

ALCANTE LOBATÓ

da a diversas
modo de vida
ones y por la
exigencias por
conyugales y

después de la
one una gran
arispudencia
ucionales que
lia. Los jueces
construcción

a familiar está
familia tienen
cio social para
laciones entre
pluralidad de
sentadas en la
brasileña.

la igualdad de
los derechos
de los padres.
que se pueda
nateriales de

manifestacio-
las libertades
nización entre
promover una
ticas públicas
is parejas y de

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

Claudia Schmidt Hott

Profesora de Derecho Civil de la Universidad de Chile

I. PLANTEAMIENTO DE LA TEMÁTICA

Para arribar al tema que nos convoca, es necesario recordar algunas palabras del codificador chileno vertidas en el Mensaje del Código Civil chileno que rezan así: "Muchos pueblos modernos más civilizados han sentido la necesidad de codificar sus leyes. Se puede decir que esta es una necesidad periódica de las sociedades. Por completo y perfecto que se suponga un cuerpo de legislación, la mudanza de costumbres, el progreso mismo de la civilización, las vicisitudes políticas, la inmigración de ideas nuevas, precursoras de nuevas instituciones, los descubrimientos científicos y sus aplicaciones a las artes y la vida práctica, los abusos que introduce la mala fe, fecunda de arbitrios para eludir las precauciones legales, provocan sin cesar providencias, que se acumulan a las anteriores, interpretándolas, adicionándolas, modificándolas, derogándolas, hasta que por fin se hace necesario refundir esta masa confusa de elementos diversos, incoherentes y contradictorios, dándoles consistencia y armonía y poniéndolas en relación con las formas vivientes del orden social".

Estas palabras de Bello recobran vital importancia para la temática que abordamos, pues Bello sería el primero en llamarnos a recodificar frente al proceso de descodificación al que asistimos y frente a las modificaciones de que ha sido objeto el Código Civil chileno, en lo que respecta al Derecho de Familia¹ que, han dado por resultado que muchas de sus instituciones se encuentran hoy en leyes especiales, tales como lo son, entre otras, las Leyes de Matrimonio Civil N° 19.947, Adopción N° 19.620, Tribunales de Familia N° 19.968 y Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias N° 14.908.

¹ Proceso modificador que se inicia en el año 1925, con la introducción del Patrimonio Reservado de la Mujer casada en Régimen de Sociedad Conyugal y que no ha cesado, salvo intervalos, hasta el día de hoy.

Por otra parte, el codificador chileno, siguiendo los principios generales vigentes en su época, se basó en fundamentos diametralmente opuestos a los que sustentan hoy el Derecho de Familia, como lo son en materia matrimonial personal y patrimonial, la obediencia de la mujer al marido y la subordinación de ésta a aquél en el régimen de sociedad conyugal que, en el Código Civil chileno originario, era obligatorio; y que por consiguiente, implicó un esquema de absorción de la personalidad jurídica de aquella por la de éste.

Otro tanto en materia filiativa, en que la categoría de hijo legítimo, al decir de Bello en el Mensaje del Código Civil, "es una de las más importantes que el Derecho Civil ha creado" —ficción no ajustada a la realidad biológica—, ¿cómo, pues, dejarla a la merced de las pruebas testimoniales, tan fáciles de fraguar, si no en la vida de los padres, a lo menos después de sus días? ¿Penetrará la ley en las tinieblas de esas conexiones clandestinas, y les conferirá el derecho a constituir por sí solas la presunción de paternidad, que es el privilegio del matrimonio? Un comercio carnal, vago, incierto, en que nada garantiza la fidelidad de una mujer que se ha degradado, ¿será un principio de legitimidad, aunque no lo corrobore el juicio del padre? Y suponiendo que éste crea suya la prole ilegítima, ¿será obligado a legitimar a un hijo o hija de malas costumbres, y se le pondrá en la alternativa de no casarse o de introducir en su familia un germen de inmoralidad y depravación? Y el hijo por su parte, ¿irá contra su voluntad a participar del envilecimiento ajeno, y a poner la administración de sus bienes en manos de un hombre perdido? El Derecho Canónico relajó en esta parte los principios del Romano; pero a la potestad temporal es a la que nos toca prescribir las condiciones necesarias para el goce de los derechos civiles".

