

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

LA TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN GUATEMALA



JORGE MAX TOC RAYMUNDO

GUATEMALA, FEBRERO DE 2,008.

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

LA TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN GUATEMALA

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JORGE MAX TOC RAYMUNDO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, Febrero de 2,008

HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

| | |
|-------------|-------------------------------------|
| DECANO: | Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana |
| VOCAL I: | Lic. César Landelino Franco López |
| VOCAL II: | Lic. Gustavo Bonilla |
| VOCAL III: | Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez |
| VOCAL IV: | Br. Hector Mauricio Ortega Pantoja |
| VOCAL V: | Br. Marco Vinicio Villatoro López |
| SECRETARIO: | Lic. Avidán Ortiz Orellana |

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL

Primera fase:

| | |
|-------------|-----------------------------------|
| Presidenta: | Licda. Rosa María Ramírez Soto |
| Vocal: | Lic. Héctor Raúl Orellana Alarcón |
| Secretario: | Lic. José Roberto Mena Izzepi |

Segunda Fase:

| | |
|-------------|---------------------------------------|
| Presidente: | Lic. Menfil Osberto Fuentes |
| Vocal: | Lic. Ileana Noemí Villatoro Fernández |
| Secretario: | Lic. Marco Tulio Pacheco Galicia |

RAZÓN

“Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

DORIS LUCRECIA ALONSO HIDALGO

Abogada y Notaria
Colegiado 6398

Guatemala, 20 de septiembre de 2007

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria
Guatemala

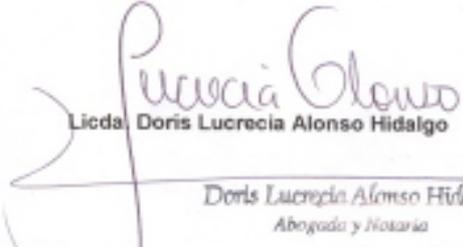
Respetable Licenciado Castillo:

De acuerdo con el nombramiento emitido por esa Jefatura, el día nueve de marzo de dos mil seis, en el que se me faculta para que como Asesora pueda realizar modificaciones que tengan por objeto mejorar el trabajo de investigación del Bachiller **JORGE MAX TOC RAYMUNDO**, intitulado "LA TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN GUATEMALA", procedo a emitir el siguiente dictamen:

Del trabajo de tesis presentado por el Bachiller **Jorge Max Toc Raymundo**, se establece que el trabajo de investigación realizado contribuye grandemente y de una manera técnica y científica con los estudiosos del derecho guatemalteco, específicamente en el ramo de familia.

El presente trabajo de Tesis cumple con todos los requisitos exigidos por la reglamentación universitaria vigente, en esencial lo establecido en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis previo a optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, así como del Examen General Público. Se concluye indicando que el Bachiller **Jorge Max Toc Raymundo**, en su trabajo de investigación ha utilizado la metodología pertinente, y la forma de redacción ha sido clara y práctica para la fácil comprensión del lector.

En tal virtud como Asesora, emito mi **DICTAMEN FAVORABLE** para que el presente trabajo de tesis del Bachiller **Jorge Max Toc Raymundo** continúe su trámite.


Licda. Doris Lucrecia Alonso Hidalgo

Doris Lucrecia Alonso Hidalgo
Abogada y Notaria

7ª. Avenida 3-74 Zona 9, Edificio "74", 7º. Nivel, Oficina 700
Guatemala, Centroamérica
Teléfonos 2331 9042, 2332 4494 y 2334 0088. Fax: 2331 4655
lucrecia_alonso@orellana@hotmail.com

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



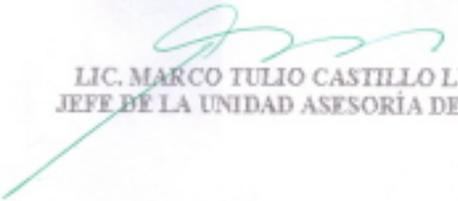
FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 13
Guatemala, C.A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, tres de octubre de dos mil siete.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) JESUS ALFREDO ERCHILA DE LEON, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante JORGE MAX TOC RAYMUNDO, Intitulado: "LA TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN GUATEMALA".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para el Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTI
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



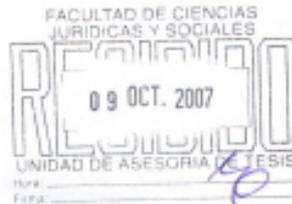
cc. Unidad de Tesis
MTCL/slh

JESUS ALFREDO ERCHILA DE LEON
Abogado y Notario
Colegiado 3537



Guatemala, 09 de octubre de 2007

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria
Guatemala



Respetable Licenciado Castillo:

De acuerdo con el nombramiento emitido por esa jefatura, el día tres de octubre de dos mil siete, en el que se me faculta para que como revisor pueda realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar el trabajo de investigación del Bachiller JORGE MAX TOC RAYMUNDO, intitulado "LA TRANSFORMACION DEL DERECHO DE FAMILIA EN GUATEMALA", procedo a emitir el siguiente dictamen:

Al revisar el trabajo de tesis del bachiller Jorge Max Toc Raymundo, establecí que fue desarrollado en una forma conciente y que contribuye grandemente y de una manera técnica y científica con los estudiosos del derecho guatemalteco, lográndose comprobar la hipótesis planteada, señalando además que las conclusiones a que arriba el autor, son congruentes con el contenido de la investigación.

En conclusión y por considerar que el trabajo producido por el sustentante presenta un recurso orientador sobre el tema y en virtud de haberse satisfecho los requisitos exigidos por la reglamentación universitaria vigente y en esencial lo establecido en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de tesis previo a optar el título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, considero que el trabajo presentado por el bachiller Jorge Max Toc Raymundo, debe continuar su tramite, a efecto se ordene la impresión del mismo y se señale día y hora para su discusión en el correspondiente examen publico, con mi **DICTAMEN FAVORABLE.**

Lic. Jesús Alfredo Erchila de León
5ª. Calle 9-20, Zona 1 2do. Nivel, oficina No. 2
telefono: 2251-0816

LIC. JESUS ALFREDO ERCHILA DE LEON
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintisiete de febrero del año dos mil ocho.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante JORGE MAX TOC RAYMUNDO, Titulado "LA TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN GUATEMALA" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.

MTCL/ragm



DEDICATORIA

A JESUCRISTO:

El autor y consumidor de la fe, el abogado por excelencia, el rey de reyes y señor de señores, por haberme bendecido con su salvación y derramar sobre mí sabiduría y darme los padres que tengo; por los catedráticos que me enseñaron mis primeras letras hasta la enseñanza universitaria, gracias Dios por tu fidelidad y por cumplir este anhelo; a ti sea toda la gloria.

A MIS PADRES:

Gloria Amparo Raymundo Díaz y Claudio Eduardo Reyes Gálvez, por su amor y apoyo en cada momento de mi vida, gracias por darme la oportunidad de estudiar una carrera universitaria y poder honrarlos con este título.

A MI HERMANO:

Jhonn William Soto Raymundo, que aunque no esté aquí conmigo sé que aún la distancia no impide que él se alegre con este logro puesto que me cuidaste de pequeño y nunca me diste un mal ejemplo; Jhonny Gracias.

A MI CUÑADA Y MIS SOBRINAS:

Luz María Soto Escobar, María Alejandra, María Eliza y Lucita, por ser una bendición en mi vida, que llenan de alegría a toda la familia.

A MI CASA ESPIRITUAL:

Ministerios Rey de Reyes, en especial al Apóstol Albano Cardona y Esposa, por enseñarme a caminar a la luz de la palabra de Dios, por

sus consejos y ayudarme a llevar mis cargas; Al pastor César Arrecis y Esposa por su cariño; Al pastor Roberto Corado por aconsejarme a estudiar tan bendecida carrera.

A LA FAMILIA

BRITO ESTRADA:

Beyli, Alfredito y Pedrito por bendecir mi vida con su existencia; son un regalo de Dios.

A LA FAMILIA

ZAVALA OJEDA:

Don Rubén, doña Merci quienes me han apoyado incondicionalmente; a Darío, Marvin, Luis Fernando y Byron que han sido como hermanos para mi, gracias por bendecir mi vida con su existencia y especialmente agradezco a Doña Rosita Zavala por incluirme en sus oraciones.

A LA FAMILIA

DIEGUEZ BATZ:

Doctora Liliana Batz, Dennis Dieguez, Dennis Jr. Y Mara Liliana; por su amistad y por sus buenos consejos, gracias.

A LOS LICENCIADOS:

Beyla Estrada, Vladimir Osman Aguilar Guerra, Doris Lucrecia Alonso Hidalgo, Jesús Alfredo Erchila de León, Dora Amanda Zavala; por su apoyo para lograr este triunfo Dios los bendiga.

A MIS AMIGOS:

Darío, Marvin, Luis Fernando, Byron, Dany, Hugo, Carlos Crispín, Coca, Poncho, María José, Oscarín, July, Jenny, Nancy, Billy, Fifi,

Carol, Jessi, Gloria, Meches, Jessica, Cachorro, Juanito, Dennis Jr.
Por ser una parte importante en mi vida.

**A LA UNIVERSIDAD
DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA:**

En especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por brindarme los conocimientos necesarios y ser portador del gran honor de ser egresado de esta casa de estudios y, sobre todo, por haberme enseñado a amar y a defender a mi patria.

ÍNDICE

| | Pág. |
|-------------------|------|
| Introducción..... | i |

CAPÍTULO I

| | |
|---|----|
| 1. Antecedentes históricos de la familia..... | 1 |
| 1.1 derecho romano..... | 1 |
| 1.2 Derecho germánico..... | 3 |
| 1.3 La Diversas concepciones de la institución..... | 4 |
| 1.3.1 La potestad como elemento esencial..... | 4 |
| 1.3.2 El parentesco como elemento determinante..... | 5 |
| 1.3.3 La convivencia como requisito..... | 5 |
| 1.3.4 El vinculo Jurídico..... | 5 |
| 1.4 Definición de familia..... | 5 |
| 1.5 Contracción de la familia..... | 8 |
| 1.6 Su regulación..... | 10 |

CAPÍTULO II

| | |
|--|----|
| 2. Derecho de familia..... | 13 |
| 2.1 Definición..... | 13 |
| 2.2 Contenido..... | 13 |
| 2.3 División..... | 14 |
| 2.4 Características..... | 15 |
| 2.4.1 Su contenido ético..... | 15 |
| 2.4.2 Transpersonalísimo..... | 16 |
| 2.4.3 Mas limitada la autonomía de la voluntad..... | 16 |
| 2.4.4 Función del derecho y del deber..... | 16 |
| 2.4.5 Indisponibilidad y duración..... | 17 |
| 2.5 Derecho de familia ¿derecho publico o privado..... | 17 |
| 2.6 Las formas de constitución del grupo familiar..... | 18 |

| | |
|----------------------------|------|
| | Pág. |
| 2.7 Familias de hecho..... | 19 |

CAPÍTULO III

| | |
|---|----|
| 3. El derecho de familia en el derecho comparado..... | 21 |
| 3.1 Antecedentes..... | 21 |
| 3.2 Uniones de personas del mismo sexo..... | 27 |

CAPÍTULO IV

| | |
|--|----|
| 4. Organización y estructura de las nuevas realidades familiares | |
| 4.1 Antecedentes..... | 31 |
| 4.2 La acción de la familia sobre la personalidad de sus miembros..... | 35 |
| 4.3 La familia agente primario de protección..... | 36 |
| 4.4 Nuevas formas de convivencia..... | 37 |
| 4.5 Clases de familias..... | 39 |

CAPÍTULO V

| | |
|---|----|
| 5. El derecho de familia y la Constitución Política de la República | |
| De Guatemala..... | 53 |
| 5.1 Antecedentes..... | 53 |
| 5.2 Análisis del artículo 47 de la Constitución Política de la | |
| República de Guatemala..... | 55 |

CAPITULO VI

| | |
|--|----|
| 6. La transformación de derecho de familia en Guatemala..... | 59 |
| 6.1 Antecedentes..... | 59 |

| | Pág. |
|---|------|
| 6.2 ¿Por qué es necesaria la transformación del derecho de familia en Guatemala?..... | 65 |
| 6.3 La postura de las instituciones religiosas frente a las relaciones familiares del futuro..... | 81 |
| CONCLUSIONES..... | 93 |
| RECOMENDACIONES..... | 95 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 97 |

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, la visión panorámica de las estructuras familiares señala a la familia como una institución invariable, que aparece documentada en los inicios de la historia, que funcionalmente supone una “unidad estable” en la que se organiza la reproducción de la sociedad. Pero ésta es una visión estereotipada y simplificada, que responde a una retórica de diversos poderes sociales, porque la familia, originaria del matrimonio, no ha conformado a lo largo de los siglos una única estructura inamovible o estable, sino que ha ido cambiando y se ha adaptado a los momentos históricos y a las necesidades de las sucesivas sociedades humanas a nivel mundial y nuestro país entra en esa evolución que el derecho de familia ha tenido.

En los últimos decenios hemos visto profundos cambios en la composición y distribución de los roles familiares. Con esta investigación se pretende demostrar que en la actualidad la nueva familia estándar es más democrática y mucho más diversificada y que cada persona lleva su proyecto familiar como realmente le conviene, le interesa o le gusta y que, por eso, coexiste en la actualidad una gran variedad de estructuras familiares y que en el derecho de familia actual ya no es posible hablar de “familia” sino que el legislador debería utilizar el término de “familias”.

Es importante demostrar que en el contexto tradicional de familia en nuestro derecho sólo se tiene como tal a la originada del matrimonio, de la unión de hecho declarada y la formada por la institución de la adopción, dejando constitucionalmente desprotegidos a las familias monoparentales, tanto las opcionales como aquéllas que son el resultado de divorcios o separaciones, además hay que tomar en cuenta que cada vez con mayor frecuencia las relaciones familiares no se limitan a las personas que mantienen vínculos de consanguinidad o afinidad por matrimonio, si no que se ha ampliado el tipo de relaciones entre adultos y menores sin ningún vínculo previo, por tratarse de familias “reconstituidas”; es decir, que después de un divorcio uno de los progenitores se ha vuelto a casar y; el nuevo miembro no es padre o madre biológica, y

Es preciso mencionar, aunque la sociedad y el legislador quieran mantener los ojos cerrados a una realidad que existe en nuestro país, a pesar de ser considerado tercer mundista, es evidente que existe la convivencia como pareja de personas del mismo sexo, basadas en la afectividad, algo que ya se ha aceptado y reconocido en el derecho comparado, siendo España y México los países más recientes en aprobar una ley en la cual se aprueba formalmente este tipo de uniones.

Es necesario demostrar que en el derecho comparado los países desarrollados han dejado por un lado la presiones de instituciones como la Iglesia, para el mantenimiento de una familia tradicional, puesto que los legisladores consideraron que la existencia de otras formas de convivencia no estaban fuera de la realidad social y, por lo tanto, había que crear un marco legal que las regulara.

Con el presente trabajo de investigación se desarrollan temas tales como los encontrados en el capítulo uno, como lo son los antecedentes históricos de la familia, haciendo énfasis en derecho romano y germánico, mencionando también las diferentes concepciones de la institución, indicando la potestad como un elemento esencial, al parentesco como un elemento determinante y no olvidando la convivencia como requisito; definición de familia y se explica lo relativo a la contracción de la familia y su regulación; en el capítulo dos se desarrollan temas tales como el derecho de familia aportando la definición del mismo, su contenido, su división, así como las características del derecho de familia, no dejando a un lado su contenido ético; asimismo se trata de establecer si el derecho de familia pertenece al derecho público o al derecho privado; las formas de constitución de grupos familiares y un estudio en cuanto a las familias de echo; en cuanto al capítulo tres, se realiza una comparación del derecho de familia guatemalteco con el derecho comparado, estableciendo algunos de sus antecedentes y un breve análisis sobre las uniones de personas de un mismo sexo; en el capítulo cuatro se realiza un estudio sobre la organización y estructura de las nuevas realidades familiares, así como la acción de la familia sobre la personalidad de sus miembros, las

nuevas formas de convivencia y las nuevas clases de familias; en el capítulo cinco, encontramos lo relativo al derecho de familia y la Constitución Política de la República de Guatemala; realizando un breve análisis sobre el artículo cuarenta y siete de nuestra Carta Magna; en el capítulo seis, abordamos el tema sobre la transformación del derecho de familia en Guatemala y por qué es necesaria la transformación del derecho de familia en Guatemala, como la postura de las instituciones religiosas frente a las relaciones familiares del futuro.

Con el presente trabajo se pretende demostrar que como consecuencia de la diversificación de estructuras familiares, y la variabilidad de posibles relaciones familiares entre personas sin lazos biológicos o sexuales es necesario realizar reformas a la legislación vigente, tanto al código Civil como a la propia Constitución Política de la república de Guatemala, puesto que nuestros legisladores mantienen una neutralidad conceptual y valorativa de la institución familiar, ya que en la regulación de la materia no se parte de una definición específica de la familia, ni de un planteamiento sobre la significación de esta en la sociedad.

He tratado que en el desarrollo de este trabajo lleve el orden más lógico posible, partiendo de la hipótesis que en nuestro país cada vez son menos las familias que se mantienen en el campo de la estricta ortodoxia religiosa dando paso a las relaciones familiares del futuro, alejándose cada vez más de la familia laica tradicional; buscando guardar relación entre los objetivos de la investigación puesto que como objetivo general se pretende demostrar, que el sistema familiar previsto en el actual derecho de familia es monolítico, basado exclusivamente en la tradicional familia burguesa uniforme, el cual ya no responde a la realidad social de nuestro país, ya que el matrimonio ha perdido el monopolio en la configuración jurídica de la familia, para llegar a los objetivos específicos entre los cuales están, demostrar que el actual derecho de familia en Guatemala no es acorde con una sociedad que ha evolucionado moral y jurídicamente en el presente siglo, así, como determinar la necesidad de crear un nuevo modelo de protección constitucional de la familia que incluya la diversificación de estructuras familiares.

En la elaboración de este trabajo de investigación he puesto en práctica los métodos: analítico, para descomponer el todo en sus partes; el sintético el cual se dirige de las partes al todo; el inductivo que va de lo particular a lo general y el deductivo que abarca de lo general a lo particular; he utilizado las técnicas indirectas en la investigación ósea las bibliográficas de análisis y de contenido, entrelazando cada tema y redactándolos lo más claramente posible, y desde luego, con la sencillez que me es permitido.

CAPITULO I

1. Antecedentes históricos de la familia

1.1 Derecho romano

La familia no presenta en el Derecho romano los mismos rasgos o caracteres que en el Derecho moderno. No se funda sobre el hecho natural de la unión de sexos, sino sobre un hecho político-económico: las manus o potestas, es decir el sometimiento de ciertas personas a una misma autoridad, la del pater familias.

Claro que el concepto de la familia no ha sido siempre el mismo a través del sistema jurídico romano. En la última fase de la evolución de este Derecho encontramos ya un concepto de la familia coincidente con el que nos proporciona el Derecho moderno.

Lo peculiar del Derecho romano, que sirve para definir a la familia, es la sumisión a un pater familias (expresión que equivale a cabeza libre no sometida a otra potestad). Familia es, pues, sinónimo de familia agnaticia y significa el conjunto de personas unidas por el mismo vínculo de patria potestad. Son agnados todos los individuos que conviven bajo la misma patria potestad. El parentesco de sangre no basta para que haya agnación; es necesaria la situación de dependencia y subordinación. Así, la madre no es pariente agnaticia de sus hijo a título de maternidad; lo es en tanto se haya sometida a la manus del marido. La agnación existe sin necesidad de parentesco de sangre. La adopción y la conventio in manum, engendran la patria potestad y, por tanto, la agnación que se extiende a toda la parentela civil del nuevo agnado.¹

¹Aguilar Guerra, Vladimir Osman, **Derecho de familia**, pág. 1.

La familia, pues, constituye una verdadera comunidad domestica, que podrá estar integrada por varias familias en su significado actual. Todos los descendientes legítimos por línea de varón están sometidos a un mismo poder, formado una sola familia.

El extraño que entra a formar parte de esa familia (adopción, convenio in manum) puede llevar consigo todo el grupo familiar.

