



MODERNAS TENDENCIAS DEL DERECHO DE FAMILIA

*Dr. Ubaldino Calvento Solari.
Encargado de Estudios Jurídicos y Sociales
Instituto Interamericano del Niño (O.E.A.).*

I) INTRODUCCION:

1. Cabría preguntarse por qué en nuestros cursos o seminarios, que preferentemente tienen por objetivo abordar los aspectos de la amplia temática del menor que se encuentra en situación irregular, dedicamos un tema al estudio del Derecho de Familia y más concretamente, a las modernas tendencias del Derecho de Familia.

2. Debe tenerse presente que tan importante es el estudio del menor que se encuentra en situación irregular y que posee familia, como el de aquel que carece de familia. En ambas hipótesis el menor es una figura relevante y de interés prioritario. Los Estados deben desarrollar una política tendiente al fortalecimiento de la familia, porque sólo a través de ella será posible lograr la más eficiente y correcta protección del individuo y principalmente como medio para prevenir situaciones de conflicto familiar y social. Pero tampoco debemos ignorar la situación corriente del menor abandonado, en peligro o infractor, que carece de familia. En estos casos el interés inmediato y la actividad del Estado debe centrarse en la protección del menor como sujeto prevalente de derechos, independientemente de los planes a cumplir a nivel familiar.

3. La consideración del tema familia desde una perspectiva sociológica y normativa presenta en nuestro campo una doble importancia y de ahí que incluyamos su estudio.

4. En primer lugar, la familia tiene importancia cuando estudiamos los factores que determinan la conducta antisocial de los adolescentes y jóvenes. Hoy se encuentran superadas aquellas concepciones que intentaban explicar la conducta desviada por la herencia. Las experiencias efectuadas por Bowlby y los esposos Glueck son bien conocidas y pusieron de manifiesto que la anormalidad de la relación materno-filial en los primeros años de vida del niño, ya sea en los casos de privación maternal absoluta, como cuando la actitud de la madre hacia el niño es desfavorable, encuentran entre las primeras de las diferentes causas que dan origen a perturbaciones mentales en el niño e incluso determinan el desarrollo de una personalidad delincuente.

Por consiguiente, y con respecto a los menores, destácase en el marco socio-cultural predisponente hacia la antisocialidad, por su excepcional importancia: la familia. Esta constituye el medio ambiente en que el ser humano se va tornando apto para la vida en sociedad; donde el niño debe aprender las normas y valores de la sociedad en que vive; y la cual juega un rol determinante en el desarrollo de su personalidad, de sus aptitudes y comportamiento.

Es en el escenario restringido del hogar donde corresponde aprenda a respetar los derechos y propiedades de los otros y se forme el sentimiento de cooperación y mutua ayuda.

5. En segundo lugar, la institución familia reviste particular importancia en el área del trata-

miento de los menores con problemas de conducta, como asimismo frente al menor abandonado.

Modernamente los autores se preguntan qué beneficios han reportado para los delincuentes adultos los sistemas basados en la privación de la libertad. Las orientaciones actuales del derecho penitenciario tienden a la utilización del medio abierto en la readaptación social de los delincuentes. El sistema progresivo es un ejemplo de esta tendencia.

Si estas transformaciones se vienen operando en el terreno de los adultos, con mucha mayor razón debe suceder lo mismo tratándose de adolescentes y jóvenes.

El instituto de la libertad vigilada para menores de edad, encarado como sistema de tratamiento y opuesto al tratamiento institucional, trata de obtener la rehabilitación del menor sin segregarlo del medio familiar y social, utilizando los beneficios insustituibles que el hábitat natural ofrece al hombre para su crecimiento y desarrollo.

6. De la misma forma, frente al menor abandonado, corresponde también poner en funcionamiento los distintos mecanismos posibles para integrarlo a un hogar estable: adopción, colocación familiar, etc., institutos que suponen la utilización de la familia como marco para la adecuada socialización del niño.

II) FUNCION DE LA FAMILIA.

1. Algunos antropólogos, como Margaret Mead, se preguntan si la familia ha de sobrevivir. Una serie de acontecimientos como la rebeldía estudiantil, jóvenes que adoptan formas de vida comunitaria, parejas que viven juntas sin estar casadas, ponen en entredicho el significado mismo y la estructura de la unidad de la familia en la forma como nuestra sociedad la ha conocido. Algunos datos que proporcionan las estadísticas sobre divorcio parecen confirmar esta preocupación. Es sin duda alarmante el aumento cada día mayor del número de divorcios en todos los países al extremo de que hay quienes llegan a decir que actualmente constituye excepción el matrimonio permanente y de por vida.

Preguntarse si la familia ha de sobrevivir, es como preguntarse si el hombre o la sociedad han de sobrevivir. No cabe duda que la familia seguirá existiendo. La cuestión radica en si podrá sobrevivir con éxito en su forma actual, para lo cual

parece de toda evidencia que necesita del apoyo del Estado.

