**NUEVAS TENDENCIAS EN DERECHO
COMPARADO DE DERECHO DE
FAMILIA: CONCEPTO FAMILIA
E INTERVENCIÓN ESTATAL**

*Iris M. Camacho Meléndez**

“Algún día, cuando hayamos controlado los vientos, las olas, las mareas y la gravedad, tendremos que dominar las energías del Amor. Entonces, por segunda vez en la historia de la humanidad, el ser humano habrá descubierto el fuego”.

Pierre Teilhard de Chardin.

Sumario: Introducción.- I. Formas de organización familiar.- II. Funciones de la familia.- III. Familia, regulación e intervención estatal.- IV. Derecho de Familia y Código Civil.- V. Visión de la familia desde el

* Catedrática Auxiliar de la Facultad de Derecho *Eugenio María de Hostos Mayagüez* y Miembro de la Comisión de Reforma del Código Civil de Puerto Rico.

Derecho Civil tradicional.- VI. El matrimonio, la familia y el Derecho Constitucional.- VII. El estado y la familia no matrimonial.- VIII. La unión de hecho homosexual y el concepto familia.- Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

Decidir analizar o estudiar la familia, es una difícil tarea. Cuando del estudio de la familia se trata, surgen peligros que pueden afectar cualquier pretendida investigación científica o análisis crítico. La familia es un grupo social *sui generis* del cual todos entendemos somos expertos. Sobre la particularidad del estudio de la familia, nos señala Martine Segalén: “*Al contrario de lo que ocurre en otros terrenos en los cuales cada uno de nosotros reconoce no tener ninguna competencia, tenemos la sensación –justificada– de conocer el de la familia por haber nacido y por haber fundado una. Este saber empírico, sensible sobre la familia, hace que sea uno de los temas más cargados sobre el plano ideológico*”.¹ Otro peligro latente cuando nos enfrentamos al estudio de la familia, ya sea la antigua o la contemporánea, es el mito, la leyenda o la nostalgia, por una alegada familia mejor, que parte de la idea de que *todo tiempo pasado fue mejor*. Esta nostalgia por una familia mítica trasciende fronteras y culturas, por ello la similitud de expresiones de estudiosos de

1 SEGALÉN, M., *Antropología histórica de la familia*, Madrid, 1992, Taurus Universitaria, pág. 19.

diversos contextos. Encontramos que Martine Segalén, estudiosa de la familia en Francia, señala: “*Los a priori de nuestras valoraciones conciernen a una familia mítica más ‘sentida’ que verdaderamente analizada o conocida*”.² De manera similar, J. Richard Udry, estudioso norteamericano, expone: “*Every society builds myth concerning what family life was in the good days*”.³ Mito este último generalmente acompañado de la idea de una familia actual en crisis, deteriorada o causante de los males que aquejan a la sociedad, mensaje directo de los medios de comunicación masiva y de las campañas electorales.

I. FORMAS DE ORGANIZACIÓN FAMILIAR

Se ha alegado la existencia de sociedades matriarcales primitivas, y de igual manera se han resaltado los rasgos matriarcales de la familia en algunos países europeos y latinoamericanos, enfatizándose la autoridad moral de la madre en algunas formas de organización familiar. Sin embargo, la existencia de sociedades matriarcales se ha discutido y rechazado extensamente. Lo que sí ha sido de mayor aceptación es la noción de que posterior a la promiscuidad sexual, se iniciaron unos matrimonios grupales, en los que todos los hijos se consideraban hijos del grupo y hermanos entre sí. En estos estilos de organización se desarrollaron uniones poligámicas, existiendo la

2 SEGALÉN, M., *op. cit.*, pág. 19.

3 UDRY, J.R., *The social context of marriage*, Philadelphia, 1974, 3ra ed., J.B. Lippincolt Company, pág. 8.

poliandria y la poligenia. A pesar del gran misterio y de los grandes debates existentes sobre la familia primitiva, se acepta de forma general que la familia grupal existió en la Polinesia y entre los indios iroqueses en los Estados Unidos.

