



NACIONES UNIDAS



REUNIÓN DE EXPERTOS

**“POLÍTICAS HACIA LAS FAMILIAS,
PROTECCIÓN E INCLUSIÓN SOCIALES”**

CEPAL, 28 y 29 de junio 2005

Sala Medina

**CAMBIOS LEGISLATIVOS EN LA FORMACIÓN Y
DISOLUCIÓN DE FAMILIAS: UNA MIRADA DE
CONTEXTO**

Gladys Acosta Vargas
Representante

UNICEF Guatemala

Indice

Resumen	3
I. Los Derechos Humanos: centro de gravedad para la regulación del derecho interno sobre la familia	5
II. Los cambios legislativos necesarios. Derecho internacional y derecho interno	6
III. La erradicación de la discrecionalidad en asuntos de familia.....	8
Conclusión.....	9

Resumen

En la mayoría de países de América Latina y el Caribe, ha costado mucho esfuerzo demostrar el vínculo entre los marcos jurídicos modernos relativos a la familia y el más sustantivo desarrollo social y humano. La evolución de la legislación relativa a la familia se ha expandido a muchos campos de la vida jurídica, independientemente de la variedad de formas sociales que toma la familia en nuestro continente. Inicialmente, el denominado “derecho de familia” se circunscribió a la esfera civil, es decir, a aquella que estaba consignada en los Códigos Civiles, pero quienes presionaron por cambios legislativos, sobre todo para eliminar la discriminación contra las mujeres, irrumpieron en otras áreas del derecho y este proceso mantiene su dinamismo porque, en el fondo, lo relativo a la familia ha ingresado al terreno de los derechos humanos, con lo cual se ha modificado sustancialmente su naturaleza jurídica. La regulación jurídica de la familia, sin exagerar, está en franca mutación y aún no se ve con claridad el horizonte a alcanzar porque la historia muestra fehacientemente que el derecho asume las transformaciones sociales con cierto retardo respecto al ritmo de la realidad.

El **análisis de género** aportó elementos fundamentales para la revisión crítica de los ordenamientos jurídicos contrastando el tratamiento desigual dado a las mujeres en relación con los varones y abrió un interesante debate conceptual que sigue iluminando claustros académicos y debates políticos, sin dejar de remover las bases de las injusticias instaladas en nuestras sociedades por la coexistencia de ciudadanías plenas y disminuidas. En forma dinámica, queda claro que las instituciones se modulan para responder a los retos del presente, pero también es importante recordar que esas instituciones, a su vez, modulan nuestras vidas y definen los linderos por los que transitan las nuevas generaciones. Creación y recreación social constante son características de esta normatividad.

Esta presentación no pretende ser exhaustiva en cuanto a la descripción de las transformaciones legislativas en materia de formación y disolución de las familias. No quisiéramos repetir las aburridas clases de derecho de familia en las clásicas facultades de derecho, donde nos han enseñado dogmáticas reglas sin historia. Lo importante es entender los hilos que se están tocando, lo que rodea a la vida familiar para entender sus crisis. Hay que tener presente que el siglo XX, gracias a la agudeza de quienes miraron con sospecha la aparente no contradicción de intereses dentro de la familia, logró poner sobre el tapete esa intimidad escondida detrás de los muros del “hogar”, tan relevante para la vida social, pero de la cual no se osaba hablar. Por lo mismo, poder visualizar hacia donde se están orientando los cambios producidos o en vías de producirse es parte del reto para esta generación. También es relevante entender cuáles han sido los factores catalíticos de las principales transformaciones y así visualizar los caminos que tomará la agenda aún pendiente. Sin lugar a dudas, tanto el derecho internacional público como el privado han impulsado transformaciones de fondo en los órdenes nacionales.

