

La Codificación Supranacional del Derecho de Familia

Dra. Mirta Hebe MANGIONE MURO⁽¹⁾

Introducción

Quizás en ningún otro momento de la historia humana, los temas de la familia, la filiación y las crisis que experimentan una y otra, hayan estado más presentes que en el momento actual. Si descontamos los momentos de la laicización, en que estos temas –por su compromiso en cuanto a los valores que representan– estuvieron en el centro del debate, nunca hasta ahora el tema familiar adquirió caracteres de tanta presencia y, a la vez, de tanta urgencia como en la hora presente. Contribuye a ello una multiplicidad de causas, pero, sobre todo, la conciencia, cada vez más extendida, de que la familia constituye una de las experiencias centrales de la existencia humana, una de las formas de encuentro entre naturaleza y cultura y, por lo mismo, una de las instituciones más sensibles frente a los cambios sociales, económicos y políticos que hoy día experimentamos. Un registro, aunque sea somero, de esos cambios nos permite, creo yo, apreciar la índole del desafío que las políticas públicas y los hombres de derecho que participan de esas políticas tienen por delante.

Características del Derecho de Familia

El Derecho de Familia ofrece caracteres peculiares, a saber:

La ética de sus instituciones: “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.”⁽²⁾

De la ética, en efecto –añade Ruggiero–, proceden los preceptos más esenciales que la ley presupone y a los cuales hace constante referencia, apropiándose los 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

⁽¹⁾ Profesora titular regular Derecho Civil V, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNL. Docente Investigadora categoría II, Profesora titular ordinaria Residencia de Minoridad y Familia, Facultad de Derecho, UNR.

⁽²⁾ Ruggiero: *Instituciones*, ed. esp., tº II, pág. 659.

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 dirigirlo rectamente para la consecución de sus finalidades; sin que la ley constituya, como en otras relaciones de Derecho privado, la única norma reguladora.”⁽³⁾

El predominio de las relaciones estrictamente personales sobre las patrimoniales: y la consiguiente subordinación de ésta a aquélla. Todo el Derecho de Familia es disciplina de condiciones personales o estados (estado de padre, de hijo, de pariente, de cónyuge), que son inherentes a la persona y se imponen, como derechos absolutos, al respeto de todos, dentro y fuera del grupo.

“De estos estados o posiciones personales -observa el propio Ruggiero- pueden surgir y surgen, en efecto, relaciones económicas y patrimoniales; son precisamente las designadas por la doctrina derechos familiares patrimoniales en contraposición a los familiares puros... Pero en realidad estos derechos no son otra cosa que consecuencia de los estados dichos, inseparables de ellos... De aquí la especial configuración que la relación económica adopta cuando se produce en el seno de la familia; ya adopte la figura de un derecho real, como el usufructo legal, ya la de un derecho de crédito, como en la obligación alimentaria, el derecho patrimonial imita, pero no reproduce exactamente, la categoría de derecho real o de crédito; el usufructo legal del padre no es precisamente un usufructo común, la obligación alimentaria entre parientes no es un simple y puro crédito como el que genera el contrato o el delito, ofrece un aspecto diverso del que ofrece la obligación alimentaria establecida mediante convención entre extraños; el deber del tutor de administrar y el derecho del pupilo de exigir la rendición de cuentas no son iguales a los que originarían en el mandato; la comunión de bienes entre cónyuges no es idéntica a la producida en el contrato de sociedad o entre coherederos. Aun cuando las relaciones en sí tienen un contenido económico y los derechos ofrecen un carácter patrimonial, el ordenamiento jurídico opera en estos casos fuera de la esfera corriente de lo tuyo y lo mío, porque persigue finalidades trascendentes del fin individual y protege los intereses superiores, como son los de la familia como organismo, no los particulares del individuo.”⁽⁴⁾

La primacía del interés social sobre el individual, que impone fortísimas limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad. “Mientras en las demás ramas del Derecho Privado el ordenamiento lo que mira es el interés 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

⁽³⁾ Ruggiero: loc. cit. en la nota anterior.