Finalmente y en esta breve introducción a la temática, es necesario considerar que los Códigos Civiles decimonónicos fueron de corte esencialmente patrimonialista, no figurando en ellos la persona humana, sino muy incidentalmente. Recuérdese que de los cuatro libros del Código Civil chileno, tres pertenecen al Derecho Patrimonial, Derecho que incluso invade el Libro I, lo que contrasta con la clásica y repetida definición del Derecho Civil, que todos alguna vez estudiáramos sin detenernos a meditar cuan certero era ese concepto, que reza así: "conjunto de normas jurídicas, de diferente fuente —agregado por la suscrita— que se ocupan de la PERSONA, la FAMILIA, y el PATRIMONIO", lo que nos lleva a preguntarnos hoy en día, cuan abandonada estaba y está aún la persona y la familia en nuestro ordenamiento jurídico, que como cualquier otro, constituye un todo unitario, regido por el principio clásico de la jerarquía normativa y por el que se ha venido a llamar la "TRANSVERSALIDAD INSTITUCIONAL".

Sin embas
acercarse a l
respecto al c
(1984), talve
sabiduría y sc
per-sona debe
por ello que, j
de la persona

Comprende
caminar del
nueva rama i
humano, incl
tal del orden
DE FAMILIA, e
pero tantas
como célula.
cionalmente.
resultado el
relevantes sc
a llamar "ex

- Recon
- No exi
- ciencias soci
- Iguald
- de intereses
- que se plas
- patrimonial
- de cada uno
- La So
- El Int

² En: *Dere*
LÓPEZ CABANAL
Daños. Buenos

Sin embargo, esa clásica definición reiterada sólo hoy, pareciera ser o acercarse a la realidad, con el nacimiento del "DERECHO A LA PERSONA" respecto al cual, el codificador peruano Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO (1984), tal vez el mejor jurista latinoamericano de este siglo, nos dice con sabiduría y sobre todo con la humanidad que caracteriza al sabio que, "la persona debe ser considerada como fin en sí mismo y no como medio. Es por ello que, jurídicamente, no existe un interés superior al de la protección de la persona en cuanto protagonista del Derecho²".

II. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO QUE INSPIRAN EL NUEVO DERECHO DE FAMILIA

Comprendiendo que la definición clásica del Derecho Civil debe caminar del "dogma hacia la realidad", surge independientemente de esta nueva rama intitulada "DERECHO DE LA PERSONA", que entiende que el ser humano, incluso en el Derecho Asociativo, es la preocupación fundamental del ordenamiento jurídico nacional e internacional, un NUEVO DERECHO DE FAMILIA, en el cual se hace realidad el principio tantas veces reiterado, pero tantas veces traicionado, según el cual, la "familia es proclamada como célula, núcleo, base, fundamento primario de toda sociedad". Adicionalmente, el principio de la "transversalidad institucional" ha dado por resultado el arribo a la HUMANIZACIÓN DEL DERECHO, cuyos principios más relevantes son, entre otros, en el campo patrimonial familiar —hoy pasado a llamar "extrapersonal"—, los siguientes:

- Reconocimiento de la Diversidad Familiar;
- No existencia de Familias minusválidas en el campo jurídico y en las ciencias sociales y psicológicas complementarias;
- Igualdad entre el hombre y la mujer en lo que respecta a la comunidad de intereses y complementariedad que importa el vínculo matrimonial y que se plasma o al menos debiera manifestarse, en un sistema económico patrimonial del matrimonio que respete la personalidad jurídica individual de cada uno de los componentes de la unión marital;
 - La Solidaridad Familiar por sobre criterios economicistas, y
 - El Interés Superior del Niño.

² En: *Derecho y Persona*, Lima, 1990, p. 103. Citado por Atilio Aníbal ALTERINI y Roberto LÓPEZ CABANA, en *Cuestiones de Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia, Derecho de Daños*, Buenos Aires, La Ley, 1992, p. 241.

