

Sección III: Reseña legislativa extranjera.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



**LA CATEDRA DE DERECHO DE FAMILIA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS
Y POLITICAS DE LA UNIVERSIDAD DE LOS ANDES ANTE LA LEY QUE REFORMA
EL CODIGO CIVIL EN MATERIA DE DERECHO DE FAMILIA***

*Antonio D' Jesús M.
Profesor de Derecho de Familia
U.L.A., Mérida*

INTRODUCCION.

La Cátedra de Derecho de Familia de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes, se ha sentido con el deber de fijar posición, de conformidad a los Principios Democráticos y Constitucionales vigentes, ante el Proyecto de Ley que reforma al Código Civil, en materia de Familia, hoy en discusión en la Cámara de Diputados del Congreso Nacional. Pues, un órgano universitario de enseñanza no puede quedar ni ser ajeno a lo que acontece en el mundo social ni en la realidad jurídica, que ve proyectar a través de los diferentes órganos del Estado, a quienes la Ley les dotó de competencia para ello; por eso, ha estado y está atenta y vigilante tanto de las discusiones y criterios que han surgido en el seno de la Comisión de Política Interior, de la Cámara de Diputados, como de las discusiones y comentarios que aparecen en los diversos órganos de comunicación social venezolanos.

Todo es iniciativa de la Cátedra, pues el Congreso Nacional, ni la Comisión de Asuntos Sociales, ni la Comisión de Política Interior de la Cámara de Diputados, se han dignado en hacernos llegar los Proyectos presentados sobre reformas al Código Civil en materia de familia.

Recurrir a las diferentes y autorizadas Cátedras Universitarias, es una obligación moral del Organismo Legislador, pues en ellas, con conocimientos de causa, los proyectos de leyes pueden ser analizados con serenidad, conocimientos y autoridad, y sus aportes para el perfeccionamiento de los mismos, pueden tener el mejor asidero jurídico y la mejor proyección social.

Por ello, motorizados por un deber patriótico y en uso de sus legítimos derechos como Cátedra participante en los asuntos trascendentales de la familia venezolana, se dirige y presenta a esa alta Comisión las siguientes observaciones sobre la estructura, funcionamiento y proyección de la familia venezolana de conformidad a los principios constitucionales y a la tradición, que le han servido y le sirven de fundamento.

***De la Revista del Colegio de Abogados del Estado de Mérida, Venezuela, diciembre de 1981.**

Documento presentado a la Comisión de Política Interior de la Cámara de Diputados por su autor.

1.1. LA FAMILIA VENEZOLANA EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

El artículo 73 de la Carta Fundamental ordena al Estado la protección de la familia como "célula fundamental de la sociedad". La primera parte de dicho artículo utiliza una expresión gramatical en sentido genérico de la voz "familia" el constituyente no hizo en esta expresión ninguna clase de calificación; el término "familia" entonces, amerita una interpretación por parte del Jurista, para saber dentro del ámbito constitucional, si ese término genérico fue referido a la familia que se había estructurado en el Código Civil de 1942 o estaba referido a una **nueva familia**, diversa a la que tradicionalmente existió en Venezuela hasta 1961 dentro de los principios constitucionales, o si por el contrario, está referido a todas las formas de familia que socialmente viven y existen en nuestro país. En otras palabras, la familia diseñada en la Carta Fundamental de 1961 siguió la misma orientación que la Escuela Clásica de Derecho había concebido en forma vertical, bajo el dominio de una sola autoridad, y estructurada en el sistema lineal gradual, o por el contrario, ¿la familia diseñada constitucionalmente sería en adelante una familia democrática, igualitaria y unitaria? Sobre estos aspectos nos vemos obligados a presentar muy respetuosamente las siguientes consideraciones:

PRIMERA: "Familia" en el ámbito constitucional no es una voz aislada, ésta pertenece al contenido del Capítulo IV de la Constitución, referida a los Derechos Sociales; por otro lado, es parte integrante del artículo 73 en su primer aparte. Este artículo técnicamente estructurado se desarrolla en dos partes, refiriéndose la segunda al matrimonio, por lo que, ya en su ubicación, el término "Familia" jerárquicamente no ocupan el mismo sitio del término "Matrimonio" sino que, la voz "familia" está por encima del término o voz "Matrimonio". Lo que da a entender que la familia como célula fundamental de la sociedad, puede o no ser matrimonial.

