

# I

## El Derecho de Familia en el siglo XXI. Aspectos constitucionales y nuevas tendencias\*

**SUMARIO:** **Introducción** **1. Concepto de Derecho de Familia** **2. Características del Derecho de Familia** **3. La familia** 3.1. *Concepto de familia* 3.2. *La familia de origen y la familia sustituta* 3.3. *Elementos determinantes de la familia* **4. Aspectos constitucionales** 4.1. *La protección a la familia* 4.2. *La protección a la maternidad y a la paternidad* 4.3. *La protección al matrimonio y a las uniones estables de hecho* 4.4. *La protección de la niñez y adolescencia* **5. Tendencias actuales del Derecho de Familia** 5.1. *La protección extendida a las nuevas estructuras familiares* 5.2. *Las uniones de parejas homosexuales* 5.3. *El transexualismo y su influencia en las instituciones familiares* 5.4. *El divorcio libre* 5.5. *Las técnicas de reproducción humana asistida* **6. Una nota final. Conclusiones**

### INTRODUCCIÓN

El presente estudio surge como una necesidad de explicar sucintamente el nuevo rumbo que sigue el Derecho de Familia venezolano, para lograr tal objetivo se comienza por disertar sobre los primeros conceptos del área jurídica analizada, de forma que el lector se adapte a la visión que se pretende presentar como novedosa, concretamente se abunda en los significados de Derecho de Familia, sus caracteres e instituciones.

---

\* Publicado originalmente en: *Revista de Derecho*. N.º 31. TSJ. Caracas, 2009, pp. 27-115.

A continuación, se tratará lo referente a las normas constitucionales (artículos 75, 76, 77 y 78) que directamente representan el andamiaje que sustenta el desarrollo legislativo de las instituciones familiares. En este punto se colocará especial atención a los aspectos originales incorporados por la Constitución de 1999, para lo cual se busca el apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, que ha interpretado el alcance de dichas disposiciones constitucionales.

En otro paraje, se efectúa una explicación de las perspectivas que se observan en el Derecho de Familia a nivel globalizado y su recibimiento por el ordenamiento patrio. Para tales fines, se comentará principalmente el Derecho español que en los últimos años ha vivido una radical transformación a nivel legislativo, sirviendo a nuestros fines de ilustración sobre las tendencias modernas. Cabe destacar que el ordenamiento ibérico ha disfrutado de una palpable acogida por los tribunales de la República, lo cual justifica su estudio. Por último, se confeccionan ciertas reflexiones sobre la familia como grupo humano y cuál, según la posición del autor, debe ser su tratamiento.

## 1. CONCEPTO DE DERECHO DE FAMILIA

Esta área del Derecho representa un conjunto de reglas de conductas imperativas de naturaleza civil, que se nutren de principios y preceptos específicos configurándose así unas cualidades que lo diferencia de otras áreas del Derecho común; y es que la familia y sus instituciones son figuras jurídicas con un alto contenido moral<sup>1</sup>, lo que produce que las relaciones que brotan entre personas vinculadas por la sangre o por el ánimo de hacer vida en común, que son, en principio, relaciones privadas, se vean a su vez afectadas por regulaciones de orden público al existir un interés superior del Estado y la colectividad en tutelar y proteger dichos nexos especiales<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Léase al respecto el artículo 73 de la Constitución de 1961, que señalaba: «El Estado protegerá la familia como célula fundamental de la sociedad y velará por el mejoramiento de su situación moral y económica».

<sup>2</sup> Vid. VARELA CÁCERES, Edison Lucio: *Lecciones de Derecho Civil I Personas*. Editorial RVLJ. Caracas, 2019, pp. 53 y ss.

Es en este sentido que se pronuncia la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia cuando afirma lo siguiente:

Lo que atañe al Derecho de Familia son las situaciones de hecho en estado puro, consideradas antes que los efectos jurídicos que las leyes y la jurisprudencia hayan podido atribuirles desde una perspectiva formalista. La finalidad del Derecho de Familia no es la transformación de la familia por la imposición de reglas normativas, sino garantizar, proteger y coadyuvar el proceso de transformación de la asociación natural con una visión propia y autónoma que nace de este Derecho social consagrado en la vigente Constitución<sup>3</sup>.

En definitiva, el Derecho de Familia fusiona los efectos personales y patrimoniales que surgen de sus instituciones, y toda esta amalgama se interpreta no desde una perspectiva formalista y positivista, sino bajo un cariz de respeto a la autodeterminación de las relaciones privadas; pero sin menoscabo del desarrollo de los postulados básicos que deben inspirar dichas relaciones, como son la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la responsabilidad social y la preeminencia de los derechos humanos<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> TSJ/SCS, sent. N.º 522, del 30-11-00. Vid. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Instituciones fundamentales de Derecho Civil*. CENLAE. Caracas, 2019, p. 230, «La familia sigue siendo la unidad básica de toda la sociedad: estructura primaria de la vida humana (...) connatural al hombre y anterior al Derecho positivo»; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Manual de Derecho de Familia*. 2.ª, Ediciones Paredes. Caracas, 2014, p. 18, «La familia es un fenómeno tan antiguo como la humanidad misma; es connatural al hombre. La familia es una institución natural y universal, anterior al Derecho positivo»; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «La familia: su proyección en la sucesión legal y en la sucesión forzosa». En: *1 Jornadas franco-venezolanas de Derecho Civil «Nuevas tendencias en el Derecho privado y reforma del Código Civil francés»*. Editorial Jurídica Venezolana-Capítulo Venezolano de la Asociación Henri Capitant *Des Amis de la Culture Juridique Française*. J. ANNICCHIARICO, S. PINTO y P. SAGHY, coords. Caracas, 2015, pp. 63 y ss.

<sup>4</sup> Principios que son un mandato constitucional, a tenor del artículo 2, en concordancia con el artículo 75 *eiusdem*. Siendo oportuno agregar, como lo comenta DEL MORAL, Anabella: «El rol de la familia en la doctrina de la protección integral». En: *Studia Iuris Civilis. Libro homenaje a Gert F. Kummerow Aigster*. TSJ. F. PARRA

De acuerdo con lo indicado, el Derecho de Familia es una rama del Derecho Civil conformada por un conjunto de normas, reglas y principios que tienen por objeto regular la conducta del hombre en sus relaciones familiares, sean estas productoras de efectos personales o patrimoniales y que surgen principalmente del matrimonio, la filiación y del parentesco.

Según SÁNCHEZ-CORDERO DÁVILA<sup>5</sup>, este segmento del Derecho Civil «es un Derecho impregnado de preceptos de moral y de costumbres. La vocación del Derecho de Familia es eminentemente civil, ya que fundamentalmente intenta resolver conflictos entre personas privada, aun cuando exista una marcada intervención del Estado». Por su parte, GÜITRÓN FUENTEVILLA define el Derecho Familiar como «un conjunto de normas que tiene por objeto regular las relaciones jurídicas existentes entre la familia y cada uno de sus miembros, así como la de ésta, con las demás personas, no miembros de la familia»<sup>6</sup>.

PADRÓN DE MELET y GONZÁLEZ DE GOIZUETA definen el Derecho de Familia «como el conjunto de principios jurídicos y normas legales que tienen por objeto regular la organización familiar, tanto en sus relaciones

---

ARANGUREN, editor. Caracas, 2004, p. 170, que en relación a la familia «no importa cómo esté integrada, lo imprescindible es que las relaciones que en ella se generen graviten en estos valores propios del ser humano en su relación con otros, y que la sociedad debe fomentar y fortalecer». Por su parte, nuestro profesor RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino: *La tutela*. Bosch. Barcelona, 1954, p. 21, señalaba que «Las instituciones familiares son aquéllas que integran la familia ora en sentido estricto –sociedad conyugal y paterno-filial–, ora en sentido lato –sociedad parental, además de las dos anteriores–. Estas instituciones implican relaciones de mutuo auxilio, protección y defensa, relaciones de subordinación y, en una palabra, de solidaridad. Relaciones que se hallan fundamentadas en el matrimonio, amparadas por la moral y sancionadas por el Derecho».

<sup>5</sup> SÁNCHEZ-CORDERO DÁVILA, Jorge A.: *Introducción al Derecho mexicano: Derecho Civil*. 2.<sup>a</sup>, UNAM. México D. F., 1981, p. 104.

<sup>6</sup> GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián: «Prospectiva del Derecho Familiar». En: *Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia*. T. I. Publicidad Gráfica León. L. WILLS RIVERA, coord. Caracas, 1994, p. 5.

personales como patrimoniales»<sup>7</sup>. Para GRISANTI AVELEDO<sup>8</sup>, esta área del Derecho Civil está constituida por «el conjunto de principios jurídicos y disposiciones legales que tienen por objeto regular los estados familiares y las relaciones jurídicas, personales o patrimoniales, que deriven de ellos», agregando que «en nuestra legislación se reconocen cuatro estados familiares primarios: el estado conyugal, el de pariente consanguíneo, el de pariente afín y el de adopción. De los estados familiares derivan relaciones personales y patrimoniales».

Como ha quedado delineado de las definiciones preinsertas, se postula, según su ubicación, que el Derecho de Familia corresponde a una rama del Derecho Civil, lo cual se realiza con pleno conocimiento de las orientaciones de distinguidos juristas que han sostenido la autonomía del Derecho Familiar escindiéndolo del tradicional Derecho común, ejemplos de esta última tesis son las posiciones de CICU y DE RUGGIERO, entre otros, y que fueron secundadas por varias legislaciones que separaron sus instituciones familiares del Código Civil para conformar un Código de Familia *—verbi gratia*: Bolivia, Cuba, Nicaragua, Costa Rica, El Salvador, Honduras y en algún momento, Rusia y la Comunidad de Cataluña en España—.

Ahora bien, se advierte que se promoció una visión uniforme del Derecho como ciencia, el cual se fundamenta en la razón, el método científico y la sistematización del conocimiento; así lo descrito no es óbice para que con la finalidad de aprehender y mantener dicha sistematización se elabore una clasificación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico y que dichas divisiones respondan a criterios científicos, incluso

---

<sup>7</sup> PADRÓN DE MELET, Antonia y GONZÁLEZ DE GOIZUETA, Carmen: *Derecho de Familia*. 5.<sup>a</sup>, Lito Publicidad Cotopaxi. Caracas, 1991, p. 33. *Cfr.* BONNECASE, Julien: *Tratado elemental de Derecho Civil*. Editorial Pedagógica Iberoamericana. México D. F., 1995, p. 224, «Se entiende en este caso por Derecho de Familia, el conjunto de reglas de Derecho de orden personal y de orden patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio, o indirecto, es presidir la organización, vida y disolución de la familia».

<sup>8</sup> GRISANTI AVELEDO, Isabel: *Lecciones de Derecho de Familia*. 7.<sup>a</sup>, Editores Vadell Hermanos. Valencia, 2000, pp. 43 y 44.

admitidos legislativamente. En este orden, efectivamente emergen del ordenamiento suficientes elementos que permiten diferenciar las instituciones familiares y su tratamiento, de figuras civiles provenientes de otras ramas, *exempli gratia* el contrato, porque allí justamente es de donde surge la subclasificación del Derecho Civil, en Personas, Derechos Reales, Obligaciones, Contratos, Sucesiones y Familia. Así, todos los brazos indicados coinciden en ser un Derecho Común, es decir, en el caso concreto de la institución del matrimonio, la misma tiene una inequívoca esfinge que le imprime su especialidad y que es común en todo el ordenamiento jurídico, lo que inexorablemente trae como corolario que, cuando el legislador aluda al vocablo «matrimonio», se refiera a la figura regulada por el Derecho de Familia y no a otra, debido a que ella es común y base del ordenamiento, lo que al mismo tiempo es indiferente a que en su reglamentación converjan normas de distintos textos jurídicos, considerando que es cristalino que es el Código Civil el que en la actualidad desarrolla armónicamente la relación matrimonial y sus efectos; en fin, con lo apuntado se aspira ilustrar el porqué se sostiene que el Derecho de Familia es Derecho Civil, aunque no Derecho de Obligaciones u otra rama<sup>9</sup>, existiendo una relación de especie a género.

## 2. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE FAMILIA

Las regulaciones en materia de familia tradicionalmente han descansado en determinadas figuras jurídicas que la tutelan, a estas se denominan instituciones por ser permanentes aunque no estáticas, las cuales son principalmente: el matrimonio, la filiación, el parentesco, las uniones estables de hecho, la adopción y la obligación legal de alimentos<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: «Un “fantasma” recorre Latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial». En: *Anuario de la Facultad de Derecho*. N.º 27. Universidad de Extremadura. Badajoz, 2009, p. 331, apunta de pasada: «Las instituciones del Derecho de Familia no pueden tener el mismo tratamiento legal que las del Derecho Civil patrimonial, porque su naturaleza es diferente, es más sensible, más espiritual, más emotiva».

<sup>10</sup> Se aclara al respecto que algunas de las instituciones antes nombradas que tradicionalmente se ubicaban dentro del Derecho Civil Familia, en la actualidad se han

Las antes señaladas figuras jurídicas tienen la característica de establecer un vínculo entre personas naturales, el cual puede descansar en lazos biológicos de sangre, como es en el parentesco, la filiación y la obligación legal de alimentos o en la voluntad libre y consciente de establecer un vínculo perdurable, siendo el caso del matrimonio, las uniones estables de hecho y la adopción.

Es fácil inferir que dichas ligaduras que surgen de las instituciones familiares no descansan en un interés económico o individualista de una de las partes de dicha relación, sino en un elemento afectivo que difícilmente puede el Derecho borrar y que, en atención al Derecho natural y a la sana lógica, el legislador simplemente reconoce, protege y presume<sup>11</sup>. En términos ilustrativos, en el supuesto de que dos personas estén ligadas por parentesco hace presumir al legislador que entre las mismas emerge un lazo afectivo o emocional, y es por eso que, por ejemplo, no permite que entre el juez de la causa y una de las partes litigantes exista dicho grado de vinculación familiar, porque simplemente se presume *iuris et de iure*, que el juez tenderá a favorecer a su pariente.

En este orden, se precisa que las relaciones familiares no se edifican sobre un interés pecuniario o estrictamente individualista: sin embargo, pueden producir dichos efectos, como sería el aumento o disminución del patrimonio

---

desplazado a otra área autónoma del Derecho, como lo es el Derecho de la Niñez y de la Adolescencia, concretamente la adopción al ser una institución que procede principalmente para los casos que el adoptado sea menor de edad para el momento de la solicitud, su regulación se encuentra contenida en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (artículo 408), igualmente la intitulada «obligación de manutención» otrora obligación alimentaria, cuando el beneficiado es un menor de edad, es regulada por la Ley antes mencionada (artículo 365); en fin, todo lo expuesto implica que a dichas instituciones les sean aplicables los principios sectoriales del Derecho Minoril con preferencia.

<sup>11</sup> Así lo ha afirmado GRISANTI AVELEDO: ob. cit. (*Lecciones de Derecho...*), p. 17, para quien «La familia es un hecho, es un fenómeno natural y, frente a ella, el Derecho es un *posterius*, porque el Derecho no crea la familia, simplemente la toma en cuenta y la regula en sus aspectos fundamentales».

para los contrayentes de un matrimonio declarado nulo con efectos putativos o la satisfacción individual que obtendría el legitimado al ejercer una acción de inquisición de paternidad. Así, dichos efectos y otros están siempre subordinados a los intereses superiores que el ordenamiento jurídico les ha asignado a las instituciones familiares, que es la protección de la familia<sup>12</sup>, y por ello, aunque se obtengan objetivos económicos, en el cumplimiento de las normas del Derecho de Familia, siempre subyace una finalidad de defensa a la agrupación familiar<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Esta obligación de protección se evidencia a nivel internacional cuando se observa que la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 indica en su artículo 16.3: «la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado»; igualmente la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (artículo 6); la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (artículo 17); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (artículo 10); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 23). Léase para mayor abundamiento: *Normas Internacionales para la Protección de los Derechos Humanos de la Niñez y Adolescencia*. CECODAP. C. TRAPANI, comp. Caracas, 2004. A raíz de las regulaciones descritas se ha hablado de un principio proteccionista de la familia que perdura inmanentemente en sus instituciones y que guía la interpretación de las normas que integran el Derecho Familiar. Al respecto se apunta que, efectivamente, se es conteste con dicha afirmación, pero se ve en dicho principio no un simple eufemismo rimbombante y acomodaticio, sino un concepto jurídico indeterminado que está dotado de juridicidad y que requiere ser concretizado, caso por caso, según los valores e intereses en disputa, *mutatis mutandis*, como ocurre con el principio del interés superior del niño. Por su parte, GÜITRÓN FUENTEVILLA: art. cit. («Prospectiva del Derecho...»), p. 21, parafraseando a DE RUGGIERO, revela que en las relaciones familiares «por el contrario, el interés individual es sustituido por un interés superior, que es el de la familia, porque a las necesidades de ésta y no a las del individuo, subviene la tutela jurídica. Y a través del interés familiar, exige y recibe protección de un interés más alto que es el del Estado, cuya fuerza de desenvolvimiento y vitalidad, dependen de la solidez del núcleo familiar».

<sup>13</sup> PADRÓN DE MELET y GONZÁLEZ DE GOIZUETA: ob. cit. (*Derecho de Familia*), p. 37, indican: «En el Derecho de Familia, las relaciones de carácter patrimonial solo se conciben como accesorias a las relaciones personales que son fundamentales».



Es en este el sentido que TORRES-RIVERO sostiene que «el Derecho de Familia no es un Derecho cualquiera, y las normas jurídicas que lo conforman no son idénticamente iguales a las de las otras disciplinas o ramas del Derecho»<sup>14</sup>, y agrega: «en el Derecho de Familia cuenta más, descuella, la prevalecía (*sic*) de lo personal sobre lo patrimonial, esto es siempre secuela de aquello. El *desideratum* es lo personal y como derivado lo patrimonial, si no ha habido nexo personal familiar es inconcebible consecuencia patrimonial familiar».

Otra característica que es evidente en el Derecho de Familia es que en su regulación existe una gran cantidad de normas de orden público<sup>15</sup>. Las relaciones surgidas por las instituciones familiares son privadas en el sentido de que interesan a los particulares, ya que son a ellos a los que afectan las consecuencias que genera el Derecho positivo, y así debe entenderse, debido a que no puede el Estado o la sociedad, por más que sea prudente, obligar a las parejas convivientes de hecho a enlazarse a través del matrimonio, porque eso sería desconocer el libre desenvolvimiento de la personalidad; por tanto, son dichas parejas las que espontáneamente deciden en que *status* mantienen sus relaciones.

Ahora bien, cosa distinta es que, una vez surgidas las relaciones familiares, el Derecho establezca ciertas regulaciones para mantener la paz social y el equilibrio que debe reinar en toda relación de Derecho privado, y es así como surgen normas de orden público que los sujetos no pueden derogar. Un ejemplo clarísimo sería los regímenes patrimoniales dentro del matrimonio;

---

<sup>14</sup> TORRES-RIVERO, Arturo Luis: «Evolución y perspectiva del Derecho de Familia». En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. N.º 122. Caracas, 1961, p. 179. Por su parte, SOJO BIANCO, Raúl: *Apuntes de Derecho de Familia y Sucesiones*. 14.ª, Mobil-Libros. Caracas, 2007, p. 20, al comentar los caracteres de este segmento del Derecho privado manifiesta, que en sus disposiciones «con frecuencia se encuentran normas sin sanción o con sanciones atenuadas; porque el legislador confía su cumplimiento, más bien a sentimientos de contenido moral y afectivo, que al efecto coactivo de un castigo o sanción».

<sup>15</sup> *Vid.* VARELA CÁCERES: ob. cit. (*Lecciones de Derecho...*), pp. 150 y ss.

estos permiten que los contrayentes puedan libremente establecer su propio régimen –denominado capitulaciones matrimoniales–, pero, si no lo realizan antes del matrimonio, entra en juego el sistema diseñado por el ordenamiento jurídico –la comunidad de gananciales–, el cual es inderogable por los particulares, y debe ser inmodificable por la sencilla razón de que un cónyuge inescrupuloso puede a través del afecto que existe en el matrimonio comprometer patrimonialmente a su consorte, lo cual sería inmoral e ilegal; por eso le urge al Derecho establecer limitaciones a las relaciones familiares, realizándolo en este caso por medio de las normas de orden público<sup>16</sup>.

Para SOJO BIANCO, un elemento esencial que diferencia al Derecho de Familia de las otras ramas del Derecho privado es precisamente «el carácter especialísimo de sus normas, en las cuales predomina el interés colectivo sobre el privado; es decir, que casi todas son de orden público y por tanto no pueden renunciarse ni relajarse en beneficio de los particulares»<sup>17</sup>. Por su parte, LÓPEZ HERRERA expone que «Las normas legales del Derecho de Familia son, en principio, de carácter imperativo o prohibitivo y constituyen reglas de orden público; solo excepcionalmente aparecen en él reglas supletorias que dan cabida a la autonomía de la voluntad de las partes interesadas»<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Es conforme GRISANTI AVELEDO: ob. cit. (*Lecciones de Derecho...*), p. 48, al señalar: «Por regla general las normas de Derecho de Familia son de orden público, es decir, imperativas e inderogables por convenio de los particulares. Es la ley y no la voluntad individualista la que regula la relación familiar, el alcance y contenido de los poderes familiares, la eficacia de la relación, los efectos patrimoniales de un estado». Sobre estas normas véase artículo 6 del Código Civil y TSJ/SC, sent. N.º 2201, del 16-09-02, «El orden público está integrado por todas aquellas normas de interés público, que son de cumplimiento incondicional, que no pueden ser derogadas por las partes y, en las cuales el interés general de la sociedad y del Estado supedita el interés particular, para la protección de ciertas instituciones que tienen elevada importancia para el mantenimiento de la seguridad jurídica».

<sup>17</sup> SOJO BIANCO: ob. cit. (*Apuntes de Derecho...*), p. 26.

<sup>18</sup> LÓPEZ HERRERA, FRANCISCO: *Derecho de Familia*. T. I. 2.ª, UCAB. Caracas, 2006, p. 28. LATORRE, ÁNGEL: *Introducción al Derecho*. 3.ª, Ariel. Barcelona, 1987, p. 177, afirma: «El orden público constituye un límite apreciable a la autonomía de la

Como lo apunta BARRIOS, «resulta importante tener presente que el Derecho de Familia sigue siendo una materia que interesa al orden público y en la que el Estado tiene una destacada injerencia, a pesar de que ha conferido, progresivamente, mayores facultades a los sujetos intervinientes»<sup>19</sup>.

El Derecho de Familia, ¿es un derecho fundado en el amor? La anterior interrogante se desata a raíz del enfoque que en estos últimos lustros ha tenido el legislador de incorporar este término en las normas referentes a la familia. Así, se observa que la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, en su artículo 3, incorpora expresamente el vocablo «amor» al tratar de definir a la familia<sup>20</sup>. También la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en sus artículos 5 (Obligaciones generales de la familia, donde se destaca la asistencia afectiva de los padres a los hijos), 32-A (Derecho al buen trato), 56 (Derecho a ser respetados y respetadas por los educadores y educadoras) y 358 (Contenido de la responsabilidad de crianza), realiza lo propio<sup>21</sup>.

El anterior panorama obliga a reflexionar sobre las motivaciones que han impulsado a que el legislador se pronuncie sobre dichos aspectos, que evidentemente comporta un elemento metajurídico. Así, lo primero que se deslumbraría es que el amor como sentimiento no puede ser regulado por

---

voluntad, que se manifiesta con especial amplitud en el Derecho de Familia o conjunto de normas que regulan las relaciones nacidas del matrimonio y que tienen otras manifestaciones importantísimas, como las relaciones paterno-filiales o las instituciones tutelares. En este campo, era claro que la libre autonomía de la voluntad de las partes solo podría manifestarse en direcciones muy concretas, como las relaciones económicas entre los cónyuges».

<sup>19</sup> BARRIOS, Haydée: «¿Cuál familia para el siglo XXI?». En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. N.º 139. Caracas, 2003, p. 124.

<sup>20</sup> Vid. VARELA CÁCERES, Edison Lucio: *Comentarios y reparos de la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad*. Editorial RVLJ. Caracas, 2020, *passim*.

