

Panel de Justicia Latinoamericana: Crisis, Emergencia e Innovación Jurídica

## **La emancipación jurídica de la familia: Una cartografía latinoamericana<sup>1</sup>**

Jinyola Blanco Rodríguez<sup>2</sup>

### **Resumen**

Esta ponencia es el resultado de una investigación auspiciada por dos Instituciones de Educación Superior, de diferentes países, en la que se exploró el reconocimiento constitucional y legal de la unión de hecho, diferente e independiente del matrimonio, como forma de conformar una familia. Muestra resumidamente el panorama global de diez países latinoamericanos. Así, se pretende presentar un ensayo de respuesta a varias de las preguntas que se plantearon en este panel: ¿Cuál es el esquema de la Justicia en América Latina? ¿A quién se imparte justicia en América Latina? ¿Cómo se responde desde el tema de Justicia a los embates de exclusión social?, preguntas que desde luego están aterrizadas desde el derecho familiar y desde la realidad social familiar.

### **Palabras Clave**

Justicia latinoamericana, emancipación, innovación jurídica familiar.

### **Desarrollo**

Es indudable que la emancipación que se está llevando a cabo en la mayoría de los países latinoamericanos no es solamente social o comunitaria, institutos como la familia, también han sido permeados por tal manumisión, pero considerada más en un sentido jurídico que social, porque finalmente las diferentes formas de constituir la familia, específicamente respecto de la pretérita matrimonial, siempre han estado presentes e incluso han sido propias de la cultura de cada uno de nuestros pueblos. Pero además, sí que actores sociales, me refiero a las personas afectas a su mismo sexo o a las parejas heterosexuales, quieren liberarse de la exclusión social y jurídica familiar que representan los modelos de justicia de esta parte del orbe.

Considero que paradójico fue el acogimiento en las Indias de una estructura matrimonial canónica, adoptada por el derecho español con mayor nitidez a partir del Concilio Tridentino (Rodríguez Gil, 1998), porque en su momento cada comunidad indígena tenía sus propias formas y modelos familiares (Wiesner-Hanks, 2001), que poco a poco se fueron acomodando a una realidad donde la cristianización de los pueblos era inevitable (Hipp T, 2006).

El concepto monogámico e indisoluble de la unión matrimonial era desconocido por las culturas indígenas y las relaciones familiares que se consolidaban en su población no tenían validez para la Iglesia católica, tal y como se puede evidenciar con lo concluido por la primera Junta Eclesiástica de México, en 1524:

---

<sup>1</sup> Esta ponencia es resultado del proyecto de investigación denominado “La unión de hecho en Latinoamérica”, auspiciado por la Universidad Antonio Nariño en Colombia y la Universidad de Buenos Aires en Argentina.

<sup>2</sup> Abogada, especializada en derecho de familia, con Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Civil, doctoranda en Derecho de Familia y de la Persona de la Universidad de Zaragoza- España. Directora de la Unidad para el Desarrollo de la Ciencia y la Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Antonio Nariño, donde también se desempeña como docente-investigadora. Bogotá D. C. Colombia. Correo electrónico: jinyola.blanco@uan.edu.co; jinyola.blanco@gmail.com

Los sujetos que decían que no eran válidos los matrimonios de los indios en su gentilidad, se fundaban en que no había legítimo contrato con una mujer, y que llegaban a muchas sin saber cuál era la principal o señoras, y las demás concubinas; que no tenían palabras ciertas para solemnizar el contrato, y no le habiendo, no se podía elevar a razón de Sacramento después del bautismo; fuera de que se casaban con parientas sin distinción. A el contrario, otros decían que muchos indios sólo tenían una mujer por muchos años, o por toda la vida, y aunque otros tenían muchas, era una la señora o principal, a la que reconocían por mujer. (Romero, 1960, p. 312).

Pero no toda la población logró cumplir las expectativas zanjadas por la religión, factores de raigambre cultural y social basados en las diferencias raciales (Rodríguez VIGNOLI, 2005), o las dificultades económicas (Dueñas, 1979), hicieron que la aprehensión nupcial no fuera el común denominador y coexistiera con las relaciones extraconyugales que entre esclavos, indígenas, e indígenas y europeos eran de asidua ocurrencia. Esta unión aunque con rasgo monogámico, excluía una ritualidad para su formación, al igual que la indisolubilidad como elemento esencial de la constitución familiar y desde un comienzo fue catalogada como ilegítima y en algunos casos como ilícita. La perfilación de ilegitimidad no solamente fue propia del trato hacia los miembros de la pareja, sino también hacia su descendencia y desde allí, y en todo Latinoamérica, los hijos empezaron a ser fragmentados en legítimos e ilegítimos y estos últimos denominados en un concepto un poco más “moderno”, si es que cabe utilizar este vocablo, como naturales.