2. A través de la historia puede apreciarse que la familia ha sufrido muchos embates, a pesar de los cuales la institución ha salido fortalecida. Si examinamos la evolución de la legislación de los países socialistas, comprobamos que en una primera época y por razones ideológicas, se trató de debilitar la posición de la familia, por considerársela un obstáculo en las relaciones del individuo con el Estado. Sin embargo, la reacción no se hizo esperar. La propia U.R.S.S., que en un primer momento sancionó el divorcio con la máxima amplitud a través del Código de la Familia de 1918, dictó posteriormente en 1944 una legislación restrictiva del mismo, llegando a castigar con una especie de multa civil al esposo que deseaba obtener el divorcio. El abandono de la teoría de la libre disolubilidad del matrimonio indica, en éste como en otros campos, la vuelta al reconocimiento de una institución social y legal indispensable en toda sociedad ordenada. Algo análogo sucedió en materia de investigación de paternidad, la cual se ha visto limitada, en defensa de la familia basada en el matrimonio.

III) TRANSFORMACIONES DEL DERECHO DE FAMILIA. FACTORES.

1. El Derecho de Familia constituye una de las ramas del Derecho que en los últimos tiempos ha sufrido mayores transformaciones, algunas muy profundas y hasta espectaculares. Las innovaciones operadas en el campo económico, social, moral y aún político han tenido gran influencia en sus modernos desarrollos.

La familia del Consulado era un grupo autoritario, profundamente influido por el recuerdo de la familia patriarcal romana y sometida a la autoridad absoluta e indiscutible del jefe de familia. La patria potestad y la potestad marital, pilares fundamentales de ese derecho, le aseguraban una completa hegemonía. La evolución legislativa iniciada ya en el siglo XIX y completada en nuestro siglo, ha tendido a restringir esta doble autoridad.

2. Las transformaciones operadas en el ámbito del Derecho de Familia han obedecido a una serie de factores, destacándose como más importantes los siguientes:

A) Consagración de los derechos individuales y sociales. La mayoría de las constituciones de los países hoy incluyen principios relativos al orden individual y social. Principalmente, a partir de la Constitución de México de 1917, los países americanos empezaron a incorporar a sus textos constitucionales los llamados "derechos sociales", como son los relativos a la protección del niño y la familia, normas sobre salud, educación, seguridad social, matrimonio, unión de hecho, filiación, paternidad, etc. Esta corriente impregnada de una filosofía individual y social destaca la libertad del individuo frente a la indisolubilidad del estado civil matrimonial. También destaca una mayor liberalización en la posición jurídica y social de la mujer que es una de las principales protagonistas del Derecho de Familia.

B) Los progresos tecnológicos y científicos que han transformado la estructura social, económica y jurídica de la sociedad, y el Derecho no ha quedado ajeno a esos cambios.

C) Los progresos de la Medicina, que hacen posible el control de la natalidad, la inseminación artificial y más modernamente la fecundación fuera del útero.

Aún cuando se conocen desde antiguo, procedimientos para controlar la natalidad, sólo en años recientes es que se han convertido en medios practicables para controlar la procreación de hijos. En el mundo occidental, las técnicas de control de la natalidad se encuentran muy extendidas, aceptándose ampliamente la filosofía de la planificación familiar, aún cuando existen discrepancias acerca de los medios para hacerla efectiva.

La legislación de familia no ha quedado ajena a estos progresos y con relación a la inseminación artificial ha incorporado disposiciones, como sucede en el moderno Código de la Familia de Costa Rica, cuyo artículo 72 establece: *"La inseminación artificial con semen del marido, o de un tercero con el consentimiento de ambos cónyuges, equivaldrá a la cohabitación para efectos de filiación y paternidad. Dicho tercero no adquiere ningún derecho ni obligación inherente a tales calidades"*.

D) La situación del Estado benefactor moderno, que hace nuevas y crecientes exigencias a la familia, asumiendo paralelamente también muchas obligaciones hacia ella. Las contingencias a que está sujeto el grupo familiar paulatinamente son

cubiertas por la Seguridad Social, lo cual incide en los planteos tradicionales del derecho de familia.

E) Socialización del Derecho de Familia. Las legislaciones americanas bajo la influencia del Código Civil francés y español, habían estructurado la familia en función de la persona de su jefe y del carácter absoluto de las prerrogativas que le eran concedidas. Frente a ese sentido individualista del derecho tradicional, se afirma hoy el carácter social de los derechos. Modernamente la sustitución de la idea de los "derechos poderes" por la de los "derechos funciones" parte de la base de que los derechos y privilegios que informan algunas instituciones de familia, sólo se otorgan en cuanto sirve a su titular para facilitar el ejercicio de las cargas y responsabilidades familiares.