<sup>21</sup> El Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, reconoce «que el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión».

el Derecho porque simplemente el afecto es interno y las normas jurídicas se refieren a las conductas que son exteriorizadas<sup>22</sup>; podría igualmente visualizarse que lo antedicho da muestra de una crisis en la familia actual<sup>23</sup>; sin embargo, no se cree en tal tribulación, sino que sencillamente la familia siempre esta en constante transformación, lo que origina que sus instituciones se adecuen a las nuevas realidades; si se realiza un estudio de los grupos familiares de épocas pasadas, se obtendrá que en dichas familias

<sup>22</sup> Para RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino: *Ciencia y Filosofía del Derecho. Filosofía, Derecho y revolución*. EJEA. Buenos Aires, 1961, pp. 420 y 421, es importante evaluar que «La familia moderna (...) constituye el elemento jurídico sobre la base de la relación interpersonal, presuponiendo sociológicamente una relación de intimidad que jurídicamente no tiene relevancia», y complementa su pensamiento afirmando: «Por eso, hoy día caracterizase la familia, porque esta nota de intimidad impone que entre sus miembros tengan siempre la primacía las relaciones puramente personales, como lo son las relaciones de amor. De aquí, que, cuando falta la base de dichas relaciones, la familia queda desorganizada. Surge entonces el abandono, la separación e incluso el divorcio». De acuerdo con lo expuesto, aunque no puede negarse la primacía y fundamento de las relaciones familiares en elementos afectivos de tipo positivos, como, *verbi gratia*, el amor, la solidaridad y otros, la naturaleza de las normas jurídicas exigen que se coloque el énfasis en la exteriorización de las conductas de los sujetos involucrados que sustente objetivamente dichos sentimiento y es en esto último donde surge la protección y efectos que el ordenamiento determina.

<sup>23</sup> Esta idea que expresan un cataclismo, no solo se limitan a la familia como estructura social, sino que RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino: «Orientaciones modernas de Derecho Civil». En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. N.º 1. UNAM. México D. F., 1968, p. 336, afirmaba que «puede hablarse de que la crisis del Derecho es algo más que una manifestación de su natural evolución y, desde luego, cosa distinta de un progreso o una aurora. No obstante, José CASTÁN ha dicho, que hoy no es correcto habla de ocaso o decadencia del Derecho, porque éste, en realidad, no está en crisis: es la ley o la técnica o la ciencia del Derecho o, en todo caso el Derecho positivo los que arrastran una vida anormal, penosa o no satisfactoria», y concluye apuntando: «tanto en Europa como en América cabe hablar de una crisis del Derecho en la medida que la legislación positiva de nuestro tiempo no responde a la exigencias sociales. Es menester que nuestra leyes sean más justas para que los individuos las cumplan más espontánea y gustosamente; y, para ello, se hace imprescindible elaborar nuevos sistemas jurídicos más en consonancia con las ideologías que aceptan los hombres de hoy. Solo así lograremos que se humanice el Derecho, que vuelva a adquirir el sentido humano que le corresponde».

existía mayor cohesión, pero tal cualidad se fundamentaba no en el respeto de los integrantes entre sí, sino en el miedo y temor reverencial que el Derecho fomentaba con la autoridad paterna y marital, figuras hoy ya desfasadas y superadas. Entonces, la familia del siglo XXI está en constante transformación<sup>24</sup>, cambios que se consolidan en el afecto y no en las presiones de poder y así lo ha destacado, como se indicó, el legislador.

Lo anotado ha sido igualmente enfatizado por la Sala de Casación Social, quien, parafraseando a CARBONNIER, señala:

... las instituciones familiares necesitan estar sostenidas por relaciones de afecto entre las partes, y que, por ejemplo, un matrimonio en el que cada uno de los cónyuges se encerrara en el estatuto de derechos y obligaciones que la ley le asigna, sería un matrimonio bastante pobre. Partiendo de esta reflexión exacta se llega, sin embargo, a una conclusión discutible: el matrimonio y las demás instituciones de Derecho de Familia se representan como compuestos de Derecho y de costumbres o de Derecho y de moral. Se concede cierto papel al no-Derecho, pero colocado bajo el Derecho. Se trata de una función de impregnación y, según una imagen famosa, de savia oculta<sup>25</sup>.

Por su parte, LAGEYRE y SÁNCHEZ PÉREZ<sup>26</sup>, al referirse al matrimonio apuntan:

... en la crisis de la familia (...) no ha naufragado ni mucho menos el sentimiento de amor o sea el contenido y elemento espiritual de la familia.

---

<sup>24</sup> PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: «Divorcio por mutuo consentimiento ante notario en el nuevo Código de Familia de Nicaragua: la fábula de la zorra y el cangrejo de mar». En: *Anuario de la Facultad de Derecho*. N.º 31. Universidad de Extremadura. Badajoz, 2014, pp. 431 y 432, «El Derecho de Familia asiste a un proceso de cambios que va desde sus cimientos (...) tiende a ser menos rígido, más a tono con los tratados internacionales, más constitucionalizado».

<sup>25</sup> TSJ/SCS, sent. N.º 522, citada *supra*.

<sup>26</sup> LAGEYRE R., Tatiana y SÁNCHEZ PÉREZ, Tania: «Las uniones matrimoniales de hecho: ¿una alternativa al matrimonio tradicional? (Cuba)». En: *Revista de la Facultad de Derecho*. N.º 59. UCAB. Caracas, 2004, p. 287.

Cierto que el amor no ha sido nunca susceptible de un mandato legal (...) en esta materia lo único que la ley ha podido garantizar ha sido un mínimo ético consistente en la lealtad de las relaciones familiares (...) pero el sentimiento del amor en sí relevante para el Derecho aparece como el elemento esencial para la existencia de la familia conyugal de la era tecnológica (...) en otras palabras, la familia, si bien distinta al modelo tradicional, no está en inexorable decadencia en la era industrial sino que se ha especializado, por así decir, en el cumplimiento de una serie de funciones, de gran importancia para la sociedad que no pueden ser desarrollados por ninguna institución de seguridad social.

En síntesis, el elemento «amor» dentro de las instituciones jurídicas familiares no aporta mucho a su análisis jurídico, más si permite destacar que dichas relaciones se fundamentan en componentes afectivos que el Derecho reconoce como legítimos, y por ello los menciona expresamente<sup>27</sup>.

### 3. LA FAMILIA

Aclarado en los puntos anteriores qué es el Derecho de Familia, ahora corresponde ilustrar lo que se entiende legalmente por familia, no sin antes advertir que la sociología<sup>28</sup>, la filosofía, la teología y otras áreas del conoci-

<sup>27</sup> Al respecto PÉREZ DUARTE y N., Alicia Elena: *Derecho de Familia*. UNAM. México D. F., 1990, p. 8, señala: «resulta objetivamente demostrable que al interior de la familia se desarrollan fuerzas afectivas muy poderosas que trascienden al grupo y matizan las relaciones que sus miembros tienen en la sociedad en donde están insertos. Al mismo tiempo le dan cohesión interna al propio grupo de ahí que se afirme que la familia tiene una extraordinaria capacidad de resistencia frente a los avatares de la historia y de su propia evolución. Las estructuras varían, pero el principio fundamental subsiste: la familia es el grupo primario en donde hombres y mujeres encuentran los satisfactores básicos a sus necesidades».

<sup>28</sup> Léase a TOSTA, Virgilio: *Manual de sociología*. 5.<sup>a</sup>, Nuevas Gráficas. Caracas, 1963, pp. 148 y ss. En lo que respecta a RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE: ob. cit. (*Ciencia y Filosofía...*), p. 418, la define como «la sociedad natural de primer rango; sociedad en la que predomina el elemento ético-social; el crisol donde se forma y se educa el individuo».

miento han expuestos sus definiciones según sus objetos de estudio, aquí simplemente se exhibirá lo que para el legislador se entiende por familia.

### 3.1. *Concepto de familia*

La familia es una agrupación de personas naturales, unidas por un lazo jurídico, proveniente del parentesco, del matrimonio o de otra institución familiar, que genera para dichos individuos una cualidad especial denominada «estado familiar». Pues bien, para BAQUEIRO ROJAS «el concepto jurídico de familia se establece alrededor del parentesco y así comprende vínculos de sangre, de matrimonio o puramente civiles. Así por unión de los sexos, ya sea por virtud de matrimonio o concubinato, se inicia la familia a la que se agregan los hijos, nacidos dentro del matrimonio o reconocidos si su nacimiento fue extramatrimonial»<sup>29</sup>. Al respecto, y con una visión sociológica, CHÁVEZ ASENSIO, afirma:

El ser humano es sociable por naturaleza y vive en comunidad con otras personas. Una de las comunidades es la familia. Que como asociación natural, tiene derecho no solo a un reconocimiento de hecho, sino también al reconocimiento jurídico, para que de esa manera pueda lograr sus fines que son el hacer de la familia. La familia tiene derecho a ser y a hacer, es decir, a existir de hecho y ser reconocida jurídicamente y contar con normas promotoras que le permitan cumplir su misión<sup>30</sup>.

Entonces, desde el punto de vista práctico, si bien el Derecho establece regulaciones para proteger a la familia (artículo 75 de la Constitución), esta como ente social no posee personalidad jurídica y, por tanto, es imposible que sea titular de derechos y de obligaciones, razón por la cual las facultades y deberes que podrían surgir se desplazan a los miembros que la integran,

<sup>29</sup> BAQUEIRO ROJAS, Edgar: *Diccionario HARLA. Derecho Civil*. Vol. I. HARLA. México D. F., 1995, p. 47.

<sup>30</sup> CHÁVEZ ASENSIO, Manuel F.: «Derechos familiares fundamentales (comparación de los convenios internacionales, americanos y europeos)». En: *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. N.º 32. México D. F., 2002, p. 192.

según el estado familiar que los mismos detentan<sup>31</sup>. Por su parte, RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE al respecto fija su punto de vista, al señalar:

El hecho de que la familia como entidad, no esté investida de una personalidad jurídica, no perjudica en nada los derechos inviolables que dimanen de su cualidad de sociedad natural, ya que su función esencial es la generación y educación de los hijos para la perpetuación y progreso de la especie humana. Con todo, es menester consignar que los derechos que se atribuyen a los miembros de una sociedad familiar, les corresponde en razón de la situación jurídicas que ocupan, en razón del *status* familiar. Así se tratará de los derechos de los padres en cuanto padres, no en cuanto hombre o mujer (...) lo mismo tenemos respecto de los hijos, se les atribuye derechos a ser educados, a que su patrimonio no sea enajenado sin autorización judicial mientras son menores. Todos estos derechos y deberes que se otorgan a los padres y que corresponden a los hijos, es mientras son miembros de la organización familiar. Se alteran por muerte, emancipación, nuevo matrimonio (...) Por tanto, la comunidad familiar, no es el sujeto de derecho, sino que los son sus miembros. No hay una personalidad jurídica distinta a la de los miembros que la componen, sino simplemente una asociación desprovista de personalidad<sup>32</sup>.

Así parece ratificarlo QUINTERO TIRADO y CALVANI, cuando sugieren que «tanto el matrimonio como la filiación y la adopción son fuentes de relaciones jurídicas de orden familiar, a partir de las cuales surge “entre las

<sup>31</sup> Así lo ha afirmado LÓPEZ HERRERA, FRANCISCO: *Anotaciones sobre Derecho de Familia*. Editorial Avance. Caracas, 1978, p. 33, «la familia no tiene necesidad de ser dotada de personalidad jurídica, a los fines de cumplir sus funciones propias, como lo demuestran los hechos». Igualmente en este orden SOJO BIANCO: ob. cit. (*Apuntes de Derecho...*), p. 11, expone: «Nuestro Código no define la familia y solo se limita a hacer alusión a ella en diversas disposiciones, mencionando unas veces el concepto en sentido estricto *-stricto sensu-* y otras veces en sentido amplio *-lato sensu-* (...) no está la familia estructurada patrimonialmente en nuestro Derecho (...) puesto que no es una persona jurídica a la que pueda corresponder un patrimonio propio distinto del de sus integrantes».

<sup>32</sup> RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE: ob. cit. (*Ciencia y Filosofía...*), pp. 425 y 426.



personas una situación peculiar y característica del Derecho de Familia, que se denomina estado familiar”, que “determina la condición y la situación de una persona en el grupo familiar a que pertenece y conlleva una serie de derechos y de obligaciones, que varían según los distintos tipos de estados y que se imponen no solo a los miembros de cada familia, sino aun a los terceros”<sup>33</sup>.

Por su parte, PADRÓN DE MELET y GONZÁLEZ DE GOIZUETA diferencian entre dos tipos de familia, en sentido amplio y en sentido restringido. La primera sería «el conjunto de personas, unidas por los vínculos de la sangre y provenientes de un autor o tronco común; razón por la cual, dentro de tal concepto integran la familia, además de los padres y los hijos, también los abuelos, tíos, sobrinos y, en general toda la parentela»<sup>34</sup>.

La otra acepción, que sería la familia restringida, denominada también nuclear, estaría «constituida por un conjunto de personas unidas por vínculos de sangre, pero que, además, habitan bajo un mismo techo y están sujetas a la autoridad del jefe de familia. Dentro de tal concepción, solamente forman la familia, los padres y los hijos».

En relación con los anteriores conceptos, PÉREZ DUARTE afirma: «nos referimos a la familia nuclear, al grupo formado por la pareja de adultos y los hijos, si los hay, y, por otro, a la familia extensa que es un grupo difuso que comprende a todos los parientes consanguíneos o afines»<sup>35</sup>.

No obstante los esfuerzos intelectuales de la doctrina especializada para delimitar a la familia, dichas elaboraciones académicas no están sustentadas

---

<sup>33</sup> QUINTERO TIRADO, Mariolga y CALVANI, Pedro Pablo: «Aproximación al estudio del recurso de apelación y de casación en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA)». En: *Temas de Derecho Civil. Libro homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*. Vol. II. TSJ. F. PARRA ARANGUREN, editor. Caracas, 2004, p. 349.

<sup>34</sup> PADRÓN DE MELET y GONZÁLEZ DE GOIZUETA: ob. cit. (*Derecho de Familia*), p. 13. En el mismo sentido, GRISANTI AVELEDO: ob. cit. (*Lecciones de Derecho...*), pp. 20 y ss.

<sup>35</sup> PÉREZ DUARTE y N.: ob. cit. (*Derecho de Familia*), p. 12.

en la realidad jurídica, y es por ello que la configuración del concepto de familia exige la existencia de un lazo o nexo de Derecho, es decir, del reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico. Por otra parte, la diferenciación entre familia ampliada y restringida es artificial, en razón de que el Derecho no regula uniformemente la amplitud de la familia para atribuirle efectos jurídicos; así, para algunos casos se refiere a la familia hasta segundo grado, en otros se refiere al cuarto grado, o a los descendientes, ascendientes sin límites de grado y así indiferentemente. Lo anterior permite afirmar que para el Derecho, en cuanto a los efectos que producen los nexos familiares, más que de familia se habla de estados familiares<sup>36</sup>, es decir, aquella condición especial que posee alguien en relación con otro sujeto, por existir un nexo jurídico producto de una relación familiar reconocida.

### 3.2. *La familia de origen y la familia sustituta*<sup>37</sup>

En el caso del Derecho de la Niñez y de la Adolescencia, a objeto de determinar las obligaciones de los familiares en relación con los menores de edad, el legislador elaboró los conceptos de familia de origen y familia sustituta, concretamente en los artículos 345 y 394 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, se expresa:

Artículo 345.- Familia de origen. Se entiende por familia de origen la que está integrada por el padre y la madre, o por uno de ellos y sus descendientes, ascendientes y colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad.

Artículo 394.- Concepto. Se entiende por familia sustituta aquella que, no siendo la familia de origen, acoge, por decisión judicial, a un niño, niña o adolescente privado permanente o temporalmente de su medio familiar, ya sea por carecer de padre y de madre, o porque éstos se encuentran afectados en la titularidad de la patria potestad o en el ejercicio de la responsabilidad de crianza.

---

<sup>36</sup> QUINTERO TIRADO y CALVANI: art. cit. («Aproximación al estudio...»), p. 350, sugieren «que los estados familiares influyen de manera esencial en la persona, puesto que a partir de los mismos, nacen derechos y obligaciones trascendentes en la vida de una persona, sin importar el contenido patrimonial de los mismos».

<sup>37</sup> Vid. VARELA CÁCERES: ob. cit. (*Lecciones de Derecho...*), pp. 534 y ss.

La familia sustituta puede estar conformada por una o más personas y comprende las modalidades de: colocación familiar o en entidad de atención, la tutela y la adopción.

Como se puede observar de las normas reproducidas, dichos conceptos de familia están íntimamente relacionados con la patria potestad, es decir, que existe familia de origen en la medida que figure un padre, una madre o ambos que ejerzan los atributos de la potestad parental sobre los hijos menores de edad, y en su defecto se requiere de una familia sustituta para proteger a los infantes desprovistos de representante legal y natural<sup>38</sup>.

Los conceptos de familia de origen y sustituta, evidentemente, busca cumplir una finalidad pedagógica y utilitarista, la cual no es más que determinar que todo niño o adolescente tiene derecho a contar con la protección de los padres, a través de la patria potestad y subsidiariamente de otra figura de resguardo transitoria o permanente<sup>39</sup>. Lo revelado es conclusión ineludible si se toma en cuenta lo expresado por el legislador en la Exposición de motivos de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de 1998, que indicaba:

En efecto, se consideró importante establecer el concepto de familia de origen, concebida como familia nuclear, pues la misma es el centro

---

<sup>38</sup> En este orden, LÓPEZ HERRERA: ob. cit. (*Derecho de Familia*), t. I, p. 35, ve reducidos los conceptos indicados «exclusivamente, a los efectos propios de la Ley Orgánica...», sin existir una conexión directa con el noción de familia como asociación natural, ya que esta última es mucho más amplia que las relaciones regladas a través de los conceptos de familia de origen y sustituta.

<sup>39</sup> Derecho que reconoce la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en la siguiente disposición «artículo 26.- Derecho a ser criado en una familia. Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen. Excepcionalmente, en los casos en que ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a vivir, ser criados o criadas y desarrollarse en una familia sustituta, de conformidad con la ley. La familia debe ofrecer un ambiente de afecto, seguridad, solidaridad, esfuerzo común, comprensión mutua y respeto recíproco que permita el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes», en conexión con el artículo 75 de la Constitución.

de gravedad de una serie de disposiciones de la mayor importancia, las cuales van desde el derecho reconocido al niño y al adolescente de ser criado y educado dentro de tal familia, hasta el hecho de considerar excepcional la separación del seno familiar.

En este orden de ideas, la Exposición de motivos de la reforma de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes establece una modificación al incorporar los términos de «familia de origen nuclear o ampliada», frase que se utiliza en los artículos 26 parágrafo segundo y 397-D. Sobre la anterior reforma se es de la opinión que la misma resulta confusa, ya que, como se indicó, el concepto de familia nuclear o ampliada se refiere a la distancia que vincula a los miembros de la familia según el parentesco o nexo que los une; por su parte, los vocablos de familia de origen y sustituta se refieren al régimen de representación al cual tiene derecho el niño o adolescente para su protección. Siendo de origen aquella donde existe patria de potestad, la cual únicamente corresponde a los padres –familia restringida–, la demás parentela participará en la protección de los infantes según aquellas prerrogativas, derechos y deberes que la ley determina, *verbi gratia*, la contribución que presta la familia ampliada en materia de obligación de manutención (artículo 368), régimen de convivencia familiar (artículo 388), teniendo legitimidad para intentar determinadas acciones en beneficio de los niños y adolescentes (artículo 376) y preferencia para ejercer funciones de protección en modalidades de familia sustituta (artículos 395.b, 408 de la Ley Orgánica... y 308 del Código Civil).

Complementando la idea, y siguiendo la bifurcación entre familia ampliada y nuclear, se llega a la conclusión que la familia de origen es restringida, porque siempre deben existir los padres o uno de ellos y los respectivos hijos, participando los parientes en relación con la anterior, principalmente como coadyuvantes en mira de la protección integral de los niños y adolescentes.

Cosa distinta ocurre cuando falta la familia de origen o, en palabras precisas, los progenitores, porque en dicho supuesto son los parientes los primeros llamados para sustituir dicha ausencia, lo cual deben hacerlo como

si fueran la familia de origen, es decir, que afectivamente deben tratar a dicho niño o adolescente privado del grupo primigenio, como si ciertamente existiera un nexo tan cercano como el de la filiación padre e hijo, llegando incluso en la adopción a suplantarlo totalmente<sup>40</sup>.

En síntesis, cuando se habla de «familia» no se hace referencia a un ente abstracto dotado de personalidad, sino simplemente a tal o cual sujeto unido por un vínculo familiar con otro, que les genera derechos y obligaciones recíprocos; así, cuando se menciona a la «familia de origen» se alude principalmente al padre y madre o a algunos de estos que ejercen la patria potestad en relación con sus hijos menores de edad.

### *3.3. Elementos determinantes de la familia*

Así como en el Derecho, en general, se puede observar que determinados hechos son elevados a realidades jurídicas, en materia familiar se observa que acontecimientos en principio simplemente biológicos, como la procreación o la unión sexual de las parejas de diferente sexo, son elevados a la categoría de instituciones generadoras de estados familiares.

Lo descrito ha permitido a la doctrina diferenciar en las relaciones familiares dos elementos que pueden concurrir o no, estos son el biológico o de hecho y el jurídico. Es exacto en cierto sentido el hablar de elemento biológico, ya que la familia no es un invento del Derecho, sino que la misma nace del seno de la sociedad, y el legislador simplemente la reconoce y la patrocina; sin embargo, tal elemento es propio de otra ciencia, como la sociología y no del Derecho, para esta última solo producirán, en principio, efectos las relaciones familiares que se fundamenten en un vínculo jurídico, sea este concurrente o no con el biológico; lo cual ocurre porque el

---

<sup>40</sup> LÓPEZ HERRERA: ob. cit. (*Anotaciones sobre Derecho...*), p. 43, al referirse a la adopción apunta que «se estima que la relación de hecho entre adoptante y adoptado, debe corresponder en cierta forma a la existente entre el padre o la madre natural y su hijo para que la adopción pueda tener sentido».

ordenamiento, en aras de la seguridad jurídica, protege las relaciones que surgen bajo su reconocimiento tácito o expreso<sup>41</sup>.

Se concluye afirmando que el elemento principal –y prácticamente exclusivo en muchos casos– a valorar en las relaciones familiares es el jurídico<sup>42</sup>, es decir, el matrimonio legalmente celebrado, la filiación legalmente establecida, porque en dicho componente descansa una «presunción» de concurrencia con el elemento biológico, así no sea una «verdad» verdadera, ya que en tal caso existe lo que se denomina una «verdad» legal. Ahora bien, lo anterior no es óbice para que una determinada persona ante la disparidad entre el elemento biológico y el jurídico pretenda demostrar que este es inexacto y, por tanto, obtenga una declaración de su verdadero, biológicamente hablando, estado familiar<sup>43</sup>. Así lo ha reconocido la Constitución, cuando indica:

---

<sup>41</sup> En este orden, no se comprende la definición de familia que trae la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, la cual en su artículo 4 indica: «A los efectos de esta Ley, se entiende por familia, la asociación natural de la sociedad y espacio fundamental para el desarrollo de sus integrantes, constituida por personas relacionadas por vínculos, jurídicos o de hecho...», pues aunque surja de elementos fácticos, ellos deben ser elevados a categorías jurídicas para obtener reconocimiento jurídico y generar un *status* familiar protegido por el Derecho.

<sup>42</sup> PADRÓN DE MELET y GONZÁLEZ DE GOIZUETA: ob. cit. (*Derecho de Familia*), p. 19, afirman: «La mayor dificultad que ofrece la regulación de la familia, es la necesidad de correlacionar el vínculo biológico con el vínculo jurídico. Para que exista la relación jurídica familiar, es indispensable que el elemento o vínculo biológico trascienda al plano jurídico y encuadre en un vínculo jurídico. Es evidente que, sobre el elemento o vínculo biológico priva el elemento o vínculo jurídico, como el elemento calificador y condicionador. El vínculo jurídico es el decisivo para un concepto de familia como institución». Por su parte, GRISANTI AVELEDO: ob. cit. (*Lecciones de Derecho...*), p. 27, señala: «para que se establezca una relación jurídica familiar se requiere el elemento jurídico, que es el determinante, puesto que si él está ausente, no existe relación jurídica familiar».

<sup>43</sup> Es de hacer notar que en el Derecho de Familia se valoran varias situaciones de hechos que son relevantes, e incluso esenciales para generar los efectos jurídicos pre-establecidos en las normas, es así que, cuando dichas situaciones de facto pretenden generar un estado familiar, se exige la intervención judicial como veedor de la legalidad y del orden público, concretamente en el caso de las uniones estables de hecho la Sala Constitucional ha sentenciado: «... para reclamar los posibles efectos civiles

Artículo 56.- Toda persona tiene derecho a un nombre propio, al apellido del padre y al de la madre, y a conocer la identidad de los mismos. El Estado garantizará el derecho a investigar la maternidad y la paternidad. Toda persona tiene derecho a ser inscrita gratuitamente en el registro civil después de su nacimiento y a obtener documentos públicos que comprueben su identidad biológica, de conformidad con la ley. Éstos no contendrán mención alguna que califique la filiación<sup>44</sup>.