Obviamente el señalamiento y la designación de concubinato a las relaciones extraconyugales (Quilodrán, 2001), o de naturales, como ya se dijo, de los hijos concebidos en estas uniones, no pararon allí. La desigualdad que luego vino, que se ha mantenido por varios siglos y que aún hoy pervive, fue realmente jurídica. La norma jurídica proveniente de un pequeño conglomerado que hace parte de la misma población, que sufre y vive problemas reales, desigualdades ciertas y derechos no reconocidos, es la que se ha encargado de pasar por momentos en total silencio a la familia constituida sin sujeción a la norma canónica o civil, en otros, a referirse a ella para desplazarla y excluirla expresamente del campo legislativo y desde hace muy poco (30 ó 40 años no son nada para siglos de desigualdad familiar), al contrario, la inclusión en los ámbitos jurisprudenciales, legales e incluso en el nuevo derecho constitucional.

La evidencia literaria de las divergencias entre familias legítimas e ilegítimas en la mayoría de los sistemas legislativos latinoamericanos no empezó a tomar fuerza, sino a mediados del siglo XX, seguramente por el advenimiento, a partir de ese momento, de la ratificación de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos que reafirman la posibilidad de todo hombre y mujer de constituir una familia, dejando abierta y a elección, como lo estimo, la disyuntiva matrimonial y extramatrimonial. Esto sumado a que países como Guatemala, Honduras y Panamá, entre otros, promulgaron normativas reconociendo la estructura familiar de facto o procurando derechos a sus integrantes, tanto en relaciones horizontales como verticales (Zannoni, 1968). La uniformidad de los trazos de ilegitimidad desde lo social y lo legal, no fueron tan marcados en el cono Sur de la región latinoamericana, se fueron desvaneciendo por Argentina, Chile y Uruguay tal y como lo señaló Zannoni (1968).

Pero en el punto cronológico tomado desde la mitad del siglo pasado, por supuesto que las causas sociales y culturales para tomar una u otra vía familiar ya habían evolucionado, lo que en un principio fue impuesto por un derecho impropio, hoy forjaba raíces en pobreza, tal y como lo señala Leñero:

América Latina y el Caribe se distinguen por un patrón nupcial con alta frecuencia de uniones consensuales, más marcada en los sectores populares. Las exclusiones y las fracturas asociadas a la conquista y a la esclavitud, una cultura ambivalente en la responsabilidad familiar masculina y femenina, las seculares restricciones económicas y la debilidad del Estado y su burocracia-legislativa son factores que pueden explicar este peculiar patrón nupcial. Estas uniones han sido alternativas al matrimonio; de hecho, en algunos países la mayoría de los hijos crece en ellas. Las predicciones de un

paulatino abandonado de esta modalidad de unión con el proceso de modernización social no se han cumplido. Más aún, nuevas teorías sugieren que las uniones informales tenderían a aumentar, aunque con un sustrato material y cultural diferente al histórico, pues se deberían a decisiones reflexivas y plenamente enmarcadas en el desarrollo del proyecto individual. (p.5).

Estas raíces de pobreza fueron sumadas a la subordinación femenina y a los bajos niveles de educación (García, Rojas, 2002), aunque otras causas también se abonan a la vida conyugal o de prueba en los jóvenes sin legalización alguna del vínculo (Quilodrán, 2000), o en personas adultas, a tener una mayor estabilidad en segundas relaciones que han terminado por divorcios (García, Rojas, 2002). De tal manera, que estas causas representan ahora la diada familiar que siempre se ha mantenido y que hoy tiene un componente adicional: la familia que reclaman las parejas afectas a su mismo sexo. Pocas legislaciones han dado una discusión directa y concisa sobre este punto, ¿qué opciones tomar? reconocimiento familiar, contrato de unión civil, propio de los países de la comunidad europea y Europa septentrional, o la asimilación de los derechos derivados del matrimonio, como así lo señaló la Corte Suprema de Estados Unidos en el mes de junio de 2013. Pero sin entrar todavía a esa discusión, que sin vacilaciones se abordará en cada una de las legislaciones, volvamos al hilo que traíamos.