F) Publicización del Derecho de Familia.

1. En una primera época la intervención de la autoridad, del órgano jurisdiccional, en la vida de la familia, se limitaba a casos excepcionales, pues solamente lo hacía en los casos más extremos y para pronunciar la disolución del vínculo matrimonial o la separación de cuerpos. Sin embargo, hoy las legislaciones prevén una mayor intervención de los magistrados en el ámbito de la familia, ya sea para actuar como árbitros en los conflictos entre marido y mujer, ya sea para mantener el orden familiar.

2. La ley francesa de 1970 sobre autoridad parental bajo el título de la Asistencia Educativa, establece la posibilidad de adoptar medidas judiciales de asistencia educativa, cuando la salud, la seguridad, la moralidad o educación del menor están comprometidas, medidas que pueden ser decretadas de oficio, a solicitud conjunta de los padres o de uno de ellos o del Ministerio Público. Además, el ejercicio conjunto de la patria potestad y de la dirección de la familia —tendencia actual— puede traer aparejadas desintelencias entre los cónyuges sobre ciertos aspectos de su gestión y relacionadas a la formación y educación de los hijos o al manejo del hogar. También en estos casos la autoridad judicial es llamada a colaborar y decidir en la solución de los conflictos.

3. Igual tendencia se observa en los Códigos de Familia de Bolivia y Costa Rica, regulándose en el primero la intervención del tribunal de familia en los llamados "desacuerdos entre cónyuges".

4. Si bien en el derecho positivo latinoamericano no encontramos una fórmula tan amplia como la preconizada por la legislación francesa, en materia de poderes del magistrado de menores o de familia, las legislaciones prevén en mayor o menor grado, que la autoridad judicial asuma un rol dinámico con relación a los asuntos familiares. El Código del Niño del Uruguay, al enumerar las atribuciones del Juez de Menores, establece en su art. 113 que le corresponde, entre otros cometidos: *"Ejecutar todos los demás actos que fuesen pertinentes para la protección de los menores, como lo haría un buen padre de familia"*. Esta norma concede al Juez de Menores poderes discrecionales, pudiendo de esta manera apreciar la oportunidad y conveniencia de las medidas proteccionales a adoptar: facultades que de acuerdo a los principios del Derecho Administrativo corresponden en general a los jerarcas de la administración. Desde luego, que discrecionalidad no significa ilegalidad, ya que la actuación siempre deberá ser conforme a las normas.

También el ya citado Código de la Familia de Costa Rica, refiriéndose a la salud del menor, preceptúa en el art. 131: *"Cuando sea necesario una hospitalización, tratamiento, o intervención quirúrgica decisivos e indispensables para resguardar la salud o la vida del menor, queda autorizada la decisión facultativa pertinente, aún, contra el criterio de los padres"*.

5. Otro ejemplo de este creciente intervencionismo de la autoridad en los asuntos de la familia, está dado por el Instituto de Libertad Vigilada para menores de edad. La Libertad Vigilada para menores de edad —Instituto de Derecho de Menores— considerado como sistema de tratamiento en medio abierto, supone en su desarrollo más moderno la intervención de la autoridad en el seno de la familia. El Delegado de Libertad Vigilada, para cumplir cabalmente su función, debe asumir un rol activo en sus funciones, en base a los contactos y a la acción que debe desplegar con relación a los diversos círculos sociales en que transcurre la vida del menor sometido a ese régimen: familia, trabajo, grupo de amistades, escuela, centros culturales y deportivos, etc. El Delegado de Libertad Vigilada, vigila y eventualmente puede dirigir la educación del menor, influyendo sobre el núcleo familiar y demás personas que rodean al menor. Algunos autores como Veillard-Cybulski, han definido a este Delegado como "un educador en

medio abierto". En Francia, país donde se ha trabajado más sobre esta cuestión, el instituto recibe el nombre de "éducation surveillée", estando a cargo de un "éducateur".

IV. DERECHO DE MENORES Y DERECHO DE FAMILIA.

1. Deslindar las ramas del Derecho, circunscribiendo cada disciplina jurídica en su ámbito de acción, no es tarea fácil. A primera vista puede parecer confuso encontrar una zona de delimitación entre el Derecho de Menores y el Derecho de Familia, teniendo en cuenta que ambos en algunos aspectos de sus regulaciones parecen converger sobre las mismas materias.

El menor aparece en la preocupación del legislador en ambos derechos; sin embargo, la incidencia de sus respectivas normas no opera de la misma forma. El aspecto teleológico del Derecho de Familia y del Derecho de Menores, aparece diferente e informado por preocupaciones distintas.

2. En el Derecho de Menores la figura del "menor" aparece como sujeto prevalente de derechos, como motivo y fin de una especial normatividad. En el Derecho de Familia, el menor no ocupa una posición prevalente y su consideración resulta de ser integrante de un grupo, el grupo familiar; su protección se opera a través de la regulación específica de la familia y de los vínculos familiares.

El Derecho de Familia, en forma inmediata, tiene como objeto de estudio, la familia, aún cuando el menor como integrante de la misma no es ajeno a sus objetivos. La familia aparece entonces como una institución de especial protección para el Estado, por considerársela el núcleo primario y fundamental de la sociedad para el pleno desarrollo físico, mental, moral y social del individuo.

El Derecho de Menores, por el contrario, tiene como objeto inmediato al menor, pasando a un plano secundario el aspecto de familia, ya que su filosofía es la de ser eminentemente proteccional del menor, posea o no familia.

3. De esta forma el Derecho de Menores ha sido definido como *"conjunto de disposiciones que tiene por objeto reglar la actividad comunita-*

ria con relación al menor" (1), o "conjunto de normas jurídicas relativas a la definición de la situación irregular del menor, su tratamiento y prevención" (2).

Por su parte, el Derecho de Familia está representado por las normas jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de la familia, su constitución, desarrollo y extinción.

Como puede apreciarse, los elementos estructurales de ambas definiciones difieren.

4. Casi todas las ramas del Derecho contienen disposiciones que regulan aspectos de la persona o intereses del menor de edad, de ahí que resulta útil efectuar una delimitación del contenido del Derecho de Menores.

Algunos autores critican la existencia del Derecho de Menores como rama independiente aduciendo que "los intereses de los menores no son jurídicamente diferentes de los de la familia". De esta forma los "civilistas" resisten que se estudien dentro de aquella disciplina los principios e instituciones contenidos en el Derecho de Familia y Sucesiones y en la parte general del Derecho Civil; los "comercialistas" lo referente al estatuto del menor comerciante; los "penalistas" todo lo referente a la imputabilidad penal, tratamiento de menores autores de delitos; los especialistas del Derecho de Trabajo, lo referente a trabajo de menores, aprendizaje, etc.

5. El Derecho de Menores se ha ido elaborando paulatinamente y enriqueciendo por una legislación específica y por el aporte doctrinario de numerosos autores. Su objeto, el menor, presenta problemas propios y especiales distintos de los adultos y la necesidad de contar con normas e instituciones específicas que motivan la existencia de una legislación particular.

Por otra parte, existen una serie de principios generales cuyo punto de partida lo constituye la Declaración Universal de los Derechos del Niño, que han sido desarrollados por las legislaciones y que hoy son susceptibles de una sistematización. Esta sistematización ha cristalizado en numerosos países en la sanción de Códigos o Estatutos de Menores, modalidad no necesaria para que se configure la existencia y autonomía del Derecho de Menores.

Una de las características del actual desarrollo del Derecho de Menores es su tendencia a la codificación, ya que es posible agrupar en un cuerpo orgánico de normas, diversos aspectos de su estructura normativa, sin perjuicio de que dicha disciplina también se integre con leyes especiales. Numerosos países han seguido el sistema de la codificación, aunque no todos con la misma amplitud (Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Perú, Uruguay y Venezuela). Los más recientes Códigos son el de Ecuador, promulgado el 2 de junio de 1976, el de Bolivia de 30 de mayo de 1975 y el de El Salvador de 17 de enero de 1974.

6. Puestos de acuerdo de que el Derecho de Menores representa una coordinación sistemática de normas con relación a un dato central: la protección integral del menor, cabe preguntarse, si el Derecho de Menores se refiere al menor en general sin distinción, o al menor que se encuentra en determinada situación. Los autores divergen en esta cuestión.

A) Tesis Amplia.

1. De acuerdo a una tesis amplia, todos aquellos aspectos de la vida del menor que sean susceptibles de regularse jurídicamente integrarían el contenido del Derecho de Menores, es decir, que basta que de alguna forma esté comprometido el interés del menor para encontrarnos ante materia propia del Derecho de Menores. De esta manera, temas que hoy son estudiados por el Derecho Civil o el Derecho Laboral, pasarían a integrar nuestra disciplina.

2. En tal sentido y teniendo en cuenta el contenido amplio, se ha definido a este derecho como: "un conjunto de disposiciones que tienen por objeto regular la actividad comunitaria en relación con el menor". Conforme con este criterio están prestigiosos autores sudamericanos y las declaraciones del X Congreso Panamericano del Niño (Panamá 1955), de reglamentar todos los asuntos referentes a la protección integral de los menores partiendo desde su concepción biológica hasta su mayoría de edad en los aspectos moral, de salud,

(1) SAJON, Rafael. *Introducción al Derecho de Menores*, Montevideo, 1970.

(2) CAVALLIERI, Alyrio. *Direito do Menor*, Río de Janeiro, Freitas Bastos, año 1976.

social, educativo, de trabajo y legal: Por la amplitud de materias que comprende, el Código del Niño del Uruguay está en esta línea jurídica. En tal sentido también se orienta la Ley Tutelar de Nicaragua (1973). Su art. 70 prevé que el Derecho de Menores se integre con las normas que se refieren a menores contenidas en el Derecho Civil, Derecho Comercial y del Trabajo.

B) Tesis Restringida.

1. La posición, restringida identifica al Derecho de Menores con la situación de los menores infractores; sus normas se habrían segregado principalmente del Derecho Penal para constituir un derecho especial, el de los menores infractores, con principios y objetivos diferentes a los imperantes en el ámbito penal.

2. La concepción restringida fue el primer paso del actual desenvolvimiento del Derecho de Menores, ya que la primera preocupación en los albores de esta disciplina fue sacar al menor del Derecho Penal. Esta concepción también corresponde a aquellos autores que hablan de la existencia de un "Derecho Penal de Menores", posición a nuestro juicio equivocada y que encierra en sí mismo una negación de los principios que informan nuestra disciplina. El Derecho Penal, aún cuando se le quiera calificar "de Menores", descansa sobre bases sustancialmente distintas y reñidas con los criterios informadores y filosóficos del Derecho de Menores. La represión, la sanción y el carácter retributivo informan al Derecho Penal, mientras nuestra disciplina es proteccional y tutelar; la tutela y la reeducación sustituyen a la sanción.

3. La concepción restringida parece ser la que informa la Ley que crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito y Territorios Federales de México, de 26 de diciembre de 1973 y cuyo art. 2 expresa: *"El Consejo Tutelar interviendrá, en los términos de la presente Ley, cuando los menores infrinjan las leyes penales o los reglamentos de policía y buen gobierno, o manifiesten otra forma de conducta que haga presumir, fundadamente, una inclinación a causar daños, a sí mismo, a su familia o a la sociedad, y ameriten, por lo tanto, la actuación preventiva del Consejo"*.

Desde luego que la finalidad de la ley es emi-

nentemente proteccional y tuitiva de la persona del menor infractor, organizando todo un procedimiento y arbitrando medidas tendientes a la readaptación social del mismo; pero parece circunscribir su acción al caso del menor infractor.

4. El principal sostenedor de la tesis restringida es Philippe Robert en Francia que ha escrito una obra intitulada "Droit des Mineurs".

C) Tesis Intermedia.

1. De acuerdo con una tesis intermedia, estas posiciones no consultarían la naturaleza y origen del Derecho de Menores. La historia de esta rama del derecho no es más que la historia de las instituciones creadas, para la defensa y protección del menor que había delinquido, o que se encontraba en situación de abandono material o moral, en estado de peligro o víctima de delito, todas hipótesis en las cuales el menor se encuentra en una situación de conflicto. Este punto de vista aparecería corroborado con las tendencias que ofrece el derecho positivo, donde las soluciones legales se reducen a la protección del menor que se encuentra en "situación irregular" (Chile, El Salvador, Venezuela), o que es de "conducta irregular" (Bolivia, Ecuador, Honduras). Dentro de esta tendencia el Derecho de Menores encuentra su objeto y razón de ser en la regulación del menor carenciado, que se encuentra en situación de conflicto con su familia o con la sociedad.

2. Generalmente cuando una disciplina jurídica adquiere independencia dentro del vasto campo del Derecho y con la finalidad de regular aspectos específicos de una materia, siempre surge una nota que califica a su objeto.

Antes de surgir el Derecho del Trabajo como disciplina jurídica autónoma, las relaciones laborales se juzgaban a través del contrato de arrendamiento de servicios del Código Civil. La necesidad creciente de tutelar el trabajo humano, principalmente el prestado en relación de dependencia, hizo surgir al Derecho del Trabajo como rama específica del Derecho. Sin embargo, el objeto del Derecho de Trabajo no lo constituye todo trabajo, sino solamente aquel trabajo que se presta en relación de subordinación. Como vemos el objeto aparece calificado.

3. De igual manera entendemos que con respecto al Derecho de Menores, cabe calificar su objeto y la calificación estaría dada por la regulación de la persona del menor que se encuentra en situación de conflicto con su familia o con la sociedad.

4. Necesidades de orden filosófico y científico exigen deslindar el contenido de esta nueva rama del derecho, para que sus fronteras no se desdibujen y confundan con otras ramas del ordenamiento jurídico, evitando así críticas provenientes de los civilistas y penalistas.

V) TENDENCIAS ACTUALES DEL DERECHO DE FAMILIA.

1. Julliot de la Morandière señala que las relaciones entre los cónyuges se organizó tradicionalmente en el derecho francés —que influyó a la mayoría de las legislaciones latinoamericanas— sobre la base de dos ideas fundamentales: la primera, que los esposos son asociados, y la segunda, que los esposos no están en un pie de igualdad.