La cognación es el parentesco basado en la comunidad de sangre, representa el linaje y no la casa; se caracteriza por la comunidad de sangre, como la agnación por la comunidad domestica. La cognación descansa en vínculos naturales; la agnación se funda en una relación escuetamente jurídica.

La cognación no puede crearse ni extinguirse artificialmente, como la agnación.

El primitivo Derecho romano se asienta en la familia agnaticia, pero paulatinamente la familia cognaticia abre brecha en el sistema jurídico romano, principalmente por obrarle Derecho pretorio, hasta imponerse plenamente en tiempos de Justiniano. A partir de entonces prevalece la familia cognaticia, y se da entrada al concepto moderno de familia.²

En el Derecho romano antiguo además de la familia existe otro grupo superior que es la gens. Estaba constituido por varias familias ligadas por un antiguo vinculo de agnación, y se manifestaba en tener un nombre común. A falta de agnados, los gentiles eran llamados a la herencia y la tutela legitima. La gens cayo pronto en desuso y en la época de Gayo era una institución serenamente histórica, desprovista del valor práctico.

La gens figuro como organismo religioso, que tenia sepultura y culto propio (sacra privata) y bajo la presidencia del magister pater gentis tenía facultad para juzgar e, incluso, para legislar (decreta gentilicia). Las XII Tablas sancionaron un derecho de

² **Ibid.** pág. 3.

sucesión abintestado a favor de los gentiles y llama también a los gentiles, antes que a los extraños, para participar en la tutela de los menores y mujeres del grupo gentilicio.³

1.2 Derecho germánico

En el Derecho germánico antiguo encontramos dos tipos de organizaciones familiares, la Sippe y la Haus.

La Sippe: es una comunidad compuesta por todos los que descienden de un padre troncal común. También tenían acceso a la Sippe las personas libres que, sin tener parentesco de sangre, eran admitidas mediante el acto jurídico de otorgamiento de linaje.

La parentela se divide en dos grupos formados por los parientes paternos y maternos, los primeros se llaman parientes de espada o de lanza y los segundos parientes de huso o rueca.

En la Edad media se modifica la organización de la familia. La Sippe pierde su antigua importancia. Se pasa de un concepto amplio de familia a un concepto más estricto. Las antiguas uniones de la Sippe se descomponen los grupos de parentesco que forman ex novo parten ahora de un fundamento básico nuevo: la comunidad matrimonial. La familia se funda desde entonces en la relación matrimonial.⁴

I La Haus: a diferencia de la Sippe, no se funda en el vínculo de la sangre, sino en la potestas o munt del señor de la casa, que la ejerce sobre todos los que se encuentran vinculados en la comunidad doméstica, la Haus es una comunidad doméstica compuesta por el señor de la casa, la mujer, los hijos, los siervos e incluso extraños acogidos a la hospitalidad de la casa.

³ **Ibid.** pág. 3

⁴ **Ibid.** pág. 9.

El munt es una potestad de señorío. El titular de esa potestad representa a los sometidos a el, administra el patrimonio unido a la casa y tiene facultades de disposición con ciertas limitaciones. La potestad la ejerce el marido.

En la época moderna, la Haus, viene a ser sustituida por la familia, concepto que se extiende a todos los parientes que se encuentran vinculados recíprocamente por el derecho hereditario, la obligación de tutela y de asistencia.

El Código Civil alemán (BGB) parte de un concepto estricto de la familia, fundándola sobre el matrimonio. El parentesco en sentido amplio se toma en cuenta en la regulación del Derecho hereditario y en la obligación de alimentos. La recepción del Derecho romano no se extiende al Derecho familiar personal.

En cambio, el Derecho familiar patrimonial si se vio sensiblemente influenciado por la recepción del Derecho romano, principalmente en lo relativo al patrimonio de los hijos, la dote y donaciones entre cónyuges.

1.3 Diversas concepciones de la institución:

La doctrina al momento de definir la institución de la familia ha tenido en cuenta distintos elementos:

1.3.1 La potestad como elemento esencial:

En el derecho romano clásico se identificaba a la familia como un grupo de personas unido por la jefatura de uno de sus miembros, esto significa, un conjunto de individuos que viven sometido al poder domestico de una sola autoridad. El vinculo de la unión de esas personas es la ejecución a su jefe llamado pater familias, con un lazo de naturaleza civil y no de parentesco como se interpreta actualmente.

1.3.2 El parentesco como elemento determinante:

En el siglo XIX se definió la familia como la reunión de muchas personas que viven en una casa bajo la dependencia de un jefe; y el conjunto de personas que descendiendo de un tronco común se hallan unidas por lazos de parentesco.

1.3.3 La convivencia como requisito:

Aquí se hace referencia al concepto de familia como un grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas.

Sin embargo, la idea de convivencia no satisface plenamente un concepto actual de esa institución, en virtud de que si la convivencia cesa, los vínculos familiares subsisten, salvo en supuestos de excepción.

1.3.4 El vínculo jurídico:

Planiol sostuvo que en sentido amplio, “la familia es un grupo de personas unidas por el matrimonio, por la filiación o también muy excepcionalmente por la adopción”. Bajo un sentido estricto se denomina familia “al organismo social constituido por los conyugues y los hijos nacidos de su matrimonio, o adoptados por ellos, mientras permanezcan bajo su autoridad y dependencia, y en sentido impropio, a las personas que descienden unas de otras y que tienen un origen común, al margen del matrimonio”.⁵

1.4 Definición de familia:

Ni el Código ni las demás leyes civiles definen a la familia. Es una noción que se da por supuesta y que, a la vez, se deduce de sus regulaciones. En ella todo gira en

⁵ Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil**, pág. 74.

torno a ese hecho, tan trascendente para cada persona humana y para toda la sociedad, que es la generación de nuevos seres humanos. Los vínculos interpersonales que conforman el grupo social al que se llama familia son precisamente los que se tejen en torno a la unión conyugal de un hombre y una mujer.

La familia constituye un preconcepto, en el sentido de que el sistema jurídico recoge el que esta presente en un determinado tipo de sociedad y en una determinada época.

Partiendo de su consideración sociológica, la familia es un grupo de personas con lazos afectivos que se ha originado de forma natural y espontánea. No ha sido creada por el Derecho, ni necesita de él para su existencia. Ahora bien, una vez que surge, si es contemplada por el Ordenamiento Jurídico que la regula. De ahí, que nuestras normas constitucionales resalten la importancia de la familia en la sociedad.

Muchas veces los juristas tienden a identificar el concepto de familia con lo que es objeto de regulación en el denominado Derecho de familia, que no contiene la regulación de todos los tipos de relaciones familiares que pueden constituirse.

La relación familiar adquiere un sentido diferente según se le contemple como simple fuente de afectos jurídicos o bien como presupuesto para una concreta regulación. En el primer caso, la familia constituye el punto de referencia de un efecto jurídico; por ejemplo, la designación de sucesores intestados entre los parientes de un causante (art. 1078 Código Civil) o la posibilidad de conservar indivisa una explotación agrícola en interés de familia (art.352CC). en el segundo caso, es propiamente creadora de normas jurídicas, como ocurren el artículo 78 del Código Civil donde lo que se regula es el vínculo familiar.⁶

La palabra familia precede de la voz famuli, por derivación de famulus, que a su vez procede del osco famel, que significa siervo o esclavo; o sea la gente que vive bajo la autoridad del señor de ella, y el conjunto de ascendientes, descendientes y

⁶ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **Ob. Cit.** pág. 10 y11.

colaterales de un linaje, la mayoría de autores entienden que la voz “familia” significa en sus orígenes una convivencia localizada en su hogar. En la interpretación historia del término familia se hace relación a un conjunto más o menos amplio de personas, ligadas por relación de sangre y comunidad de vida. A partir de Savigny, se quiere encontrar la base para definición de familia en el elemento jurídico (potestad), que aglutina a todos los componentes del grupo familiar.⁷

Así por ejemplo, para Messineo la familia, en sentido estricto “es el conjunto de dos mas individuos que viven ligados entre si, por un vinculo colectivo, reciproco e indivisible de matrimonio, de parentesco o de afinidad (familia en sentido naturalístico), y que constituye un todo unitario”; y agrega que, en sentido amplio “puede incluirse, en el termino “familia”, personas difuntas “antepasados, aun remotos), por nacer: familia como stirpe, descendencia, continuidad de sangre; o bien, todavía en otro sentido, las personas que contraen entre si un vinculo legal que imita al vinculo del parentesco de sangre (adopción): familia civil”.

Tradicionalmente, desde antiguo se entendía que la familia estaba constituida por todo el grupo de personas unidas por lazo de sangre o afectivos, de modo que, se incluían dentro de su concepto a los padres, hijos, abuelos, nietos, tíos, primos, sobrinos e incluso la familia de cada uno de los esposos, que pasa a ser familia política de otro. Es la denominada “familia linaje o familia en sentido amplio”.

De considerar a la familia como grupo constituido por un gran numero de componentes, se ha pasado a considerarla como un grupo reducido, es decir la formada solamente por los padres e hijos que conviven en un mismo hogar, o sea, hijos que estén bajo patria potestad. Es llamada “familia nuclear”.

Actualmente, debido a la rápida e intensa evolución que ha sufrido esta institución, este concepto de familia ha cambiado, estrechándose los lazos.

⁷ Messineo, **Manual de derecho civil y comercial. Tomo II.** pág. 10.

Pero algunos autores sostienen que “la familia aparece en la Historia y en la actualidad como una comunidad que, creada en principio por el matrimonio, esta compuesta, al menos, por progenitores y procreados, y en la que pueden participar otras personas, convivientes o no. al lado del tipo principal existen relaciones familiares extramatrimoniales que constituyen también “familia”, como lo es la compuesta por un solo progenitor y los hijos, o por pareja no casada, etc.

La ley no define de modo general a la familia, ni es posible dar un concepto legal general de ella porque el grupo familiar tiene muy distinta amplitud en los diversos aspectos en los diversos aspectos en los que es considerado: abarca a veces, como en la herencia intestada, a los parientes hasta el cuarto grado; se restringe al cónyuge, ascendientes y descendientes para las legítimas; exige la convivencia pero la prolonga al parentesco hasta prescindir de él en tema de Seguridad Social; abarca a los hermanos en materia de alimentos; exige afectividad o convivencia en ciertos preceptos del Código Penal. En tales circunstancias, una definición legal sería innecesaria y proporcionada a confusión, sostienen algunos autores.

1.5 Contracción de la familia:

Hoy se habla del fenómeno de la contracción de la familia, es decir, que de una noción amplia, que incluye a todos los parientes que provienen de un tronco común, que corresponde a una determinada estructura social, se pasa a una noción nuclear o estricta, limitada a la pareja inicial a los descendientes de esta. Por consiguiente, la familia nuclear es originada en el matrimonio y complementada por los hijos de este, en su caso. De todas formas, no puede decirse que los ordenamientos se refieran a un único tipo de familia, porque la familia en sentido amplio es utilizada para determinar los sucesores intestados, los impedimentos matrimoniales y para determinar normas de la seguridad social.⁸

⁸ Aguilar Guerra, Osman Vladimir, **Ob. Cit.** pág. pág. 10.

Esto significa que el Ordenamiento jurídico si continua tomando en consideración vínculos familiares mas amplio (como el que existe entre abuelos, hermanos, tíos, sobrinos, etc.) Estos vínculos que determinan el parentesco, van a producir, como veremos mas adelante, determinados efectos jurídicos.

A esta nuclearización de la familia se une, además, un cambio en el concepto social que se basa en tres ejes bien definidos:

- a) La reducción de las áreas asistenciales primarias a cargo de la familia, que ase atribuyen al Estado, como ocurre con la educación.
- b) La reducción del papel productivo de la familia, que pasa a ser una unidad de consumo y deja de ser, de producción. Es significativo que ahora se regule el sistema de contribución a las cargas del matrimonio.
- c) Mayor preponderancia del interés de cada uno de los individuos dentro del grupo, con la necesidad de tener en cuenta sus derechos fundamentales individuales, en lo que va a consistir la nueva concepción del interés familiar.

La familia nuclear constituye una comunidad total de vida entre padres e hijos: un ámbito vital cerrado y autónomo frente al Estado y la sociedad. Es mas que una coordinación de individuos autónomos: sobre el bien individual y los intereses personales de sus miembros hay un bien y deber familiar común que requiere la devoción y la capacidad de sacrificio para todos.

A la noción nuclear hace referencia el artículo 70 del Código Civil de España al disponer: “Los cónyuges fijaran de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de discrepancia, resolverá el juez, teniendo en cuenta el interés de la familia.”

A la familia nuclear también se refiere el artículo 39 de la Constitución Española al establecer: “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación, y de las

madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitara la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en los que legalmente proceda. 4. Los niños gozaran de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”⁹

1.6 Su regulación

La familia concebida de otra forma se ha visto como elemento de estabilidad social y los países han llegado a la convicción de que es indispensable una política de protección a la misma.

El constituyente guatemalteco de 1985 creyó oportuno cuidar ese ámbito de la persona, como había ocurrido en los precedentes nacionales y extranjeros, aunque con variados grados de intensidad. Y se protege el grupo familiar como institución básica de la continuidad social. Como principio rector de la política social, los poderes políticos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.¹⁰

En este contexto, la Constitución Política de la Republica de Guatemala regula la familia en el Capitulo II (Derechos Sociales), Sección Primera, en los artículos del 47 a 56.

Por otra parte, sigue el actual Código Civil, de forma parcial, la orientación del Código de 1933 en la estructura y contenido de las materias que integran a la familia, salvedad hecha de que este ultimo no regulaba la unión de hecho, ni la adopción, e incluía el patrimonio familiar (o sea su equivalente, el asilo de familia) en el libro dedicado a los bienes, tratándolo juntamente con los derechos reales de usufructo, uso y habitación.

⁹ **Ibid.** pág. 11

¹⁰ **Ibid.** pág. 12.

En este sentido el Código Civil regula esta importante institución dedicándole el título II del libro I “De la familia”, que trata del matrimonio, la unión de hecho, el parentesco, la paternidad y filiación matrimonial y extramatrimonial, la adopción, la patria potestad, los alimentos, la tutela, el patrimonio familiar y el Registro Civil en los artículos del 78 al 441. También existen algunos tratados internacionales y leyes especiales que guardan una estrecha relación con la familia.

En materia de leyes especiales la “Ley de Protección Integral de la niñez y adolescencia”, “es un instrumento jurídico de integración familiar y promoción social, que persigue lograr el desarrollo integral y sostenible de la niñez y adolescencia guatemalteca, dentro de un marco democrático e irrestricto respeto a los derechos humanos” (art.1). El artículo 18 de este cuerpo legal reconoce el Derecho a la familia en los siguientes términos: “Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ser criado y educado en el seno de su familia y excepcionalmente, en familia sustituta, asegurándole la convivencia familiar y comunitaria, en ambiente libre de la presencia de personas dependientes de sustancias alcohólicas y psicotrópicas que produzcan dependencia.”

En el ámbito del Derecho público, el Código Penal dedica a proteger como bien jurídico a la familia en los artículos 129,131, del 133 a 136, del 138 a 140,178,189 numeral 5º., 192 numeral 2º., del 226 a 231, del 236 a 237, del 238 a 241 y del 242 a 245.

CAPITULO II

2. Derecho de familia

2.1 Definición de Derecho de familia:

El Estado regula los diversos aspectos de trascendencia pública de familia en base a las normas del denominado Derecho de familia. Es un conjunto de normas, por lo general imperativas, que traducen a la legislación ordinaria, los principios constitucionales que se refieren a la familia.¹¹

Las normas de Derecho de familia son imperativas; son indisponibles, de modo que no se puede renunciar a derechos y deberes que imponen; no pueden transmitirse y tiene un acentuado aspecto de función.

En el Derecho de familia existe un concepto propio: el repotestad. Consiste en un poder atribuido a un sujeto (progenitor, tutor), sobre otro sujeto (hijo menor de edad, incapacitado), que esta sometido a esta potestad en su propio beneficio y para propiciar que se puedan cumplir las finalidades de protección buscadas. La potestad se identifica con el concepto de función, para cuidar y atender el interés familiar.

2.2 Contenido del Derecho de familia:

El Derecho, frente al hecho “familia” (en su mas amplio sentido) es un posterius: el legislador no la crea, limitándose a tenerla en cuenta al disciplinar las otras facetas de la vida humana, y a regular sus diversos aspectos: la unión tendencialmente permanente del hombre y mujer reconocida en esa calidad y con plenas consecuencias por el Derecho (matrimonio); la unión extramatrimonial con propósito de permanencia;

¹¹ Roca Trias, **Derecho de familia**, pág. 24.

los efectos de la generación (filiación), resultante o no del matrimonio; el vínculo equivalente a la filiación (adopción; finalmente, las cuestiones económicas que tales situaciones plantea, dando así a lo que era un grupo natural superestructura jurídica.¹²

Estos hechos familiares primarios, es decir, la constitución de la conyugalidad y paternidad, y las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges y entre padres e hijos, constituyen, al ser disciplinados por el Derecho, el núcleo del Derecho de familia propiamente dicho.

2.3 División del Derecho de familia:

Según lo dicho, el Derecho de familia comprende tres grandes divisiones:

a) El tratado del matrimonio:

Que abarcó los presupuestos y formalidades de su celebración, la relajación (separación de los cónyuges) y disolución del vínculo conyugal creado, así como las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges.

b) El tratado de la filiación:

Que comprende las diversas clases de esta y las relaciones entre padres e hijos.

c) El estudio de las instituciones tutelares de los menores e incapacitados:

Todo ello procedido por la presente parte introductiva que se ocupa de las cuestiones generales, el parentesco y la vida familiar.¹³

En cuanto a la situación en el sistema general del Derecho Civil, la agrupación de las instituciones familiares en un solo tratado a efectos de su estudio y exposición es relativamente moderna. El sistema romano de la Instituta estudiaba una parte del Derecho de familia al tratar de las personas, considerando consecutivamente la patria

¹² Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **Ob. Cit.** Pág. 21

¹³ Roca Trias, AAVV, **Ob. Cit.** pág. 26 y 27.

potestad y el matrimonio, contemplado en el plan de Gayo y luego en el de Justiniano como un medio de adquirir la patria potestad, la adopción y la tutela. La dote, y, en general, lo poco que el Derecho romano dispone acerca del régimen económico matrimonial, se halla en el capítulo destinado a las donaciones y distribuido por diversos títulos a tratar de las acciones. Los códigos franceses e italiano de 1865 aceptaron el plan romano, que paso igualmente al Código Civil español de 1889, en el cual el Derecho matrimonial personal, y sucesivamente la filiación, la patria potestad y la tutela, se estudian en el libro primero, “de las personas”, mientras que las cuestiones económicas del matrimonio se relegan al libro 4º., bajo el título “Del contrato sobre bienes con ocasión de matrimonio”. Anteriormente, Savigny había colocado el estudio unitario del Derecho de familia tras el Derecho patrimonial y antes del Derecho sucesorio. La idea, en cuanto al estudio unitario, se ha perpetuado en los códigos modernos (a partir del Código Civil alemán, BGB, hasta el Código Civil portugués de 1966), si bien el código suizo y el italiano de 1942 sitúan al Derecho familiar en la parte inicial del conjunto, inmediatamente después del tratado de las personas.¹⁴

En esta línea de pensamiento nuestro Código Civil realiza un estudio unitario del Derecho de familia en el libro I, Título II (art. del 78 al 441), después del tratado de las personas que se regula en el mismo libro I, en el Título I (art. del 1 a 77).

2.4 Características del Derecho de familia:

El ordenamiento jurídico de la familia ofrece notables peculiaridades frente al del patrimonio, e incluso al de la sucesión a causa de muerte. Entre ellas:

2.4.1 Su contenido ético

Dada la explicada connaturalidad del hecho familiar con la especie humana, se comprende que la más íntima y radical regulación de aquel sea moral (religiosa o social): un conjunto de reglas éticas que luego el Derecho transforma en jurídicas hasta donde ello es posible y conveniente.

¹⁴ Puig Peña. **Compendio de derecho Español**. tomo V pág. 22

2.4.2 Transpersonalismo:

Mientras que en las demás ramas del derecho privado la ley sirve al interés del particular, a fines individuales de la persona, y el derecho subjetivo se atribuye en función de tales fines individuales y se ejerce o no al arbitrio de su titular, en las relaciones familiares prima el interés superior de la familia, porque a las necesidades de esta, y no a las del individuo, pretende subvenir el ordenamiento: en último término, y a través del interés familiar exige y recibe protección el del Estado. De ahí que los poderes y facultades familiares tengan, un acentuado aspecto de función.

