



**Biblioteca  
IBEROAMERICANA  
de DERECHO**

# **FAMILIA, CONFLICTOS FAMILIARES Y MEDIACIÓN**

Johanna Ponce Alburquerque

PRÓLOGO

CHRISTIAN PROAÑO JURADO  
Abogado – Negociador



## AGRADECIMIENTOS

Esta obra se escribe en tiempos complejos guiados por experiencias que conducen a profundos aprendizajes. Naturalmente sin una guía adecuada, no hubiese sido posible lograr encontrar el mensaje que cada situación trae. Por este y muchos otros motivos, deseo expresar mi profundo agradecimiento a mis maestros Francisco PUY MUÑOZ, Catedrático emérito de la Universidad Santiago de Compostela y Dra. Milagros OTERO PARGA Valedora do Pobo de Galicia, sin su apoyo no hubiese sido posible continuar por el camino que conduce a la plenitud que es el camino de la justicia y la paz.

Mi agradecimiento a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, por haberme acogido en su Maestría y ahora bajo su noble techo presentar este libro.

## PRÓLOGO

Quienes hemos incursionado en el mundo de la negociación y de los métodos que alternativamente nos permiten resolver conflictos, sabemos que existen situaciones en las cuales optar por alguna de estas vías puede ser más adecuado para alcanzar con mayor inmediatez y eficacia resultados que por otros mecanismos que pueden ser más complejos e incluso presentar trabas que terminarían por desembocar en la profundización del conflicto. Sin embargo, no es menos cierto que, hasta hace poco tiempo, estos mecanismos eran considerados como excepcionales para el manejo y gestión de conflictos y como tal, su aplicación era limitadísima. La regla general consideraba los procesos judiciales como la principal vía para afrontar las disputas y controversias.

No pocas veces he sido testigo de que la aplicación de estos mecanismos acompañados de una acertada asesoría y una comunicación bien canalizada, ha sido un elemento rector efectivo para destrabar conflictos y dar paso a acuerdos. Por otro lado, en varias ocasiones he visto también como la asesoría mal encaminada de algunos abogados ha generado una prolongación injustificada en disputas que, podrían haber sido de fácil resolución, pero se han visto alargadas en el tiempo y con obstáculos que aparecen y se renuevan cada día.

Sin embargo; esta visión *utilitarista* de la mediación y negociación se tornó obsoleta cuando tuve la oportunidad de conocer a la doctora Johanna PONCE ALBURQUERQUE. En su pensamiento y en sus argumentaciones sobre Justicia, encontré algo que, durante mis largos años de estudio y prácticas profesionales en el ámbito específico de la negociación, no había aprendido: *para que los acuerdos sean duraderos deben ser justos y no sólo útiles.*

Entender la tesis de la doctora Johanna PONCE que propone la solución de conflictos a partir del Valor Justicia, en la que aplica de manera real, entre otras novedosas técnicas, la fórmula de ULPiano (228 a. C.) *dar cada uno lo suyo*, significó para mí un enorme descubrimiento. Desde ese momento una pregunta no deja de estar presente en cada negociación que realizo y creo que en todos los actos de mi vida: ¿Qué es lo justo? La búsqueda de esta respuesta da origen a una nueva mirada y gestión de los conflictos, a una realidad distinta y más feliz. Es por eso que admiro y resalto el gran valor que tiene el trabajo de la doctora PONCE y las enormes contribuciones que el mismo aportará a la sociedad, a las relaciones de las personas y al desarrollo de los métodos de solución de conflictos.

Johanna PONCE ALBURQUERQUE es abogada por la Universidad Central del Ecuador, Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Andina Simón Bolívar, Magíster en Ciencias de la Familia con mención en Mediación por la Universidad de Santiago de Compostela y Doctora en Derecho Privado por la Universidad de Santiago de Compostela.

Su trayectoria académica la avala como docente reconocida y de alto prestigio en el campo del derecho administrativo, el derecho civil, el derecho empresarial, los métodos alternativos de solución de conflictos y el derecho de familia, ha ejercido su cátedra en importantes universidades como la Universidad Internacional SEK y, en la actualidad en la Universidad de Las Américas. Ha sido autora de varios estudios de Derecho, entre ellos: *El Valor Justicia*; *Eje de la Mediación Escolar*, *Un Estudio Comparativo entre España y Ecuador*<sup>1</sup>, *El Sindicalismo Público en el Nuevo Bloque de Constitucionalidad*<sup>2</sup> y *Los Códigos de Convivencia en el Ecuador: Proceso de Construcción e Incidencia sobre la Prevención y Solución de Conflictos en la Escuela*<sup>3</sup>.

Como abogada en el libre ejercicio profesional dirige la firma «Ponce & Proaño – Abogacía y Consultoría» una firma enfocada a la negociación

---

<sup>1</sup> PONCE, Johanna, *El Valor Justicia, Eje de la Mediación Escolar*. Un Estudio Comparativo entre España y Ecuador. Tesis Doctoral, Universidad Santiago de Compostela, España, 2014.

<sup>2</sup> PONCE, Johanna, *El Sindicalismo Público en el Nuevo Bloque de Constitucionalidad*, Tesis para la obtención del Título de Máster en Derecho Administrativo, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2011.

<sup>3</sup> PONCE, Johanna, *Los Códigos de Convivencia en el Ecuador: Proceso de Construcción e Incidencia sobre la Prevención y Solución de Conflictos en la Escuela*, Tesis para la obtención del título de Máster en Ciencias de la Familia del Área de Psicología, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2012.

y solución de problemas jurídicos. Su ideal de justicia le inspira a llevar adelante el Centro de Mediación «Mediadores» que busca contribuir a una cultura de paz en la ciudadanía.

Johanna PONCE es una destacada mediadora y negociadora que constantemente impulsa la aplicación de estos mecanismos en distintos campos, como la educación o la familia, materia que nos ocupa en la presente obra. Es, además, un ser humano que cree en el servicio y en el bienestar de las personas, lo que le ha llevado a enfocar su trabajo en la consecución de intereses superiores en favor de los demás. Esto lo ratifico cuando en palabras de ella escucho frases como «...ya suficiente dolor generan los conflictos dentro de la familia, como para someter a las personas a una disputa judicial que solo generará más sufrimiento...», o cuando es crítica con los profesionales del derecho que lucran inescrupulosamente del dolor de las personas cuando enfrentan conflictos familiares.

La obra *Familia, Conflictos Familiares y Mediación*, a lo largo de sus ocho capítulos, demuestra ser el producto de una ardua investigación y de una excepcional claridad de ideas. La autora logra retratar a la familia desde una óptica multidisciplinaria, integradora y amplia que si bien aborda una parte jurídica, también lo hace desde una concepción social, histórica, sociológica y, especialmente, desde una concepción a la luz de los valores espirituales del ser humano. Esto lo ratifica al inicio del primer capítulo cuando se refiere a su obra indicando que «...la investigación, si bien es jurídica, escapa a los tecnicismos y rigores del *positivismo*, apuntando a describir y abordar el problema del conflicto familiar como un conflicto delicado y sensible, marcado por los valores y las emociones más íntimas del ser humano». De ahí que, el potencial que tiene su contenido ha de convertir efectivamente a esta obra en aquello que propone su autora: «lo que deberías saber antes durante y después del matrimonio».

*Familia, Conflictos Familiares y Mediación* constituye un importante aporte para la familia de hoy y para la sociedad, en general, pues se fundamenta en la tesis de lograr acuerdos justos en cualquier etapa de la vida para así lograr una mejor convivencia familiar. La autora explica de una manera técnica, pero a la vez sencilla, la dinámica de la familia, el matrimonio, los hijos y los problemas que acompañan la realidad familiar, a la vez que, transversalmente demuestra que la raíz del conflicto está en los valores y las emociones; y sugiere como condición necesaria para lograr una vida más plena, una comunicación abierta y sincera entre los miembros de la familia.

