

La protección constitucional de la familia en América Latina*

Constitutional protection of family in Latin America

José Cándido Francisco Javier de la Fuente Linares**

RESUMEN

La familia es una institución social y, tomando como base sus finalidades, una unidad social, plural y compleja, no una simple reunión de unidades, de individualidades separadas o aisladas, por lo que debemos protegerla, atendiendo al interés superior de ésta y no enfrentar los intereses de cada uno de los integrantes, sino compatibilizarlos.

PALABRAS CLAVE: *Constitución, derechos de la familia, derechos sociales, familia, organismos internacionales.*

ABSTRACT

Family is a social institution, and, on the basis of its purposes, a social, plural and complex unit, it is not a simple group of units, of individualities separated or isolated, and we must protect it, taking into account the major interest of this one, and not to face the interests of each member, but to make compatible the interests of all its members.

KEY WORDS: *Constitution, family law, social rights, family, international organizations.*

* Recibido: 19 de enero de 2012. Aceptado: 23 de febrero de 2012.

** Miembro del Comité Científico Internacional de la Red de Derecho Familiar del Mercosur, México. (jcfjfl@hotmail.com).

Sumario

1. Introducción
2. La familia como institución social
3. Los derechos de familia en las Constituciones latinoamericanas
 - A) Bolivia
 - B) Brasil
 - C) Cuba
 - D) El Salvador
 - E) Ecuador
 - F) Nicaragua
 - G) Panamá
 - H) Guatemala
 - I) Paraguay
 - J) Venezuela
 - K) Argentina
 - L) Chile
 - M) Colombia
 - N) Honduras
 - Ñ) Costa Rica
 - O) Perú
 - P) Uruguay
4. Los derechos de familia en la legislación constitucional mexicana
5. La familia en los organismos internacionales
6. Consideraciones finales (¿a qué tipo de familia debe referirse el legislador constitucional?)
7. Conclusiones

1. Introducción

La familia va evolucionando, por lo que nuestro derecho y nuestras normas constitucionales no pueden dejar de aceptar estas nuevas formas de convivencia familiar, debiendo llevar al texto constitucional de cada país, las bases fundamentales de la organización de la familia en un capítulo especial en el que se cuide la sistematización, el orden, la evolución, el respeto, la idiosincrasia.

Con la finalidad de hacer de su conocimiento los recientes cambios que para la protección constitucional de la familia se han realizado en nuestro país, y con ello tener una aproximación a los logros obtenidos especialmente en las Constituciones latinoamericanas, presento el siguiente trabajo de investigación.

JOSÉ CÁNDIDO FRANCISCO JAVIER DE LA FUENTE LINARES

2. La familia como institución social

Como es de nuestro conocimiento, antes de la presencia del orden jurídico existente, la familia, dentro de un aspecto sociológico, es anterior al mismo Estado, ya que éste existe después de la familia, y ésta —como lo dijera Hernán CORRAL— ha contado, a lo largo de la historia, con tres finalidades: una natural (basada en la unión de hombre y mujer, la procreación y conservación de la especie), otra moral espiritual (lazos de afecto, solidaridad, cuidado y educación de la prole) y una tercera de carácter económico (alimento y techo). Con lo anterior, el tratadista citado la define como:

[...] aquella comunidad que, iniciada o basada en la unión permanente de un hombre y una mujer destinada a la realización de los actos propios de la generación, está integrada por personas que conviven bajo la autoridad, directiva o las atribuciones de poder concedidas a una o más de ellas, adjuntan sus esfuerzos para lograr el sustento propio y desarrollo económico del grupo, y se hayan unidas por un afecto natural derivado de la relación de pareja o del parentesco, el que las induce a ayudarse y auxiliarse mutuamente.¹

Es por ello que cada persona no puede inventar a la familia, ya que ésta no sólo es una institución jurídica a la que el hombre debe adaptarse, sino es una institución natural en la que el Estado interviene en su regulación para el bien común,² esto se ha traducido en una multiplicidad de consagraciones normativas en textos jurídicos de la más alta jerarquía e importancia, a grado tal que no sólo el Estado sino la comunidad internacional reconoce a la familia como una realidad no creada o diseñada por normas emanadas de la autoridad política estatal o de organismos supraestatales, sino que el reconocimiento implica su respeto a la autonomía y libertad de desarrollo para alcanzar sus finalidades, obligando con ello al Estado a proporcionar su protección, que la distingue de otros cuerpos o formaciones sociales intermedios, y que por tanto le implica un tratamiento preferencial y privilegiado a la familia.³

Debemos entender que ésta es una unidad social, plural y compleja, no una simple reunión de unidades, de individualidades separadas o aisladas, que tene-

¹ CORRAL, HERNÁN. *Derecho y familia*, cit. por CARRASCO BARRAZA, ALEJANDRA. "A la sombra de la torre de Babel. A propósito de recientes reflexiones jurídicas sobre familia", en *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, Chile, vol. 21, No. 2, mayo-agosto de 1994, p. 372.

² Cfr. CARRASCO BARRAZA, ALEJANDRA. *op. cit.*, p. 375.

³ Cfr. CORRAL TALCIANI, HERNÁN. "Familias sin matrimonio, ¿modelo alternativo o contradicción excluyente?", en *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, Chile, vol. 21, No. 2, mayo-agosto de 1994, pp. 262-264.

mos que proteger como tales, como individuos; para mi punto de vista, si hemos de aceptar que la familia es un grupo social, que es la célula de toda sociedad, que es un grupo natural, que es un grupo primario, se le debe regular como tal, como grupo, atendiendo al interés superior de la familia constituida por todos sus elementos, no podemos enfrentar los intereses de cada uno: del niño, la niña, el adolescente, el joven, el de la tercera edad, la mujer, como si fueran individualidades, tenemos que compatibilizar los intereses de todos para poder lograr el interés de la unidad del todo; el Estado es lo que son sus familias, la humanidad es lo que son sus Estados, tenemos que partir por el concepto de esa base y regular a la familia como núcleo o célula de la sociedad, integrada por distintos individuos unidos de manera indisoluble, de manera inseparable, sólo así puedo entender a la familia.

Al tratar el tema de “La protección constitucional de la familia en América Latina” he querido también hacer una revisión a dicho tema en las Constituciones latinoamericanas, y también el análisis de las Constituciones locales de nuestra República mexicana para poder determinar ¿qué es lo que se quería regular?, ¿hacia dónde queríamos ir? Y si se contienen las bases fundamentales de la organización de la familia como grupo social, no sólo en cuanto a su base normativa sino a la sistematización legislativa de las Constituciones.

3. Los derechos de familia en las Constituciones latinoamericanas

Si revisamos algunas de las Constituciones latinoamericanas que regulan a la familia desde esa ley suprema, nos podemos encontrar dos formas de regulación; una donde lo más importante es la familia, y en donde pudiéramos decir que existe unidad normativa, sistematización legislativa, esto es, un capítulo especial que habla acerca de ella en su ley fundamental, hablamos en el caso específico de países como Bolivia, Brasil, Cuba, El Salvador, Ecuador, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Venezuela, y otro grupo en donde existe una dispersión normativa en la ley fundamental, ya que existe una gran cantidad de disposiciones dedicadas a la familia, pero sin que establezcan una unidad normativa, una sistematización legislativa, tal es el caso de algunos países como México, Argentina, Chile, Honduras, Perú y Uruguay, entre otros; es por ello que me referiré a algunas de estas Constituciones a manera de ejemplo, y suplicando me disculpen si llegare a incurrir en alguna omisión o reciente reforma, menciono que estos datos considero estén actualizados con la información que para tal efecto tuve disponible.

Me referiré primeramente a los países en donde existe una unidad normativa en su ley fundamental:

JOSÉ CÁNDIDO FRANCISCO JAVIER DE LA FUENTE LINARES

A) Bolivia

En su Constitución Política, en su parte primera denominada “Bases fundamentales del Estado, derechos, deberes y garantías”, título dos de “Derechos fundamentales y garantías”, capítulo quinto “Derechos sociales y económicos”, sección vi “Derechos de las familias”, artículos 66 a 72, establece que:

[...] el Estado reconoce y protege a la familia, a sus integrantes, que existe igualdad de derechos, obligaciones y oportunidades entre todos sus integrantes así como a las uniones de hecho que sean mantenidas por personas con capacidad legal, existe igualdad entre los hijos que la ley protegerá el patrimonio de familia, el régimen de seguridad social, la educación, la violencia intrafamiliar, lo mismo de los niños, niñas y adolescentes, y buscará la protección del interés supremo del menor, debo hacer notar que anterior a esta reforma en el año de 1995 se establecía la creación de un código especial para regular las relaciones familiares.⁴

B) Brasil

Cuenta con un apartado especial, título viii “Del orden social”, capítulo vii “De la familia, del niño, del adolescente y del anciano”, artículos 226 al 230, reconoce:

[...] al matrimonio civil y otorga al matrimonio religioso efectos civiles, reconoce la entidad familiar como unión estable entre el hombre y la mujer, establece los derechos y deberes entre los cónyuge así como la igualdad entre los mismos, el estado brindará asistencia para cohibir la violencia intrafamiliar, señala el deber de la familia, sociedad y estado para que los niños y adolescentes tengan derecho a la vida, salud, alimentación, educación, respeto, convivencia familiar y comunitaria así como su protección contra toda discriminación, explotación y violencia, regula el respeto de los mayores así como su derecho a la vida, su dignidad y a su participación en la comunidad en general, teniendo una alta protección a la sociedad.⁵

64

c) Cuba

La protección de la familia se establece desde 1940, con reformas posteriores, tendientes todas ellas a la obligación del Estado a protegerla, en su capítulo iv “Familia”, en sus artículos 35 a 38, reconoce “las responsabilidades y funciones esenciales en la educación y formación de nuevas generaciones, regula al matri-

⁴ Constitución Política de Bolivia.

⁵ Constitución de la República Federativa del Brasil.

monio la igualdad entre los cónyuges en los derechos de los hijos, dar educación, asistencia social, igualdad de oportunidades en el trabajo”.⁶

d) El Salvador

La Constitución de El Salvador también dedica una sección especial para la familia, en su capítulo II “Derechos sociales”, sección I “De la familia”, en sus artículos 32 al 36, reconoce

[...] a la familia como base fundamental de la sociedad y ésta tendrá la protección del estado la que creará la legislación necesaria y los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico, estableciendo que el fundamento legal de la familia es el matrimonio pero su falta no afectará el goce de los derechos que se establezcan en su favor.⁷

e) Ecuador

En su capítulo 4, “De los derechos económicos, sociales y culturales”, sección tercera “De la familia”, señala que:

[...] el Estado reconoce y protegerá a la familia como célula fundamental de la sociedad, basada en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes, protegiendo al matrimonio, la maternidad y el haber familiar, brindando el apoyo a las mujeres, padres o quienes sean jefes de familia, regula también la unión estable monogámica, promueve la maternidad y paternidad responsable, cuidando el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos, se reconoce el patrimonio familiar inembargable así la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.⁸

f) Nicaragua

La Constitución Política de la República de Nicaragua, con sus últimas reformas realizadas en 1995 y 2000, establece en el título IV “De los derechos, deberes y garantías del pueblo nicaragüense”, capítulo IV denominado “Derechos de la familia”, de sus artículos 70 al 79:

⁶ Cfr. LARA HERNÁNDEZ, EDUARDO. “El constitucionalismo cubano y la protección de la familia”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, No. 4, pp. 205-209.

⁷ Constitución de la República de El Salvador.

⁸ Constitución Política de la República del Ecuador.

JOSÉ CÁNDIDO FRANCISCO JAVIER DE LA FUENTE LINARES

[...] la obligatoriedad del estado para su protección tomando como base que es el núcleo fundamental de la sociedad, estableciendo primordialmente que las relaciones familiares descansan en el respeto, solidaridad e igualdad absoluta de derechos entre el hombre y la mujer, protegiendo el proceso de reproducción humana, igualdad de derechos entre los hijos, la investigación de la paternidad y maternidad, entre algunos otros derechos.⁹

g) Panamá

Su Constitución vigente, en el capítulo II “La familia”, de su título III “Derechos y deberes individuales y sociales”, establece que:

[...] el Estado protege al matrimonio, maternidad y la familia, que el matrimonio es el fundamento legal de la familia descansando este en derechos iguales entre los cónyuges pero también reconociendo la unión de hecho como integradora de una familia, habla de los deberes y derechos que tienen los padres en relación con sus hijos y del mejoramiento social y económico de la familia mediante la organización de un patrimonio de familia y con la obligatoriedad del estado de crear un organismo destinado a su protección.¹⁰

h) Guatemala

En su título segundo, capítulo II “De los derechos sociales”, en su sección primera, la Constitución habla de la familia y se refiere a:

[...] la protección de la familia, al reconocimiento del matrimonio como base legal y al reconocimiento de las uniones de hechos, a la igualdad de los hijos, protección de los menores, ancianos, y personas con capacidad diferente, de la maternidad e igualdad de los hijos, de la obligación de proporcionar alimentos y de las acciones contra causas de desintegración familiar.¹¹

66

i) Paraguay

Contiene un capítulo IV de “Derechos de la familia”, incorporado en su título II “De los deberes y garantías”, artículos 49 al 61, en el que:

⁹ Constitución Política de Nicaragua.

¹⁰ Constitución Política de la República de Panamá.

¹¹ Constitución Política de la República de Guatemala.

[...] se establece la protección del estado a la familia, el derecho a constituirla, el reconocimiento del matrimonio y del concubinato, el deber correlativo de asistencia a la salud, educación, alimentación, a los derechos de la mujer como cabeza de familia, la obligación del estado de garantizar y proteger a los miembros de la familia y en especial de los niños en su abandono, abuso, tráfico y violencia así como los derechos de las personas excepcionales, y del patrimonio familiar.¹²

J) Venezuela

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela vigente establece, en su título III “De los derechos humanos y garantías, y de los deberes”, capítulo V “Los derechos sociales y de las familias”, artículos 75 al 97, que:

[...] la protección del Estado en proteger a la familia, como asociación natural de la sociedad y espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas, así como la garantía de protección a la madre, padre o quienes ejercen la jefatura de la familia, de los niños, niñas y adolescentes, establece la posibilidad de la familia sustituta cuando la familia de origen no respeta el interés superior del menor, protege al matrimonio entre un hombre y una mujer, su igualdad de derechos lo mismo que de las uniones estables, algo importante es que las niñas, niños y adolescentes que están protegidos y garantizados por los contenidos de su constitución y demás tratados internacionales que se hayan suscrito y ratificado por la República respetándose en todo momento el interés supremo del menor, protege la maternidad desde el momento de la concepción a la decisión libre y responsable del número de hijos, los servicios de planificación basados en valores éticos y científicos, derecho a la vivienda, seguridad social y al trabajo de cada uno sus integrantes.¹³

A continuación referiré algunos de los países que tienen su legislación dispersa.

κ) Argentina

La Constitución, en el artículo 14 bis, establece *la protección integral de la familia*, artículo 75 de las facultades del Congreso, numerales 19, 22 y 23, que se refieren a:

[...] la participación de la familia y la sociedad en la educación, así como de la jerarquía de los tratados celebrados con naciones y organizaciones internacionales con jerarquía superior a las leyes, en especial de todas ellas que se refieren al respeto de

¹² Constitución de la República de Paraguay.

¹³ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

JOSÉ CÁNDIDO FRANCISCO JAVIER DE LA FUENTE LINARES

los derechos humanos y a la protección de la mujer y de los derechos de los niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad.¹⁴

L) Chile

En su Constitución, con sus últimas reformas realizadas en 2005, capítulo I, artículo 1, establece que “la familia es el núcleo de la sociedad y el deber del Estado es resguardar su seguridad y protección, fortaleciéndola y promoviendo su integración”; en el capítulo III, el artículo 19, numeral 4, se refiere al respeto *a la personalidad y a la familia*.¹⁵

M) Colombia

Señala en su artículo 5 que el Estado: “[...] reconoce a la familia como institución básica de la sociedad”, y en su artículo 42 dice que “es el núcleo de la sociedad y que su fuente es el matrimonio y el concubinato, manifestando que el matrimonio religioso surte efectos como matrimonio civil y que tanto el estado como los integrantes de la familia deben velar por su bienestar”.¹⁶

N) Honduras

El artículo 76 de su Constitución garantiza el *derecho a la familia*. En el capítulo III del título III “De las declaraciones, derechos y garantías”, el artículo 111 señala que “la familia, el matrimonio, la maternidad y la infancia están bajo la protección del Estado”; el artículo 114 señala que todos los hijos tienen los mismos derechos y deberes, así como la protección de los ancianos; los artículos 117 y 118 se refieren al *patrimonio familiar*, así como también lo hace en el capítulo IV “De los derechos del niño”, que comprende los artículos 119 a 126; los artículos 128 y 141 regulan las *garantías laborales*; el artículo 142 se refiere a la *seguridad social*, y el artículo 182 habla del *habeas corpus*, *habeas data* y el *amparo*.¹⁷

68

Ñ) Costa Rica

En todo el ordenamiento se encuentran dispersos los aspectos relativos a la familia, y a ésta “la consagra como un derecho natural y fundamental de la so-

¹⁴ Constitución de la Nación Argentina.

¹⁵ Constitución Política de la República de Chile.

¹⁶ Constitución Política de la República de Colombia.

¹⁷ Constitución Política de la República de Honduras.

ciudad con una protección especial del Estado, expresando que el matrimonio es la base esencial de la familia y no hace discriminación entre los hijos, con la obligatoriedad del Estado para promover la creación de patrimonio de familia del trabajador”.¹⁸

o) Perú

En su Constitución de 1993, artículo 4, establece que “la comunidad y el estado protegen al niño, al adolescente, madre, anciano en situaciones de abandono, a la familia y promueve el matrimonio como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”; el artículo 13 regula la “obligatoriedad de los padres de educar y participar en el proceso educativo de sus hijos”, y el artículo 24 habla sobre “el derecho del trabajador para una remuneración para él y su familia”.¹⁹

p) Uruguay

La Constitución, en su artículo 40, del capítulo II, señala que “la familia es la base de la sociedad, el Estado velará por su estabilidad moral y material para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad”; el artículo 49 señala que “el bien de familia, su constitución, su conservación, goce y transmisión serán objeto de una legislación protectora especial”; el artículo 67 regula “la protección del trabajador en bienestar de su familia”; los artículos 75 y 78 brindan el “derecho al sufragio a los ciudadanos de los hombres y mujeres extranjeros con familia constituida en la república así como a la ciudadanía legal”.²⁰

4. Los derechos de familia en la legislación constitucional mexicana

Una vez realizado el extracto de lo que las Constituciones de diversos países latinoamericanos contemplan acerca de la familia, me referiré al panorama que sigue México en su legislación constitucional. En México tenemos una Constitución federal, y treinta y un Constituciones locales, una por cada estado de la República. Si analizamos las treinta y un Constituciones, vemos que sólo el estado de Puebla dedica un capítulo especial a la familia, con dos artículos, y ningún otro ordenamiento supremo de los estados sigue esta escuela, hay una

¹⁸ Constitución Política de la República de Costa Rica.

¹⁹ Constitución Política del Perú.

²⁰ Constitución de la República Oriental del Uruguay.

JOSÉ CÁNDIDO FRANCISCO JAVIER DE LA FUENTE LINARES

tendencia unitaria sin capítulo especial en las Constituciones de los estados de Chiapas, Coahuila, Durango, Hidalgo, Morelos, Oaxaca, San Luis Potosí, Sinaloa y Zacatecas, en donde encontramos un artículo destinado a la familia más o menos detallado; en el caso de Chiapas, se dedican muchas fracciones, incisos, apartados a la familia. Por otro lado, con una leve dispersión normativa y poco detalle encontramos en los estados de Aguascalientes, Baja California Sur, Campeche, Colima, Michoacán, Nuevo León, Quintana Roo, Tlaxcala y Yucatán. Con mayor dispersión podemos encontrar las Constituciones de Baja California, Chihuahua, Guanajuato, Jalisco, Estado de México y Querétaro, y con una gran dispersión y una regulación mínima a este tema tan importante, casi me atrevería a decir con una alusión circunstanciada para la familia, las Constituciones de Guerrero, Nayarit, Sonora, Tabasco, Tamaulipas y Veracruz. Ése es el panorama constitucional de la familia en los diversos estados federados de México, sin embargo, no sólo es el problema de la dispersión normativa de los pocos artículos dedicados a la familia sino es además un problema fuerte, me parece no resuelto, porque tendría que preguntar ¿a qué familia se debe referir la Constitución?, porque si revisamos la Constitución federal y sus recientes reformas aprobadas por el Congreso de la Unión y las Legislaturas de los estados de la Federación nos vamos a encontrar con la agradable sorpresa de que la familia mexicana es la primera beneficiaria con ellas.

Es así que el artículo 1 establece que:

[...] en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.²¹

70

Con ello se establece una nueva nomenclatura al hablar de derechos humanos y no garantías individuales. Lo trascendente es que estas reformas derivan del contenido de los tratados internacionales, vinculados con la materia, que en su momento fueron firmados por el gobierno mexicano y ratificados por su Senado. Otorgando con ello más derechos fundamentales para la familia.

El artículo 2 de la Constitución federal regula a la familia indígena tratando de respetar sus tradiciones, su organización política, social y cultural, sin destinar a la familia al fracaso o al aislamiento sino tratando de incorporarla al sistema

²¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

nacional partiendo de la idea fundamental de que la sociedad surge de la unión de dos culturas,²² de la cultura europea que nos llega a través de España y de la cultura prehispánica y a partir de aquí reconocer la naturaleza mexicana pluricultural y pluriétnica, tratando de preservar a la familia indígena.

El artículo 3 hace referencia al derecho a la educación de los niños y las niñas, al establecer el sistema obligatorio de educación básica, integrado por el nivel preescolar, primaria y secundaria, además establece, en el artículo 31, fracción I, el deber correlativo de los padres y de los tutores de vigilar que los hijos y los pupilos en su caso asistan a estos niveles distintos de instrucción.²³

Encontramos en el artículo 4 de la Constitución el derecho a la vivienda, “toda familia tiene derecho a una vivienda digna y decorosa”, pero también en las normas de previsión social, el artículo 123, en sus apartados “A” y “B”, abarcando tanto a los trabajadores al servicio de patrones particulares como a trabajadores al servicio del Estado, y para poder garantizar esta protección a la familia otorgándole una vivienda digna y decorosa se han creado instituciones en beneficio de trabajadores particulares, en beneficio de trabajadores en servicio al Estado y en beneficio particular de los trabajadores de las fuerzas armadas mexicanas, a su vez, en este artículo 4 encontramos los derechos fundamentales de los niños y las niñas, tales como alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral, así como, en el artículo 30, tenemos el derecho de los niños y las niñas a la nacionalidad de sus progenitores y el derecho a la nacionalidad del cónyuge.²⁴

La garantía de legalidad establece que “ninguna familia puede ser molestada en sus derechos, posesiones, bienes, sino mediante mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del proceso”; el derecho al debido proceso legal se encuentra en el artículo 14 de la Constitución.²⁵

El nuevo primer párrafo del artículo 29 constitucional señala que no se pueden alterar los derechos citados, y por ello se ordena lo siguiente:

En ningún caso podrán restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la *protección a la familia*, al nombre, a la nacionalidad; los derechos del niño; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de religión; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la

²² *Idem.*

²³ *Idem.*

²⁴ *Idem.*

²⁵ *Idem.*

JOSÉ CÁNDIDO FRANCISCO JAVIER DE LA FUENTE LINARES

prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.²⁶

Otros derechos otorgados a la familia y a sus miembros son los correspondientes a la seguridad social, como el salario mínimo legal, en el artículo 123; la preferencia en el pago de salarios; la no trascendencia de las deudas de los trabajadores para no grabar, como en la historia se ha dado, a los descendientes del deudor, ya que las deudas del trabajador son deudas de éste y no de sus descendientes o de su cónyuge; el derecho a la igualdad del salario; el derecho a la oportunidad en el trabajo; el derecho a la salud y seguridad en el trabajo, siempre pensando en la familia, en el menor o en la mujer embarazada, y el derecho al patrimonio familiar (al respecto, debo mencionar dos artículos de la Constitución: el 27, que instituye la propiedad privada, y el 123, que se refiere a la seguridad social y que señala la posibilidad de establecer el patrimonio familiar como derecho de la familia y como deber de las autoridades).

5. La familia en los organismos internacionales

Miguel CARBONELL, en su artículo “Familia, Constitución y derechos fundamentales”, nos dice que:

[...] en materia familiar el ordenamiento jurídico debe renunciar e imponer un modelo de familia o de comportamiento familiar y limitarse a dar cobertura a las opciones que puede tomar toda persona en uso de su autonomía moral. Esto incluye el respeto a la forma en que conciben a la familia las distintas culturas, sin restringir las posibilidades legales de organizarse conforme a sus propias creencias.

Por otro lado, el Comité de Derechos de la ONU establece la tutela de la familia en el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,²⁷ conforme a las siguientes ideas:

[...] el Comité observa que el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de uno a otro estado, y aun entre regiones dentro de un mismo estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto. Sin embargo, destaca que, cuando la legislación y la práctica de un estado consideren a un grupo de personas como una familia, este debe ser objeto de la protección prevista en el artículo 23. Y en el caso de que existieran diversos conceptos de familia dentro de un estado

72

²⁶ *Idem.*

²⁷ Observación General No. 19, de 1990, párrafo 2; consultable en CARBONELL, MIGUEL *et al.* (comps.). *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, 2a. ed., Porrúa-CNDH, México, 2003, t. I, pp. 426 y ss.

“nuclear” y “extensa”, debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los estados partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros.

También es cierto que el Comité adopta un criterio más restrictivo en sus observaciones generales, al afirmar que:

[...] la poligamia atenta contra la dignidad de la mujer, constituye además una discriminación inadmisibles a su respeto y debe en consecuencia ser definitivamente abolida allí donde exista o existía.²⁸ Lo que parece ser un criterio firme del Comité de los Derechos Humanos de la ONU, es que el mandato de protección del artículo 23 del Pacto incluye a las familias conformadas por una pareja no casada y sus hijos, así como a las familias monoparentales y sus hijos.²⁹

Tradicionalmente el ordenamiento jurídico nacional ha organizado a la familia con base en el matrimonio, repudiando e ignorando a quienes no se pliegan a esa forma de convivencia, ya que la fundamenta como una realidad convivencial, indisoluble y heterosexual, encerrada en la seriedad de la finalidad reproductora, éste parecía ser el único espacio en la ley para el sexo protegido.³⁰

Debo señalar que en nuestra Constitución, en su artículo 1, se establece la prohibición de cualquier medida discriminatoria para las parejas o las familias extramatrimoniales, es decir, la discriminación por razones de estado civil y correlativamente el artículo 4 no concibe la formación de la familia mediante el matrimonio, ya que no es requisito constitucional el haber celebrado el contrato de matrimonio para poder disfrutar de la protección en el núcleo familiar, esto es, el reconocimiento a los concubinos, convivientes, en materia de seguridad social, de alimentos, de ayuda mutua, de sucesiones, etcétera.

6. Consideraciones finales (¿a qué tipo de familia debe referirse el legislador constitucional?)

De lo anteriormente expuesto, creo que debemos preguntarnos ¿a qué familia se refiere el legislador constitucional?, ya que si revisamos la norma fundamental de

²⁸ Observación General No. 28, *cit.*, párrafo 24.

²⁹ *Ibidem*, párrafo 27.

³⁰ SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. OLGA. “Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, No. 58, enero-abril de 2000, p. 45.

los países latinoamericanos, internacionales y la de los estados de la República mexicana, nos vamos a encontrar con que sólo se hace alusión a la familia surgida del matrimonio, como la única forma legal y moral de fundar a la familia.

Conocido es que la familia también puede generarse por la procreación, puede un hombre, puede una mujer, cada uno por su cuenta tener descendencia; descendencia consanguínea o bien descendencia civil (adopción), pueden formar familias monoparentales o pueden existir, lo que en doctrina se denomina, familias ensambladas o familias reconstituidas; por lo que se insiste ¿a qué familia se debe referir la Constitución?, ya que si hemos de atender a la no discriminación, a la igualdad jurídica del hombre y la mujer, nos queda claro que la Constitución se debe referir a toda familia, independientemente, de la causa lícita o ilícita, moral o inmoral que le de origen; finalmente, la familia es el grupo social primario, fundante de la comunidad, elemento humano del Estado, al cual ese Estado debe protección, debe regular con sus diferencias, con sus semejanzas, con sus aspectos lícitos e incluso ilícitos, pero ¿cómo regular a la familia? Hemos escuchado en foros internacionales recientemente, hago alusión a las *Primeras Jornadas Hispanoamericanas de Derecho Familiar*, celebradas en la ciudad de Puebla, México, bajo el auspicio de su Benemérita Universidad, en mayo, donde se habló de manera reiterada, insistente, inquietante y emocionante, del interés superior del menor, del interés de los niños, niñas y adolescentes, del adulto mayor, de la mujer, de las personas con capacidades diferentes; en fin, de un alto número de intereses personales, y es por ello que ahora me pregunto: ¿cuántos intereses superiores hay?, ¿cómo organizar a la familia?, que no es mejor ¿pensar en el interés superior de la familia como grupo social?, ¿que no es justamente este núcleo primario el grupo natural al que se debe dirigir el legislador constituyente y el legislador ordinario?

A fin de alcanzar el objetivo tutelado por la familia, para organizarla, protegerla y desarrollarla debemos partir de que la familia es una unidad social, plural y compleja, no una simple reunión de unidades, de individualidades separadas, aisladas a las que tenemos que proteger como tales, como individuos, si aceptamos que la familia es un grupo social, que es la célula de toda sociedad, que es base del Estado moderno, además de ser un grupo natural y primario, debemos regularla como tal, como grupo, atendiendo sólo al interés superior de ella, constituida por todos sus elementos personales, ya que no podemos enfrentar los intereses de cada uno, esto es, del niño, la niña, el adolescente, el joven, el anciano, del que tiene capacidad diferente, de la mujer como si todos ellos fueran individualidades, tenemos que compatibilizar los intereses de todos para poder lograr el interés de la unidad del todo.

El Estado moderno es lo que son sus familias, la humanidad contemporánea es lo que son sus Estados, tenemos que partir por el concepto de esa base y regular a la familia como núcleo o célula de la sociedad, integrada por distintos individuos unidos de manera indisoluble, de manera inseparable, sólo se puede entender a la familia.

Al hacer el análisis comparativo de las Constituciones, nos preguntamos ¿qué es lo que queremos regular? y ¿hacia dónde queremos ir?, ¿si la Constitución Política de cada Estado es su ley suprema? y si ¿ahí se contienen las bases fundamentales de la organización, funcionamiento y subsistencia del Estado?, ya que es ahí, en nuestras Constituciones, donde deben de estar las bases fundamentales de la organización de la familia, como grupo social, lo que nos llevará, por supuesto, no sólo a la unidad normativa y a la sistematización legislativa de las mismas, y a proponer, como estudiosos del derecho, el estudio del derecho constitucional familiar, como recientemente lo afirmara el magistrado del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en la República Mexicana, catedrático y estudioso del derecho familiar, doctor Flavio GALVÁN RIVERA, quien en su exposición magistral dentro de las *Primeras Jornadas Hispanoamericanas de Derecho Familiar*, del presente año, ya referidas, mencionó:

[...] que es un tema inexistente o cuando menos inexistente de manera sistemática hasta hoy, ya que por un lado se ha buscado la autonomía del derecho familiar y su independencia del derecho civil, para que partiendo de esa base, podamos hablar de la existencia del derecho constitucional familiar y de su autonomía, en donde debemos establecer y localizar las bases fundamentales de la organización familiar y partiendo de ello, todas la instituciones jurídicas y sociales tuteladoras de la familia entre ellas las leyes ordinarias, para proteger e instituir derechos y deberes de los integrantes del grupo familiar.

En derecho familiar sostiene:

[...] que no hay derechos ni hay obligaciones sino solo deberes y derechos, la misma conducta asume la naturaleza jurídica de deber, en una circunstancia o en un momento de la vida, para convertirse en derecho en otra circunstancia o en otro momento de la vida o incluso de manera simultánea; ejemplificándolo en que la fidelidad es un deber derecho, al mismo tiempo que se tiene derecho a exigir la fidelidad de su cónyuge, pero se tiene el deber de dar fidelidad al cónyuge; el deber derecho de alimentos, el deber derecho de respeto mutuo, en el deber de los hijos de honrar y respetar a sus padres y de los padres honrar y respetar a sus hijos; esto es, es un deber derecho, es una correlación de conductas; temas todos estos, que se tienen que integrar al derecho familiar, y que también se tiene que estudiar y enseñar a las nuevas generaciones.

JOSÉ CÁNDIDO FRANCISCO JAVIER DE LA FUENTE LINARES

Para él, quien durante 35 años ha enseñado el derecho familiar y el derecho civil, ha sostenido que no hay *crisis en la familia*, y por tanto “el derecho familiar tiene que evolucionar porque corresponde a una vida humana normativada”.³¹

7. Conclusiones

Debo concluir manifestando que así como cambia la vida, también la familia va evolucionando, por lo que no es posible que nuestro derecho y nuestras normas constitucionales no puedan dejar de aceptar estas nuevas formas de convivencia familiar, estas nuevas prácticas de cambios de sexo, de uniones de personas del mismo sexo, de unión de familias disgregadas para ser ensambladas; en fin, de toda la variedad que se nos va presentando, y a partir de ello llevar al texto constitucional o de la ley suprema de cada país, las bases fundamentales de la organización de la familia no en forma dispersa, asistemática, desordenada, sino en un capítulo especial en que se cuide la sistematización, el orden, la evolución, el respeto, la idiosincrasia, porque la familia debe estar en la Constitución, en la ley fundamental de cada país, en la norma internacional, porque si todo ser humano es esencialmente un ser social, y por tanto un ser familiar, porque la familia es la base de la sociedad y ésta es la base del Estado moderno, la Constitución, la norma de normas, debe proteger a la familia porque ella es para siempre con todos sus matices, con todos sus cambios, con todas sus evoluciones y sus involuciones. ■

³¹ GALVÁN RIVERA, FLAVIO. Conferencia magistral titulada “La familia en el derecho constitucional mexicano”, *Primeras Jornadas Hispanoamericanas de Derecho Familiar*, Puebla, México, 13 de mayo de 2011.