Cada país latinoamericano con sus propias distinciones ha tenido que sortear la situación familiar, pero tal y como lo afirma Marco “con un componente de igualdad jurídica entre los miembros de la pareja” (2009, p. 3), aunque también yo aseveraría que el concepto de igualdad ahora evoluciona en las legislaciones latinoamericanas en un sentido más de composición familiar que de los miembros que integran este núcleo. Así, la familia de hecho, porque así considero a las parejas extramatrimoniales, está enmarcada y reconocida en un texto constitucional, y la ley, siguiendo este máximo mandato, ha hecho lo propio con la equiparación de derechos personales y patrimoniales, durante y después de la vigencia de la unión, dándole un respiro a los tribunales que han sido los encargados de interpretar literal, finalística y sistemáticamente las normas matrimoniales para tratar de acomodarlas a las realidades surgidas fuera del vínculo jurídico. En consecuencia, así como la prole concebida bajo estas uniones estuvo perseguida, como perseguido su origen, hoy la equiparación de derechos entre los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos también es evidente, el acogimiento del principio de igualdad por Cartas Magnas y Tratados Internacionales ha excluido la desigualdad por razón de origen familiar.

Veamos entonces. Principalmente, y sin pretender ser exhaustiva, tres son los regímenes que ocupan los titulares constitucionales y legislativos familiares latinoamericanos, aquellos que denotan claramente la aceptación de los modelos familiares matrimoniales y extramatrimoniales, los que sin hacer caso omiso de la realidad social, pero sin pretender ser tan amplios en la concesión de derechos, mantienen el matrimonio como principal forma de constituir la familia pero le brindan a las uniones de hecho un trato similar a aquel en cuanto a efectos patrimoniales se refiere, y finalmente, los que definitivamente niegan aún en el derecho el lugar que debe tener la familia de hecho y consideran que el matrimonio deberá seguir siendo la única unión reconocida.

La aceptación de los modelos familiares matrimoniales y extramatrimoniales trajo consigo una normatividad diferencial e independiente entre el matrimonio y la unión de hecho. El constituyente paraguayo a través de la Carta Política de 1992 reconoció expresamente que la familia también incluía a “la unión estable del hombre y de la mujer...” y señaló que produciría los mismos efectos del matrimonio, siempre y cuando hubiera diferencia de sexos, no existiera impedimentos y la relación fuera estable y singular. El propósito del constituyente fue darle efectos similares a ambos vínculos, pero el del legislador, a través del Código Civil, el de unos efectos propios e independientes para matrimonio y para unión estable, aunque luego de diez años de convivencia y siempre que intervenga el mutuo acuerdo de la pareja, ésta tendrá los mismos de aquel. Antes de este término y después de cuatro años de convivencia nacerá una comunidad de gananciales sin posibilidad de celebración de pacto capitular y luego de terminada, surgirá el derecho de alimentos para el integrante que carezca de medios para subsistir y además, un derecho hereditario, pensión de sobrevivencia e indemnización por

muerte de uno de los compañeros a favor del sobreviviente cuando precisamente la causa de terminación sea por muerte.

En Uruguay lo fundamental para considerar cada vínculo familiar como independiente, fue la influencia histórica y cultural actual, así, jóvenes escolarizados y de niveles medios y altos tienen una convivencia a prueba antes de celebrar matrimonio (Cabella, 1998), también aquellos que están en bastas condiciones de pobreza apuntan al modelo convivencial e incluso parejas que han tenido rupturas conyugales previas (Filgueira, 1998). A diferencia de otros modelos jurídicos constitucionales el concepto de familia no fue identificado con el de matrimonio, ni se evidenció una tajante división, lo que a mi modo de ver, indudablemente influyó en que no se pensara en distintos modelos y que por el contrario la unión libre tomara fuerza como una opción más a la hora de escoger el tipo de familia (Cabella, 2006). Uruguay ha sido el primer país latinoamericano en incluir tanto a la pareja heterosexual, como homosexual, en la legislación familiar ya que cuenta con una Ley de Unión Concubinaria que no exige la diferencia de sexos para su conformación. Esta ley no especifica término mínimo para su constitución, pero para reclamar derechos y exigir el cumplimiento de las obligaciones propias extraconyugales, los convivientes deberán acreditar una vida en común de por lo menos cinco años. Existe un derecho a reclamar alimentos antes y después de disuelta la unión y la existencia de una sociedad de bienes será regida en su reclamación por las reglas de la sociedad conyugal en cuanto no sean incompatibles. De la misma manera, el fallecimiento de uno de los compañeros crea la vocación hereditaria, cuestión que no sucede con la porción conyugal, su misma denominación excluye a los integrantes de la pareja extramatrimonial.