El matrimonio daba lugar a la formación de una sociedad entre los cónyuges que en los aspectos patrimoniales era administrada por el marido, con facultades más o menos amplias. Por otra parte, el matrimonio aparejaba cierta incapacidad para la mujer, limitando su actuación en la vida civil y profesional.

2. En este reducido trabajo no podemos reseñar con detalles los modernos esquemas del Derecho de Familia, el cual presenta facetas por demás interesantes. Solamente expresamos que las transformaciones han sido sustanciales y afectan principalmente a las siguientes áreas: 1) Estatuto del matrimonio y su disolución; 2) Uniones de hecho; 3) Relaciones personales entre los cónyuges; 4) Relaciones entre los padres y los hijos; 5) Régimen patrimonial del matrimonio.

3. Los pilares básicos del Derecho de Familia: la potestad marital y la patria potestad, se han resquebrajado y sustituido por un sistema de igualdad en la posición del marido y la mujer, otorgándoles el ejercicio conjunto en la dirección de la familia y en la autoridad sobre los hijos.

Las potestades familiares se han transformado en funciones controladas. Por otra parte, la ten-

dencia a segregar en un cuerpo legal autónomo las normas que regulan las relaciones familiares, a través de la sanción de Códigos de la Familia, va ganando terreno en los países. Si bien fue una modalidad iniciada y seguida por los países socialistas, actualmente se está generalizando en los países occidentales. En América, Bolivia y Costa Rica, han promulgado Códigos de la Familia.

A) Estatuto del Matrimonio y su Disolución.

1. Algunas legislaciones han manifestado la preocupación del Estado por controlar la celebración del matrimonio, principalmente obedeciendo a razones sanitarias o eugenésicas. Esta preocupación se ha traducido especialmente por el establecimiento del certificado prenupcial o impidiendo contraer matrimonio a quienes adolecen de enfermedad mental o enfermedades crónicas e incurables (Argentina, Bolivia, México).

2. En materia de disolución del vínculo matrimonial las soluciones oscilan entre aquellos países que niegan el divorcio ad vinculum (Argentina, Paraguay, Chile) y los países que lo admiten con gran amplitud (Suecia).

3. Las controversias al respecto hoy en día no se refieren tanto a la admisión en sí del divorcio vincular, sino a los caracteres del mismo. Las legislaciones titubean entre dos concepciones esenciales y divergentes: la del divorcio sanción, en la cual la disolución del matrimonio supone la falta reconocida por parte de uno de los esposos, y la del divorcio remedio, en la que la disolución del matrimonio no se basa exclusivamente en la comprobación de una culpabilidad, sino que puede tener lugar en casos que aparece oportuno socialmente liberar a los esposos del vínculo conyugal: de ahí la tendencia a admitir el divorcio por enfermedad mental o grave e incurable de uno de los esposos.

4. Existe una tendencia creciente a encarar la disolución del vínculo matrimonial con cierta liberalidad, admitiéndose progresivamente nuevas causales de divorcio o separación de cuerpos.

5. Paralelamente las legislaciones tienden a arbitrar soluciones tendientes a asegurar de un punto de vista económico a los hijos y al cónyuge no culpable del divorcio o separación, principalmente otorgando derechos sobre el inmueble que constituye la casa de habitación de la familia.

6. Algunos países admiten correctivos al sistema de división por partes iguales de los bienes del matrimonio al operarse su disolución, cuando esta división apareja resultados contrarios a la equidad. Así se establecen medidas proteccionales en favor del cónyuge que por razones de edad o invalidez no es capaz de proveer a su subsistencia, o en caso de divorcio, en favor del esposo al cual le han confiado la guarda y educación de los hijos menores (República Democrática Alemana, Bulgaria, Checoslovaquia, U.R.S.S.).

7. Si bien la mayoría de las legislaciones recurren al sistema de causales, algunas dejan librado a la discrecionalidad del magistrado el otorgamiento del divorcio, quien lo pronunciará "cuando el tribunal comprueba que existen causas de las que resulte que el matrimonio ha perdido su sentido para los esposos y para los hijos, y con ello también para la sociedad" (Cuba: Código de la Familia: art. 51).

8. Por otra parte, debemos destacar que la nueva ley del Brasil sobre divorcio, No. 6.515 de 26 de diciembre de 1977, permite al magistrado negarlo en algunas circunstancias como cuando apareje "consecuencias morales de excepcional gravedad para los hijos menores" o "agrava las condiciones personales o de enfermedad del otro cónyuge".

B) Uniones de hecho.

1. Si observamos el panorama social de los países americanos vemos que en el Continente no hay un tipo uniforme de familia, de la misma manera como no existe una integración étnica uniforme.

