

A-PDF MERGER DEMO



UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO

# SESQUICENTENARIO DEL CÓDIGO CIVIL DE ANDRÉS BELLO

PASADO, PRESENTE Y FUTURO DE LA CODIFICACIÓN

TOMO II

BAJO LA DIRECCIÓN DE: MARÍA DORA MARTINIC G. Y MAURICIO TAPIA R.  
CON LA COLABORACIÓN DE: SEBASTIÁN RÍOS L.



LexisNexis®





UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO

# SESQUICENTENARIO DEL CÓDIGO CIVIL DE ANDRÉS BELLO

PASADO, PRESENTE Y FUTURO DE LA CODIFICACIÓN

TOMO II

BAJO LA DIRECCIÓN DE:  
MARÍA DORA MARTINIC G.  
Y MAURICIO TAPIA R.

CON LA COLABORACIÓN DE:  
SEBASTIÁN RÍOS L.



LexisNexis®

SESQUICENTENARIO DEL CÓDIGO CIVIL DE ANDRÉS BELLO. TOMO II

© FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE

2005 LexisNexis • Miraflores 383, piso 11, Santiago, Chile • Teléfono: 600 700 8000 • [www.lexisnexis.cl](http://www.lexisnexis.cl)

I.S.B.N. obra completa 956 - 238 - 578 - 7

Registro de Propiedad Intelectual N° 149.073 • I.S.B.N. 956 - 238 - 580 - 9

1ª edición agosto 2005

Impreso en agosto 2005

Tiraje: 300 ejemplares

CyC Impresores - San Francisco 1434, Santiago

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE



ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

EL NUEVO CÓDIGO CIVIL BRASILEÑO  
Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

María Claudia Crespo Brauner  
*Profesora de derecho civil*  
*a la Universidad de Caxias do Sul, Brasil*

y

Anderson Orestes Cavalcante Lobato  
*Profesor de derecho constitucional*  
*a la Universidad de Caxias do Sul, Brasil*

INTRODUCCIÓN

El Derecho en la modernidad se caracterizó por una doble oposición; de un lado, la separación entre la Iglesia y el Estado, de otro lado, el alejamiento entre el Derecho público y el Derecho privado. La institución familiar sufrió enormemente con esa dicotomía. La aceptación de una clara separación entre poder espiritual y poder temporal en el contexto del derecho de familia, tuvo como resultado la absorción por la legislación civil de las reglas del derecho eclesiástico que regulaban el reconocimiento jurídico de las relaciones familiares. Siendo así, en el Brasil republicano la familia recibió una fuerte influencia de los valores de la religión católica, que fue directamente incorporada al Código Civil de 1916.

Del mismo modo, la familia, insertada en la codificación civil, no debería recibir mayor tratamiento constitucional, siendo suficiente para las primeras constituciones republicanas el reconocimiento de la gratuidad e indisolubilidad del matrimonio civil. Con el advenimiento del constitucionalismo social de inicios del siglo XX, las Constituciones asumieron una preocupación con la protección de la familia, lo que resultó en el proceso de constitucionalización del derecho de familia. Ese fenómeno solamente puede ser sentido por el brasileño, con la promulgación de la Constitución de 1988, que de ese modo, modifica profundamente la regulación jurídica de las relaciones familiares.

Al final de un largo proceso de revisión, en enero de 2002, Brasil abandonó su cuerpo legislativo basado en el Código Civil de 1916, adoptando un Nuevo Código Civil (NCC, ley N° 10.406, de 10-01-2002; entró en vigor en 11-01-2003). El proyecto inicial que databa de 1975



recibió múltiples alteraciones, que apuntaban a integrar las importantes transformaciones ocurridas en la sociedad brasileña en el final de los años ochenta y que terminó por retardar la adopción del Código, al mismo tiempo, muy esperado y demasiado controvertido.

En efecto, el proceso de redemocratización de los años ochenta marcó el fin de la dictadura militar, que se inició en los años sesenta. La organización de las primeras elecciones libres y, sobre todo, la promulgación de la nueva Constitución federal en 1988 (promulgada el 5 de octubre), cambiaron sensiblemente la historia del Brasil e inauguró el nacimiento de una nueva sociedad, fundamentada en el respeto de las libertades y de los derechos fundamentales.

La promulgación de una nueva Constitución ha desafiado las antiguas disposiciones del Código Civil de 1916, en la medida en que las somete a un control sistemático de conformidad a los nuevos preceptos y principios constitucionales. Ese control, ejercido por los jueces y tribunales, fue fuertemente influenciado por la doctrina constitucionalista y ha conducido a una reforma progresiva de las antiguas disposiciones del Derecho de la familia en la codificación de 1916. El antiguo Código seguía el modelo de la codificación napoleónica, con una cierta influencia del derecho alemán. En el contexto del Derecho de familia, era posible percibir el tratamiento despótico en relación con la mujer y con los niños; por ejemplo, cuando se rehusaba reconocer la vida en común fuera del casamiento e institucionalizaba una serie de discriminaciones en relación con el niño nacido fuera del casamiento o fruto de una adopción.

Es cierto que la historia reciente del derecho brasileño de la familia se inserta bajo el signo de una lenta y progresiva adaptación de la legislación a los nuevos valores sociales; sin embargo, ese trayecto encuentra innumerables obstáculos en razón de la permanencia de la fuerte influencia de la tradición católica, en lo que atañe al casamiento y a la moral sexual.

Tal contraste aparece frecuentemente en la jurisprudencia civil, que se afirma después de la promulgación de la Constitución de 1988 y que justificó la producción de nuevas disposiciones legislativas, particularmente sobre el Derecho de familia. Brasil venía desde hace mucho tiempo abandonando el modelo de la codificación, en favor de la adopción de una regulación jurídica basada en el modelo de micro-sistemas. El Estatuto de la mujer casada (1962) y, más recientemente, el Estatuto del niño y del adolescente (1990), son representativos de esa tendencia. No obstante, las mudanzas traídas con la nueva Constitución y la idea de codificación con la adopción de un Nuevo Código Civil, rescataron el espíritu de un sistema jurídico cerrado y completo.

Siendo así, para comprender el Derecho de la familia a partir del Nuevo Código Civil brasileño (II) procuraremos, inicialmente, comprender el diálogo que se abre entre constitución y codificación civil (I).