En este orden, se indica que, según la disposición transcrita, toda persona tiene el derecho constitucional a poseer documentos legales –elemento jurídico– que demuestren la identidad biológica, de forma tal que exista concordancia entre los mismos. Ahora bien, se aclara que esta facultad no es absoluta, y así como todos los derechos fundamentales son tazados y poseen límites racionales fundados en el «orden público y social», aquí igualmente emergen ciertas restricciones.

Concretamente, se puede advertir que, en el supuesto que un sujeto sea concebido a través de técnicas de reproducción humana asistida, según los extremos del artículo 204 del Código Civil, con gametos donados de manera

---

del matrimonio, es necesario que la “unión estable” haya sido declarada conforme a la ley, por lo que se requiere una sentencia definitivamente firme que la reconozca. En igual término, en la posesión de estado, como figura que permite probar el estado de filiación, la doctrina ha apuntado que ella «... no tienen valor en sí misma, sino a través del control judicial inducido por la ley, será el juez el encargado de desechar todo fraude o usurpación que, de llegarlos a detectar, no sería posesión de estado, ni podría declararla tal», *vid.* RAMOS SOJO, César José: «Situaciones de hecho. Consideraciones sobre la recepción del hecho en el Derecho venezolano». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N.º 85. UCV. Caracas, 1992, p. 372. Otro ejemplo resulta de la obligación de manutención, en aquellos casos donde no esté establecida jurídicamente la filiación, ya que el juez puede ponderar los elementos probatorios que acompañan la solicitud y, de acuerdo con ellos, acordarla, léase el artículo 367 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Véase: *infra* capítulos VI y IX, pp. 240 y ss.; 395 y ss.

<sup>44</sup> Por su parte, la Constitución de 1961 establecía en su artículo 75: «La Ley proveerá lo conducente para que todo niño, sea cual fuere su filiación, pueda conocer a sus padres...».

anónima, no podría la persona concebida en dichos términos, que posee una filiación materna y paterna legalmente establecida, intentar una acción judicial, que tenga éxito, en contra del donante, alegando el derecho a investigar su identidad biológica, ya que la Constitución es clara en supeditar dicho derecho a lo establecido en la ley. En este caso, el mencionado interés no encuentra justificación en el sentido de que, por la naturaleza del procedimiento, el donante no tiene intención en participar y los padres legales recurrieron a la ciencia con la finalidad de cumplir con el rol de la paternidad y maternidad; así, una decisión que admita dicha pretensión evidentemente generaría un daño irremediable en la estructura familiar ya constituida e incorporaría un sujeto a todas luces extraño donde su único aporte fue una carga genética. En todo caso, se advierte que será la prudencia del juez el que en cada caso deberá sopesar los conflictos de intereses y tenderá, según el caso, a proteger a la familia como asociación natural (artículo 75 de la Constitución) y al interés superior del niño (artículo 78 *eiusdem*) si el solicitante es menor de edad<sup>45</sup>.

Otro caso que pudiera ocurrir es en el supuesto de una adopción, en el cual el adoptado inquiera averiguar su identidad biológica. Al respecto, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes es cristalina en señalar que con el decreto de adopción surge un nuevo estado familiar de filiación entre adoptante y adoptado extinguiéndose en consecuencia el vínculo anterior, por lo que jurídicamente estaría vedado

---

<sup>45</sup> En el Derecho español, según la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida –modificada en varias ocasiones: leyes 3/2007, de 15 de marzo, 26/2011, de 1 de agosto; 18/2015, de 9 de julio, y Ley 19/2015, de 13 de julio–, que se comentará *infra*, se establece, en el artículo 5.5, en concordancia con los artículos 3.6 y 7.2, que «La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos...», solo en casos excepcionales expresamente determinados en la ley, como *verbi gratia*, cuando esté en peligro la vida o la salud del hijo, podrá accederse a la información sobre la identidad del donante sin que la misma se publique e implique determinación legal de la filiación. Lo expuesto no es obstáculo para que los nacidos a través de dichas técnicas «por sí o por sus representantes legales» puedan «obtener información general de los donantes que no incluya su identidad».



una acción judicial posterior, salvo la nulidad, que pretenda restablecer el vínculo biológico fenecido. No obstante, la legislación especial permite, en su artículo 429, que el adoptado indague la información contenida en el expediente de adopción y obtenga con tal proceder información relevante para el conocimiento de su procedencia, pero dicho derecho está limitado exclusivamente a la información, la cual, por demás, es confidencial para otros sujetos, y en ningún supuesto puede implicar la constitución de derechos o obligaciones familiares, salvo lo referente a los impedimentos matrimoniales (artículo 428).

#### 4. ASPECTOS CONSTITUCIONALES

La familia, al ser la primigenia forma de organización social de los seres humanos, ha generado que se le eleve a rango constitucional<sup>46</sup>, así sus principales instituciones son expresamente reguladas por la Carta Magna, aunque sea delineando sus aspectos básicos, lo que sido denominado como «la constitucionalización del Derecho Civil»<sup>47</sup>. Concretamente le dedica una parte del Capítulo v De los derechos sociales y de las familias<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> Según RAFFALLI A. Juan M.: «La protección de la familia en la Constitución venezolana de 1999». En: *Temas de Derecho Civil. Libro homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*. Vol. II. TSJ. F. PARRA ARANGUREN, editor. Caracas, 2004, p. 360, la incorporación de manera expresa en las Constituciones venezolanas de regulaciones referente a la familia ocurre con la Constitución de 1947. Léase BREWER-CARÍAS, Allan R.: *Los derechos humanos en Venezuela: casi 200 años de historia*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1990, p. 292.

<sup>47</sup> Vid. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Derecho Civil Constitucional (La constitucionalización del Derecho Civil)*. Editorial Jurídica Venezolana-CIDEP. Caracas, 2018, pp. 122-132 (de la misma autora: «Notas sobre la constitucionalización del Derecho Civil en Venezuela». En: *Jurisprudencia Argentina*. N.º 13. Buenos Aires, 2018, pp. 12-35; «Trascendencia de la Constitución en el Derecho Civil venezolano». En: *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. N.º 10. IDIBE. Valencia, 2019, pp. 52-91; «La constitucionalización del Derecho Civil en el ordenamiento venezolano». En: *Revista Culturas Jurídicas*. Vol. 6, N.º 15. Universidade Federal Fluminense. Río de Janeiro, 2019, pp. 93-136).

<sup>48</sup> ZAMBRANO, Freddy: *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. T. I. Atenea. Caracas, 2004, p. 464, ve concretizada la protección de la familia a través

Antes de comentar someramente las regulaciones constitucionales contenidas en los artículos 75, 76, 77 y 78, conviene abundar sobre la naturaleza de las normas *supra* indicadas. Así, una discusión que parecía superada vuelve a la palestra y es la de establecer una distinción entre las normas «obligatorias, perceptivas u operativas» y las normas «directivas o programáticas». Concretamente, en los albores del Derecho Constitucional surgió una tendencia doctrinaria de diferenciar entre los postulados constitucionales ubicándolos en dos grupos: por un lado, las disposiciones ejecutivas y, por el otro, las programáticas.

Así, para ANDUEZA, son normas constitucionales obligatorias, aquellas que «contienen los medios y condiciones para su aplicación y, por tanto, se bastan a sí mismas y pueden ejecutarse inmediatamente»<sup>49</sup> y, citando a QUIROGA LAVIÉ, estas disposiciones «no están sujetas a condición alguna para ser eficaces; vale decir, que el legislador no precisa reglamentarlas para que su violación merezca protección jurisdiccional». Por su parte, TOVAR TAMAYO expone que las normas operativas «serían (...) aquellas de aplicación inmediata que crean vinculación jurídica sin estar condicionadas»<sup>50</sup>.

---

de todo el Capítulo v en comento, donde se regulan derechos que directamente coadyuvan a cumplir con dicha salvaguarda; específicamente señala, además de los derechos aquí profundizados, el derecho a una vivienda adecuada, a la salud, al trabajo –con salario que le permita vivir al trabajador y a su familia con dignidad–, a la seguridad social y a la educación, facultades a través de las cuales «el Estado ofrece protección integral a la familia como institución básica de la sociedad». En idéntico sentido, CHÁVEZ ASENCIO: art. cit. («Derechos familiares...»), p. 190 y ss., quien habla de los «derechos sociales de la familia» y en ellos engloba al derecho al trabajo, a un salario familiar suficiente –este último regulado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 23–, a la salud y seguridad social, vivienda digna y suficiente, educación, libertad de religión, intimidad familiar, participación en el desarrollo integral de la sociedad y asociación.

<sup>49</sup> ANDUEZA, José Guillermo: «Aspectos constitucionales en relación con la reforma del Código Civil». En: *Revista de la Facultad de Derecho*. N.º 32. UCAB. Caracas, 1982, p. 115.

<sup>50</sup> TOVAR TAMAYO, Orlando: *La jurisdicción constitucional*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1983, p. 45.

En el otro extremo, se ubican las normas programáticas, las cuales son conceptualizadas por ANDUEZA como «aquellas que contienen un mandato dirigido a los poderes del Estado, o al menos, al legislador, para que actúe en un cierto sentido y den a sus actos el contenido definido por la Constitución. Estas normas tienen una eficacia diferida porque su aplicación queda sujeta o condicionada a que el legislador sancione una ley sobre la materia o que el Poder Ejecutivo dicte algunas medidas administrativas»<sup>51</sup>. PETZOLD PERNÍA, parafraseando a VEZIO CRISAFULLI, expone: «Una norma programática o de principio es aquella que está dirigida “a señalar lo que podrá o deberá disponerse en cierta hipótesis o en cierta materia (...) por la subsiguiente actividad legislativa de los parlamentos futuros”», de suerte «que supuestamente tales normas son válidas pero no eficaces»<sup>52</sup>.

Ahora bien, dentro de un contexto histórico, en el Derecho de Familia la anterior distinción cobró significativo relieve y se midió en pugna a raíz del artículo 75 de la Constitución de 1961, que establecía la equiparación de la filiación y su evidente choque con las disposiciones del Código Civil de 1942 (artículos 220 y 225). En ese momento se justificó que la norma constitucional no era aplicable en atención a que la misma era una regulación programática, y así lo indicó el Máximo Tribunal<sup>53</sup>; producto de lo anterior se tuvo que esperar a que el legislador, a través de una reforma del Código Civil, adecuara este último al Texto Supremo y así finiquitara la señalada distorsión<sup>54</sup>. Es el caso que en la actualidad podría presentarse idéntica

---

<sup>51</sup> ANDUEZA: art. cit. («Aspectos constitucionales...»), p. 116.

<sup>52</sup> PETZOLD PERNÍA, Hermann: «Algunas notas sobre las normas constitucionales llamadas programáticas, y la vigencia de los derechos en Venezuela». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N.º 73. UCV. Caracas, 1989, p. 203.

<sup>53</sup> *Vid.* CSJ/SPA, sent. del 27-05-69.

<sup>54</sup> *Vid.* ANDUEZA: art. cit. («Aspectos constitucionales...»), p. 119; TOVAR TAMAYO: ob. cit. (*La jurisdicción constitucional*), p. 51; CARRILLO BATALLA, Tomás Enrique: *Historia de la legislación venezolana*. T. I. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1984, p. 365. En materia de amparo constitucional ocurrió la misma situación, así QUINTERO, Jesús Ramón: «La cuestión central en dos sentencias y un voto salvado». En: *Revista de la Facultad de Derecho*. N.º 9. UCAB. Caracas, 1970, p. 160, señala en relación con el artículo 49 de la Constitución de 1961, que

situación, *mutatis mutandis*, con el artículo 77 de la Constitución de 1999 y la regulación de las uniones estables de hecho, o al menos esa parece ser la perspectiva de LÓPEZ HERRERA, quien afirma, refiriéndose a la anterior regla, que la aludida «se trata de una norma simplemente programática, toda vez que no se ha dictado aún ley alguna que establezca esos requisitos que el concubinato debe cumplir para que produzca los mismos efectos del matrimonio», agregando como deducción: «mientras no se promulguen los textos legales que determinen los requisitos en cuestión, la disposición constitucional que nos ocupa, no puede tener vigencia efectiva»<sup>55</sup>.

Desde luego, se debe ser cuidadoso en no recaer en enfoques ya superados, lo que exigiría a lo sumo reivindicar el espíritu del constituyente y, en atención a dicha aspiración, darle eficacia inmediata a la norma constitucional que determina con mediana claridad la equiparación de las uniones

---

dicha disposición «no es una norma meramente programática, sino que se establece en ella un derecho subjetivo (...) la falta de reglamentación especial de tal derecho subjetivo público y del correlativo deber funcional de los jueces, no enerva la eficacia del precepto surgiendo solo problemas interpretativos que deben ser resueltos por los jueces por las reglas generales aplicables de hermenéutica jurídica», y parafraseando jurisprudencia nacional agrega: «sería una burla al individuo, a la justicia y al Derecho, que se dijera por un órgano del Estado, que éste no puede garantizar el ejercicio de un derecho consagrado en la Constitución, porque no existe una ley que establezca el *modus* procesal para hacer efectiva la garantía a que se ha comprometido el propio Estado (...) un derecho no existe porque se lo mencione en la ley o en la Constitución, sino porque sea efectivamente tutelado, y mantener que la falta de ley procesal impide su amparo equivale a negar no solo la vigencia del derecho sino a negar gran parte de la Constitución», y finaliza indicando: «la falta de ley reglamentaria de los derechos, aunque no deseable, no puede convertirse en un obstáculo para el cabal y completo goce y disfrute de esos derechos que la Constitución establece y aún de aquellos que no estén establecidos en forma expresa, pero que sean inherente a la persona humana».

<sup>55</sup> LÓPEZ HERRERA: ob. cit. (*Derecho de Familia*), t. I, p. 35 y t. II, p. 158. Cfr. INNECCO DURÁN, María Fernanda: «La unión estable de hecho y sus diferencias con el matrimonio». En: *Revista de la Facultad de Derecho*. N.º 73. UCAB. Caracas, 2019, p. 326, al glosar el artículo 77 indica: «se trata, en definitiva, de una norma programática que debió ser desarrollada por el legislador».

estables de hecho, en lo que es consustancial a dicha figura con el matrimonio, protegiéndose con dicho proceder a la familia que, como asociación natural, debe ser tutelada<sup>56</sup>.

El establecimiento de las denominadas normas programáticas o normas fin puede poseer un contexto real, en el sentido de que la Constitución regula conductas en las cuales se evidencia un reenvío expreso a disposiciones legales que deben dictarse para el correcto ejercicio de los mandatos establecidos<sup>57</sup>. Ahora bien, ello no puede conducir al extremo de afirmar que existen normas constitucionales no vinculantes hasta tanto se cumpla el respectivo desarrollo legislativo; con dicho argumento, sería difícil de sustentar que una disposición sea jurídica y al mismo tiempo carezca de carácter coactivo, ya que este último es precisamente uno de sus elementos inherentes, negándose con tal razonamiento el atributo jurídico por excelencia en las normas programáticas, o al menos así lo afirma SÁNCHEZ AGESTA<sup>58</sup>. Por otra parte, el constituyente parece zanjar cualquier interpretación a favor de las normas programáticas cuando indica en su artículo 22, refiriéndose a los derechos implícitos que «La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos», extrayéndose del texto preinserto la ineludible conclusión que, si en aquellos derechos no establecidos expresamente por la Norma Suprema, dicha falta de regulación no disminuye su ejercicio efectivo, en menor medida puede ocurrir cuando es el propio constituyente quien por medio de letra taxativa determina la facultad. Para TOVAR TAMAYO, es claro afirmar:

<sup>56</sup> *Vid. infra* capítulo VI, pp. 239 y ss.

<sup>57</sup> *Verbi gratia* los artículos 76 y 77 relacionados a las instituciones familiares, igualmente pueden verse los artículos 13, 28, 46.3, 50, 52, 67, 68, 70, 76, 77, 83, 89.2, 91, 94, 96, 98, 99, 100, 101, 104, 105, 106, 108, 109, 110, 111, 112, 115 y 117. Como se observa existe una marcada tendencia de ordenar al legislador el desarrollo de los derechos fundamentales ya que en el ejercicio de los mismos debe siempre ponderarse, para su efectividad, los límites racionales que establezca la ley, en todo caso se recuerda que no hay libertades absolutas, lo cual para determinar las limitaciones racionales, se tomara en cuenta los derechos de las demás personas y el «orden público y social», según como lo hace entrever el artículo 20 de la Constitución.

<sup>58</sup> *Vid.* TOVAR TAMAYO: ob. cit. (*La jurisdicción constitucional*), p. 44.

La Constitución es la que da origen al poder constituido y precisamente la superlegalidad implica el acatamiento por parte de los tres poderes, en sus características, a dicha norma. Si se admite que las normas programáticas queden a la mera discrecionalidad del Poder Legislativo, porque al fin y al cabo de él depende la existencia o no de la ley que la convierte en operativa, es atentatorio, no solo contra la superlegalidad constitucional, sino contra el propio Poder Judicial<sup>59</sup>.

En fin, lo descrito ha producido que la tendencia moderna se dirija a eliminar la vetusta distinción aquí comentada, ya que la posición vigente –y así lo hemos sustentado– es la de reafirmar que todas «las normas constitucionales son de aplicación directa e inmediata o, como lo indican los constitucionalistas, tienen “carácter normativo” y no programático<sup>60</sup>, lo que genera que no sea necesario para su aplicación una regulación ulterior legislativa. Esto da al traste con la atávica posición de negar la ejecución de los derechos constitucionales por falta de desarrollo legal, ya que dichas carencias son

---

<sup>59</sup> *Ibíd.*, p. 60.

<sup>60</sup> Al respecto ESCARRÁ MALAVÉ, Carlos: *Los paradigmas constitucionales y el poder del pueblo*. Inédito, p. 25. Señala al referirse al modelo ya superado «En efecto, durante mucho tiempo persistió en los estudios de las ciencias constitucionales el paradigma de que las disposiciones constitucionales no resultaban susceptibles de ser aplicadas de manera inmediata por parte de los operarios de justicia, con lo cual, los preceptos, derechos y garantías que el texto constitucional establecía quedaban como simples pronunciamientos abstractos, carentes de contenido, debido a no poder encontrar verificación material en la sociedad (...) la concepción de la Ley fundamental como norma programática, han quedado desplazadas por la tesis de la Constitución como norma jurídica suprema, de carácter normativo y aplicación inmediata (...) queda suficientemente claro que la Constitución representa, una norma suprema cuyos preceptos han sido concebidos como imperativos y de aplicación inmediata, para lograr una tutela efectiva de los derechos en ella consagrados». *Vid.* VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «La supremacía constitucional y la supuesta supraconstitucionalidad». En: *Derecho Procesal y otros ensayos. Libro homenaje a la obra docente del profesor René Molina Galicia*. Editorial RVLJ. F. ZAMBRANO FRANCO, coord. Caracas, 2018, pp. 347 y ss.

imputable al Estado y no al ciudadano, al cual se le debe salvaguardar sus derechos fundamentales»<sup>61</sup>. En palabras de DOMÍNGUEZ GUILLÉN:

Las normas constitucionales son operativas (la influencia de sus normas alcanza a toda la normativa inferior), de aplicación inmediata y obligatorias. La primacía de la Constitución es indiscutible, y está consagrada en su artículo 7, pues se autocalifica como «norma suprema», siendo tal principio de vieja data<sup>62</sup>.

Aclarada la polémica sobre la distinción entre normas programáticas y operativas, es cristalino comprender que, en el caso aquí traído a colación, deben crearse los mecanismos asertivos para garantizar el cumplimiento del mandato constitucional relativo a las uniones estables de hecho, no existiendo un óbice real para el ejercicio del derecho por la actual indolencia del legislador, ya que es en tal ocasión cuando se requiere recurrir a la hermenéutica jurídica, e invocar en buena *lid* la *sindéresis* que es *conditio sine qua non* de la judicatura; muestra de lo indicado es la sentencia vinculante, que en su momento se comentará, de la Sala Constitucional, que con sus aciertos y yerros se dirige a coadyuvar a la efectividad del texto constitucional.

<sup>61</sup> Vid. nuestro trabajo: *La modificación del nombre propio en los niños y adolescentes*. UCV. Caracas. 2008, p. 38. Véase: TSJ/SE, sent. N.º 51, del 19-05-00; TSJ/SC, sent. N.ºs 1456, del 27-07-06 y 1571, del 22-08-01, «Esta Sala Constitucional, desde sus primeros fallos (...) ha venido sosteniendo que las normas constitucionales, en particular los derechos humanos, los derechos que desarrollan directamente el Estado social, las garantías y los deberes, son de aplicación inmediata, sin que sea necesario esperar que el legislador los regule, por lo que, en ese sentido, no actúan como normas programáticas...». Por su parte, el TC español a expuesto «... los principios constitucionales, así como los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, y son origen inmediatos de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos», extracto tomado en MEIER ECHEVERRÍA, Henrique: «La seguridad jurídica y el sistema registral». En: *Estudios de Derecho Civil. Libro homenaje a José Luís Aguilar Gorrondona*. Vol. I. TSJ. F. PARRA ARANGUREN, editor. Caracas, 2002, p. 719.

<sup>62</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «La unión de hecho estable o unión concubinaria en Venezuela». En: *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. N.º 11. IDIBE. Valencia, 2019, p. 362.

Por último, y en otro orden de ideas, conviene mencionar que los derechos de las familias, indicados en la Constitución, y que se pasan a comentar de seguida, son catalogados como derechos humanos o fundamentales<sup>63</sup>, con dichos epítetos se quiere hacer alusión a que las facultades en referencia gozan de una naturaleza especial, las cuales se pueden resumir indicando que gravitan en principios superiores, como la dignidad, libertad, igualdad y buena fe<sup>64</sup>; así también detentan mecanismos privativos de reconocimiento no únicamente en el orden interno, sino en el internacional; por tanto, prevalecen estos últimos cuando contengan normas más favorables a su desarrollo, según los extremos del artículo 23 de la Constitución; igualmente exigen una interpretación progresiva y una protección «interdependientes entre sí» e «indivisibles», lo que, en palabras precisas, implica que deben cumplirse integralmente para que efectivamente desempeñe su finalidad que es proteger a la persona.

#### 4.1. *La protección a la familia*

La tutela familiar en el orden constitucional abre con una disposición multi-comprendiva donde se incluyen varios temas conexos, como la definición de familia, los principios que la fundamentan, el rol preponderante de la maternidad y la paternidad, los efectos en relación a los hijos, y el derecho de los niños y adolescentes a una familia de origen o sustituta, destacando entre esta última la adopción. Concretamente señala:

Artículo 75.- El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas<sup>65</sup>. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos

<sup>63</sup> Vid. VARELA CÁCERES: ob. cit. (*Lecciones de Derecho...*), pp. 259 y ss.; TSJ/SC, sent. N.º 462, del 06-04-01.

<sup>64</sup> Sobre los principios véase nuestro trabajo: «Introducción a los principios generales del Derecho: Especial referencia a los principios sectoriales del Derecho Laboral». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 5. Caracas, 2015, pp. 247 y ss. y también: *El Registro del Estado Civil*. Vol. I (Organización y principios sectoriales). Editorial RVLJ. Caracas, 2018, pp. 15 y ss.

<sup>65</sup> TOSTA: ob. cit. (*Manual de sociología*), p. 148, indica que «ARISTÓTELES juzgaba a la familia como una “asociación natural”, puesto que tiene su razón de ser en



y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen. Cuando ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley. La adopción tiene efectos similares a la filiación y se establece siempre en beneficio del adoptado o la adoptada, de conformidad con la ley. La adopción internacional es subsidiaria de la nacional.

Un aspecto que los especialistas de la materia han destacado de la regulación contenida en la norma transcrita es el uso por el constituyente del término «familias», en plural, lo que les ha permitido deducir que el legislador reconoce varias formas de asociaciones naturales dignas de protección; así lo afirma RAFFALLI, en los siguientes términos:

De manera inveterada según nuestra historia constitucional, siempre la Carta Fundamental se había referido a «la familia», en el entendido que se trataba de una sola institución, consagrada por el padre, la madre y los hijos, además de los ascendientes, descendientes y colaterales si se concibe en un sentido filiatorio más amplio. Sin embargo, la inclusión del plural pareciera indicar que el constituyente tenía en mente la protección no solo de la familia en sentido clásico o tradicional, sino también de otras

---

el aspecto sexual: es el deseo de la reproducción lo que determina que el hombre y la mujer se unan». Por su parte, la Constitución de Colombia, en su artículo 42 establece: «La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia», en concordancia con el artículo 5 que indica: «El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad».

formas de unión o «asociación» social que tuviera connotaciones similares a la familia convencional<sup>66</sup>.

Ahora bien, no creemos que exista jurídicamente hablando varias familias, porque en definitiva lo que hay son relaciones familiares fundadas en diversos orígenes, ya sea producto de una unión matrimonial, una unión estable de hecho, la filiación, o el parentesco, las cuales hay que proteger y tutelar por ser naturales, y si se observa nuestra historia constitucional, el primer texto que regula la materia es la Constitución de 1947, donde se indicaba en el artículo 47: «El Estado protegerá a la familia, cualquiera que sea su origen...», es decir, que se reconocen varias maneras de generar los lazos familiares<sup>67</sup>.