⁽⁴⁾ Ruggiero: loc. cit. en la nota anterior, pág. 660.

interés familiar exige y recibe protección un interés más alto: el del Estado, cuya fuerza de desenvolvimiento y vitalidad depende de la solidez del núcleo familiar.⁽⁵⁾

De las características expuestas derivan las siguientes consecuencias, que concretan la naturaleza y la estructura de las normas y relaciones jurídico-familiares:

1º Las normas reguladoras del Derecho de Familia tienen, por lo general, la consideración de *normas de orden público* y son, como tales, imperativas e inderogables: es la ley exclusivamente, y no la voluntad del particular, la que regula el contenido, extensión y eficacia de las relaciones familiares. Aun cuando el nacimiento de la relación familiar dependa de la voluntad de los individuos (como sucede en el matrimonio, la adopción, el reconocimiento de hijos/as extramatrimoniales), los individuos serán libres de hacer surgir o no la relación, pero no pueden alterar su regulación legal, salvo en términos muy reducidos y excepcionales.⁽⁶⁾

2º Mientras que los derechos patrimoniales -observa Dusi-⁽⁷⁾ se asientan sobre una base de igualdad entre las partes, los de familia, por el contrario, se refieren a *relaciones de superioridad* y *relativa dependencia* que, análogamente a las que existen entre el Estado y los ciudadanos, se forman en el seno de la familia; de aquí los institutos de la patria potestad y de la autoridad tutelar.

3º Exceptuados los aludidos derechos de potestad, los demás derechos familiares son recíprocos: así, los cónyuges tienen entre sí los deberes de fidelidad, cohabitación y mutuo auxilio (Código Civil art. 198), y así también son, por lo general, recíprocos los derechos patrimoniales derivados del estado de familia y el derecho a los alimentos.

4º Las relaciones de familia son, en gran parte, a la vez *derechos y deberes*; es esto evidente en las nombradas relaciones de potestad (patria potestad y tutela), en las cuales el derecho está concedido, en general, como medio para el cumplimiento del deber.

5º Los derechos de familia son en sí, y por regla general, *inalienables, intrasmisibles, irrenunciables e imprescriptibles*. Así, no se pueden transferir ni renunciar las potestades familiares, ni siquiera los derechos patrimoniales van unidos a ella, por ejemplo, el derecho a los alimentos.

6º Siendo el estado de familia una cualidad permanente de la persona, ni él ni los actos que le hacen nacer pueden, por lo general, sujetarse a *condición o término*.

7º No se aplica, por lo general, a los actos constitutivos del Derecho de familia el principio de la *representación*, aunque, por excepción, en algunas legislaciones, como la canónica y la española, se admite el matrimonio por poder.

Autonomía del Derecho de Familia

Tradicionalmente se ha venido incluyendo el Derecho de Familia dentro del Derecho privado. Pero en el siglo XX adquirió gran resonancia y buen número de adeptos la posición del que fue profesor de Bolonia, Antonio Cicu, que en varios interesantes

⁽⁵⁾ Ruggiero: loc. cit. en la nota anterior, pág. 661.

⁽⁶⁾ Acerca del interés público en el Derecho de Familia y la falta de autonomía de la voluntad en el mismo, véase Beltran De Heredia, José: "La doctrina de Cicu sobre la posición sistemática del Derecho de Familia", en Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Derecho de Familia, Reus SA, Tº V, volumen 1, Relaciones conyugales, duodécima edición, Madrid, 1994, pág. 58.

⁽⁷⁾ Dussi: *Istituzioni*, 5ª ed, vol. 1, *29, pág. 171.

estudios⁽⁸⁾ sostiene insistentemente que es contrario al criterio de incluir el Derecho de Familia en el Derecho Privado, pues la relación jurídica familiar tiene las características de la relación de Derecho público (interés único superior y voluntades convergentes a su satisfacción). Por ello, se muestra partidario de una sistematización del Derecho familiar sobre bases autónomas, con perfecta separación del Derecho privado y con construcción afín a la del Derecho público.

La doctrina de Cicu alcanzó en su día considerable resonancia y, aunque -dentro y fuera de Italia- se le hayan formulado amplias objeciones, no ha dejado de influir en algunos aspectos del enfoque actual del Derecho de familia.