Dentro de los países que aún siguen teniendo el matrimonio como principal fuente de familia, pero que aceptan la unión de hecho, aunque con limitaciones, porque permiten la aplicación por analogía de las normas matrimoniales a las convivenciales, se encuentra Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

La actual Constitución Política de Bolivia consagra la formación familiar a partir del matrimonio y la unión libre o de hecho, que a su vez se divide en las conyugales libres y en las de los aborígenes (Moisset, s.f) como el *sirvinacuy* definido por Varela como:

...una costumbre muy antigua de la zona de los Andes en América Latina. La celebran los descendientes de los incas, que ahora son en su mayoría campesinos. Se trata de una convivencia de los novios previa al matrimonio, que puede durar de seis meses a un año. Después de este tiempo, el novio tiene que hablar con los padres de la novia y pedir permiso para casarse con ella. Si los padres están de acuerdo, se celebra una boda que consagra la unión entre los novios. (s.f)

Rasgo distintivo de estas estructuras es la diferencia de sexos y el tratamiento en relaciones personales, patrimoniales y filiales son las mismas del matrimonio, consagradas en el Código de Familia. Así los deberes de fidelidad, cohabitación, asistencia y cooperación pueden ser reclamados por parejas unidas a través del vínculo jurídico o del vínculo de hecho y en ambos se produce el nacimiento de un régimen económico de bienes. En cuanto a la filiación matrimonial y extramatrimonial, la paternidad para el caso de hijos de mujeres casadas o de compañeras en unión conyugal libre, se presume, aunque el problema queda planteado en cuanto a los términos mínimos y máximos contados desde que la pareja convive o se separa, cuando se trata de parejas no casadas. El reconocimiento e investigación solo procederá cuando el hijo es concebido fuera de esta clase de uniones. En cuanto a las uniones del mismo sexo la Coalición Boliviana de Organizaciones LGBT presentó un proyecto de ley que busca que se legalicen a través del matrimonio, proyecto que al día de hoy no ha sido aprobado.

Brasil también conserva un reconocimiento constitucional a nivel federal de la unión estable, junto con el matrimonio, a partir de 1988. Seis años después se promulga una ley reglamentaria que concede principalmente derechos patrimoniales a los unidos de hecho. Alimentos, sucesiones y sociedad de bienes fueron los que abanderaron esta reglamentación. El Código Civil de 2002 a no dudarlo, reconoce a la unión estable como un tipo familiar entre personas de diferente sexo que no tienen el impedimento de ligamen y de la cual se derivan los deberes personales de lealtad y respeto. Si alguno

de los dos compañeros tiene un vínculo matrimonial vigente su relación será concubinaria. Respecto de la unión homoafectiva, fue el Tribunal Superior de Brasil el que a partir de 2011, al igual que en Colombia, le concedió la connotación familiar y tiene los mismos efectos de una unión estable. La cuestión de fondo en este punto es que el artículo 1726 de la reglamentación civil, permite que la unión se convierta en matrimonio por pedido de los compañeros, y si la unión homoafectiva, como ya se dijo, tiene los mismos efectos que la unión heterosexual, podrán acudir a la conversión matrimonial.

En cuanto a las relaciones económicas en la unión se aplica el régimen de comunidad parcial de bienes, además de que pueden pactar otro régimen patrimonial. También hacen presencia el derecho de alimentos y la vocación hereditaria ab intestato.

Respecto a las relaciones paternas y maternas hay que mencionar que existe la presunción de la paternidad matrimonial y extramatrimonial y respecto de la maternidad será determinada por el parto (Wagmaister, 2009).

En Colombia se sancionó en el año 1994 una ley que definió la unión marital de hecho y la posibilidad de que naciera una sociedad patrimonial de hecho entre compañeros permanentes con casi idénticas características de la sociedad conyugal propia del régimen matrimonial. Pero ha sido la jurisprudencia constitucional la que por vía de exequibilidad ha defendido la inexistencia de un trato diferenciado entre el matrimonio y la unión de hecho (Blanco, Santacruz, 2008), porque cuentan con diferente identidad, de tal manera, que la reclamación de alimentos durante la convivencia, derechos hereditarios, de porción conyugal, sociales, entre otros, han sido extendidos a la pareja extraconyugal. Y desde el año 2011, este mismo régimen, también por vía constitucional, es aplicable a la pareja homoafectiva. Claramente la Corte Constitucional colombiana ha indicado que estas parejas también constituyen familia y deben recibir la protección del Estado y la sociedad, obligación que está plasmada en el artículo 42 de su Carta Política. La naturaleza de la unión de hecho hetero u homosexual para los colombianos, es netamente familiar, más que de vínculo meramente contractual. Así, familia es la emanada del matrimonio, de la unión marital de hecho heterosexual y de la unión marital de hecho homosexual. Respecto de los hijos, reina la plena igualdad de derechos en todo sentido, desde la promulgación de la ley 29 de 1982. Para junio de 2013 el Congreso de la República tenía la tarea, exhortado por el Tribunal Constitucional, de legislar sobre la unión de parejas del mismo sexo, con lo que se abrió la polémica en todo el país de si se debía aprobar o no el matrimonio entre ellos, a pesar de que la recomendación de la Corte había sido, según la *ratio decidendi* de la sentencia C-577 de 2011, que se tomara el modelo de unión civil de países europeos. Finalmente, el proyecto que cursaba en el Congreso se hundió y estas parejas tendrán que acudir a la formación de una unión diferente a la del matrimonio.