Uno de los fenómenos sociales característicos y más difundido en los países latinoamericanos es la convivencia del hombre y la mujer en unión de hecho o concubinato "more uxorio".

2. Las legislaciones que sirvieron de fuente a los países americanos (derecho civil francés y español) reconocieron una sola de familia, la basada únicamente en el matrimonio institucional, considerando con bastante desfavor a la familia natural.

Así es que algunos países (Bolivia, Cuba, Panamá, Guatemala), adecuando su legislación a la realidad social, paralelamente al matrimonio contienen previsiones sobre las "uniones de hecho"

cuando las mismas están dotadas de cierta singularidad, permanencia y estabilidad, asimilándolas en sus efectos al matrimonio y regulando en detalle muchos de sus aspectos (deberes recíprocos de los convivientes, régimen de bienes, situación de los hijos, ruptura de la unión, etc.). La legislación incluso ha ido más allá, reconociendo ciertas formas prematrimoniales indígenas como el "tantanacu" o "sirvinacu", uniones de hecho de los aborígenes, practicadas en países del Altiplano (Bolivia).

C) Relaciones Personales entre los Cónyuges.

1. Entre los efectos personales que produce el matrimonio existen deberes recíprocos y deberes unilaterales. Como deberes recíprocos se señalan los de convivencia, fidelidad y asistencia. Sobre estos deberes en general puede decirse que no existe una transformación profunda en sus lineamientos generales ni en su concepto sino una modificación en cuanto a la forma de encarar las sanciones que acarrear su incumplimiento.

En lo que respecta al deber de convivencia, la fijación del domicilio que un principio era atributo del marido hoy constituye una facultad de ambos cónyuges (México, Uruguay, entre otros).

2. En lo que respecta a relaciones personales entre los cónyuges son posibles tres sistemas legales. El primero, del antiguo Código Civil francés, fundado en la obligación de obediencia impuesta a la mujer y en la completa supremacía del marido. El segundo sistema, a la inversa, se basa en igualdad completa de los esposos, sin que ni el uno ni el otro pueda prevalecerse de derechos que su cónyuge no tenga la posibilidad de ejercer en igualdad de condiciones. Marido y mujer son frente a la ley tan independientes jurídicamente, como si no hubieran contraído matrimonio. Un tercer sistema se limita a conceder en la dirección de los asuntos de familia, una simple preponderancia del marido.

El primero de estos sistemas estuvo muy extendido en el siglo XIX. La evolución actual de las legislaciones se orienta hacia el segundo sistema, con matices del tercer sistema.

3. La potestad marital y el consiguiente deber de obediencia de la mujer al marido se atenuaron progresivamente constituyendo un rasgo típico de las legislaciones contemporáneas el debilitamiento de la potestad marital, dándole simplemente al marido cierta preeminencia en la jefatura de la familia o la desaparición lisa y llana de esa jefatura.

4. Paralelamente, se produce el fenómeno de la más amplia emancipación de la mujer en general, y en especial de la mujer casada, a quien se le reconoce el pleno ejercicio de todos sus derechos, tanto en el ámbito político como en el civil. El principio de la igualdad jurídica de los cónyuges es recogido por Uruguay; Guatemala y más recientemente por la legislación de Colombia.

D) Relaciones entre los Padres y los Hijos.

1. Medularmente interesa en este aspecto hacer una breve referencia al Instituto de la patria potestad o autoridad parental, de acuerdo a la más moderna denominación.

2. La ley francesa de 4 de junio de 1970 sustituyó la denominación de patria potestad (*puissance paternelle*) por la de autoridad parental (*autorité parentale*).

El cambio terminológico desde luego obedece a la finalidad de adaptar su denominación al contenido moderno del instituto. Las transformaciones que venían operando lentamente en el instituto de la patria potestad, suavizando sus características, la dejaban desprovista prácticamente de toda idea de poder.

3. Un doble alcance parece tener la elección terminológica efectuada. Por un lado, la voz "autorité" reemplaza a la de "puissance", suprimiéndose así en el mismo nombre de la institución el matiz de poder que correspondía a una concepción que se estima superada y a una regulación que ha quedado derogada. Por otro lado, se sustituye la voz "paternelle" por "parentale", que cobija mejor al padre y a la madre. Los dos aspectos responden a la doble y bien conocida evolución histórica de la patria potestad, que, en una vertiente ha pasado de poder a función y, en otra vertiente, ha pasado de ser algo atribuido exclusivamente al padre a constituir algo compartido por el padre y la madre.

4. La patria potestad deja de ser un poder absoluto para transformarse en una función social contralorada y deja de pertenecer exclusivamente al padre para darle una ingerencia cada vez mayor a la madre, culminando esta tendencia con la atribución igualitaria de ese poder tuitivo al padre y a la madre.

