilarse a principio de supervivencia de los actos).

La protección del grupo familiar, individual y colectivamente, destacada como una de las instituciones que rigen este orden normativo, es sin embargo, algo más. Es la finalidad misma de sus preceptos, es decir, constituye su objetivo o filosofía. De ahí que la interpretación, fuere auténtica, o doctrinal o judicial, deba estar presidida por el sano criterio de la favorabilidad es decir, que permite elegir la norma que salvaguarde mejor el derecho y ofrezca mayores garantías para su efectivo ejercicio y por el obligado respeto a la persona y a los derechos humanos. Conclusiones opuestas deben rechazarse, por pugnar con la necesidad jurídica de dignificar la situación del sujeto de derecho, desde su nacimiento hasta su muerte, cualquiera sea su suerte o su preferencia, se una o no a otro.

Un ejemplo de aplicación se observa en el artículo 19 de la Convención Interamericana de 1984, sobre conflictos de leyes de adopción (decreto 971 de mayo 19 de 1994): cuando surge el conflicto, se debe estar por la validez de la adopción y el beneficio del adoptado.

2.6. La unidad familiar.

En una conocida sentencia, de 18 de septiembre de 1992, la Corte Constitucional, al resolver una acción de tutela, se pronunció sobre este principio, que por su trascendencia e interés vale la pena analizar, con la orientación del fallo. Este, para comenzar, sienta el postulado de que unidad familiar no es lo mismo que indisolubilidad del matrimonio. De manera que, en estas circunstancias, es perfectamente claro que la unidad familiar significa estabilidad y armonía, así no exista convivencia entre los miembros de la familia. Del proveído citado, podemos extraer la siguiente sistemática del principio:

2.6.1. Significado.

De un lado, como dejamos expresado, la unidad familiar puede provenir de la convivencia del grupo y, tratándose del fundado en el matrimonio, de aquél en el que no ha habido ruptura de ninguna especie. Pero, dice la Corte,

> «...no es solamente y siempre, pues, unión de afectos y sentimientos, unidad espiritual; ni su función se limita exclusivamente a la igualdad de los cónyuges; la unidad tiene una relevancia jurídica tanto en el momento fisiológico como en el patológico de la vida familiar, mientras exista una comunidad,- así sea <u>materialmente separada</u>, que deba perseguir, -aún en reducidos rangos- la función social a que está destinada. En efecto, no parece que la unidad de la familia sea un límite válido sólo cuando los cónyuges viven unidos, de modo que en régimen de separación personal sería inconcebible hablar de ella». Negrillas mías.

2.6.2. Jerarquía.

Este principio y por serlo goza de esa cualidad, tiene jerarquía sobre otros. Para la Corte, supera el de la igualdad y por eso

> «La unidad se convierte en el más genuino instrumento para la actuación del respeto, pleno e integral, de la personalidad de los cónyuges y de la prole; es el fundamento en que debe inspirarse para una inter-

pretación moderna de la exigencia y de la tutela del sujeto en el ámbito de la comunidad familiar».

2.6.3. Carácter material prevalente sobre lo formal, pues exige investigar- señala el fallo- el interés o intereses superiores de la familia.

2.6.4. Tesis que lo examinan.

La Corte enseña que hay posturas individualistas y solidaristas sobre el principio. Para las primeras, la unidad es el equilibrio entre la libertad de los cónyuges y las exigencias concretas de la misma unidad, que hace que se privaticen las relaciones familiares, en el estado de convivencia o en el de la separación. Para la concepción solidarista el principio busca la defensa de los sujetos débiles del grupo familiar o aún de la sociedad, siendo una de sus manifestaciones el derecho constitucional prevalente del niño de tener una familia y no ser separado de ella.

Según la Corte, los principios de la unidad y la estabilidad familiar, bajo la óptica solidarista, fueron consagrados en la concepción de la familia en el pacto de New York de diciembre 19 de 1966, aprobado por Colombia mediante ley 17 de 1968, ratificado en octubre 29 de 1969 y cuyo rigor data de 23 de marzo de 1976.