El matrimonio por parejas paulatinamente sustituye al matrimonio grupal, y así da paso a la monogamia. La familia monogámica se entiende dio paso a la familia monogámica patriarcal, jerarquizadora y politizada,⁴ que es antecedente de la familia moderna y que encuentra su modelo paradigmático en la organización familiar romana y el *pater familias*. Aunque existió la figura de la *mater familia*, ésta designaba a la esposa de un ciudadano plenamente capaz, pero que no implicaba que ésta, a su vez, fuera jurídicamente capaz, ni que poseyera derechos particulares.⁵

En la sociedad occidental actual, se ha señalado que predomina la familia nuclear formada por la pareja matrimonial y sus hijos, quienes forman una entidad separada de otros parientes. Ello responde a la organización económica y de producción de los países industrializados y capitalistas, así como a la vida urbana. Este tipo de familia difiere de la familia extendida que caracteriza las sociedades agrícolas. La familia extendida es princi-

4 BENEYTO, J., *Una historia del matrimonio*, Madrid, 1993, Eudema, S.A., pág. 8.

5 HOYOS BOTERO, *Psicosociología de la Familia e instituciones pre-matrimoniales*. Medellín, Colombia: Señal Ed., 1996, pág. 21.

palmente una unidad de producción, y sus miembros se mantienen alrededor del tronco familiar. Es una familia de rasgos predominantemente patriarcales y de fuertes redes de control y apoyo. Este tipo de familia era una de naturaleza autoritaria y de organización piramidal, y según la idea generalizada cumplía más cabalmente con la función del cuidado de los niños, viejos y enfermos.

Algunos fenómenos sociales van dando origen a otros tipos de familias, entre ellas encontramos las familias monoparentales, las familias comunales y las familias ensambladas. La familia monoparental es aquella en la que un solo padre o una sola madre cumplen con las funciones que tradicionalmente se habían dividido entre ambos. Las comunales son aquéllas en las que sus miembros no están unidos por lazos jurídicos o biológicos, sino que los unen lazos afectivos o de mutua conveniencia. Se entiende como familia ensamblada o reconstituida aquella compuesta por un matrimonio o pareja, cuyos miembros han tenido uniones matrimoniales o extramatrimoniales anteriores, y que ahora comparten un nuevo hogar con niños de sus matrimonios anteriores.

Por otro lado, también se desarrolla y adquiere *cierto* grado de aceptación en algunas sociedades, las familias cuya pareja principal es homosexual. En estos casos si alguno o alguna de los miembros de dicha pareja tiene hijos de uniones anteriores o por medios de reproducción humana asistida, son cada vez más reconocidos socialmente como una familia, sobre todo si cumplen con las

funciones ideales de la familia de protección, afecto, socialización, enseñanza de valores, recreación y educación; ello, aunque esa misma comunidad entienda que no cumplen con la función de reproducción, ni con el modelaje de roles tradicionales.

II. FUNCIONES DE LA FAMILIA

La familia, aunque es una institución con capacidad de cambio, posee unas funciones insustituibles, que han sobrevivido revoluciones sociales, económicas y políticas. A pesar de que muchas de las funciones “*tradicionales*” de la familia han sido usurpadas por instituciones externas, su función social es irrenunciable. El profesor Raúl Serrano Geysls identifica como funciones clásicas las siguientes:

- Regulación del instinto o impulso sexual;
- Procreación;
- Protección, educación y socialización de los hijos;
- Fijación del estado civil de las personas;
- Creación y sostenimiento de lazos afectivos;
- Producción económica y consumo;
- Protección de los ancianos, los indigentes, y los enfermos; y

- Celebración de actividades sociales, recreacionales y religiosas.

Las funciones esperadas de la familia pueden y deben variar de acuerdo a las realidades históricas, generacionales y geográficas. Sin embargo, el listado que precede refleja el ideal o la aspiración social de la familia.

El Diccionario de la Real Academia Española define a la familia como un “*grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas*”; “*Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje*”, entre otras definiciones análogas. Se desprende que la familia depende del parentesco, el cual a su vez se define como un “*vínculo por consanguinidad o afinidad*”.