SEGUNDA: El Estado "Protegerá a la familia, sólo como célula fundamental de la sociedad" sin ninguna otra clase de condición ni calificación. Es decir, sea o no matrimonial. Sin embargo, existe en este texto del artículo 73 la convicción y la preferencia por la defensa de la familia matrimonial. La redacción del artículo 73 del texto constitucional

debe ser leído en otra forma, tomando en cuenta nuestra realidad social, la manera como la familia emerge en nuestra nación y adoptando los conceptos para la vida, no la vida para los conceptos. Leyendo bajo este norte el Texto Constitucional, es posible establecer situaciones que no se conforman totalmente al rígido modelo de la Ley, pero que demuestran como comunidades sociales altos fines que permiten también el desarrollo de la personalidad humana y por lo tanto que deben ser meritorios de tutela aún cuando no gocen de los privilegios de la familia matrimonial.

TERCERA: En la segunda parte del artículo 73, ejusdem, el constituyente establece que "la Ley protegerá al matrimonio. . ." vale decir, que cuando la familia emerge de esa figura jurídica y está en el Derecho, el Estado está obligado a tutelar la defensa del matrimonio y por ende a la familia legítima. En ninguna parte de la Constitución se expresan términos de defensa del concubinato o de otro régimen de convivencia como lo hace con el matrimonio, por lo que las formas de convivencia familiar no matrimoniales, serán dignas de tutela por parte del Estado en los términos establecidos en el artículo 72 de la misma Constitución, en la medida en que estas comunidades tengan por objeto "el mejor cumplimiento de los fines de la persona humana y de la convivencia social". En ellas, el Estado deberá velar por la defensa de la fuerza de trabajo, del patrimonio común y de las garantías de los hijos al disfrute de los derechos incorporados al artículo 75 de la misma Carta Fundamental.

La Ley se expresa en términos futuros, es decir, que a partir de la entrada en vigencia de la Constitución, debería dictarse en Venezuela una nueva Ley matrimonial que desarrollara los nuevos postulados de igualdad, democraticidad y unidad, en los cuales se inspiró el constituyente, que tuviera por espíritu el "Favor Matrimonio", procurando, al mismo tiempo en esa misma Ley o en otras, si fuere el caso, "la organización del patrimonio familiar inembargable y de proveer lo conducente a facilitar a cada familia la adquisición de vivienda cómoda e higiénica".

CUARTA: En esta parte del Texto Constitucional se dictaron los principios fundamentales que debería caracterizar a la familia matrimonial dentro de una concepción nueva, pero estos mismos postulados no pueden extenderse en toda su plenitud a la familia no matrimonial, pues si esto fuera así, el

Legislador correría el peligro de producir igualdades que el constituyente omitió, pues la igualdad familiar nunca fue intención de los proyectistas en la Constitución Nacional.

QUINTA: El artículo 75, en su segunda parte del mismo Texto Constitucional se refiere a la "Filiación Adoptiva" la cual será amparada así mismo por la Ley. El amparo de la "Filiación Adoptiva" tampoco fue ordenado por el constituyente en la misma forma que para la familia matrimonial. Reconocemos sí, que es la primera vez que en el Texto Constitucional se incorpora a la Adopción como filiación, vale decir, como familia; con ello se obligó al Legislador a sacarla del campo contractual donde había permanecido durante mucho tiempo y así había sido consagrada en el Código Civil de 1942.

Hoy la "Filiación Adoptiva" es también familia, y, **Familia Legítima**, como lo es la familia matrimonial, pues tanto el matrimonio como la adopción surgen a la vida jurídica por actos jurídicos preexistentes en nuestro Derecho Positivo (Matrimonio y Decreto de Adopción), no obstante tener diversos orígenes, diversas estructuras y diversos fines, el Legislador tuvo que desarrollar en dos estatutos legales, los derechos incorporados a estas dos clases de familias legítimas. En el Estatuto de la Ley sobre Adopción, a los hijos adoptivos se les permitió gozar de los mismos derechos de los hijos legítimos o de los naturales debidamente reconocidos.

Otro estatuto legal debería dictar el Legislador para proteger los derechos que puedan surgir como dignos de tutela en las uniones no matrimoniales, conforme a los postulados de los artículos 72, 74 y 75 de la Constitución Nacional.