Por su parte, en el área extramatrimonial o personal y más específicamente en el ámbito filiativo, no sólo en lo que respecta a la determinación de la filiación, sino que muy especialmente, en lo que atañe a los efectos filiatorios, pasan a constituir principios rectores para todos los operadores jurídicos, los siguientes:

- La igualdad filiativa, independientemente del nacimiento dentro o fuera de matrimonio y de la edad de los hijos;
- La identidad biológica como especie de la identidad personal estática³ a través de la libre investigación de la paternidad y/o maternidad y el acceso a todo medio de prueba, sin perjuicio de su valoración conforme a la sana crítica y el impulso procesal en la materia;
- El Interés Superior del Niño;
- El derecho del Niño a la autodeterminación conforme a la evolución de sus facultades (art. 222-2 Código Civil chileno);
- La coparentalidad o corresponsabilidad, y
- El derecho del Niño a ser oído.

III. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

Previo a la "Constitucionalización del Derecho Privado y en especial a la del Derecho de Familia como rama de aquél", es necesario abordar la "Privatización del Derecho Constitucional", pues son fenómenos sucesivos en el tiempo.

³ Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO en: "Daño a la identidad personal", Libro de Ponencias del Congreso Internacional *La Persona y el Derecho en el Fin de Siglo*, Santa Fe, República Argentina, 1996. Sobre el particular comenta el autor: "...La identidad es ser el que yo soy y no otro o, dicho en otros términos, ser uno mismo y no otro". Agrega: "La identidad tiene dos tipos de componentes que constituyen una unidad inescindible - aspectos estáticos y dinámicos. La identidad estática surge primariamente como resultado de una información de base que, como se sabe, es singular, y única. Por lo que permite identificar biológicamente a cada ser humano, sin el riesgo de confundirlo con otro. La clave genética y las huellas digitales son claros componentes de lo que constituye la identidad estática en cuanto ella, por principio, es invariable. A esta información genética, a la que se ha accedido en las últimas décadas, habría que agregarle otros elementos de identificación del sujeto tales como el nombre, la fecha y el lugar de nacimiento, la filiación, los caracteres somáticos en general. En otros datos. Generalmente, estos datos, como está dicho, son invariables. No obstante, excepcionalmente, alguno de ellos puede sufrir alguna variación. Es el caso concreto del nombre que puede alterarse, por decisión judicial, ante una fundada petición. Pero aparte de dicho componente biológico, la identidad se complementa, necesariamente, con un plexo de atributos, características y rasgos de la personalidad. Estos datos, contrariamente a los biológicos, pueden variar en el tiempo. Por ello, este conjunto de atributos de la personalidad constituye el elemento dinámico de la identidad. El elemento dinámico de la identidad está pues compuesto de las creencias, la cultura, los rasgos propios de la personalidad, la ocupación, la ideología, la concepción del mundo y del hombre entre otros elementos".

"La ex
Francesco
a señalar
tituciones

"Carac
prioritario
central en
ser fuente
doras de r

Es lo c
que la del
decimos q
la realida
prevalente
un interés
humano,
manifesta
variable r

No de
derechos
la Indepe
Hombre y
a las pers
reforma c
cartas fur
considera
que tamé

Ejem
Constitu
cartas fu
llenando

⁴ GAL
pp. 58 y 59

⁵ FERN
⁶ SCHM
Congreso
Roberto M
de 2001, p



A. Privatización del Derecho Constitucional

“La expresión Privatización del Derecho Constitucional” pertenece a FRANCESCO GALGANO⁴, catedrático de la Universidad de Bolonia, y apunta a señalar nos lo que se ha denominado “un vuelco en la historia de las Constituciones Modernas”.

“Caracteriza ese vuelco un interés creciente por tutelar de modo prioritario a la persona humana, habida cuenta que ella ocupa un lugar central en la disciplina jurídica pública o privada. La Constitución deja de ser fuente exclusiva de Derecho Público, para incorporar normas reguladoras de relaciones entre los entes privados, interparticulares”.