## I. EL DIÁLOGO ENTRE CONSTITUCIÓN Y CODIFICACIÓN CIVIL

La redemocratización del Brasil anunciaba la llegada de nuevos vientos en las relaciones privadas. El Derecho de la familia de una sociedad esencialmente rural, fuertemente patrimonialista y conservadora, no podría persistir delante de una nueva sociedad, de aquí en adelante, urbana, industrializada y que reclama por libertad e igualdad, inclusive en las relaciones privadas. Esa nueva concepción de familia abandona la visión individualista en que la familia se restringe a ofrecer un espacio de existencia social de los individuos. Más recientemente, la familia se enriquece con nuevas preocupaciones, que van más allá de la transmisión del nombre y del patrimonio, de modo que, “para el ciudadano de hoy, la familia reemplaza ventajosamente, como lugar de relaciones interpersonales, una sociedad convertida, se dice, en un desierto psicológico<sup>1</sup>”.

Esa nueva concepción de la familia se encuentra fuertemente impregnada de una dimensión constitucional y que deberá inspirar la formulación de una nueva doctrina, de una nueva jurisprudencia y, por vía de consecuencia, de un nuevo derecho codificado. El Derecho de familia brasileño sufre una profunda transformación, que apunta a adaptarse a la evolución de las costumbres y de la mentalidad. Una tal evolución puede ser percibida a partir de la percepción de que la familia debe recibir una protección constitucional. De modo que la dicotomía entre público y privado es rota para abrir espacio al fenómeno de la constitucionalización del derecho de familia, que suscitó el reconocimiento jurídico de las transformaciones de las relaciones de familia en el contexto de una sociedad, igualmente renovada y fundamentada en el pluralismo de ideas y comportamientos.

### *A. La protección constitucional de la familia*

El constitucionalismo brasileño, siguiendo el camino de Portugal y España, recibió una fuerte influencia de las ideas liberales de fines del siglo XVIII. En efecto, el fin de la monarquía absolutista imponía a todos los

---

<sup>1</sup> Jean CARBONNIER, *Droit civil. La famille; l'enfant, le couple*, París, PUF, 2002, p. 12.



gobiernos la adopción de una Constitución escrita, jurídica y políticamente inspirada en el liberalismo. Se trataba de iniciar un proceso de construcción de un gobierno fundamentado en la razón humana y en el derecho natural y que debería ser aplicado por todos los pueblos civilizados. El liberalismo inglés y francés influenció la organización social y política de los países iberoamericanos, inspirados en la Constitución de Cádiz de 1812. En América latina, el movimiento liberal permitió la emancipación de las antiguas colonias, en busca de una libertad política y de la fundación de una identidad nacional.

Junto a la idea de Constitución, que debería organizar la vida política, la idea de codificación estaba fuertemente influenciada por el liberalismo y se proponía regular las relaciones sociales, evitando los excesos de los movimientos políticos revolucionarios. Los valores sociales conservadores, fundamentados en la moral cristiana, esperaban que el derecho pudiera orientar las prácticas sociales, por un lado, evitando cualquier intervencionismo del poder público, y por otro, reconociendo, jurídicamente, el modo de vida burgués. No habría así espacio para una regulación constitucional del derecho de familia o mismo de las relaciones privadas.

En el final del siglo XIX se observa en América latina la importancia de una regulación jurídica de la sociedad que fuera capaz de avanzar en el camino de la modernidad y teniendo como base los ideales del iluminismo. El contexto social y político de Brasil no será diferente de la realidad de los demás países latinoamericanos, todos confrontados con el desafío de concebir una infraestructura jurídica que debería sustentar su desarrollo económico y social. En esa perspectiva, el pensamiento jurídico y filosófico de Andrés Bello contribuyó sensiblemente a la adopción del primer Código Civil latinoamericano, en Chile, en 1855. Se observa que Bello procuró elaborar una teoría de la Constitución comprometida con el desarrollo social de los países recién libertados de la dominación colonial. El proceso de independencia tendría que asumir dos etapas. La primera estaría marcada por la formación de nuevos Estados, cuya independencia sería reconocida internacionalmente. La segunda etapa sería la organización de las relaciones privadas basadas en la libertad. En ese sentido, a diferencia del pensamiento más conservador de la época, Andrés Bello comprendió la importancia de crear instituciones sociales sólidas, que pudieran promover la educación y el trabajo socialmente útil, de modo que permitiría que el pueblo finalmente encontrara las condiciones necesarias para poder actuar como ciudadanos activos. Percibió la importancia de la tensión entre una "Constitución escrita" y una "Constitución real" en el contexto chileno. Procuró resaltar que la constitución debería retratar la

situación concreta de la sociedad chilena, al mismo tiempo en que debería influenciarla y orientarla en la dirección de una civilización moderna. Esas fuerzas recíprocas deberían contribuir para la transformación de las dos constituciones, la escrita y la real, de modo de aproximarlas y armonizarlas<sup>2</sup>. Así, como lo expresó Bernardino Bravo Lira:

“La ley estatal sólo puede imponerse sin contrapeso en la medida en que se disocie del *ius commune*. Sólo así puede convertirse en regla y medida de la vida jurídica en todo el territorio. De ahí que la crítica al *ius commune* y la exaltación del derecho patrio o nacional, se hermanen con la apología de una pretendida disciplina primitiva en la Iglesia, en nombre de la cual se restringe el primado del Papa. Todo lo cual contribuye al robustecimiento del poder real. Como es de suponer, esto se hace a costas de reducir el poder de la Iglesia, la autoridad de los juristas, erradicar el arbitrio judicial y, en lo posible, los derechos tradicionales declarados por los juristas instituidos por las costumbres.

En definitiva, la codificación equivale a una suerte de reformulación legal del derecho, un *ius inlegem redigere*. Por lo mismo, se convierte en instrumento para forjar la unidad jurídica de todo un territorio y de toda su población, bajo una misma legislación impuesta desde arriba por los gobernantes. Se abate así la diversidad y la multiplicidad del derecho precodificado. Esto vale, incluso, en la medida de lo posible, para el derecho canónico. Semejante transformación no pudo menos que encontrar resistencia en diversos ámbitos, desde jueces y universidades apegados al *ius commune*, hasta la Iglesia y los estamentos, cuyo derecho, estatutos y privilegios se recortaron<sup>3</sup>”.