La reciente Constitución ecuatoriana (2008) establece que “se reconoce la familia en sus diversos tipos” y que “se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho”, este es uno de los pocos cuerpos constitucionales latinoamericanos, junto con el de Colombia, que incluye la diada familiar en la que siempre ha estado dividida la sociedad. Pero he de señalar que llama la atención aún más, cuando al definir la unión estable indica que es aquella formada entre “dos personas”, es decir, no hace mención a lo que en todas sí se evidencia: la diferencia de sexos. Por lo tanto, se podría interpretar este texto como el primero en esta región del continente, que acepta constitucionalmente, valga la redundancia, la unión entre personas del mismo sexo. No obstante, el Código Civil de 2005 no ha tenido reforma en tal sentido y al contrario, sigue manteniendo la diferencia de sexos, pero llama la atención la segunda parte del artículo 68 del Código “La adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo”, en interpretación gramatical, esto me lleva a pensar que se acepta tácitamente la existencia de parejas del mismo sexo. La remisión a la unión matrimonial es clara ya que la convivencia tiene los mismos derechos y obligaciones que se derivan de aquella. Se percibe de ambos textos, constitucional y legal, la ausencia de impedimentos, con excepción del de ligamen. En cuanto a la relación patrimonial si hay diferencia sustancial entre unión de hecho y matrimonio, en la unión se aceptan estipulaciones económicas que pacten un régimen distinto al de sociedad de bienes, que es el único vigente en la

relación matrimonial, e incluso que lo excluyan, situación tampoco predicable en el vínculo nupcial. En cuanto a la paternidad y maternidad se acepta la matrimonial, extramatrimonial y adoptiva.

Perú por su parte, incluyó en su plexo constitucional la definición de unión estable, junto con la de matrimonio, proporcionándole a aquella más que un reconocimiento como familia, derechos en una comunidad de bienes “sujeta al régimen de la sociedad de gananciales”. No obstante, cuando indica que “el varón y la mujer...que forman un hogar de hecho...”, se puede pensar que hogar lo asimila a familia, cuestión que no sucede con las uniones homoafectivas, que son explícitamente excluidas en la definición constitucional (Vega, 2010). La normativa civil aterriza un poco más esta definición constitucional y la de comunidad de gananciales que no es sinónimo del régimen patrimonial del matrimonio, por lo que no se puede adoptar una exclusión o separación de bienes. El legislador peruano inicialmente no contempló más derechos patrimoniales que este de gananciales y la pensión de sobrevivencia y este año el gobierno del presidente Humala sancionó la ley 30007 que reconoce derechos sucesorios entre la pareja, reiterando, por cierto, en su artículo primero la diferencia de sexos. Y en cuanto a las relaciones entre padres e hijos se acepta la filiación matrimonial y extramatrimonial, pero la adoptiva queda reservada únicamente para parejas casadas.

En Venezuela el Código Civil de 1942, al referirse a la presunción de existencia del cuasicontrato de comunidad entre los concubinos, definió que la pareja que vivía en concubinato era aquella conformada por un hombre y una mujer que lo hacían de forma permanente, pero fue la Constitución de 1999 la que reconoció la unión estable de hecho, que produciría los mismos efectos del matrimonio, cuestión que ha sido discutida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para quien existen diferencias irreconciliables entre uno y otro vínculo, por ejemplo, y situación que abiertamente manifiesto no comparto, al igual que Barrios (2006), es que en la unión se puede prescindir de la vida en común “este elemento puede obviarse siempre que la relación permanente se traduzca en otras formas de convivencia, como visitas constantes, socorro mutuo, ayuda económica reiterada, vida social conjunta, hijos, etc...no existe el deber de vivir juntos”. Mientras que en el matrimonio tal convivencia es esencial. La unión tampoco genera efectos personales, solamente patrimoniales regidos por el sistema económico matrimonial. En todo caso, el Tribunal al parecer toma el papel de legislador (Acosta, 2007, Párraga, 1999), porque descompone en gran parte el artículo 222 del Código Civil y no tiene en cuenta la manda constitucional, razón por la que hay que afirmar que tiene respaldo constitucional las dos formas familiares, excluyendo por supuesto relaciones homosexuales, pero no legal como debería serlo y no por abstención del legislador sino por interpretación jurisprudencial.

Las legislaciones de Argentina y Chile aún hoy siguen contemplando como única fuente de familia el matrimonio, aunque en territorio gaucho la excepción la contempla la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en Chile parte de la dogmática jurídica es reacia a admitir la unión de hecho.