Está claro que si lo que se pretende con la interpretación de que subsisten varias familias es indicar que hay una familia matrimonial, una no matrimonial y una indígena<sup>68</sup>, tal distinción es superflua, porque lo que tutela

---

<sup>66</sup> RAFFALLI: art. cit. («La protección de la familia...»), p. 363. Igualmente BARRIOS, Haydeé: «Nuevas tendencias en el Derecho de Familia». En: *1 año de vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. II Jornadas sobre la LOPNA*. UCAB. C. CORNIELES, coord. Caracas, 2002, p. 237, quien apunta que la norma constitucional «no se refiere a la familia en singular, la cual hubiese sido la familia tradicional. Por el contrario, el constituyente afirma el compromiso del Estado de proteger a más de una entidad que puede presentarse bajo la denominación de familia...», y agrega: «la alusión a una pluralidad de familias no es exclusiva de esta norma (artículo 75), también hacen mención de ella los artículos 78 y 80 del texto constitucional...».

<sup>67</sup> Así lo reitera CARRILLO BATALLA: ob. cit. (*Historia de la legislación...*), p. 268.

<sup>68</sup> RAFFALLI: art. cit. («La protección de la familia...»), p. 366, asume dicha opinión al indicar «podría llegarse a concluir que el constituyente al incluir el plural “familias”; se refería a la protección que debe brindar el Estado tanto a las familias derivadas de matrimonios, así como a aquellas cuyo origen es una “unión estable” entre un hombre y una mujer, e igualmente a las familias indígenas que pudieran presentar especiales características sociales». En igual sentido BARRIOS: art. cit. («¿Cuál familia...»), p. 137, sostiene, al comentar la norma constitucional, que la misma «no se refiere a la protección de la familia en singular, la cual hubiese sido la familia tradicional (...) Puede por tanto afirmarse que, de manera expresa, se admite en nuestro

la Carta Magna es cualquier asociación familiar que sea «natural», valga decir, propia e inherente a la condición humana; por lo tanto, es obvio que la organización familiar indígena es natural y ancestral<sup>69</sup> y, por otro lado, la no matrimonial es igualmente natural, aunque jurídicamente solapada y en sus tiempos censurada, cosa que actualmente no ocurre, según el artículo 77 de la Constitución.

En síntesis, sobre este aspecto se es conteste con RAFFALLI, quien concluye que esa pretensión de «diferenciación inútil supondría de suyo la existencia de al menos dos tipos de familias distintas, cuando realmente lo que pareciera perseguirse es el tratamiento homogéneo de las mismas»<sup>70</sup>. Por su parte, LÓPEZ HERRERA, al explicar las regulaciones ya superadas que distinguían entre filiación legítima e ilegítima o natural, indicaba que «la familia por antonomasia es la legítima; la ilegítima no pasa de ser un remedo o imitación imperfecta de aquella. Además, por lo común, la familia natural no tiene la cohesión ni la estabilidad propias de la familia legítima; de ahí que las funciones sociales y los efectos personales y patrimoniales, no pueden ser los mismos en ambos tipos de familia»<sup>71</sup>. Como se observa, para el Código Civil de 1942 puede que sea cierta la distinción entre la familia legítima y la natural en atención a su regulación y los efectos que se le reconocía, pero a través de la reforma del Código de 1982, al unificarse la

---

Derecho que la expresión familia es multívoca, con la cual se ensancha la perspectiva que inició el Código Civil al reconocer junto a la familia matrimonial, una familia extramatrimonial, equiparándola en sus efectos, especialmente en lo que se refiere a las relaciones entre padres e hijos (artículos 197 y ss., y 826 del Código Civil) y las relaciones patrimoniales entre la pareja (artículo 767 del mismo Código).

<sup>69</sup> En relación con la familia indígena, el artículo 119 de la Constitución reconoce las formas de organización social de dichas comunidades de acuerdo con la ley. Léanse los artículos 105 y 106 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 38 344, del 27-12-05, donde se reitera el compromiso de proteger a la familia indígena. *Vid.* VARELA CÁCERES: ob. cit. (*Comentarios y reparos...*), *passim*.

<sup>70</sup> RAFFALLI: art. cit. («La protección de la familia...»), p. 366.

<sup>71</sup> LÓPEZ HERRERA: ob. cit. (*Derecho de Familia*), t. I, p. 43.

filiación<sup>72</sup>, la distinción es anacrónica, al grado tal que el constituyente regula la institución como una «asociación natural», siendo esta la que producirá efectos jurídicos según los estados familiares que posean sus miembros.

Por último, en relación con la familia sustituta reglamentada en el artículo comentado, donde se indica que la adopción se establece en beneficio del adoptado, se plantea la posibilidad de una posible adopción conjunta por parejas homosexuales. En principio, se ha planteado que la misma no sería una familia «natural», además si con dicha adopción se persigue una reivindicación de los derechos de las personas afectas a su mismo sexo a tener hijos, ello implicaría una involución de la institución de la adopción a la época en que se le consideraba en favor del adoptante para que él pueda «perpetuar el linaje, el apellido, siendo, pues el adoptado el instrumento de perpetuación»<sup>73</sup>.

Por su parte, nuestra profesora de Derecho de Familia GRISOLÍA GONZÁLEZ destacaba que aun en aquellos países nórdicos donde se admite las uniones entre parejas homosexuales «no se permite la adopción conjunta» en razón de la persistencia de ciertos prejuicios<sup>74</sup>.

Empero, las sociedades evolucionan y hoy en día el panorama comienza a variar en favor de la tolerancia de dichas adopciones; para ello creemos que lo fundamental es modificar el enfoque, es decir, centrar la discusión en el provecho que esta familia sustituta involucraría para el adoptado,

---

<sup>72</sup> *Vid. infra* capítulo VII, pp. 389 y ss.

<sup>73</sup> PADRÓN DE MELET y GONZÁLEZ DE GOIZUETA: ob. cit. (*Derecho de Familia*), p. 367.

<sup>74</sup> GRISOLÍA GONZÁLEZ, Oly: «Organización y estructura de las nuevas realidades familiares». En: *Anuario de Derecho*. N.º 23. ULA. Mérida, 2001, p. 85. Véase, por ejemplo, artículo 116 de la Constitución de Honduras que señala: «Se reconoce el derecho de adopción a las personas unidas por el matrimonio o la unión de hecho. Se prohíbe dar en adopción niños o niñas a matrimonios o uniones de hecho conformados por personas del mismo sexo. La Ley regulará esta institución»; la Constitución de Ecuador del 2008, introduce la siguiente regla «artículo 68.- (...) La adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo».

para el menor de edad, sin entrar en disquisiciones sobre las reivindicaciones de los afectos a su mismo sexo<sup>75</sup>.

La legislación civil de España admite la posibilidad de que personas de un mismo sexo que contraigan matrimonio puedan adoptar en forma conjunta o individualmente al hijo del otro cónyuge, esto según la Ley 13/2005, texto que modifica el Código Civil, y donde se señala en la Exposición de motivos, lo siguiente:

... la regulación del matrimonio que ahora se instaura trata de dar satisfacción a una realidad palpable, cuyos cambios ha asumido la sociedad española con la contribución de los colectivos que han venido defendiendo la plena equiparación en derechos para todos con independencia de su orientación sexual, realidad que requiere un marco que determine los derechos y obligaciones de todos cuantos formalizan sus relaciones de pareja. En el contexto señalado, la ley permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición. En consecuencia, los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes; entre otros, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup>— *Vid. infra* capítulo VIII, pp. xxx y ss. Véase: Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, que determina en su artículo 411, «... La adopción conjunta solo puede ser solicitada por cónyuges no separados o separadas legalmente, y por parejas conformadas por un hombre y una mujer, que mantengan una unión estable de hecho que cumpla los requisitos establecidos en la ley».

<sup>76</sup> La disposición que requirió ser modificada para permitir la anunciada equiparación en el matrimonio entre personas de diverso o idéntico sexo en relación con la adopción en el Derecho español fue el artículo 175.4 el cual ahora indica: «4. Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte...».

#### 4.2. *La protección a la maternidad y a la paternidad*

El artículo en referencia es el 76 del texto constitucional, el cual expresa:

La maternidad y la paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre. Las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos o hijas que deseen concebir y a disponer de la información y de los medios que les aseguren el ejercicio de este derecho. El Estado garantizará asistencia y protección integral a la maternidad, en general a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio, y asegurará servicios de planificación familiar integral basados en valores éticos y científicos.

El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos o hijas, y éstos o éstas tienen el deber de asistirlos o asistirlos cuando aquel o aquella no puedan hacerlo por sí mismos o por sí mismas. La ley establecerá las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la efectividad de la obligación alimentaria.

Por su parte, esta norma constitucional ha generado ciertas reservas en cuanto a las innovaciones introducidas. Así se ha indicado en relación con los «hijos o hijas que deseen concebir», que dicha afirmación debe entenderse exclusivamente como un derecho a decidir el número de estos, pero no el sexo de los mismos una vez concebidos, ya que esto, por ser un hecho biológico, escapa de la voluntad de los progenitores; pero que además no implica que una vez concebido un varón, se pretenda abortar por querer los padres puras hembras, es claro, en todo caso, que la norma concede la libertad, pero la supedita a la responsabilidad, lo que no es más que decirle a los padres que procreen tantos hijos como responsablemente deseen y puedan mantener y criar adecuadamente según las necesidades de los hijos.

Otro aspecto relevante del artículo comentado es la protección a la maternidad desde la concepción; al respecto BREWER-CARÍAS señala:

... es totalmente redundante e inútil, toda vez que el punto de partida de la maternidad es precisamente la concepción, por lo cual no puede haber

maternidad sin concepción y viceversa. De hecho la Constitución de 1961, en su artículo 74, nada decía de la concepción asociada con la protección de la maternidad. La inclusión redundante del término concepción en este artículo 76 no fue más que una solución aparente a la polémica que se presentó al no incluir el mismo donde realmente era importante, es decir, en el artículo 78 que contiene la protección integral del niño<sup>77</sup>.

Lo indicado por el autor citado es totalmente justo y lo que se pretende solapar es el tema tan polémico del aborto y su legalización o tratamiento penal, lo cual no debe ser mezclado<sup>78</sup>; lo que sí es oportuno destacar es que, aunque la Constitución no lo diga expresamente, la protección del niño desde su concepción es tácitamente reconocida de manera constitucional, en el entendido de que el constituyente regula principios como el del interés superior del niño y el de prioridad absoluta en su artículo 78, los cuales concatenados a los artículos 1 y 12 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, donde se reconoce expresamente la protección desde la concepción y el carácter de derechos humanos de las facultades reconocidas en la Ley especial, aunado al principio de progresividad en la regulación de los derechos fundamentales (artículo 19 de la

---

<sup>77</sup> Citado en RAFFALLI: art. cit. («La protección de la familia...»), p. 370.

<sup>78</sup> Así lo apunta DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Situación del *nasciturus* en la Constitución de 1999». En: *Libro homenaje a Enrique Tejera París*. UCV. A. GRILLET CORREA, coord. Caracas, 2008, p. 142, la «protección al *nasciturus* no es óbice para que el Estado por cuestiones de política legislativa pueda ampliar los supuestos que le quitan al aborto el carácter de delito». En similares ideas, RIBEIRO SOUSA, Delia María: «Situación jurídica del concebido ante los avances de la ciencia». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N.º 118. UCV. Caracas, 2000, p. 289, «es criterio de algunos autores que la protección del concebido no conlleva necesariamente a la prohibición absoluta del aborto, ya que el legislador podría establecer a través de excepciones, casos donde se consintiera su práctica». DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Evolución en el ordenamiento venezolano del inicio y extinción de la personalidad jurídica humana». En: *Jurisprudencia Argentina*. N.º 2020-1, Fasc. 13. Abeledo Perrot-Thomson Reuters. Buenos Aires, 2020, pp. 25 y 26.

Constitución)<sup>79</sup>, permiten las anotadas disposiciones arribar a la ineludible conclusión que cualquier desmejora de los niños en su *status* jurídico, como lo sería la no protección desde la concepción, representaría una violación latente del texto constitucional y de los principios enunciados. A mayor abundamiento, la Convención sobre los Derechos del Niño en su preámbulo y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 4.1 reclaman una protección desde la concepción, las cuales al ser tratados concernientes a derechos humanos suscritos y ratificados por Venezuela, licencian a deducir igual protección constitucional al concebido<sup>80</sup>.

Para DOMÍNGUEZ GUILLÉN, «la protección al concebido como proyección del derecho a la vida a partir de la gestación se mantiene en la Constitución de 1999», agregando: «la protección del concebido no debió entremezclarse con el álgido tema del aborto porque como veremos es independiente del mismo y por otra parte, el cambio de redacción enfocado la protección a través de la madre, no altera en lo absoluto el amparo que merece el concebido por sí mismo. Tal protección de carácter general –a nuestro juicio– se mantiene independientemente de la redacción en la nueva Carta Magna». Sobre el cimiento de esta protección, señala la autora que la misma no se ubica en el artículo 43 referente al derecho vivir, sino en el «artículo 76 que alude expresamente a la situación del concebido y a la protección que por vía de consecuencia ha de brindársele a la madre»<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> La Constitución de 1947 señalaba en su artículo 49: «El Estado garantiza la protección integral del niño desde su concepción hasta su completo desarrollo...»; por su parte, la Constitución de 1961 indicaba en su disposición 74: «Se dictará las medidas necesarias para asegurar a todo niño, sin discriminación alguna, protección integral, desde su concepción hasta su completo desarrollo...». *Vid.* BREWER-CARÍAS, Allan R.: *Las constituciones de Venezuela*. Tomos I y II. 3.<sup>a</sup>, Academia de Ciencias Sociales y Políticas. Caracas, 2008, *passim*.

<sup>80</sup> En similar sentido, CHÁVEZ ASENCIO: art. cit. («Derechos familiares...»), p. 190, percibe en los instrumentos internacionales citados una protección de la infancia desde la concepción. *Vid.* RIBEIRO SOUSA: art. cit. («Situación jurídica...»), p. 290.

<sup>81</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN: art. cit. («Situación del *nasciturus*...»), pp. 138 y 139. En el Derecho español se observa que la jurisprudencia ha indicado que el artículo 15 de la Constitución referente al derecho a la vida es el sostén de la protección del concebido,



Por su parte, BARRIOS, al comentar la anterior norma y, concretamente, en lo referente al reconocimiento a las parejas del derecho a decidir libre y responsablemente la cantidad de hijos que desean concebir, indica: «el supuesto de la norma limita su aplicación a las parejas, lo cual deja fuera a las mujeres solas<sup>82</sup>. Asimismo, el ejercicio de tal derecho gira en torno a los hijos que la pareja desee “concebir”, no a los hijos que desee “tener” lo que, a lo sumo, podría comprender el mecanismo de la inseminación artificial, excluyendo tanto la fertilización *in vitro*<sup>83</sup>, en la cual la concepción

---

y aunque se reconoce que dicha solución no es muy técnica, es una interpretación amplia que se corresponde con el espíritu del constituyente. Vid. MARTÍN REBOLLO, Luis: *Constitución española (edición especial anotada)*. Thomson-Aranzadi. Navarra, 2003, p. 70.

<sup>82</sup> En un primer momento, el Anteproyecto de Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, en la norma que pretendía desarrollar el derecho a la «planificación familiar», señalaba «... Estas iniciativas deberán incluir métodos y estrategias para la planificación familiar dirigidas a las personas y parejas en etapa reproductiva» (artículo 20), es decir, que «las personas», fuera de la pareja podían recurrir a técnicas de planificación; sin embargo, el texto definitivo cambió la redacción y el ahora artículo 20 expresa que los servicios de reproducción asistida estarán «... dirigidos a mujeres y hombres que presenten limitaciones en su fertilidad, con el objeto de garantizarles el derecho a la maternidad y la paternidad». Vid. VARELA CÁCERES: ob. cit. (*Comentarios y reparos...*), *passim*.

<sup>83</sup> Sobre este método DOMÍNGUEZ GUILLÉN: art. cit. («Situación del *nasciturus...*»), p. 145, sostiene que «la protección constitucional al concebido se extiende inclusive a aquellos casos en que se han utilizados nuevas técnicas para generar la vida humana. Esto porque la existencia humana principia con la concepción, independientemente de que la fusión de la células sexuales se realicen fuera del claustro materno (...) la destrucción del embrión o la criopreservación que conlleva a su destrucción suponen atentados contra la vida del concebido». Vid. RIBEIRO SOUSA: art. cit. («Situación jurídica...»), pp. 288 y ss. Por su parte, TSJ/SC, sent. N.º 1456, citada *supra*, entiende comprendido dentro de la protección constitucional las diversas técnicas de reproducción asistida donde se incluye, en primer término, la fecundación *in vitro*; igualmente trae a colación la existencia de un «derecho a procrear» partiendo de la argumentación de que, si bien «el Texto Fundamental no señale expresamente a la procreación no significa que la misma no esté consagrada como un derecho humano, pues como se desprende de las normas transcritas tanto de la Constitución como de los tratados internacionales (...) es el ejercicio de ese derecho de procrear hijos y de otros que como ya se apuntó son inherentes a la persona humana, por eso quien decide procrear tiene el derecho a hacerlo sin más limitaciones que las establecidas

no conlleva la participación directa de la pareja, como la participación de una madre alquilada, caso en el cual la concepción no corresponde a la pareja sino a un tercero ajeno a ésta»<sup>84</sup>.

Ante los indicados comentarios, se expone la duda sobre si el constituyente previó al confeccionar la norma en examen todas las hipótesis planteadas por la autora citada, lo que si se afirmar es que si lo concibió fue idealmente, ya que no lo prohibió expresamente, lo cual deja el campo abierto a la interpretación jurisprudencial y, más exactamente, al desarrollo legislativo; por otro lado, lo que sí reclamó tajantemente es que la planificación familiar debe estar apoyada en valores éticos y científicos, lo que implica necesariamente que toda práctica o solución que sea contraria a la ética y a los fines que persigue la ciencia debe desecharse por manifiestamente inconstitucional.

En lo relacionado con la posibilidad que mujeres sin relación marital o estable de hecho sean usuarias de las técnicas de reproducción asistida, BERNARD MAINAR indica:

Los intereses encontrados son los de la mujer sola a tener un hijo, si consiente, por estas técnicas, y el de hijo, que contaría con el derecho a tener padre y madre, así como una familia estable (...) en este asunto ronda y se mezclan consideraciones de tipo ideológico, lo que dificulta la adopción de soluciones asépticas y desprovistas de este tipo de criterios. No parece que el texto constitucional español niegue a una mujer sola que no conviva con varón el acceso a las técnicas de reproducción asistida<sup>85</sup>.

---

por la Constitución y las leyes. Y hoy en día se han procurado métodos para que quienes de manera natural no puedan hacerlo, tengan la posibilidad real y efectiva de tener descendencia, en pro de la consolidación y bienestar de la familia...».

<sup>84</sup> BARRIOS: art. cit. («¿Cuál familia...»), p. 133. Obsérvese a título ilustrativo las regulaciones que la Constitución de Colombia trae al respecto en su artículo 42: «... Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneritura responsable. La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos...».

<sup>85</sup> BERNAD MAINAR, Rafael: «Las nuevas técnicas de reproducción humana y sus repercusiones legales en el Derecho español». En: *Revista de la Facultad de Derecho*.

Por último, conviene atender a lo expuesto por DOMÍNGUEZ GUILLÉN, quien ve en la disposición comentada una protección genérica que incluye al que no está concebido: «Tal situación se traduciría a nuestro modo de ver por ejemplo, tanto en el uso de medios anticonceptivos a los fines de controlar la concepción, así como la posibilidad de acudir a las nuevas técnicas científicas para lograr la fecundación. De manera pues que la norma en comento alude al *nasciturus* que habrá de ser concebido, es decir, al *concepturus*, se ha hablado inclusive de un derecho a procrear de los progenitores con una consagración constitucional»<sup>86</sup>.

#### 4.3. *La protección al matrimonio y a las uniones estables de hecho*

Establece la Constitución a texto expreso:

Artículo 77.- Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, fundado en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges. Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio.

En relación con el matrimonio<sup>87</sup> la norma en comento es más amplia de lo que disponía la Constitución de 1961 en su artículo 73, que solo instauraba

---

N.º 54. UCAB. Caracas, 1999, p. 163. En realidad, la Constitución española no contiene en su articulado una disposición similar a la aquí comentada, observándose en dicho sentido el artículo 39.2, que sugiere una protección a las madres «cualquiera que sea su estado civil», *vid.* MARTÍN REBOLLO: ob. cit. (*Constitución española...*), p. 94.

<sup>86</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN: art. cit. («Situación del *nasciturus*...»), p. 149.

<sup>87</sup> ESPINOZA MELET, Manuel: «Consideraciones sobre los esponsales en Venezuela». En: *Libro homenaje al Profesor Eugenio Hernández Bretón*. T. III. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2019, p. 2276, «posiblemente una de las instituciones que se ha visto más afectada por el transcurrir de eventos y convencionalismos sociales ha sido, sin lugar a dudas, la institución matrimonial. Todo esto se deriva, en gran parte, del conflicto de valores que van desde lo ético lo moral, así como de principios familiares, lo cual genera, evidentemente, un trascendental cambio en la concepción de los vínculos conyugales, los cuales transitan inevitablemente en la ruta de los cambios sociales y culturales que gravitan en la sociedad contemporánea».

como principio: «La ley protegerá el matrimonio». No obstante, los instrumentos internacionales si efectuaban regulaciones precisas que evidentemente influyeron de forma positiva la redacción de la disposición actual<sup>88</sup>. Ahora bien, es el caso que la evolución de esta institución ha generado que el constituyente instituya determinadas puntualidades que en el pasado se consideraban implícitas, pero que al día de hoy exigen ser detalladas; así se visualiza que los presupuestos del matrimonio en el Derecho venezolano son la diversidad de sexo, unidad (en concordancia con el artículo 44 del Código Civil), la manifestación del consentimiento por parte de los contrayentes y un tratamiento igualitario para los consortes en el disfrute y ejercicio de las facultades que surgen del vínculo (en concordancia con los artículos 75 y 21 de la Constitución y el artículo 137 del Código Civil).

Por otra parte, la norma constitucional incorpora una innovación, si se quiere, al regular las «uniones estables de hecho», ya que anteriormente se habían señalado ordenaciones pero eran tímidas y parciales, y no a nivel constitucional; el caso es que lo que sí queda claro es que el matrimonio y su parangón solo son posibles entre hombre y mujer, es decir, requieren diversidad de sexo y exclusivamente entre un hombre y una mujer lo que aparta la posibilidad de bigamia. Luego, la Constitución dejó en manos

---

<sup>88</sup> *Vid.* Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 16.2); Convención Americana Sobre Derechos Humanos de 1969 «artículo 17.- Protección a la familia. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo...»; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (artículo 10.1); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 23).

del legislador el establecer las exigencias concretas que las uniones de facto deben reunir para producir su equiparación<sup>89</sup>.

Conviene advertir que la norma de la Constitución determina una equiparación en cuanto a los efectos que pudieran generar las uniones estables de hecho; no obstante, con ello «no puede pretenderse que, automáticamente, todos los efectos del matrimonio se apliquen a las “uniones estables”». Así, ANGUIA RÍOS, sostiene, refiriéndose al Derecho español, que «aún reconociendo el derecho a constituir una familia perfectamente protegible por la ley a través de la convivencia de hecho, no por eso cabe equipararlas como equivalentes a las uniones matrimoniales. Matrimonio y unión de hecho no son situaciones equivalentes, sino realidades jurídicas distintas. Los ciudadanos son libres para elegir la forma en que desean articular su convivencia»<sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup> Vid. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael: «La constitucionalización de la unión marital de hecho a través de la jurisprudencia». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 10-III. Caracas, 2018, pp. 913 y ss.