SEXTA: La Constitución Nacional reconoce la **Familia**, como un ente prejurídico, pero como hecho social que debe ser respetado y protegido, pues este hecho social, en alguna forma repercute en el Derecho elevándose a la categoría de "Célula Fundamental de la Sociedad", de otra forma, el Estado entraría en una evidente contradicción, pues por un lado tiene la obligación de proteger a la familia en la medida en que ella es la Célula Fundamental de la Sociedad, pero por otra parte, el Estado le niega el instrumento jurídico que estructure, organice y defina la familia no matrimonial.

SEPTIMA: Cabe pues concluir que el término "Familia", al cual se refirió nuestro Texto Constitucio-

nal, NO ES SOLAMENTE A LA FAMILIA LEGÍTIMA EN LOS TERMINOS CONSAGRADOS EN EL CODIGO CIVIL DE 1942, SINO QUE ADMITE LA EXISTENCIA DE LA FAMILIA LEGÍTIMA ADOPTIVA Y SEÑALA ALGUNOS POSTULADOS A DESARROLLAR EN DEFENSA DE LA FAMILIA NO MATRIMONIAL.

OCTAVA: El mismo Legislador venezolano, después de haber entrado en vigencia el Texto Constitucional, ha dictado una serie de Leyes en donde el término "Familia" no tiene un sentido unívoco ni se ha referido a la familia en términos de Familia Legítima (**Ley Tutelar del Menor, Ley sobre Adopción, Ley del Seguro Social, Ley de Educación, Ley de Reforma Agraria**, etc.), textos legales en los que permite de un modo o de otro, el goce de derechos familiares a los diversos miembros de las diferentes clases de familia, con la sola presencia del reconocimiento de la filiación en algunos casos, y sin ese reconocimiento, cuando se trata de concubinos, en otros.

La Legislación Laboral especialmente referida a los contratos colectivos es prolífera en esto. Vale decir, que el Estado ha reconocido y admitido como **un hecho con valor en el derecho**, el vínculo biológico que intercorre entre los miembros de la familia, aun cuando ella no sea legítima. Pero este hecho social necesita de una estructuración que permita al Estado y al Derecho probar su respectiva existencia. Sobre este particular, la Cátedra de Derecho de Familia, ha indicado como obvio, la existencia de un Certificado de Convivencia o la Cédula de Estado de Concubinos, u otra constancia o certificación que pueda expedir el Estado y que dé certeza a tal realidad. Con ello, se destruiría definitivamente la odiosa presunción de Comunidad Concubinaria que el Legislador señaló en el artículo 767 del Código Civil, hoy ya inconstitucional, por haber el Legislador de 1942 subordinado el fruto del trabajo fecundo a la condición de no existir adulterio, pues para aquel entonces toda la orientación de la familia se centraba más en la defensa del matrimonio aun cuando fuera fallido, que en la defensa de la familia formada con tezón y con el trabajo. En otras palabras, el Legislador de 1942 puso toda su atención en la defensa de un aspecto formal del matrimonio que en la defensa del aspecto sustancial de la familia.

NOVENA: En ninguna parte del diseño constitucional el Estado exige ni busca que en el país se llegue a largo plazo al "Optimum Absoluto de la

Familia Matrimonial o Legítima", como tampoco busca acabar con la familia no matrimonial con discursos o recomendaciones, todo lo contrario, tanto la familia legítima, matrimonial o adoptiva, así como también la familia no matrimonial necesitan de un espacio en nuestro ordenamiento jurídico en el cual se puedan desarrollar y garantizar a cada ciudadano, el pleno desarrollo de la personalidad humana, y al mismo tiempo, se les asegure la dignidad que ellas deben tener en el contexto de nuestro Derecho positivo. Si tomamos este nuevo punto de apoyo, leyendo los principios constitucionales y con ellos, el resto de nuestro ordenamiento, llegaremos convencidos a garantizar a la familia su unidad cohesiva que nuestro constituyente en alguna medida ordenó.

1.2. LOS ASPECTOS IGUALITARIOS, DEMOCRATICOS Y UNITARIOS QUE SE DEBEN DESARROLLAR EN LA LEY QUE REFORMA EL DERECHO DE FAMILIA.