1.– El recorrido temático comienza con la concepción, análisis histórico y evolución de la familia y determina las características originarias

de la familia que persisten en la actualidad, como la de ser una institución natural que busca asegurar la evolución y la perpetuación humana.

2.– Se realiza un análisis del matrimonio como institución del derecho natural fundamentado en valores morales expresados en el Código Civil, de allí la expresión: «se trata del amor y la fe en el Código Civil».

3.– Se describen los principales problemas de convivencia durante el matrimonio, se explica la influencia de las emociones en los conflictos familiares, así como, la necesidad de una adecuada gestión de éstas.

4.– Se analiza la figura jurídica del divorcio, no como una solución al conflicto de pareja, pues se explica que si no se logran acuerdos, en especial cuando hay hijos en común, se corre el riesgo de que el conflicto, en lugar de solucionarse, se agrave. La autora hace un llamado a los operadores de justicia para que se relacionan con el tema de la familia y asuman con responsabilidad y compromiso el ejercicio de sus funciones en una de las áreas más sensibles y fundamentales del Derecho.

5.– *Los puntos difíciles de negociar en el divorcio* es el tema que se desarrolla en el capítulo cinco, y de acuerdo con lo descrito por la autora, la raíz del conflicto está en los valores, pues explica que cuando las partes no discuten de valores se centran erróneamente en cosas materiales.

6.– El capítulo seis se refiere a las relaciones de familia luego del divorcio, ¿Es posible seguir siendo familia? Es posible, aunque demanda de las partes un esfuerzo en aceptar el dolor de la separación y del proyecto de vida que termina. La autora nos enseña que se puede volver a construir una relación que permita a las personas mantener de forma positiva y constructiva los vínculos familiares cuyos lazos consanguíneos no desaparecen.

7.– *Los valores la raíz del conflicto familiar* es un llamado a cumplir con el deber como ciudadanos, para que desde nuestros espacios más íntimos hagamos realidad los derechos humanos que no son otra cosa que el respeto y la aceptación de la dignidad del otro.

8.– Las partes en conflicto pueden ejercitarse en la tarea de construir permanentemente acuerdos en sus relaciones, pero si requieren ayuda, la mejor alternativa es la mediación jurídica familiar. Esta es una institución que analiza la autora a la luz de la experiencia española y en la que propone su propio método práctico, «Mediación con base en el Valor Justicia»<sup>4</sup>, del cual destaco principalmente tres ideas:

---

<sup>4</sup> PONCE, Johanna, *Conflictos escolares, justicia y mediación*, Reus, Madrid, 2014.

a) Encontrar en qué valores se inserta el conflicto familiar, entender cuál es el valor principal y en virtud de aquel, realizar una jerarquización de los demás valores.

b) Para resolver el conflicto y alcanzar un acuerdo, son los valores los que deben imperar, estos deben ser el puente entre los hechos o motivos que generaron el conflicto y el posterior acuerdo.

c) Las personas en conflicto necesitan discutir sobre la base de valores porque si no lo hacen, el conflicto permanece latente.

En definitiva, el trabajo que se profundiza en esta obra demuestra la importancia que tienen las relaciones familiares vistas a la luz del Derecho, pero también desde otras perspectivas y áreas, de ahí que todos quienes operamos en el área jurídica tenemos en este libro, líneas profundas para entender y aprender sobre el derecho de familia. El aporte, sin embargo, no termina aquí, este gran trabajo de la doctora Johanna PONCE nos lleva más allá, su contenido amplio, multidisciplinario e integral se proyecta a convertirse en un referente de la materia para todas las personas que, sin necesidad de ser abogados, quieren y necesitan entender las relaciones familiares, sus conflictos y tener claridad sobre cómo resolverlos, pues en la familia está el origen y el final de nuestra experiencia humana y espiritual.

Christian PROAÑO JURADO  
Abogado – Negociador

## PRESENTACIÓN

# FAMILIA, CONFLICTOS FAMILIARES Y MEDIACIÓN

La obra FAMILIA, CONFLICTOS FAMILIARES Y MEDIACIÓN aborda los problemas de las familias actuales frente a los desafíos que traen los tiempos revueltos que vivimos. La experiencia como abogada y mediadora me ha mostrado el drama humano detrás del conflicto de familia; he percibido también las pocas herramientas que las partes involucradas disponen para solucionarlo. Recurren al abogado y a la administración de Justicia en busca de soluciones, y en la mayoría de casos, se topan con personas indiferentes al dolor humano que no solucionan el conflicto, sino que lo alargan indefinidamente.

La familia es el grupo social primario en el que los seres humanos tenemos nuestros primeros aprendizajes y estos no pueden ser los de injusticia, dolor y resentimiento. La familia es nuestra escuela de valores y así lo demostramos en el capítulo primero mediante un recorrido por la evolución de la familia desde su origen hasta los nuevos retos que enfrenta en el siglo XXI.

El segundo capítulo estudia la institución del matrimonio en los aspectos sociológicos y jurídicos. Se hace referencia al carácter *sacro* del matrimonio y los fines que persigue. También se explican los efectos jurídicos personales y patrimoniales.

En el tercer capítulo se aborda la convivencia durante el matrimonio, el terreno en el que nacen los conflictos. Se analiza la convivencia como una forma de crecimiento de la familia cuando se dispone de habilidades para solucionar las desavenencias y desacuerdos que se producen en el día a día. El hogar debe ser un lugar de encuentro y para ello, la familia debe aprender a gestionar sus propias emociones y establecer acuerdos que los conduzcan a una vida plena.

En el cuarto capítulo hablamos del divorcio, no como una salida a los problemas del matrimonio, sino como figura jurídica compleja a la que las parejas recurren pensando que será una solución a sus problemas y que, en realidad, puede resultar un verdadero viacrucis si no han aprendido a solucionar sus conflictos. El nivel de conflictividad aumenta en el divorcio debido a que a las partes ya profundamente lastimadas en el proceso se suman actores que intervienen dentro del conflicto y que, generalmente, lo agravan: los abogados litigantes, las familias políticas y las nuevas parejas. Este capítulo proporciona importante información jurídica que toda persona debería conocer al respecto.

En el capítulo cinco se estudian los aspectos difíciles de negociar en un proceso de separación o divorcio: bienes, alimentos, tenencia, visitas y patria potestad. Para ello, se explica cada figura jurídica y se proponen algunas alternativas de solución distintas a las que establece la ley. Se hace énfasis en la autonomía de las partes para lograr salidas creativas frente a las que sugiere la técnica jurídica.

Después de la separación viene una etapa de transición marcada por el duelo que toda pérdida trae; se ha frustrado el proyecto de vida en común de la pareja, pero nace uno nuevo como padres y principalmente se mantiene el proyecto de familia. De esta manera, la familia debe adecuarse a una nueva forma de vida y a nuevas relaciones. En el capítulo seis se trata esta temática y también se habla del perdón como uno de los aprendizajes más importantes en el seno familiar.

Con las emociones a nuestro favor nos introducimos en el capítulo siete en la solución de conflictos familiares, enfatizando que las partes pueden lograr creativamente acuerdos justos a luz de sus principales valores. Los valores son el puente principal para poder reconstruir las relaciones humanas antes, durante y después del matrimonio. Igualmente, se revisan algunos valores constitucionales que se pueden aplicar en las relaciones de pareja que en algunos casos se pasan por alto con la excusa de que es un ámbito muy privado. Sin embargo, siendo la familia el núcleo esencial de la sociedad, en ella deben cumplirse en primer término todos los derechos humanos.