Pocas referencias hay en el derecho civil argentino sobre el concubinato, término encontrado en el Código Civil. Se hace alusión a él cuando se priva del derecho de alimentos al cónyuge que vive con un tercero; cuando se indica que el matrimonio de mala fe es reputado como concubinato sin producir efecto alguno y cuando habla de la presunción de paternidad extramatrimonial de aquel que se reputa padre por haber convivido con la madre durante la época de la concepción. Entonces, no hay definición de legal de unión, ni efecto alguno. Ha sido la doctrina argentina la que ha desarrollado ampliamente el tema en relación a una definición y efectos personales y la jurisprudencia, entre tanto, se ha encargado de reconocer consecuencias económicas de la convivencia, diferentes a las derivadas del matrimonio, sociedad de hecho, *actio in rem verso* (Lloveras, 2010) y comunidad de derechos e intereses (Kemelmajer, 2010). Sin embargo, destaca Grosman (2006) la necesidad urgente de reconocer la obligación alimentaria entre la pareja extramatrimonial. Frente a los efectos personales también es la doctrina la que defiende su existencia (Azpiri, 2010).

Como se mencionó, Buenos Aires desde el año 2003 contempla la unión civil homo y heterosexual equiparando sus derechos y obligaciones a los de los cónyuges, a lo que se ha opuesto la doctrina, por

considerar que, por ejemplo, la adopción no debe tener cabida en las parejas homoafectivas (Rocah, 2004).

Actualmente, se espera que se produzca la transición entre el antiguo y el nuevo Código Civil para toda la República, si es que el Congreso lo aprueba, propuesto por la presidenta Fernández de Kirchner el pasado 2012, donde se contemplan las uniones convivenciales en su definición, constitución y prueba, pactos de convivencia y efectos durante y después de la misma. Hay que denotar que de la lectura del texto no se puede interpretar que la unión sea una forma de constituir la familia, su campo de acción es netamente patrimonial.

Abierta a una interpretación que tiene dividida a la doctrina chilena, la Constitución Política se limita a señalar que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, sin referencia alguna al matrimonio, ni a la unión extramatrimonial. Hay quienes defienden la diada familiar (Barrientos, 2006), otros incluso una triada, al incluir a las parejas del mismo sexo (De la Barra, 2010) y quienes rechazan vehementemente la unión de hecho y sostienen que la familia es solo la basada en el matrimonio (Soto, 1994, Corral, 1994). Sumado a ello, es la misma ley, Código Civil, la que afirma que “El matrimonio es la base *principal* de la familia”, abriendo paso a considerar que la unión de hecho es fuente de formación familiar (Isler, 2009), poco a poco esto de alguna manera es lo que se evidencia en ciertos aspectos legales que contienen de manera expresa la obligación alimentaria, la violencia intrafamiliar y el hecho delictivo del parricidio, contemplando a la unión extraconyugal. Lo propio han hecho los Tribunales, al conceder la protección patrimonial a través de un cuasicontrato de comunidad, una sociedad de bienes o la indemnización por daño material y moral por muerte de uno de los concubinos. En todo caso reconocimiento abierto y directo solo se produce en tratándose del matrimonio, por ello el pueblo chileno espera que los proyectos de ley sobre Pacto de Unión Civil o el Acuerdo de Vida en Común tengan asidero en el Congreso. De ser así, o bien se crearía una regulación independiente con mayor inclinación hacia el derecho contractual que familiar, o se recrearía en el cuerpo normativo civil la inclusión también de esencia contractual de la vida en común de personas del mismo o de diferente sexo.

## Conclusiones

De las líneas atrás esbozadas es fácil concluir que la reflexión de este discurso estuvo principalmente dirigida a explicitar de una manera superficial la unión de hecho. Claro, adrede lo he hecho porque, qué fácil hubiera sido referirme solo al matrimonio como forma de constituir la familia. La innovación jurídica que se presenta en materia familiar en los países latinoamericanos es la de tomar en cuenta las realidades sociales que siempre nos han acompañado, por largos siglos el reclamo vehemente de reconocer la existencia de la familia de hecho, el derecho a constituirla sin atender a un vínculo jurídico, el derecho a no casarse, con la correlativa existencia del derecho a formar una familia.