2.4.3 Más limitada la autonomía de la voluntad:

Entre las normas del Derecho familiar hay muchas que son imperativas e inderogables, como las que regulan el contenido y la extensión de las potestades familiares, la eficacia de la relación parental y la creación y efectos de cada status: en este último aspecto, la manifestación de voluntad o el acuerdo de voluntades suelen quedar restringidos a la mera creación del vínculo familiar, cuyos efectos no pueden regular ulteriormente. No quiere decir esto que no haya, en el Derecho de familia, ámbitos abandonados al querer individual, pero sí que en muchos casos los derechos y deberes familiares, como nacidos de un status, son regulados por la ley rígidamente, sin modificación posible.

2.4.4 Función del derecho y el deber:

Se caracteriza el Derecho de familia, también, por una interpretación de derechos y obligaciones más fuerte que en ninguna parte del Derecho. Los derechos se conceden en el para poder cumplir mejor ciertos deberes que corresponden a su titular frente a otros miembros de familia, y por eso el ejercicio del derecho solo puede hacerse conforme al deber que le es correlativo y en marco de sus finalidades éticas y sociales.

Algunos Autores, con puntos de vista originales, indican que “el sentido personal que tienen las relaciones, incluso las patrimoniales, sentido personal que se muestra en la condición humana de las partes, las cuales no pueden ser persona jurídica. Un deber o un derecho jurídico-familiar no necesitan tener, a diferencia de los deberes o derechos de obligación, el contenido de una terminada actuación que haya de realizarse u omitirse. No hay un criterio determinado sobre lo que debe prestar o puede exigir un marido o una esposa. Solo se pide que el obligado se conduzca de tal modo que llegue a poner las condiciones bajo las cuales puede existir la personalidad del otro”.

2.4.5 Indisponibilidad y duración:

Característica común a los derechos y deberes familiares es la indisponibilidad: no valen su renuncia o su transmisión, que en los demás derechos vienen a ser un modo natural de ejercicio.¹⁵

Los derechos y deberes se perpetúan en su titular, además, sea durante toda la vida de ambos términos de la relación (marido y mujer; padre e hijo); sea en un momento fijado por la ley sin consideración general (generalmente) a la voluntad de las partes (mayoría de edad del hijo), o hasta que sobrevenga otra causa de disolución, relajación o debilitamiento de vínculo.

2.5 El Derecho de familia, ¿Derecho público o privado?

Sobre la base de los especiales caracteres antes apuntados, Antonio Cicu defendió desde 1914 la afinidad entre Derecho de familia y el Derecho público, y la clara distinción entre aquel y el restante Derecho Civil. El autor ponía en contraste tales caracteres con su particular concepción del Derecho privado como el que regula la satisfacción de los intereses individuales, en cuya realización actúa la voluntad

¹⁵ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **Ob. Cit.** pág. 26.

autónoma e independiente del individuo, persiguiendo su propio interés particular distinto y contrapuesto al de los otros individuos, mientras que en la relación de Derecho público hay un único interés, el público, y voluntades convergentes a su satisfacción. Esto mismo ocurre en el Derecho de familia, donde las voluntades se subordinan a un interés unitario y superior.¹⁶

En 1955 rectifica Cicu esta postura, entendiendo que si la estructura de la relación jurídica separa netamente Derecho de familia del común Derecho privado, con toda la ausencia del concepto clave del Derecho público, la soberanía, le aleja de su ámbito. Ciertamente, no es extraño al Derecho de familia el concepto de poder, pero, a diferencia de la soberanía, es un poder sobre individuos determinados (por ejemplo, pater familias sobre sus hijos), y de duración limitada.

La posición de Cicu no ha dejado de influir en la doctrina alemana moderna, donde los autores hacen notar, en relación al Derecho de familia, que no se trata de un Derecho privado típico (EICHLER); que con arreglo a su contenido pertenece más bien al Derecho social (LEHMANN); que no contiene Derecho civil en su sentido más estricto, sino Derecho social (BOSCH), etc.; pero sin obtener ulteriores consecuencias de sus afirmaciones. Queda así, el Derecho de familia dentro del Derecho privado, siquiera como parte autónoma y muy característica de él.

2.6 Las formas de constitución del grupo familiar:

Se ha dicho ya que las normas de Derecho de familia son de carácter imperativo, esta imperatividad rige también las formas de constitución. El Estado debe proteger los grupos constituidos como familia, pero para ello debe conocer cuáles son los grupos que se han constituido como tales, al efecto de poder otorgarles la protección acordada en el artículo 47 de la Constitución Política de la República de Guatemala Si bien es

¹⁶ **Ibid.** Pág. 27.

cierto que no existe un modelo previo de familia, la forma a través de la que se crea no es una cuestión inocua para el ordenamiento jurídico.

De ahí se deduce que una cosa es que la protección deba ofrecerse de forma igual a las familias y otra que para constituir una familia que goce de los derechos actualmente reconocidos en el ordenamiento jurídico sea necesario utilizar la forma previamente establecida por el Estado para ello, es decir, el matrimonio. De donde se desprende que en el sistema actual no existe autonomía para la constitución de familias en una forma o prevista legalmente y que goce de protección correspondiente.

2.7 Familia de hecho:

En un Congreso llamado “Family living in a changan Society”, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Upsala (junio 1979) fue objeto de especial atención la “familia de hecho”, que fue estudiada como fenómeno y realidad común a todos los países y ordenamientos. En el plano sociológico, se dijo ahí, la naturaleza y presentación de este fenómeno social puede dividirse en tres fases, según su consistencia Social: en una primera fase es un fenómeno desviado, mal visto o combatido por la moral social y el Derecho; en la segunda tienda a ser aceptado por la mayoría; y en la tercera se convierte, llega a ser una institución social. Según los datos publicados por J. Trost, en Suecia la cohabitación sin matrimonio fue un fenómeno desviado hasta finales de los años 60; tras un periodo de cambio y aceptación llegó a ser, hacia 1975, una “social institución”.¹⁷

Podemos encontrarnos ante una familia de hecho bien porque no se haya utilizado el sistema legalmente establecido para la constitución de la familia (matrimonio), o bien porque sus integrantes tengan el mismo sexo.

El problema básico es saber que efectos tienen estas situaciones para el sistema jurídico. La exposición de motivos del proyecto de nuestro Código Civil ya en 1963, se ocupaba del tema: “No solo el cumplimiento de nuevos mandatos

¹⁷ **Ibid.** Pág. 30.

constitucionales sino de acuerdo con el progreso jurídico de las instituciones familiares, ha sido necesario introducir en la legislación las modificaciones pertinentes, las cuales deben descansar en estos preceptos: igualdad de derechos y obligaciones de ambos cónyuges; defensa de la madre, casada o soltera; protección al niño, procreado dentro o fuera del matrimonio; fortalecimiento de la vida matrimonial y del patrimonio inembargable para su protección”.¹⁸

En el Código Civil se alude a la convivencia de hecho en los artículos del 173 a 189. por otra parte, el artículo 31 del Código Penal asimila la convivencia no matrimonial a la matrimonial, a los efectos de agravar o atenuar la responsabilidad por delito.

¹⁸ **Ibid.** pág. 30 y 31

CAPITULO III

3. El Derecho de familia en el Derecho comparado

3.1 Antecedentes:

Desde el punto sociológico como desde el jurídico, la familia es una de las instituciones que tienen una existencia más dilatada en el tiempo, pero también la que está sufriendo profundos cambios a nivel mundial. Se ha repetido con mucha frecuencia que el representante más destacado del funcionalismo sociológico, Talcott Parsons, consideraba que el equilibrio era la característica fundamental de la familia, cuyo papel esencial era la estabilización y entre cuyas funciones socializantes la transmisión de valores, normas y modelos de comportamiento establecidos constituían un importante elemento hacia la autorregulación y la autosuficiencia de la sociedad manteniendo determinadas necesidades humanas, entre las que se incluían la preservación del orden social, el abastecimiento de bienes y servicios y la protección de la infancia. Sin embargo, en un mundo que experimenta una evolución tan rápida como el de hoy es difícil mantener esta teoría. Hay enormes diferencias en la composición, ciclo de vida, rol de los padres y las circunstancias de las familias tanto dentro de las sociedades como entre ellas que está en tela de juicio la capacidad de este núcleo básico de la sociedad para cumplir no sólo su papel socializador sino también su función educadora. Como se ha puesto de manifiesto en muchos informes de los organismos internacionales, resulta evidente que en todas partes las familias necesitan apoyo para desempeñar sus funciones vitales y atender a las demandas de cambio. Idea esta que será recogida en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño al recalcar la necesidad por reconocer, apreciar y proteger a la familia como base de la sociedad: "... que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad,"¹⁹

¹⁹ Puig Peña. **Ob. Cit.** pág. 22.

En muchos lugares del mundo la falta de hogar y el hambre, la pobreza y las enfermedades, la carencia de empleo y la exclusión social, las violaciones de los derechos humanos, especialmente de las mujeres y niñas, y la violencia no son más que algunos de los graves problemas que confrontan diariamente las familias problemas que cobran un alto precio a sus miembros y comprometen seriamente la capacidad de las comunidades y de las naciones para realizar todas sus posibilidades de progreso social y humano.

En la actualidad esta institución está sometida a su propia reorganización a medida que aumenta el ritmo de las transformaciones a las que se ve sometida. Esto se pone de manifiesto en la reducción, en apenas algunos decenios, de la familia ampliada a la familia biológica o nuclear, a uniones familiares sin matrimonio, a familias del padre o madre casado en segundas nupcias o divorciado, a familias sin hijos o a núcleos familiares monoparentales también es importante mencionar a las uniones de personas del mismo sexo. Otros aspectos importantes, no los únicos, a señalar son: a) La familia ha dejado de ser una unidad de producción para convertirse en una unidad de consumo; b) el reconocimiento de los derechos de la mujer ha permitido un cambio en los roles desempeñados tradicionalmente por el hombre y la mujer con la incorporación de ésta al mundo del trabajo; c) en algunas partes, como en el mundo occidental, ha descendido el índice de natalidad; y d) muchas de las funciones tradicionales de la familia, como la educación, han sido privatizadas.

Parece que la única función que ha sobrevivido a todos los cambios es la de ser lugar de afecto. Sin embargo, la institución social de la familia sigue constituyendo el fundamento de un enfoque global del proceso de desarrollo social y es la base primordial de la crianza y la protección de los niños y niñas, así como el primer vehículo de transmisión de valores. Sin duda que el papel de los miembros familiares, con independencia de su composición y características, sigue siendo la socialización primaria tanto por la carga afectiva con la que se transmiten valores como por la identificación con el mundo que presentan los adultos que implica algo más que un aprendizaje puramente cognoscitivo de la realidad. Emotividad e identificación que son

necesarias para la construcción social de la realidad y que hacen verdaderamente significativo el aprendizaje.²⁰

En la socialización primaria en el seno de la familia principalmente el niño se identifica con los otros en una variedad de formas emocionales que le permiten aceptar los “roles” y actitudes de los demás, apropiándose de ellos, de manera que este aprendizaje le sirve para adquirir “una identidad subjetivamente coherente y plausible” (Berger y Luckam, 1968).

Algunos autores como Tedesco (1995) señalan que el debilitamiento del papel socializador de la familia afecta especialmente el proceso de socialización primaria expresada a través del ingreso cada vez más temprano en instituciones escolares y de la reducción del tiempo que los niños pasan con los adultos debido tanto a la incorporación de estos al mundo del trabajo como de la influencia de los medios de comunicación (televisión) e información (informática). En el primer caso, según un informe preparado con ocasión de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo social (1995), el padre no asume su función ya que dedica, como promedio mundial, menos de una hora diaria a estar solo con sus hijos. Por otro lado, la televisión, sustituye a la familia en la transmisión de valores no neutrales y en muchas ocasiones negativos, dado que sus contenidos y sus mensajes deficitarios en la capacidad de elección y conocimiento racional no desarrolla el juicio crítico de los niños y niñas y permite la identificación con un mundo siempre violento a través de la interiorización de conductas y comportamientos a través de experiencias pasivas y emocionales.

En todos los campos, especialmente en el jurídico, se pone especial énfasis en el ideal de que las familias constituyen un importante elemento de cohesión social en un mundo competitivo donde el afecto, la cooperación y la solidaridad son tan necesarios. La relación entre las familias y los centros educativos o centros de trabajo, la igualdad del hombre y la mujer en la casa o en el empleo, el cuidado de los hijos, la distribución de las tareas domésticas en el hogar y de las responsabilidades en la

²⁰ Diez Picazo, **Familia y derecho**, pág. 27..

atención de los miembros más necesitados (niños y ancianos) de la sociedad guardan estrecha relación entre sí. Y reclaman de la familia una función básica para la sociedad que no debe desaparecer. Y esto porque además la familia constituye la base democrática de la sociedad, donde se debe practicar y aprender la tolerancia como condición previa para lograr un entendimiento intercultural en sociedades cada vez más pluriculturales. Esta necesidad llevó a Naciones Unidas a proclamar 1994 como el Año Internacional de la familia con el lema “Construyendo la democracia más elemental en la base de la sociedad”. Como dijo el Secretario General de Naciones Unidas en la Cumbre de Copenhague en 1995: “Debemos establecer una asociación con las familias en la formulación de un nuevo contrato social que nos permita afrontar las dificultades del siglo XXI en todos los sectores de la actividad humana. Debemos...restablecer el lugar que corresponde a las personas en el desarrollo, enriquecido con nuestra diversidad y alimentado con nuestro compromiso de lograr un mundo en paz”. Esto implica que recaer sobre la familia la responsabilidad y la provisión de una educación práctica (informal) continua sobre los derechos humanos, pues es precisamente a través de las relaciones entre todos sus miembros y de la experiencia vivida donde estos derechos se hacen reales y son mejor comprendidos.

Son muchos los instrumentos internacionales que hacen referencia a los derechos y deberes familiares y al papel de sus miembros en favor de la educación para la paz con base a la tolerancia, los derechos humanos y la democracia. La Convención sobre los Derechos del Niño, en su preámbulo, reconoce que el niño para el pleno desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. También en el Plan de Acción para la aplicación de la Declaración mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño, resultado de la Cumbre Mundial de la Infancia (1990), la función de la familia consiste en: a) Ser el principal responsable del cuidado y la protección de los niños desde la infancia a la adolescencia; b) La introducción de los niños a la cultura,

los valores y las normas de su sociedad; c) La formación de un ambiente y atmósfera familiar que permita al niño un desarrollo pleno y armónico de su personalidad.²¹

Es indudable que este crecimiento, en ese clima familiar de alegría, amor y comprensión, está estrechamente relacionado con el respeto de todos sus derechos sin ningún tipo de discriminación ni menoscabo alguno como se ha visto en los últimos tiempos con el surgimiento de nuevas formas de convivencia, puesto que en muchos Estados a nivel mundial el Derecho de familia ha ido evolucionando dando paso al reconocimiento jurídico de nuevas formas de familia a lo cual muchos sectores de la sociedad no solo dentro de nuestras fronteras si aún fuera de ellas se oponen.

La función esencial de preservación y transmisión de valores culturales, debe entenderse en un sentido menos restringido, tal como se expresa en el programa de Naciones Unidas para el Año Internacional de la familia que dice: “En el sentido más amplio, la familia puede ser y es a menudo efectivamente una institución que educa, forma, motiva y ayuda a sus miembros, y de este modo, invierte en su expansión y aporta una contribución preciosa al desarrollo”. Tributo que para ser efectivo exige de los conocimientos, técnicas y valores necesarios para la mejora de la vida cotidiana mediante todos los cauces educativos, los medios de comunicación y otras formas de acción social. Objetivo, entre otros, adoptado por la Cumbre Mundial en favor de la Infancia para el año 2000. Por otro lado, las familias pueden jugar un papel importante como agentes de desarrollo y de evolución constructiva de la sociedad.

En este sentido, la Declaración sobre el fomento entre la juventud de los ideales de paz, respeto mutuo y comprensión entre los pueblos (1965), los ideales de paz, humanismo, libertad y solidaridad internacionales, deben fomentarse entre otros a través de la orientación dada por los padres o la familia (Principio II). Igual papel se le reconoce y recomienda a la familia en otros textos como la Recomendación de 1974 de UNESCO sobre la educación para la comprensión, la cooperación y la paz

²¹ García Cantero, **Derecho de familia Europeo**. pág.1175 y 1176.

internacionales y la educación relativa a los derechos humanos y a las libertades fundamentales.

Teniendo en cuenta las dificultades, en el mundo de hoy, que tiene la familia para contribuir en la construcción de una Cultura de la paz en el sentido que existe una discordia a nivel mundial entre las nuevas formas de convivencia con la tolerancia que la sociedad debería tener a estas formas de familia, Por otro lado, a ese ambiente equilibrado, contribuyen las relaciones entre padres e hijos. Para que el hogar constituya realmente un lugar apacible es necesario que los niños se sientan integrados en él, participen plenamente en la vida de familia y se sientan constantemente acompañados en sus propios esfuerzos y responsabilidades.

La escucha activa de los sentimientos de los niños por parte del adulto, el control de comportamientos agresivos, la sinceridad en la comunicación, sin duda, contribuyen a crear las condiciones favorables para el aprendizaje de conductas pacíficas. La libertad individual, la búsqueda de satisfacciones individuales y la igualdad entre los cónyuges y los demás miembros de la familia son valores que constituyen los fundamentos de la democracia familiar que no son propios solo de las familias tradicionales originadas del matrimonio puesto que las nuevas formas de familia tienen la capacidad de proporcionar a sus integrantes de los elementos antes mencionados.

Como decía Cousinet: “A menudo los educadores y padres tienen miedo a la libertad de sus hijos porque creen que la libertad, tanto para los niños como para ellos mismos, produce desorden por eso es importante crear normas jurídicas que regulen las nuevas estructuras familiares que para muchas sociedades alrededor del mundo es un desorden social manteniendo una postura completamente cerrada queriendo ignorar el surgimiento de estas nuevas formas de convivencia, siendo solo algunos países los que se han atrevido a legislar dichas situaciones a continuación solo algunos ejemplos de Estados que ya cuentan con leyes que han transformado el Derecho de Familia incluyendo en el mismo normas que protegen a las nuevas estructuras familiares.

3.2 Uniones de personas del mismo sexo:

El viernes 13 de diciembre de 2002, la Legislatura de la ciudad autónoma de Buenos Aires, Argentina, aprobó un proyecto de ley de unión civil, mediante el cual se crea un Registro de Uniones Civiles, sin restricción de géneros. Las parejas que allí se registren como tales gozarán de los mismos derechos que la ciudad otorga a cónyuges y familiares.

El martes 17 de diciembre de 2002, la Legislatura de la provincia de Río Negro de ese mismo país, aprobó una ley que reconoce a las parejas formadas por personas del mismo sexo los mismos derechos que la provincia garantiza a las uniones de hecho, salvo la posibilidad de casarse y de adoptar niñas/os.

Hasta noviembre de 2002, las siguientes ciudades, estados y países del mundo reconocen los derechos de las parejas formadas por personas del mismo sexo.

En Brasil, las ciudades de Pernambuco (Recife), Río de Janeiro (Río de Janeiro) y Pelotas (Río Grande do Sul), aprobaron en 2001 leyes que garantizan la igualdad de derechos para las empleadas/os estatales en pareja con personas de su mismo sexo. En 2002, Sao Paulo (Sao Paulo) aprobó una ley similar. En México y en Brasil hay propuestas de unión civil a nivel nacional que están en debate ante los respectivos Parlamentos.

En Europa, los Países Bajos constituyen la única nación del mundo donde las parejas formadas por personas del mismo sexo tienen acceso al matrimonio en igualdad de condiciones que las parejas heterosexuales. Alemania, Bélgica, Finlandia, Francia, Hungría, Portugal y Suecia reconocen todos los derechos matrimoniales a las uniones registradas como tales, salvo la adopción, el acceso a las tecnologías reproductivas y el matrimonio religioso. Dinamarca, Islandia y Noruega sí permiten la adopción de las hijas o hijos de la compañera/o (además de todos los otros derechos matrimoniales). El Reino Unido permite la inmigración de las parejas del mismo sexo de sus ciudadanas/os, y también la adopción de niñas/os por parte de parejas de

lesbianas o gays. En España, Cataluña, Aragón, Navarra y Valencia se reconocen todos los derechos matrimoniales (salvo la adopción) a las parejas del mismo sexo.