5. La nueva denominación del Instituto ha sido adoptada por el Código de la Familia de Bolivia y Costa Rica. Del mismo modo, aún cuando no han adoptado la nueva denominación el instituto de la autoridad parental se organiza sobre la base del ejercicio conjunto de ambos padres en México, Guatemala, Colombia, entre otros.

E) Régimen Patrimonial del Matrimonio.

1. En materia económica tiende a generalizarse el sistema llamado de "participación en los bienes gananciales", por el cual cada cónyuge conserva la administración y disposición de sus bienes propios, estableciéndose una coparticipación en los bienes que se adquieren durante la vigencia de la sociedad conyugal.

2. Conjuntamente con la emancipación de la mujer y con el debilitamiento o desaparición de la autoridad marital, aparece en el derecho contemporáneo una transformación completa de los regímenes matrimoniales, especialmente en aquellos en que imperaba el principio comunitario.

3. Esta transformación se ha operado por tres procedimientos:

- a) Reconociendo la capacidad e independencia de la mujer mediante la administración y disposición de sus bienes propios.
- b) Debilitando las prerrogativas del marido como jefe de la sociedad conyugal, dándole a la mujer una mayor ingerencia en la administración y disposición de los bienes comunes.
- c) Mediante la adopción de un régimen matrimonial llamado de participación, que es el más apto para regular las relaciones pecuniarias entre los cónyuges dentro de los principios de igualdad e independencia jurídica.

Como expresa Marc Ancel *"la enseñanza más interesante del derecho de familia, en su expresión más reciente, es probablemente la aparición de un nuevo régimen que tiende a conciliar la independencia jurídica de los esposos, con la solidaridad económica implicada normalmente en el matrimonio de ellos"*.

BIBLIOGRAFIA

- BLUSKE de AYALA, Gloria. **Derecho de Menores. Doctrina y legislación boliviana.** La Paz, Junta Nacional de Desarrollo Social, 1975; 215 p.
- CALVENTO SOLARI, Ubaldino. **Integración del niño a un hogar estable.** (En: CONSEJO URUGUAYO DE BIENESTAR SOCIAL; INSTITUTO DE ESTUDIOS SOCIALES: "Jornadas de promoción del bienestar social de la infancia. Montevideo, 1971". (Montevideo), Mosca Hnos., 1972; pp. 144-150).
- La juventud en el desarrollo nacional. Aspectos sociales y legales.** (En: URUGUAY. MINISTERIO DE VIVIENDA Y PROMOCION SOCIAL; INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO; NACIONES UNIDAS. FONDO PARA LA INFANCIA: "1er. Seminario Nacional. Niñez, Juventud, Familia. Montevideo, Uruguay, 27-31 de julio de 1976. Informe final". Montevideo, Palacio Legislativo, 1977; v. 1, pp. 325-338).
- CASTAN VAZQUEZ, José María. **La tendencia a la creación de Tribunales de Familia,** Boletín del Ministerio de Justicia, Madrid, 1975.
- CORDOBA, Eduardo R. **El Nuevo Derecho de Menores y su proyección en el ámbito jurisdiccional,** Gaceta de la Minoridad, Universidad Nacional de Córdoba, año 1975, 121 p.
- CAVALLIERI, Alyrio. **Direito do menor.** Rio de Janeiro, Sao Paulo, Freitas Bastos, 1976; 444 p.
- DAVID, Pedro. **Conducta, integrativismo y sociología del derecho.** Buenos Aires, Víctor De Zavalía, 1970.
- MENDIZABAL OSES, Luis. **Derecho de menores. Teoría general.** Madrid. Pirámide, 1977; 517 p.
- Introducción al derecho correccional de menores.** Madrid. Instituto de la Juventud del Instituto de Estudios Políticos, 1973; 183 p.
- ROBERT, Philippe. **Traité de droit des mineurs. Place et role dans l'évolution du droit français contemporain.** S.C. (Cujas), s.f.; 640 p.
- SAJON, Rafael. **Introducción al Derecho de Menores.** Montevideo, Instituto Interamericano del Niño, 1970; 18 hojas.
- SAJON, Rafael. **Nuevo Derecho de Menores. Fundamentos doctrinarios sobre legislación vigente.** Buenos Aires, Humanistas, 1967; 182 p.
- CALVENTO, Ubaldino. (Comps.). **Legislación atinente a menores en las Américas.** Montevideo, Instituto Interamericano del Niño, 1977; 411 p.
- ACHARD, José Pedro; CALVENTO, Ubaldino. **Menores en situación irregular.** Montevideo, Instituto Interamericano del Niño, 1973; 16 p.
- ACHARD, José Pedro. **Situación de la legislación relativa a la minoridad en Latinoamérica.** Montevideo, Instituto Interamericano del Niño, 1965, 90 p.

* * *