Finalmente, en el último capítulo se estudia la mediación jurídica familiar tomando como referencia el modelo español que se ha implementado con éxito en la mayoría de las Comunidades Autónomas de España. La mediación familiar es una alternativa amigable y beneficiosa que promueve acuerdos justos y duraderos para las familias.

*Johanna Ponce Alburquerque*  
CENTRO DE MEDIACIÓN MEDIADORES  
UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS

## CAPÍTULO I

### FAMILIA

La presente obra se propone analizar, a la luz de la mediación y de la teoría de los valores y derechos humanos, el problema de los conflictos familiares que se producen durante y después del matrimonio con hijos. La investigación, si bien es jurídica, escapa a los tecnicismos y rigores del *positivismo*, apuntando a describir y abordar el problema del conflicto familiar como un conflicto delicado y sensible, marcado por los valores y las emociones más íntimas del ser humano.

Actualmente podemos afirmar que la familia no tiene las mismas fuentes que durante algunos siglos mantuvo, tales como: el matrimonio, la filiación y la adopción. Las fuentes de la familia hoy son múltiples y complejas, lo que ha dado paso a una regulación cada vez más amplia en el campo del derecho de familia. Sin embargo, ni las leyes, ni el Estado han podido dar soluciones efectivas a los conflictos familiares.

Dentro de las fuentes que dan origen a la familia, nosotros hemos escogido el *matrimonio*. En principio, quisimos ampliar la investigación a las *uniones de hecho*, sin embargo, dado que esta institución tiene características propias —como la unión las parejas del mismo sexo, limitación de adopción en parejas del mismo sexo y otras particularidades— no se incluyó para evitar confundir al lector. No obstante, la información aquí expuesta podría ayudar a mejorar todo tipo de relaciones familiares, puesto que, al fin y al cabo, se trata de familia.

## 1.1. LA FAMILIA

El ser humano es el ser superior de la Creación, el único de su especie que posee razón, característica que lo ubica por encima de todos los otros seres creados. Pero a la vez es el más indefenso de todos, pues desde que nace necesita del cuidado y protección de otros para su supervivencia. Además, está condenado a ganarse la vida mediante el esfuerzo y el aprendizaje constante, puesto que, a diferencia de las plantas y los animales, nada le viene dado.

En consecuencia, podemos caracterizar al ser humano como un ser gregario por naturaleza, de biología amorosa, dependiente e interdependiente de los otros, dominante y dominado, particularidades que lo dirigen inevitablemente hacia el pequeño y el gran grupo social. Nos remontamos entonces a *los clanes familiares* y a *las tribus*, primeras organizaciones sociales que a su vez legan a la *familia* características como el patrimonio, la jerarquía, la casa, un dominante, unos dominados y la división de roles en el trabajo.

Antes de ser la familia el conjunto de padres e hijos, fue el conjunto de un dominante y unos dominados, o sea de los siervos de la casa bajo el mando del señor de la casa. Lo dice la etimología. Porque *familia* así, en contextos romances desde comienzos del siglo XIII, es antes *familia-ae* en latín; en donde aparece por derivación *famulus-i* que es el criado o siervo de la casa. Pero *famulus* a su vez procede de la unión de *famul* + *domus*. *Domus-us* es la casa. Pero *famul* procede de una palabra osca primitiva *famel* que significa siervo o esclavo. Y que todo ello no es causal lo corrobora la tradición celtíbera perseguible por el vasco. En efecto en vasco familia se dice con la raíz latina familia. Pero con raíz propia *senideak* y *sendi*. Pero *seni-sein-sei* o *sehi* significa niño o criado. Y el *deak-di-dui...* es sufijo que significa localización o estás ahí. Pero para un vasco la localización fundamental es la casa o el caserío; de donde como en latín *familia* en vasco *senideak* significa el conjunto de criados de la casa, que constituyen los bienes del señor de la casa<sup>5</sup>.

La familia en sus orígenes es una comunidad independiente bajo la potestad o el dominio de un *pater familiae*. No se da especial importancia en aquella época a los consanguíneos. Al respecto, PLANEOL y RIPERT explican que el concepto de familia se presenta en sentido amplio y en sentido limitado. El primero se refiere al conjunto de personas que están

---

<sup>5</sup> PUY MUÑOZ, Francisco, *Las trampas del lenguaje jurídico y político*, Editorial Porrúa, México D.F., 2014, p. 252.

unidas por el matrimonio o por la filiación —excepcionalmente por adopción— y el segundo a los miembros de la familia que viven un mismo techo sujetos a la dirección y con los recursos del jefe de la casa<sup>6</sup>. El concepto adoptado a raíz de la Revolución francesa (1789), reconocido en el código napoleónico y, por ende, en la mayoría de legislaciones latinoamericanas, es el de la ‘pequeña familia’, es decir, el conjunto de personas unidas por matrimonio, filiación o adopción.

Se desprende del breve antecedente histórico que la familia es una institución dinámica, pero a la vez sólida. Prueba de ello es que persisten características desde sus comienzos y esto sucede porque es una organización natural que emerge de las necesidades biológicas del ser humano para su correcto desarrollo físico, psíquico, social y espiritual. A continuación, describimos algunos aspectos que identifican a la familia:

- a) La familia es una institución del derecho natural. La familia es una institución del derecho natural porque existe antes que el Estado y antes del reconocimiento legal en los instrumentos normativos internacionales o nacionales como las constituciones. Lo es también porque se funda en necesidades biológicas de los seres humanos como, por ejemplo, la de perpetuar la especie y la preferencia genética. Y lo es también por la biología ‘mamífera-materno-amorosa’ del ser humano.

De modo contrario a lo que hemos manifestado, existe una corriente socio-jurídica que argumenta que la familia tiene un origen cultural y no natural:

En otras palabras, aunque distintas formas familiares han existido y existen en todos los pueblos y en todas las épocas, el *concepto* de familia, como el de matrimonio, y el de filiación, es una creación «cultural», no «natural» o «esencial» y, por lo tanto, cambiante [...]. La familia es, entonces, un instituto histórico y socialmente condicionado: «representa una realidad en la cual se refleja, más que en ningún otro instituto jurídico, la estructura de la sociedad y los valores fundamentales que la caracterizan»<sup>7</sup>. Los vínculos entre familia y sociedad impiden que la familia pueda considerarse un sistema cerrado en sí mismo, impermeable al cambio; por

---

<sup>6</sup> PLANIOL, Marcel & RIPERT, Georges, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Tomo I, Traducido por José M. Cajica, Cárdenas Editor y Distribuidor, México D.F., Segunda Edición, 1991, p. 281 & 282.

<sup>7</sup> FORTINO, M., *Diritto di famiglia, I valori, i principi, le regole*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 4; cfr. COLLURA, G., «Il civilista, la familia e le sue trasformazioni», en *Riv. Critica del Dritto Privato*, 2006, p. 627.

el contrario, es un autor social complejo, inmerso en múltiples procesos interactivos políticos, ideológicos, etc.<sup>8</sup>.

El origen natural de la familia no niega que sea una institución dinámica y cambiante, pues biológicamente el ser humano es evolutivo: «Desde luego, que aunque la familia en sus lineamientos generales, por ser una estructura natural tiene fijeza, en cambio está sujeta a constante evolución en sus formas accidentales y en sus fines secundarios»<sup>9</sup>.

- b) La familia escuela de supervivencia del ser humano. La familia es el lugar material y espiritual donde el ser humano inicia su experiencia de vida. En la familia comienza el viaje. Tendrá conciencia de sí mismo, iniciará su aprendizaje —lo tiene que aprender todo: caminar, hablar, pensar, etc.— y para ello tendrá que esforzarse, equivocarse, aprender, volver a equivocarse y aprender una y otra vez. Tan difícil tarea no sería posible sin el acompañamiento de unos seres humanos que llegaron antes que él y que lo guiarán hasta que esté fuerte. En ese momento dejará el grupo y formará una nueva familia. Esta es nuestra historia, generación tras generación, en todo el planeta. Millones de experiencias únicas, millones de familias que componen el gran grupo social.
- c) La familia escuela de valores y virtudes. La familia es el primer lugar donde se experimentan valores como la justicia, el respeto, el amor, etc. En suma, es en la familia donde se adquiere conciencia de la jerarquía de valores. «La familia es el lugar donde los padres se convierten en los primeros maestros de la fe para sus hijos. Es una tarea artesanal, de persona a persona: «Cuando el día de mañana tu hijo te pregunte [...] le responderás...» (Ex 13,14). Así, las distintas generaciones entonarán su canto al Señor, «los jóvenes y también las doncellas, los viejos junto con los niños» (Sal 148,12)»<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, «Las nuevas realidades familiares en el proyecto de Código Civil y Comercial argentino», *Nuevos desafíos del Derecho de Familia*, Kemelmajer de Carlucci, Aída; Ángel Borrillo Daniel & Flores Rodríguez, Jesús (coordinadores), Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, pp. 93-124, p. 95&96.

<sup>9</sup> LARREA HOLGUÍN, Juan, *Derecho Civil del Ecuador*, Tomo II, Derecho Matrimonial, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1985, p. 11.

<sup>10</sup> Santo Padre FRANCISCO, Exhortación Apostólica Postsinodal *Amoris Laetitia* (*La Alegría del amor*) Roma, junto a San Pedro, en el Jubileo extraordinario de la Misericordia, el 19 de marzo, Solemnidad de San José, del año 2016, p. 15&16.

Por excepción, puede que la familia sea escuela de *disvalores*, lo que no deja de ser algo relativo, pues cuántos hijos que sufrieron maltratos en su familia, fueron hombres y mujeres de bien y cuántos hijos que crecieron en familias estables y con valores cristianos eligieron una vida de vicios y excesos. Consecuentemente, si el Estado debe intervenir en la familia es, precisamente, para frenar cualquier despropósito de la familia y de sus miembros.

El Estado debe velar porque la familia sea respetada y reconocida como una entidad autónoma apegada a los valores y principios del humanismo. En suma, no basta con proteger a la familia, sino que hace falta promover las buenas familias. Como explica el ilustre jurista doctor Francisco PUY, *la buena familia* es aquella que «constituye por su equilibrio interior el fundamento sólido de la sociedad, es aquella en la que distintas generaciones coinciden y se ayudan mutuamente para lograr una mayor sabiduría y para armonizar los derechos de las personas con las demás exigencias de la vida social. O sea, la familia que constituye una autentica escuela de humanismo<sup>11</sup>.

d) La jerarquía en la familia. La jerarquía dominante/dominados es una característica que ha acompañado al ser humano y, por ende, a la familia como grupo social. Empero, advertimos que no se trata de una situación de esclavos que viven en la casa de un jefe de familia que tiene dominio absoluto sobre ellos. Cuando hablamos de jerarquía en la familia hacemos referencia al jefe de familia y a las personas mayores del núcleo familiar a quienes se le debe respeto y obediencia. Nuestro código civil expresa esta obligación de respeto y obediencia que los hijos deben al padre y la madre<sup>12</sup>. En el mismo sentido, la Ley del Anciano reconoce esta obligación:

Los hijos deben respeto y obediencia a sus progenitores, y deben asistirlos, de acuerdo a su edad y capacidad económica, especialmente en caso de enfermedad, durante la tercera edad y cuando adolezcan de una discapacidad que no les permita valerse por sí mismos<sup>13</sup>.

A pesar de lo anotado, existen corrientes modernas que promueven la libertad, entendida como libertinaje, relaciones horizontales en la familia,

---

<sup>11</sup> PUY MUÑOZ, Francisco, *Las trampas del lenguaje jurídico y político*, Editorial Porrúa, México D.F., 2014, p. 259.

<sup>12</sup> Código Civil, codificación, 10, Registro Oficial 46, 24 de junio de 2005. (Art. 265).

<sup>13</sup> *Ley del Anciano*, Codificación 7, Registro Oficial 376, 13 de octubre de 2006, última reforma, 29 de abril 2016. (Art. 11).

igualdad absoluta entre sus miembros, etc., En resumidas cuentas, dichas condiciones generan familias anárquicas.

Estas son, a mi juicio, los principales aspectos que definen a la familia en sentido amplio. Pasemos ahora a estudiar a la pequeña familia, es decir, a aquella que se deriva del matrimonio y la consanguinidad, para lo cual es necesario remontarnos a los orígenes de familia.

## 1.2. FAMILIA, HISTORIA Y EVOLUCIÓN

La etapa del sedentarismo del hombre caracterizada por la vida en comunidad, la caza y la pesca produce una transformación fundamental en la evolución humana: el nacimiento del lenguaje y el cerebro *neocórtex*.

Los primates bípedos cuidaban de sus crías y vivían en pequeños grupos; tenían un cerebro del tamaño aproximado a un tercio del actual cerebro humano; pero cuando evolucionaron su cerebro pasó de 430 c<sup>3</sup> a 1450 c<sup>3</sup>. Hay varias teorías que explican esta evolución: que se debe a la maniobra de instrumentos, etc.; sin embargo, MATORANA sostiene que dicha evolución se debe al apareamiento del lenguaje, que ocurrió hace apenas 3 millones de años con la familia ancestral, cuando se genera un espacio de cercanía y pertenencia<sup>14</sup>.

Bajo esa tesis, la convivencia y el lenguaje serían los factores determinantes en el origen de la familia, sin embargo, no es la única teoría. Otros autores sostienen que el origen puede remontarse a los primates que cuidaban de sus crías o ubicarse en la prehistoria cuando el hombre empieza a maniobrar instrumentos y utensilios:

Los testimonios provienen de tres fuentes. La primera la constituye la vida física y social de los primates no humanos, especialmente los monos del Viejo Mundo y del Nuevo Mundo, pero sobre todo los grandes monos (que son los parientes más próximos del hombre). La segunda fuente la constituyen los utensilios y lugares de refugio del hombre prehistórico y de los protohumanos... la tercera, la vida familiar de los cazadores y recolectores de productos silvestres<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> MATORANA, Humberto, *Emociones y lenguaje en educación y política*, Comunicaciones Noreste Ltda., Santiago de Chile, 2007, pp. 8-12.

<sup>15</sup> GOUGH ABERLE, Kathleen, «El origen de la familia», *Polémica sobre el origen y la universalidad de la familia*, traducción Luis Merino, Editorial Anagrama, Barcelona, 1974, 112-153, p. 113.

GOUGH ABERLE concluye que la familia es una institución humana consolidada en la época de la caza y el lenguaje, pues se produce la toma conciencia de sus impulsos y se desarrollan valores de orden moral como la cooperación, la generosidad y el amor<sup>16</sup>. Esta podría denominarse familia ancestral.

De forma posterior a esta familia ancestral encontramos las primeras organizaciones sociales. Se trata de los *clanes* y *tribus*. Son organizaciones comunitarias sociales, económicas y políticas compuestas por varios grupos de personas (familias).

G. BORDA explica que la estructura de los *clanes* en un momento de la historia se volvió insostenible debido al aumento de la población y de los conflictos, dando origen al nacimiento del Estado como organización política:

El aumento de la población, el progreso de la cultura, la necesidad de crear un poder más fuerte que sirviera eficazmente en la guerra, demostraron la insuficiencia de tal organización. Nace el Estado, que asume el poder político, y llega entonces la fase de mayor esplendor de la familia. Desembarazada de las actividades políticas, disuelto los vínculos con otras familias, que introducían confusión y conflicto, desaparecido el sistema de igualitarismo democrático que el clan imponía, se estructura entonces bajo la autoridad absoluta del jefe. Buen ejemplo de esta etapa lo brinda la familia romana primitiva. El *pater familiae*<sup>17</sup>.

Es así que, situados ya en la época del derecho romano, se regula a la familia como una institución que se establece mediante vínculos consanguíneos y legales, a la que se denomina *familia agnaticia*:

A la familia agnaticia, en sentido estricto, se refiere Ulpiano en D50.16.195.2 cuando nos dice que «En estricto derecho llamamos familia al conjunto de personas sometidas a la potestad de una de ellas, o bien por razones naturales o por voluntad de la ley...». [...] La familia agnada en sentido amplio tienen un antepasado en común que es el *paterfamilias* y a su muerte cada uno de los que estaban bajo su patria potestad se emancipa. [...] En tanto que son agnados, en sentido estricto: a) la mujer del *paterfamilias* y las mujeres de los hijos sometidos a su potestad, siempre que hubiesen contraído un tipo de matrimonio, *cum manu*, caracterizado

---

<sup>16</sup> GOUGH ABERLE, Kathleen, «El origen de la familia», *Polémica sobre el origen y la universalidad de la familia*, traducción Luis Merino, Editorial Anagrama, Barcelona, 1974, 112-153, p. 149 & 150.

<sup>17</sup> BORDA, Guillermo, *Manual de Derecho de Familia*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 9ª ed., 1984, pp. 11&12.

por la integración de la esposa en la familia de su marido, b) Sus hijos legítimos de ambos sexos, y los descendientes de sus hijos varones y nietos varones, c) las personas que hubiesen sido objeto de arrogación o adopción por el *paterfamilias*<sup>18</sup>.

Así fue la noción de la familia en las primeras etapas. Ahora bien, la concepción de familia como grupo de personas unidas por vínculos de sangre, denominada *familia cognaticia* o natural, que es la coincidente con la actual noción de familia, fue cobrando protagonismo en la legislación de la época clásica, para acabar siendo, eso sí, prácticamente la única prevista en la época *justiniana*<sup>19</sup>. Este modelo sería el reconocido en el derecho de familia después de la Revolución francesa.

*Pequeña familia, familia cognaticia, familia natural o familia biológica* son algunos de los nombres que se emplean en la noción actual de familia, es decir, aquella unida por los vínculos de consanguinidad y como excepción, por vínculos jurídicos como en el caso de la *adopción* o del reconocimiento voluntario. En la legislación ecuatoriana, por ejemplo, se define a la familia biológica como «la formada por el padre, la madre, sus descendientes, ascendientes y colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad»<sup>20</sup>.

Ahora bien, no debemos confundir la filiación biológica con la familia. Aunque la filiación es fuente de origen de la misma, al igual que el matrimonio y la adopción, el concepto de familia es distinto.

Para regular a la familia cognaticia nace una rama especializada del derecho civil denominada derecho de familia que tiene su antecedente en el Código Napoleónico. El derecho de familia en principio regulaba las relaciones de la familia legítima (que se origina en el matrimonio) e ilegítima (por filiación biológica de hijos nacidos fuera del matrimonio). Hoy en día no existe diferencia entre los orígenes de la filiación. Finalmente, debemos anotar que de forma anterior a esta regulación existieron otras relativas a la familia. Tal es el caso del derecho romano y el derecho canónico.

---

<sup>18</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Derecho Privado Romano*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 115-116.

<sup>19</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Derecho Privado Romano*, Iustel, Madrid, 2008, p. 115.

<sup>20</sup> *Código de la Niñez y Adolescencia*, Registro Oficial 737, 3 de enero de 2003 (Art. 98).

### 1.3. LA FAMILIA Y EL ESTADO

Del examen anterior se advierte que la familia es una institución anterior al Estado. Podemos afirmar incluso que el Estado no existiría sin la familia. En consecuencia, ambos términos están unidos. Al tiempo, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948* expresa: «La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad»<sup>21</sup>. Y así lo reconocieron la mayoría de países mediante sus constituciones. Sin embargo, el principal problema radica en que el Estado no reconoce a la familia como sujeto, sino que regula las relaciones de los miembros de la familia individualmente y además los jerarquiza. De esta manera, el miembro de la familia que tiene mayor importancia en materia de derechos es el niño (interés superior del niño). La protección individual de los miembros de la familia, y no de la familia como grupo social, es uno de los principales problemas en el derecho de familia. En esto coinciden reconocidos juristas como el doctor Francisco Puy:

A mi modo de ver la familia es un grupo social que tienen que ser reconocido como tal por el Estado y la política debido a que constituye una realidad social caracterizada por ser la organización más simple de todas, el conjunto anterior a los demás, el grupo subordinado al estado, pero con autonomía respecto de él, y la comunidad del hogar para el afecto y la cooperación<sup>22</sup>.

El experto en familia, J. E. PABÓN reconoce el rol jurídico de la familia como grupo en la sociedad y la necesidad del reconocimiento por parte del Estado de estas funciones:

La sentencia popular «la familia es la base de la sociedad» obedece al reconocimiento que ha hecho todas las culturas de la necesidad de contar con esas células sociales estables, con identidad propia, conformadas por individuos adultos de distintos sexos y sus descendientes, cuya acción tiene un contenido y unas metas que desbordan, con mucho, los objetivos de un escueto sistema de reproducción y crianza de los seres humanos. El simple hecho de que la familia eduque al sujeto para la supervivencia, la solidaridad y la convivencia, aprendiendo a respetar la autoridad, a raciocinar y dialogar, a aceptar las limitaciones de su libertad, a manejar su propio espacio y a reconocer el de los demás, con la insuperable ventaja de

---

<sup>21</sup> *Declaración Universal de Derechos Humanos*, Aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948. (Art. 16.3).

<sup>22</sup> PUY MUÑOZ, Francisco, *Las trampas del lenguaje jurídico y político*, Editorial Porrúa, México D.F., 2014, p. 252.

que esa educación es impartida por individuos que lo hacen con el mayor afecto y afán de protección, justifica cualquier esfuerzo del poder político para defender la estabilidad de la familia. Siendo una verdad de a puño que la desintegración de la familia es concomitante con la decadencia y destrucción de las culturas<sup>23</sup>.

De estos grupos familiares con autonomía y estructura propia se deriva la construcción de las sociedades. Por lo tanto, cada sociedad será lo que la familia es en ella:

La familia constituye un cuerpo social básico caracterizado por la máxima simplicidad; unas pocas personas se encuentran vinculadas por relaciones inmediatas de sociabilidad. (Consistentes en la relación dominante dominado, en la relación engendrante engendrado y en la relación causante recipiendario) y funcionan así para satisfacer finalidades elementales, ocupando el pequeño territorio que abarcan las dependencias de la casa y del hogar. Pues bien, allí están en sustancia el esquema básico de los cuerpos sociales; un grupo de personas que ocupa un territorio con objeto de conseguir determinados fines, realizando determinadas funciones. Los fines y funciones pueden servir para distribuir los diversos cuerpos sociales o establecer su clasificación<sup>24</sup>.

El reconocimiento de la familia como sujeto de derechos es uno de los grandes desafíos del derecho de familia y del derecho colectivo, pues es notable que la regulación individualista no hace más que resquebrajar la unidad, hasta llegar al punto de escuchar barbaridades jurídicas como las demandas de legislación sobre *familias unipersonales*.

La familia es una; las experiencias múltiples. Por esa razón rechazamos las tesis que se refiere a ‘las familias’ ‘tipos de familias’ ‘derecho de familias’. En los siguientes apartados justificamos nuestra postura.

#### 1.4. LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN

El Estado debe especial protección jurídica a la familia por ser el grupo social primario y fundamental de la sociedad. A pesar de la importancia histórica de la familia en las constituciones vigentes, durante el

---

<sup>23</sup> MEDINA PABÓN, Juan Enrique, *Derecho Civil, Derecho de familia*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 3ª ed., 2011, p. 35.

<sup>24</sup> PUY MUÑOZ, Francisco, *Las trampas del lenguaje jurídico y político*, Editorial Porrúa, México D.F., 2014, p. 265.

siglo XIX no se hace referencia alguna a la familia en ellas. No es sino adentrados en el siglo XX, que se reconoce esta protección.

El tópico común en la legislación ecuatoriana constitucional en cuanto a la familia es el reconocimiento del matrimonio y, desde 1945, la protección a la mujer embarazada. La igualdad de derechos referentes al cuidado y a la herencia de los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio se da en la Constitución de 1945, pero se limita en la Constitución de 1946, estableciendo un porcentaje del cincuenta por ciento del derecho de herencia en relación con los hijos legítimos. En la Constitución 1967 se eliminarían definitivamente las distinciones en cuanto a los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio. A continuación, describimos el proceso de evolución de la familia en la legislación histórica constitucional:

1. *La Constitución Política de la República del Ecuador de 1929*<sup>25</sup> por primera vez garantiza a los habitantes del Ecuador la protección del matrimonio, de la familia y del haber familiar<sup>26</sup>.
2. *La Constitución Política de 1945*<sup>27</sup> amplía la protección de la familia al incluir la maternidad. A pesar de la protección que esta Constitución da al matrimonio y del reconocimiento de igualdad de derechos entre los cónyuges, contradictoriamente, se reconoce el derecho al divorcio —por primera y única vez en la historia del derecho constitucional ecuatoriano—, pues se establece el derecho de la disolución del matrimonio por mutuo consentimiento y por causales. Con respecto a la filiación se establece la obligación de regularla por ley con base en la igualdad de derechos tanto para los hijos legítimos como ilegítimos. Se establecen derechos en favor de los niños y adolescentes y, por primera vez, aparece la figura del patrimonio familiar con carácter inembargable<sup>28</sup>.
3. *La Constitución Política de la República del Ecuador de 1946*<sup>29</sup> establece la misma protección a la familia, al matrimonio y al haber familiar. En cuanto a los derechos de herencia reconoce este derecho a los hijos ilegítimos en el cincuenta por ciento con referencia a los hijos legítimos. No hace referencia a la disolución

---

<sup>25</sup> *Constitución Política de la República del Ecuador de 1929*, Registro Oficial 138, 26 de marzo de 1929.

<sup>26</sup> *Constitución Política de la República del Ecuador de 1929*, Registro Oficial 138, 26 de marzo de 1929. (Art. 151 No. 19).

<sup>27</sup> *Constitución Política de 1945*, Registro Oficial 228, 6 de marzo de 1945.

<sup>28</sup> *Constitución Política de 1945*, Registro Oficial 228, 6 de marzo de 1945. (Art. 142).

<sup>29</sup> *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 773, 31 de diciembre de 1946.

- del matrimonio. Mantiene la protección al patrimonio familiar y reconoce el derecho a testar<sup>30</sup>.
4. *La Constitución Política de 1967*<sup>31</sup> establece por primera vez el derecho a la honra y a la intimidad personal y familiar<sup>32</sup>. De igual manera, se reconoce a la *familia como célula fundamental de la sociedad* y se protege por igual al matrimonio y a la maternidad. El matrimonio se fundamenta en el libre consentimiento de los cónyuges y en la igualdad de derechos. Llama la atención que esta Constitución reconozca la autoridad paterna y obligaciones recíprocas entre padres e hijos<sup>33</sup>. Además, se elimina el término de *hijos ilegítimos* y establece los mismos derechos a los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio con relación a los apellidos, la crianza, la educación y herencia. También dispone protección especial para las familias numerosas<sup>34</sup>.
  5. *La Constitución Política de 1979*<sup>35</sup> —durante el Gobierno de las Fuerzas Armadas ejercido por el Consejo Supremo—, establece la igualdad ante la ley, prohíbe toda discriminación por motivos de filiación y dispone igualdad de derechos para la mujer, cualquiera que sea su estado civil<sup>36</sup>. Mantiene los derechos en favor de la familia, estipulados en la Constitución anterior. Se reconoce por primera vez la unión de hecho, cuya finalidad es la de garantizar la sociedad de bienes.
  6. *La Constitución Política de la República del Ecuador de 1998*<sup>37</sup> establece que la familia se constituirá por vínculos jurídicos o de hecho y se basará en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. Protegerá el matrimonio, la maternidad y el haber familiar. La figura de autoridad paterna desaparece, reconociendo expresamente la posibilidad de que las mujeres sean jefas de hogar

---

<sup>30</sup> *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 773, 31 de diciembre de 1946. (Arts. 162-168).

<sup>31</sup> *Constitución Política de 1967*, Registro Oficial 133, 25 de mayo de 1967.

<sup>32</sup> *Constitución Política de 1967*, Registro Oficial 133, 25 de mayo de 1967. (Art. 28 No. 4).

<sup>33</sup> *Constitución Política de 1967*, Registro Oficial 133, 25 de mayo de 1967. (Art. 29).

<sup>34</sup> *Constitución política de 1967*, Registro Oficial 133, 25 de mayo de 1967. (Art. 29-31).

<sup>35</sup> *Constitución Política de 1979*, Registro Oficial 800, 27 de marzo de 1979.

<sup>36</sup> *Constitución Política de 1979*, Registro Oficial 800, 27 de marzo de 1979. (Art. 4).

<sup>37</sup> *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998.

y el deber de colaboración del Estado para con ellas. La unión de hecho deja de ser una sociedad de bienes para convertirse en una figura legal que genera los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, inclusive en lo relativo a la presunción legal de paternidad y a la sociedad conyugal. También se establecen derechos de igualdad para madres y padres<sup>38</sup>.

— La familia en la Constitución del Siglo XXI

*La Constitución de la República del Ecuador de 2008*<sup>39</sup> introduce ciertas novedades. Entre ellas podemos destacar el principio de interés superior del niño y su prevalencia sobre los derechos de las demás personas<sup>40</sup>. Igualmente, se produce el reconocimiento de la familia en sus diversos tipos. El Estado protegerá a la familia como núcleo fundamental de la sociedad. También la unión de hecho entre dos personas (pueden ser del mismo sexo) genera derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo. El matrimonio es la unión entre hombre y mujer. La madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular, cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo (invoca el nombre de Dios y reconoce nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad).

El reconocimiento a la *familia en sus diversos tipos* —que no debe confundirse con la expresión ‘tipos de familias’— implica la inclusión y garantía de otras formas de organización familiar. Este reconocimiento se corresponde con la realidad de las familias ecuatorianas, pues fenómenos como la migración, la maternidad sin matrimonio y el aumento de divorcios no se acoplan con la familia unida por el matrimonio. Ahora bien, la situación que describimos no es característica del siglo XXI, pues recordemos que ya a principios del siglo XX se estableció el derecho al divorcio y a la protección de la maternidad, lo cual prueba que en Ecuador la familia no era únicamente aquella unida mediante matrimonio. De ahí

---

<sup>38</sup> *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998. (Art. 37-39).

<sup>39</sup> *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

<sup>40</sup> *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008. (Art. 44).

que deba arribarse a la conclusión de que la familia es una sola organización, una entidad jurídica, moral y espiritual a pesar de su estructura o los miembros que la conformen, que puede extenderse más allá de los vínculos consanguíneos.

## 1.5. LA FAMILIA EN SUS DIVERSOS TIPOS

Reconocer a la familia en sus diversos tipos no es una idea del todo renovadora, puesto que, al ser una institución natural que se desarrolla en la dinámica y contexto social, afronta procesos conflictivo-evolutivos, tanto en su propia estructura como dentro del grupo social.

Dentro del proceso evolutivo del ser humano existió una etapa en la cual la unión hombre-mujer era fundamental para supervivencia de la especie, pues la única manera de reproducción se basaba en el contacto sexual entre ambos.

Esta necesidad de asegurar la supervivencia de la especie desapareció con el aumento de la población humana. Adicionalmente, la ciencia desarrolló formas artificiales para la reproducción, por lo que la unión sexual entre hombre y mujer ya no fue indispensable para la procreación.

Estos factores dan lugar al nacimiento de nuevas relaciones familiares —evidentemente con los conflictos propios que marca cada relación—, pero en esencia, aunque la experiencia familiar sea distinta, los fines de la familia como organización económica, moral y espiritual no cambian.

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistidas (T.R.H.A.), con las múltiples opciones que contemplan, hacen posible la paternidad o maternidad para personas o parejas que tienen algún impedimento para convertirse en padres (madre o padre), ya sea por razones biológicas o ideológicas. En suma, dichas técnicas hacen posible la filiación, que puede originarse dentro o fuera del matrimonio, en distintos estados civiles, identidad o género. No es más que una nueva forma de ser padre o madre como lo es la adopción o el reconocimiento voluntario. Y ello no tiene por qué modificar la estructura familiar, inclusive si la pareja la conforman dos hombres o dos mujeres.

A pesar de lo dicho, debemos mencionar que estas realidades han sido manipuladas para negar la existencia natural e institucional de la familia. Una parte de la doctrina se encapricha en *desinstitucionalizar* a la familia reduciéndola a un mero espacio de sociabilización a través de la tesis de la *contractualización* de los vínculos familiares. Esto conlleva permitir que sea la autonomía de voluntad de las partes la que imponga las condiciones

en las relaciones familiares sin ningún límite del Estado, permitiendo a las partes, por ejemplo, regular a su arbitrio sobre el matrimonio, divorcio, relaciones de pareja, monogamia, poligamia, género, filiación unisexuada, filiación *homoparental*, *homoafectiva*, etcétera<sup>41</sup>. Sobra decir que rechazamos esta tesis con base en los argumentos aquí desarrollados.

Otra situación aparentemente nueva en el derecho de familia son las nuevas uniones, matrimoniales o no, de los miembros de parejas separadas o divorciadas con hijos. Esta es similar a la figura que la legislación civil contempla como *segundas nupcias*, que hace referencia a los requisitos que el progenitor soltero, viudo o divorciado con hijos bajo su patria potestad debe cumplir para contraer matrimonio.

La doctrina moderna de familia reconoce a estas ‘segundas partes’ como *familia ensamblada*, a la que dedicaremos un estudio detallado en uno de los capítulos. Ahora bien, decimos que este fenómeno es aparentemente nuevo porque la realidad muestra que gran parte de los hogares ecuatorianos se conforman con hijos nacidos en otras relaciones o fuera del matrimonio.

Las corrientes que apuntan a la *desinstitucionalización* de la familia por el aumento de divorcios, crecimiento de uniones informales, etc., se basan en que no existe un único modelo de familia —refiriéndose a aquella derivada del *matrimonio*—. En este texto hemos defendido que el matrimonio es una de sus fuentes y, si bien no podemos afirmar que sea la única, este argumento tampoco nos obliga necesariamente a aceptar el término ‘familias’.

De hecho, en lo referente a la realidad ecuatoriana los datos demuestran que en nuestro país las uniones informales han superado al matrimonio civil y eclesiástico —aproximadamente solo el 32% de la población se encuentra unida en matrimonio<sup>42</sup>—, lo cual permite inferir que la principal fuente de origen de la familia ecuatoriana es la *filiación*. Prueba de ello es que cerca del 65% de nacimientos para el período comprendido entre 2010-2013 provinieron de madres de estado civil solteras y en unión de

---

<sup>41</sup> ÁNGEL BORRILLO, Daniel, «La *contractualización* de los vínculos familiares: parejas sin género y filiación unisexuada», *Nuevos desafíos del Derecho de Familia*, Kemelmaier de Carlucci, Aída; Ángel Borrillo Daniel & Flores Rodríguez, Jesús (coordinadores), Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, pp., 19-48, p. 46&47.

<sup>42</sup> FERREIRA, C., GARCÍA, K., MACÍAS L., PÉREZ A., & TOMSICH C., *Mujeres y Hombres del Ecuador en Cifras III* Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC), Quito, 2010, p. 24.

hecho<sup>43</sup>. Es decir, hijos nacidos fuera del matrimonio. A esta cifra se suma el aumento geométrico del divorcio en las parejas unidas en matrimonio como estudiaremos más adelante.

Reconocer esta realidad tampoco implica la necesidad de clasificar y etiquetar a ‘las familias’ por su conformación, como si de ello dependiera la efectividad del derecho de familia. Las clasificaciones no sirven sino para facilitar el estudio teórico, pero no aportan soluciones reales. La familia, reiteramos, es una sola y es la entidad más importante de nuestra sociedad. Por este motivo, el Estado debe protegerla no a través de la legislación individual, sino como lo que es: un grupo social y una entidad autónoma y subordinada al Estado.

## 1.6. CRISIS FAMILIAR

Todo lo que hemos apuntado en este capítulo sobre la importancia que tiene la familia en la formación del ser humano, sobre la familia como núcleo fundamental de la sociedad y sobre la defensa de su institucionalidad, no niega ni pretende ocultar que esta institución tenga dificultades que amenazan su funcionalidad.

Entendemos la familia como una institución conflictivo-evolutiva, es decir, un organismo vivo y dinámico que crece del conflicto, en forma similar al ser humano. Si bien es cierto que la familia puede evolucionar mediante el conflicto, también lo es que se puede destruir en él.

Por eso, se han buscado otras instituciones que ayuden a su estabilidad y fortalecimiento, una de ellas el *matrimonio* sacramental, monogámico e indisoluble. Ello autoriza a concluir que la familia está en crisis porque el matrimonio, en especial, y las relaciones de pareja, en general, están en crisis.

Cuando hablamos de conflictos familiares hablamos de conflictos de convivencia. Por tanto, es posible resolver que necesitamos adaptarnos a esta etapa de la evolución humana llamada ‘modernidad’, marcada por el egoísmo, individualismo y consumismo. Está demostrado que la solución a la crisis que vivimos no está en el aislamiento, ya que la soledad es perjudicial para la salud física y mental.

---

<sup>43</sup> MATUTE, M., & JARRÍN, G., *Ecuador Familia en Cifras 2015*, Universidad Técnica Particular de Loja – UTP, Instituto Latinoamericano de la familia – ILFAM Corporación para el desarrollo de la familia – ORIENTAR, Quito, 2016, p. 20.

La comunidad científica sabe desde hace mucho tiempo que pasar tiempo con seres queridos es bueno para la salud a largo plazo y que puede reducir el riesgo de deterioro cognitivo, al contrario que la soledad, a la que se le relaciona con la hipertensión, la inflamación y un sistema inmunitario débil<sup>44</sup>.

Sin duda, uno de problemas que más afecta a la familia es el excesivo individualismo y la desconexión espiritual y emocional entre sus miembros, situación que llama la atención de manera puntual en el sínodo de la familia.

Por otra parte, «hay que considerar el creciente peligro que representa un individualismo exasperado que desvirtúa los vínculos familiares y acaba por considerar a cada componente de la familia como una isla, haciendo que prevalezca, en ciertos casos, la idea de un sujeto que se construye según sus propios deseos asumidos con carácter absoluto»<sup>45</sup>.

Como manifestamos, la crisis familiar es parte del proceso conflictivo-evolutivo que vivimos como seres humanos y grupos sociales. Lo que importa es rescatar de esta etapa de crisis, como de casi todas las crisis, la oportunidad de aprender de la experiencia, de resaltar lo positivo y de replantear el proyecto de vida personal, familiar y social sin desviarse de lo que nos conduce a la plenitud y a la paz.