Australia no tiene protección a nivel federal para parejas del mismo sexo, pero su Programa de Migración permite el ingreso de las parejas del mismo sexo de ciudadanas/os y residentes legales tanto de Australia como de Nueva Zelanda. Cuatro provincias australianas tienen lo que sería equivalente a leyes de unión civil (el Territorio de la Capital, Nueva Gales del Sur, Queensland y Victoria). Nueva Zelanda permite que las mujeres solteras y las parejas de lesbianas accedan a las tecnologías reproductivas en hospitales públicos.

Canadá tampoco tiene protección a nivel federal, pero muchas de sus provincias reconocen las uniones formadas por personas del mismo sexo (Columbia Británica, Manitoba, Nueva Brunswick, Terranova, Nueva Escocia, Ontario, Quebec, Saskatchewan y el Territorio de Yukón). La adopción conjunta de niñas/os por parte de parejas del mismo sexo se permite en las provincias de Alberta, Columbia Británica, Manitoba, Nueva Escocia, Ontario, Quebec, Terranova y Territorios del Noroeste.

Sudáfrica reconoce beneficios sociales y laborales para parejas del mismo sexo, así como derechos migratorios.

En EEUU, las parejas del mismo sexo cuentan con reconocimiento legal para algunos beneficios sociales en California, el Distrito de Columbia, Hawaii, Maine y Vermont. Pueden adoptar niñas/os en forma conjunta en California y en Vermont. Quienes han registrado su unión civil pueden adoptar las hijas o hijos de su compañera/o.

El ordenamiento jurídico no puede ignorar la existencia de uniones homosexuales de hecho. Las relaciones sexuales de dos personas libres y capaces, mayores de edad, que no ofenden la moral pública, integran el ámbito de su privacidad y toda Constitución democrática, como la nuestra, debería de obligar a su respeto.²²

²² Aguilar Guerra, Vladimir Osman, **Ob. Cit.** pág. 261.

La posición del Derecho frente a las uniones que tienen como base la cohabitación de personas del mismo sexo pública y estable, debe ser la de respeto, reconocimiento y diferenciación.

El derecho a la igualdad ante la ley y el ejercicio de la ciudadanía plena, que incorpora algunos otros derechos de manera más específica como los de seguridad social; salud y régimen de pensiones y jubilaciones; herencia; acceso a técnicas de fecundación asistida; adopción; a la responsabilidad por daños derivados de muerte del compañero/a.; de alimentos; sucesorio; y la forma de liquidar los bienes a la disolución de la unión.

CAPITULO IV

4. Organización y estructura de las nuevas realidades familiares:

4.1 Antecedentes:

La familia es una institución social, necesaria y relativamente inmutable, lo cual no significa que como institución no se haya modificado una y otra vez, principalmente en la manera de expresarse. La familia es primordial en toda vida social, pero las maneras en que ella se manifiesta en la vida cotidiana, han sufrido cambios: esto es lo que se denomina evolución de la familia. Hoy, es necesario abocarse al conocimiento de las nuevas estructuras y realidades familiares, llámense familias monoparentales o reconstituidas, heterosexuales, homosexuales o simplemente, convivientes de hecho. Es necesario estudiar la clonación como forma de creación de seres humanos para precisar sus alcances, los perjuicios que ello ocasionaría a la naturaleza humana y a la determinación misma del parentesco. Así como, puntualizar si esta forma de creación de seres humanos, tal como si se tratara de mercancía será o no objeto de regulación jurídica.²³

Las sociedades humanas, en casi todo el mundo, han acomodado la responsabilidad de criar a los hijos y para ello han instaurado sistemas de identidad y relación sobre la base del hecho natural y profundo de engendrar. El universal y misterioso amor de uno mismo, es explotado culturalmente en todas partes, tanto para asegurar que los hijos no sean simplemente producidos, sino bien cuidados, como con la finalidad de crear para cada ser humano lazos patentes de significado, pertenencia y obligación. Es, por tanto, erróneo tratar tales prácticas sociales de raíz natural como si fueran simples creaciones culturales. Y cabría preguntarnos ¿Qué sería del parentesco sin su fundamento natural? Valgan estas palabras para esbozar el grave problema que arrastramos desde el siglo pasado, pero que crece desmesuradamente apenas en los inicios de éste: familias con padres divorciados; madres solteras; hijos que nunca

²³ Lacruz Berdejo, **Comentarios al derecho de familia.** pág. 86 y 87.

conocerán a sus padres porque ni siquiera sus madres tienen certeza de quienes son; padres sin parejas, que deciden formar nuevas familias; uniones de hecho heterosexuales y homosexuales; y la reproducción asexual, como desviación radical del modo humano natural.

Es decir, estamos frente a escenarios familiares que han de ser tomados en cuenta por el legislador, ya que sus consecuencias jurídicas son enormes y, por lo tanto ameritan regulación. Unas, son realidades con las que siempre ha cargado la humanidad, pero que nunca habían sido objeto de regulación. Es sólo, relativamente reciente, cuando conocemos de leyes o proyectos legislativos, especialmente en los países europeos, que se han ocupado de regular algunos tipos de convivencia fuera del matrimonio. Otras, son situaciones de convivencia extramatrimonial entre personas del mismo sexo biológico, defendidos principalmente por poderosos colectivos gays norteamericanos y de algunos países de la Unión Europea, que exigen la ampliación de la institución matrimonial para sus relaciones. En los países nórdicos, especialmente en Noruega, Suecia, Islandia y en Dinamarca, se ha legislado a favor de las parejas de convivientes del mismo sexo biológico. Este último país fue el primero en aprobar una regulación amplia para las parejas homosexuales, pues, desde finales de los años cuarenta tenía colectivos organizados para reivindicar sus derechos.

Sin embargo en otros países de Europa, los pronunciamientos de los tribunales superiores siguen considerando que el matrimonio es una institución que sólo permite tener en cuenta la unión de un hombre y una mujer. Al lado de estas uniones de convivientes del mismo sexo biológico encontramos la tan novedosa y controvertida clonación, que llamó la atención del público por primera vez hace ahora treinta años, a raíz de la producción asexuada, en Inglaterra, de un lote de renacuajos mediante la técnica del trasplante nuclear. Esta forma de generar vida introduce confusión a la hora de entender las nociones de padre, madre, hermano, abuelo, etc., y en el modo de ser las relaciones morales ligadas a ella, a más del significado interior de las relaciones padres- hijos y de lo que significa tener hijos. clonación no hay sino un solo progenitor:

esta situación ordinariamente triste del hijo con un solo progenitor es planeada deliberadamente.

Podemos decir, si se trata de autoclonación, que el producto generado es, además, gemelo de sí mismo, y el temido resultado del incesto: ser padre de quien es hijo de la propia madre, provocado aquí con deliberación, aunque sin que haya mediado una relación sexual incestuosa, quedando de por sí perturbadas todas las relaciones paténtales: ¿Qué significa ser padre, abuelo, tío, primo, hermana? ¿Quién podrá llevar esos títulos y las cargas que le son anejas? ¿Qué tipo de identidad social tendrá alguien que ha excluido toda una rama familiar la del padre o la de la madre? Pero ese no es el tema principal de esta investigación pero creo que es importante mencionarlo a maneja de tener un panorama mas amplio respecto a la evolución científica en cuanto al la reproducción humana que en un futuro no muy lejano se realizara a través de la clonación y que la ciencia del Derecho debe estar preparada para regular el tipo de familia que surja de dicha practica. Vale decir, por supuesto, que nuestra sociedad, con su alta incidencia de divorcios, de recomponer sus vidas, de adopciones, de hijos extramatrimoniales, ha creado tanta confusión en las relaciones de parentesco y en las mismas relaciones sociales que se ha diluido la responsabilidad hacia los hijos y hacia los demás.

Ciertamente, las nuevas realidades familiares son hoy tan frecuentes que no podemos desconocerlas. Y dejemos de lado los criterios morales y sólo atendamos a razones de orden estrictamente jurídico al momento de hacer algunas consideraciones:

a) No puede negarse que la familia y, por tanto, el matrimonio tiende a la conservación de la especie humana, la educación de la prole, a más de fomentar la estabilidad y la solidaridad entre sus miembros. Y si bien pudiéramos decir esto mismo de las uniones extramatrimoniales heterosexuales, no será así en las uniones homosexuales puesto que esta clase de uniones no cumple con la finalidad. La familia matrimonial ofrece estabilidad y garantía de permanencia que no se dan en ese otro tipo de relaciones

donde sólo se asume el compromiso de vivir juntos, pero dejando siempre expedita la posibilidad de romperlo cuando convenga a los intereses de alguno de ellos.

b) Cuando se contrae matrimonio, surge entre el hombre y la mujer la relación jurídica conyugal que constituye para los esposos un vínculo jurídico y esencialmente formal, del cual el ordenamiento deriva para todos y cada uno de sus miembros una serie de consecuencias jurídicas. Esto, por supuesto, cambia en las relaciones de hecho, en la medida que huyen de todo formalismo: surgen a espaldas del Derecho y pretenden eludir, consiguientemente, la aplicación de la norma jurídica. La relación que los une sólo es fáctica y, por ello, no se comprende cómo luego demandan la aplicación de determinadas normas especialmente previstas por el legislador para las relaciones disciplinadas, pongamos por caso la liquidación del régimen económico conformado durante la existencia de tales relaciones de hecho.

Antes de tocar exactamente el tema de las nuevas realidades familiares es necesario abordar, muy sucintamente, la evolución de la familia, la acción que esta ejerce sobre la personalidad de sus miembros, a más de entenderla como el agente primario de protección y preservadora de valores. Afirmaremos que la familia es una institución social y, como tal, presenta las características de necesaria y relativamente inmutable, lo cual no significa que como institución no se haya modificado una y otra vez, principalmente en la manera de expresarse.

Hoy en día, la familia estricta está formada por dos adultos de sexo opuesto, que viven juntos, y por los hijos de dicha pareja.

Se ha sostenido, desde siempre, que la familia es la célula fundamental de la sociedad, es decir, se le ha considerado como la unidad social básica, y con esto se quiere significar que antes de integrar la gran sociedad humana el hombre forma parte de la pequeña comunidad doméstica. Allí es donde se forja el carácter, se orienta la educación, se temple el espíritu, se aprende a amar y a respetar a los semejantes.

Antes de concebir a todos los seres humanos como hermanos es menester aprender a tratar a los hermanos como seres humanos.

4.2 La acción de la familia sobre la personalidad de sus miembros:

Es inevitable decir que en el seno de la familia se gestan los procesos elementales de la personalidad de todos y cada uno de los miembros que componen el grupo familiar. Substancialmente, la personalidad individual de los hijos se esculpe inicialmente y en gran medida en el seno familiar y se configura en sus diversos aspectos dentro de ese mismo ambiente en el cual el espíritu materno tiene gran relevancia.²⁴

Y no sólo los hijos moldean su personalidad en el seno familiar, también los mismos cónyuges pasan por ese proceso de adaptación, de ajuste, de conveniencia en beneficio del otro y de los hijos, dejando de lado las desavenencias, los malos entendidos, competencias, oposiciones, e, incluso, los conflictos de los primeros años de vida conyugal. Estas causas producen efectos modificadores en la personalidad de los cónyuges. Pues bien, la familia es el paradigma de configuración de la personalidad de los hijos. Veamos algunos aspectos:

La primera transmisión social de la herencia cultural se genera en los primeros años de vida a través de la convivencia familiar, luego aparecen otros grupos: la escuela, los amigos, los vecinos que, a veces, pueden ser factor de interferencia familiar, ya sea desde un punto de vista positivo o negativo. Será positivo cuando estos grupos contribuyen a mejorar las deficiencias del grupo familiar, pero, si por el contrario, son opuestas o generan conflictos pueden ocasionarse desviaciones en la personalidad del hijo. Por imitación biológica, el niño aprehende lo que ve en sus padres: movimientos, posturas, vocabulario, costumbres.

²⁴ Diaz Picazo. **Ob. Cit.** pág. 110.

Tal vez, lo que perdurará por el resto de la vida de los hijos y que será lo que deje huellas indelebles en la personalidad será la cantidad y la calidad de la respuesta emotiva y de atención que suscite en sus padres. A mayor afecto y atenciones de los padres hacia los hijos, mayores serán los estímulos biológicos para su salud y mejor será la configuración de su personalidad para toda la vida. Los padres moldearán la personalidad de los hijos mediante estímulos y restricciones, sin que lo uno o lo otro raye en excesos o represiones.

Hoy en día ante un mundo globalizado es necesario replantearse el cumplimiento del rol de ser padres dentro de un macro contexto en el que se producen programas de ajuste que frecuentemente limitan la capacidad de las funciones familiares y del nivel de vida, principalmente en los sectores medios y de alto riesgo. No es fortuito el alto índice de situaciones de victimización, maltratos en todas sus formas, abandono o negligencia en la manera de conducir al grupo familiar.

Es preciso fomentar y crear conciencia de los cuatro espacios conformadores de una personalidad sana y estable: el útero maternal, la familia, la escuela y el ambiente.

4.3 La familia: agente primario de protección:

La familia es un grupo social especial que tiene a su cargo una dimensión específica de la experiencia humana: la vida y la reproducción. Además de ello, constituye la unidad básica de la sociedad y por tanto merece protección y asistencia en la forma más amplia posible.

Sin embargo, notamos que la igualdad de sexos tan preconizada desde la tres últimas décadas del siglo pasado determinó un nuevo ideal de pareja, otros modelos de familia, pero, aún así, la familia nuclear o tradicional continúa teniendo importantes funciones socio-económicas; es el marco natural de apoyo emocional, económico y material esencial para el desarrollo de sus integrantes, para conservar y transmitir valores, educar, formar, motivar y apoyar. Esta realidad determinante en los cambios

que se experimentaron desde el punto de vista social y económico, y que por ende afectaron la estructura familiar, originaron a su vez un debilitamiento de la unidad familiar, pero quienes sufren las peores consecuencias son las mujeres: en ellas recae la mayor carga de la familia y de la prole.

Es necesario replantearse que la familia es preservadora de valores, generadora de cambios que permiten modelar otros nuevos, así como que la familia es el agente primario de protección, formación e instrucción para los hijos.

4.4 Nuevas formas de convivencia:

Tanto la familia como las prácticas matrimoniales han evolucionado de una manera muy compleja, paralelamente con la diversificación de la sociedad y el standard de vida, pues éste modifica las condiciones de existencia de la población.

La migración campo-ciudad y su consecuente metropolización, que en este país alcanzó su punto más alto en la década de los setenta, son, podemos afirmar, los factores esenciales de la disolución de las estructuras y los vínculos familiares tradicionales, fenómeno que se intensifica porque hemos querido llevar el modo de vida de las ciudades a las poblaciones campesinas y el cada vez más creciente trabajo de las mujeres en todos los roles, hasta en aquellos que sólo parecían reservados a los hombres.²⁵

La descomposición del grupo familiar tradicional ha generado una convivencia menos frecuente entre las personas mayores y las nuevas generaciones y un alto índice de divorcios. En la actualidad, el modelo predominante es de familias en deterioro y de parejas que están juntas más por motivos económicos o de cualquier otra índole, que por razones de un verdadero sentimiento de afecto.

²⁵ Schrama. **Registered partnership in the Netherlands.** Pág. 315 y 327.

Aún con todas las vicisitudes que puedan presentarse, la familia sigue siendo un cobijo privilegiado frente a las contrariedades de vida actual: los hijos se van del hogar más tardíamente, ya sea por los estudios o los obstáculos para ingresar al mercado de trabajo. Es más, cada vez aumentan las nuevas parejas conyugales que conviven con sus padres ante la imposibilidad de tener una vivienda propia o alquilada por la carestía de éstas. La ayuda familiar permite atenuar los efectos del desempleo y los aprietos económicos. Se ha demostrado que la gran mayoría de las personas sin domicilio fijo, trátase de niños, adolescentes o adultos carecen de vínculos familiares, lo cual demuestra que la ausencia de una familia propicia los mecanismos de exclusión de los diversos escenarios sociales, mercados de trabajo y escuelas.

La familia como elemento nuclear continúa siendo una marcada referencia en la sociedad, pero se han adaptado a concepciones y a prácticas más flexibles, y los nexos jurídicos y sociales, fundamento de estas instituciones, han debido modernizarse para dar respuesta a la evolución de las necesidades de las parejas. Cada vez, es más frecuente el número de parejas no casadas.

Ya hemos dicho que las relaciones de convivencia entre personas son de la más variada índole y seguramente todas merecedoras de atención jurídica, aunque no con el mismo régimen. Y cuando hablamos de familia, dejando de lado todo tipo de interpretaciones, esta acepción trae consigo la tan arraigada idea unida a ella: el conjunto de personas, de extensión variable, que viven bajo un mismo techo y sometidos a la dirección o dependencia de una de ellas que asume las funciones directivas y de coordinación entre todos sus miembros.

Jurídicamente hablando, la nota primordial de toda familia es la existencia de un vínculo de parentesco o matrimonial, de manera que, en sentido estricto, sólo aquellos grupos que surgen de un matrimonio o de una relación de parentesco pueden ser calificados como familia. Indudablemente, el propio desarrollo de la sociedad y las nuevas realidades que se le amoldan, ha planteado la posibilidad de aplicar el concepto de familia a otras uniones que no encajan en el esquema tradicional propuesto.

Hoy, la infidelidad, homosexualidad, violencia, sexo cibernético, divorcios, son los lugares comunes a los que se enfrentan hombres, mujeres, y relaciones de pareja.

Tenemos una generación sin modelos de arraigo familiar, de familias en deterioro y de parejas que están juntas más por razones económicas que de amor. Hablemos de estas nuevas realidades.

4.5 Clases de familias:

a) Familias monoparentales:

Para distinguir los hogares conformados por un solo progenitor, llámese madre o padre, aunque éstos últimos en una pequeñísima minoría y sus hijos.

El lugar asignado a los padres, sus funciones, el deseo y la responsabilidad de serlo, y las vivencias que acompañan su ejercicio, varían como consecuencia de la diversidad socio cultural y aún en una misma sociedad todo será distinto en función del sector social, la edad, la clase, la religión, etc.

Actualmente, las funciones atribuidas a los padres ya no son de privilegio masculino. Muchas, son ejercidas por las mujeres, y, a veces por el Estado. Podemos decir que esta situación es producto de un hecho cada vez más evidente: la salida de la mujer al mundo público a ocupar diversidad de roles y el aumento de los divorcios; la llamada declinación del padre, en la que el discurso social valida cada vez menos a la figura paterna y acepta cada vez más a la familia monoparental, formada casi siempre por la madre y sus hijos.

Definiremos las familias monoparentales, como aquellas compuestas por uno solo de los miembros de la pareja progenitora varón o mujer y en las que, de forma prolongada, se produce una pérdida del contacto afectivo de los hijos no emancipados con uno de los padres. Aún cuando la crianza de los hijos pueda quedar atribuida al

padre, el prototipo en casi todos los países, y especialmente en los de nuestro entorno, es el de familias monoparentales con presencia de la madre, sea esta biológica o adoptiva –denominadas, por esta razón, monomarentales o monomaternales. De hecho, entre un 80 y un 90 % de los hogares monoparentales está bajo la responsabilidad de una mujer.

Los progenitores solos que han de atender a más temprana edad las ansiedades y dificultades del desarrollo humano, son más proclives a descompensaciones psicopatológicas, así como a proporcionar a sus hijos o a los niños a su cuidado un tipo de trato inadecuado para su desarrollo. Las familias monoparentales y las reconstituidas son uno de los aspectos familiares señalados como indicadores asociados al maltrato físico o negligencia en el cuidado de los niños.

La pérdida de uno de los cónyuges marca la evolución de la familia en el aspecto afectivo, educativo y económico, por cuanto la ausencia de uno de los padres supone que el superviviente tiene que asumir nuevos y distintos papeles, lo que origina una tensión o angustia que no se encuentra en las familias biparentales.