El proceso brasileño de independencia fue el resultado de una negociación política en que la Constitución imperial de 1824 representó un marco para el reconocimiento internacional de la nueva nación brasileña. En las relaciones privadas, el texto constitucional adoptó expresamente la religión Católica Apostólica Romana (art. 5º) y, en su último artículo, en que incorporó los derechos de ciudadanía, afirmó la necesidad de organizar, cuanto antes, un Código Civil y Criminal, basados en la Justicia y en la equidad (art. 179, XVIII). Las relaciones privadas permanecían bajo la influencia directa de la religión católica, que reconocía solamente la

---

<sup>2</sup> ADALBERT DESSAU, “Ideas directrices y significación histórica del pensamiento filosófico de Andrés Bello”. In: *Valoración múltiple: Andrés Bello*, Al cuidado de Manuel Gayol Mecías, Habana, Centro de Investigaciones literarias, 1989, p. 712.

<sup>3</sup> Bernardino BRAVO LIRA, “Comienzos de la codificación en Europa continental y América hispánica (1750-1804)”. In: *L’Avenir de la Codification en France et en Amérique latine*, París, Sénat, 2004, p. 45.



familia fundamentada en el matrimonio indisoluble y en la noción de legitimidad de la prole. Se comprende, en ese contexto, el carácter revolucionario e innovador de la codificación, puesto que estaría consolidando la separación de la Iglesia y del Estado. El Brasil imperial aprobó su Código criminal (1830) y un poco más tarde, el Código comercial (1872), sin romper con una organización social de esclavitud.

La elaboración de la legislación civil tuvo inicio con la decisión del gobierno brasileño, en febrero de 1855, de encargar al jurista Augusto Teixeira de Freitas organizar y clasificar las leyes civiles, a partir del conjunto de las leyes portuguesas, las Ordenaciones Filipinas (1603), que continuaban en vigor en el Brasil después de la independencia. La conclusión de ese inmenso trabajo tuvo como resultado la Consolidación de las Leyes Civiles, aprobadas por el Emperador en diciembre de 1858 y que, todavía no habiendo sido sometida al Parlamento, pasó a tener vigor en la práctica de la vida forense brasileña<sup>4</sup>. Cabe resaltar que Teixeira de Freitas, contrario al régimen de esclavitud, no hizo ninguna referencia a la esclavitud, que permaneció hasta la abolición de los esclavos, en 1888. La Consolidación de Teixeira de Freitas regirá, de facto, hasta la adopción del Código Civil brasileño (1916).

La primera Constitución republicana de 1891, fiel a la filosofía liberal, no se preocupó de reglamentar las relaciones familiares, pero insistió en el reconocimiento exclusivo del casamiento civil, demarcando la separación de la Iglesia y del Estado en la constitución de la familia (art. 72, § 4º). El Código Civil de 1916, directamente inspirado en el movimiento de la codificación francesa y germánica, fortalece los lazos de la familia matrimonial y se preocupa de la defensa del patrimonio familiar frente a las relaciones afectivas consideradas “espurias”<sup>5</sup>. Ese modelo de familia será absorbido por las futuras constituciones brasileñas, que asumiendo una nueva dimensión social, procurarán proteger la familia constituida por el casamiento indisoluble (art. 144, de la Constitución de 1934; art. 124 de la Constitución de 1937; art. 163 de la Constitución de 1946; art. 167, § 1º de la Constitución de 1967).

Las principales mudanzas en la regulación jurídica de las relaciones familiares ocurrieron en la vigencia de la Constitución de 1946, con la aprobación de la ley N° 4.121, de 27-08-1962, que emancipó a la mujer casada, reconociéndole derechos iguales a los del marido. Con todo, la más

---

<sup>4</sup> Ruy ROSADO DE AGUIAR, “Prefácio”, In: *Consolidação das Leis civis*, Augusto Teixeira de Freitas, Brasília, Senado Federal, 2003.

<sup>5</sup> Arnold WALD, *O novo Direito de Família*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 23.

profunda alteración del modelo de familia del Código de 1916 ocurrió a partir de la aprobación de la Enmienda constitucional N° 9, de 28-06-1977, que admitió la disolución del casamiento y que ocasionó la aprobación de la Ley de Divorcio (ley N° 6.515/77), de 26 de diciembre del mismo año. Ocurre en ese momento una profunda mudanza del modelo codificado de familia sin, con todo, ofrecer una nueva concepción de vida familiar. Las alteraciones y adaptaciones introducidas por medio de reformas parciales adaptaron la ley a las nuevas realidades de la vida familiar y que, de cierta forma, chocaron con la doctrina civilista que inspiró y animó el Derecho de Familia del Código Civil de 1916. En ese sentido, la Constitución brasileña de 1988, al fijar nuevos principios para la regulación jurídica de las relaciones privadas, especialmente para el Derecho de Familia, exigía la elaboración de un nuevo Derecho Civil codificado, el Código Civil de 2002.

### *B. El fenómeno de la constitucionalización del Derecho de Familia*

Con la promulgación de la Constitución brasileña de 1988, la familia recibe una protección constitucional, conjuntamente con el niño, el adolescente y los ancianos. Están incluidos en el Título VII que regula el Orden Social, más directamente en el Capítulo VII, con cinco artículos, del 226 al 230. La Constitución afirma los derechos de todos los miembros de la familia, así como reconoce nuevas formas de vida familiar: el casamiento, la unión estable, la familia monoparental y la familia adoptiva. El texto constitucional establece la igualdad entre los cónyuges y de filiación, prohibiendo toda y cualquier discriminación en relación con los hijos nacidos fuera del casamiento o adoptivos<sup>6</sup>. La aceptación de nuevos vínculos de relación entre los cónyuges y de filiación choca con el sistema del antiguo Código Civil basado en la supremacía del casamiento y de la filiación legítima.

La dimensión constitucional de la familia irá a orientar la elaboración del nuevo derecho codificado de la familia brasileña. No se trata de un fenómeno aislado<sup>7</sup>. Él repercute igualmente sobre la totalidad de la

---

<sup>6</sup> María Claudia CRESPO BRAUNER. *Les enfants nés hors mariage en droit français et brésilien*. Tesis de Doctorado. Université de Rennes, 1° de febrero de 1993. En el mismo sentido, la Constitución de la Argentina afirma el principio de la igualdad entre los hijos (art. 16). María Josefa MÉNDEZ COSTA, "Filiación". En: *Derecho de Familia*, t. III, María Josefa MÉNDEZ COSTA y Daniel Hugo D'ANTONIO, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1996, p. 20.

<sup>7</sup> François LUCHAIRE, "Les fondements constitutionnels du droit civil", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N° 2, 1982, p. 258.



regulación jurídica de las relaciones privadas y marca profundamente la nueva concepción del Derecho civil brasileño<sup>8</sup>.