<sup>90</sup> ANGUIA RÍOS, Rosa María: «La vivienda en la pareja de hecho». En: *XIV Congreso Internacional de Derecho de Familia*. Disco compacto N.º I y II de la Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico. San Juan, 2007, p. 12. Por su parte, DE VERDA Y BELMONTE, José Ramón: «Efectos económicos de las uniones de hecho en la jurisprudencia española». En: *Revista Chilena de Derecho Privado*. N.º 1. Universidad Diego Portales. Santiago, 2003, p. 152, expone: «A la vista de la jurisprudencia expuesta ha de concluirse que las personas que, en el ejercicio de su libertad, deciden no contraer matrimonio no pueden esperar beneficiarse automáticamente de todas las consecuencias jurídicas que la ley atribuye a las personas que ejercitan el derecho constitucional a contraer matrimonio; pues, en tal supuesto, existe una razón objetiva que justifica el trato desigual». Téngase presente que en el Derecho español no existe una total equiparación de los efectos jurídicos que produce el matrimonio y la «pareja de hecho», a título ilustrativo, se puede comentar que en relación con la «pensión de viudedad», es apenas en 2007 que con la reforma de la Ley General de Seguridad Social, que se les otorgan limitados derechos a las parejas estables, la Exposición de motivos señalaba que se aspira «... una aproximación, en la medida de lo posible, a la institución matrimonial. No obstante, habida cuenta de la imposibilidad de conseguir la plena equiparación entre las parejas matrimoniales y las de hecho, se hace inviable la plena igualación en el régimen jurídico de

En relación con las uniones estables de hecho, se observa que el texto fundamental remite a una ley especial que debe ser dictada por el órgano legislativo, lo cual no ha ocurrido en la actualidad. No obstante, la Sala Constitucional<sup>91</sup>, ante un recurso de interpretación del artículo en comentario, indicó ciertas precisiones sobre el tratamiento de dichas uniones, las cuales calificó como vinculantes. Específicamente señala:

Unión estable de hecho entre un hombre y una mujer, representa un concepto amplio que va a producir efectos jurídicos, independientemente de la contribución económica de cada uno de los unidos en el incremento

---

las prestaciones de viudedad», y si bien el texto reconoce determinados derechos, estos se encuentran supeditados a gravosos requisitos: «se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años» (véase actualmente el artículo 221.2 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, que aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social), dejándose a salvo la legislaciones autonómicas en cuanto al reconocimiento y prueba de la unión de hecho; igualmente, en lo relativo a la «prestación temporal de viudedad» regulada en el artículo 222, la misma es una pensión compensatoria solo para el cónyuge en aquellos casos donde no se llenen los requisitos para optar a la pensión de viudedad, la misma excluye de tal forma a las parejas de hecho. En fin, de AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina: «Una limitadísima pensión de viudedad para las parejas no casadas. ¿El precio del matrimonio homosexual?». En: *Boletín del Departamento de Derecho Civil*. N.º 2. UCM. Madrid, 2008, p. 4, llega a afirmar que con la anterior legislación «el cumplimiento de los distintos requisitos, plazos y exigencias dejarán fuera a un elevadísimo número de convivientes que no podrán acceder a la pensión de viudedad en ningún caso», lo cual evidencia que la equiparación en este caso es más retórico que real. Por último, en el caso venezolano, desde 1966 con la derogada Ley de Seguro Social Obligatorio, existe un tratamiento idéntico para las parejas de hecho y los cónyuges en relación con la pensión de sobreviviente o viudedad, léase el artículo 33.2 y 3, del ahora de Decreto-Ley del Seguro Social, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 39 912, del 30-04-12, y en relación con la denominada «prestación temporal de viudedad» española, léase el artículo 33.4.

<sup>91</sup> TSJ/SC, sent. N.º 1682, del 15-07-05.

o formación del patrimonio común o en el de uno de ellos, siendo lo relevante para la determinación de la unión estable, la cohabitación o vida en común, con carácter de permanencia, y que la pareja sea soltera, formada por divorciados o viudos entre sí o con solteros, sin que existan impedimentos dirimentes que impidan el matrimonio.

Otros aspectos que destaca la sentencia antes aludida es que, en relación con la situación fáctica de la pareja, conviene efectuar una distinción entre el concubinato y la unión estable de hecho, ya que esta última es una representación más amplia y acabada, subsistiendo una relación de especie a género<sup>92</sup>. En cuanto a cómo se ejercen los derechos que la relación conlleva implícitos, es obvio que serán los mismos unidos los que determinarán en su día a día dicha esfera. De surgir algún conflicto, la Sala se pronuncia a favor de una declaración judicial en la cual se deje constancia de la existencia de la misma; concretamente expone:

Pero como, al contrario del matrimonio que se perfecciona mediante el acto matrimonial, recogido en la partida de matrimonio, no se tiene fecha cierta de cuándo comienza la unión estable, ella debe ser alegada por quien tenga interés en que se declare –parte o tercero– y probada sus características, tales como la permanencia o estabilidad en el tiempo, los signos exteriores de la existencia de la unión –lo que resulta similar a la prueba de la posesión

---

<sup>92</sup> CARRILLO ARTILES, Carlos Luis: «Desatinos y aciertos de la sentencia de la Sala Constitucional que interpreta el artículo 77 de la Constitución de 1999, en torno al alcance y contenido de las uniones estables de hecho». En: *Tendencia actuales del Derecho Constitucional: homenaje a Jesús María Casal Montbrun*. T. II. UCAB. J. M. Casal H. et al. coords. Caracas, 2007, p. 616, refuta indicando: «En ninguno de nuestros instrumentos jurídicos que conforman el bloque de la legalidad, existe alguna norma que aluda, consagre o reconozca a otra unión de hecho entre hombre y mujer, que no fuese denominada concubinato, con excepción del evidente infeliz y desacertado Proyecto de Ley retirado. En consecuencia, no existía al momento del fallo ni se ha configurado hasta el presente, ninguna norma que permita cimentar la idea que cuando nuestra norma fundamental habla de “unión estable de hecho” se refiera a varios tipo de relaciones o alianzas fácticas». Cfr. INNECCO DURÁN: art. cit. («La unión estable...»), pp. 333 y ss.

de estado en cuanto a la fama y el trato, ya que la condición de la pareja como tal, debe ser reconocida por el grupo social donde se desenvuelve—, así como la necesidad de que la relación sea excluyente de otra de iguales características, debido a la propia condición de la estabilidad.

Luego, se colige del texto preinserto, que es forzoso el cumplimiento de determinados requisitos para la configuración de la unión estable de hecho, entre los cuales resalta de fondo: i. permanencia, ii. diversidad de sexo, iii. unidad y iv. la exclusividad<sup>93</sup>; a estos se suma para aquellos supuestos donde exista un conflicto de intereses entre la pareja o terceros, un elemento de forma representado por la prueba, la cual actualmente puede surgir de una declaración ante el Registro (artículos 117 y ss. de la Ley Orgánica de Registro Civil) o, en su defecto, de una «declaración judicial».

Ahora bien, se mantiene la discusión sobre si pueden existir bajo la protección que dimana del texto constitucional uniones de hecho entre personas de un mismo sexo, así como también si pueden coexistir al mismo tiempo para ambos o algunos de los unidos, un matrimonio y una unión estable de hecho, ya que se observaría, en principio, una clara contradicción entre esas modalidades y los caracteres de diversidad de sexo y unidad, respectivamente.

Sobre el tema de la diversidad de sexo volveremos más adelante<sup>94</sup>, lo que sí conviene advertir es que su inclusión requeriría una enmienda o reforma del artículo 77 de la Constitución y que, hasta tanto ello no ocurra, puede por vía legislativa incorporarse un figura *sui generis* que a través de un «acuerdo» permita a estas parejas reglar algunos efectos patrimoniales

---

<sup>93</sup> De allí que D'JESÚS MALDONADO, Antonio: *Lecciones de Derecho de Familia*. Paredes Editores. Caracas, 1991, p. 157, «El concubinato es un hecho jurídico *sui generis*, de otra naturaleza, libre, permanente “a modo de cónyuges” con habitación común y comunidad de vida, capaz de producir efectos jurídicos positivos y con elementos de “moralidad en la relación”»; del mismo autor: «El concubinato y la unión no matrimonial en el prisma del Código Civil venezolano». En: *Anuario de Derecho*. N.º 22. ULA. Mérida, 2000, p. 12.

<sup>94</sup> *Vid. infra* capítulo VI, pp. 251 y ss.



y personales que no sean contrarios al orden público, así como extender algunos efectos de protección familiar —prerrogativas, beneficios, privilegios, etcétera— a esta «asociación» de parejas aunque no reciban la denominación de matrimonio o unión estable de hecho, ello hasta tanto se avance en un mecanismo de revisión constitucional<sup>95</sup>.

En lo tocante a unidad, la Sala Constitucional señala que para uno de los unidos o concubinos puede existir el «concubinato putativo, que nace cuando uno de ellos, de buena fe, desconoce la condición de casado del otro. A juicio de esta Sala, en estos supuestos funcionará con el concubino de buena fe, las normas sobre el matrimonio putativo, aplicables a los bienes». El matrimonio putativo es una figura excepcional que procede en el caso de la nulidad de un matrimonio aparentemente válido. Ahora, en el supuesto del matrimonio putativo por violación del impedimento dirimente de vínculo anterior se está al frente de dos matrimonios —o al menos aparentemente—, distinto a lo que ocurre en el supuesto que pretende introducir la Sala Constitucional, donde se ven involucradas figuras distintas. La misma sentencia, al referirse a la exclusividad, expone que «a juicio de esta Sala es imposible, para que ella produzca efectos jurídicos, la coexistencia de varias relaciones a la vez en igual plano», entonces, no proceden los efectos cuando coexisten dos relaciones de hechos. En fin, solo perplejidad puede producir lo antes expuesto, y mayor aturdimiento se genera si se constata la conclusión a que arriba cuando indica: «Debe la Sala acotar que el único concubinato que produce efectos equiparables al matrimonio, es el que se delinea en este fallo; y se hace tal acotamiento porque algunas leyes denominan concubina a la mujer que vive con un hombre a pesar de que éste tiene impedimento para contraer matrimonio con ella, cuando en realidad tal concubinato es contrario al artículo 767 del Código Civil y a lo que conceptualiza este fallo»<sup>96</sup>.

<sup>95</sup> Vid. sobre estos mecanismos PEÑA SOLÍS, José: «La revisión de la Constitución de 1999». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 5. Caracas, 2015, pp. 537 y ss.

<sup>96</sup> ESPINOZA MELET, Manuel: *La acción merodeclarativa y su importancia en materia de concubinato*. Ediciones Olejnik. Santiago, 2018, p. 121, «la Sala Constitucional,

Por último, conviene referir que el Código de Familia de Cuba expresamente regula una figura similar al concubinato putativo en su artículo 18, el cual indica: «... Cuando la unión matrimonial estable no fuere singular porque uno de los dos estaba unido en matrimonio anterior, el matrimonio surtirá plenos efectos legales en favor de la persona que hubiere actuado de buena fe y de los hijos habidos de la unión», en concordancia con el artículo 48 *eiusdem*, referente a la nulidad del matrimonio con efecto putativo. En lo que se refiere al Derecho mexicano, el Código Civil del Distrito Federal regula el concubinato en los artículos 291 *bis* y ss., y concretamente determina que para aquellos supuestos donde exista pluralidad de uniones, que las mismas no se reputarán como concubinato; sin embargo, reconoce para «Quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro, una indemnización por daños y perjuicios». De lo descrito se deduce que las legislaciones tienden a reconocer un solo modelo de indemnización para el llamado «concubinato putativo», y es el de otorgar determinados derechos de los que hubieran surgido en la unión estable o remitir a una reparación extracontractual, exigiendo siempre la buena fe como presupuesto básico. En el caso de la sentencia comentada se establece una mixtura inadecuada de figuras, lo que origina soluciones contradictorias que someten a una inseguridad jurídica a las parejas, tema que justamente pretendió eliminar la Sala Constitucional<sup>97</sup>.

---

vuelve a entrar en contradicción, porque en el referido fallo sostiene que la unión concubinaria es solo entre personas que no tengan impedimento para contraer matrimonio, y por otra parte, da nacimiento a la figura del concubinato putativo, el cual se va a materializar cuando uno de los concubinos, de buena fe, desconoce el estado civil de casado del otro, ahora bien, si una de las condiciones para la configuración del matrimonio es que la pareja esté constituida por personas solteras, como puede sostenerse que si uno de ellos o ambos se encuentren unidos en matrimonio con otras personas»; ACOSTA VÁSQUEZ, Luis A.: «El nuevo concubinato en Venezuela». En: *Cuestiones Jurídicas*. Vol. I, N.º 1. Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, 2007, p. 28, «Esto resulta contradictorio con lo expresado en el propio fallo, cuando hace referencia a que la ley a la que remite el artículo 77 de la Constitución Nacional, es el Código Civil, concretamente el artículo 767, y es esta norma la que expresamente indica que tales efectos no aplican si uno de ellos está casado»; DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. («La unión de hecho...»), pp. 370 y 371.

<sup>97</sup> *Vid. infra* capítulo VI, pp. 268 y ss.

#### 4.4. *La protección de la niñez y adolescencia*

Aunque se es partidario de sostener la tesis que alude a que el Derecho de la Niñez y Adolescencia en la actualidad detenta cierta autonomía como área del Derecho<sup>98</sup>, no puede negarse que para el constituyente la protección de la familia como comunidad natural esta íntimamente relacionada con la protección de los menores de edad, que por su condición especial de sujetos en desarrollo invita a una específica tutela; así, en las anteriores disposiciones constitucionales se observaron regulaciones donde se entrelazan instituciones de ambos segmentos del Derecho. En todo caso, cabe advertir lo expuesto por LATORRE, quien enseña:

El concepto de autonomía de una rama del Derecho y de su correspondiente ciencia es relativo. El objeto y los métodos jurídicos son sustancialmente uniformes, y tanto en la doctrina como en la práctica, la mutua y continua influencia entre diversas ramas es habitual e insoslayable. Si un proceso de especialización es necesario, no es quizás aconsejable la tendencia, hoy bastante extendida, a crear nuevas parcelas independientes en el campo del Derecho, porque tienden a cortar la perspectiva del jurista y fomenta la tendencia a exagerar y hasta a inventar diferencias y distinciones que justifiquen aquella autonomía. Que ciertos sectores del Derecho ofrezcan particularidades o sea conveniente su estudio o su enseñanza independiente, no basta para elevarlos al campo de rama autónoma, cuando no presenten la acusada individualidad que solo justifica la autonomía<sup>99</sup>.

---

<sup>98</sup> Así lo manifiesta MENDIZÁBAL OSES al referirse al «derecho singular», igualmente D'ANTONIO, Daniel Hugo: *Derecho de Menores*. 3.<sup>a</sup>, Astrea y Depalma. Buenos Aires, 1986, pp. 20 y ss. En este orden, se pronuncia Rafael CALDERA, citado en DUQUE SÁNCHEZ, José Román: *Comentarios jurídicos*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1982, p. 319. Vid. VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «Introducción al Derecho de la Niñez y de la Adolescencia». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 4. Caracas, 2014, pp. 129 y ss.

<sup>99</sup> Citado en UZCÁTEGUI URDANETA, Mariano: *Principios generales del Derecho*. ULA. Mérida, 2003, p. 226. En dicho orden RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE: ob. cit. (*Ciencia y Filosofía...*), p. 7, afirma que la ciencia «se divide y subdivide hasta el punto de que, en los tiempos modernos, se contempla una excesiva especialización», aunque justifica dicho proceder en «un afán de mayor purificación técnica».

Ponderando en su justo mérito el antepuesto aviso, creemos que sí concurren elementos que sustentan la distinción y que la misma coadyuva a la comprensión de las normas de cada área<sup>100</sup>. Ahora, como no conviene aquí polemizar sobre dicho aspecto, se pasa a comentar el artículo 78, que señala lo que sigue:

Artículo 78.- Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa, y creará un sistema rector nacional para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

La anterior disposición es de un relieve significativo, representa una sinopsis bien elaborada de las figuras más importantes del Derecho de la Niñez; así, comienza con establecer el grupo etario, es decir, diferenciar entre niños y adolescentes; en similar idea a lo previamente señalado en el artículo 2 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, a su vez determina que dichas personas menores de 18 años «son sujetos plenos de derecho», frase que aunque puede pasar inadvertida para un lector poco familiarizado con las nuevas tendencias de esta área, posee una connotación radical, en el entendido que puntualiza que los niños

---

<sup>100</sup> RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE: art. cit., («Orientaciones modernas...»), p. 345, expone «El desgajamiento de estas ramas jurídicas del árbol del Derecho Civil, no ha sido consecuencia de una acción caprichosa del legislador, sino a que la secular ciencia civilista evoluciona lentamente ante el dinamismo jurídico de nuestro tiempo, que ha exigido una reestructuración de las instituciones privadas presididas por el principio de la justicia social, a fin de que los hombres acorten las diferencias sociales a que los condujo el sistema liberal-capitalista montado sobre un ordenamiento rigurosamente económico».

y adolescentes no son simples hiposuficientes protegidos a través de normas especiales, sino «personas» que como tales tienen la posibilidad real de participar en el ejercicio de sus derechos fundamentales, como lo garantiza el constituyente para toda persona; así, el artículo 10 de la Ley Orgánica, obliga a sostener como conclusión que los niños y adolescentes «gozan de todos los derechos y garantías consagrados en favor de las personas en el ordenamiento jurídico», pero su mérito no se limita al aspecto anotado, sino que esta consideración expresa de los niños y adolescentes como sujetos de derecho obliga a revisar la legislación y doctrina referente al goce y ejercicio personal de las facultades o, en palabras precisas, indagar sobre el concepto actual del término capacidad. En todo caso, no resulta oportuno abundar sobre los efectos concretos de la reformada visión de capacidad, no obstante, sí se desea llamar la atención de que la misma debe examinarse y adecuarse al postulado constitucional<sup>101</sup>.

En otro aspecto, se reitera el compromiso establecido en el artículo 49 de la Constitución de 1947 y en el artículo 75 de la de 1961, referente a la protección especializada a través de la legislación, órganos y tribunales, lo cual, por demás, representa un mandato de la Convención sobre los Derechos del Niño que, en su artículo 4, indica: «Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos», en concordancia con el artículo 4 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Seguidamente, el constituyente revela en qué consiste la especialidad en la legislación y de los órganos administrativos y judiciales, determinando que los mismos tienen por norte el respeto de las normas constitucionales, pero, además de lo señalado, tanto el legislador al crear la ley como los operadores al aplicarla deben cumplir una función de guardianes, es decir,

---

<sup>101</sup> Vid. VARELA CÁCERES, Edison Lucio: *La capacidad de ejercicio en los niños y adolescentes (especial referencia al Derecho español y venezolano)*. Editorial RVLJ. Caracas, 2018, *passim*; del mismo autor: «La capacidad contractual». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 13-II. Caracas, 2020, pp. 777 y ss.; ob. cit. (*Lecciones de Derecho...*), pp. 460 y ss.).

garantizar que terceros no atenten contra los derechos establecidos y, más importante, no limitar su actividad a las normas constitucionales, sino desarrollarlas según el principio de progresividad a mayores esferas de protección, ya que debe comprenderse que la tutela constitucional representa un mínimo admitido sin el cual se lesionaría la dignidad humana depositada en toda persona y en especial la de los niños y adolescentes; por lo que en definitiva la vanguardia gira alrededor de establecer mayores defensas a los derechos de la niñez.

En lo que respecta a la mención expresa de la Convención sobre los Derechos del Niño en el texto constitucional, se observa una tendencia uniforme de constitucionalizar el tratado, en el entendido de que varios textos supremos de otras latitudes de forma expresa se refieren a dicho instrumento internacional<sup>102</sup>, otras lo hacen en un tono implícito al aludir a los tratados de derechos humanos en general<sup>103</sup>.

La Convención sobre los Derechos del Niño desarrolla en su contenido un renovado modelo para la protección de la infancia. Así indica postulados

---

<sup>102</sup> La Constitución de Argentina indica en su artículo 75.22: «... la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...». Por su parte, la Constitución de Nicaragua expone en la disposición 71: «... La ley regulará y protegerá estos derechos. La niñez goza de protección especial y de todos los derechos que su condición requiere, por lo cual tiene plena vigencia la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Niña».

<sup>103</sup> Así, CESAS FARFÁN, Luis Francisco: «Bloque de constitucionalidad: técnica de remisión de las constituciones modernas». En: *Revista Provincial*. N.º especial. Mérida, 2006, p. 180, señala: «En otras ocasiones, la remisión es genérica, como ocurre en Chile, en donde se advierte en la parte final del artículo 5 de la Constitución que “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”, o aun en forma más amplia como la del inciso final del artículo 5 de la Constitución brasileña: “Los derechos y garantías expresadas en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte”».

básicos que son expresamente reconocidos por la norma constitucional en comento, entre ellos destaca una visión amplificada en relación con los derechos garantizados, que se traduce en una «protección integral». La anterior frase está dotada de un sustrato fundamental, pues implica edificar todo un sistema –legislación, órganos y tribunales– que actúe en aquellas situaciones donde estén en juego los derechos humanos de los niños o adolescentes y no únicamente en los supuestos de una violación grave de los mismos. Lo antes expuesto es una consecuencia lógica de la naturaleza de estas facultades, ya que ellas son interdependiente, por lo que la violación de una de ellas genera por vía de resultado la conculcación de otras facultades; por tanto, se requiere una tutela ampliada, con ciertos matices que se encuentran justificados por la específica condición subjetiva de los niños y adolescentes que se hallan en desarrollo, pero similar a la que disfrutaría toda persona.

Otra cuestión tiene que ver con quiénes son los agentes participantes. Así se establece una trilogía, en la cual necesariamente intervienen activamente, además del niño y adolescente como sujeto de derecho, la familia, la comunidad y el Estado –en todas sus manifestaciones–, cada uno en su respectivo rol, pero actuando de forma armónica y coordinada. Lo descrito se revela en un principio de corresponsabilidad<sup>104</sup>, al cual se unen otras nociones esenciales como el principio de interés superior del niño<sup>105</sup>

---

<sup>104</sup> Principio que tendría un antecedente inmediato en los textos internacionales como Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (artículo 19); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos 1998 (artículo 16); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 24.1) y, por descontado, en la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>105</sup> *Vid.* sobre la correcta delimitación del principio como «concepto jurídico indeterminado», TSJ/SC, sent. N.º 1917, del 14-07-03, y sobre una irresponsable manipulación de la anterior doctrina ver: TSJ/SPA, sent. N.º 414, del 08-04-08. *Cfr.* RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *El interés del menor*. 2.ª, Dykinson. Madrid, 2007, pp. 70 y 71, constituye «un concepto jurídico indeterminado, por medio del cual la ley se refiere a una realidad cuyos límites no precisa con exactitud, pero con lo que intenta definir o delimitar un supuesto concreto que permite que sea precisado luego en el momento de su aplicación», es decir, corresponde a «conceptos de valor

y de prioridad absoluta. En definitiva, para engranar todos los conceptos indicados y satisfacer el fin último perseguido, que es el desarrollo integral de los niños y adolescentes, y así cada vez con mayor autonomía ellos participen en la vida pública, se crea un «sistema rector» al cual se suman las figuras aludidas, y se materializa de forma concreta en las disposiciones de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Como corolario podemos indicar que el matrimonio, la unión estable de hecho, la filiación, la adopción y la obligación legal de alimentos son instituciones familiares que poseen rango constitucional, lo que produce como derivación que su desarrollo es primordial para el Estado de Derecho, y, por otro lado, que su regulación debe hacerse a través de leyes orgánicas (artículo 203 de la Constitución), como es el caso de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

## 5. TENDENCIAS ACTUALES DEL DERECHO DE FAMILIA

Si algo se ha querido destacar en las líneas que anteceden, es que el Derecho de Familia disfruta de un dinamismo que lo diferencia de otras

---

o de experiencia referidos a realidades que inicialmente no permiten una mayor precisión o concreción, pero que trasladadas a situaciones específicas, a supuestos determinados, su aplicación conduce a una solución y no a otras»; NEWMAN SÁNCHEZ, Alba Marina: «El interés superior y los derechos y deberes de los niños y adolescentes. Consideraciones hermenéuticas». En: *Anuario de Derecho*. N.º 33. ULA. Mérida, 2016, pp. 219 y ss.; TERÁN PIMENTEL, Milagro: «Sobre un concepto de interés superior del menor». En: *Anuario de Derecho*. N.º 31. ULA. Mérida, 2014, pp. 13 y ss.; SIRA SANTANA, Gabriel: «El interés superior del niño en las decisiones de la Sala Constitucional del TSJ (2013-2017)». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 10-III. Caracas, 2018, pp. 981-1005 (del mismo autor: «El interés superior del niño como limitante a la libertad de expresión, a propósito de la sentencia N.º 359/2014 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 5. Caracas, 2015, pp. 569-599).



áreas del Derecho Civil<sup>106</sup>, donde las instituciones son estáticas aunque no inmutables; así, en el Derecho de Obligaciones se habla de que unas de sus características es la «permanencia»<sup>107</sup>; no obstante, en el caso del Derecho Familiar, el mismo detenta constantes transformaciones, ya sea producto de específicas reformas legislativas o de interpretaciones progresivas que los tribunales aportan a la ciencia<sup>108</sup>.