Comprendemos que ambos cónyuges, como creadores de la figura jurídica del matrimonio deben tener en él, desde el inicio del acto hasta su disolución, iguales derechos y deberes no solamente formales sino también sustanciales.

Desarrollar este objetivo en la Ley matrimonial, es complejo y difícil si se tienen en cuenta una serie de circunstancias que afectan el campo biológico, psicológico, social y jurídico de ambos cónyuges. Igualmente es complejo y difícil el desarrollo igualitario de los derechos de los cónyuges por tener un ordenamiento jurídico bastante heterogéneo en el cual nos encontramos con graves contradicciones y con aspectos jurídicos difíciles de superar, pero convencidos de que en un momento histórico no es posible tener una visión completa de la dimensión de estos aspectos, hemos creído prudente ofrecer a esta alta Comisión estas ideas en tres aspectos fundamentales sobre cómo incorporar en el Proyecto los derechos sustanciales igualitarios de los cónyuges. En ello hemos tenido una sola idea, LA ORGANICIDAD DE LA FAMILIA, SU COHESION Y SU UNIDAD.

PRIMERA: PATRIA POTESTAD:

Sobre este aspecto conviene reconocer que la denominación PATRIA POTESTAD dentro de la

órbita de los derechos igualitarios de los cónyuges en el matrimonio, no tiene razón de ser, pues esta institución está referida al poder del padre como autoridad suprema de la familia, no existiendo este presupuesto, su denominación no tiene sostén y en consecuencia deberá ser sustituida por "LA POTESTAD DE LOS PADRES", en ella se ve pues la presencia de los derechos de los padres en el gobierno de sus hijos. Como antecedente próximo mencionaremos la Ley sobre el Matrimonio que en 1975 reformó el Código Civil italiano. De esta manera se garantiza a los padres la cotitularidad en los deberes y derechos frente a sus hijos menores de edad y no emancipados.

La potestad, en la filiación legítima, será ejercida de mutuo acuerdo, tomando en cuenta los derechos e intereses de los hijos. En caso de desacuerdo, cualquiera de los padres podrá dirigirse verbalmente y sin ninguna clase de formalidad al Juez de Familia si lo hubiere, o al Juez Civil de la localidad en donde vivan los hijos, quien tomará sumariamente la decisión más conveniente, oyendo si fuere el caso al hijo cuando éste fuera mayor de 14 años. El Juez dictará la decisión dentro de cinco audiencias, dejando constancia de la misma. Sin embargo, si se trata de casos urgentes o importantes para el beneficio del hijo, el padre tomará las medidas inmediatas, si el hijo viviese con ambos padres y en caso contrario, la decisión urgente la hará cualquiera de los padres con quien viva el hijo. El otro cónyuge podrá dirigirse sin formalidad al Juez Civil de la localidad para pedir revisión de la decisión dictada en el caso concreto, dentro de dos días hábiles siguientes.

En casos de no presencia, incapacidad o cualquiera otro impedimento que haga imposible a uno de los padres el ejercicio de la potestad, ésta será ejercida de modo exclusivo por el otro. El ejercicio común de la potestad termina en los casos de separación de cuerpos, de divorcio o de nulidad de matrimonio.

En cuanto a la filiación natural, la potestad será ejercida de mutuo acuerdo por los padres, si vivieren juntos. En los casos en que no vivan juntos, la potestad la ejercerá el padre que viva con el hijo y si el hijo no vive con ninguno de sus padres, la potestad la ejercerá el primero que haya hecho el reconocimiento. El Juez de Familia, tomando en cuenta el interés del hijo, podrá disponer en forma distinta a la señalada; excluir del ejercicio de la potestad a los padres e iniciar la apertura de la tutela. En los casos de filiación natural el padre

que no ejerza la potestad tiene derecho a vigilar la educación, la instrucción y las condiciones de vida de sus hijos menores. Los hijos no pueden abandonar las casas de sus padres o del padre que ejerza la potestad sin consentimiento de los mismos o del mismo, en caso de hacerlo el padre puede dirigirse al Juez Civil de la localidad denunciando el hecho sin ninguna clase de formalidad, para que se tomen las medidas más aconsejables. Su decisión es inapelable.