“La intervención cada vez más generalizada del Estado ha progresivamente a la mayoría que desde ahora las reglas que gobiernan nuestra vida vienen más del dominio público que del privado. Hoy se afianza la tendencia de olvidar cuanto, a los ojos mismos del régimen de Napoleón y sus sucesores, el Código Civil tenía por vocación un rol político. Portalis ya había sintetizado claramente las relaciones de reciprocidad entre el orden civil y el orden político. Y no basta examinar el devenir histórico de Francia para darse cuenta que existía la necesidad política de generar un cuerpo jurídico de esa naturaleza para, afincar allí los rasgos de nacionalidad de un pueblo cuyo orgullo iba a girar alrededor de esa conquista soberana. En ese sentido, no sería exagerado afirmar que se trata de un instrumento de derecho privado con vocación y potencialidad de derecho público<sup>9</sup>”.

En su nueva concepción, el derecho brasileño pretendió abandonar la visión individualista de la familia, para que ella viniera a representar no solamente un espacio para la existencia social de los individuos sino, igualmente, una importante institución social favorable al desarrollo de la persona humana, en la cual cada miembro es considerado individualmente<sup>10</sup>. En la tentativa de hacer sobresalir el aspecto ineluctable de la evolución del Derecho de familia, podemos considerar que el legislador fue confrontado a sustituir los textos legales sobrepasados por la incidencia de los principios constitucionales que vinieran para asegurar el pluralismo de comportamientos y el respeto a los derechos de los ciudadanos.

El texto constitucional estableció la igualdad de derechos y deberes entre cónyuges, la igualdad de derechos entre todos los hijos y la prohibición de toda y cualquier discriminación al encuentro de los hijos nacidos de relaciones fuera del casamiento o adoptivos. De facto, hubo un ensanchamiento de los vínculos de relación entre los cónyuges y de filiación, que llevaron al desmoronamiento del antiguo sistema del Código Civil fundamentado en el casamiento y en la filiación legítima. Esa dimensión constitucional ha influenciado el nuevo derecho civil de familia en Brasil. El fenómeno, clasificado como de constitucionalización del derecho priva-

---

<sup>8</sup> Ingo WOLFGANG SARLET (Org.), *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

<sup>9</sup> Fernando CARRILLO FLÓREZ, “Codificación e integración en América latina”. In: *L’Avenir de la Codification en France et en Amérique latine*, París, Sénat, 2004, p. 237.

<sup>10</sup> Jacques COMAILLE, *L’esprit sociologique des lois*, París, PUF, 1994, p. 150.

do, marca una nueva concepción que tuvo amplia receptividad en la doctrina brasileña.

De esta forma, la Constitución Federal ha impuesto el abandono de la posición patrimonialista heredada del siglo XIX, bajo la influencia del Código Napoleón, adoptando una concepción en la cual se privilegia el desarrollo humano y la dignidad del ser humano considerado concretamente en las relaciones interpersonales y apuntando a su emancipación<sup>11</sup>. La dignidad de la persona humana y la búsqueda de la justicia social posibilitarán atribuir valor jurídico al afecto y sus manifestaciones. Ese hecho se ha revelado de modo innovador, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia más reciente. Constituyéndose en un marco para el redescubrimiento del derecho privado, que va a transponer la preocupación eminentemente patrimonial para, finalmente, enfrentar las situaciones existenciales del ser humano, valorizando su dignidad, libertad y el pluralismo de la vida familiar<sup>12</sup>. En efecto, el reconocimiento de la pluralidad de situaciones familiares, el lugar reservado a la autonomía de los individuos, la igualdad de derechos entre los cónyuges y la igualdad de derechos entre los hijos, representan los pilares de la reforma constitucional de la familia brasileña.

El análisis de las importantes mudanzas ocurridas en el derecho brasileño apunta para soluciones concretas a partir de una visión del derecho más próxima de la realidad de las familias. La búsqueda de una ley viva, sin amarras, libre de prejuicios morales y que procura atender a las demandas de una familia renovada y que sobrevivió a las turbulencias económicas y políticas ocurridas en el Brasil de las últimas décadas del siglo XX.

### *C. Las transformaciones de las relaciones de familia en la Sociedad brasileña*

Las mudanzas de costumbres de la sociedad brasileña revelarán el pluralismo de modelos familiares, en que cada uno busca guardar su estilo de vida y sus opciones. El pluralismo jurídico conduce a una concepción más abierta de las leyes y de estatutos particulares que deben asegurar la protección y los derechos de cada modelo familiar.

<sup>11</sup> LUIS EDSON FACHIN, "Le juriste de demain et la connaissance du Code Civil". In: *Congrès international: L'Avenir de la Codification en France et en Amérique latine*, París, Sénat, 2004, p. 160.

<sup>12</sup> JUDITH MARTINS COSTA e GERSON LUIZ CARLOS BRANCO, *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 181.

Las nuevas representaciones influenciarán de manera importante el modelo cultural de la familia y, aun cuando las relaciones entre los sexos continúen, de cierto modo, dominadas por el “patriarcado”, ocurrió una significativa mejora de las condiciones económicas y culturales de la mujer que disminuirán, sensiblemente, la distancia entre los papeles femenino y masculino en las relaciones familiares. Pero los movimientos feministas continúan exigiendo más igualdad y mejores condiciones al ejercicio de los derechos y libertades individuales de las mujeres.

Del lado masculino, la paternidad contemporánea manifiesta la voluntad del padre de asumir la paternidad de forma consciente y participativa, aceptando nuevas responsabilidades en el ejercicio de la función parental. Sin embargo, se observa la existencia de un gran número de hombres que se rehúsan a reconocer la paternidad de sus hijos no programados, lo que demostró que los medios de contracepción persisten como un tabú para los hombres brasileños. En efecto, el rechazo del padre a reconocer legalmente a su hijo es el origen de un enorme número de acciones judiciales de investigación de paternidad, cuya solución depende del examen genético, al cual, ellos se rehúsan a someterse. Una actitud tal ocasiona perjuicios al niño, especialmente cuando la madre no puede asegurar sola el sustento de la familia.

El acceso del niño a sus dos padres, como una mayor solidaridad entre ellos asociada a una división de las responsabilidades, debe sustituir el modelo tradicional del papel masculino, tanto en la reproducción cuanto en la contracepción. El rechazo a ser padre supone la práctica de la contracepción en situaciones de igualdad y de responsabilidad en el momento del ejercicio de la sexualidad por el hombre y por la mujer.

En ese sentido, la formulación de nueva cultura jurídica de la familia parte del reconocimiento de una política de protección a la vida familiar, teniendo como marco un sistema jurídico permeable por la libertad de afección y que facilitaría la manifestación de las partes en el momento de conflictos. Se procura así promover la protección de la familia y de cada uno de sus miembros considerados individualmente. La protección de cada individuo está fundamentada en el principio de la dignidad de la persona humana y del derecho a la intimidad y la libertad. Jean Carbonnier reconoció que: “el Derecho civil, habiendo abrazado decididamente los derechos humanos, es el valor de la persona el que debe prevalecer<sup>13</sup>”.

Una tal perspectiva considera que los conflictos suscitados por la diversidad social brasileña, que está marcada por la disparidad cultural y

<sup>13</sup> Jean CARBONNIER. *Droit civil. La famille; l'enfant, le couple*. París: PUF. 2002, p. 2.



económica, pueden ser objeto de demandas judiciales. Entretanto la jurisprudencia, constantemente, reduce el conflicto social a una cuestión de derecho positivo. Se ignora, de ese modo, que la organización familiar está en constante mutación y que el Derecho de Familia debe adaptarse a los nuevos hábitos sociales bajo pena de arbitrariedad. Sin embargo, el rigor del derecho civil brasileño lo ha distanciado de las demandas sociales. A título de ejemplo, para admitirse el divorcio fue necesario una enmienda constitucional en 1977. Del mismo modo, la igualdad entre los cónyuges y el fin de la discriminación en relación con los hijos nacidos fuera del casamiento, bien como el reconocimiento de la unión libre entre hombres y mujeres, solamente ocurrió con la promulgación de la Constitución Federal de 1988.

Además, el sistema de filiación del Código Civil de 1916 fue poco a poco siendo sobrepasado por los nuevos descubrimientos biotecnológicos, especialmente del examen genético y de las técnicas de reproducción asistida, que revolucionaran la definición de los vínculos de filiación.

En efecto, el modelo de familia patriarcal y jerarquizada sufrió un fuerte impacto. Ese hecho acarreó la denuncia de la dicotomía insostenible entre los principios constitucionales de igualdad y de prohibición de la discriminación de género y de nacimiento, de un lado, y las reglas de concepción napoleónica del Código Civil.

Ha sido destacado inicialmente que el proyecto del nuevo Código Civil brasileño fue presentado en 1975, durante la vigencia del régimen dictatorial militar. De ese modo, el Congreso nacional se vio en la obligación de “actualizar” el proyecto inicial y “el resultado de ese sufrido proceso, infelizmente, fue ‘sufrible’: una obra completa y acabada como el proyecto original no siempre permite intervenciones posteriores<sup>14</sup>”. El proceso de redemocratización del país, en el inicio de los años ochenta, provocó el abandono del proyecto inicialmente propuesto. La constitucionalización del derecho civil ocurrida después de la promulgación de la Constitución Federal de 1988 provocó gran inquietud cuanto al modo de interpretación y aplicación del Derecho Civil de 1916, exigiendo, pues, una urgente actualización, particularmente en Derecho de Familia. Varias leyes fueron, así, editadas: El Estatuto del Niño y del Adolescente de 1990; dos leyes que facilitaban el divorcio de 1989 y 1992; una ley reglamentando la filiación fuera del casamiento de 1992, y dos sobre el reconocimiento y la reglamentación de la unión estable de 1994 y 1996.

---

<sup>14</sup> Heloisa HELENA BARBOZA, “O Direito de família e o Código Civil de 2002; algumas considerações gerais”. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Nº 364, 2002, p. 153.

Efectivamente, el desorden legislativo lanzó una importante responsabilidad para juristas, abogados y magistrados. En vista de la necesidad de superación de la fragmentación de la regulación jurídica de la vida familiar, la codificación resurge como una solución en busca de mayor unidad e inteligibilidad de los textos en vigor. La codificación conquistó el apoyo político necesario a la construcción de un derecho positivo más próximo de la realidad. Los efectos benéficos de una nueva codificación podrían así contribuir para una mayor integración social que, sin embargo, podría dar origen al retorno de una visión rigurosa del derecho positivo<sup>15</sup>.

## II. EL DERECHO DE FAMILIA EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL BRASILEÑO

El proceso brasileño de codificación no obtuvo un medio que condujera a la uniformidad política o incluso ideológica en razón de la distancia entre el contexto político del inicio de su elaboración en 1975 y su conclusión en 2001. En efecto, el proyecto de codificación permaneció por largos años en el más completo olvido, habiendo sido después rápidamente aprobado y quedando su entrada en vigor fijada para el día 11 de enero de 2003.

Es posible percibir claramente los límites innovadores de la propuesta de codificación, especialmente en razón de la falta de oportunidad para que ocurriera una discusión más profundizada con la sociedad civil o aun, con los autores de la nueva doctrina de la constitucionalización del derecho civil brasileño. Fue posible observar que el proyecto de codificación, “desde un punto de vista técnico, ignoró las profundas mudanzas ocurridas en el Derecho de Familia en razón de la promulgación de la Constitución brasileña de 1988, así como toda la evolución legislativa, en el sentido de acompañar el nuevo sentido constitucional; del mismo modo, se ignoró la vasta y rica jurisprudencia consolidada por la experiencia constitucional de los últimos diez años<sup>16</sup>”.

### A. Una lectura constitucional del Nuevo Código Civil brasileño

Las críticas dirigidas al nuevo Código Civil brasileño, especialmente en cuanto a la organización de la familia originarán la formulación de

---

<sup>15</sup> Bruno OPPETIT, *Essai sur la codification*, París, PUF, 1998, p. 21.

<sup>16</sup> GUSTAVO TEPEDINO, “O Código civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa”. In: *Problemas de direito civil-constitucional*. Coord. Gustavo Tepedino, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 9.

proyectos de ley que proponen su modificación y adaptación a los principios constitucionales de protección de la familia. El nuevo código civil de 2002 trae consigo las contradicciones y tensiones entre, de un lado, la nueva concepción constitucional de familia y, de otro, el antiguo modelo de familia de la codificación napoleónica.

Siendo así, se observa que el fenómeno de la constitucionalización conduce a la afirmación de que la familia legítima, legalmente organizada y estructurada, pertenece al pasado. Con todo, el casamiento recibió un tratamiento destacado en la nueva codificación civil, mientras que la unión libre se encuentra al final, para no decir al margen, del derecho de familia recodificado. Ciertos dispositivos del nuevo código mantuvieron las mismas fórmulas de positivación del antiguo, sin modificar ni al menos sus títulos. Las novedades estarían para la posibilidad de mudanza de régimen matrimonial de bienes durante el casamiento y la inserción de un nuevo régimen de participación en los bienes.

Otra cuestión controvertida estaría en la mantención de uno de los pilares del derecho de la filiación anterior, o sea, la presunción de paternidad del marido de la mujer. En adelante, él tendrá el monopolio para proponer una acción denegatoria de paternidad, sin plazo de prescripción (art. 1601, NCC). De este modo, se fortalece la “verdad biológica” en detrimento de la seguridad de la filiación establecida por la posesión de estado del hijo.

Los dilemas suscitados por el nuevo código civil aparecen a partir de importantes situaciones concretas. De hecho, el nuevo código procuró restringir el reconocimiento de la unión estable entre hombre y mujer. Él pretende insistir en la posibilidad de conversión de la unión estable en casamiento, objetivando, por así decir, una “normalización” de las relaciones familiares (art. 1726, NCC). En ese caso, se afecta la autonomía y la libertad de los individuos en la elección de un modelo de vida familiar, que debe corresponder a las expectativas afectivas y de identidad de cada uno. Las leyes N<sup>o</sup>s. 8.971, de 1994, y 9.278, de 1996, procuran regular las consecuencias jurídicas de una unión estable entre un hombre y una mujer, sea en derecho de orden familiar, sean aun en el plano patrimonial, particularmente en cuanto a los beneficios del régimen de la comunidad parcial de bienes, el deber de asistencia mutua, la pensión alimenticia y el derecho a la sucesión del cónyuge de facto.

Ahora bien, si la familia informal constituye una alternativa al modelo del casamiento y, en ese sentido, ella procura reconocer la pluralidad de situaciones familiares, abiertas por medio de la nueva constitución, ¿cuál es la razón de su no reconocimiento por el nuevo código civil? De hecho,

la unión estable recibió un espacio ciertamente marginal en el nuevo Código; cinco artículos, del 1723 al 1727, situados al final del capítulo, reducen claramente las posibilidades de aplicación de las leyes especiales anteriormente adoptadas.

Queda claro, por consiguiente, que el nuevo código civil procura insistir para que el casamiento sea el fundamento de toda la vida familiar y desincentiva a las personas a escoger la unión estable imponiendo severas restricciones a sus derechos patrimoniales. Él procura así reafirmar la superioridad del modelo del casamiento al relegar la unión estable a un verdadero “trayecto de combatiente” para que sea reconocida mientras entidad familiar.

Aun con relación al casamiento, el nuevo código, al reglamentar la separación de cuerpos, se aleja del espíritu de la Constitución brasileña y de la jurisprudencia posterior a 1988, que procuraba simplificar el proceso de separación concediendo una mayor autonomía a las parejas. El nuevo Código exige la atribución de una falta grave a uno de los cónyuges para que la separación de cuerpos sea reconocida judicialmente. Los vínculos del matrimonio se hacen más resistentes y, para poner fin a la vida conyugal, de aquí en adelante será necesario demostrar una falta que torne imposible la vida conyugal (art. 1572, NCC). Con todo, la jurisprudencia ya venía admitiendo la noción de una ruptura que tuviera como motivación la afirmación de uno de los cónyuges del fin del afecto y del amor conyugal para autorizar la separación de cuerpos. Siendo así, para la petición de divorcio, el nuevo Código retomó las disposiciones constitucionales que lo autorizan a partir de la demostración de la ruptura de la vida común por más de dos años, o de la separación de cuerpos reconocida judicialmente por más de un año (art. 1580, NCC).

El nuevo Código calla sobre el derecho de las parejas homosexuales, al paso que la jurisprudencia a partir del reconocimiento constitucional de la unión libre y estable, de la adopción del principio de la igualdad y de la dignidad de la persona humana, venía atribuyendo efectos patrimoniales a la unión entre personas del mismo sexo. Del mismo modo, los jueces ya venían manifestándose favorablemente a la adopción de un niño por una persona soltera que vive en unión estable con un compañero del mismo sexo, en la medida en que haya demostrado aptitud para la paternidad, teniendo como fundamento el Estatuto del Niño y del Adolescente (art. 42), que fue retomado por el nuevo Código Civil (art. 1618).

La aceptación para adopción de una persona soltera y que vive en unión estable con otra del mismo sexo, construye el camino del reconocimiento de la pareja y de una familia homosexual. Con todo, una fuerte corriente

doctrinaria se muestra contraria a que los homosexuales puedan beneficiarse del instituto de la unión estable, afirmando que la noción de pareja estaría, constitucionalmente, vinculada a una relación afectiva heterosexual. Entretanto, el reconocimiento de la dinámica de la relación conyugal homosexual constituye una realidad que ya es reconocida por el derecho en diversos países. El principio de igualdad impide que “la naturaleza de las costumbres morales pueda estar en la base de una discriminación social<sup>17</sup>”. Cada individuo debe gozar de la plenitud de sus derechos civiles y tener acceso a una vida en familia.

A pesar de la resistencia de una gran parte de la doctrina brasileña y de la omisión del nuevo código civil en relación con la unión estable entre personas del mismo sexo, la jurisprudencia debe mantener su tendencia en reconocer la unión civil de las relaciones homo-afectivas y atribuirles efectos jurídicos concretos tales como la división y la sucesión en el patrimonio común, los beneficios de previdencia, o hasta el derecho de dar continuidad al contrato de arrendamiento del domicilio común.

En el derecho de filiación, particularmente en lo que concierne a la protección de los niños y el ejercicio del poder familiar, se observa que el nuevo código se distancia de la constitución y de la legislación especial anterior, en la medida en que procura retomar la relación familiar del antiguo código de 1916. En efecto, el artículo 1638, I del nuevo Código mantiene el derecho de los padres a castigar físicamente a los hijos y, para procederse a la destitución de la autoridad parental en razón de malos tratamientos, será de aquí en adelante necesario que el niño sea sometido al castigo físico de forma continua e inmoderada. Ahora bien, la Constitución al proteger la familia procura crear, justamente, instrumentos jurídicos que puedan evitar la violencia en las relaciones familiares. El nuevo código se aleja de la noción de protección integral y del interés superior del niño que están claramente reconocidos por la ley especial, el Estatuto del Niño y del Adolescente de 1990 (ley N° 8.069), así como por medio de la Convención de los Derechos de los Niños de la Organización de las Naciones Unidas de 1989. La tolerancia para con el castigo físico a los hijos se presenta claramente como no adaptada a la doctrina de los derechos del niño, que debe orientar el ejercicio de la autoridad parental fundada en el respeto de la integridad física y psicológica de niños y adolescentes.

---

<sup>17</sup> Daniel BORRILLO, *Homosexualités et droit*, París, PUF, 1999, p. 117.



### B. *La emergencia del afecto en el Derecho de familia*

La familia está siempre reinventándose y podemos testimoniar una infinita maleabilidad de las relaciones humanas; variaciones complejas de la articulación entre el afecto, el sexo, la filiación y el patrimonio. Las transformaciones de la noción de familia son tan ricas en nuestra cultura que no podemos establecer un único modelo de familia. Ciertamente, la familia ya fue considerada como una unidad de producción económica, los niños representaban la mano de obra gratuita y el casamiento encontraba su justificación en la necesidad de asegurar estabilidad y seguridad al grupo familiar. Pero actualmente, la familia se encuentra fundada en el sentimiento amoroso que funda la vida conyugal. El amor fue, por un largo tiempo, percibido como un instrumento de perturbación y de desorden social. Los sentimientos debían estar guardados en un pequeño jardín secreto. La búsqueda de la felicidad que fundamenta el casamiento es un hecho muy reciente y la noción de amor debe ser comprendida en un sentido amplio y evolutivo<sup>18</sup>.

En efecto, la aceptación del afecto en la vida familiar provocó la facilitación de las condiciones de acceso al divorcio y a la separación de cuerpos. La motivación del casamiento siendo el fin el sentimiento amoroso marca la ruptura de la sociedad conyugal. La búsqueda de la felicidad por medio de la vida conyugal conduciría a la realización individual. En esa perspectiva, el Derecho debería simplificar y tornar menos dramática la ruptura del casamiento, dejando un lugar para la voluntad individual y reduciendo las injusticias en el momento de la división de los bienes e imposición de las obligaciones nacientes del rompimiento del vínculo conyugal.

Actualmente, los hijos de la pareja son niños deseados. Su nacimiento representa la realización del proyecto de vida conyugal, sobre todo frente a la eficacia de los medios contraceptivos. El ejercicio de la planificación familiar reduce el nacimiento de niños no deseados, aun cuando la ley penal brasileña continúe prohibiendo el recurso al aborto, penalizando su práctica en los artículos 124 a 128 del Código Penal de 1940. El deseo de paternidad del hombre se torna interdependiente de la voluntad de la mujer, no solamente por el acceso a los medios contraceptivos, sino, igualmente, por la facilitación del acceso a las nuevas tecnologías de reproducción<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Alain ROY, *Le contrat de mariage réinventé; perspectives socio-juridiques pour une réforme*, Montréal, Thémis, 2002, p. 143.

<sup>19</sup> Christine CASTELAIN-MEUNIER, *La paternité*, París, PUF, 1997, p. 53.

En la perspectiva del Código Civil de 1916 se ignoraba la posesión de estado de hijo para el establecimiento de la filiación. Y por esta razón, muchos niños encontraban dificultades en establecer los vínculos de parentesco. Más de una vez, la doctrina y la jurisprudencia reconocieron la importancia de la verdad sociológica de la filiación y mitigaron los rigores de la verdad jurídica impuesta por el antiguo Código Civil, bajo la base de presunciones. Progresivamente, la posesión de estado de hijo, caracterizada por la realidad social y afectiva, pasó a ser aceptada para el establecimiento de la filiación, corrigiéndose de esa forma la ausencia de registro de nacimiento aún muy corriente en el medio rural y en las villas más alejadas de este inmenso Brasil. En ese sentido, la omisión de los autores del nuevo Código sobre el elemento sociológico de la filiación es de veras decepcionante e ignora el largo trabajo de la doctrina y de la jurisprudencia brasileña, tendente a facilitar el establecimiento de la filiación en el interés superior del niño<sup>20</sup>.

Se trata del reconocimiento jurídico de la forma más espontánea de manifestación de la existencia de los vínculos de filiación. Expresando la realidad social, la posesión de estado de hijo ofrece una respuesta justa al interés de protección del niño, disminuyendo los eventuales conflictos y querellas patrimoniales. El cuidado y la afección concedidos al niño demuestran la existencia de los vínculos de filiación con un adulto, sobre todo, los vínculos de paternidad, cuya ausencia de otros elementos externos de prueba, por ejemplo de la maternidad, dificultan sensiblemente el reconocimiento jurídico de la filiación. Ahora, los sentimientos deben ocupar un espacio significativo en el Derecho de Familia: “la promoción del afecto puede ser directa y encontrar su origen en la ley, aunque, las relaciones entre el Derecho y la razón del corazón estén seguidamente distanciadas por equívocos, perturbaciones y disputas<sup>21</sup>”.

Durante la década de los noventa, Brasil se enfrentó con los avances de la ciencia en materia de determinación de los vínculos de filiación a través del examen de ADN y, más profundamente, a partir de los desafíos de las técnicas de reproducción médicamente asistidas. Estos nuevos procedimientos rompieron con las presunciones del antiguo Código de 1916 para el establecimiento de los vínculos de filiación. Entretanto, sería importante resaltar que tales procedimientos adquieren un costo elevado y, si ellos

---

<sup>20</sup> María Claudia CRESPO BRAUNER. “Le nouveau droit de la filiation au Brésil: la dimension affective des relations familiales”. In: *L'identité de la personne humaine*, sous la Direction de Jacqueline Pousson-Petit, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 825-845.

<sup>21</sup> Jacqueline POUSSON et Alain POUSSON, *L'affection et le droit*, Paris, CNRS, 1990, p. 32.

representan un considerable avance para la solución de conflictos judiciales de filiación, aún son prohibitivos para una gran parte de las familias brasileñas que cuentan solamente con los recursos del sistema público de salud. En ese sentido, la filiación sociológica establecida por la posesión de estado de hijo puede contribuir para ofrecer soluciones de emergencia a las situaciones de niños abandonados, puesto que la relación entre padre e hijo es mucho más compleja y rica que la simple determinación de la verdad biológica basada en el examen genético.

De ese modo, se comprende que ciertas cuestiones deban ser objeto de interpretación y evaluación de jueces y tribunales, puesto que el nuevo Código no puede querer reglamentarlo y preverlo todo; procura tan solo fijar las grandes líneas del Derecho y los principios de organización de la sociedad civil. Siendo así, la primacía del afecto sobre lo biológico representa la búsqueda de equilibrio y adaptación a la diversidad de la realidad social brasileña.

### *C. El pluralismo y la complejidad de las relaciones familiares*

Si es verdad que “los juristas asumen la misión de contribuir para la construcción de una vida social más justa a través de un constante progreso de las reglas de Derecho<sup>22</sup>”, se vuelve imprescindible la definición de una idea de justicia a realizar y que pueda responder a la complejidad de las situaciones familiares contemporáneas. El fenómeno de la constitucionalización del Derecho civil puede, en ese sentido, contribuir para el reconocimiento jurídico de la pluralidad de familias.

El reconocimiento de la crisis de la teoría tradicional del Derecho civil, así como la formulación de nuevos paradigmas, facilita la comprensión de las tendencias que constituyen el diálogo entre Derecho y Sociedad<sup>23</sup>. Un estudio de las interacciones entre las estructuras familiares puede llevar a una mejor comprensión del modo por el cual el Derecho debe aprehender las relaciones de familia. La contribución de otras disciplinas (demografía, psicología, sociología y medicina) será esencial para una reflexión sobre la adaptabilidad del Derecho a una realidad social compleja y pluralista<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> HENRI et LÉON MAZEAUD; Jean MAZEAUD et François CHABAS. *Leçons de droit civil*. Tome I, Premier volume, *Introduction à l'étude du droit*. París, Montchrestien, 2000, p. 53.

<sup>23</sup> Luis EDSON FACHIN, *Teoria Crítica do Direito Civi*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 173.

<sup>24</sup> Eduardo Ignacio FANZOLATO, “El derecho de familia en los países del MERCOSUR”, *Derecho de Familia*, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, Buenos Aires, ABELEDO-PERROT, N° 13, 1998, p. 40.

En esa perspectiva, la solidaridad conyugal debe ser estimulada para asegurar un espíritu de autonomía, de libertad y de igualdad en las relaciones familiares. La libertad debe ser reconocida a los cónyuges de modo que puedan definir su proyecto de vida común, en función de sus expectativas y necesidades. El proceso de interpretación doctrinaria y jurisprudencial del nuevo Código Civil debe ser guiado por una visión pluridisciplinaria que pueda considerar, al mismo tiempo, las contribuciones del Derecho comparado y la dimensión sociológica del Derecho de Familia, promoviendo una actualización constante del Derecho de familia brasileño.

Las pesquisas sociológicas y antropológicas permiten comprender que las personas negocian las consecuencias jurídicas de su modo de vida con las reglas del Derecho<sup>25</sup>. La ley civil debe adaptar su arquitectura original y su contenido a la voluntad de los individuos. En efecto, las nuevas configuraciones familiares imponen innumerables interrogaciones sobre la pertinencia de una intervención legislativa. Las familias recompuestas, cuando un hombre y una mujer, casados o no, viven con hijos de uno y de otro, muchas veces también con hijos comunes, constituyen una situación cada vez más frecuente y que desafía la responsabilidad en el ejercicio del coparentesco. Se trata de relaciones afectivas y electivas, que se constituyen al lado de la filiación de Derecho y que deben ser protegidas por el Estado. El desconocimiento del papel del padrastro presenta problemas delicados, a los cuales la doctrina y la jurisprudencia brasileña no consigue ofrecer todavía elementos para contribuir a una comprensión jurídica de ese fenómeno social. De hecho, si bien la cuestión es compleja, se debe observar que una futura intervención del Derecho en las relaciones familiares recompuestas debe prescindir de una visión excesivamente dogmática. Antes de recurrirse a una intervención legislativa del problema, se debe considerar la práctica contractual de las relaciones familiares, expresada en los acuerdos extrajudiciales de solución de conflictos por medio de la mediación, por ejemplo, y que puede constituir un camino a seguir antes de la formulación de una ley destinada a las familias recompuestas<sup>26</sup>.

El tratamiento jurídico de las relaciones privadas y de los derechos fundamentales representa un importante desafío impuesto por la comple-

---

<sup>25</sup> Jean-Paul JEAN et Jean-Pierre ROYER. "Le droit civil, de la volonté politique à la demande sociale; essai d'évaluation sur deux siècles". *Pouvoirs*, París, Scuil. N° 107, 2003, p. 140.

<sup>26</sup> Hugues FULCHIRON, "Le droit français face au phénomène des recompositions familiales". In: *Quels repères pour les familles recomposées?* Sous la direction de Marie-Thérèse Meulders-Klein et Irène Théry, París, LGDJ, 1995, p. 137.

alidad de la vida social y política, que se encuentra sometida a diversas fuerzas e intereses de una realidad social pluralista. El actual modo de vida de las familias se encuentra influenciado por informaciones y por la ciencia, transformando comportamientos y aumentando las exigencias por una justicia capaz de considerar la diversidad de los perfiles conyugales y las expectativas de cada individuo.

### CONCLUSIÓN

El desafío de unificar el Derecho de Familia brasileño después de la entrada en vigor del nuevo Código Civil de 2002, impone una gran responsabilidad para el futuro. Una vez más, el papel de la jurisprudencia es fundamental para la integración de los principios constitucionales que de aquí adelante inspiran la aplicación del Derecho de Familia. Los jueces y tribunales asumen, igualmente, un importante papel en la construcción de un equilibrio entre los intereses individuales y sociales.

Toda tentativa de llegar a la uniformidad del modo de vida familiar está destinada al fracaso, puesto que las transformaciones de la familia tienen por base la igualdad entre los sexos, la conquista de un espacio social para los niños y, finalmente, la consagración del afecto en las relaciones entre cónyuges y entre padres e hijos. Se debe comprender la pluralidad de perspectivas y la multiplicidad de voces que están representadas en la discusión sobre la construcción del Derecho de la Familia brasileña.

La codificación debe asegurar la dignidad de la persona, la igualdad de género, la promoción de las diversas formas de familias, de los derechos de los niños y de una nueva concepción de la responsabilidad de los padres. Algunas reformas puntuales serán todavía necesarias para que se pueda enfrentar la exclusión social, las condiciones morales y materiales de existencia de todas las familias atingidas por la pobreza.

La opción por un encuadramiento preciso de las nuevas manifestaciones de afecto puede dificultar el espacio de expresión de las libertades individuales. Se debe pensar en la construcción de una armonización entre la Constitución y el nuevo Código Civil, con el objetivo de promover una mayor eficacia del Derecho a partir de la promoción de políticas públicas para la familia, de modo de responder a las necesidades de las parejas y de los niños.