2.7. Principios del Código del Menor.

Para Monroy Cabra, en el Código del Menor

> «Los arts. 18 a 28 traen los principios rectores, a saber: a) que las normas sobre menores son de orden público e irrenunciables; b) que los convenios internacionales prevalecen sobre la legislación interna y sirven para interpretarla; c) que en la aplicación del Código prevalece siempre el interés del menor; d) que los jueces y funcionarios deben tener en cuenta los usos y costumbres locales si no se oponen a la ley; e) que el bienestar familiar es un servicio público a cargo del Estado para proteger la familia y los menores; f) que los medios de comunicación respetarán la vida

> privada del menor y no podrán difundir programas que atenten contra la moral o la salud física o mental de los menores; g) que deben existir programas especiales para atención integral de los menores de siete años; y h) que se deben tomar todas las medidas necesarias para prevenir y sancionar el tráfico y el secuestro de menores y las adopciones ilegales».

Los principios básicos de la legislación de menores en Colombia pueden proponerse así:

2.7.1. Taxatividad y especialidad.

Según el artículo 18, los principios que consagran las normas relativas a menores son irrenunciables; éstas son de orden público y de aplicación preferente a las disposiciones contenidas en otras leyes.

2.7.2. Aplicabilidad del Derecho Internacional.

La interpretación y aplicación del derecho de menores podrá guiarse por Convenios y Tratados internacionales ratificados y aprobados en armonía con la Constitución Nacional, como manda el artículo 19 del Código. Por ejemplo, recomendaciones del Instituto Interamericano del Niño, convenio de la OIT, declaraciones de la O.N.U., etc..

2.7.3. La realidad del medio del menor.

También se deben aplicar los usos, costumbres y tradiciones en la interpretación de los hechos, como impone el artículo 21. Se refiere el precepto a la buena medida de apreciar el medio social y cultural en que el menor se desenvuelva. Por ejemplo, en el caso de los menores indígenas. El texto es el siguiente:

> «Los jueces y funcionarios administrativos que conozcan de procesos o asuntos referentes a menores, deberán tener en cuenta, al apreciar los hechos, los usos y costumbres propios del medio social y cultural en que el menor se ha desenvuelto habitualmente, siempre que no sean contrarios a la ley».
>
> «Cuando tengan que resolver casos de menores indí-

genas, deberán tener en cuenta, además de los principios contemplados en este código, su legislación especial, sus usos, costumbres y tradiciones, para lo cual consultarán con la División de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno y, en lo posible, con las autoridades tradicionales de la comunidad a la cual pertenece el menor».

2.7.4. Fin proteccionista.

La finalidad de las normas de menores, señala abiertamente el artículo 22, es la protección del menor, la cual es necesaria por la particularidad del sujeto ser no plenamente desarrollado en lo biológico, psíquico o social. De ahí que, conforme al artículo 20 del Código del Menor, «Las personas y las entidades, tanto públicas como privadas que desarrollen programas o tengan responsabilidades en asuntos de menores, tomarán en cuenta sobre toda otra consideración, el interés superior del menor». Ahora bien, aunque a primera vista resulta indefinible, no queda duda que el INTERES SUPERIOR DEL MENOR es el principio fundamental del Derecho de Menores. No es ésta ninguna figura nueva. En realidad, se quiere significar que el beneficio del menor es la meta suprema de estas normas jurídicas, hacia donde ellas deben orientarse siempre. Este artículo 20 encuentra su base -sin importar diferencia cronológica- en el último inciso del art. 44 de la Constitución Nacional de 1991: «Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás».

3. DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO

La presentación general de las opiniones de eminentes tratadistas (Cicu, Ruggiero por Italia; Lehman de Alemania; Antoni, Mazzinghi por Argentina; Valencia Zea y Monroy en Colombia; Diez-Picazo en España; Torres, en Venezuela, etc.), nos muestra que el panorama de la parte general del derecho familiar es similar, universalmente, en su estructura.

Muchas normas internacionales y constituciones en el mundo consagran la familia como tema principal de protección. Un recuento, como ejemplo, es el siguiente:

DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE, DE LAS NACIONES UNIDAS:

Art. 16, inc. 3o: «la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado».