Es lo que afirma nuevamente FERNÁNDEZ SESSAREGO⁵, al hacernos ver que la delimitación entre lo público y lo privado se ha invisibilizado, al decirnos que, “esta situación se produce cuando los juristas, con sentido de la realidad unitaria del Derecho, llegan a comprender que en todo interés prevalentemente privado está también presente, en determinada medida, un interés social. Ello ocurre en virtud de la estructura existencial del ser humano, que es un ser en comunicación. Del mismo modo, en toda manifestación calificada de pública no está ausente, también, en alguna variable medida, el interés privado⁵”.

No debe olvidarse que los primeros reconocimientos expresos de los derechos humanos a través de la Carta Magna de 1215, la Declaración de la Independencia Americana de 1776 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se fundaron en la necesidad de proteger a las personas de los excesos del poder. En cambio, con los procesos de reforma constitucional gestados en el siglo XX se van incorporando a las cartas fundamentales el reconocimiento de los derechos de la personalidad, considerados éstos no sólo desde una perspectiva Estado – Individuo, sino que también de individuos entre sí⁶.

Ejemplos de esta privatización del Derecho Constitucional son las Constituciones de Francia (1956), de España (1978) y de Alemania (1949), cartas fundamentales que se centran en los derechos de la personalidad llenando el abandono que sobre este eje central contemplan los códigos

⁴ GALGANO, Francesco, *Il diritto privato fra codice e costituzione*, Bolonia, Zanichelli, 1979, pp. 58 y ss.

⁵ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, ob. cit. en nota N° 4, p. 94.

⁶ SCHMIDT HOTT, Claudia, en: “Los Desafíos del Derecho Civil en el MERCOSUR”, VIII Congreso Nacional y VII Latinoamericano de Derecho Privado en Homenaje al Profesor. Doctor Roberto Manuel LÓPEZ CABANA, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 7-9 de junio de 2001, publicado en *GJ, Año 2001*, octubre, N° 256, LexisNexis Chile, ConoSur, pp. 7-15.

civiles decimonónicos, modestos para no decir deficientes, en la defensa de la persona en sus derechos esenciales. En nuestra región, y lo que no ha acontecido entre nosotros al menos, con la fuerza que observamos en países vecinos, son ejemplos, entre otros, la Constitución Federativa de Brasil de 1988 con todas sus enmiendas –más de 22–, la que en sus principios, fundamentalmente, consagra la dignidad de la persona humana, y en lo que respecta a este artículo y que, a mi juicio, constituye un camino a seguir, se detiene en el Título VIII relativo al orden social, en los derechos familiares (Capítulo II) adentrándose en temas propios del Derecho de Familia, tales como la igualdad del hombre y de la mujer dentro del régimen de sociedad conyugal; la igualdad filiativa; el deber de la familia, de la sociedad y del Estado –trilogía de responsables en la materia– de asegurar para los niños y adolescentes con absoluta prioridad, el derecho a la vida, la salud, la alimentación, la educación, la profesionalización, la cultura, el respeto, la libertad, la convivencia familiar y comunitaria, ponerlos a salvo de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión⁷.

Así también, la Constitución Nacional del Paraguay de 1992 en su Título II “De los derechos, de los deberes y de las garantías” se adentra, para decirlo más enfáticamente, se entromete en los derechos de la familia (Capítulo IV), consagrando, entre otros, el derecho a constituir una familia, la inembargabilidad del bien de familia, la igualdad del hombre y de la mujer en el desenvolvimiento de la familia, la unión de hecho y la igualdad filiativa, señalando expresamente la libre investigación filiativa, y la maternidad y paternidad responsables. Otro tanto podemos apreciar en la Constitución Política de Colombia de 1991 que, en su Título II “De los derechos, las garantías y los deberes”, estatuye que las relaciones familiares (Capítulo 2) se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja en el respeto recíproco entre todos sus integrantes; la igualdad filiativa, la igualdad del hombre y de la mujer destacando en su artículo 44 que, “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y el amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión⁸”. Finalmente, en este escueto recorrido es del caso citar la Constitución de la República de Venezuela de 1999 que, en su Título III “De los deberes,

derechos huma
V “Derechos
protección de
de la mujer den
que éstos son
legislación, ór
garantizarán y
Convención se
les, que en esta
de coparentali
el deber comp
asistir a sus hi

B. La n

Los ejemp
trascendente a
se logra no só
–fenómeno de
mación en la
Constitución
Política de C
República Ar
cional (art. 13