El problema de la naturaleza de este Derecho depende de la opinión que se sustente respecto de la distinción entre las dos clásicas ramas del Derecho. Si se basa dicha distinción en un punto de vista *funcional*, en la posición de dependencia o de autonomía que el individuo tiene en el Estado, podrá tener razón el profesor italiano. El Derecho de familia estará dentro del Derecho público o se aproximará a él, porque en sus relaciones y normas predomina el principio de dependencia al fin sobre el de autonomía de la voluntad individual. Pero, si conforme a la posición doctrinal que tiene hoy bastante predominio que nosotros aceptamos se pone, con un criterio *subjetivo*, la nota diferencial en la condición de los sujetos de las respectivas relaciones, no cabe duda que el Derecho familiar formará parte integrante del Derecho privado, puesto que la familia no tiene hoy el carácter de corporación o ente colectivo público investido de *imperium*.

Sin dar demasiada importancia al problema de la catalogación del Derecho de familia, en un momento en que la distinción del Derecho público y privado sufre acentuada crisis y ya no se suelen considerar ambos términos como divisiones tajantes, sino como conceptos de gran relatividad y que en la vida práctica se presentan con frecuencia en situación de mezcla y desplazamiento recíproco, creemos, de todos modos, que pueden aceptarse, como más seguras, las siguientes conclusiones:

1ª - Que las normas del Derecho de familia tienen algunos rasgos coincidentes con las del Derecho público, pero no entran dentro de este último sistema.

2ª - Que el sentido preceptivo y no meramente supletorio de las normas del Derecho de familia se manifiesta también en muchas instituciones que forman parte del Derecho privado; por otra parte, no deja de tener sus excepciones dentro del Derecho familiar, que mantiene una posición de libertad en la constitución de muchas relaciones de índole personal (el matrimonio, la adopción, el reconocimiento de hijo).

3ª - Que aunque la tesis de Cicu peca en algunos puntos de exagerada, sobre todo en términos de Derecho constituido, ya que ha hecho notar algún contradictor que su idea central de que los componentes de la familia no tienen intereses propios relevantes y el Derecho, sólo ha de considerarlos como órganos de la entidad familiar, la cual tiene la misión de realizar un fin o interés superior, no siempre está de acuerdo con las soluciones de la ley, hay que reconocer que tiene razón, cuando menos, en lo esencial de su apreciación sobre las particularidades que ofrece el Derecho de familia, destacándolo de las demás ramas del Derecho privado.

⁽⁸⁾ Cicu, Antonio: *Lo spirito del Diritto di famiglia*, Macerata, 1914; *Il Diritto di famiglia*, Roma, 1915; *La filiazione*, Milán, 1917.

4ª - Que no obstante la relativa autonomía que pueda y deba concederse al Derecho de familia dentro del Derecho privado, no es conveniente separarlo de las demás ramas de este último que integran el Derecho privado patrimonial, rompiendo la actual unidad científica del Derecho civil, pues las relaciones familiares, por muy salientes que sean sus rasgos distintivos, van íntimamente enlazadas con las relaciones individuales de carácter patrimonial. La capacidad, la tutela, el régimen económico del matrimonio son zonas en las que el Derecho de familia y el Derecho patrimonial aparecen unidos en indisoluble consorcio.

Las normas del Derecho Privado y el Derecho de Familia

Las normas del Derecho privado sirven: a) para cohesionar los grupos; b) para debilitar la formación de los grupos porque se los considera inconvenientes, apareciendo en estos casos prohibiciones de actuación directa o limitaciones de sus actividades mediante restricciones o recortes en los derechos; c) para compatibilizar la actuación del grupo con los bienes públicos, con la sociedad, indicando parámetros de ilicitud de la actuación grupal; d) finalmente, hay otros tipos de normas que se centran en la protección del individuo integrante de grupos, garantizando su derecho de acceder al grupo o permanecer como miembro.

En el Derecho de familia encontramos que predominan las normas prohibitivas, tales como que para entrar en el grupo no sólo hay que reunir los requisitos de compartir el fin o tener la característica determinante, sino carecer de alguna propiedad no querida por el grupo⁽⁹⁾ (por ejemplo los impedimentos matrimoniales).

Las normas que tienden a la cohesión del grupo familiar son aquellas que establecen la igualdad de la filiación matrimonial, extramatrimonial y adoptiva; el establecimiento de la patria potestad compartida (ya que elimina la discriminación entre los progenitores) y la igualdad en la administración de los bienes gananciales, entre otras.