De acuerdo a estudios demográficos, los hijos de familias monoparentales tienden a ser más pobres, a abandonar sus estudios, a estar desempleados y a involucrarse más fácilmente y con mayor frecuencia en actividades delictivas que aquellos que conviven con sus padres.

Tanto en el continente americano como en el europeo, los estudios realizados en esta materia demuestran que el impacto que sufren los niños de familias monoparentales en términos de desarrollo emocional, conductas, probabilidades de enfermedades psiquiátricas, identidad sexual, actitudes futuras hacia el matrimonio e intensidad de las transiciones psicosociales, es más grave que los que revelan los niños que viven con ambos padres.

Las causas de la monoparentalidad son diversas:

1. Divorcio
2. Madres solteras
3. Viudedad

Los divorcios arriman el porcentaje más amplio, y el de las madres solteras es el grupo de más rápido crecimiento. De seguidas se hará una breve referencia a cada una de estas causas.

Los posibles conflictos derivados de la situación de monoparentalidad asociada a separación o divorcio de los padres es variable según la edad o momento evolutivo del niño.

Además, que el divorcio no es un evento simple, sino que engloba una serie compleja en las relaciones familiares que se inician con el fracaso de la relación conyugal, y luego viene un período caótico de ruptura del matrimonio que, en ocasiones, persiste por años, ocasionando multiplicidad de desequilibrios en el seno familiar. A veces, estas batallas, discordias y tensiones previas a la consumación del divorcio, junto a la amargura de los padres, son más dañosas para los hijos que el mismo trauma de la ruptura definitiva. Esto indica, que los niños de familias intactas pero con un alto nivel de conflictividad, obtienen los peores resultados en las valoraciones psicológicas que los hijos de una familia intacta o divorciada con un bajo nivel de conflictos.

Otras circunstancias asociadas a las dificultades que sufren los hijos de familias monoparentales son los escasos recursos económicos con los que, generalmente, cuenta la madre, el estigma y baja expectativa social de los hijos, la experiencia de conflictos en familias separadas o divorciadas, el estado psicológico de la madre, las características de la dinámica familiar, el hogar de la madre y la ausencia del padre.

La gran mayoría de los estudiosos de este tema, afirman que las consecuencias que afloran en los niños o adolescentes dependen de su nivel de desarrollo. Así tenemos que los más pequeños manifiestan conductas regresivas, tales como: insomnio, rabietas, angustia de separación, pérdida del control de esfínteres, regresión en los hábitos de limpieza, dificultades para el aprendizaje y cualquier adquisición cognitiva, temores fóbicos y sentimientos de culpabilidad.

Los más grandecitos muestran un comportamiento iracundo, especialmente contra uno o ambos padres; tienden a mostrar cuadros depresivos, lo que a su vez origina mal comportamiento en la escuela y deterioro en las relaciones con sus compañeros, aunado al escaso rendimiento académico.

Los adolescentes sufren con mayor frecuencia de inseguridad, depresión y soledad. Estos problemas se traducen en mal comportamiento, tanto en la casa como en la escuela; conductas delictivas y agresivas; consumo de cualquier sustancia alcohólica o estupefaciente y, en general, tienden a convertirse en personas a quienes nada les gusta, no quieren realizar ninguna actividad útil, por lo que fácilmente se convierten en vagos. Estos adolescentes luego sienten temor de sus propias relaciones sentimentales y de posibles fracasos en sus matrimonios.

La situación de monoparentalidad como consecuencia de ser madre soltera es un porcentaje que crece desmesuradamente.

Cada día, un porcentaje elevado de mujeres queda embarazada sin desearlo y sin que esto genere un vínculo con su compañero o padre del niño. Muchas de estas mujeres son aún unas adolescentes dependientes de sus padres y con los que tienen que convivir, originándose dificultades en cuanto a la creación del verdadero vínculo madre-hijo. Éste nunca es estable para asegurar la crianza. Los padres, en algunas oportunidades, pueden desempeñar un rol muy importante, son ellos los que posibilitarán un progresivo restablecimiento del vínculo afectivo de la madre con su hijo.

Pero es que esta no es la sola causa de monoparentalidad en caso de madres solteras. También lo es el de aquellas mujeres que deciden engendrar y criar un hijo ellas solas y de modo estable. Aún cuando este grupo es menos conocido, no por ello deja de ser cada vez más frecuente. Los hijos de estas mujeres pasarán por pocas situaciones conflictivas en el hogar y, tal vez, otras vivencias sean más importantes.

Esta misma situación de monoparentalidad se genera en aquellos casos de personas generalmente mujeres que deciden adoptar a un niño o a un adolescente, por cuanto la adopción puede ser solicitada también de manera individual por cualquier persona con capacidad para adoptar, independientemente de su estado civil.

He de incluir también en este renglón de madres solas, la reproducción asexual, por cuanto ésta produce descendencia monoparental. Esta forma de reproducción, es antinatural y genera confusión al momento de precisar quién es el padre, quién la madre, quiénes los abuelos, quiénes los hermanos, etc. No hablemos tan sólo acá de la inseminación eutelegenésica con el semen de un tercero. Hagamos mención de la clonación. Aquí es radical la desviación, hay un designio deliberado y manipulativo del hombre. La clonación representa una descarada violación del significado interior de las relaciones padre-hijo, de lo que constituye procrear hijos y de lo que denota nuestra propia desaparición.

La clonación suscita confusión en el parentesco y en las relaciones sociales. La identidad social y los lazos sociales de relación y responsabilidad están, en buena medida, no sólo conectados con el parentesco biológico, sino que este le sirve de apoyo. Los tabúes sociales universales contra el incesto, el adulterio, interesan para dejar claro el emparentamiento con las personas, y especialmente cuáles son los hijos de determinados padres e, igualmente, para evitar la identidad social de padres e hijos o entre hermanos.

Ahora bien, cuando ocurre la adopción se está cambiando la identidad social, pero en aras de lograr el mejor interés de unos niños nacidos naturalmente no creados para esos fines. Podemos afirmar que cuando ocurre la inseminación artificial y la fecundación in vitro con espermatozoides de donantes, o con donación de embriones, son, de alguna manera, formas de adopción prenatal, pero, igualmente, prácticas con una gran carga de problemas éticos. No obstante, en estos casos, como en los demás de reproducción sexual, hay unos proveedores de gametos que son conocidos: hay un padre y una madre biológicos, es decir, hay padres genéticos determinados que son los que han producido la carga genética, de manera que con ellos se precisará el parentesco entre los donantes y el producto de esa inseminación. Mientras que en la clonación, no hay sino un solo progenitor.

Resulta cruel que este hijo con un solo progenitor haya sido planeado deliberadamente. La clonación crea serios problemas de identidad y de individualidad. El ser clonado puede experimentar preocupaciones acerca de su individualidad distintiva, no sólo porque será idéntica en genotipo y apariencia a otro ser humano, sino porque será gemelo de su “padre” o de su “madre”.

Pero lo peor que puede ocurrir es que con la clonación se produzca no se engendre, se cambia la procreación por manufactura, y los clonadores tendrán a su disposición, no sólo el proceso, sino todo el plano genético del ser clonado que podrá ser seleccionado y redefinido por éstos. Esta será una “cosa” más de las que el hombre hace; será pues, una fábrica más, producto de lo que se pretenda y diseñe.

La otra causa de familias monoparentales ocurre cuando uno de los progenitores fallece. Esta situación crea una disociación familiar que conduce a un proceso de sentimiento y de cambios mentales y emocionales, con una sucesión de reacciones que van desde la aflicción hasta la vuelta a la reanimación. La forma en que los hijos enfrentan la muerte de los padres, depende de distintos factores: edad, personalidad, comportamiento de quienes les rodean, sexo del progenitor fallecido, etc. La muerte, como otras pérdidas, hace que las crisis vitales posteriores sean experimentadas como

nuevas pérdidas, lo que conduce a una disminución de la autoestima y favorece la aparición de crisis depresivas. La pérdida de uno de los cónyuges marca la evolución de la familia en el aspecto afectivo, educativo y económico, por cuanto esa ausencia definitiva obliga al padre superviviente a ocupar nuevos y distintos roles: se convierten en padre y madre a la vez.

b) Familias reconstituidas:

Llamadas también ensambladas o recompuestas para denominar aquellas en las que los hijos viven con uno de sus progenitores biológicos, y el otro sólo es el cónyuge o la pareja de aquél. En Europa y en Estados Unidos, más de dos millones de niños y de adolescentes viven en una familia monoparental o reconstituida. Guatemala no es la excepción. Pero esto, como veremos luego, genera una serie de consecuencias nefastas en la personalidad de los hijos.

Estas familias pluriparentales o familias reconstituidas, recompuestas o ensambladas como también se les ha llamado, son las formadas por los nuevos emparejamientos de los padres. Son familias en las cuales uno o ambos miembros tienen uno o varios hijos de uniones anteriores. Bajo esta denominación entran las segundas nupcias de parejas de viudos y viudas, de divorciados o de madres solteras. El mayor número de familias recompuestas lo integran los divorciados con hijos que vuelven a contraer matrimonio, o simplemente a tener una nueva pareja. De esta manera los hijos tienen dos familias recompuestas, una en la que conviven permanentemente, y otra, a la que van de visita varias veces al mes.²⁶

Este grupo humano es cada vez más alto, crece en la misma proporción que los divorcios. Es, sin embargo, un caso concreto de cambio social no reconocido en lo institucional en nuestro país, cambio éste para el cual aún no han surgido leyes que lo

²⁶ Valpuesta Fernández. **La institucionalización jurídica de la pareja de hecho**. pág. 54.

amparen y, menos aún, centros de asesoramiento psicológico o modelos sociales de funcionamiento que lo reconozcan.

Estas familias nacen de una pérdida. Generalmente, todos los integrantes del nuevo grupo familiar llegan a esta familia después de la disolución de su relación familiar primaria, por lo que, tanto los adultos, como los hijos, sufren durante ese período de adaptación y de cambios. Esto por supuesto, hace a su vez que los ciclos vitales de la evolución misma de una familia, maritales, individuales y familiares sean discordantes. Como quiera que las relaciones entre padres e hijos son anteriores a las de la nueva pareja, se generan conflictos, por cuanto aquellas tienden a ser más intensas, mientras que la pareja siente que el otro no toma su relación de manera primordial. Ocurre, principalmente, para aquél que se muda a la casa del otro, en el cual los sentimientos de exclusión y soledad son casi inevitables.

También en estas familias recompuestas hay un padre o una madre presente o en el recuerdo cuya existencia se mantiene a pesar de haber acabado el vínculo de pareja. La familia deberá convivir con la presencia real o virtual de un ex marido o ex mujer y esto, por supuesto, genera conflictos en los hijos: o estas conmigo o estás con el otro.

Las relaciones legales entre personas que conviven son ambiguas o en la mayoría de las veces inexistentes. Los legisladores en Guatemala no han incluido normas que regulen este tipo de relaciones. Es necesario que se establezcan derechos, beneficios, pues la carencia de disposiciones legales niega la posibilidad a un padrastro de autorizar una hospitalización u operación con urgencia, viajar al extranjero con sus hijastros, incluirlos en su cobertura médica, firmar las notas escolares, ya que no son sus representantes legales. El vacío jurídico dificulta la integración y consolidación del nuevo grupo familiar generando situaciones conflictivas para sus miembros.

En Guatemala, los legisladores deben abocarse con urgencia al estudio de las nuevas estructuras familiares condicionadas por la evolución social, con la finalidad de determinar los derechos y deberes que se acuerden a las parejas de convivientes que sean aceptadas, los efectos que se les reconocerán, la obligación de inscripción ante un órgano competente para que puedan deducirse efectos y precisar el inicio de la convivencia. Así mismo, es necesario que se establezcan los requisitos para la conformación de la pareja de convivientes. Se entiende, por lo previsto en la Constitución Política de la Republica de Guatemala como también en el Código Civil vigente, que las parejas de hecho o el matrimonio que se reconocerán serán sólo las constituidos por un hombre y una mujer, en forma permanente, por lo que quedan excluidas las parejas de convivientes homosexuales.

También es necesario que se creen organismos capaces de brindar atención a las familias monoparentales y pluriparentales o reconstituidas para que sus miembros tengan un espacio donde expresar sus sentimientos, angustias y necesidades, de manera que puedan aprender a solventarlos. Es necesario, igualmente, que se legisle para estas nuevas familias: se le establezcan deberes, derechos y beneficios que puedan alcanzar a todos los miembros del grupo familiar reconstituido.

Es preciso que los padres estimen la necesidad del contacto cotidiano con sus hijos, que sean padres integrantes de una familia asociativa. Que se promuevan leyes y modelos sociales que incentiven la participación de la figura paterna, partiendo de la revisión de los modelos sociales de maternidad y paternidad tradicionales. Puesto que es una necesidad la creación de leyes que disciplinen esas nuevas formas de convivencia, esas realidades familiares que producen múltiples y complejas consecuencias jurídicas.

c) Uniones de personas del mismo sexo:

El matrimonio entre personas del mismo sexo (también llamado matrimonio homosexual o matrimonio gay) es el reconocimiento social, cultural y jurídico que regula la relación y convivencia de dos personas del mismo sexo, con iguales requisitos y efectos que los existentes para los matrimonios entre personas de distinto sexo.

El matrimonio entre personas del mismo sexo en los países en que se ha aprobado hasta ahora se ha establecido legalmente mediante la extensión de la institución ya existente del matrimonio a aquellos formados por personas del mismo sexo. Se mantiene la naturaleza, los requisitos y los efectos que el ordenamiento jurídico venía reconociendo previamente a los matrimonios.

Se tiene constancia y documentación de las prácticas homosexuales desde los mismos albores de la humanidad, prácticamente en todas las épocas y las civilizaciones, con diferentes grados de reconocimiento social. La extensión jurídica del matrimonio forma parte de una tendencia general de reconocimiento de la homosexualidad en la sociedad occidental moderna.

Junto a la institución del matrimonio, y como alternativa o, en ocasiones, superponiéndose a la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo, existen instituciones civiles adicionales, muy diferentes entre cada país y comunidad, con denominaciones distintas como "parejas de hecho", "uniones civiles" o "concubinatos" (entre otras denominaciones), cada cual de una naturaleza, requisitos y efectos ad hoc, según la realidad social, histórica, sociológica, jurídica y aun política de cada sociedad. Estas instituciones son consideradas por distintos movimientos como instituciones apartheid y en muchos casos son criticadas por fomentar la discriminación. Leyes sobre la homosexualidad en el mundo (actualizado al 1 de mayo de 2005).²⁷

²⁷ Pérez Canovas. **Homosexualidad, homosexuales y uniones de homosexuales**. pág. 39-100

Actualmente, el matrimonio entre personas del mismo sexo es totalmente legal en cinco países (Bélgica, España, Sudáfrica, los Países Bajos y Canadá) y en el estado de Massachusetts (Estados Unidos) adhiriéndose últimamente México.

En el estado de Massachusetts, el matrimonio entre personas del mismo sexo también ha sido consecuencia de una decisión del Tribunal Supremo de Justicia de dicho estado (sentencia de 18 de noviembre de 2003, en el caso Goodridge v. Department Of. Public Health, en la que dicho Tribunal declaró discriminatorio el requisito de que ambos cónyuges fueran de distinto sexo. Como reacción contra esta decisión judicial, se han iniciado los trámites para modificar la Constitución de Massachusetts para redefinir la institución del matrimonio a la unión de un varón y una mujer; sin embargo, debido a la división de opiniones en el Parlamento de Massachusetts, es improbable que esta enmienda vaya a prosperar. Asimismo, la reacción ha provocado la aprobación (esta vez con éxito) de enmiendas constitucionales por medio de referendos en diversos estados (Mississippi, Oregón, Texas, Missouri, Louisiana, Arkansas, Kentucky, Michigan, Montana, Dakota del Norte, Ohio, Oklahoma y Utah) que establecen taxativamente la definición de matrimonio como unión de varón y mujer y prohíben que otro tipo de uniones se le equiparen. En la misma línea, el Presidente George W. Bush ha impulsado la aprobación de una enmienda (denominada Federal Marriage Amendment (FMA) a la Constitución de los Estados Unidos que reafirme la -según sus palabras- santidad del matrimonio; debido a la división de opiniones que suscita esta iniciativa en el Congreso de los Estados Unidos, es improbable que esta enmienda pueda prosperar. Por el contrario, el estado de California aprobó en 2005 una ley que extendía la institución del matrimonio a las parejas del mismo sexo, pero esta ley fue vetada por el Gobernador Arnold Schwarzenegger con el argumento de que los electores de California aprobaron, en un referéndum celebrado en el año 2000, la definición del matrimonio como la unión de un varón y una mujer.

Al respecto cabe mencionar que muchos ordenamientos europeos, siguiendo el modelo de Dinamarca, han reconocido formalmente como conyugales o paraconyugales las uniones homosexuales. Las solicitudes no hacen sino aumentar, hasta el punto de que han cristalizado en la resolución del Parlamento europeo que ha

auspiciado que los ordenamientos jurídicos no sólo admitan como legítima forma de vida conyugal también la homosexual, sino que también reconozcan el derecho a la paternidad de los homosexuales que viven como cónyuges.

Ello implica que cualquier tipo de reflexión, y en particular aquella sobre el derecho de las parejas homosexuales a ser admitidas dentro de los planes de fecundación asistida o de adopción, tendrá como principio fundamental prescindir de una valoración estrictamente ético-religiosa de la homosexualidad. Lo que es importante para el jurista no es si los homosexuales tienen o no el deseo de casarse, sino si tal deseo de vida en común merece un reconocimiento público por parte del ordenamiento jurídico, análogo al que se atribuye a los matrimonios heterosexuales. O si ese deseo se reduce al de imitar la vida conyugal heterosexual, un deseo que probablemente tenga importancia, pero sólo en el plano privado.

Los juristas saben que el matrimonio es la institución más refinada que el Derecho haya inventado para proteger el orden de las generaciones. Se pueden hacer hipótesis sobre distintas formas de imitación del matrimonio, ya sean extra-legales, como el concubinato, ya sean legales, como podría ser el matrimonio no consumado o mejor dicho la unión de hecho declarada regulada en nuestro ordenamiento jurídico. Pero para que esa imitación tenga un sentido, aunque sea mínimo, es indispensable que los cónyuges tengan, en el orden de las generaciones, el papel no sólo social, sino sobre todo humano, que les corresponde, es decir, que sean hombre y mujer reconociéndoseles únicamente el derecho a las sucesiones en el caso del fallecimiento de cualquiera de los dos que han formado un grupo de convivencia viviendo como pareja.

En este sentido salta la pregunta ¿tiene sentido jurídico reconocer el calificativo de cónyuge a dos individuos del mismo sexo, que conviven de forma estable, unidos por inequívocos vínculos de afecto, que requieran sea cual fuere su motivación subjetiva al respecto un reconocimiento público de su unión?

En mi opinión, la respuesta negativa que corresponde a esta pregunta tiene una motivación fundamental. La convivencia homosexual, por el mero hecho de no poder estar objetivamente abierta a la finalidad procreativa, no tiene relevancia pública alguna. Será socialmente respetada como relación interpersonal, pero no merece ser reconocida institucionalmente ni ser protegida por el Derecho interno Guatemalteco, ¿Qué argumentos se pueden presentar a favor de la tesis contraria? Según algunos, el problema actual sería reconocer la existencia de estas uniones estables fundadas sobre el afecto. ¿Qué debemos entender por la palabra afecto? Dos amigos pueden tener una gran afectividad mutua y decidir vivir juntos. ¿Es suficiente esto para reconocer su unión civil? Por supuesto que no. En la mente del que propone nuevas formas de unión civil seguramente está presente la idea del ejercicio de la sexualidad, pero, ¿en nombre de qué la sexualidad experiencia humana estrictamente privada, y cuyo carácter privado ha de defenderse con tenacidad debería adquirir relevancia pública? En el caso del matrimonio, el ejercicio de la sexualidad es funcional por lógica generacional, y éste es el motivo tradicional por el que el Derecho le otorga relevancia pública. Pero cuando ese ejercicio de la sexualidad es estéril por su intrínseca naturaleza, ¿qué relevancia pública podría pretender jamás sino, como se ha dicho, en nombre de su imitación de la sexualidad heterosexual?