⁹ En <http://x>

¹⁰ Los tratad
por Venezuela, tie
contengan norma
y la Ley de la Rep
del Poder Públic

¹¹ La enunci
internacionales
persona humana

¹² A partir
derechos human
de Costa Rica, le
Eliminación de t
Astrea, 2ª ed. 19

¹³ “La ley s
internacionales a
de inferior jerarq
de prelación enur
previstos en ésta
validez todas las

⁷ El texto de la Constitución Federativa de Brasil de 1988 se encuentra disponible en: <http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Brazil/Brasil99.html>

⁸ Bogotá, IMPREANDES S.A., 1991

s, en la defensa
 1. y lo que no ha
 observamos en
 1 Federativa de
 que en sus prin-
 siona humana, y
 tuye un camino
 en los derechos
 del Derecho de
 ujer dentro del
 er de la familia,
 la materia- de
 ad, el derecho
 ionalización, la
 y comunitaria,
 ación, explota-

de 1992 en su
 se adentra, para
 s de la familia
 uir una familia,
 hombre y de la
 no y la igualdad
 filiativa, y la
 s apreciar en la
 tulo II "De los
 ciones familia-
 res de la pareja
 ad filiativa, la
 o 44 que, "Son
 ffsica, la salud
 re y nacionali-
 lo y el amor, la
 e su opinión⁸".
 onstitución de
 De los deberes,

isponible en: <http://>

derechos humanos y garantías", se privatiza en el área familiar (Capítulo V "Derechos Sociales y de las Familias"), estableciendo, entre otros, la protección de la maternidad y de la paternidad, la igualdad del hombre y de la mujer dentro del matrimonio y en lo que respecta a los niños, proclama que éstos son sujetos plenos de derechos y serán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de la Constitución, la ley, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás Tratados Internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. En materia de coparentalidad es enfática, al decirnos que, "el padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos e hijas"⁹.

B. *La mundialización y humanización del derecho privado*

Los ejemplos brevemente esbozados nos llevan a una temática más trascendente aún, cual es la HUMANIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO. Aquello se logra no sólo a través de la PRIVATIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL —fenómeno del siglo XX—, sino que principalmente a través de la proclamación en las cartas políticas del carácter supraconstitucional (arts. 23 Constitución de la República de Venezuela¹⁰ y 94 de la Constitución Política de Colombia)¹¹, constitucional (art. 75 de la Constitución de la República Argentina modificada en 1994)¹² o supralegal e infraconstitucional (art. 137 de la Constitución Nacional del Paraguay)¹³ de los tratados

⁹ En <http://www.angelfire.com/va/derecho/go0174.html>

¹⁰ Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorable a las establecidas por esta Constitución y la Ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

¹¹ La enunciación de los derechos y garantías contenidas en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

¹² A partir del año 1994 se le da jerarquía constitucional a 11 tratados internacionales de derechos humanos, entre los cuales, y para efectos de este artículo cabe destacar el Pacto de San José de Costa Rica, los Pactos Gemelos, la Convención de los Derechos del Niño y la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. (Néstor SÁGUEZ, Buenos Aires, Astrea, 2ª ed. 1994).

¹³ "La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en su consecuencia, integran el Derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado. Quien quiera que intente cambiar dicho orden, al margen de los procedimientos previstos en esta Constitución, incurrirá en los delitos que se tipificarán y penarán en la ley. Carecen de validez todas las disposiciones y los actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución.

internacionales de derechos humanos ratificados por los diferentes países e incorporados a su Ordenamiento Jurídico-Nacional.

Frente a este panorama nuestra Carta Fundamental requiere más claridad, a pesar de su art. 5°-2° reformado en 1989 y de su art. 19-2 reformado en 1999. Sin embargo, es y será responsabilidad de los diferentes operadores jurídicos nacionales enriquecer el debate para los efectos de la plena vigencia de los derechos fundamentales dentro del ámbito de la familia frente a la falta de desarrollo legislativo, lo que nos lleva a la denominada triple vía que explicaremos en el último acápite de este artículo.