Hablar de emancipación jurídica parece que fuera contradictorio, ¿qué se quiere decir con eso? La emancipación no quiere decir que la familia está saliendo de lo jurídico, mal podría afirmarlo, porque entonces toda relación horizontal y vertical familiar no tendría asidero para exigencia de derechos y cumplimiento de deberes. No, lo que quiero decir es que el modelo tradicional de la familia basado en el matrimonio, no puede seguirse pensando como único por el legislador. Es necesario acabar con la exclusión de la unión de hecho como modelo familiar, es necesario replantear las políticas públicas de regulación y protección integral de cada una de las formas de constituir la familia. No se trata de hacer desaparecer el matrimonio, ni más faltaba, se trata de ser inclusivo, de permitirnos ver dos ideales distintos pero no opuestos, de reconocer por fin lo que tantas veces en el devenir histórico, en la evidencia histórica ha estado presente, la familia en sus diversos orígenes, orígenes que no son nuevos, al contrario que han estado presentes desde nuestras Indias, desde nuestra cultura indígena. Para quién se está legislando hoy en Latinoamérica, era una de las preguntas que nos planteábamos con este panel, bueno, pues no debemos olvidar que se debe legislar para un conglomerado social necesitado de

protección de sus derechos humanos y fundamentales, para un ser humano que es y debe ser libre de escoger cómo quiere conformar su familia. De eso se trata la emancipación jurídica: ser inclusiva.

## **Bibliografía**

Acosta Vásquez, Luis. *El nuevo concubinato en Venezuela. En Cuestiones Jurídicas*. Vol. 1. No. 1. Maracaibo. 2007.

Azpíri, Jorge. “Los deberes personales entre los convivientes en una unión marital de hecho”. En *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia* No. 46. Buenos Aires. 2010.

Barrientos Grandon, Javier. “Sobre la noción de conviviente utilizada en el artículo 390 del Código Penal”. En *Revista Chilena de Derecho Privado*. No. 7. 2006.

Barrios, Haydee. Ponencia “Sala Constitucional y las Uniones Estables de Hecho. Breve análisis crítico de la sentencia dictada el 15 de julio de 2005 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, relativa a la interpretación del artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. VII Jornadas de la ley Orgánica para la protección del niño y del adolescente. Caracas. 2006.

Blanco Rodríguez, Jinyola, Santacruz López, Raúl. “Inexistencia de un trato diferenciado entre el matrimonio y la unión marital de hecho”. En *La investigación en asuntos privados y temas especiales del derecho*. 2008

Cabella, Wanda. “La cohabitación prenupcial en Montevideo”. En *Documentos de Trabajo*. No. 39. 1998.

Cabella, Wanda. *El cambio familiar en Uruguay: Una breve reseña de las tendencias recientes*. Ediciones Trilce. Uruguay. 2006.

Corral Talciani, Hernán. “Familia sin matrimonio, ¿modelo alternativo o contradicción excluyente?” En *Revista chilena de derecho*. Vol. 21. No. 2. 1994.

De La Barra Suma De Villa, María Asunción. “Breve análisis normativo sobre uniones de hecho en la legislación chilena: Posibilidad de aplicación a parejas homosexuales”. En *Derecho y Humanidades*. Vol. 2.No. 16. 2010.

Dueñas Vargas Guiomar. *Los hijos del pecado. Ilegitimidad y vida familiar en la Santafé de Bogotá Colonial*. Editorial Universidad Nacional. Bogotá. 1997.

Filgueira, C. *Sobre revoluciones ocultas: La familia en el Uruguay*. Montevideo.1998.

García, Brígida y Rojas, Olga. “Cambios en la formación y la disolución de las uniones en América Latina”. En *Gaceta Laboral*. Vol. 08. Número 003. Maracaibo. 2002.

Grosman, Cecilia P. “Alimentos entre convivientes”. En *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia* No. 23. 2006.



Hipp T, Roswitha. "Orígenes del matrimonio y la familia modernos". En Revista Austral de Ciencias Sociales. No. 011. Chile. 2006.

Isler Soto, Erika Marlene. "Los principios en la ley 19.947: Análisis y desarrollo". En Revista Ars Boni et Aequi. No. 5. 2009.

Kemelmajer De Carlucci, Aída. *El nuevo derecho de familia*. Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibañez. Bogotá-Colombia. 2010.

Leñero Otero, Luis. Familia actual en América Latina (s.f). Recuperado el 26 de junio de 2013. Disponible en <[http://www.mercaba.org/Catequetica/F/familia\\_actual\\_en\\_america\\_latina.htm](http://www.mercaba.org/Catequetica/F/familia_actual_en_america_latina.htm)>

Lloveras, Nora. "En Convivencias de parejas heterosexuales y los efectos patrimoniales". Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia No. 46. 2010.

Marco Navarro, Flavia. "Muchas obligaciones con pocas facilidades: Leyes sobre familias en cinco países latinoamericanos". En Seminario regional Las familias latinoamericanas interrogadas. Hacia la articulación del diagnóstico, la legislación y las políticas. Santiago de Chile. 2009.