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, firmada en SAN JOSE DE COSTA RICA, el 22 de noviembre de 1969:

Artículo 17: « 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo».

DECLARACION SOBRE LA ELIMINACION DE LA DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER, ADOPTADA POR LA RESOLUCION 2263 DE LA XXII ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS, EL 7 DE NOVIEMBRE DE 1967:

Artículo 6: «1. Sin perjuicio de la salvaguardia de la unidad y la armonía de la familia, que sigue siendo la unidad básica de toda sociedad, deberán adoptarse todas las medidas apropiadas, especialmente medidas legislativas, para que la mujer, casada o no, tenga iguales derechos que el hombre en el campo del derecho civil y en particular:

a) El derecho a adquirir, administrar y heredar bienes y a disfrutar y a

disponer de ellos, incluyendo los adquiridos durante el matrimonio;

b) La igualdad en la capacidad jurídica y en su ejercicio;

c) Los mismos derechos que el hombre en la legislación sobre circulación de las personas.

2. Deberán adoptarse todas las medidas apropiadas para asegurar el principio de la igualdad del marido y de la esposa, y en particular:

a) La mujer tendrá el mismo derecho que el hombre a escoger libremente cónyuge y a contraer matrimonio solo mediante su pleno y libre consentimiento;

b) La mujer tendrá los mismos derechos que el hombre durante el matrimonio y a la disolución del mismo. En todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial;

c) El padre y la madre tendrán iguales derechos y deberes en lo tocante a sus hijos. En todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial.

3. Deberán prohibirse el matrimonio de niños y los esponsales de las jóvenes antes de haber alcanzado la pubertad y deberán adoptarse medidas eficaces, inclusive medidas legislativas, a fin de fijar una edad mínima para contraer matrimonio y hacer obligatoria la inscripción de un matrimonio en un registro oficial».

RESOLUCION No. 1386 DE NOVIEMBRE 20 DE 1959, DE LA XIV ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS, que contiene la DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, en varios principios, de los que se destaca el principio número seis, que a la letra establece:

« El niño, para su pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsi-

dios estatales o de otra 'índole».

CONVENCION SOBRE DERECHOS DEL NIÑO, ADOPTADA POR LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS EL 20 DE NOVIEMBRE DE 1989,

ARTICULO 9o.: « 1. 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 estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un estado parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el estado parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas».

ARTICULO 10: «1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9o, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un estado parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

2. El niño cuyos padres residan en estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 2 del artículo 9o. los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluído el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención».

Es de tener en cuenta que esta convención fue incorporada al orden jurídico interno por la ley 12 de enero 22 de 1991, sancionada por el Presidente César Gaviria Trujillo.

Respecto de constituciones (dato tomado en 1987).

ALBANIA

> Art. 17. El matrimonio y la familia están bajo la protección del Estado. El Estado determina por medio de leyes las condiciones jurídicas del matrimonio y de la familia. El matrimonio legal no puede contraerse sino ante los órganos competentes del Estado. Después de celebrado el matrimonio civil los cónyuges, son libres de celebrar el religioso según los ritos de su religión.
>
> Para todas las cuestiones inherentes al matrimonio, los tribunales del Estado son competentes.
>
> Los padres tienen respecto de los hijos nacidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones y deberes que tienen respecto de los nacidos en el matrimonio.

ALEMANIA R.F. (antes de unificación)

> Art. 6o. 1) El matrimonio y la familia quedan bajo la protección particular del Estado.

2) Los padres tienen el derecho natural y el deber primordial de instruir y educar a sus hijos. La comunidad del Estado vela por el modo como ejerzan ese derecho y cumplan ese deber.

3) Toda madre tiene derecho a la protección y asistencia de la colectividad.

4) La legislación deberá asegurar a los hijos naturales, para su desarrollo físico y moral y con relación a su estado en la sociedad, las mismas condiciones para los hijos legítimos.

CHINA

Art. 25. El Estado impulsa la planificación familiar para que el crecimiento demográfico concuerde con el plan de desarrollo socioeconómico.