Quizá justamente para hacer más plausible esta imitación es por lo que las parejas homosexuales piden ser admitidas en los programas de adopción o de prácticas de reproducción asistida en otros países no tardando en Guatemala que algunos de estos movimientos hagan escuchar su voz.

CAPITULO V

5. El derecho de familia y la Constitución Política de la Republica de Guatemala

5.1 Antecedentes:

Las Constituciones de la inmensa mayoría de los países del mundo introdujeron el principio de igualdad y de no discriminación, incluida la igualdad jurídica de los cónyuges. Entonces vinieron las reformas en la mayor parte de los códigos Civiles, como es el caso del Código Civil guatemalteco, al que le introdujeron importantes cambios. Igualmente, las Constituciones garantizaron el derecho de los cónyuges a disolver el vínculo matrimonial. Quebró entonces el sacrosanto principio de indisolubilidad del matrimonio, y nuevas reformas casi a la par de las anteriores, debieron regular, sobre todo, el procedimiento de divorcio.²⁸

El principio constitucional de igualdad de los cónyuges supuso la desaparición de la inveterada autoridad absoluta del padre de familia y un cambio en el esquema legal de las relaciones conyugales, que poco a poco mudando la mentalidad y creando familias mas democráticas. Finalmente, se reformaron los preceptos de los códigos Civiles consagrados a la regulación de la patria potestad, articulándose la misma sobre principios esencialmente protectoras del menor, y no exclusivamente sobre la sumisión y respeto de los hijos para con los padres (que antes se entendía en términos absolutos). A la par se acometieron significativos cambios en el régimen de la adopción y los sistemas de acogimiento familiar de menores, que implicaron cada vez una presencia mas fuerte del Estado en a protección de los menores, la adopción y las diversas formas de acogimiento familiar en instituciones con un marcado carácter publico, así como importantes reformas de las denominadas instituciones tuitivas (tutela y curatela), al paso que se considero la “Familia” no necesariamente en su concepción clásica como el enclave adecuado en que debe velar y proteger respecto de los

²⁸ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **Ob. Cit.** pág. 14.

menores sometidos a acogimiento bajo la siempre atenta mirada del Estado a de la Administración correspondiente.²⁹

En otro orden de cosas los Códigos, por imperativo constitucional, igualmente hubieron de atender a los avances científicos que hoy en día permiten una determinación casi absoluta, con un insignificante margen de error, a través de las pruebas de ADN, de la filiación. Se reformaron, pues, las denominadas acciones de filiación y se instauró el principio de investigación de la paternidad (recuérdese que los primeros Códigos lo prohibían). En el mismo sentido, el Código hubo ser reformado, por motivo de la protección integral de los hijos, iguales ante la ley, con independencia de su filiación, desapareciendo, entonces, la discriminación legal de los llamados hijos “ilegítimos”.³⁰

Esta es la estructura clásica del Derecho de Familia y su explicación según los cambios sociales y políticos experimentados en la última mitad del siglo XX. Esto último explica la enorme transformación del Derecho de Familia.

En Guatemala la familia ha sido regulada desde las Constituciones de 1945, 1956, 1965 y la actual promulgada en 1985, en la que se incluye un capítulo específico dedicado a esta, obligando al Estado a emitir disposiciones que la protejan.

Los tratados y convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala se incorporan a nuestro Derecho según lo estipulado en el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Por consiguiente, es necesario tomar en cuenta lo regulado en esta normativa supranacional al momento de estudiar el Derecho de Familia guatemalteco.

Hay que esperar al siglo XX para que diversas Constituciones enuncien los grandes principios que han de informar y delimitar la estructura jurídica de la familia,

²⁹ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **Ob. Cit.** pág. 15.

³⁰ **Ibid.** pág. 16.

como la de otros institutos fundamentales del Derecho privado, ya para garantizar la subsistencia de su ser tradicional, ya para expresar una voluntad de cambio de la realidad existente.³¹

La familia en Guatemala ha sido regulada desde las Constituciones de 1945, 1956, 1965 y la actual promulgada en 1985, como ya lo he mencionado y repito para que quede claro que es obligación del Estado a emitir disposiciones que la protejan.

5.2 Análisis sobre el Artículo 47 de la Constitución Política de la Republica de Guatemala:

La constitución menciona la protección de la familia en el artículo 47, a cuyo tenor dice: “Protección a la familia. El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y esparcimiento de sus hijos”. Este precepto implica un reconocimiento del valor y sustantividad de la familia, que no solo es digna de respeto, sino que merece todas las ayudas externas que favorecen subdesarrollo y el cumplimiento de su misión.

La protección que el artículo 47 asegura a la familia en diversos aspectos es un principio cuyo reconocimiento y respeto, informara la legislación positiva, la practica judicial y la actuación de los poderes públicos. Contiene el artículo 47, pues, un programa para el legislador.

La constitución protege un tipo de familia histórica, en un momento histórico concreto, lo que no excluye la posibilidad de incluir en la regulación protectora otros tipos de familia formadas de modo distinto al tradicional (art. 48 Constitución), o con caracteres distintos a los que se exigen en un momento histórico determinado. Por ello

³¹ **Ibid.** pág. 19.

puede hablarse de un concepto prejurídico de familia, sino que la ley se limita a regular los distintos aspectos del tema, partiendo de un preconcepto social ligado a la cultura existente.

Por ello, las conclusiones a que se llega en este punto son:

- a) La familia no forma parte de la organización del Estado, aunque este tenga un evidente interés en controlarla;
- b) La familia no tiene en sí misma un valor supralegal, por encima de la regulación concreta de los diversos aspectos. Ello ocurre tanto a nivel constitucional, como en el aspecto particular. Así el grupo familiar no tiene derechos autónomos frente a los individuos que lo forman.
- c) Al utilizar la Constitución un concepto abierto y no primar en ningún momento la familia matrimonial, debe afirmarse que la protección ofrecida por el art. 47, no puede limitarse a las familias constituidas únicamente a partir del matrimonio.
- d) Los criterios básicos que deben informar la legislación sobre la familia están contenidos en los artículos de la Constitución, del 1 a 4 y del 47 a 56.

A manera de tener un panorama mas amplio sobre tan importante tema podemos comparar como está regulada la familia en algunas Constituciones de otros países sin ahondar en el tema puesto que este punto ya fue tratado con anterioridad; podemos mencionar que en la constitución italiana en su artículo 29 reconoce que: “los derechos de la familia como sociedad natural fundada en el matrimonio”, así como la existencia de unos límites a la igualdad de los cónyuges “establecidos por la ley como garantía de la unidad familiar”.

La Constitución española en el artículo 39 en el párrafo 1º, señala: “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”. En su inciso 3º, el propio precepto obliga a prestar asistencia a los hijos “habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”.

CAPITULO VI

6. La transformación del derecho de familia en Guatemala

6.1 Antecedentes:

A la vuelta del presente siglo, y hablando en términos generales, los sistemas que configuran el Derecho de Familia en la mayoría de Estados alrededor del mundo compartían entre sí varios supuestos comunes. El Derecho concerniente a las relaciones domésticas estaba organizado en torno a una concepción unitaria de la familia, la cual orbitaba alrededor del matrimonio y era de naturaleza patriarcal. El matrimonio era una institución de apoyo muy importante y un factor decisivo a la hora de determinar el status social de los cónyuges y de sus hijos. Se suponía, en principio, que habría de durar hasta la muerte de uno de los esposos y, en vida de ellos, sólo se lo daba por concluido, si ello llegaba a ocurrir, por alguna causa grave.

Se enfatizaba la solidaridad familiar y la vida en comunidad de los esposos por sobre la personalidad de cada uno y por sobre los intereses individuales de los integrantes de la familia. Dentro del grupo familiar, la estructura convencional de autoridad y el patrón de asignación de roles determinaban que el marido-padre era la figura predominante en la toma de decisiones y debía cubrir las necesidades materiales de la familia. La esposa-madre debía cumplir también con su rol, consistente ante todo en velar por el hogar y los hijos. Se suponía que la procreación y la crianza de los hijos eran dos objetivos básicos del matrimonio, y las relaciones sexuales dentro del mismo eran supuestamente exclusivas, al menos para la esposa. Se daba por supuesto que el matrimonio, la procreación y el divorcio tenían lugar, todos ellos, dentro de categorías legales. Y se diría que los hijos ilegítimos casi no tenían existencia legal.

Tras todos estos supuestos subyacía la premisa de que el Estado podía, y debía, reglamentar la formación de la familia, su organización y disolución, a la luz de ciertas ideas ampliamente compartidas acerca del matrimonio y la vida familiar. Al

³² **Ibid.** pág. 45.

mismo tiempo, existía el principio legal de que el Estado debía abstenerse de traspasar el umbral del hogar en que funcionaba la familia, especialmente en lo relativo a la crianza. El papel del Estado, a la hora de cubrir ciertas necesidades humanas elementales, era relativamente menor. En Francia y Alemania, todas estas características vistas en conjunto conformaban la denominada 'familia del Código Civil'; en Inglaterra y los Estados Unidos, ellas eran los elementos componentes de un constructor jurídico que servía para perfilar a la familia tradicional, cuyos rasgos particulares estaban dispersos en múltiples decisiones de los tribunales y en los estatutos. Por cierto que el relato de los sistemas legales de Occidente acerca de la vida familiar variaba de un país a otro en sus énfasis y detalles, y estaba, en todas partes, bastante más próximo a las ideas y el comportamiento de las clases medias que a las concepciones y conductas de los sectores más pobres o acaudalados.

A la luz de los desarrollos legales que hemos examinado en el capítulo relacionado al Derecho comparado, vemos que ninguno de estos supuestos básicos y anteriores ha sobrevivido intacto hasta hoy. La mayoría de ellos fueron eliminados, y otros fueron puestos simplemente del revés. Es cierto que el edificio del Derecho de Familia tradicional siguió en pie hasta los años sesenta, pero sus cimientos evidenciaban desde hace mucho tiempo algunas resquebrajaduras. En los últimos veinte años de historia, hemos visto cómo las tendencias individualistas, igualitarias y secularizadoras, que desde fines del siglo dieciocho fueron cobrando influencia creciente en los sistemas legales de de muchos países, después de haber sido tendencias sociales al margen, se convirtieron en la corriente dominante dentro del Derecho de Familia.

Dichas tendencias legales captaron, y formalizaron, múltiples facetas de los desarrollos sociales y económicos que habían socavado gradualmente un supuesto que era la esencia misma del Derecho de Familia decimonónico: la idea de que la familia y el matrimonio eran dos factores cruciales para la estabilidad económica y la posición social de un individuo. En buena parte de la historia del hombre, el matrimonio y el parentesco fueron las relaciones fundamentales a través de las cuales se

asignaban las posiciones jerárquicas y de status dentro de la sociedad. Hoy en día, sin embargo, la riqueza, el poder y la posición de que goza un individuo están cada vez menos determinadas por la pertenencia a una familia y cada vez más por su propia actividad dentro de la fuerza laboral o, dicho en términos negativos, por su relación dependiente del Estado. Por cierto que la familia sigue ejerciendo una influencia decisiva en las proyecciones de vida de sus integrantes, pero dicha influencia opera, para la mayoría de la gente, en forma indirecta, principalmente por medio de las ventajas psicológicas y materiales que la familia es capaz de ofrecer a sus vástagos en materia de educación, dado que esta última posibilita, a su vez, el acceso a posiciones privilegiadas de status. Sin embargo, al modificarse el rol de la familia en la determinación del bienestar personal y el status, toda una forma de percibir el mundo ha quedado del revés. Un jurista francés lo ha expresado en los siguientes términos:

En vez de que el individuo 'perezca' a la familia, es ésta la que ha pasado a estar al servicio del individuo. Subsiste aún el lugar prominente de la familia por sobre otras instituciones, pero no por las mismas razones: ya no es porque la familia sirva a la sociedad, sino porque es un medio para el desarrollo más pleno del individuo. Cuando ella no cumple ya con este rol, los vínculos decrecen o simplemente desaparecen.

Aun cuando, como hemos visto, el Derecho de Familia contemporáneo ha incorporado en buena medida este nuevo punto de vista, en muchos sentidos sigue centrado en el matrimonio. Pero el Derecho de Familia trata ahora el matrimonio como una instancia que interesa, ante todo, a los individuos implicados.

En este sentido, el Derecho no hace sino reflejar la mayor intensidad y la inestabilidad de vínculos que hoy se sostienen más por nexos afectivos que económicos. Ahora que los hijos no aportan ya al nivel que una vez lo hicieron, como ayudantes en la empresa o la granja familiar, generando ingresos adicionales o bien operando como un dique de contención frente al desamparo que trae consigo la vejez, la relación paterno filial se ha vuelto intensa e inestable, en una forma que parece también nueva. Como bien lo ha manifestado René König, la familia moderna se "basa

en relaciones no estructuradas y fundamentalmente personales, dependientes del mundo exterior para la satisfacción de buena parte de sus necesidades. Y esto repercute cada vez más en el orden interno de la familia. En los capítulos anteriores, vimos cómo la faceta de cercanía y camaradería del matrimonio contemporáneo se traduce, al nivel jurídico, en la posición más ventajosa que ha adquirido el cónyuge dentro de la legislación que regula las donaciones y las sucesiones, mientras que su fragilidad se refleja en la moderna legislación del divorcio, en la que la terminación del vínculo se ha transformado casi en un asunto de derechos.

En dicho proceso, ¿en qué ha devenido la relación del Estado con la familia, tal como ella se expresa en el sistema jurídico? En lo que respecta al matrimonio, percibimos que el actual período de cambios legales se ha ceñido a una curva descendente de 'desjuridización'. Desde otro punto de vista, sin embargo, el repliegue en que ha incurrido el Derecho al no ocuparse ya más de cuestiones como la de quién se casa con quién y cómo, o de qué derechos y deberes tienen los cónyuges entre sí, o de cómo se terminan dichas uniones, es quizás un giro bastante menos decisivo que lo que pueda parecer en primera instancia. Después de todo, inicialmente el Derecho de Familia se preocupaba tan sólo, o fundamentalmente, de las clases propietarias o medias. En el siglo veinte, cuando el derecho comenzó a tener cada vez más en cuenta a ciertos grupos sociales que antes había descuidado cabe mencionar a las familias monoparentales, las reconstituidas o recompuestas y las uniones de personas del mismo sexo, estos grupos comenzaron a su vez a tener en cuenta al Derecho, la aparente discrepancia entre el Derecho en sí y las tradiciones existentes se hizo mayor. Muchos de los cambios legales necesarios descritos en los capítulos anteriores pueden considerarse como ajustes, para acomodarse a las necesidades de la nueva clientela jurídica, para la cual buena parte del Derecho de Familia tradicional era irrelevante, ya fuera porque no tenía posesiones significativas o porque carecía de una posición social destacada. Desde esta perspectiva, se entiende porqué el Derecho de Familia tenía una aplicación tan restringida hasta fecha relativamente reciente. También la Iglesia a menudo eximió al bajo pueblo de un estricto acatamiento de sus normas más formalizadas.

El siglo veinte vio a su vez la aparición de nuevas formas de intervención estatal en la vida familiar así como nuevas formas de convivencia. Los análisis eruditos relacionan frecuentemente este fenómeno con la 'pérdida de funciones' de la familia, llamando la atención sobre el hecho de que muchas tareas antiguamente desarrolladas por ella, o dentro de ella, han sido asumidas por organismos externos. Ello no obstante, la familia ha compartido siempre sus funciones con otras instituciones sociales. La faceta propiamente moderna consiste en que hoy en día tales instituciones pueden ser entidades burocráticas lejanas grandes sistemas educacionales, organismos de asistencia social y así sucesivamente en lugar de los vecinos, benefactores, la escuela o la parroquia de la localidad. Los patrones tradicionales del matrimonio y ritmo de vida han dado paso a otros nuevos modelos de familia

Por cierto que la familia sigue compuesta de individuos, unidos entre sí de un modo especial, y el derecho tiene a menudo en cuenta estos lazos, en mayor grado en los sistemas de derecho civil, como hemos visto, que en los países nórdicos y de common law. Pero en todos los desarrollos recientes que hemos examinado se halla presente la tendencia del Derecho y de los programas sociales a fragmentar la familia en sus componentes individuales y a tratar a sus miembros como individuos separados e independientes. Este cambio de énfasis legal desde 'la' familia, o incluso las 'familias' en todas sus múltiples formas, al miembro individual de cada una parece haber ocurrido más por accidente que en virtud de algún diseño hecho ex profeso. Con todo, el efecto ha sido que, sin quererlo, los sistemas legales modernos se han aproximado, en grado variable, al que fuera el gran sueño de los revolucionarios franceses: que los ciudadanos quedaran un día en relación directa con el Estado, sin intermediarios.

Pero sería erróneo pensar que el nuevo Derecho de Familia sólo se limita a ir al compás de la época y que ha venido, pura y simplemente, a sustituir las viejas ideas acerca de la vida familiar por las más nuevas y ampliamente aceptadas. De hecho, la legislación familiar de las dos décadas precedentes en los Estados Unidos y Europa Occidental a menudo difiere tanto de las actitudes y prácticas sociales prevalecientes, como ocurría con los sistemas tradicionales que vino a sustituir. De modo aún más

llamativo, la imaginería legal de la autonomía (separateness) y la independencia contrasta, en todas partes, con la forma en que operan la mayoría de las familias y con las circunstancias de las madres y los hijos pequeños tanto en hogares que permanecen intactos como en los que se han dividido. Pese a ello, la ley proclama el ideal de la autosuficiencia y sugiere que la dependencia es en algún sentido degradante, negando implícitamente la importancia de la intersubjetividad humana. Otras discrepancias se evidencian en ciertas áreas en que el derecho de familia se ha visto influido por nuevas ideas, no acerca de la familia, sino del Derecho y la moral. Tales ideas incluyen la noción problemática de que los tribunales y cuerpos legislativos no deberían imponer 'valores' (excepto los de igualdad, libertad individual y tolerancia); y que los 'valores' (salvo los de igualdad, libertad individual y tolerancia) son cuestión de gusto o preferencia personal. El resultado de todo ello es, con suma frecuencia, que propuestas legales de carácter normativo se han eliminado gradualmente, aun cuando sean ampliamente compartidas por la población. Como hemos visto, estos desarrollos jurídicos han arraigado fuertemente en un país tan heterogéneo como los Estados Unidos, más que en ningún otro sitio. Allí, la postura de la neutralidad jurídica ha sido bienvenida por los jueces y legisladores, quienes, de no ser así, se verían en aprietos para justificar su preferencia por los valores de un sector de la población y no de otro.

Al renunciar a los intentos explícitos de promover algún conjunto de ideas en particular acerca de la vida familiar, el moderno Derecho de Familia sigue así las huellas de ciertas tendencias bien consolidadas en el Derecho actual. En su pragmatismo, su antiformalismo, su aspiración a la neutralidad respecto a los diversos estilos de vida y opiniones, y en su carácter burocrático, el Derecho de Familia se ha visto arrastrado por las poderosas corrientes que hoy predominan en los sistemas jurídicos occidentales.

Junto a las corrientes dominantes, hay desde luego contra-corrientes y corrientes subterráneas. Hemos visto que, en términos generales, éstas son más fuertes en el mundo romano-germánico continental que en los sistemas anglo-americano o nórdico. En Francia, especialmente, y hasta cierto punto en [la ex]

Alemania Occidental, se ha notado cierta tendencia de los reformadores legales a mantener los ideales ampliamente aceptados dentro del Derecho de Familia, acomodándolos, pese a todo, en mayor o menor grado, a las necesidades y anhelos de quienes no comparten esos ideales o no pueden vivir en conformidad con ellos. Y hay en tales países más evidencias que en otros de la sobrevivencia de ciertos ideales consuetudinarios y clásicos del Derecho. En ellos hemos apreciado, además, el uso ocasional de la instancia legislativa como una oportunidad para el diálogo social. En los sistemas jurídicos continentales se tiende a ver los derechos como naturalmente aparejados a ciertas responsabilidades. El individuo suele ser percibido dentro de un contexto social. Pareciera, al mismo tiempo, que en los sistemas romano-germánicos hay un mayor reconocimiento de que el sistema jurídico, junto a otras fuerzas sociales, puede contribuir a su modo y con las restricciones del caso, aunque no por ello de forma menos importante, a la edificación de ese universo de significados dentro del cual se configuran las creencias, los sentimientos y las actitudes.

6.2 ¿Por qué es necesaria la transformación del Derecho de Familia en Guatemala?

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 y en específico en Guatemala. Inicialmente, el denominado “Derecho de Familia” se circunscribió a la esfera civil, es decir, a aquélla 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 en relación a las formas de familia 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 las diferentes formas de convivencia que han surgido no solo en Guatemala si no en otras partes del mundo 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 porque la sociedad ha evolucionado en Guatemala y el actual derecho de Familia necesita evolucionar de una forma paralela con la sociedad.

Este trabajo de tesis no pretende ser exhaustivo en cuanto a la descripción de las transformaciones legislativas en materia de formación y disolución de las familias. No quisiera 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 relacionados a la familia en muchos países del mundo pero es importante señalar que en otras ramas del Derecho Guatemala ha tenido cambios no así en el Derecho de familia puesto que el actual Código Civil Guatemalteco no ha tenido reforma alguna respecto al Derecho de Familia que regula.

El proceso histórico de especificación de los derechos humanos ha permitido una oxigenación de los sistemas jurídicos internacionales 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 ya que existen en nuestra sociedad familias monoparentales, reconstituidas o compuestas y como lo he mencionado anteriormente uniones de personas del mismo sexo.³³

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, de homosexuales y lesbianas luchando por sus derechos en sus diversas expresiones, por lo tanto deberían existir dinámicos movimientos y numerosas iniciativas legislativas que protejan a tales grupos, de tiempo en tiempo, las agendas en el Congreso de la República y que en algunas ocasiones logran convertirse en leyes no incluyen ninguna iniciativa al respecto de las nuevas estructuras familiares, 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

³³ **Ibid.** pág.

los procesos evolutivos de la legislación guatemalteco. Siempre existen personas concretas, quienes a través de su palabra, escrita o hablada, logran prefigurar mejores perfiles de la humanidad y se atreven a hacer reformas aun en contra de muchos obstáculos de orden político o "moral" atendiendo a la necesidad de solucionar un problema y no a sus propios intereses .

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.

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 es importante mencionar dichos Tratados Internacionales pues es así como se logró hacer que se

respetaran los derechos de la mujer es importante hacer que se respete el principio de igualdad que recoge nuestra constitución política de la Republica en el sentido que esta no contiene una definición de familia y le otorga la categoría de familia solo a la originada del matrimonio, la originada de la Unión de Hecho declarada y la adoptiva, dejando completamente por un lado a las otras formas de convivencia puesto que se entiende que para la ley en nuestro país no son familia la monoparental, la reconstituida o compuesta y las uniones de personas del mismo sexo que existen en nuestra sociedad hago la aclaración que no pretendo que se legalicen los matrimonios homosexuales como en otros países ya ha ocurrido si no que se reconozcan alguna clase de derechos en cuanto a los bienes por ejemplo a la hora de fallecer alguno de ellos, ya ha existido una relación familiar no proveniente de un lazo matrimonial si no que proviene de lazos de afecto .

Creo que no puedo dejar pasar por alto 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 pero nada se ha regulado sobre las nuevas estructuras familiares.³⁴

Hay otros elementos claves en esta Convención que merecen comentario. La igualdad de derechos para acceder a servicios de planificación familiar y de esta

³⁴ **Ibid.** Pág. 35.

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 antes estaba regulado, 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.³⁵

Es necesario realizar los cambios legislativos necesarios tomando en cuenta el Derecho internacional para aplicarlo al Derecho interno. Muchos de los temas tratados en este trabajo aún no han nacido a la vida jurídica en muchos de los países de América Latina incluyendo el nuestro y siguen siendo denunciados como rezagos discriminatorios *de jure*. El problema mayor radica en una incorrecta comprensión del fenómeno de la discriminación contra un sector cada vez mas grande de la sociedad guatemalteca en relación con la familia. Para muchos legisladores y juristas, tanto varones como mujeres con un tinte de conservadores, las modificaciones propuestas debilitan a la familia.

³⁵ **Ibid.** Pág. 56, 57.

En cierta forma, la construcción de la autonomía jurídica de las parejas o de personas solas en relación a la formación de una familia “diferente” a la tradicional 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 nuevas formas de convivencia como sujetos incompletos y que no forman parte del orden familiar. Inclusive se observa resistencia por parte de instituciones religiosas y algunos sectores de la sociedad al desarrollo y el reconocimiento de nuevas estructuras familiares señalándolas como el comienzo de un declive en la dignificación de la familia llamándolas como inmorales por no ser originadas del matrimonio tradicional un título severo proveniente de sectores que no alcanzan a comprender que en Guatemala la familia ha evolucionado y que las leyes relacionadas a la familia se han quedado rezagas y que deben evolucionar de una forma paralela a la sociedad, ya que deben ser aplicables sobre todo morbo y aun en contra de las mentes cerradas pues es evidente que existen y debe haber un marco jurídico que las regule.

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 y hombre que han cargado con la responsabilidad de una manera solitaria de criar a los hijos que quizás fueron dejados por la madre ocupándose este no solo por su traje cotidiano si no también de los que haceres domésticos y no olvidemos a las familias recompuestas o reconstituidas. Por eso, ha sido tan bien recibida la Ley de Paternidad Responsable desarrollada en Costa Rica hace unos años.³⁶

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.

³⁶ **Ibid.** Pág. 58 y 59.

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 con respecto a la familia monoparental en donde la mujer es la jefa de familia 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 se le reconozca que también esa forma de convivencia con sus hijos es una familia.

Mientras no haya por parte del Estado una valoración de este tipo de familias, la situación de desigualdad social de otras formas de convivencia y la familia tradicional, así como la creación de normas jurídicas que las regulen se continuará con la violación al principio de igualdad contenido en La Constitución Política del la Republica de Guatemala y sin posibilidad de romper el círculo vicioso al mantener los ojos cerrados por parte de los legisladores a la realidad de las familias en nuestro país. De manera objetiva, esta situación se refleja en el tratamiento jurídico dado a las nuevas familias al no existir ni siquiera una iniciativa en el Congreso de la Republica que muestre la intención de regularlas, a quienes no se reconoce como plenas familias

Tampoco se ha logrado incluir en todas las legislaciones de la región una adecuada legislación relativa a la diversidad sexual, lo cual también tiene impacto en el Derecho de familia porque existen personas del mismo sexo que viven como pareja incluso han formado una “familia”, por ejemplo en el caso de una madre que ha sido abandonada con su hijo menor y decide formalizar nuevamente una relación pero no lo hace con alguien de sexo diferente si no que lo hace con otra mujer o de hombres que viven como parejas y en esa relación están procreando a algún menor, es una situación que si bien es cierto no es una gran mayoría existen en nuestra sociedad. Es importante lograr un fortalecimiento en el Derecho de familia de una forma integral, para lo cual se necesita un ordenamiento consistente, contrario a todo tipo de discriminación y 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.

Es necesario hacer mención sobre lo importante que es la patria potestad dentro de la familia, la forma de ejercerla en la familia tradicional y las nuevas estructuras familiares objeto de este trabajo ya que 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.

Es una realidad que 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.³⁷

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.³⁸

³⁷ Roca Trias. **Ob. Cit.** pág. 1055.

³⁸ **Ibid.** pág. 1057.

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.

Tal y como lo he manifestado con anterioridad, nuestro Estado reconoce la primacía de la persona humana, esto es, su función y debe ir enmarcada en beneficio y protección a los habitantes del Estado de Guatemala. Al referirnos al Estado, incluimos por supuesto a los organismos y dependencias que la misma persona humana ha creado para la organización del Estado a su servicio, de allí deviene la importancia de tomar en cuenta los preceptos constitucionales y los principios que se constituyen como pilares de nuestro ordenamiento jurídico, ya que eso le permite a toda persona tener seguridad jurídica de las normas que la rigen, tal y como la misma Corte de Constitucionalidad lo establece no haciendo diferencias entre la familia originada del matrimonio tradicional y otras formas de convivencia tomando en cuenta que ni la propia Constitución de la República de Guatemala nos da una definición de familia solo reconoce como antes lo menciones la originada del matrimonio, del la unión de hecho declarada y la adoptiva.

“Merece mención el principio de seguridad jurídica que consagra el artículo 2º. De la Constitución, consiste en la confianza que tiene el ciudadano, dentro de un Estado de Derecho, hacia el ordenamiento jurídico; es decir, hacia el conjunto de leyes que garantizan su seguridad, y demanda que dicha legislación sea coherente e inteligible; en tal virtud, las autoridades en el ejercicio de sus facultades legales, deben actuar observando dicho principio, respetando las leyes vigentes, principalmente la ley fundamental y con base a ese principio crear un marco jurídico que proteja las nuevas estructuras familiares pues ya que no es justo que a tales uniones no se les reconozca como familia.”

La seguridad jurídica de todo ciudadano implica, en el ámbito legislativo, respetar los principios y normas constitucionales y legales existentes, buscando la protección a la persona en toda su extensión sin importar credo, raza, ideología incluso su inclinación sexual, desde su concepción, no importando la forma en que ha decidido formar su familia haciendo uso del derecho que la ley le otorga de tal forma que le permitirlle hacer lo que la misma no le prohíbe. En este mismo sentido y siendo que la persona no es un simple elemento más del Estado, la Constitución ha previsto que el ser humano es un ser complejo, que requiere para su formación de instituciones importantes en el transcurso de su existir. En consecuencia, el Preámbulo de la misma Carta Magna le otorga a la familia un papel claro y concreto, reconociendo a la familia como génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad.

El Estado posee un papel prioritario al tenor del mismo Preámbulo y es este el responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz; por lo que debería darle la misma importancia y valor jurídico a las familias monoparentales, a las reconstituidas incluso crear normas jurídicas que regulen algo referente a la diversidad sexual ya que existen personas del mismo sexo que viven como parejas.

De igual forma los artículos 1 y 2 de la Constitución contemplan los deberes del Estado. Con esto encontramos que cada figura y cada institución tienen un rol, cuyo centro de atención es la persona humana sin distinción alguna.

La protección a la familia se encuentra dentro de los derechos sociales contemplándose en nuestra Constitución, en el artículo 47, que establece: "Protección a la familia. El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos". Nos damos cuenta en estos artículos citados que hace mención especial de la familia originada o construida sobre la base del matrimonio dejando fuera otras formas de convivencia, la Constitución tendría que incluir en estos artículos una definición de familia y ya no hablar de familia e singular si no de "familias" incluyendo a las que no se originan del matrimonio tradicional. De igual forma la Corte de Constitucionalidad al respecto ha considerado lo siguiente: "...el matrimonio es considerado en la legislación guatemalteca como una institución social, protegido especialmente porque a partir de él se establece la familia, y de ésta el Estado. Cuando la persona se integra a la institución del matrimonio, la autonomía de la voluntad opera como elemento esencial en su máxima expresión de libertad y, siendo el legislador quien crea las normas, lo hace en protección de valores superiores en favor de la familia, los menores, la paternidad y la maternidad responsable. En el matrimonio hay un papel para cada uno de los cónyuges, el que determina el Estado dentro de los valores tradicionales guatemaltecos y la diversidad de concepciones, costumbres y creencias nacionales en relación con el matrimonio. El Estado ha regulado la institución con normas precisas para que den certeza y seguridad jurídica a cada uno de los cónyuges..." Gaceta No. 28, expediente No. 84-92, página No. 33, sentencia: 24-06-93.

La Constitución protege a la familia y al matrimonio, por supuesto no excluye instituciones también reconocidas y reguladas en nuestra legislación como la unión de hecho pero ninguna ley regula a las familias monoparentales, las reconstituidas o

recompuestas mucho menos las uniones de personas del mismo sexo, le concede prioridad al sentido de integración que una persona humana tiene en una familia cuya base de institución es el matrimonio, porque esta última es el primer engranaje para el establecimiento del Estado aunque existan familias que no se originan de un matrimonio pero que son más sólidas y estables y hasta con mejores principios que la originada de la institución del matrimonio que cada vez en nuestro país es menos practicada quizás por influencia de culturas de otros países o simplemente por que ya no se cree en la misma, razón por la cual ha declarado la misma Carta Magna de interés social las acciones contra causas de desintegración familiar como es el alcoholismo, la drogadicción y otras, debiendo tomar las medidas necesarias por el bienestar del individuo, de la familia y la sociedad, reconociendo sus derechos a través de la ley.

Con lo anterior nos damos cuenta que la familia es considerada por nuestro ordenamiento jurídico superior, como una institución vital para el desarrollo integral de la persona humana, especialmente como “génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad”.

En este mismo orden de ideas, ninguna ley puede limitar o violentar el espacio reservado únicamente para la familia como ese génesis primario y fundamental de valores fundamentales y morales de la sociedad. Por esto la Corte de Constitucionalidad ha manifestado que el legislador debe ejercer su función legislativa creando normas que busquen la protección a valores superiores a favor de la familia, los menores, la paternidad y maternidad responsable. La familia tiene reservado un ámbito muy claro y bien delimitado por la Constitución, por lo que el Estado no puede intervenir en ese ámbito, en caso contrario constituye una clara violación a preceptos constitucionales aquí mencionados pero si puede crear un marco legal para proteger a otras formas de convivencia que según nuestra legislación no les da la categoría de familias.

6.3 La postura de las instituciones religiosas frente a las relaciones familiares del futuro:

Varias sociedades democráticas modernas, a través del Derecho sin contar con las religiones, han despenalizado ciertas conductas humanas que implican una decisión individual respecto a la sexualidad, la capacidad reproductiva y el control sobre la duración de la vida así como las nuevas formas de convivencia y el surgimiento de las relaciones familiares del futuro o sobre la calidad de vida que se considera digna. Paradójicamente un pueblo tan creyente como Guatemala, es una de estas sociedades. Los procesos que han llevado a esta realidad han significado una serie de confrontaciones ideológicas inevitables, pues cuando existen concepciones diferentes sobre la familia no hay manera de ponerse de acuerdo sobre cuáles son los principios fundamentales de la misma.

Ni siquiera la filosofía racionalista, que ha desarrollado un esfuerzo sostenido para encontrar estándares universales de justicia con base en la razón, ha logrado establecer un marco adecuado de ideas sobre el comportamiento moral y la religión. No hay un criterio universal en las religiones o en el Derecho. Hoy en día, en las sociedades democráticas, la autodeterminación y el derecho a disponer del propio cuerpo y de cómo llevar las relaciones familiares son principios éticos no religiosos.

Es muy complicado tomar decisiones religiosas en cuestiones relativas a la familia cuando existen perspectivas opuestas. Entender en qué radica la confrontación puede ayudar a deslindar el criterio religioso de los procesos jurídicos tendientes a establecer nuevas normas de convivencia moral. Sin embargo, la acción responsable de sociedades modernas ha logrado introducir nuevas valoraciones en el complejo problema de la evolución del Derecho de Familia dando paso al surgimiento de las nuevas estructuras familiares, planteando por cierto, el derecho a la pareja a decidir la manera de llevar o la forma de estructurar su familia, además es importante mencionar que muchas veces el surgimiento de familias monoparentales o reconstituidas no provienen por voluntad de los integrantes de la misma si no por fracasos matrimoniales,

violaciones etc. En otros países como es el caso de Inglaterra, Francia, España, Argentina, Venezuela y México, donde se han cuestionado los avances en la evolución del Derecho de Familia que han permitido la legislación de estas nuevas estructuras familiares. La Iglesia mantiene la postura que la verdadera familia debe estar ligada con aspectos biológicos, pero algunos estudiosos del Derecho sostienen que "A medida que lo biológico es más conocido, se hace evidente que la familia no está relacionada para nada con lo biológico. Lo decía Lacan en los años treinta: la familia es una estructura simbólica y social. El objetivo de la familia es la transmisión de los bienes y de los valores".

Brousse sostiene que uno de los cambios más grandes de nuestra época es el cambio en la estructura de la familia. No sólo porque ahora hay matrimonios gay que adoptan niños o recurren a la reproducción asistida.

De acuerdo con Brousse, todas estas formas acarrearán cambios de valores que ahora cuesta prever. "Antes, los niños se introducían a la diferencia a partir de la diferenciación sexual hombre-mujer". Ahora no. ¿Cómo va a funcionar la diferencia?

Puede que la forma de diferenciación se haya desplazado a las diferencias de las identidades. "Todavía no hay suficientes casos clínicos para adelantar una hipótesis sobre lo que va a venir. Pero la gente que fue adoptada por homosexuales en los países que ya lo permiten las leyes, al igual que la gente que nació a partir de técnicas de reproducción asistida, van a analizarse y entonces los analistas van a saber".

En los países latinoamericanos todavía los valores recogen aspectos religiosos y las normas son creadas con base a los paradigmas de las instituciones religiosas cuidando no regular algún problema social en el cual la iglesia mantenga una postura completamente opuesta, siendo pocos los países que se han atrevido a normar

precisamente esos problemas o como diría la Iglesia fenómenos sociales como por ejemplo la uniones de personas del mismo sexo o bien las familias monoparentales o reconstituidas objeto de este trabajo, creando un marco jurídico amplio para que las personas puedan convivir en sus familias como mejor les parezca. De ahí que la autodeterminación y el derecho a disponer libremente de cómo esta estructurada una familia sean principios morales - religiosos no éticos. Pero en la última década del milenio pasado ya se comparten en otros países los valores laicos que animan a la ciencia del Derecho en su búsqueda de verdades ir evolucionando a la par del desarrollo de la sociedad y por ende de la familia legislar las nuevas estructuras familiares o las nuevas formas de familia.

Un ejemplo ilustrativo de preeminencia de un valor laico en nuestro país es la Unión de Hecho no declarada: aunque la moral católica, todavía hoy en este nuevo milenio, considera pecado que un hombre y una mujer vivan maridablemente y los prohíbe a todos, sin excepción y ve con malos ojos a las madres o padres solteros y vemos la postura cerrada frente al divorcio enseñando que las personas divorciadas tienen derecho a volverse a casar solo si el ex cónyuge fallece porque hasta ese momento para la Iglesia es que la persona es verdaderamente libre, puesto que se ha hecho en un altar el juramento o el pacto que lo que unió Dios no lo puede separar el hombre, la mayoría de las personas en las sociedades no comparte ya esa opinión y no podemos negar que en nuestro país son muchas las familias monoparentales, cada vez ocurren divorcios y estas personas forman nuevas familias cuando vuelven a contraer nuevos matrimonios con personas que nunca han estado casadas o bien que vienen de un fracaso matrimonial y no podemos dejar de mencionar a las persona del mismo sexo que viven como parejas las cuales no cuentan con alguna ley que regule dichas uniones. Es obvio que las acciones de ciudadanas y ciudadanos a nivel mundial han ido ampliando y transformando los márgenes de lo que se considera moralmente aceptable por la religión Católica, sin entrar en conflicto con otras religiones y nuestro país no puede quedarse atrás en el desarrollo social y cultural es necesario enfrentarse a la posturas religiosas y crear normas jurídicas que protejan a las nuevas formas de

familia que por mucho tiempo ha sido ignoradas y que definitivamente son una realidad en la sociedad guatemalteca.

En realidad, las interpretaciones existentes sobre las nuevas estructuras familiares, se ubican en la perspectiva laica, que reivindica que las personas deben ser responsables de sus acciones y libres en la manera de constituir una familia. Al respecto, un problema importante es el distanciamiento entre los códigos legales sobre Derecho de Familia existentes y las nuevas pautas éticas sobre la misma. Esta brecha establece un margen de desprotección legal para quienes comparten en una familia no tradicional o sea una no originada del matrimonio o de personas del mismo sexo puesto que nuestra legislación solo brinda protección a la familia originada del matrimonio, la Unión de Hecho declara y las familias adoptivas ignorando totalmente a las nuevas formas de convivencia quizás por miedo a la posición de las instituciones religiosas.

Considero necesario mencionar el concepto que la Iglesia enseña de lo que es el matrimonio según la doctrina bíblica puesto que según esta institución la familia solo puede surgir del sacramento del matrimonio, al respecto la Biblia nos dice que el matrimonio fue instituido por Dios tras crear al hombre, para proporcionar a éste el compañerismo y la ayuda necesarios y hacer posible la procreación de hijos (Gén. 1:27, 28; 2:18, 21-25). La sociedad humana, llamada a cuidar y administrar la Creación, contaba así con una célula básica sobre la cual asentar su futuro y en la que apoyar su ordenamiento comunitario. La universalidad del matrimonio, de la que dan fe todas las culturas antiguas y modernas, demuestra que éste no es como pretenden algunos una invención de la «represiva» moral cristiana o judeocristiana.

Dios ha creado el hombre a su imagen y semejanza: «varón y mujer los creó» (Gen 1, 27), confiándoles la tarea de «dominar la tierra » (Gen 1,28). Reciben de la persona y de sus valores morales la dirección de su finalidad y la conciencia de sus límites". Los cambios en la familia contemporánea han traído a la humanidad desde tiempos remotos problemas conductuales profundos, "Lacan decía que, con tantas

vidas que el psicoanalista debe escuchar, nadie puede ocupar su lugar sin tratar de comprender la subjetividad de su época. Tenemos que dar cuenta de los cambios de nuestro tiempo. Por eso tenemos que preocuparnos de lo político, de lo económico, lo biológico".

Mientras más universal la cultura, más particular será la elección de grupos que piensan y actúan de forma muy particular en cuanto a la sexualidad y al sexo. ¿Esos particularismos no se generan a partir del contrapunto con sectores de la sociedad que son ampliamente discriminadores? Se dan en cualquier sociedad independientemente si son discriminados o no, ellos buscan su espacio y tratan de desarrollarse como entes sociales, aún conociendo los preceptos religiosos sobre lo biológico, sabedores de que desde el Código de Hamurabi y el Viejo Testamento de la Biblia se establece la relación carnal entre un hombre y una mujer, no entre personas del mismo sexo.

Las religiones cristianas y la católica no están de acuerdo con las uniones de parejas gay o que adopten o se provean de hijos por la adopción, ya que las mismas están reservadas para la pareja hombre y mujer y la adopción para aquellas parejas heterosexuales que no puedan procrear por métodos naturales.

Pero se sabe de ciudades, como es el caso entre otras de París, donde existe un barrio gay y no se puede decir que París sea una ciudad que discrimina a los homosexuales, porque sus leyes protegen la unión de los mismos. Pero aún así ellos buscaron su barrio que funciona como un nicho de identidad no sólo geográfico, sino de cara a los estilos de vida, los gustos culinarios y hasta la literatura. Se conoce además los cambios en algunas leyes para permitir el matrimonio entre gay, caso España, que siendo un país tan religioso dentro de la iglesia Católica, más que de otras cristianas, la comunidad laica ha permitido, al igual que fervorosos católicos y cristianos, que pasen esas leyes.

Quizás debido a los cambios de generaciones; antes no había el enfrentamiento religioso que hay ahora con la lucha de civilizaciones. Antes, no salían a la luz estos conflictos porque había grandes autoridades hegemónicas, concientes o inconcientes del problema, que reprimían en gran escala en los países (Stalin, Hitler, Hussein) entre otros. En este momento no es que el mundo esté de acuerdo con la represión, pero se debe deliberar más, antes de aprobar leyes que atenten con cambios tan drásticos como el de permitir el matrimonio entre parejas del mismo sexo; "debemos entender que la naturaleza los dio hombre y mujer y que hasta los animales tienen su pareja para procrear y multiplicarse".

Hoy la familia contemporánea va pareja con los cambios que se están generando en conexiones entre la globalización y el Holocausto. Desde el siglo XVII se vienen desarrollando figuras como los Derechos Humanos, organismos internacionales sobre el estudio y la investigación sobre las técnicas de reproducción asistida y el genoma, movimiento cada vez más global de la mercancía y del ideal democrático, donde se establece que todo debe pasar por la estructura del mercado, incluso los seres humanos. También se conoce sobre el intercambio de órganos para hacer los trasplantes, que van de un país a otro, de las cirugías para cambiar de sexo. Así como la comercialización de la tecnología a través de la globalización. Lacan el psicoanalista de este tiempo, permite pensar que de este modo, a través del nacionalismo o la religión, se desarrolla como un intento de velar por los mecanismos de funcionamiento de la economía de mercado. La religión y el nacionalismo son formas de proponer sentido donde la lógica de mercado manifiesta claramente que no lo hay. El mercado, que es la destrucción del sentido, y la religión, que es la creación de sentido, se complementan, aunque, por suerte, tienen contradicciones. Mientras el mercado va a lo más particular y fragmentado, la religión Católica intenta generalizarlo todo. Pone a la gente a pensar en la fe y a establecer el sacrificio. Aunque se opone a este tipo de pensamiento global sobre las nuevas estructuras familiares, es bien cierto que se dan casos, dentro de la iglesia Católica, de homosexualidad y de sacerdotes que adoptan niños.

Se necesita un replanteo de los conceptos morales de la religión Católica, pues mientras enarbola la lucha contra las nuevas formas de convivencia, permite otras situaciones dentro de la misma Iglesia como los escándalos en los que se han visto algunos sacerdotes.

La investigación científica, fundamental y aplicada sobre la evolución de la familia, constituye una expresión significativa de la situación de la familia actual en nuestro país. La familia, está evolucionando en el mundo por lo que necesitan de leyes claras, no de negación como establece la Iglesia Católica. "Preciosos son los recursos del hombre como lo es la ciencia del Derecho cuando se ponen al servicio de la humanidad de manera comedida y promueven su desarrollo integral en beneficio de todos"; la ciencia del Derecho y la técnica al aplicarlo no pueden indicar por sí solas el sentido de la existencia y del progreso humano. Deben de estar ordenadas por el hombre, pero dirigidas por un ser supremo en el cielo y unas leyes terrenales que las regulen para mayor beneficio de la humanidad que vallan de acuerdo a la realidad social, Se debe retomar el sentido y establecer qué le conviene a la sociedad sobre las nuevas estructuras familiares, ¿quiénes deben de utilizarlas?, ¿Cómo?, ¿Para qué?, ¿Cuáles grupos de personas unidas se deben favorecer? ¿Se debe plantear reglas claras sobre la participación de los gay? Estas preguntas deben encontrar respuestas dentro de los debates y no negación por separado dentro de las religiones. Es un tema difícil y controversial pero muy importante en este momento para conservar la procreación y la humanidad, como la enseñó Dios a través de las Santas Escrituras..³⁹

Las Iglesias Cristianas explican a sus seguidores sobre las nuevas formas de convivencia, para evitar la confusión sobre el valor o la necesidad del matrimonio, como lo Expresa el Revdo. Juan Sánchez Araujo refiriéndose a las técnicas de reproducción asistida: "para poder recibir ayuda a través de las técnicas de reproducción asistida, están llegando a nuestras iglesias, hoy día, hermanos que se preguntan qué mal hay

³⁹ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **Ob. Cit.** pág. 79.

en convivir como pareja sin estar casados; y querer procrear los hijos teniendo problemas, por lo que se necesita acudir a las técnicas de reproducción asistida, si se está unida a una persona a la que se quiere. ¿No puede considerarse a esa relación como un matrimonio? «En el principio...» El matrimonio es una institución universal a pesar de sus diferentes matices culturales.

Desde siempre la sociedad humana ha reconocido, apoyado y defendido la unión entre un hombre y una mujer que hace de ellos una nueva entidad social cuyo propósito es el apoyo mutuo, la procreación y la crianza y la educación de los hijos. El respeto por el matrimonio beneficia a la sociedad misma; de ahí que todas las razas y culturas lo hayan reconocido y protegido.

La Biblia establece en el Antiguo Testamento, que el matrimonio fue instituido por Dios nada más tras crear al hombre, para proporcionar a éste el compañerismo y la ayuda necesarios y hacer posible la procreación de hijos (Gén. 1:27, 28; 2:18, 21-25). Sin embargo, es cierto que Jesús despojó al matrimonio de aditamentos que se le habían ido pegando a lo largo de la historia como la poligamia o el divorcio y reafirmó el propósito inicial del mismo como una unión de por vida entre un hombre y una mujer; y esto lo hizo remontándose, precisamente, al relato bíblico de la Creación que tenemos en el libro del Génesis (Gén. 2:24).

Estas aclaraciones son las que llevan a la sociedad a buscar ayuda en las legislaciones terrenales, para evitar que las nuevas formas de convivencia, se realicen sin un control claro. Tanto la poligamia como el divorcio han sido practicados y se practican todavía en diferentes culturas; e incluso se toleraron en el pueblo de Israel en los tiempos del Antiguo Testamento (Gén. 35:22-26; Deut 24:1-4). Pero, empleando las palabras de Jesús, «al principio no fue así». Esas prácticas no formaban parte del plan inicial de Dios para la pareja humana. En Mateo 19:4-6, Cristo, deslegitimando el divorcio ~ salvo en el caso de infidelidad de uno de los cónyuges (v. 9), dejó claro el

carácter permanente de la unión entre un hombre y una mujer: «Así que no son ya más dos, sino una sola carne; por tanto, lo que Dios juntó, no lo separe el hombre» (v. 6).

Esta parte de la Religión cristiana arroja más luz sobre la forma de cómo reglamentar las uniones de parejas heterosexuales, pero es necesario que existan leyes que protejan a las familias que no son originadas del matrimonio y que también se les considere como familias estables y de amor, bajo la bendición de Dios su creador.

Por otro lado las iglesias cristianas aportan sobre el sentido del matrimonio, entre un hombre y una mujer, como lo establece La Biblia distingue, por tanto, entre «matrimonio» y «fornicación»: lo uno es un estado honroso, mientras que lo otro merece el juicio de Dios (He 13:4). «Fornicación» (en griego *porneia*, de donde procede la palabra «pornografía») significa en su sentido más amplio «inmoralidad sexual»; pero de un modo más específico se aplica a las relaciones sexuales entre hombre y mujer fuera del matrimonio. Están de acuerdo con la inseminación homóloga y heteróloga. Bajo los parámetros establecidos de inseminación no acto conyugal.

¿Y cuál es la diferencia entre lo uno y lo otro? El matrimonio es un pacto de por vida (de ahí la incongruencia del divorcio), entre un hombre y una mujer (lo cual deja fuera a las relaciones homosexuales), excluyente de terceros en cuanto a las relaciones sexuales (de otro modo sería adulterio), independiente respecto de las familias del esposo y la esposa «Dejará el hombre a su padre y a su madre...» (Gén 2:24a), y cuyo propósito es satisfacer la necesidad de compañerismo, intimidad y asistencia mutua entre los cónyuges «y se unirá a su mujer, y los dos serán una sola carne» (Gén 2:18, 24b) y, si Dios lo concede, traer hijos al mundo (Gén 1:28). La fornicación no cumple estas condiciones, y en algunos casos no es más que una búsqueda egoísta e incluso perversa del placer sexual sin ningún tipo de compromiso subyacente según la Iglesia católica, pero insisto que las uniones de personas que

existen no nacidas del matrimonio merecen catalogarse como familias dejando a un lado el prejuicio religioso por el simple hecho de ser familias de echo, monoparentales o reconstituidas.

En la actualidad todas las culturas, aun en aquellas que no han tenido acceso a la revelación bíblica, se le reconoce una importancia especial al pacto matrimonial y se defiende el mismo contra las amenazas internas y externas. ¡En todas las culturas menos en la sociedad occidental moderna! En esta última el matrimonio está cada vez más desprotegido y despojado de su dignidad, al tiempo que se promueven todo tipo de sucedáneos, cuando menos mucho más pobres y frágiles, y en el peor de los casos sumamente nocivos según la Iglesia la cual a la vez que se ella misma se hace algunas interrogantes nos da las respuestas a las mismas.

¿Qué mal hay se preguntan algunos en que el matrimonio no dure para toda la vida? ¿O por qué ha de ser solamente entre un hombre y una mujer? ¿O qué perjuicio puede haber en las relaciones sexuales fuera del matrimonio si la pareja se siente atraída o se quiere? Los males son muchos, y de muy distintas índoles. Las relaciones sexuales sin un pacto de por vida son egoístas «placer sí, responsabilidad no» y carecen por lo tanto de ese factor que puede llevarlas a su madurez y plenitud. ¡Hay mucha gente vacía y destrozada por ahí de tanto picar aquí y allá; de tanto hacerse «una sola carne» con éste y con aquél! (1 Cor. 6:16) según la doctrina cristiana.

Por otra parte, cuando dos personas del mismo sexo contraen matrimonio, como ocurre en diferentes países occidentales se establece una confusión en la sociedad sobre el carácter complementario de los dos sexos biológicos y el derecho a la procreación, que se da en la relación entre hombre y mujer. Este derecho en estos momentos puede traer grandes consecuencias para la humanidad y conduce a la larga a la extinción de la especie humana (por faltar la capacidad reproductora). Estos «matrimonios» por ley y derecho en esos países, llevan aparejados además el derecho

a la adopción de hijos, que mañana no tendrán en el hogar un modelo de referencia masculino y femenino, tendrán un aprendizaje de la relación entre un mismo sexo.

Por otro lado pensando en la unión libre de una pareja de diferente sexo, cierto es que algunas cohabitaciones pueden estar sustentadas por un pacto tácito que las convierte en matrimonios de hecho aunque no existan papeles civiles o religiosos que den fe de ello, pero eso sólo lo sabe Dios, que conoce los corazones, y no puede pedirse, por ejemplo, a la iglesia que admita tales matrimonios; y cierto es, también, que muchos de los matrimonios que han pasado «por la vicaría» o por el juzgado, teniendo todos sus documentos en orden, no son matrimonios en absoluto, porque no existe compromiso de por vida ni de fidelidad mutua entre los cónyuges.

La Iglesia se ha pronunciado incluso al respecto de las parejas que pretenden formar una familia a través de las técnicas de reproducción asistida en algunos países oponiéndose a que sea realizada por parejas que no tienen la esencia del matrimonio en su relación, por no ser casados, cuyo compromiso no es más que una unión ente los dos, debe presentar datos de personas que conozcan a la pareja como lo establece el Revdo, Juan Sánchez Arahujo. "Una pareja no puede someterse a las TRA, si antes no se conoce su filiación con la pareja que lleva a la consulta".

La sabiduría de la Palabra de Dios resulta evidente para todo el que esté dispuesto a reconocerla; como también la insensatez de los sucedáneos modernos del matrimonio, vistas las consecuencias que están produciendo. La inestabilidad en las relaciones, los celos y la violencia doméstica, muchos hijos sin un hogar estable o desgarrados entre el amor y la lealtad al padre o a la madre, el sida y otras enfermedades de transmisión sexual, etcétera, dan testimonio del fracaso de los nuevos modelos sexuales pero lamentablemente esta sucediendo en países desarrollados y en Guatemala ya se ven las luces del inminente cambio que esta teniendo la familia para lo cual el Derecho debe estar condicionado.

La norma bíblica del matrimonio y por ende de la familia como un pacto de fidelidad mutua y de por vida entre un hombre y una mujer, hecho público según las normas vigentes de la comunidad a la que se pertenece, y coronado por la unión sexual, sigue siendo el modelo más efectivo para la felicidad de la pareja, el bien de los hijos y el bienestar de la sociedad, pero no lo único que existe en Guatemala como a lo largo de esta investigación hemos venido apuntando por lo que no debemos cerrar los ojos a la existencia de nuevas formas de convivencia teniendo en cuenta que. ¡No es lo mismo matrimonio que cohabitación! Pero las dos cosas deben tener protección jurídica.

En lo relacionado a la cohabitación, se han tejido varias teorías, bajo el planteamiento de los gay, pero ésta significa empezar las cosas al revés: el acto sexual, no es el que daría como resultado la reproducción humana, se trivializa y acaba siendo contraproducente: ya que en vez de procrear adoptan, con perjuicios para la pareja y para los hijos que forman ese núcleo aberrante según las instituciones religiosas cuando se han hecho estudios que los menores que ha sido adoptados por parejas gay resultan siendo heterosexuales en lo mas amplio de la palabra y que las personas gay proviene de hogares de parejas heterosexuales. Las instituciones religiosas son del criterio que las normas jurídicas no se deben utilizar para dar a parejas gay hijos a través de la adopción y mucho menos elevar a la categoría de matrimonio las uniones que ellos practican ni de familia a las uniones monoparentales y la reconstituidas olvidando que el Derecho debe regular los problemas o las situaciones que en la sociedad vallan surgiendo, siendo la evolución de la familia algo que esta sucediendo en Guatemala que aunque a las instituciones religiosas no les parezca correcto debe ser protegido por un marco legal, no que se reconozca el matrimonio entre personas del mismo sexo pero que si exista una legislación que de alguna manera norme las uniones de esa naturaleza que han persistido por mucho tiempo en nuestra sociedad.

CONCLUSIONES

1. La sociedad guatemalteca ha evolucionado moral y jurídicamente durante el presente siglo, hoy en día existen otras realidades familiares y sociales diferentes a la tradicional familia burguesa, que ya no puede ser considerada el único modelo posible; familias monoparentales, familias complejas o recompuestas y uniones de personas del mismo sexo.
2. La Constitución Política de la República de Guatemala protege y garantiza la familia y el matrimonio; sin embargo no se ha conjugado la ley, la jurisprudencia y la doctrina para adaptar el derecho de familia guatemalteco a la realidad social de nuestro país, ya que la actual legislación vigente no es acorde con una sociedad que ha cambiado moral y jurídicamente durante el presente siglo.
3. En nuestro país cada vez son menos las familias que se mantienen en el campo de la estricta ortodoxia religiosa dando paso a las relaciones familiares del futuro; alejándose cada vez más de la familia laica tradicional, formada por un grupo de personas relacionadas por vínculos de consanguinidad que allá en el matrimonio de un hombre y una mujer su punto de partida.
4. Nuestra Carta Magna no ha establecido un marco en el que el legislador se ha de desenvolver para la determinación jurídica de los tipos familiares y sus consecuencias jurídicas, tomando en cuenta el principio de igualdad y de no discriminación, incluidos en las Constituciones de la mayoría de los países del mundo.

RECOMENDACIONES

1. Es necesario que se reforme la estructura clásica del derecho de familia en nuestro país, ya que la familia clásica parte de la consideración constitucional de un matrimonio laico y democrático que, con el paso de los años, ha dejado de ostentar el monopolio en la configuración jurídica de la familia, incluyendo en las reformas apuntadas a las familias monoparentales, familias complejas o recompuestas y uniones de personas del mismo sexo.
2. Se debe consultar la ley, jurisprudencia y doctrina de otros países cuyas sociedades han evolucionado moral y jurídicamente para adecuar nuestra legislación referente a la familia puesto que ya no es concordante a la realidad de nuestra sociedad.
3. Que el estado reconozca que la familia en Guatemala ha evolucionado, por lo tanto es necesario que juntamente con esta evolución el derecho de familia evolucione también, y a más de entender a la familia como agente primario de protección y preservadora de valores, la familia se debe de considerar siempre como una institución social y como tal debe de regularse, ya que esta se ha modificado una y otra vez.
4. Resulta importante que se propongan iniciativas de ley que apunten a la creación y reformas a la legislación en materia de familia vigente, tomando en cuenta que tanto la familia como las practicas matrimoniales han evolucionado de manera muy compleja, paralelamente con la diversificación de la sociedad y el standard de vida, pues este modifica las condiciones de existencia de la población.

BIBLIOGRAFÍA

BALDIZÓN MÉNDEZ, Manuel Antonio. **La necesaria transformación del sistema penitenciario en Guatemala**. Guatemala: Ed. Fénix. 2005.

BERNARDO DE QUIROS, Constancio. **Lecciones de derecho penitenciario**. México: Ed. Ediciones superiores. 1953.

DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y DE MATA VELA, José Francisco. **Derecho penal guatemalteco**, 12a. ed. Guatemala: Ed. Crockmen, 2000.

FONTÁN BALASTRA, Carlos. **Tratado de derecho penal**, 2a. ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Porrúa, 1988.

Ministerio Público de Guatemala. **Manual del fiscal**, 2a. ed. Guatemala: (s.e.), 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA A. Mercedes. **Derecho penal parte general**, 3a. ed. Valencia, España: Ed. Praxis, S.A. 1998.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, 28a. ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 2001.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luís. **Criminología**, 4a. ed. México: Ed. Porrúa, 1984.

VALLADARES, Armando. **Contra toda esperanza**. ed. Kosmos; Panamá. 1987.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Penal. Congreso de la República, Decreto 17-73.

Código Procesal Penal. Congreso de la Republica, Decreto 51-92.