<sup>106</sup> Concretamente, LEDESMA URIBE, José de Jesús: «Reseñas bibliográficas». En: *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. N.º 6. México D. F., 1974, p. 757, señala: «Es cierto que en lo sustancial poco se transforma el Derecho Civil, es cierto del mismo modo que la parte de este Derecho que menor inmutabilidad presenta es la relativa a las personas y a la familia en atención a que las normas que regulan jurídicamente estas materias, están fincadas en la concepción que el hombre va teniendo de sí mismo, misma que como sabemos ha cambiado, reflejando dichas mutaciones en la normación jurídica». LARENZ, Karl: *Derecho Civil. Parte general*. Editorial Revista de Derecho Privado. Trad. M. IZQUIERDO. Madrid, 1978, p. 80, al comentar el Derecho alemán expone: «El Código Civil ha obtenido una nueva configuración fundamental solamente en el ámbito del Derecho de Familia. Ello no ha de sorprender, pues en esta materia se han efectuado los más profundos cambios, tanto en la realidad social como en la convicción general».

<sup>107</sup> Vid. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*. Editorial RVLJ. Caracas, 2017, p. 17. MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *Curso de Obligaciones Derecho Civil III*. T. I. 11.ª, UCAB. Caracas, 1999, p. 6; OCHOA GÓMEZ, Oscar: «Preámbulo a la teoría general de las obligaciones». En: *Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. I. de VALERA, coord. Caracas, 2007, p. 11; ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Derecho Civil español*. Vol. III (Contratos y Obligaciones). Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1961, p. 4.

<sup>108</sup> Así, PRINZ VON SACHSEN GESSAPHE, Karl August: «Nuevas tendencias en el Derecho Civil de la República Federal de Alemania». En: *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. N.º 20. México D. F., 1990, p. 573, afirma «Aunque haya habido 90 reformas del BGB, éste aún conserva en gran parte su texto original, con excepción del cuarto libro sobre la familia (...) a esta identidad en el texto, no corresponde una identidad en la interpretación del mismo. Aquí nos encontramos ante una de las más notables peculiaridades en la evolución del Derecho Civil alemán: la reformación de su contenido no se debe exclusivamente a la actuación del legislador sino que, en parte igual, a la interpretación dinámica realizada por la jurisprudencia y dogmática (...) La jurisprudencia alemana, ya no se limita al simple proceso de subsunción –interpretación estática–.

En ese contexto, y ponderando la globalización como fenómeno mundial que afecta al Derecho, se aprecia con mediana claridad que el Derecho de Familia es el área del Derecho Civil que más está influida por dicha universalización. Concretamente, se puede sistematizar de sus institutos determinados aspectos que representan avances o prospectivas novedosas, con defensores y detractores, que requieren ser tomadas en cuenta, porque puede que para allá se dirija la sociedad como un todo orgánico; a título ilustrativo se pueden enunciar como tendencias las siguientes:

### *5.1. La protección extendida a las nuevas estructuras familiares*

La constatación de la realidad familiar ha permitido intuir que existe la necesidad de proteger a los núcleos familiares donde no concurre la figura del matrimonio o de las uniones estables de hecho. En estos supuestos algunas legislaciones con mayor intervención han establecido determinadas reglas, aunque segmentadas e inconsistente entre sí, que implican beneficios y ventajas para el sostén de la familia. Cabalmente, se hace referencia a los núcleos familiares «monoparentales o unipaternales», poniéndose énfasis cuando dicho grupo es numeroso. También, han adquirido especial relevancia la familia «ampliada», es decir, aquellas que están conformadas por la pareja y la respectiva descendencia, la cual puede provenir de relaciones anteriores y de hijos comunes a ambos cónyuges o unidos<sup>109</sup>.

---

En la interpretación de la ley, el juez, sin duda, debe partir de los términos utilizados por la norma en cuestión. Pero además, debe buscar los valores y principios rectores de la misma, teniendo en cuenta las necesidades que se plantean en la realidad social y en el caso concreto –interpretación dinámica–.

<sup>109</sup> Al respecto GRISOLÍA GONZÁLEZ: art. cit. («Organización y estructura...»), p. 93, indica: «Estas familias pluriparentales o familias reconstituidas, recompuestas o ensambladas como también se les ha llamado, son las formadas por los nuevos emparejamientos de los padres. Son familias en las cuales uno o ambos miembros tienen uno o varios hijos de uniones anteriores. Bajo esta denominación entran las segundas nupcias de parejas de viudos y viudas, de divorciados o de madres solteras. El mayor número de familias recompuestas lo integran los divorciados con hijos que vuelven a contraer matrimonio, o simplemente a tener una nueva pareja. De esta manera los hijos tienen dos familias recompuestas, una en la que conviven permanentemente, y otra, a la que van de visita varias veces al mes».

Que decir de la «familia homoparental», es decir, de aquella conformada por parejas del mismo género y la descendencia producto de la adopción, técnicas de reproducción humana o maternidad subrogada<sup>110</sup>.

Las anteriores realidades estuvieron ausentes por larga data de la legislación patria; sin embargo, el panorama comienza a modificarse, apreciándose mayor recepción en el Derecho venezolano. Específicamente, conviene comentar que el renacer de esta perspectiva se desprende del mismo texto constitucional que en su artículo 75 expresa: «El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia»<sup>111</sup>.

Pues bien, con el objeto de desarrollar la anterior disposición a nivel legislativo, y siguiendo el espíritu de garantizar una igualdad real y efectiva, adoptando para ello medidas legislativas a favor de los grupos vulnerables (artículo 21.2 de la Constitución), la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad (artículo 4) regula tímidamente determinados aspectos, relacionados a subvenciones sociales donde estas familias pudieran incluirse para obtener beneficios que redunden en un mejoramiento sustancial de su calidad de vida<sup>112</sup>.

Otros textos legislativos, que siguen la línea anterior, están representados por la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, la cual, en los artículos 17, 18.11 y 64.3, hace referencia a asignaciones por cargas derivadas de la vida familiar –sistema que se encuentra en pendencia hasta tanto se legisle sobre la «Ley del Régimen Prestacional de Pensiones y otras Asignaciones Económicas» (artículo 68)—<sup>113</sup>. Por su parte, el Decreto-Ley

---

<sup>110</sup> Este punto se abordará *infra* en el capítulo VIII, pp. 361 y ss., al momento de comentar una sentencia de la Sala Constitucional.

<sup>111</sup> En concordancia con el artículo 5 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

<sup>112</sup> Vid. VARELA CÁCERES: ob. cit. (*Comentarios y reparos...*), *passim*.

<sup>113</sup> Léase en este sentido la Ley de Servicios Sociales, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 38 270, del 12-09-05, que en el artículo 30.6, hace

de Crédito para el Sector Agrario<sup>114</sup> señala en su artículo 13 un sistema preferencial en la cartera crediticia para «mujeres que tengan bajo su responsabilidad el sustento del hogar». En el mismo sentido, se pronuncia el Decreto-Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat<sup>115</sup>, el cual en su artículo 56.5, otorga preferencias a «mujeres solas o los hombres solos, que ejerzan la jefatura familiar», o en su artículo 57.2, que se refiere a prioridades para los beneficios del régimen a personas con un «grupo familiar» numeroso<sup>116</sup>.

En lo referente a las familias ampliadas, no se observan disposiciones que directamente las regulen, mas se cree que, a través de la institución de la adopción del hijo del cónyuge por el otro cónyuge, se establecen determinados eximentes que en cierta forma permiten coadyuvar al éxito de la

---

mención a la protección prioritaria para el «jefe o jefa de familia en estado de necesidad y con personas bajo su dependencia» y el artículo 42 determina el monto de la asignación económica para «familias en situación de desprotección».

<sup>114</sup> Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 5890 extraordinario, del 31-07-08.

<sup>115</sup> Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 5889 extraordinario, del 31-07-08. Véase la Resolución N.º 110 del Ministerio para Hábitat y Vivienda, *Gaceta Oficial* N.º 41 267, del 30-10-17, que establece un «subsidio directo habitacional» como complemento del crédito a las familias (artículo 8).

<sup>116</sup> Las anteriores disposiciones siguen una línea de pensamiento originada en textos legales del siglo pasado, como *verbi gratia*: la Ley de Reforma Parcial del Banco Obrero de 1961 en su artículo 11.10, al indicar preferencias para «los que tengan mayor número de familiares a su cargo», o la Ley de Reforma Agraria de 1960, que en su artículo 63, establecía beneficios para la dotación de parcelas, para las cuales «se tendrá en consideración el número de personas dependientes del beneficiario que integran la familia» (ver ahora Ley de Tierras y Desarrollo Agrario artículos 14, 62.2 y 63.5). Por otra parte, en materia fiscal la Ley de Impuesto Sobre la Renta (artículo 61) reconoce beneficios tributarios cuando se posee cargas familiares, permitiendo según ciertos requisitos restar de la declaración del impuesto diez unidades tributarias, por cada carga familiar, a través de la figura de las «rebajas». La Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras determina tomar medidas para proteger la maternidad, paternidad y la familia (artículo 21), así como «políticas tendientes a mejorar las condiciones de las familias» (artículo 97).

institución, que viene a ser la incorporación del niño o adolescente a la nueva familia (artículos 410 y 412 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes). Se aprecia entonces un privilegio que busca garantizar que el adoptado se integre de manera más armónica a la familia formada por el progenitor y su pareja adoptante<sup>117</sup>. Por otra parte, en aquellos supuestos donde un niño se ha incorporado a una de estas familias ampliadas y, posteriormente, la relación de pareja ha terminado, el padrastro o madrastra puede solicitar un régimen de «convivencia familiar», en atención a que entre él y el niño existe un vínculo afectivo familiar digno de tutela (artículo 388 *eiusdem*).

Por último, en legislaciones foráneas se han establecidos beneficios sociales para este tipo de familias, comprendiéndose que las mismas están mayormente expuestas a desequilibrios económicos que afectan negativamente la posibilidad del progreso familiar; en este orden, las ayudas abarcan «un trato favorable a las familias numerosas en el acceso al mercado laboral, vivienda, crédito y actividades de ocio y culturales». Concretamente, se comenta en el Derecho español la Ley 40/2003 de protección a las familias numerosas, la cual señala en su artículo 1.2: «Los beneficios establecidos al amparo de esta Ley tienen como finalidad primordial contribuir a promover las condiciones para que la igualdad de los miembros de las familias numerosas sea real y efectiva en el acceso y disfrute de los bienes económicos, sociales y culturales».

Como colofón, se puede indicar que esta tendencia ha obtenido cierta acogida en el ordenamiento venezolano, aunque es claro que se carece de una regulación uniforme que sistematice las distintas realidades y las envuelva en un manto de protección coherente para las distintas áreas. Hasta ahora se visualiza un tratamiento parcelado que contradice el establecimiento de una política pública seria a favor de estos grupos familiares, principalmente por

---

<sup>117</sup> *Vid.* el «descanso por adopción» regulado en el artículo 340 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. *Vid.* VARELA CÁCERES: ob. cit. (*Comentarios y reparos...*), *passim*.

no existir un concepto claro sobre las estructuras familiares que se quieren proteger: monoparentales, ensambladas o reestructuradas, parejas con descendencia numerosas u otras.

### 5.2. *Las uniones de parejas homosexuales*

Como se indicó *supra*, las relaciones afectivas entre personas de homólogo sexo no están reguladas expresamente por nuestro Derecho de Familia; no obstante, ello no quiere decir que el ordenamiento jurídico en general no les otorgue determinadas garantías en definidos campos donde pueden verse afectadas dichas relaciones. Por lo demás, se debe advertir que el tema debe ser matizado según las reivindicaciones que demandan los grupos pro derechos de la comunidad LGBT –lesbianas, gais, bisexuales y transexuales–, lo anterior que ha ocasionado que el asunto se mantenga en la palestra, muestra de ello es el fallo de la Sala Constitucional<sup>118</sup>, que decidió un recurso de interpretación donde se planteó por los solicitantes «la posible colisión entre los preceptos que recogen los artículos 21.1, y 77 de la Constitución desde la perspectiva del principio de la no discriminación por orientación sexual, en el sentido de que el artículo 77 constitucional equipara las uniones de hecho entre hombre y mujer al matrimonio, y no así las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, lo que implicaría un tratamiento discriminatorio». Al respecto, la sentencia confirmó el precedente relativo al derecho a la igualdad, según el cual:

... no todo trato desigual es discriminatorio, solo lo será el que no esté basado en causas objetivas y razonables, pero el legislador puede introducir diferencias de trato cuando no sean arbitrarias, esto es, cuando estén justificadas por la situación real de los individuos o grupos, es por ello, que el derecho a la igualdad solo se viola cuando se trata desigualmente a los

---

<sup>118</sup> Vid. TSJ/SC, sent. N.º 190, del 28-02-08. Igualmente: *Revista de Derecho*. N.º 27. TSJ. Caracas, 2008, *passim*. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Breves consideraciones jurídicas sobre las uniones homosexuales en el marco de la Constitución venezolana». En: *Revista Cuestiones Jurídicas*. Vol. VII, N.º 1. Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, 2013, pp. 11-40; de la misma autora: art. cit. («La unión de hecho...»), pp. 374 y ss.; ob. cit. (*Manual de Derecho de Familia*), pp. 472 y ss.

iguales, en consecuencia, lo constitucionalmente prohibido es el trato desigual frente a situaciones idénticas.

Así concluye la Sala Constitucional que «con fundamento en el artículo 21 de la Constitución, un individuo no puede ser discriminado en razón de su orientación sexual, cuando tal condición implique colocarlo en un plano de desigualdad respecto de aquellos aspectos en los que, por su condición de ser humano, es igual frente al resto de los individuos de la colectividad».

Ahora, en lo que respecta al supuesto choque entre los mandatos contenidos en los artículos 21 y 77 de la Constitución, que es el tema que aquí interesa dilucidar, la decisión comienza por ratificar el fallo N.º 1682/2005 de dicha Sala, comentado *supra*, y donde queda recalcado que el artículo 77 en referencia hace alusión a una relación de hecho donde exista diversidad de sexo, y dicha exigencia resulta de la «claridad» del precepto que «no permite a esta Sala una interpretación distinta de la que imponen los métodos de interpretación literal y teleológica y que no implica, en su criterio, colisión alguna con el artículo 21 de la Constitución», lo cual resulta de aplicar el aforismo *in claris non est interpretatio* que, en palabras de LATORRE, aduce a que «cuando el sentido de la norma es claro no debe intentarse modificarlo por medio de un razonamiento forzado»<sup>119</sup>.

Entonces, para la Sala Constitucional «la equiparación de las uniones estables entre un hombre y una mujer a los matrimonios entre un hombre y una mujer, busca, como se dijo, igualar jurídicamente dos situaciones sustancialmente similares aunque formalmente distintas». Por lo anterior:

... la extensión o aplicación analógica de los efectos de una institución jurídica como es el matrimonio, a otra como es la unión estable o el concubinato, requiere evidentemente que esta última cumpla con los mismos requisitos sustanciales –que no formales– de aquél. En consecuencia, si el constituyente de 1999 optó por proteger al matrimonio monogámico

---

<sup>119</sup> LATORRE: ob. cit. (*Introducción al Derecho*), p. 77.

entre un hombre y una mujer –como núcleo esencial que da origen a la familia, en el contexto histórico y cultural venezolano– la extensión de sus efectos a las uniones de hecho –que histórica y sociológicamente también ha sido «núcleo esencial que da origen a la familia»– debe exigir, al menos, que estas últimas cumplan con los mismos requisitos esenciales, esto es, que se trate de uniones estables y monogámicas entre un hombre y una mujer, que éstos no tengan impedimento para casarse, tal como dispuso esta Sala en su fallo 1682/2005 que antes se citó, y, se insiste en esta oportunidad, que se trate de una unión que se funde en el libre consentimiento de las partes. En consecuencia, mal podría pretenderse la equiparación de uniones estables entre personas de un mismo sexo respecto del matrimonio entre un hombre y una mujer, cuando la Constitución no incluyó al matrimonio entre personas del mismo sexo en los términos del artículo 77 de su texto.

Por último, el fallo expone que lo anterior no implica una censura que prohíba o condene dichas relaciones fácticas, ya que las mismas reciben cierta «cobertura constitucional en el derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad; simplemente no les otorga protección reforzada, lo cual no constituye un acto discriminatorio en razón de la orientación sexual de la persona, como se explicó», y declara en consecuencia:

De hecho, el disfrute de los derechos sociales y, especialmente, de los económicos, es perfectamente posible en el caso de uniones entre personas del mismo sexo, no a través de la comunidad concubinaria, la cual no se generaría porque aquéllas no cumplen con los requisitos para ello, pero sí a través de una comunidad ordinaria de bienes, en los términos en que la legislación civil lo permite, siempre que no haya fraude a la ley y dentro de los límites que impone el orden público –por ejemplo, que no se burle con la comunidad ordinaria entre una persona casada y otra distinta de su cónyuge, la comunidad de gananciales entre esposos–. Lo mismo sucede con otras uniones de hecho que no alcanzan los requisitos legales para que sean consideradas concubinatos como (...) en el supuesto de uniones de hecho en las que uno de los conformantes de la



pareja esté casado –uniones de hecho «adulterinas»–, caso en el cual esa unión se ve impedida de ser calificada como una relación concubinaria y, por tanto, no es equiparable al matrimonio.

Por otra parte, conviene indicar que en la sentencia aludida la magistrada ZULETA DE MERCHÁN salva su voto, y entre sus varios argumentos señala: «... la legislación comparada da cuenta de una diversidad de instrumentos jurídicos que permiten a las personas del mismo sexo ejercer su derecho de fundar una familia por medio de distintos grados de compromisos sin que se desconozca la protección legal a que tienen derecho»<sup>120</sup>.

Pareciera que junto al aspecto constitucional ya comentado se une un elemento cultural, que pareciera representar la mayor limitante para una regulación de las uniones homosexuales; lo anterior, en parte, en razón de que los pueblos requieren prepararse para cambios significativos como podría ser este. Así, ponderando el caso del Derecho español, observamos que, si bien a través de la Ley 13/2005 se estableció el derecho a contraer matrimonio

---

<sup>120</sup> Vid. FERNÁNDEZ CABRERA, Sacha Rohán: «Posibilidad del matrimonio igualitario en Venezuela». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 14. Caracas del 2020, pp. 66 y ss., quien además de exponer los argumentos a favor y en contra de matrimonio entre personas del mismo sexo señala los países que lo permiten: Alemania (2017), Argentina (2010), Australia (2017), Austria (2019), Bélgica (2003), Brasil (2012), Canadá (2005), Colombia (2016), Costa Rica (2020), Dinamarca (2012), España (2005), Estados Unidos de Norte América (desde 2015 en toda la Federación), Finlandia (2017), Francia (2013), Irlanda (2015), Islandia (2010), Luxemburgo (2015), Malta (2017), México (2009), Noruega (2009), Nueva Zelandia (2013), Países Bajos (2001), Portugal (2010), Puerto Rico (2015), Reino Unido (2017), Sudáfrica (2005), Suecia (2009) y Uruguay (2013). En los países que integran la Comunidad Europea se observa que el ente *supra* nacional a través de sus directivas o resoluciones ordenan a los Estados miembros a regular determinadas materias de manera uniforme. Cfr. MEDINA, Graciela: *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires, 2001, p. 21; LAGEYRE y SÁNCHEZ PÉREZ: art. cit. («Las uniones matrimoniales...»), p. 292; SERRANO, Eduardo: «El matrimonio en el Derecho español». En: *XIV Congreso Internacional de Derecho de Familia*. Disco compacto N.ºs I y II de la Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico. San Juan, 2007, p. 475.

a las parejas del mismo sexo, ello tuvo un importante antecedente que fue la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, la que al permitir la subrogación del contrato de arrendamiento de vivienda a las parejas de hecho heterosexuales y homosexuales representó un avance que permitió, pasada una década, la sanción de la ley sobre matrimonios antes aludida, al igual que las regulaciones autonómicas representaron un antecedente fundamental para comprender cómo fue calando el sistema matrimonial vigente en dicho país<sup>121</sup>.

En otras palabras, un cambio legislativo en esta materia, que sea proclive al reconocimiento de los matrimonios y uniones estables de hecho entre parejas del mismo sexo requiere de formación ciudadana en temas de inclusión, respeto y promoción de los derechos humanos sobre la cual todavía se ciernen en algunos casos ideas atávicas; así, por ejemplo, muchos se muestran contrarios a la adopción por parejas de mismo sexo creyendo en su imaginario que el hijo adoptado podría resultar homosexual por ese hecho, lo cual es un verdadero disparate, pues la conducta sexual no depende de la orientación de los progenitores.

Por último, debemos indicar que, aunque formalmente los solicitantes no obtuvieron una decisión favorable a sus pretensiones, por los obstáculos constitucionales anotados, sí consiguieron un reconocimiento de su condición, lo cual representa un impulso para exigir otras reivindicaciones. Al respecto, Medina indica lo siguiente:

---

<sup>121</sup> *Vid.* ANGUITA RÍOS: art. cit. («La vivienda en la pareja...»), p. 17. La misma Exposición de motivos de la Ley 13/2005 resalta que su fundamento surge de un contexto real donde se desenvuelve la sociedad española y la Comunidad Europea en general, así determina que «... en forma alguna cabe al legislador ignorar lo evidente: que la sociedad evoluciona en el modo de conformar y reconocer los diversos modelos de convivencia, y que, por ello, el legislador puede, incluso debe, actuar en consecuencia, y evitar toda quiebra entre el Derecho y los valores de la sociedad cuyas relaciones ha de regular. En este sentido, no cabe duda de que la realidad social española de nuestro tiempo deviene mucho más rica, plural y dinámica que la sociedad en que surge el Código Civil de 1889. La convivencia como pareja entre personas del mismo sexo basada en la afectividad ha sido objeto de reconocimiento y aceptación social creciente, y ha superado arraigados prejuicios y estigmatizaciones».

Las parejas del mismo sexo son una realidad innegable que presenta problemas jurídicos, tanto en el Derecho público como en el Derecho privado. En el primero, los componentes de la unión homosexual pretenden que se los equipare a los cónyuges a los fines de la tributación impositiva y fiscal, que se les otorgue igual trato en lo referente a la seguridad social y en especial al régimen de pensiones y jubilaciones. En el ámbito laboral, reclaman iguales ventajas que las parejas heterosexuales en cuanto a licencias, accidentes de trabajo y demás reconocimientos laborales, como subsidios o premios especiales. En el Derecho privado, los planteos de la equiparación se suscitan en los efectos que la unión produce entre sus componentes y entre éstos y terceros. Frente a terceros, pretenden indemnizaciones por muerte del compañero, prórroga y continuación de las locaciones por muerte del conviviente locador, derecho a la adopción y a las técnicas de fecundación asistida similar a las parejas de diferente sexo. Entre los componentes de la unión homosexual se plantea el problema de los alimentos que ambos se deben, de las contribuciones al sostenimiento del hogar común, el régimen de bienes durante la unión y en especial a su finalización, la ruptura por la disolución intempestiva de la unión homosexual, las pensiones compensatorias por los desajustes económicos que produce la terminación de la pareja, el mantenimiento en el hogar común y la transmisión de derechos para después de la muerte. Las parejas homosexuales no se conforman con la tolerancia; pretenden la equiparación al estatuto que gozan las personas casadas, y en su defecto, al que tienen los miembros de las uniones de hecho estables heterosexuales<sup>122</sup>.

### 5.3. *El transexualismo y su influencia en las instituciones familiares*

El transexualismo, a diferencia de la orientación sexual, representa un trastorno de identidad que afecta la personalidad del sujeto afligido<sup>123</sup>.

---

<sup>122</sup> MEDINA: ob. cit. (*Los homosexuales y el derecho...*), p. 8.

<sup>123</sup> BARBA ÁLVAREZ, Rogelio: «Cambio de sexo y sistema jurídico». En: *Letras Jurídicas*, N.º 2. Universidad de Guadalajara. Guadalajara, 2006, p. 2, «El síndrome transexual se caracteriza por sentimiento de pertenencia al otro sexo, pese a su constitución física inequívoca, lo que lleva a una situación de aborrecimiento hacia sus atributos, de tal modo que se estima que la única solución para evitar el conflicto

Ante dicha situación psíquica, algunos ordenamientos foráneos han regulado la forma cómo estas personas pueden modificar su cuerpo –órganos sexuales externos y apariencia– para adecuarlo a la identidad psicológica, lo cual desde una perspectiva estrictamente jurídica afecta a los documentos identificatorios, al requerir estos últimos una información acorde al cambio efectuado –nombre propio y sexo–<sup>124</sup>; por otra parte, es evidente que el ajuste de identidad sexual provocará determinadas repercusiones en las instituciones familiares, que es necesario ponderar a la hora de diseñar una salida apropiada para la anterior problemática.