El proceso histórico de **especificación de los derechos humanos** ha permitido una oxigenación de los sistemas jurídicos nacionales y ha favorecido la paulatina eliminación de atávicos conceptos sobre la familia como un universo cerrado sobre sí mismo (“privadísimo”),

compatibles con la visión napoleónica del siglo XIX, aún prevaleciente sobre todo en la doctrina jurídica, y cada vez más lejanos de la moderna evolución de las relaciones sociales dentro y fuera de los núcleos familiares. El nuevo panorama legislativo tiende a disminuir la discrecionalidad de quienes han tomado decisiones determinantes en la vida de las personas, sean juzgadores o quienes, como el marido, tenían una delegación de poder en el ámbito privado a través de instituciones como la potestad marital y la patria potestad unilateral.

Vale la pena también echar una mirada a la evolución de las acciones de ampliación de la ciudadanía procedentes de distintos sectores de la sociedad organizada. Hacer mención al movimiento de mujeres en sus diversas expresiones, así como a los dinámicos movimientos a favor de la infancia ayuda a entender el origen de las numerosas iniciativas legislativas que inundan, de tiempo en tiempo, las agendas parlamentarias y que en algunas ocasiones logran convertirse en leyes, muchas veces mediatizadas por el complejo proceso de negociación política al interior de los claustros legislativos. Pero, en este proceso no hay que olvidar a las preclaras individualidades que logran hacer avanzar los procesos políticos. Siempre existen personas concretas, quienes a través de su palabra, escrita o hablada, logran prefigurar mejores perfiles de la humanidad. El diálogo con los espíritus inquietos e inconformes crea sabiduría. Nada está escrito sobre piedra, como se dice en Guatemala, y siempre se puede pensar en un futuro mejor.

I. Los Derechos Humanos: centro de gravedad para la regulación del derecho interno sobre la familia

La regulación sobre la familia reposa en la división clásica entre el mundo privado y el mundo público. Esta división ha sido severamente cuestionada por quienes describieron el universo familiar como un encierro social, una especie de “cárcel dorada”. Las reglas establecidas para definir el universo familiar se consolidaron en el Código Napoleónico de 1804 y proyectaron su concepción hacia todos los sistemas jurídicos de América Latina. Muchos países iniciaron, durante el siglo XX, procesos de modernización de los Códigos Civiles, en especial sobre las reglas reguladoras de la familia. Uno de los principales elementos orientadores de la reforma legal de los sistemas civiles ha sido la **Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979**, vigente en todos los países de América Latina. Inicialmente poco reconocida, esta potente Convención ha traducido a los sistemas nacionales importantes derechos deducidos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos para las mujeres. Además, después de la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos donde quedaron reconocidos los derechos de las mujeres en la categoría de Derechos Humanos, este instrumento se convirtió en la pieza de orientación clave para la modernización de las legislaciones nacionales. Los esclarecimientos sobre los derechos establecidos en la Convención han sido elaborados como Recomendaciones Generales por parte del Comité sobre la Discriminación contra la Mujer. La otra Convención que ha sacudido los cimientos de la familia ha sido la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

La igualdad de derechos de hombres y mujeres en el matrimonio especificada en la Convención sobre la discriminación contra la Mujer ha eliminado de plano, en el orden jurídico, la **potestad marital**, dejando atrás la normatividad relativa al jefe de familia, la misma que como reminiscencia del célebre *pater familias* del derecho romano, concedía al varón el derecho a tomar decisiones sobre la familia (incluyendo la fijación del domicilio conyugal, el permiso para trabajar, la posibilidad de limitar el derecho a la libre circulación, entre otros). Ciertamente, como consecuencia de esta transformación, ya no existe tampoco el **derecho de corrección** por parte del esposo y, menos aún, el **derecho a disponer del cuerpo de la esposa** sin tomar en cuenta su consentimiento. Por esa razón, han surgido normas específicas sobre la violencia intrafamiliar y se considera la violación dentro del matrimonio como un delito a ser tipificado en el Código Penal.

Hay otros elementos claves en esta Convención que merecen comentario. La igualdad de derechos para **acceder a servicios de planificación familiar** y de esta manera, **decidir en conjunto sobre el número de hijos que la pareja quiere tener**. Esta disposición ha hecho cobrar vida a disposiciones constitucionales de **protección a la maternidad** y ha facilitado la implantación de políticas públicas orientadas a disminuir la mortalidad materna, tan elevada en la región, si se toma en consideración los avances logrados en los sistemas de salud. Queda claro que esta violación a los derechos humanos de las mujeres tiene en sus raíces la arraigada discriminación contra las mujeres, al no considerar el riesgo que conlleva la maternidad, durante el embarazo, parto y puerperio.