En otros casos el Derecho adiciona algún beneficio que le es negado a quienes no reúnen algunas condiciones, por ejemplo, no se permite el matrimonio de homosexuales, pero no se prohíbe su unión.

Es por ello que se sostiene que el Derecho privado "... debe poner más atención a la estructura que sustenta la aplicación de los derechos subjetivos, y contemplar cómo actúan aquellos que se ven directamente afectados a fin de incentivarlos para que incidan favorablemente.

... es necesario que el entorno legislativo de la familia cambie su sistema de incentivos a fin de favorecer el contexto en que ella se desempeña".⁽¹⁰⁾

El Poder Legislativo y el Ejecutivo tienen el deber de diseñar políticas jurídicas abiertas a todos los individuos que reúnan una serie de requisitos que el Estado pueda disponer y variar con los tiempos,⁽¹¹⁾ pero que deben tener el suficiente grado de generalidad para no afectar la igualdad o ser discriminatorios.

⁽⁹⁾ Lorenzetti, Ricardo: "Teoría General del Derecho de Familia: El conflicto entre los incentivos individuales y grupales", en *Libro de Ponencias Congreso Internacional La persona y el Derecho en el Fin de Siglo*, 1996, Santa Fe, Comisión III, pág. 179.

⁽¹⁰⁾ Lorenzetti, R.: loc. cit., nota nro.9.

⁽¹¹⁾ Conf. Nota Velez Sarfield al art. 159 del Código Civil.

Por otro lado, el individuo tiene derecho a esas políticas; por ello, se reconoce el derecho a la identidad del menor, el derecho a contraer matrimonio, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos, sin que el establecimiento de los mismos pueda violar la igualdad o sean discriminatorios.

El Derecho debe permanecer abierto a los cambios y como éstos se producen muy lentamente, no es el Derecho quien tiene que cambiar, sino que es la sociedad quien debe alcanzar un nivel de consenso necesario para admitir esos cambios (por ejemplo, la regulación del concubinato).

Codificación Supranacional del Derecho de Familia

Existe en nuestro tiempo una tendencia hacia la "unidad del mundo", en el sentido de aspiración a lo que Carl Schmitt llama "la organización unitaria del poder humano, que tendría por objeto planificar, dirigir y dominar la tierra y la humanidad toda".⁽¹²⁾

Aparte de esa aspiración extrema, acaso utópica, se manifiestan intentos más limitados -aunque también ambiciosos y no exentos de dificultades- en pro de concretas integraciones a nivel continental de grupos de países que hoy constituyen Estados nacionales.

La unificación jurídica se ha definido como el resultado de un esfuerzo conjunto de ciertos grupos de Estados que tienden a realizar una uniformidad de reglamentación en materias determinadas al impulso de necesidades prácticas, y con vistas a facilitar especialmente el desarrollo de las relaciones internacionales.⁽¹³⁾ Pero, no todas las materias se prestan igualmente para la unificación. Veamos qué pasa con el Derecho de Familia.

El Derecho de Familia, por sus caracteres especiales, se apoya más que otras disciplinas jurídicas en consideraciones morales y religiosas, como también en otras disciplinas tales como la psicología, la sociología, la historia y la antropología. La religión predominante en un país, la tradición del mismo y su sistema de valores, son factores que influyen en la regulación positiva que habrá dado a su Derecho de familia. Transformar esa regulación en otra que responda en todo o en parte a principios diferentes para uniformarse con otros países integrantes de una Comunidad (ej. los países integrantes del MERCOSUR), que pueden pertenecer al mismo "sistema jurídico" o misma "familia de derecho",⁽¹⁴⁾ representa un sacrificio al que muchos rehúsan someterse. Baste pensar en temas como el matrimonio, la filiación, el divorcio, la patria potestad: las importantes diferencias que en ellos ofrecen todavía las legislaciones de países vecinos no son sencillas de salvar.

La dificultad o imposibilidad de unificar los ordenamientos familiares no quiere decir, empero, que no sea preciso suavizar las diferencias y encontrar fórmulas de compromiso o reglas comunes que faciliten en lo posible las relaciones, realmente crecientes, entre personas y familias sujetas a ordenamientos distintos. En este sentido plantea con acierto la

⁽¹²⁾ Schmitt, Carl: *La unidad del mundo*, 2ª edición, Atenero, Madrid, 1956, pág. 16.

⁽¹³⁾ Unidroit: *et l'unification du Droit privé*, Institut International pour l'Unification du Droit Privé, Roma 1962, pág. 3.

⁽¹⁴⁾ Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tº V Derecho de Familia*, volumen primero Relaciones Conyugales, duodécima edición, Reus S:S: Madrid, 1994, pág. 69, párrafo 7.

cuestión Manuel de la Cámara cuando, tras afirmar que “resulta inconcebible que el Derecho de Familia o el sucesorio, tan condicionados por la idiosincracia propia de cada pueblo, puedan ser uniformados”, añade: “No obstante, sería imprudente confundir la unificación -desde luego inalcanzable- con la aproximación. Una cosa es hacer tabla rasa de las peculiaridades locales... y otra que no puedan suavizarse las diferencias abismales que todavía separan las legislaciones de algunas naciones con un trasfondo cultural común”.⁽¹⁵⁾

En países de población joven como los de América Latina y el Caribe, los servicios de protección de la familia, como el ordenamiento jurídico e institucional que les sirve de base, han de ser instrumentos eficaces para lograr su plena integración y participación en la sociedad. La búsqueda de canales idóneos para que así suceda es una responsabilidad de los gobiernos y de las organizaciones internacionales que desarrollan programas en esas áreas.

Al analizar las distintas legislaciones -en particular, las correspondientes a pueblos de culturas afines-, hallamos principios comunes y soluciones progresistas, que en virtud de su estudio y divulgación se transforman en normas jurídicas concretas en otras áreas geográficas. En nuestra sociedad de crecimiento y cambio, el derecho es un instrumento idóneo para este último. La norma jurídica siempre constituye una respuesta a ciertos acontecimientos sociales, económicos, culturales e incluso políticos, y es dable observar cierto paralelismo entre la evolución de las instituciones jurídicas y el desarrollo de dichos acontecimientos. Sin embargo, a pesar de la interacción entre lo social y lo jurídico - lo cual explica la vigencia del derecho-, hallamos situaciones en que media cierto divorcio entre la legislación y la realidad social: países poco desarrollados que cuentan con instrumentos jurídicos avanzados, y a la inversa.

En este panorama de antecedentes, cobra especial relieve la corriente del derecho internacional humanitario que conforma, tanto en lo regional como en lo universal, un marco jurídico vinculante en cuestiones fundamentales relacionadas con el niño/niña y la familia.⁽¹⁶⁾

El análisis de la legislación sobre la familia, tanto en el ámbito americano como en el mundial, ofrece un amplio campo para la formulación de interesantes reflexiones que atañen a la sustancia jurídica y a los valores comprometidos en ellas, cuyo estudio, a causa de las nuevas manifestaciones normativas, se halla en constante elaboración. En los países del continente se ha forjado una corriente de los derechos de la infancia que está afianzada, y que presenta manifestaciones importantes en el ámbito de la legislación nacional e internacional de la región.

El Consejo de Europa, en relación con el Derecho de Familia, utiliza una metodología que varía en función del grado de homogeneidad de la estructura social que trata de disciplinar. En unos casos se tratará de buscar normas *armonizadoras*, allí donde la diversidad del tejido social impide soluciones idénticas como ocurre en ciertos ámbitos del derecho matrimonial, mientras que en otros se tenderá a buscar *reglas comunes*. Aparentemente el criterio formal de esa metodología podría verse en la opción por la vía de las Recomendaciones o de los Convenios. “Esta hipótesis, sin embargo, no se verifica tras el análisis de ambos bloques de textos, puesto que encontramos reglas comunes contenidas en

⁽¹⁵⁾ De la Cámara, Manuel: *Reflexiones sobre la filiación ilegítima*, Edersa, Madrid, pág. 39.

⁽¹⁶⁾ Convención sobre los Derechos del Niño (UNICEF, 1989); Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, 1969); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Naciones Unidas, 1966).