Superado los prejuicios que, lamentablemente, acompañan este tema, conviene efectuar un planteamiento jurídico sobre la situación expuesta. Así ante la certeza de que en determinados países se efectúan operaciones quirúrgicas de «cambio de sexo» según los protocolos médicos pertinentes, mediante las cuales se modifica exteriormente el órgano sexual y con tal fin la

---

sociológico del interesado es acudir a la operación de cirugía transexual, la cual, completada con un tratamiento hormonal oportuno, da por resultado una aproximación casi total a los caracteres físicos propios del nuevo sexo al que se desea pertenecer». Para el 2018 la Organización Mundial de la Salud definirá en la Clasificación Internacional de Enfermedades la transexualidad como: «una incongruencia marcada y persistente entre el género experimentado del individuo y el sexo asignado, que a menudo conduce a un deseo de “transición” para vivir y ser aceptado como una persona del género experimentado a través del tratamiento hormonal, la cirugía u otras prestaciones sanitarias para alinear el cuerpo, tanto como se desee y en la medida de lo posible. El diagnóstico no puede asignarse antes del inicio de la pubertad. El comportamiento y las preferencias de género por sí solas no son una base para asignar el diagnóstico», *vid.* <http://culturacolectiva.com/transexualidad-incongruencia-de-genero-oms/>.

<sup>124</sup> Incluso actualmente en algunos países no se exige que se realice la intervención quirúrgica, *vid.* MATTIAS SARTORI CALDAS, Ellen Carina y DA FONSECA STEIN, Janaína Regis: «Transexualidad y el derecho a la identidad de género: el cambio de sexo y nombre en Brasil». En: *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género*. Universidad de Salamanca. R. GUZMÁN ORDAZ y M. C. GORJÓN BARRANCO, coords. Salamanca, 2019, pp. 338 y ss., «el Supremo Tribunal Federal en marzo de 2018, reconociendo la posibilidad de cambio de nombre y de sexo en Registro Civil sin necesidad de cirugía para resignación sexual».

apariciencia del sujeto, adecuando esta última a la identidad psíquica, es lucido entender que del procedimiento anterior se originará un conflicto cuando la persona sometida a la operación requiera la tutela al libre desarrollo de la personalidad y, en consecuencia, el reconocimiento de su sexo exterior.

Ante lo descrito, se ha evolucionado en Venezuela sutilmente en temas como adecuación de sexo y nombre en los documentos de identidad; principalmente la doctrina ha propuesto diversas alternativas que se ajustan al ordenamiento patrio, como, *verbi gratia*: la acción de *habeas data*<sup>125</sup>, la acción de rectificación del acta del estado civil<sup>126</sup>, una acción autónoma que se tramita por medio del procedimiento de rectificación administrativa<sup>127</sup>, entre otras<sup>128</sup>; siendo el caso, que en el presente ensayo conviene abundar

---

<sup>125</sup> HENRÍQUEZ MAIONICA, Giancarlo: «El *habeas data* y el derecho de la persona con trastorno de identidad de género a obtener documentos relativos a su identidad biológica». En: *Revista de Derecho Constitucional*. N.º 8. Editorial Sherwood. Caracas, 2003, p. 73, se pronuncian a favor del *habeas data*, como garantía que permita obtener la modificación del nombre y del sexo en los documentos de identidad para los individuos con trastornos de género o transexuales.

<sup>126</sup> SÁNCHEZ NOGUERA, Abdón: *Manual de procedimientos especiales*. Ediciones Paredes. Caracas, 2004, p. 466, parece acercarse a la posición que indica que el procedimiento regulado en el artículo 769 del Código de Procedimiento Civil, sería subsumible las pretensiones por cambios de sexo en el acta de estado civil. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil*. 3ª, TSJ. Caracas, 2010, p. 601, es de la opinión que se está ante una modificación de «fondo» y por ello debería tramitarse a través del procedimiento de rectificación judicial (artículo 149 de la Ley Orgánica de Registro Civil). *Cfr.* DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Instituciones fundamentales...*), p. 61; GÜITE ANDRADE, Tomás Enrique: *El procedimiento de rectificación de partidas y nuevos actos del estado civil*. UCV. Trabajo de grado de Especialista en Derecho Procesal. Caracas, 2011, pp. 44 y 45, «... dentro de los supuestos de procedencia que dan lugar al procedimiento de rectificación de partidas y nuevos actos del estado civil de las personas naturales, establecido en los artículos 768 al 774 del Código de Procedimiento Civil, se debe incluir el cambio de nombre por cambio de sexo de la persona –problemática jurídica de la transexualidad–».

<sup>127</sup> Esta es la opción que hemos defendido, *vid.* VARELA CÁCERES: ob. cit. (*El Registro del Estado...*), vol. I, pp. 137 y ss.

<sup>128</sup> *Vid.* DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Algunas sentencias que declaran el cambio de sexo». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*.

en las consecuencias jurídicas familiares que produciría un cambio legal del sexo por transexualismo.

No admitiéndose en Venezuela el matrimonio entre parejas del mismo sexo, según los argumentos antes expuestos, surge indudablemente una limitación en este aspecto para que los transexuales que se sometan con éxito a un cambio de sexo y obtengan en consecuencia un reconocimiento legal en sus documentos de identidad contraigan el vínculo, ya que se requerirá precisar qué criterio emplear para evaluar el requisito de la diversidad de sexo; el genético o el externo, con el agravante de que el incumplimiento de dicho requerimiento podría producir la nulidad del vínculo por error en la identidad si ocurre la modificación antes de la celebración del nexo y el consorte desconoce este aspecto<sup>129</sup>.

Así, es oportuno afirmar que, aunque se logre una modificación del sexo externo, ello no afecta el sexo cromosómico y los órganos sexuales internos; por otra parte, de existir un reconocimiento legal de la transformación, la misma debería permitir que ella se extienda a todas las relaciones jurídicas eventuales que con la nueva identidad se pretenda contraer, y entre ella destaca el derecho a celebrar matrimonio. La problemática no se restringe a este aspecto, surgiendo la interrogante para el caso que el sometido a la operación se encuentre casado o sea padre o madre, ya que en tal caso al modificar su sexo se afectarían dichas relaciones ya consolidadas. En todo caso, hoy en día no se observarían problemas con la filiación en razón de que la Sala Constitucional ya ha admitido la posibilidad de que una persona tenga dos madres, lo que identifica como «familia homoparental»<sup>130</sup>.

---

N.º 130. UCV. Caracas, 2007, pp. 54 y ss., quien aclara que en los casos de transexuales la problemática sobrepasa a un cambio de nombre y que afecta el disfrutar de una verdadera «identidad personal».

<sup>129</sup> Vid. FERNÁNDEZ CABRERA: art. cit. («Posibilidad del matrimonio...»), p. 76, donde indica además que en caso de que la modificación del sexo ocurra después de celebrado el matrimonio lo precedente sería el divorcio.

<sup>130</sup> Vid. *infra* capítulo VIII, pp. 361 y ss.

Volviendo al Derecho español, se aprecia que la Ley 3/2007, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, determina los requisitos para proceder a la modificación propuesta, entre los que destacan que a la persona «le ha sido diagnosticada disforia de género», «Que ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado», no siendo indispensable que «el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual». En lo que se refiere a los efectos, la Ley 3/2007 en su artículo 5 señala que «La rectificación registral permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición» y «no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral».

Para cerrar estos comentarios referido al Derecho español, debemos recordar que al no existir limitaciones para que las parejas del mismo sexo contraigan matrimonio, a tenor de la Ley 13/2005 que modifica el Código Civil, no se hallan, en principio, obstáculos para que las personas que sufren de transexualismo celebren matrimonio<sup>131</sup>, e incluso adopten de forma conjunta las parejas de un mismo sexo, o se establezca la filiación de un niño sobre dos personas con igual sexo, como lo reconoce expresamente la Ley 3/2007, al señalar que cuando se recurra a técnicas de reproducción asistida por mujer casada con otra mujer, siempre que esta última declare ante el funcionario del Registro Civil que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido. En fin, en el país ibérico la tendencia se dirige es a reducir la discriminación a que pueden ser objeto dichas personas.

---

<sup>131</sup> Se dice, en principio, porque queda latente la hipótesis que uno de los contrayentes desconozca la condición de transexual de su consorte y una vez enterado solicite la nulidad por «error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento», todo según el artículo 73.4 del Código Civil español.

En lo que respecta a otras legislaciones, ESPÍN CÁNOVAS<sup>132</sup> elabora una oportuna sinopsis de algunas legislaciones europeas que han reconocido la posibilidad del cambio de nombre y sexo en sus ordenamientos para los transexuales, e inclusive algunos que «autorizan a contraer matrimonio conforme al nuevo sexo atribuido».

Por último, en el caso venezolano, pudiera ocurrir la suerte de otras legislaciones que no tienen legislación al respecto y que sea la jurisprudencia la que delimite la procedencia, primero, del reconocimiento del cambio de sexo y nombre por transexualismo, y después los efectos que dicha modificación generará sobre todo, con respecto al matrimonio y la unión estable de hecho, lo cual, por demás, no está muy lejano si se recuerda que actualmente existe un recurso de amparo en trámite ante la Sala Constitucional –introducido en mayo de 2004–, que puede dilucidar la problemática aludida. En fin, siguiendo a ESPÍN CÁNOVAS, parece obligante decidirse por el sexo legal reasignado al transexual; así, para esclarecer «la controvertida capacidad matrimonial, aun siendo cierta la argumentación jurisprudencial de la permanencia del sexo biológico, hay que optar por el sexo “legal” que judicialmente le ha sido atribuido», pues «si se reconoce un cambio de sexo “legal”, no es congruente negar al mismo tiempo el *ius connubii*, siempre que se den los requisitos del matrimonio como es el consentimiento no viciado por error u otros obstáculos»<sup>133</sup>.

#### 5.4. *El divorcio libre*

La evolución de la legislación referente a un tema como el divorcio ha evidenciado que dos son los enfoques que sobre el mismo se puede plantear; así, en un inicio el divorcio emerge como un castigo para el cónyuge que cometía una falta grave en los derechos personales surgidos del vínculo,

---

<sup>132</sup> ESPÍN CÁNOVAS, Diego: «Los derechos fundamentales de igualdad e identidad en la familia y la identidad del transexual». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N.º 126. UCV. Caracas, 2006, p. 151.

<sup>133</sup> *Ibíd.*, p. 164. *Cfr.* FERNÁNDEZ CABRERA: art. cit. («Posibilidad del matrimonio...»), p. 66.



quedando así el culpable expuesto a ser sometido a un procedimiento que determinaba disuelto el nexo matrimonial<sup>134</sup>.

Luego, la doctrina principalmente observó que la tesis anterior implicaba colocar a una de las partes en situación de desigualdad, ya que una de ellas, al cometer la falta que justifica la causal, quedaba expuesta a que la otra utilizara potestativamente la acción respectiva para obtener la desvinculación, lo que en la práctica lo colocaba en una condición de poder. Pero, al margen de lo señalado, lo más grave de la situación es la desnaturalización del vínculo cuando sencillamente entre los cónyuges no existe el afecto, respeto, igualdad y socorro, que son los presupuestos que justifican el nexo, originándose en consecuencia que la relación se deteriore a tal grado que comience a afectar otras instituciones igualmente dignas de protección, como las relaciones paterno-filiales.

Ante el panorama descrito, algunos países han establecido una flexibilización de su normativa, ampliando las causales para la disolución o permitiendo el mutuo o unilateral consentimiento como supuesto para su procedencia, pregonando que el divorcio en determinados casos más que un castigo es una solución para la crisis familiar y que el mismo se convierte en un mecanismo para solventar o superar dicho escollo.

Al respecto, LARENZ afirma: «La evolución de la normativa sobre el divorcio está caracterizada por un progresivo apartamiento de la idea de culpabilidad en que se basaba originalmente la regulación del Código Civil, y por una orientación hacia el principio que fundamenta el divorcio a causa de la disolución objetiva del matrimonio»<sup>135</sup>. Por su parte, MONSALVE CABALLERO ha señalado:

---

<sup>134</sup> Definido por BAQUEIRO ROJAS: ob. cit. (*Diccionario HARLA...*), p. 38, como el divorcio causal o sanción «en que el culpable ha faltado a algunos de los deberes conyugales y la sanción a su conducta ilícita es el divorcio, correspondiendo al que no ha dado causa del mismo la acción, que es libre de ejercitar, perdonar la falta o dejar prescribir su derecho».

<sup>135</sup> LARENZ: ob. cit. (*Derecho Civil...*), p. 82.

En la mayoría de las normativas de los Códigos Civiles latinos en orden a la separación responden a un sistema basado en la culpa, lo que supone que el legislador configura los efectos de la separación como un medio para sancionar al culpable, obligando a éste a tener que soportar la mayoría de las obligaciones pecuniarias y personales que conllevaban la ruptura, como era el caso del pago de las cuotas alimentarias, pensiones compensatorias y pérdida de la custodia de los menores, entre otras. Este sistema fue el que imperó en España sin embargo, tras la reforma introducida por la Ley de 7 de julio de 1981, la culpabilidad ya no es un factor esencial a tener en cuenta, existiendo junto a un sistema de separación no culpable o separación remedio (...) Hoy día se presenta el divorcio como una institución prácticamente necesaria, cuando desaparecen los intereses o fines que llevaron a los cónyuges a celebrar el acto, haciendo la vida común intolerante, y por tanto la mayoría de la legislación occidental permite desujetar el vínculo que en otrora unió a dos seres dándoles, total libertad para rehacer sus vidas<sup>136</sup>.

En el caso venezolano se aprecia claramente que la teoría sostenida por el legislador ha sido la del divorcio-sanción; mas independientemente de dicha posición hay que exponer que la jurisprudencia se ha decantado por una admisión en determinados asuntos de la tesis divorcio-solución, lo cual en definitiva exhorta a revisar la pertinencia de la legislación actual. Concretamente, la Sala de Casación Social determinó lo siguiente:

El antiguo divorcio-sanción, que tiene sus orígenes en el Código Napoleón ha dado paso en la interpretación, a la concepción del divorcio como solución, que no necesariamente es el resultado de la culpa del cónyuge demandado, sino que constituye un remedio que da el Estado a una situación que de mantenerse, resulta perjudicial para los cónyuges, los hijos y la sociedad en general (...) cumpliendo con el deber de hacer justicia efectiva, el Estado debe disolver el vínculo conyugal cuando demostrada

---

<sup>136</sup> MONSALVE CABALLERO, Vladimir: «Hacia la contractualización del vínculo matrimonial». En: *Universitas*. N.º 110. Bogotá, 2005, pp. 396-400.

la existencia de una causal de divorcio, se haga evidente la ruptura del lazo matrimonial. No debe ser el matrimonio un vínculo que ate a los ciudadanos en represalia por su conducta, sino por el común afecto; por tanto, las razones que haya podido tener un cónyuge para proferir injurias contra el otro, solo demuestran lo hondo de la ruptura y la imposibilidad de una futura vida común. En estas circunstancias, en protección de los hijos y de ambos cónyuges, la única solución posible es el divorcio<sup>137</sup>.

En el Derecho comparado, tenemos varios casos donde se han simplificado las hipótesis para ejercer la acción de divorcio. Así, el Código de Familia de Cuba se regula, en el artículo 51, el divorcio por mutuo acuerdo sin requerir causal alguna, así también procede la desvinculación cuando el tribunal verifique la existencia de «causas de las que resulte que el matrimonio ha perdido su sentido para los esposos y para los hijos, y con ello también para la sociedad». Sobre este último supuesto, el artículo 52 señala «que el matrimonio pierde su sentido para los cónyuges y para los hijos, y con ello también para la sociedad, cuando existan causas que hayan creado una situación objetiva en la que el matrimonio haya dejado de ser o ya no pueda ser en el futuro la unión de un hombre y una mujer en que de modo adecuado se puedan ejercer los derechos, cumplir las obligaciones y lograrse los fines» establecidos en la ley.

Una posición más extrema se aprecia en el Derecho español, el cual a través de la Ley 15/2005 que reforma parcialmente el Código Civil, regula el «divorcio libre», es decir, la desvinculación sin necesidad que los consortes invoquen alguna causal que lo justifique, propiamente señala el nuevo artículo 86 lo siguiente: «Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81»; esta última indica:

---

<sup>137</sup> TSJ/SCS, sent. N.º 192, del 26-07-01.

Artículo 81.- Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio: 1. A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código. 2. A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio. A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación<sup>138</sup>.

En definitiva, podemos perfectamente constatar que los tribunales, partiendo del precedente que sienta la Sala de Casación Social –y de otros que se comentarán *infra*–, aplican actualmente la tesis del divorcio-solución, donde además –como se observará– ya no se requiere demostrar la existencia de una causal de las establecidas en el artículo 185 del Código Civil, pues, alegándose el desafecto o incompatibilidad de caracteres o el mutuo acuerdo es suficiente para decretar el divorcio, y con ello disminuir la fisura que separa a los cónyuges y que aflige a los hijos y a la demás parentela<sup>139</sup>.

---

<sup>138</sup> La Exposición de motivos de la Ley de reforma sintetiza la novedad incorporada en el Código Civil, señalando que «basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos personales. Para la interposición de la demanda, en este caso, solo se requiere que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, salvo que el interés de los hijos o del cónyuge demandante justifique la suspensión o disolución de la convivencia con antelación, y que en ella se haga solicitud y propuesta de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación». En palabras de SERRANO: art. cit. («El matrimonio en el Derecho...»), p. 480, «El principio general del que la Ley parte es el de facilitar la disolución del vínculo matrimonial, siendo suficiente con la voluntad de uno de los cónyuges para poner fin al matrimonio».

<sup>139</sup> *Vid. infra* capítulo v, pp. 211 y ss.; INNECCO DURÁN, María Fernanda: «Consideraciones sobre las sentencias N.º 446, 693, 1070 de la Sala Constitucional y la

### 5.5. *Las técnicas de reproducción humana asistida*

Un aspecto que ha conmocionado el Derecho de Familia lo representan las nuevas técnicas de reproducción humana y sus efectos colaterales; aquí se hace alusión a la fertilización *in vitro*, principal técnica de reproducción asistida con sus variables –homóloga y heteróloga–, así como a los vientres en alquiler o maternidad subrogada y el tratamiento jurídico de los embriones utilizados dentro de dichos procesos<sup>140</sup>. Las anteriores situaciones producen derivaciones vinculadas a la determinación de la filiación que exigen respuestas oportunas.

En el Derecho venezolano no existe una solución legal a los temas antes enunciados, salvo las sutiles referencias contenidas en el Código Civil (artículo 204); lo indicado en la Ley sobre Donación y Trasplantes de Órganos, Tejidos y Células en Seres Humanos, que excluye los componentes «ovarios, óvulos y esperma» de dicha normativa (artículo 1)<sup>141</sup>; el artículo 76

---

N.º 136 de la Sala de Casación Civil en el procedimiento de divorcio en materia de protección». En: *Revista de la Facultad de Derecho*. N.º 72. UCAB. Caracas, 2018, p. 2, comenta que las sentencias N.º 693 y 1070 de la «Sala Constitucional, establecen que las causales de divorcio son enunciativa y no taxativas, con lo cual se adopta la teoría del divorcio remedio como fundamento para el cambio que impera hoy en día. Y finalmente la Sala de Casación Civil en sentencia N.º 136 del 30 de marzo del 2017, amplía más las causales de divorcio al establecer la teoría del divorcio remedio como base legal para solicitar el divorcio, sin duda, todo esto hace que las normas establecidas en el Código Civil de 1982, queden prácticamente en desuso».

<sup>140</sup> Vid. BERNAD MAINAR: art. cit. («Las nuevas técnicas...»), pp. 160 y ss. (del mismo autor: *Efectos jurídicos de las nuevas técnicas de reproducción humana*. UCAB. Caracas, 2000, *passim*; «El Tribunal Constitucional español ante la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida». En: *Revista de la Facultad de Derecho*. N.º 57. UCAB. Caracas, 2002, pp. 353 y ss.); DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Gestación subrogada». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 1. Caracas, 2013, pp. 183-227 (también de la misma autora: «Breves notas sobre reproducción asistida y bioética en Venezuela». En: *La protección multinivel de los derechos fundamentales en Europa y en América Latina*. Edizioni Scientifiche Italiane. A. VIGLIANISI FERRARO, editor. Nápoles, 2018, pp. 191-204); MARTÍNEZ S., Henry J.: «Maternidad subrogada». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 10-I. Caracas, 2018, pp. 269-284.

<sup>141</sup> Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 39 808, del 25-11-11.

de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que hace referencia a la información y a los medios para la planificación familiar basada en principios ético-científicos; esta última disposición en concordancia con la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad (artículo 20)<sup>142</sup>.

Ante el anterior horizonte, nada esclarecedor, conviene revisar la jurisprudencia. Al respecto la Sala Constitucional<sup>143</sup>, ante un recurso de amparo, precisó en relación con la fecundación *post mortem*, que es el *tema desideratum*, lo siguiente:

Desde el punto de vista jurídico, esa fecundación *in vitro* homóloga no presenta problemas en la determinación de la filiación del hijo nacido por dicho método, toda vez que es utilizada por dos personas capaces y con su consentimiento, a diferencia de la heteróloga, en la cual se tiende a atribuir una paternidad distinta de la biológica, pues como ya se apuntó interviene un donante anónimo, y tendrá importancia el hecho de que la mujer esté soltera o casada; pues en este último supuesto la paternidad debe atribuírsele al marido y la filiación es matrimonial (artículo 204 del Código Civil), pero en el caso de la soltera el hijo tiene el carácter de extramatrimonial y, en principio nadie podrá ser legalmente su padre, salvo que lo haga por adopción.

A raíz de la anterior dificultad que observa la Sala en relación con la fecundación heteróloga—es decir, donde interviene un donante de gametos—efectuada sobre una mujer sin pareja, es que la doctrina señala que, a tenor del artículo 76 del texto constitucional, que se refiere al derecho de las parejas a decidir el número de hijos a concebir, el derecho allí contenido está limitado a las parejas, sean estas matrimoniales o no, pero donde exista la posibilidad real de garantizar al fruto de esa concepción que pueda ser criado por un padre y una madre que le brinden la protección que

<sup>142</sup> Vid. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Acerca del artículo 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela». En: *Libro homenaje al profesor Alfredo Arismendi A.* Ediciones Paredes-UCV. Caracas, 2008, pp. 317-344.

<sup>143</sup> TSJ/SC, sent. N.º 1456, de 27-07-06.

la Constitución le patrocina, y más cuando la sentencia aludida expone: «todo hijo tiene derecho a conocer a sus padres; derecho que no se limita a saber quién es, sino a obtener los efectos jurídicos de tal condición».

Por otra parte, la decisión comentada indica que en atención al artículo 204 del Código Civil y el vacío legal existente para los casos de inseminación *post mortem*, debe concluirse que para aquellos supuestos donde se utilice semen u ovarios de personas casadas o sin impedimento para el matrimonio y conste la voluntad expresa de los proveedores de la carga genética de realizar la inseminación homóloga después de fallecido, la misma es factible al no estar expresamente prohibida y requerirá como requisito previo «por razones de seguridad jurídica (...) una orden judicial al respecto, de manera que constatados esos extremos, se declare la filiación paterna del concebido en estas circunstancias y se ordene su inscripción en el Registro Civil con tal filiación» y agrega: «Esta filiación debe ser declarada en sentencia judicial, así no provenga de un proceso contencioso, y si los extremos que hacen presumir la filiación pueden determinarse por un juez de familia, que ordene y supervise la inseminación, en estos excepcionales casos podrá ser declarada, a pesar de que no se esté ante el supuesto del artículo 201 del Código Civil».

En lo que respecta a la maternidad subrogada, la sentencia es en extremo confusa y se limita a citar la legislación española, que mantiene el principio de *mater semper certa est* (Ley 14/2006, artículo 10.2)<sup>144</sup>, para posteriormente señalar:

... no quiere pasar por alto el hecho de que frente a la práctica de estas técnicas de reproducción asistida, por medio de donante de espermia, óvulo o vientre, lo importante en todo caso es que en materia de filiación, se otorgue la paternidad y maternidad a quienes hayan manifestado

---

<sup>144</sup> Comentaba nuestra profesora LÓPEZ PELÁEZ, Patricia: «Reproducción asistida». En: *Material digital del Máster en Derecho de Familia e Infancia*. Universitat de Barcelona. Barcelona, 2017, *passim*, «La ley española no define la figura de la maternidad subrogada, ni distingue los diferentes supuestos, sino que simplemente se limita a negar efectos a este contrato, y ello tanto en el texto inicial de la Ley 35/1988, como en la ley vigente sobre esta materia, Ley 14/2006».

y realmente tenido la voluntad procreacional, es decir, la voluntad y el afecto para tener su descendencia, y no a quienes han prestado un servicio para que esa reproducción asistida tenga éxito.

Sobre esta figura de la maternidad subrogada, la doctrina discute la validez del contrato o acto mediante el cual se regula el régimen de responsabilidades sobre el fruto de la concepción; así, una solución aplicable al asunto se observa en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, cuando en su artículo 414.b señala como principio de orden público que «la madre solo puede consentir –la adopción– válidamente después de nacido el niño», así *mutatis mutandis*, en esta materia de alquiler de vientre se aprecia que de permitirse se violaría el mencionado principio, ya que antes de incluso la concepción se alteraría la futura filiación, sin que medie procedimiento de adopción; de allí que la propuesta lindaría con trata de seres humanos, lo que obligaría a establecer una prohibición en concordancia con el artículo 197 del Código Civil ya citado.