Hemos escogido en esta investigación una de las fuentes de la familia que es el matrimonio y los hijos nacidos en el matrimonio. Estamos conscientes que el matrimonio abarca a un pequeño grupo de las parejas ecuatorianas, pero creemos firmemente en esta institución porque más allá de los efectos legales, tanto personales como patrimoniales que genera, tiene un origen espiritual, cimiento base de la familia.

No negamos que las uniones no matrimoniales puedan tener también una presencia espiritual como fundamento de sus relaciones. De hecho, seguramente las tienen porque en todos los tiempos y formas las uniones tienen un carácter sacro. Sin embargo, defendemos al matrimonio por el conjunto de efectos que genera en lo personal, en lo jurídico y en lo espiritual.

---

<sup>44</sup> HOWARD, Jacqueline. La soledad es perjudicial para la salud. El Huffington Post. (08 de enero del 2016) [http://www.huffingtonpost.es/2016/01/08/soledad-salud\\_n\\_8852712.html](http://www.huffingtonpost.es/2016/01/08/soledad-salud_n_8852712.html).

<sup>45</sup> Sínodo de los Obispos, *III Asamblea general extraordinaria, Relatio Synodi*, ciudad del Vaticano, 18 de octubre de 2014. [http://www.vatican.va/roman\\_curia/synod/documents/rc\\_synod\\_doc\\_20141018\\_relatio-synodi-familia\\_sp.html](http://www.vatican.va/roman_curia/synod/documents/rc_synod_doc_20141018_relatio-synodi-familia_sp.html).

# ÍNDICE

<b>AGRADECIMIENTOS</b> .....	9
<b>PRÓLOGO</b> .....	11
<b>PRESENTACIÓN. FAMILIA, CONFLICTOS FAMILIARES Y MEDIACIÓN</b> .....	17
<b>CAPÍTULO I. FAMILIA</b> .....	19
1.1. La Familia.....	20
1.2. Familia, historia y evolución.....	24
1.3. La familia y el Estado .....	27
1.4. La familia en la Constitución.....	28
1.5. La familia en sus diversos tipos.....	32
1.6. Crisis familiar.....	34
<b>CAPÍTULO II. MATRIMONIO</b> .....	37
2.1. Una mirada general del matrimonio .....	37
2.2. El matrimonio en el siglo XXI .....	41
A) ¿Los matrimonios han aumentado o disminuido en la última década? .....	47
B) ¿Qué porcentaje de la población ecuatoriana se casa cada año?.....	48
C) ¿En resumen cuántos casados y solteros hay en el Ecuador?....	49
D) De los matrimonios civiles, ¿cuántos se casan por la Iglesia Católica? .....	50
2.3. El acto jurídico del matrimonio .....	50
2.4. Efectos personales del matrimonio .....	54
2.5. Efectos patrimoniales del matrimonio .....	56

A) Sociedad conyugal.....	57
B) Capitulaciones matrimoniales.....	59
C) Disolución de la sociedad conyugal.....	61
<b>CAPÍTULO III. CONFLICTOS FAMILIARES DURANTE EL MATRIMONIO.....</b>	<b>63</b>
3.1. El conflicto de familia.....	63
3.2. Análisis y descripción de los conflictos de pareja en la familia ...	66
3.3. ¿Por qué se producen los conflictos?.....	68
3.4. Tipos de conflictos .....	69
3.5. Las emociones en los conflictos de pareja .....	71
3.6. Respuesta emocional a los conflictos familiares .....	74
3.7. Emociones negativas en los conflictos de pareja.....	75
3.8. Las emociones primarias y secundarias negativas.....	79
A) El odio y el resentimiento (emoción primaria: ira).....	83
B) El orgullo .....	85
C) Los celos y la envidia.....	86
3.9. Escalada del conflicto familiar.....	88
3.10. El conflicto y la separación.....	90
<b>CAPÍTULO IV. DIVORCIO.....</b>	<b>93</b>
4.1. Una mirada general al divorcio.....	93
4.2. Los divorcios en el siglo XXI.....	97
4.3. Tipos de divorcio y procedimientos.....	101
A) El divorcio por mutuo consentimiento ( <i>Procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento sin hijos o con hijos mayores de edad</i> ) .....	101
B) El divorcio con hijos menores de edad ( <i>Procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento con hijos menores de edad</i> ).....	102
C) El divorcio por causal.....	104
4.4. Análisis de las causales de divorcio.....	104
4.5. El divorcio en la administración de Justicia .....	109
4.6. Los problemas del positivismo en la administración de Justicia ...	113
4.7. ¿El Derecho y las emociones son incompatibles? Referencia a los operadores jurídicos .....	118
4.8. La presencia de los abogados en los procesos de divorcio .....	120
4.9. Los hijos y la familia en el proceso de divorcio.....	127
<b>CAPÍTULO V. LOS PUNTOS DIFÍCILES DE NEGOCIAR EN EL DIVORCIO.....</b>	<b>133</b>
5.1. La liquidación de la sociedad conyugal: la casa, el carro, las deudas .....	133
5.2. Los hijos. El cuidado y tenencia.....	135

5.3. La patria potestad .....	144
5.4. El derecho a visitas .....	148
5.5. La custodia compartida .....	148
5.6. La pensión de alimentos.....	151
<b>CAPÍTULO VI. RELACIONES DE FAMILIA LUEGO DEL DIVOR- CIO.....</b>	<b>161</b>
6.1. El proceso del duelo (El dolor de la separación).....	161
6.2. La familia después del divorcio .....	164
6.3. La familia ensamblada. El progenitor afín.....	166
6.4. Las nuevas parejas. ¿Es posible la armonía?.....	170
6.5. El amor desde otro lugar: el proceso de perdón.....	171
6.6. Prepárese para llegar a un acuerdo .....	174
6.7. Los valores el puente para construir una nueva relación.....	178
6.8. El acuerdo justo.....	179
<b>CAPÍTULO VII. LA RAÍZ DEL CONFLICTO FAMILIAR: LOS VALORES.....</b>	<b>181</b>
7.1. ¿Qué son los valores?.....	182
A) Doctrina Subjetivista .....	184
B) Doctrina objetivista.....	185
C) Tesis relacionista.....	187
D) Los valores y las realidades ambitales .....	188
7.2. Valores constitucionales .....	189
7.3. Valores constitucionales y derechos humanos .....	191
7.4. Valores constitucionales y derechos fundamentales implicados en los conflictos de pareja.....	192
A) Valor dignidad.....	193
B) Valor libertad .....	196
C) Valor solidaridad.....	199
D) La integridad personal .....	200
E) El derecho al secreto de correspondencia física y virtual.....	201
7.5. Los valores espirituales y el valor justicia en la solución de con- flictos .....	202
A) El valor Justicia .....	202
B) Los valores espirituales .....	206
<b>CAPÍTULO VIII. LA MEDIACIÓN JURÍDICA FAMILIAR .....</b>	<b>209</b>
8.1. La mediación .....	209
A) Aproximación conceptual de la mediación .....	210
8.2. La mediación familiar .....	214
8.3. Los derechos disponibles y transigibles en la mediación familiar ..	220
8.4. El acuerdo por mediación .....	222

8.5. Mediación Familiar y Justicia terapéutica. Análisis de la experiencia en Galicia.....	223
A) Justicia Terapéutica.....	224
8.6. Mediación con base en el Valor Justicia.....	227
8.7. Amor y Justicia.....	230
<b>EPÍLOGO. FAMILIA, CONFLICTOS FAMILIARES Y MEDIACIÓN.....</b>	<b>235</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA CITADA .....</b>	<b>239</b>