Moisset De Espanes, Luis. Notas sobre el anteproyecto y el Código Boliviano de Familia. *s.n. s.f.*

Párraga De Esparza, Marisela. Las uniones estables de hecho en la constitución venezolana de 1999. En Cuestiones Jurídicas. Vol. 11. No. 1. 2008.

Quilodrán, Julieta. "Atisbos de cambios en la formación de las parejas conyugales a fines del milenio". En Papeles de Población. Número 25. Toluca. 2000.

Quilodrán, Julieta. "L'union libre latinoaméricaine a t-elle changée de nature?" Ponencia presentada en la XXIV Conferencia general de la unión internacional para el estudio científico de la población Brasil. 2001.

Rocah Degreet, Hugo. *Uniones Civiles*. Editorial Astrea. 2004.

Rodríguez Gil Magdalena. *Vice uxor: Notas sobre el concubinato en España desde la recepción del derecho común*. Servicio de publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid. Madrid. 1998.

Rodríguez Vignoli, Jorge. "Unión y cohabitación en América Latina: ¿modernidad, exclusión, diversidad?" En Población y desarrollo. CEPAL. Santiago de Chile. 2005.

Romero, Mario Germán. *Fray Juan de los Barrios y la evangelización del Nuevo Reino de Granada*. Academia Colombiana de Historia, Editorial A.B.C. Bogotá. 1960.

Soto Kloss, Eduardo. "La familia en la constitución política". En Revista Chilena de Derecho. Vol. 21 No. 2. 1994.

Varela, Montserrat. El sirvinacuy, el matrimonio a prueba (s.f). Recuperado el 16 de junio de 2013. Disponible en <<http://www.hueber.de/sixcms/media.php/36/mirada-lk-L12.pdf.pdf>>

Vega Mera, Yuri. "Homosexualidad, matrimonio y adopción". En Rivista Comparazione e Diritto Civile. Italia. Julio de 2010.

Wagmaister, Adriana, artículo, "Maternidad Subrogada", Revista de Derecho de Familia Nro. 43, Julio/Agosto 2009, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina.

Wiesner-Hanks Merry E. *Cristianismo y sexualidad en la edad moderna. La regulación del deseo, la reforma de la práctica*. Siglo Veintiuno de España Editores. 2001.

Zannoni, Eduardo. "Control institucional y familia en América latina. La ilegitimidad conyugal". En Revista de Estudios Políticos. No. 58. 1968.

### **Legislación**

Asamblea Constituyente de Bolivia. Constitución Política del Estado. 2009.

Asamblea Constituyente República Del Ecuador. Constitución Política del Estado. 2008.

Asamblea Nacional Constituyente. Venezuela. Constitución De La República Bolivariana De Venezuela De 1999.

Congreso De La Nación Argentina. Código Civil.

Congreso De La Nación Paraguaya. Código Civil. Ley 1183 de 1985.

Congreso De La Nación Paraguaya. Ley 1 de 1992.

HONORABLE CONGRESO NACIONAL DE BOLIVIA. Código de Familia. Ley 996 de 1988.

Congreso De La República Del Perú. Código Civil.

Congreso De La República Del Perú. Ley 26790.

Congreso De La República Del Perú. Ley 30007.

Congreso De La República. Venezuela. Código Civil de 1942.

Legislatura De La Ciudad Autónoma De Buenos Aires. Ley 1004 de 2003.

Congreso Constituyente Democrático Del Perú. Constitución de 1993.

Convención Nacional Constituyente Del Paraguay. Constitución de 1992.

Senado República De Chile. Estado proyecto de ley Acuerdo de vida en común y proyecto de ley Pacto de Unión Civil. [En línea]. [Consultado el día 20 de abril de 2012]. Disponible en [http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil\\_proyectos.pl?7011-07](http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?7011-07) [http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil\\_proyectos.pl?6735-07](http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?6735-07)

Congreso Nacional Del Ecuador. Comisión De Legislación Y Codificación. Código Civil. 2005.

Poder Legislativo. Uruguay. Constitución de 1934.

Poder Legislativo. Uruguay. Ley 18.246 de 2007.

Poder Legislativo. Uruguay. Código Civil.

### **Jurisprudencia**

Corte Constitucional. Colombia. Sentencia C-577 de 2011

Corte Constitucional. Colombia. Sentencia C-1033 de 2002

Corte Constitucional. Colombia. Sentencia C-577 de 2011

Corte Constitucional. Colombia. Sentencia C-577 de 2011

Corte Constitucional. Colombia. Sentencia C-577 de 2011

Corte Constitucional. Colombia. Sentencia C-577 de 2011

Tribunal Supremo De Justicia. Venezuela. Sala Constitucional. Sentencia del 15 de julio de 2005.

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero.