## *Las Fuentes del Derecho de Familia en América*

El individuo se desarrolla y desenvuelve en el seno de la Familia. La familia tiene su origen en la unión del hombre con una mujer que hacen vida en común, con el fin de procrear. De esa cuenta se puede observar que existe una vinculación que surge entre sus miembros, ya sea por lazos sanguíneos o por una vinculación jurídica. Existe una relación matrimonial o paterno-filial que constituyen los lazos de unión entre un miembro y otro.

En ese orden de ideas y considerando la relevancia de la familia en la sociedad, el Derecho le ha otorgado una rama especial dentro del Derecho Civil denominado Derecho de Familia. Esta rama de Derecho posee características propias que le hacen diferente a otras ramas del Derecho Civil y por consiguiente implica un ámbito de aplicación y de estudio exclusivo.

De esa cuenta las normas jurídicas que dan origen al Derecho de Familia emanan o se originan de Fuentes formales. Las Fuentes son la ley, la jurisprudencia, la doctrina, la costumbre y los principios de Derecho pero varían de acuerdo a lo que disponga cada sistema. En América el Derecho de Familia cada país adopta y valora de forma distinta las fuentes del Derecho. El siguiente ensayo tiene como objetivo presentar al lector un breve esquema de las fuentes de Derecho en Chile, Argentina, Perú, Brasil, Colombia, Guatemala, México y Estados Unidos. Para exponer dicha comparación se tomará como referencia la ubicación geográfica de los países, analizando los sistemas de sur a norte.

### Derecho de Familia en Chile

El Derecho de Familia en Chile adopta como fuente principal la ley, sin embargo también se toman en consideración de forma supletoria la jurisprudencia, la doctrina y la costumbre.

Fundamentalmente se basa en el Código Civil[1], en el cual se encuentran reguladas y definidas las instituciones como el matrimonio, la filiación, la sociedad conyugal, los bienes familiares, la adopción, tutelas y curadorías, etc. pero existen otras leyes especiales que también constituyen fuente de derecho. En tal virtud se encuentran vigentes la ley del matrimonio civil, la ley de menores, la ley de pensiones alimenticias, la ley de violencia intrafamiliar y la ley de adopciones.

Respecto de la jurisprudencia no se considera Fuente de Derecho. Según el mismo Código Civil las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causales en que actualmente se pronunciaren. Algunos autores sostienen al respecto que entonces cada juez hace del texto legal que tiene una norma distinta.[2]

En doctrina Chile tiene muchos autores en esta materia, entre los cuales se puede mencionar a Carmen Domínguez, Javier Barrientos, Manuel Somarriva, Maricruz Gomez De la Torres Vargas, René Ramos Pazos, Javier Barrientos y Hernán

---

[1] Ramos Pazos, René, **Derecho de Familia, Editorial Jurídica de Chile,** 6ed, Chile, 2007, P. 10

[2] Domínguez, Carmen y Ramón Domínguez, **Lo que la jurisprudencia se llevó,** Revista de Derecho universidad de Concepción, Revista no. 189, AÑO lix, En-Jun, 1991, P. 95 y 110

Troncoso Larronde.

**Derecho de Familia en Perú**

En el marco del Derecho Peruano se puede observar que está influenciado notablemente por la tradición Católica. La ley del matrimonio de los No Católicos promulgada en 1897 fue la que abrió las puertas para la secularización del matrimonio civil en Perú. Antiguamente el único matrimonio que producía efectos civiles era el celebrado según la formalidad sacramental y solo entre individuos católicos.[3]

Actualmente en Perú el primer nivel jerárquico en las fuentes lo ocupa la constitución. En este sentido la Constitución del Perú reconoce en su artículo 4 que el Estado y la Comunidad protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. Así mismo también se reconoce la unión de Hecho y la disolución del matrimonio.

Sin embargo están en el primer nivel todos los tratados internacionales que versen sobre Derechos Humanos. La siguiente fuente primordial es la ley. En las leyes están reguladas las relaciones entre cónyuges y entre padres e hijos por el Código Civil de 1984. También existen otras leyes como el Código de los niños y adolescentes, la ley de protección de violencia intrafamiliar[4]. En tercer lugar encontramos la jurisprudencia, también denominada Doctrina Jurisprudencial. En este sentido el Código Procesal Civil[5] reconoce el precedente judicial y establece que la Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial. La decisión constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente.

De manera supletoria rigen la costumbre, la doctrina y los principios de Derecho.

**Derecho de Familia en Colombia**

En Colombia también se sigue una tradición normativa en la cual el derecho positivo es la primera fuente formal. Las normas escritas tienen su propia jerarquía. A falta de ley el juez debe acudir a otras fuentes formales, pero la misma ley determina que son aplicables al caso controvertido la doctrina constitucional y las reglas generales de Derecho. La ley establece también que la costumbre constituye derecho a falta de legislación positiva. [6]

En Colombia no fue sino hasta 1991 y la ley 25 de 1992 que se permitió que el matrimonio pudiere ser civil. Antes solo era religioso, ahora puede ser de ambas formas y sus efectos quedan regulados exclusivamente por las reglas ordinarias.[7]

---

[3] Ramos Nuñez, Carlos Augusto, ***Historia del Derecho Civil Peruano. Los signos del Cambio, Siglos XIX y XX***. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Perú, 2005, P. 276

[4] Ley 26260 y Ley 27306 que modifica la ley de Violencia Intrafamiliar,

[5] Artículo 400, Código Procesal Civil Perú, modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 29364, la ley de mayo de 2009

[6] Fonseca Ramos, Mario, **Las fuentes formales del derecho colombiano a partir de la nueva constitución,** Revista de Derecho, Universidad del Norte, 1992, P. 35

[7] Medina Pabón, Juan Enrique, **Derecho Civil Derecho de Familia,** Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2008, P. 39

La jerarquía normativa de Colombia tiene como principal fuente a la Constitución. En ella el artículo 42 insiste en que la base inicial de la familia es la unión de un hombre y una mujer.

En Colombia es importante destacar que la Corte Constitucional ha emitido sentencias[8] que protegen a la familia monogámica y heterosexual. Dicha corte ha interpretado la constitución manifestando que tanto de una interpretación gramatical como una interpretación histórica de las actas de la Asamblea Nacional Constituyente se puede comprender la protección como una voluntad explícita del constituyente.

También existen leyes emitidas en los últimos años como las leyes 294 de 1996 y 575 de 200 sobre violencia intrafamiliar, ley 495 de 1999 y decreto 2817 de 2006 sobre patrimonio de familia inembargable, Ley 721 de 2001 en materia de utilización de las pruebas biológicas en procesos de filiación, Ley 1060 de 2006 sobre impugnación de la paternidad, Leyes 854, 861 y 863 de 2003 relacionadas con la afectación de la vivienda familiar y con la protección de la mujer cabeza de familia.[9]

Entre los juristas destacados en éste ámbito se encuentran Jorge Parra Benítez, Marco Gerardo Monroy Cabra y Arturo Valencia Zea.

**Derecho de Familia en Argentina**

El Derecho de Familia en Argentina se basa en la ley, esto implica toda norma jurídica emanada del poder legislativo. Las leyes según lo establece el código Civil son obligatorias para todos. De conformidad con el mismo código en caso de que una cuestión no pueda resolverse por las palabras o por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas y si la cuestión fuere dudosa aun, se resuelve por los principios generales del derecho.[10] Posteriormente encontramos otras leyes de cada provincia, pues Argentina es una República Federal. De forma supletoria aparecen los usos y costumbres. También se consideran a la jurisprudencia, la equidad y la doctrina.

Argentina también está organizada como una república federal integrada por varias provincias. No obstante prevalecen sobre las leyes provinciales las leyes federales. En ese sentido normas de tal relevancia como el Código Civil rigen para toda la república.

En el ámbito del Derecho de Familia Argentina fue el primer país sudamericano en aceptar el matrimonio homosexual según la ley del "matrimonio igualitario" que modifica el código Civil. La ley 26.618 y decreto 1054 del año 2010 también hace modificaciones respecto a las adopciones por parejas homosexuales.

Otras de las leyes de especial relevancia son la ley del Derecho a Pensión del conviviente en aparente matrimonio, Ley del régimen del matrimonio civil y divorcio, ley de patria potestad, filiación y herencia, Derecho de la mujer a estar acompañada en el parto, Ley de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

---

[8] Sentencia del Tribunal Constitucional de Colombia, C-814 De 2 de agosto de 2001, C-271 De uno de abril de 2003.

[9] Benítez, Jorge Parra, **Derecho de Familia,** Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2008, P. 40

[10] Código Civil Argentino, Artículos 16 y 17

Eliminación del delito de adulterio. Impedimento de contacto de los hijos con padres no convivientes. Protección contra la violencia familiar. Ley de Banco Nacional de Datos Genéticos, ley de unión civil de Buenos Aires.

**Derecho de Familia en Brasil**

El sistema brasileño, al igual que otros sistemas latinoamericanos, es un sistema de tradición romano-germánico, por lo tanto sus fuente principal también es la ley. La jerarquía de las fuentes en este sistema la encabeza la Constitución Federal de 1988. En el capítulo VII de dicha constitución el Estado establece que la familia es la base de la sociedad y es objeto de especial protección por el Estado. En Brasil el matrimonio es civil, por lo tanto la mayoría de normas que regulan el derecho de Familia están incluidas en el Código Civil. También hay decretos y luego la jurisprudencia, costumbre y de forma indirecta la doctrina. [11]

En doctrina destacan autores como Maria Helena Diniz, Silvio de Salvo Venosa y Pablo Stolze Gagliano.

Respecto de la jurisprudencia es importante mencionar que en el 2011 el tribunal Supremo de Brasil extendió la protección a las parejas homosexuales basándose en la prohibición de discriminación por sexo y en base al hecho de que la Constitución no prohíbe las relaciones homosexuales. La protección se les otorgó bajo la figura de uniones estables. Entonces si bien existe una protección legislativa de las uniones heterosexuales, los homosexuales tienen recursos ante la judicatura. [12]

**Derecho de Familia en Guatemala**

En la región centroamericana, en Guatemala el derecho de Familia está regulado en la Constitución Política que tiene superior jerárquico sobre todas las fuentes del Derecho. El Derecho de Familia es el primer derecho Social y en la constitución se contemplan situaciones como el matrimonio, la unión de hecho, la igualdad de los hijos ante la ley, la protección de menores y sanciones, la adopción, la obligación de prestar alimentos, entre otros.

En Guatemala, evidentemente también hay un Código Civil y otras leyes que han reformado algunas disposiciones del Código Civil. Entre estas encontramos la ley que equipara los derechos entre hombres y mujeres en el matrimonio, la ley de adopciones, ley de violencia intrafamiliar, la ley que regula el juicio de paternidad por prueba de ADN y finalmente la reforma al divorcio que busca agilizar el trámite del divorcio mediante la solicitud de uno solo de los cónyuges, sin necesidad de que exista acuerdo mutuo. [13]

Las fuentes del Derecho en Guatemala están establecidas en una ley denominada "Ley del Organismo Judicial" y la misma es clara en ordenar que la ley es fuente del

---

[11] Spetigue Edmund**, American Law in The legal Observer, Journal of Jurisprudence,** London, 1841, P. 87

[12] Cullinan Hoffman, Mathew, **El tribunal Supremo de Brasil desafía constitución, concede uniones civiles homosexuales,** Notifam, 11/05/2011.

[13] Decreto 27-2010 del Congreso de la República de Guatemala, **Reformas al decreto ley 106 del jefe de gobierno, código civil y al decreto 17-73 del Congreso de la República Código Penal.**

Ordenamiento Jurídico. La jurisprudencia la complementa y la costumbre rige solo por delegación de la ley siempre que no sea contraria a la moral, al orden público y que resulte probada.[14] En este tema es importante destacar que el Derecho Procesal Civil en el ámbito de Familia es menos formalista que el proceso ordinario y más rápido que otros procesos ya que existen Tribunales especializados de Familia que fueron instituidos por el Decreto 206 en 1964.

Respecto de la doctrina Guatemala no tiene aún tantos autores destacados en la materia pero entre los más notables se puede señalar a la Maria Luisa Beltranena y a Alfonso Brañas.

**Derecho de Familia en México**

En el Norte de América, México es el único país de tradición civilista por lo cual es un sistema que también se asemeja a los países anteriores. Sin embargo hay que tener en consideración que México está organizada como una República Federal por lo tanto la jerarquía de fuentes está encabezada por la Constitución Federal[15] pero el Derecho Familiar es local.

El artículo 4 de la Constitución Federal reconoce que la misma protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

También tienen importancia los Tratados Internacionales en la materia y el Código Civil Federal. No obstante hay leyes locales que solo se aplican supletoriamente a las leyes federales. Por otro lado también existe la jurisprudencia.[16] En este ámbito la más trascendental es la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Federal) que interpreta con efectos generales y obligatorios a las leyes familiares o que regulan a la familia. En el DF y algunos estados hay jueces y magistrados en materia familiar.

Y respecto de la doctrina, pues constituye una fuente indirecta pero México tiene grandes autores entre los que destacan en la materia Ignacio Galindo Garfias, Sara Montero, Manuel Chávez Ascencio y Buen Rostro.