C. *Constitucionalización del Derecho de Familia*

Como respuesta a la "Privatización del Derecho Constitucional", fenómeno llamado también "Derecho Civil Constitucional", el legislador despierta, para señalarlo en términos claros, durante el siglo pasado y el presente y aparecen los nuevos códigos civiles (de Italia en 1942, de Portugal en 1996, de Perú en 1984, de Argentina en Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 1988, entre otros), y en lo que respecta al Derecho Familiar, aparecen primeramente en el ámbito de la Niñez, los Códigos del Menor—palabra que es erradicada—para dar paso a los Códigos de la Niñez y Adolescencia, que han inspirado la nueva normativa familiar chilena, como son muy fundamentalmente, la Nueva Ley de Matrimonio Civil y la ley que crea los Tribunales de Familia que recuperan la protección de la familia dentro de un proceso a veces recodificador y otras, satelital, como sigue ocurriendo en Chile, y que nos plantea el desafío de recodificar.

En este sentido, es necesario recordar lo concluido en el Acta de Arequipa, que en lo pertinente sugiere: "La codificación es el método más adecuado para la expresión del Derecho Privado, como lo demuestra el vasto movimiento codificador... y que, en la redacción de los nuevos Códigos o la revisión de los existentes, se ha de hacer sobre la base de algunos principios fundamentales... Entre los cuales y para los efectos de este artículo, destacan los de la recepción y regulación de los derechos humanos, de modo que los códigos sigan siendo la fuente más próxima y efectiva de la protección de la persona, el respecto a las minorías y el fortalecimiento de la familia"¹⁴.

¹⁴ ALTERINI, Atilio A.; SOTO C., Carlos Alberto. "El Código Civil del Siglo XXI" (Perú y Argentina). Coordinadores: Jorge MUÑIZ A., Atilio A. ALTERINI y Carlos A. Soto, t. I, Presentación, Ediciones Jurídicas, Lima-Perú, 2000, pp. 46-48.

Dentro de e
ha parecido pe
cia recientemente a los C
plantean a nive
Destaco en el p
en la labor inter
presente Códig
la Constitución
Niño y de los de
su parte, el seg
derechos y gara
de niños, niñas
con su grado de
ejercicio de est
plado en este C
OBJETO DE DERE

D. *La t en la problem*

Si bien el "T
parlamentario d
principalmente
otros, en los art
interés superior
por una parte, y
como régimen
subsisten norm.
1752, 1754 – f,
manos separad
derechos esenc
biológica deten
en sede familia
y bienes (art. 12
723 del Código
vida diaria y la p
al triple vía, cor
Mundial de Fan
puesta en prácti

erentes países

requiere más
su art. 19-2
le los diferen-
los efectos de
ámbito de la
nos lleva a la
este artículo.

ia

Constitucional",
el legislador
o pasado y el
en 1942, de
to de Código
otros), y en lo
el ámbito de
para dar paso
ado la nueva
ite, la Nueva
Familia que
ces recodifi-
e nos plantea

el Acta de
método más
muestra el
nuevos Códigos
de algunos
ctos de este
chos huma-
na y efectiva
rtalecimien-

XXI" (Perú y
I, Presentación,

Dentro de este proceso constitucionalizador del Derecho de Familia me ha parecido pertinente señalar dos Códigos de la Niñez y de la Adolescencia recientemente dictados. Específicamente, quisiera referirme brevemente a los Códigos de Perú de 2000 y de Ecuador de 2003, que nos plantean a nivel nacional, un llamado de atención para seguir su ejemplo. Destaco en el primero el art. VII dentro del Título Preliminar que nos guía en la labor interpretativa al decirnos: "En la interpretación y aplicación del presente Código se tendrán en cuenta los principios y las disposiciones de la Constitución Política del Perú, la Convención sobre los Derechos del Niño y de los demás convenios internacionales ratificados por el Perú". Por su parte, el segundo, nos prescribe en su art. 13 que, "el ejercicio de los derechos y garantías y el cumplimiento de los deberes y responsabilidades de niños, niñas y adolescentes se harán de manera progresiva, de acuerdo con su grado de desarrollo y madurez. Se prohíbe cualquier restricción al ejercicio de estos derechos y garantías que no esté expresamente contemplado en este Código", EFECTIVIZÁNDOSE DE ESTA FORMA EL TRÁNSITO DEL NIÑO OBJETO DE DERECHO A SUJETO DE DERECHO.