Art. 49. El Estado protege el matrimonio, la familia, la maternidad y la infancia.

Tanto el marido como la esposa tienen el derecho de practicar la planificación familiar.

Los padres tienen el deber de sostener y educar a sus hijos menores de edad, y los hijos mayores de edad el de sustentar y ayudar a sus padres.

Se prohibe violar la libertad de matrimonio y maltratar a los ancianos, a las mujeres o a los niños.

CUBA (texto tomado de edición oficial de agosto de 1992):

Art. 35. El Estado protege la familia, la maternidad y el matrimonio.

El Estado reconoce en la familia la célula fundamental de la sociedad y le atribuye responsabilidades y funciones esenciales en la educación y formación de las nuevas generaciones.

Art. 36. El matrimonio es la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida en común. Descansa en la igualdad absoluta de derechos y deberes de los cónyuges, los que deben atender al mantenimiento del hogar y a la formación integral de los hijos mediante el esfuerzo común, de modo que éste resulte compatible con el desarrollo de las actividades sociales de ambos.

La ley regula la formalización, reconocimiento y disolución del matrimonio y los derechos y obligaciones que de dichos actos se derivan.

Art. 37. Todos los hijos tienen iguales derechos, sean habidos dentro o fuera del matrimonio.

Está abolida toda calificación sobre la naturaleza de la filiación.

No se consignará declaración alguna diferenciando los nacimientos, ni sobre el estado civil de los padres en las actas de inscripción de los hijos, ni en ningún otro documento que haga referencia a la filiación.

El Estado garantiza mediante los procedimientos legales adecuados la determinación y el reconocimiento de la paternidad.

Art. 38. Los padres tienen el deber de dar alimentos a sus hijos y asistirlos en la defensa de sus legítimos intereses y en la realización de sus justas aspiraciones; así como el de contribuír activamente en la educación y formación integral como ciudadanos útiles y preparados para la vida en la sociedad socialista.

Los hijos, a su vez, están obligados a respetar y ayudar a sus padres.

HUNGRIA

Art. 15. La República Popular de Hungría protege la institución del matrimonio y la familia.

Art. 16. La República Popular de Hungría concede una atención preferente al desarrollo y a la educación socialista de la juventud, y protege los intereses de ella.

ITALIA

Art. 29. La República reconoce los derechos de la familia como sociedad fundada en el matrimonio.

El matrimonio se celebra sobre la igualdad legal y jurídica de los cónyuges, y con las limitaciones establecidas en la ley en garantía de la unidad de la familia.

Art. 30. Los padres tienen el derecho y el deber de alimentar, instruir y educar al hijo menor aunque éste haya nacido fuera del matrimonio.

En caso de incapacidad de los padres, la ley provee a estos deberes.

La ley asegura al hijo nacido fuera del matrimonio, toda tutela jurídica y social compatible con el derecho de los miembros de la familia legítima.

La ley establecerá la norma y el límite para la investigación de la paternidad.

Art. 31. La República contribuirá con medidas económicas y de otro orden a la formación y protección de la familia y particularmente al cuidado de la fami-

lia numerosa. Protege la maternidad, la infancia y la juventud, favoreciendo las instituciones necesarias para tales fines.

URUGUAY

Art. 39. El Estado velará por el fomento social de la familia.

Art. 40. El cuidado y educación de los hijos para que éstos alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social, es un deber y un derecho de los padres. Quienes tengan a su cargo numerosa prole, tienen derecho a auxilios compensatorios siempre que los necesiten.

La ley dispondrá de las medidas necesarias para que la infancia y la juventud sean protegidas contra el abandono corporal, intelectual o moral de sus padres, tutores, así como contra la explotación y el abuso.

Art. 41. Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio, los mismos deberes que respecto a los nacidos en él.

La maternidad, cualquiera que sea la condición o estado de la mujer, tiene derecho a la protección de la sociedad y a su asistencia en caso de desamparo.

Art. 48. El bien de la familia, su constitución, conservación, goce y transmisión, serán objeto de una legislación protectora especial.

VENEZUELA

Art. 47. El Estado protegerá la familia, cualquiera que sea su origen, así como la maternidad, independientemente del estado civil de la madre, quien será, además, asistida en caso de desamparo.

Art. 48. La ley reglamentará lo relativo a la organización del patrimonio familiar inembargable.

Art. 49. El Estado garantiza la protección integral del niño desde su concepción hasta su completo desarrollo, de modo que éste se realice dentro de un ambiente de seguridad material y moral.

En consecuencia, se establecerán entre otras, las condiciones necesarias:

a. Para que los hijos gocen del derecho de conocer a sus padres;

b. Para que los padres cumplan el deber de asistir, educar y alimentar a sus hijos, cualquiera que sea la filiación de éstos;

c. Para que los menores sean amparados y juzgados por leyes especiales;

d. Para impedir la explotación de los menores en el trabajo;

El estado compartirá con los padres, de manera subsidiaria y atendiendo a las posibilidades económicas de éstos, la responsabilidad que les incumbe en la formación de los hijos.

Un código especial regirá esta protección y establecerá un organismo encargado de la dirección de ella.

Este panorama parece común en América. Informa-para 1977- la Dra. Josefina Amézquita de Almeida, que varios países de nuestro continente consagran protección al matrimonio, la familia y la maternidad: así, en Bolivia (art. 131 de la Constitución); Brasil (art. 167 de la Constitución); Costa Rica (arts. 50, 71. 131 y 167 de la Constitución); Ecuador (Constitución de 1977, arts. 22, 23, 24 y 25 y al decir que el matrimonio se funda en el libre consentimiento de los contrayentes y en el principio de igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges); El Salvador (arts. 17, 97 y 180 de la Constitución); en Guatemala (arts. 72 y 74 de la Constitución); en Honduras (

también en la Constitución, sin referencia normativa); México (art. 4o. de la Constitución); Nicaragua (arts. 34, 35 y 123 de la Constitución) y Perú, en la Constitución de 1942, arts. 51 y 52 de aquella).

BIBLIOGRAFIA

CLARO Solar, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Volúmenes I y II, Tomos I, II, III y IV. 2a. ed.. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1978. 455,417,556 y 611 págs.

DIEZ-PICAZO, Luis. Estudios de Derecho Privado, Madrid: Civitas, 1980.

GOMEZ Piedrahita, Hernán. Derecho de Familia. Bogotá: Temis, 1992.

JARAMILLO O., Gustavo León. Derecho de Familia. 3a. ed.. Medellín: U. de A., 1991. 525 págs.

JARAMILLO O., Gustavo León Derechos familiares. Medellín: U. de A., revista Estudios de Derecho septiembre de 1991, Nos. 117-118.

MARTINEZ López, Antonio José. Código del Menor y Jurisdicción de Familia. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

MAZZINGHI, Jorge Adolfo. Derecho de Familia. Tomos I y II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s.a..

MONROY Cabra, Marco Gerardo. Derecho de Familia y de Menores. 2a. edición. Santafé de Bogotá: Jurídicas Wilches, 1991. 553 págs.

PARRA Benítez, Jorge Manual de Derecho Civil. Personas y Familia. 2a.edición. Bogotá: Temis, 1990. 355 págs.

RUGGIERO, Roberto de. Instituciones de Derecho Civil, tomo 2, vol. 2, Madrid: Reus.

SUAREZ Franco, Roberto. Derecho de Familia. Dos tomos. Bogotá: Temis, 1981. 419 y 432 págs. Derecho Matrimonial. 5a.edición, 1990 (última edición 1994).

VALENCIA Restrepo, Hernán. Nomoárquica, Principialística Jurídica o los principios generales del Derecho. Bogotá: Temis, 1993.

VALENCIA Zea, Arturo. Derecho Civil. Tomos I y IV, Parte General y Personas, y Derecho de Familia. 4a. y 8a. ed. Bogotá: Temis 1979 . 686 y 705 págs. Tomos V y VI, Derecho de Familia y de las Sucesiones. 6a. y 7a.edición.