**Derecho de Familia en Estados Unidos**

En Estados Unidos de América el Derecho de Familia funciona de forma distinta. Se caracteriza por ser un Derecho Jurisprudencial, es decir que los precedentes jurisdiccionales son la principal fuente de Derecho. Pero ello no implica que no existan distintas fuentes de Derecho y que exista una jerarquía concreta.

La ley suprema es la Constitución Federal, la cual garantiza las libertades y los derechos de los ciudadanos. Ninguna ley o autoridad puede contradecir los principios contenidos en ella. Las Cortes Federales tienen autoridad para interpretar la Constitución y para evaluar las leyes estatales.

---

[14] Artículo 2 Del Decreto 2-89, Congreso de la República de Guatemala, **Ley del Organismo Judicial**.

[15] Artículo 4 y 122 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ultima reforma 13/04/2011.

[16] Soto, Clemente, **Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y nociones del Derecho Civil,** 3 Edición**,** Editorial Limusa, México, 2005, P. 53 y 92

Posteriormente se encuentran los tratados internacionales que se consideran también como leyes supremas porque son federales y van seguidos de las estatutos federales. Si hubiese conflicto entre ambos prevalece el más especifico.

Luego se encuentran las decisiones Judiciales. Para impartir justicia y solucionar las controversias los jueces se basan en casos precedentes. Aun así la Corte Suprema y las Cortes supremas federativas no se han considerado nunca vinculadas por sus propios precedentes. Para una mejor comprensión de este sistema es importante analizar la organización judicial de los Estados Unidos ya que se integra por Cortes Federales y Cortes de cada entidad federativa. En Estados Unidos a diferencia de otros países que adoptan el sistema de *common law* las cortes federales están habilitadas para conocer controversias en primera instancia. [17]

Las jurisdicciones federales se clasifican en dos grupos. Por un lado existen las Cortes de Distrito y contra las resoluciones de estas se admite el recurso a las Cortes de Apelación; en contra de las decisiones de la Corte de Apelación se admite un recurso ante la Suprema Corte de Justicia. Los jueces de distrito resuelven generalmente de forma unitaria pero excepcionalmente para resolver ciertas materias pueden sesionar de forma colegiada tres jueces.

Las jurisdicciones de las entidades federativas, por el contrario, a diferencia de la estructura anterior solo reconoce dos jerarquías. La suprema Corte de Justicia y las Cortes de Primera Instancia.

Para fijar la competencia la regla general es que la jurisdicción de cada entidad Federativa es la que prevalece sobre la incompetencia de las jurisdicciones federales. En otras palabras no se puede recurrir a las jurisdicciones federales salvo en los casos expresos que la Constitución Federal de los Estados Unidos les atribuya competencia.

En materia de familia como se mencionó anteriormente rigen las leyes locales, pero también se toman en consideración para aprender la materia a algunos autores como Jill Black, Jane Bridge, Tina Bond, Liam Gribbin, Brenda Hale, David Pearl, Daniel Monk y Elizabeth Cooke entre otros.

## Conclusiones

Después de haber presentado de manera breve las fuentes del Derecho en los diversos países hay que hacer notar que a pesar de que la mayoría de sistemas en el continente siguen una jerarquía de fuentes positivista, la ley no constituye la única forma reguladora del Derecho de Familia.

Como se puede observar el Derecho de Familia, aunque se engloba dentro del Derecho Civil no es ajeno a la intervención del Estado. En tal virtud conviene hacer mención de la relevancia de la jurisprudencia encaminada a transformar los sistemas mediante la resolución de controversias sobre nuevas formas de agrupación familiar y de convivencia entre los individuos. Si bien la jurisprudencia no es la principal fuente

[17] David, René & Camille Jauffret Spinosi, **Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos,** (Las Fuentes del Derecho de los Estados Unidos de América, Capítulo 3) Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010, P. 308

de Derecho en los países de América Latina, si ha sido muy importante en los cambios sociales. Por ejemplo en Brasil vemos como algunos tribunales han fallado a favor de la protección de la unión homosexual, bajo el argumento de no discriminación. En Perú también ya se contempla el tema de las familias ensambladas y su organización.

Así mismo no se puede ignorar que en el continente Americano es trascendental la función de los Congresos o Parlamentos que crean directamente la norma escrita porque de ellos dependen cambios fundamentales en la organización de las sociedades puesto que por disposición misma de las normas y el proceso de creación de las normas son ellos quienes deciden el contenido de las normas escritas. En los países de este continente desde México hacia el Sur todos los países tienen como fuente primordial las leyes por lo tanto las decisiones que se tomen en dichos poderes tienen efectos trascendentales.