*D/ La triple vía frente a la falta de desarrollo legislativo.
en la problemática jurídica nacional familiar, a modo de conclusión*

Si bien el "Nuevo Estatuto Filiativo" intentó, dentro de un arduo debate parlamentario dar pasos hacia la humanización, no logró plasmar su objetivo principalmente en materia de efectos filiatorios, como se advierte, entre otros, en los arts. 225, 228, 243, 244 y 252, en los cuales se desconoce el interés superior del niño, entendido como la plena vigencia de sus derechos por una parte, y por otra, encontrándose aún vigente la sociedad conyugal como régimen legal supletorio patrimonial del matrimonio, en el cual subsisten normas legales como las contenidas en los artículos 1749, 1750, 1752, 1754 - f, 137, que se alejan de las nuevas fórmulas comunitarias en manos separadas o unidas, reglas que importan la violación de relevantes derechos esenciales, como son la coparentalidad que emerge de la identidad biológica determinada (arts. 3º, 7º y 9º C.D.N.); el derecho del niño a ser oído en sede familiar; administrativa y judicial en todo lo pertinente a su persona y bienes (art. 12 C.D.N.); el derecho de propiedad, el acceso a la posesión (art. 723 del Código Civil); la capacidad de ejercicio de los niños para actos de la vida diaria y la plena capacidad de ejercicio de la mujer; es necesario recurrir al triple vía, conclusión a que se arribara en el año 1996, en el IX Congreso Mundial de Familia, conclusión a la cual adhiere la suscrita y recomienda su puesta en práctica de inmediato y que reza así:

"a. Los derechos constitucionales familiares presentan notorias semejanzas en Latinoamérica. Entre ellas se destacan la no discriminación, la protección al matrimonio y a la unión marital de hecho, la igualdad de los hijos, el interés superior del niño, el reconocimiento de los derechos de la mujer, la juventud, los discapacitados y la tercera edad. De igual forma, la consagración del derecho a la intimidad familiar y la protección de la familia en lo que se refiere a las políticas sociales básicas.

"b. Los derechos familiares de la persona y sociales de la familia derivan de los derechos humanos fundamentales reconocidos en las constituciones y convenciones internacionales.

Las normas constitucionales de contenido preciso o programático deben aplicarse directamente, aunque no haya habido desarrollo legislativo.

En todo caso, los Estados deberán promover la legislación que desarrolle los valores y principios constitucionales de la familia.

"c. *El constitucionalismo contemporáneo se ha proyectado con vigor en el derecho familiar, cuando no ha sido objeto de desarrollo legislativo, por una triple vía:*

- 1- Aplicación directa en algunos casos;
- 2- Derogación de normas contrarias a ellas en otros, y
- 3- Como fuente integradora del ordenamiento jurídico en otras ocasiones¹⁵.

D^{os} Constitucionales Familiares:

- > d^o a la no discriminación
- > la protección al matrimonio y a la unión marital de hecho
- > la igualdad de los hijos
- > interés superior del niño
- > reconocimiento de los d^{os} de la mujer, la juventud, los discapacitados y la tercera edad
- > consagración del d^o a la intimidad familiar
- > protección de la familia en lo que se refiere a las políticas sociales básicas

¹⁵ En Revista de Derecho Puertorriqueña, IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, Atralpa, Panamá, 1996, Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico, Facultad de Derecho, Vol. 35, Núm. 3, 1996, pp. 603-604.

Aceptando
Código Civil,
Universidad d
Constituciona
promoción de
en la Carta Fu
tente en la aut

He venido
2003, tuviera
sobre Temas C
Programas de
la Facultad de
bilidad de los
aquella confer
noviembre de
investigación.
realización de
celebrado en
normativa dire
volví sobre e
Código Civil
sidad Gabriel
Por lo exp
del fenómen

¹ DOMÍNGUEZ
CONTRERAS, Laura
ConoSur, 1999, p
Constitucionaliza
² BULNES AL.
Especial, Facultad