Producto de las incógnitas que deja sin responder la sentencia<sup>145</sup> y la ligera argumentación en las aparentes posiciones que fija el fallo en comento, el

<sup>145</sup> En la decisión también se hacen consideraciones superficiales sobre la obtención de semen «de manera artificiosa» y la filiación que se produciría, estableciendo limitaciones indicando que él «así nacido carece de derechos alimentarios y sucesorales con respecto al progenitor, por ser producto de una manipulación indigna». También indica que cuando se efectúe una reproducción asistida «fuera de los plazos de los artículos 201 y 202 del Código Civil, sin autorización del donante sufren una disminución en sus derechos, en materia sucesoral», no ocurriendo lo mismo cuando concurre voluntad clara de que se realice la reproducción *post mortem*, en dicho caso «la Constitución y las leyes le reconocen el derecho de conocer a sus padres, lo que para esta Sala es un conocer integral y jurídico, y el artículo 809 del Código Civil debe ceder ante esta situación, ya que el conocer a qué tiene derecho este hijo, debe ser igual al de los otros hijos». En todos estos casos queda latente la posibilidad de responsabilidad civil extracontractual: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Notas sobre la responsabilidad civil en algunas instituciones del Derecho de Familia». En: *Revista de Derecho*. N.º 32. TSJ. Caracas, 2010, pp. 33-72 (de la misma autora: *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Año IV, N.º 2. La Ley. Buenos Aires, 2012, pp. 50-71; «El daño en el Derecho Civil extrapatrimonial. Con especial referencia al Derecho de Familia». En: *IV Jornadas Aníbal Dominici. Derecho de Daños. Responsabilidad contractual-extracontractual. Homenaje: Enrique Lagrange*. T. I. Salaverría, Ramos, Romeros y Asociados. Caracas, 2012, pp. 159-219).



magistrado Pedro RONDÓN HAAZ salva su voto, así entre varios de sus razonamientos nos parece oportuno copiar el siguiente:

... indudablemente, toda persona que efectivamente nazca, independientemente de la forma como sea concebida o traída al mundo, deberá gozar de los derechos inherentes a la persona humana; el problema aquí es previo, es si la madre tiene derecho a que sea concebido. Solo después de la concepción y nacimiento, habrá lugar a debate acerca de los derechos del nacido, de modo que estos derechos no pueden ser la premisa de la que se parta para validar la concepción y el nacimiento.

Así, siguiendo el anterior hilo argumentativo, resulta difícil de admitir que existe un derecho constitucional que legitime traer al mundo un niño que antes de su nacimiento ya tiene marcado como destino el carecer de una figura paterna biológica, y que en dicha decisión prive una voluntad caprichosa fundada en un derecho a la procreación, e incluso algo peor: el deseo de ver perpetuado el difunto en la prole. Por otro lado, una decisión que prohíba la reproducción *post mortem* en nada afectaría el derecho a la maternidad porque existe la posibilidad de que la misma se establezca con otra pareja o que se recurra a la adopción, la cual, demás está decir, está diseñada para que el adoptante y el adoptado gocen de idénticos derechos y deberes que una filiación biológica. Luego, si se plantea entre lo que más le convendría al así concebido, es obvio que la posibilidad de la vida es más beneficiosa que el no tenerla por carecer de figura paterna. Se cree que los anteriores extremos son las aristas por donde debe moverse el legislador a la hora de regular la materia, recordando que el derecho a poseer un padre y una madre no puede limitarse, como parece ser la posición de la Sala Constitucional, a conocer la identidad de los mismos y llevar sus apellidos. Lo que en realidad desea el constituyente es que todos los niños tengan la legítima oportunidad de disfrutar de una figura afectiva que lo oriente y lo ayude en su desarrollo como persona, para lo cual habrá mayores posibilidades de éxito si concurren ambos progenitores y, en su defecto, la misma ley garantiza en su beneficio la opción de la familia sustituta; por lo dicho, no es a través de una sentencia que determine la filiación paterna

*post mortem* y como consecuencia precise un apellido, la forma idónea de cumplir con el postulado constitucional; se es de la opinión que es persona de carne y hueso que acompañe y coadyuve a la madre lo que debiera patrocinarse para todo niño.

Así, una vez decidido sobre la legalidad de la técnica o no, debe conducirse al análisis que señala BERNAD MAINAR, cuando afirma: «Nacido un ser por inseminación artificial asistida *post mortem*, lo que importa es determinar su filiación y saber si es hijo del fallecido: si se estima que no cabe tenerlo por hijo, cualquiera que fueran sus razones, no ha lugar al reconocimiento de derechos sucesorios; si, por el contrario, se estima que el nacido es hijo del fallecido, no es lógico la privación de tales derechos»<sup>146</sup>. Y en relación con los requisitos de procedencia, de admitirse esta posibilidad, señala:

... el consentimiento será concreto y específico, *ad hoc*, para practicar la fecundación asistida *post mortem*. Además, comportará indirectamente la asunción de la paternidad propia. Ha de ser un consentimiento formal, en escritura pública o testamento. Debe comprender que se consiente la fecundación artificial de la esposa o compañera, que se haga con empleo de su material genético, y que la procreación asistida se realice después de su muerte, sin que valga un consentimiento genérico al efecto. Ha de tratarse de un consentimiento exento de vicios, y es revocable en cualquier momento anterior a la realización de las técnicas (...) es lógico que se fije un plazo para su uso, pues de lo contrario se generaría una incertidumbre jurídica indefinida.

Como se aprecia, existe consenso en la doctrina y en la jurisprudencia citada en permitir la fecundación asistida *post mortem*, la discusión se centraría en sus presupuestos y efectos jurídicos, siendo lo ideal que se regulen a través de una legislación especial. Por otra parte, quedan pendientes temas, como la maternidad subrogada, la cual comentaremos al momento de tratar otro fallo de la Sala Constitucional más reciente<sup>147</sup>.

<sup>146</sup> BERNAD MAINAR: art. cit. («Las nuevas técnicas...»), p. 160.

<sup>147</sup> *Vid. infra* capítulo VIII, pp. 379 y ss.

Una advertencia de colofón se hace imperativa: el hecho de que no pocos queden seducidos por las innovaciones que exhibe el Derecho de Familia del siglo XXI —comentadas en todo este epígrafe 5—, no debe arrojarnos a su implementación inmediata, por mucho que sus fundamentos se apezequen progresivos; por esa actitud, en nada original, se han vivido fracasos sonoros, como sería uno de tantos ejemplos algunas recepciones en el proceso de codificación venezolano<sup>148</sup>, y es que, como afirma LATORRE, si bien «el Derecho es un proyecto de ordenación social», se exige que efectivamente se refiera a la sociedad que pretende regular y no a conglomerados foráneos que pueden que por su composición cultural dichas ordenaciones sean efectivas o no, pero en nuestro sistema queden como expresiones superficiales o simples entelequias.

En este orden, se reclama preconizar una idea básica al Derecho como estructura social y es el de la legitimidad. Así, TOVAR TAMAYO afirma que dicho concepto «presupone y traduce un acuerdo fundamental del pueblo sobre la manera de engendra y de regular las normas de la sociedad (...) Ella está llena de valores, de criterios que comparten los miembros de la sociedad»<sup>149</sup>; entonces se sostiene de qué vale tener disposiciones formalmente legales y vigentes, si no existe una correspondencia social que las valide de forma efectiva. Lo indicado adquiere especial resonancia en el caso que nos ocupa, ya que en el Derecho de Familia, como ya se dijo en otro lugar, el legislador no detenta una función creadora sino de reconocimiento. De lo expuesto se colige que por citar numerables países extranjeros que

---

<sup>148</sup> Vid. AGUILAR GORRONDONA, José Luis: *Derecho Civil (personas)*. 8.<sup>a</sup>, Editorial Arte. Caracas, 1985, p. 27, quien se refiere a la codificación de 1873; ARCAYA, Pedro Manuel: «Observaciones al proyecto de Código Civil». En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. N.º 1-2. Caracas, 1942, p. 46; CHALBAUD ZERPA, Reinaldo: «Instituciones jurídicas venezolanas (bosquejo socio-histórico)». En: *Revista de la Facultad de Derecho*. N.º 41. UCAB. Caracas, 1989, p. 443, «Nuestra legislación fundamental ha estado inspirada, por lo general, en Códigos extraños a la idiosincrasia criolla. Esto ha traído como consecuencia, muchas veces, un divorcio entre la realidad social y los principios jurídicos contenidos en las leyes, con los consiguientes problemas que surgen al momento de aplicar la norma jurídica».

<sup>149</sup> TOVAR TAMAYO: ob. cit. (*La jurisdicción constitucional*), p. 46.

siguen una determinada tendencia, no debe concluyentemente traerse dichas experiencias a nuestro foro y menos cuando las naciones aludidas poseen limitados lazos socio-culturales con nosotros<sup>150</sup>. En fin, valga esta reflexión de colofón, aunque un tanto sociológica, para visualizar la postura que se sostiene sobre la ponderación de las tendencias señaladas.

## 6. UNA NOTA FINAL

Como pudo observar el lector, las ideas antes expuestas se refirieron a aspectos estrictamente jurídicos, donde se limitaron en extremo las consideraciones sociológicas, antropológicas e históricas de la familia, mas ello no quiere decir que el autor postule una tesis estrictamente positivista y que se identifique a ultranza con la posición kelseniana y su célebre «Teoría pura del Derecho».

La razón del anterior proceder obedece exclusivamente en dos hechos: por un lado, al estar dirigido este trabajo a los operadores jurídicos, se quiere profundizar en lo normativo, que, dicho sea de paso, es lo indispensable en

<sup>150</sup> Se aclara que con lo expuesto no se rechaza el estudio de la doctrina extranjera y los análisis efectuados del Derecho comparado, solo se reacciona ante pretensiones de algunos de solaparse en el Derecho foráneo sin profundizar en las motivaciones que llevan implícitos dichos ordenamientos. Por otra parte, es más que palpable que el Derecho extranjero es válido en muchos aspectos donde existe una terminología uniforme y un lenguaje técnico que se ha formado paulatinamente y que representa una doctrina común y en dicho punto es oportuna la afirmación que efectúan DE MAEKELT, Tatiana B. y MADRID M., Claudia C.: «*Civil law y common law: un acercamiento*». En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. N.º 141. Caracas, 2003, p. 234, el conocimiento del Derecho de otros países «siempre es relevante a la hora de entender y mejorar nuestro propio Derecho, tanto en su etapa de elaboración, como en su fase de aplicación». En todo caso, nuestro acercamiento debe ser principalmente dentro de la familia a que pertenecemos, *vid.* VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «Semblanza: el americanismo en José M. Castán Vázquez». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 12. Caracas, 2019, pp. 293-308; CASTÁN VÁZQUEZ, José M.: «El sistema jurídico iberoamericano». En: *Revista de Estudios Políticos*. N.º 157. CEPC. Madrid, 1968, pp. 212 y ss.

el foro y donde inexorablemente debe poner énfasis el jurista. En el otro ribete, se observa que existe una aquilatada doctrina nacional que ha abundado en las consideraciones meta-jurídicas de la familia y que permite que los interesados obtengan los conocimientos necesarios en dichos aspectos; por lo demás, en este espacio me propongo analizar un tema neurálgico como es la transformación de la familia, desde una perspectiva más especulativa que práctica.

En atención a lo anunciado se cree pertinente plantear someramente una tesis, que, por demás, no es enteramente propia y que se desprende de la lectura del libro de MELENDO<sup>151</sup>. En dicho texto se diserta sobre «la crisis de la familia» y se propone una manera de superar tal estado.

Al respecto, se aclara que sobre la familia siempre se ha afirmado su crisis, pero una institución que lleva siglos en crisis pareciera que la misma es su característica y no un episodio traumático por el cual transita; así, de acuerdo a lo indicado, se prefiere hablar de la transformación familiar<sup>152</sup> y así eliminar el aspecto peyorativo del asunto.

Razón tiene Álvaro DEL PORTILLO<sup>153</sup> al exponer: «La familia es la célula primera y vital de la familia, y de su salud o enfermedad dependerá la salud o enfermedad del entero cuerpo social. La sociedad será más fraterna, si los hombres aprenden en la familia a sacrificarse unos por otros. Habrá más tolerancia y respeto en las relaciones humanas, en la medida en que se comprendan los padres y los hijos. La lealtad ganará terreno en la vida social, si se valora también la felicidad entre cónyuges. Y el materialismo estará en retirada, cuando el norte de la felicidad familiar no sea el creciente consumo».

---

<sup>151</sup> MELENDO, Tomás: *Solución: la familia*. 3.<sup>a</sup>, Editorial Palabra. Madrid, 2002.

<sup>152</sup> LÓPEZ HERRERA: ob. cit. (*Derecho de Familia*), t. I, p. 33, es de la opinión que «Si bien la familia es un fenómeno natural y universal, no es una entidad inmutable; de hecho ha venido transformándose a través de los siglos, de las civilizaciones y de las costumbres de los pueblos».

<sup>153</sup> Citado en MELENDO: ob. cit. (*Solución: la familia*), p. 4.

Sentencia MELENDO, «es la familia la que consigue hacer florecer en plenitud a la persona de cada uno de los elementos que la componen, y es esa persona, forjada en la familia, la que dará el tono verdaderamente humano, personal, ¡amable!, al conjunto de asociaciones y relaciones de todo tipo en que se encuentre inmersa»<sup>154</sup>.

Según lo expuesto, en tiempos de «revolución» y «socialismo», en lo que en realidad debe enrumbarse el accionar es en un «familiarismo», es decir, en una solución que vea al colectivo pero no en lo indiferente, sino en lo más cercano, y dicho grupo inmediato es la familia, formada por personas unidas por vínculos de parentesco, filiación o lazo conyugal. Por lo dicho, es indispensable robustecer a la familia porque ella esta integrada por individuos y protegiéndola se tutelan estos, con el agregado de que en la familia existe un elemento afectivo que coadyuva a la cohesión y al desarrollo de los integrantes del grupo.

Ahora bien, la proposición, que no tiene nada de inédita, puede verse en cierto sentido representada en la tesis comunitaria, desarrollada a plenitud en Venezuela por RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, y es que este último afirmó que hay que reaccionar «por igual contra el individualismo y el colectivismo», y buscar el punto medio en las instituciones sociales donde el individuo espontáneamente busca su libertad y el desarrollo de su personalidad a plenitud, y entre dichas instituciones descuella la familia. Así BELTRÁN HEREDIA resume el postulado de este en las siguientes palabras:

Dicha concepción comunitaria, se basa en los dos grandes principios constructivos que se reflejan en toda clase de normas jurídicas, como son la comunidad y la personalidad, que no se contraponen, ni se eliden recíprocamente, sino que se armonizan de un modo perfecto. Ambos, son completamente necesarios si se quiere huir de una concepción individualista basada en el absolutismo de la personalidad, al modo como hizo la doctrina del liberalismo; y de una valoración estrictamente comunitaria,

---

<sup>154</sup> *Ibíd.*, p. 6.

fundamentada en la omnipotencia de lo social, que evidentemente conduciría a una concepción socialista o incluso comunista, del Derecho. El individuo, según ello, no actúa, sino en cuanto miembro de la comunidad, y ésta no puede nunca olvidar que está compuesta de individuos<sup>155</sup>.

Entonces, la solución no se ubica en los extremos, y casi nunca se encontrará allí, sino en el sutil y frágil punto medio; es en dicho espacio donde el hombre descubrirá su verdadera libertad sin pretender que esta sea absoluta y mezquina, e igualmente sin que sufra de restricciones irracionales o arbitrarias; pero, aunque no se tenga la respuesta, se cree que se puede empezar a delinear dicha zona en la familia y por ello se promulga con una visión que enaltezca los lazos afectivos y coloque en su justo sitio a la familia como asociación natural.

Resumiendo lo expuesto, se reitera que el ordenamiento jurídico debe dirigir su actividad normativa a la familia, que es la primigenia forma de organización social; pero ¿cómo se puede corregir la situación actual y hacer que esta mejore de manera efectiva? La respuesta en este caso ya no puede estar en el Derecho, que es proyecto de sociedad según ciertos valores existentes; aunque este puede influir parcialmente, aquí la contestación la avizora UNAMUNO cuando señala:

No quieras influir en eso que llaman la marcha de la cultura, ni en el ambiente social, ni en tu pueblo, ni en tu época, ni mucho menos en el progreso

---

<sup>155</sup> En «Prologo» de RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE: ob. cit. (*La tutela*), p. 11. En este orden, y como reflejo de la posición de marras, en el Derecho Civil alemán PRINZ VON SACHSEN GESSAPHE: art. cit. («Nuevas tendencias...»), p. 577, indica: «En el paso del tiempo, se ha dado más importancia a la tarea social de Derecho Civil. Esto se debe a un cambio en la concepción del individuo, sobre todo bajo la influencia de las garantías individuales, se ha subrayado la ambivalencia de la persona como individuo y como parte de la sociedad. Esto no significa que no valga los principios originales del BGB, basados en el individualismo. Pero han sido modificados en el sentido de que a las libertades individuales, corresponden deberes y responsabilidades sociales».

de las ideas, que andan solas. No en el progreso de las ideas, no, sino en el crecimiento de las almas, en cada alma, en una sola alma y basta<sup>156</sup>.

Pues para MELENDO, «La persona, no los sistemas, sigue siendo la clave del progreso de revolución que entre todos pretendemos instaurar (...) O, concretando más todavía: el auténtico protagonista de la mudanza universal que está a punto de llevarse a término en nuestra civilización es uno mismo, cada uno, somos tú y yo. Y el ámbito primordial de esa convulsión pacífica y duradera, es la propia familia, la de cada uno, de nuevo la tuya y la mía»<sup>157</sup>. Un pasaje hindú podría ilustrar la postura asumida:

El sufí BAYAZID dice acerca de sí mismo:

De joven era yo un revolucionario y mi oración consistía en decir a Dios: «Señor: Dame fuerza para cambiar al mundo».

A medida de que fui haciéndome adulto y caí en la cuenta de que se me había pasado media vida transformé mi oración y comencé a decir: «Señor: Dame la gracia de transformar a cuanto entran en contacto conmigo, aunque solo sea a mi familia y a mis amigos. Con eso me doy por satisfecho».

Ahora que soy un viejo y tengo los días contados, he empezado a comprender lo estúpido que he sido. Mi única oración es la siguiente: «Señor: Dame la gracia de cambiarme a mí mismo».

Si yo hubiera orado de este modo desde el principio, no habría malgastado mi vida. Todo el mundo piensa en cambiar a la humanidad. Casi nadie piensa en cambiarse a sí mismo<sup>158</sup>.

Como se apreció de los textos preinsertos, es el individuo el que asume una posición ante la realidad y decide cambiarla, pero lo único que realmente

<sup>156</sup> Citado en MELENDO: ob. cit. (*Solución: la familia*), p. 26.

<sup>157</sup> *Ibíd.*, p. 27.

<sup>158</sup> Citado en OLASO, Luis M.: «Visión de Venezuela (discurso)». En: *Revista de la Facultad de Derecho*. N.º 36. UCAB. Caracas, 1987, p. 304.



se encuentra en su esfera de modificación es su conducta no la de nadie más, por bienhechoras que sean sus intenciones, ya que las mismas a lo sumo se ubican en el campo de la predicación o del oráculo, y no necesariamente en una real influencia transformadora de los conciudadanos. Veamos para ilustrar esta posición la relación conyugal. En ella una parte, por más amor que lo motive, no puede salvar una crisis que emergiera en el vínculo, si su complemento afectivo no interioriza la necesidad de subsanar las conductas que originaron la debacle; de allí que en estas relaciones se exhorte la conciliación y el ceder pretensiones por ambos en beneficio de la pareja, sin enclaustrarse en sus estatutos personales.

Por lo indicado, en cierto sentido se cae en un individualismo, pero es únicamente aparente, ya que ineludiblemente siempre se debe situar la perspectiva en la conducta y el único que la posee es el ser humano individual, por lo que ese es el punto de inicio; por otro lado, distinto es la exigencia, a través de normas jurídicas, para que ese individuo perfectamente especificado, si se quiere, no se comporte como le apetezca sin reflexión sobre el entorno, es allí donde se reclama colocar coto para fortalecer la justicia y el respeto en la convivencia. Lo anterior lleva a insistir a RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE en lo siguiente:

... la socialización no debe confundirse ni con la estatización –absorción del individuo por el Estado–, ni con la despersonalización –atomización del individuo en la colectividad–. Participamos de la idea de que cada día se le impone al hombre una mayor convivencia con los demás miembros de la comunidad, sin que por ello se despoje de su individualidad propia. Porque la «socialidad» presupone la personalidad. Una sociedad sin personalidad no sería tal sociedad, ya que en ésta los singulares elementos constitutivos experimentan una cierta individualidad; sería simplemente un conglomerado masivo, donde los individuos actuarían exclusivamente por mimetismo y acción gregaria, como lo hacen los rebaños de animales. Luego no hay que oponer los conceptos de socialización y personalización. Ellos se complementan, en la medida en que la sociedad se compone de personas y, en que éstas, son seres por naturaleza social. El ideal es que,

en la persona, se encuentre el máximo de personalidad, y el máximo de socialización, por la pertenencia y la participación de las personas en los grupos sociales<sup>159</sup>.

## CONCLUSIONES

En los precedentes párrafos, se han querido delinear brevemente los caracteres del Derecho de Familia, así como las principales instituciones que fundamentan esta rama del Derecho Civil, partiendo, claro está, desde las normas constitucionales. Con dicho proceder se logró evidenciar sutilmente el dinamismo de esta parcela de lo jurídico, y es que el Derecho Familiar ha recibido una atención privilegiada por las instituciones y los órganos públicos, que postula una evidente transformación o, más acertadamente, una rápida adecuación a las realidades de hoy, sin que lo indicado implique una completa identidad entre lo social y lo jurídico, aunque sí una preocupación que expresa palpablemente que el espacio que separa a la realidad del Derecho es cada vez más estrecho.

Es así que OSSORIO Y GALLARDO llega a afirmar: «El Derecho no establece la realidad sino que la sirve, y por esto camina mansamente tras ella, consiguiendo rara vez marchar a su paso»<sup>160</sup>. Por nuestra parte, esa diferencia entre la sociedad y el texto legislativo no representa un obstáculo insalvable, porque es justo en estos casos cuando resulta útil ponderar lo señalado por DUGUIT, según el cual:

El Derecho es mucho menos la obra del legislador que el producto constante y espontáneo de los hechos. Las leyes positivas, los Códigos, pueden permanecer intactos en sus textos rígidos: poco importa: por la fuerza de las cosas, bajo la presión de los hechos, de las necesidades prácticas,

---

<sup>159</sup> RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE: art. cit. («Orientaciones modernas...»), p. 358.

<sup>160</sup> OSSORIO Y GALLARDO, Ángel: *El alma de la toga*. Valletta Ediciones. Buenos Aires, 2006.

se forman constantemente instituciones jurídicas nuevas. El texto está siempre allí, pero ha quedado sin fuerza y sin vida, o bien por una exégesis sabia y sutil, se le da un sentido y un alcance en los cuales no había soñado el legislador cuando lo redactaba<sup>161</sup>.

En lo que se refiere a las disposiciones constitucionales relacionadas con las instituciones familiares, puede colegirse que las mismas personifican una evolución tangible, y para el momento en que se escribe este opúsculo, dichas normas han obtenido un desarrollo jurisprudencial y doctrinario, no obstante la inercia continuada en que se mantiene la Asamblea Nacional, aunque como descargo de esta última, vale reseñar que se han elaborado ciertas precisiones legislativas en materias de Derecho de la Niñez y Adolescencia, así como en lo relativo a la eliminación de la violencia contra la mujer y otro tanto con la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, que detenta más gazapos, imprecisiones y ambigüedades que soluciones factibles, a la cual se aspira dedicar la debida atención en otra oportunidad.

Las disposiciones constitucionales, al implicar una renovación del ordenamiento jurídico, han generado como derivación que los estudiosos del Derecho destaquen algunas tendencias que podrían recibirse en el ordenamiento venezolano, para lo cual se postula una participación activa del órgano parlamentario, entre ellas despuntan las uniones estables de hecho, así como lo concerniente a las nuevas técnicas para generar la vida. Sobre la primera se ha aclarado parcialmente el panorama por medio de la jurisprudencia que sobre dicho tema se ha dictado y que se comentó oportunamente. En lo referente a las novedosas técnicas de generación de vida y su tratamiento legal, existe una oscuridad que requiere solución inmediata. Otras proposiciones están en el debate y apetece que de los mismos germinen propuestas que se adecuen a la realidad patria y que florezcan vanguardistas y prácticas, o al menos un verdadero «Estado democrático y social de Derecho y de justicia» así lo demanda.

---

<sup>161</sup> Citado en *ibíd.*, p. 29.