En la mayoría de países el Derecho de Familia se encuentra clásicamente regulado por el Código Civil. En general parece que ha existido una tendencia a aprobar leyes que incorporan nuevas formas o procedimientos como las adopciones o la prueba de paternidad genética pero son leyes que se crean aparte y que modifican o derogan algunas normas de los códigos civiles.

Incluso vale indicar que dentro de las mismas leyes hay una jerarquía, a la cual los jueces están sujetos siempre. En ese sentido un rasgo en común de todos los países es que la jerarquía de fuentes está encabezada por la Constitución Nacional o Federal. Ahora bien, es interesante notar que en todas las Constituciones los Estados se preocupan por la familia y aún la consideran la base de la sociedad.

En todos los países, excepto en Estados Unidos los jueces están sujetos a aplicar primero la ley para resolver las controversias. Estados Unidos a diferencia de los demás para interpretar alguna disposición utiliza los casos precedentes para resolver las controversias. En ese sentido vemos que el juez en Estados Unidos es creador de la norma. El resto de América por el contrario solo permite al juez aplicar la norma e interpretarla pero la función creadora le concierne a los órganos legislativos principalmente. De ahí se puede inferir que la jurisprudencia realmente no es fuente de derecho, pues todos los sistemas están fuertemente atados a la ley.

A pesar de que hay más fuentes de Derecho son la ley y la jurisprudencia las que predominan. Sobre la doctrina y la costumbre se puede concluir que solo son fuentes complementarias. La costumbre especialmente es muy poco utilizada y de hecho el Derecho Civil escrito prevalece sobre la misma. Así vemos por ejemplo que en países donde una parte de la población está integrada por algunas culturas, como es el caso de los indígenas en Guatemala, la costumbre se mantiene pero como no está plasmada en la ley entonces para que sus uniones o matrimonios tengan efectos legales tienen que adaptarse a lo que establece el Código Civil.

Por último sobre la doctrina hay algunos países que han avanzado más en este sentido. Destacan los juristas mexicanos y argentinos en éste ámbito. No obstante cada país tiene abogados que han escrito sobre la materia y son también importantes ya que sobre los aportes que ellos hacen van surgiendo nuevas ideas que trazan y caracterizan al derecho de familia como una rama autónoma.

## Fuentes de Consulta

*Artículos Revistas*


- Domínguez, Carmen y Ramón Domínguez, **Lo que la jurisprudencia se llevó,** Revista de Derecho universidad de Concepción, Revista no. 189, AÑO lix, En-Jun, 1991.

- Fonseca Ramos, Mario, **Las fuentes formales del derecho colombiano a partir de la nueva constitución,** Revista de Derecho, Universidad del Norte, 1992.

- Spetigue Edmund**, American Law in The legal Observer, Journal of Jurisprudence,** London, 1841.


*Libros*


- Benítez, Jorge Parra, **Derecho de Familia,** Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2008.

- David, René & Camille Jauffret Spinosi, **Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos,** (Las Fuentes del Derecho de los Estados Unidos de América, Capítulo 3), Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010.

- Medina Pabón, Juan Enrique, **Derecho Civil Derecho de Familia,** Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2008.

- Ramos Nuñez, Carlos Augusto, **Historia del Derecho Civil Peruano. Los signos del Cambio, Siglos XIX y XX**. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Perú, 2005.

- Ramos Pazos, René, **Derecho de Familia, Editorial Jurídica de Chile,** 6ed, Chile, 2007.

- Soto, Clemente, **Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y nociones del Derecho Civil,** 3 Edición**,** Editorial Limusa, México, 2005.


*Noticias*


- Cullinan Hoffman, Mathew, **El tribunal Supremo de Brasil desafía constitución, concede uniones civiles homosexuales,** Notifam, 11/05/2011.


*Leyes*


- Ley 26260 y Ley 27306 que modifica la ley de Violencia Intrafamiliar, año 2005.
- Artículo 400, Codigo Procesal Civil Perú, modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 29364, año 2009
- Código Civil Argentino, año 1871 con reformas del 2010.
- Decreto 27-2010 del Congreso de la República de Guatemala, **Reformas al decreto ley 106 del jefe de gobierno, código civil y al decreto 17-73 del Congreso de la República Código Penal,** año 2010.
- Artículo 2 Del Decreto 2-89, Congreso de la República de Guatemala, **Ley del Organismo Judicial**, año 1989.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ultima reforma 13/04/2011.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de Colombia, C-814 De 2 de agosto de 2001,
- Sentencia del Tribunal Constitucional de Colombia, C-271 De uno de abril de 2003.