Recomendaciones, mientras que a la inversa, en muchos Convenios, las reservas de orden doméstico son de tal magnitud que no se puede hablar de un régimen europeo idéntico.”⁽¹⁷⁾

En este proceso legislativo ha irrumpido la Convención sobre los Derechos del Niño, inaugurando una nueva concepción de éstos e imponiéndoles a los Estados obligaciones concretas de revisar sus políticas sociales y jurídicas, para acomodarlas a los principios y derechos que aquélla consagra. Diversos acontecimientos ocurridos en los últimos treinta años - gobiernos de fuerza, aumento de las violaciones de los derechos humanos, niveles agudos de pobreza- hicieron que la cuestión de los derechos del niño dejara de ser un asunto de exclusivo interés doméstico, para transformarse en un problema de interés internacional.

En el sistema interamericano se ha desarrollado un derecho internacional sobre la niñez, que es a partir de donde se comienzan a buscar las normas armonizadoras, traducido en la firma de cuatro convenciones interamericanas: Adopción de Menores, Restitución Internacional de Menores, Obligaciones Alimentarias y Tráfico Internacional de Menores, suscritas en el marco de la III^o, la IV^o y la V^o Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP) realizadas, respectivamente, en 1984, 1989 y 1994, en La Paz, Montevideo y México.

En el ámbito bilateral, hay convenios sobre protección internacional de menores suscritos por el Uruguay con la Argentina(1981), con Chile (1981) y con Perú (1985), y sobre obligaciones alimentarias, entre el Uruguay y el Perú (1985) y el Uruguay y España (1992).

También, encontramos otras convenciones internacionales referidas a los Derechos Humanos que van normando en forma armónica un nuevo modelo familiar, tal como la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que establece que “Toda persona tiene derecho a construir una familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella” (Art. VI) y “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño tienen derecho a protección, cuidado y ayuda especiales”.

Marca un hito histórico la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena (1993) que proclamó que “Los derechos humanos de las mujeres y las niñas son parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos universales” (part. 18); finalmente, mencionaremos la Convención Internacional para la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer.

Esta normativa de derecho internacional conforma una corriente de codificación consolidada en la materia que presenta características armónicas entre las distintas legislaciones, innovando en soluciones del derecho convencional tradicional. Las innovaciones han tenido por finalidad arbitrar medios ágiles para lograr una efectiva protección del grupo familiar.

⁽¹⁷⁾ De Miguel Zaragoza: *La acción del Consejo de Europa en el campo del Derecho de familia*, en “I”, núm.4 (1985), pág. 42.

Reformas del Derecho de Familia en las legislaciones actuales

Durante los últimos años se ha producido en el mundo un fenómeno –que tiene extensión creciente– de realización de reformas profundas en las legislaciones positivas sobre Derecho de Familia. Dichas reformas se llevan a cabo, en ocasiones, aprovechando la oportunidad de promulgación de Códigos civiles nuevos; otras veces, por el cauce de leyes que introducen modificaciones sobre la materia en los Códigos civiles vigentes, remozándolos así en esta área; y a veces también – lo que ofrece especial interés– a través de elaboración de Códigos de Familia, separados ya de los Códigos civiles generales y consagrados a la autónoma regulación de esta rama. Veamos algunas de las reformas realizadas por unos u otros cauces.

Países que han promulgado Códigos de Familia o Códigos del Menor. Varios son los Estados que han optado por promulgar Códigos independientes para el Derecho de familia, desglosándolo así de los Códigos civiles en que venía incluido. En el orden teórico puede apoyarse en la pretendida autonomía del Derecho de familia⁽¹⁸⁾ o en la tendencia doctrinal a la distinción entre los derechos patrimoniales y extrapatrimoniales.⁽¹⁹⁾ Desde un punto de vista pragmático, la justificación de esos cuerpos legales puede radicar en el deseo de disponer de una fuente formal que organice de modo directo las instituciones referentes a la familia.⁽²⁰⁾

De hecho, proliferaron los Códigos de Familia tras la Revolución soviética y a lo largo de las décadas siguientes en los países de la Europa que se llamó del Este. También Cuba promulgó un Código de Familia inspirado en principios socialistas.

Al margen de estos Códigos, han surgido algunos cuerpos legales del mismo tipo, aunque no están basados en los mismos principios, tales como en Suecia, Bolivia, Costa Rica, Honduras, Méjico.

Países que mantienen el Derecho de familia en los códigos civiles: Otros Estados han llevado a cabo la reforma del Derecho de familia en ocasión de la promulgación de un nuevo y completo Código Civil, dentro del cual vienen reguladas e integradas, como es tradicional, las instituciones del Derecho de familia. Este es el caso de Etiopía, Portugal, Perú y Paraguay.

En Europa, Francia, España e Italia proceden a la reforma del Derecho de familia a través de leyes especiales directamente encaminadas a ella y modificadoras parcialmente del Código Civil.

En nuestro país se ha ido reformando parcialmente el Código Civil, reformas algunas que se refieren exclusivamente al Derecho de Familia, tales como las leyes 17.711, 23.264, 23.515, 24.779, entre otras.

⁽¹⁸⁾ Acogió esta justificación la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea de Costa Rica al aprobarse el Código de Familia de 1973 de aquel país, al que luego se alude. Véase el dictamen de Mayoría Afirmativa, en Alcance nro. 119 a la Gaceta nro. 159, San José (Costa Rica), 7 de septiembre de 1973, pág. 4322.

⁽¹⁹⁾ Moisset de Espanés: *Notas sobre la metodología del Anteproyecto del Código Civil para el Uruguay y la del Código Civil Argentino*, Córdoba, 1968, pág. 4.

⁽²⁰⁾ Czachorski: "Observations préliminaires concernant le droit de la famille", en el volumen *Introduction aux droits socialiste*, Akadenuau Kiadó, Budapest, 1971, pág. 519.

Conclusión

Inicialmente, la familia es un grupo y una institución que merece únicamente el calificativo de "social". Sin embargo, como el ordenamiento jurídico se ocupa de ella, la organiza y la hace objeto de una reglamentación legal, es una institución jurídica. Y puede ocurrir, desde el punto de vista legal, que no coincida plenamente lo que socialmente se considera como familia con lo que recibe esta denominación. El hecho de que exista una reglamentación legal de la familia y de que la familia sea una institución jurídica no nos debe llevar a un panjuridicismo de manera que pensemos que sólo es familia lo que el Derecho regula, y que el Derecho regula todos los aspectos de la relación familiar. El Derecho no regula la totalidad de los aspectos de la institución y de la vida familiar. Incluso cuando existe una regulación del Derecho, las situaciones concretas y los concretos conflictos no siempre se resuelven recurriendo al Derecho. Las familias y sus integrantes se mueven con frecuencia en función de pautas, reglas o impulsos que no son jurídicos. Es muy grande la fuerza de las creencias y los usos, si bien es cierto también que la existencia de unas u otras reglas jurídicas ejerce una notable presión y un influjo a veces sólo indirecto y difuso sobre el grupo familiar, contribuyendo a dibujar el perfil con que este grupo queda configurado.

Como es sabido, la mayor parte de las normas del Derecho de Familia es imperativa. Esta postura es la tradicional. Frente a ella aparecen nuevas corrientes doctrinarias que van permitiendo un mayor ámbito de acción de la autonomía de la voluntad en el campo jurídico-familiar. Este hecho obedece a la concurrencia de factores significativos: el primero es el tránsito histórico de la familia patriarcal y jerarquizada a la familia igualitaria y asociativa, que permite que sus miembros, menos subordinados y más coordinados, establezcan entre sí pactos o estipulaciones; el segundo sería que, coexistiendo en la fase de crisis los modelos tradicionales de familia con otros que pugnan por abrirse paso, se establece necesariamente un pluralismo y un abanico de opciones y hay que permitir a los interesados la elección para que ajusten su vida familiar a uno u otro modelo; el tercer factor puede ser la pérdida de importancia social de las condiciones familiares en relación con los estados civiles, y una cierta tendencia a convertir el tema familiar en un tema privado sin trascendencia social.

El actual sistema es individualista y nada se interpone entre el individuo y el Estado. Una de las finalidades básicas del Estado es que los ciudadanos desarrollen libremente su personalidad y la familia sólo tiene sentido dentro de este cuadro, lo que conduce a una privatización de los fenómenos familiares y, al mismo tiempo, a una disminución de los sectores que pueden ser considerados como de orden público. Quiere ello decir que la voluntad individual encuentra una nueva fuerza para configurar la vida familiar y para poner fin a los conflictos que en ella se pueden plantear.