También es necesario esclarecer que **la edad para contraer matrimonio debiera ser la misma para mujeres y hombres**, y no como es ahora, menor para las mujeres que para los varones. Esta disposición es, además, contraria al espíritu de la Convención sobre los Derechos del Niño, habida cuenta de las violaciones a los derechos de las niñas a las que, por razones de costumbre, se les obliga a establecer relaciones maritales a corta edad, lo cual constituye una forma violenta de dar inicio a una familia.

Sin embargo, es bien sabido que el matrimonio civil como tal no ejerce una influencia masiva porque la existencia de las barreras sociales es tan poderosa que sectores mayoritarios aún no se casan por lo civil. Esta situación llevó a muchos países a desarrollar legislaciones específicas para regular las **uniones libres o concubinatos**. Estas regulaciones crearon reglas aplicables a quienes, por alguna razón, no querían contraer matrimonio, teniendo las facultades para hacerlo. Es importante recalcar que las reglas del matrimonio tienen un elevado poder simbólico proyectado mucho más allá de quienes se encuentran bajo su normatividad. Por eso, matrimonio y unión de hecho tienen mucho en común, a pesar de la diferenciación de las reglas, sobre todo en materia de herencia. Por la misma razón, las reglas de **divorcio** tienden a teñir las separaciones aunque legalmente no sea el caso. América Latina ya tiene el divorcio reconocido en todos los países, pero su regulación varía de país a país. En la mayoría prevalece la visión del divorcio-sanción (consensuado o por causal) y todavía estamos lejos de ver con naturalidad el divorcio por decisión unilateral o divorcio-solución, lo que pondría fin al dolor y a las prolongadas tensiones ocasionadas por las separaciones de hecho.

En **materia penal**, el ordenamiento también ha tenido que incorporar elementos sustantivos para el tratamiento de las relaciones familiares. Lo más relevante ha sido la eliminación de la concepción decimonónica del **“honor”** como bien jurídicamente protegido. Este “honor” de la familia, correspondía más concretamente a los sentimientos de orgullo de las autoridades masculinas de la familia. Por eso, los Códigos Penales en su versión moderna han tenido que **cambiar los delitos contra el honor por delitos contra la integridad y la libertad sexual**. Una **violación** es delito dentro o fuera de la familia, tampoco es aceptable que el violador sea eximido del delito de violación si contrae matrimonio con la víctima, como una manera de reparar el daño hecho al “honor” familiar. Tampoco debiera atenuarse el **infanticidio** cometido por la madre o por los familiares directos cuando se percibe el nacimiento de ese niño o niña como una afrenta al “honor”. El **adulterio** también ha sido eliminado, más aún cuando proveía, para el mismo delito, tratamiento más severo al tratarse de mujeres, en relación con los varones. En muchas legislaciones, sigue siendo considerada una causal de separación o divorcio.

II. Los cambios legislativos necesarios. Derecho internacional y derecho interno.

Muchos de los temas tratados en el acápite anterior aún no han nacido a la vida jurídica en muchos de los países de América Latina y siguen siendo denunciados como **rezagos discriminatorios de jure**. El problema mayor radica en una incorrecta comprensión del fenómeno de la discriminación contra la mujer en relación con la familia. Para muchos legisladores y juristas, sobre todo varones, las modificaciones propuestas debilitan a la familia. En cierta forma, la construcción de la **autonomía jurídica de las mujeres** pareciera contener elementos de peligrosidad y surge un bloque de defensa de los “valores” familiares en contraposición a las reglas de la convivencia democrática. Es como si el mantener a las mujeres como sujetos incompletos formara parte del orden familiar. Inclusive se observa resistencia a desarrollar una tipificación severa del **delito de abandono de familia**, aplicable sobre todo a los varones que abandonan a su prole, pues es bien sabido que es creciente el número de mujeres que afrontan solas la carga de la familia, muchas veces sin contar siquiera con el reconocimiento de la paternidad, como base para solicitar los alimentos para los hijos. Por eso, ha sido tan bien recibida la Ley de **Paternidad Responsable** desarrollada en Costa Rica hace unos años. Este tipo de normatividad refuerza la ciudadanía de las mujeres y favorece el respeto a las normas de protección familiar. Pero, aún no se logra que otro país de la región asuma norma similar, a pesar del éxito que ha significado esta ley en materia de reconocimiento de hijos por parte de sus padres varones.

Hay otros temas pendientes, cuya demora en ingresar a los órdenes nacionales, sigue causando severos problemas al ejercicio de los derechos de las mujeres en relación con la vida familiar. Muchos nuevos problemas están apareciendo vinculados a la migración interna y externa, de hombres y mujeres, de toda edad. La **carencia de respaldo a la maternidad sola** afecta de manera sustancial a las mujeres. El fenómeno de la maternidad adolescente en sectores pobres, generalmente vinculada a una violación o estupro, y la persistente soledad de las mujeres ante la tarea de cuidar a sus hijos está generando diverso tipo de distorsiones, como por ejemplo, el incremento de casos de adopciones internacionales en Guatemala, alentadas por núcleos de abogados inescrupulosos, con redes de contacto en hospitales y lugares donde están las jóvenes madres embarazadas, quienes convencen a las mujeres de dar sus bebés en adopción, a cambio de una módica suma de dinero, porque no tienen los medios para hacerse cargo de ellos y se sienten desesperadas. Ha surgido una pseudo- ideología de solución a la pobreza, sacrificando la maternidad. Como si el ser madre sola y pobre fuera una pre-condición de dar a los hijos en adopción. Obviamente, este tipo de situaciones es límite porque Guatemala es el único país de América Latina que tiene una legislación permisiva y privada de la adopción, contraria a la Convención sobre los Derechos del Niño y a los mandatos del Convenio de La Haya de 1993. Hay doble violación de derechos, por un lado, un irrespeto al principio del interés superior del niño y por el otro, una violación de los derechos de las mujeres madres mediante manipulación de su falta de información y de la pobreza que las afecta. Lo que se debe retener es que el Estado está obligado a prestar apoyo a las madres solas o como se dice eufemísticamente a las madres jefas de hogar. Esta legislación es urgente para garantizar que los niños que nacen en circunstancias difíciles no se vean gravemente afectados.

Otro asunto directamente relacionado a la desigualdad en la ciudadanía de las mujeres se refleja en el **no reconocimiento del valor económico del trabajo doméstico**. Esta situación tiene un impacto directo en la vida familiar. Se sigue dando por natural que las mujeres desplieguen toda su energía a favor de la familia sin que ese aporte tenga valor monetario. Lo cual se complementa muy bien con el casi nulo acceso de las mujeres a la propiedad y al crédito. Mientras no haya por parte del Estado una valoración de este tipo de trabajo, la situación económica y social de las mujeres, así como la de sus familias continuará deprimida y sin posibilidad de romper el círculo vicioso de la pobreza. De manera objetiva, esta situación se refleja en el tratamiento jurídico dado al **trabajo doméstico desempeñado en hogares de terceros**, a quienes no se reconoce como plenas trabajadoras. En el mejor de los casos, reciben la mitad de los beneficios de los trabajadores y, en otros casos, ni siquiera tienen acceso a la seguridad social. Sólo algunas leyes sobre violencia intrafamiliar han incluido correctamente a las personas que trabajan en el hogar, pero en general es una población “invisible en derechos”.

Tampoco se ha logrado incluir en todas las legislaciones de la región una adecuada legislación relativa al **acoso sexual**, lo cual también tiene impacto en la familia porque la mayoría de las personas que impunemente realizan acoso sexual tienen familia “bien constituida”. Lo importante sería lograr un fortalecimiento familiar integral, para lo cual se necesita un ordenamiento consistente, contrario a todo tipo de abuso.