SEGUNDA: ADMINISTRACION DE LOS BIENES:

Es conveniente dejar en vigencia el Régimen de la Separación de Bienes. El Régimen de la comunidad de bienes será reformado como más adelante se indica y se propone crear la figura del Patrimonio Familiar Inembargable, este último ordenado por el constituyente en la segunda parte del artículo 73 de la Constitución Nacional.

En el régimen de la comunidad, los bienes comunes serán administrados de mutuo acuerdo, si los cónyuges viven juntos, lo cual debe ser establecido como presunción iuris tantum; en caso contrario, el cónyuge debe proveerse de una constancia de **NO CONVIVENCIA**, expedida bajo juramento y en forma auténtica con dos testigos mayores de 30 años, vecinos y hábiles. Para disponer de los bienes inmuebles, bienes para los cuales la Ley exige la formalidad de registro, la autenticación o el reconocimiento, se requiere el consentimiento de los cónyuges, si viven juntos.

En los casos de no presencia, mala administración de uno de los cónyuges, o incapacidad o minoridad, debidamente probados, no se requiere el consentimiento del otro cónyuge.

La Ley establecerá en forma taxativa, la enumeración de los bienes, que por su importancia o finalidad, pueden ser administrados por el marido o la mujer, en forma individual. Igualmente nada obstará para que en los documentos de adquisición, ambos cónyuges, tengan formas distintas de administrar el bien adquirido.

Estas reglas no se aplicarán a los actos de simple administración, en los cuales rige el principio de la representación tácita o tolerancia como regla general.

TERCERA: EL PATRIMONIO FAMILIAR:

Se piensa que ésta es la oportunidad para la incorporación de esta figura jurídica en nuestro ordenamiento civil, de conformidad a lo pautado por el constituyente, a fin de garantizar la estabilidad de la familia.

El patrimonio familiar podrá o no, ser constituido de mutuo acuerdo por los cónyuges, por uno de ellos o por un tercero, sobre bienes inmuebles o acciones nominativas de Compañías Anónimas, el usufructo de los mismos está destinado a soportar las cargas de la familia y de los hijos, mientras éstos sean menores de edad y no emancipados. La Ley establecerá los requisitos para su existencia, validez, y extinción, y se garantizará la defensa de los derechos de terceros.

El valor de los bienes constituidos en patrimonio familiar podrá ser hasta de quinientos mil bolívares (500.000 Bs).

PALABRAS FINALES:

Esperamos que en alguna medida hayamos podido contribuir a brindar ideas para un posible logro de perfeccionamiento de las normas que reformarán el Derecho de Familia.

Finalmente, con éste, solo hemos querido dejar constancia de nuestra preocupación esperando que los proyectos presentados en esta materia, de ser positivos, como creemos, puedan ponerse en práctica con la urgencia que requieren que no se queden en meros deseos para el logro de grandes fines, sino que desde hoy, este Proyecto se convierta en una justa realidad social tan ansiada por la familia venezolana, y deseamos que en alguna medida hayamos cumplido con un deber patriótico.

BIBLIOGRAFIA

- CARDIA. *"Il Diritto di Famiglia in Italia"*, Roma, 1975, p. 18.
- CERRONI. *"Il rapporto uomo - donna nella civiltà borghese"*, Roma, 1975, p. 16.
- Código Civil venezolano vigente.
- Código Civil italiano vigente.
- Constitución Nacional.
- Constituciones de Portugal, Perú, Panamá, Italia, Alemania Occidental, Cuba, Brasil y Francia.
- IHERING, F. citado en CERRONE *"Marx e il diritto moderno"*, Roma, 1962, p. 55.
- MAUSS. *"Manual de etnología"*, Milán, Italia, 1969, p. 154.
- PERLINGIERI. *"La personalidad humana en el ordenamiento jurídico"*. Nápoles, 1972, p.p. 12 y sgts.
- Ley sobre Adopción Venezolana. 1976.
- Ley Tutelar del Menor.
- Ley de Reforma Agraria.
- Ley del Seguro Social.
- Ley de Educación.
- Ley del Trabajo.
- Alumnos colaboradores:
- PEREZ MARTI, Lucina Mercedes.
- BORGES SANCHEZ, Carmen Elena.
- GARCIA GONZALEZ, Carmen Zoraya.
- CONTRERAS SUAREZ, Arturo.
- JAUREGUI MUJICA, Alberto J.

* * *