De manera general, todavía no se alcanza a dar cumplimiento a los mandatos internacionales derivados de las Convenciones de Derechos Humanos más importantes, firmadas y ratificadas por los países de la región. Inclusive, en muchos países no se aplican adecuadamente los mandatos constitucionales en sus respectivas normas de remisión a la legislación internacional. Por eso, algunos países tienen **obligaciones de carácter internacional, sin haber hecho los esfuerzos necesarios para lograr su cumplimiento nacional**. Los órdenes jurídicos internos todavía presentan serias resistencias a otorgar a los nacionales los derechos derivados de

tales obligaciones internacionales. Por lo cual, tiene enorme relevancia el poder accionar **mecanismos regionales (Sistema Interamericano) o internacionales (de las Naciones Unidas) de protección de los derechos**, como es el caso del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, que permiten ejercer un derecho de petición individual o colectivo cuando se produce el incumplimiento de un derecho protegido por la Convención.

III. La erradicación de la discrecionalidad en asuntos de familia

Los derechos son protegidos mediante el respeto a un conjunto de mandatos derivados de la ley. Durante mucho tiempo, las familias eran el lugar “privado” por excelencia donde nadie podía inmiscuirse en lo que pasaba a su interior, ni siquiera el Estado. Eso ha cambiado, ahora no se permiten agravios a ningún integrante de la familia. Las mujeres, los niños y las personas adultas mayores están protegidas por una legislación específica. En cualquiera de estos casos, la autoridad estatal está obligada a actuar. Ya se ha superado la tendencia a aconsejar a las mujeres el abandono del hogar violento formulando medidas de protección que pueden incluir más bien la salida de la casa del marido violento. Sin embargo, todavía falta encontrar soluciones adecuadas a los niños porque los jueces no pueden discrecionalmente separar al niño o niña de su familia, sino encontrar las soluciones para restablecer el respeto entre todos los miembros de la familia. Sólo casos de abuso o negligencia muy graves pueden obligar a un juez a separar a un niño o niña de su familia, de lo contrario, la familia se constituye en el espacio inmediato protector por excelencia. Por eso, es muy importante una adecuada comprensión de lo que significa la **patria potestad compartida**. Tanto el padre como la madre ejercen este derecho. El juez puede suspender el ejercicio de este derecho a uno de los padres, temporalmente o de manera indefinida. En situaciones muy graves puede limitar este derecho a ambos padres, pero la tendencia no es esa.

El Estado sólo debe intervenir en situaciones límite, como es el caso de la **violencia intrafamiliar**. Sin embargo, esto no es igual para las mujeres que para los niños. Es muy importante revisar los mecanismos en forma diferenciada. Las leyes sobre violencia intrafamiliar tienen remedios más coherentes con la situación de las mujeres dentro de la familia. Aún no hay mecanismos claros para la protección de los niños y adolescentes, quienes sólo pueden ser separados de sus familias por orden judicial, en casos muy excepcionales.

La tendencia actual en la normatividad es la **reducción de la discrecionalidad judicial**, para lo cual se construyen normas claras que los jueces pueden aplicar. Por fin se está cerrando la época que permitía a los jueces juzgar las situaciones sin normas. El sistema jurídico no puede dejar las relaciones familiares fuera de la protección que ofrece el sistema jurídico en su conjunto, por esta razón, es cada vez más necesario restringir los espacios institucionalizados donde se depositaban a los niños y a los adolescentes, sustraídos de sus espacios familiares. Ahora se trata de proveer de **familias sustitutas** a quienes, por algún motivo, no pueden permanecer en sus núcleos familiares en lugar de crear instituciones cuya tendencia es convertirse en lugares abusivos y de pérdida de la libertad.

Igualmente, es absolutamente necesario revisar los criterios doctrinales de los jueces en los juicios de separaciones o de divorcio por causal, en donde tiene que haber un cónyuge culpable. Así como en los juicios penales sobre violación y anexos se ha demostrado que en muchos casos los encargados de aplicar justicia usan sus criterios personales en lugar de aplicar la ley, es fundamental que en materia de familia se aplique la legislación de manera menos subjetiva. Los puntos de vista de los jueces no siempre responden a los mandatos de la ley y menos aún a los

principios de la normatividad internacional vigente. Por la trascendencia de las decisiones vinculadas a la temática de la familia, es necesario afinar las propuestas de modificación de las leyes con base en la experiencia obtenida de la aplicación de la justicia. Lo central es mermar el sufrimiento que este tipo de decisiones provoca en los integrantes de las familias obligadas a recurrir a un tribunal en búsqueda de una solución. Cuando la democracia sea una realidad para las familias, las separaciones o el divorcio por causal ya no tendrán espacio. Serán los **mecanismos del consenso** los que prevalecerán disminuyendo la tristeza y dolor que estas situaciones causan en todos los integrantes de las familias.

Conclusión

La regulación jurídica sobre la familia está en **proceso de transformación**, no sólo porque las familias están cambiando y porque ahora se reconocen muchas más formas familiares que antes, sino porque el **ordenamiento internacional** cada vez le presta más atención al entorno familiar. Los individuos pertenecemos a núcleos familiares sean extensos, restringidos, monoparentales, parejas sin hijos, inclusive una persona sola forma una familia digna de ser entendida como tal. Las familias van modificándose y se recomponen. Las reglas del derecho deben colaborar en dar cohesión a esos esfuerzos por “hacer familia”, tanto en los momentos de inicio, de ruptura como de recomposición. Ciertamente, los Estados tienen la obligación de brindar la colaboración que los núcleos familiares requieren para proveer el **entorno protector** que los seres humanos necesitan. Sólo cuando falla el entorno protector, el Estado debe acudir en búsqueda de soluciones.

El conjunto de familias conforma la gran parte de la sociedad porque existen pocas personas carentes de referente familiar. Algunas culturas, sobre todo las originarias, tienen mayor capacidad de preservar el espíritu de familia, sin embargo, es también cierto que los entornos urbanos más grandes tienden a diluir los lazos familiares. Por eso, las migraciones del campo a la ciudad, así como las internacionales debilitan a menudo los vínculos intrafamiliares. A ese debilitamiento del vínculo le siguen, en muchos casos, el incumplimiento de obligaciones. Para evitar que las familias se desarticulen, las leyes tienen que exigir **paternidades responsables** y hacer cumplir la responsabilidad inmediata de atención de los progenitores frente a los hijos, que bien sabemos constituye parte del **deber de cuidado** para el desarrollo de la personalidad de las futuras generaciones. La soledad de las madres en la tarea materna, sin adecuados ingresos, hace más vulnerables a los niños y niñas tanto a la pobreza, como a diversas formas de abuso. La responsabilidad familiar debe ser compartida subsidiariamente con el Estado para ampliar la protección.

La colaboración estatal para **mantener y desarrollar familias protectoras** implica el desarrollo de políticas públicas surgidas del consenso con los grupos organizados de la sociedad. Las mejores propuestas de ley provienen de la sociedad en diálogo con las instancias legislativas, ejecutivas y con otras entidades del Estado que tienen una experiencia que aportar. Las organizaciones de mujeres y los movimientos en favor de la infancia han pasado de tener una identidad de mera **resistencia**, propia de una confrontación con el Estado a espaldas de sus demandas, a ser propositivas en materia de leyes y políticas, cuando las reglas de la democracia lo permiten. Esta identidad de **propuesta** tiene mayor cualidad política y mayor conciencia de las posibilidades de hacer avanzar las agendas sociales. Lo ideal sería que estos movimientos tuvieran mayor representación política en las diversas instancias del Estado. Esto es más urgente en los países con identidad cultural plural puesto que las soluciones para el fortalecimiento de las familias sólo puede lograrse en un amplio **diálogo incluyente de todas las culturas existentes** en los países. La familia no puede sustraerse a las diferencias geográficas y culturales. Son los

sujetos políticos y los actores sociales, quienes llevan ese debate a las instancias ejecutivas, legislativas y judiciales. El sistema jurídico es la columna vertebral del Estado democrático y como tal debe prestarle atención a las familias, acompañar los procesos de constitución y recomposición, sin aplastar a ninguno de sus integrantes.