De manera similar, el ordenamiento jurídico general puertorriqueño reconoce como vínculos familiares los biológicos y los jurídicos. Los biológicos son reconocidos universalmente, y se consideran jurídicos aquellos que nacen del matrimonio o la adopción. Las relaciones por afinidad son las que surgen por motivo de matrimonio. En Puerto Rico la legislación no reconoce efectos personales a las uniones de hecho, y sólo por jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico se le reconocen a las uniones de hecho consecuencias patrimoniales. Una definición más real de la familia la ofrece la Comisión de Salud Mental de Puerto Rico, al describir la familia como un “*sistema social compuesto por personas en estrecha*

relación, que viven bajo un mismo techo, con una intención de continuidad como unidad familiar, vinculados por lazos legales y/o afectivos de reconocimiento recíproco de que son parte de esa unidad familiar y que son interdependientes para la satisfacción de sus necesidades básicas y el cumplimiento de sus funciones sociales”.

III. FAMILIA, REGULACIÓN E INTERVENCIÓN ESTATAL

Adentrarse en el estudio de la persona y la familia, requiere esencialmente el reconocimiento de la familia como institución, básica, primaria, anterior al Estado y anterior al ordenamiento jurídico formal. Como tal es incompleto cualquier acercamiento al Derecho de la persona y la familia que se limite al estudio y análisis de la norma, es incompleta cualquier visión del Derecho como ley y orden o como conjunto de reglas, es incompleto cualquier acercamiento meramente científico o que alegue una pretendida objetividad científica. En el ámbito del Derecho de familia es más notable que el Derecho es un fenómeno social y “*como tal esconde valores, preconcepciones e intereses metacientíficos que condicionan su pretendida asepsia*”.⁶

Según Miguel Reale, la tradicional división entre Derecho Público y Derecho Privado, como aquellos que reglamentan las relaciones entre la persona y el estado,

6 RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, *El menor infractor ante la Ley Penal*, Editorial Comares, 1993, Granada.

el primero, y entre cada uno de los miembros de la sociedad, el segundo, ha evolucionado, significando en su lugar que el Derecho Público atiende inmediata y prevalentemente al interés general y la relación es de subordinación. Por otro lado, el Derecho Privado atiende inmediata y prevalentemente al interés particular, y la relación es de coordinación.⁷ El Derecho de la persona y la familia es considerado Derecho Privado, altamente influenciado e intervenido por el Derecho Público en algunas áreas, pues atiende al interés general y establece frente al estado relaciones de subordinación. Algunos temas de esta área del Derecho, especialmente aquellos relacionados con los derechos (o falta de ellos) de la mujer, las personas de edad avanzada y las personas menores de edad, pueden y deben también ser considerados parte de un Derecho Social cuya razón de ser es velar por la protección las personas y clases sociales tradicionalmente marginadas.

Vázquez Bote entiende el Derecho de Familia como Derecho Privado, de gran contenido social; lo cual, según él, explica la presencia de una serie de normas que se identifican con el Derecho Público, y en su descripción lo reconoce como el que más ofrece las peculiaridades vitales de cada pueblo, plasmadas en un proceso histórico.⁸

7 REALE, M., *Introducción al Derecho*, Ediciones Pirámide, 8va ed., 1987, Madrid.

8 VÁZQUEZ BOTE, E., *Tratado teórico, práctico y crítico de Derecho privado puertorriqueño*, Tomo XI, Butterworth Legal Publishers, 1993, Oxford.

Sobre el Derecho de Familia se señala: “*En sector alguno de Derecho Privado se enfrenta el legislador con más difícil misión que en el Derecho de Familia. En ningún otro son más fuertes los contrastes, ni actúan más las fuerzas extrajurídicas. Y es que aquí se encuentran en contradicción: lo individual y lo supraindividual; tendencias morales, concepciones de la vida frente a la rígida ordenación legal; idiosincrasia nacional y pensamientos finalistas; Iglesia y Estado; los sexos y las generaciones; la economía individual y social; los intereses particulares y las exigencias sociales del bien del Estado; la salud y la educación del pueblo*”.⁹

De acuerdo al profesor Serrano Geyls, los caracteres del Derecho de Familia son:

- Contenido ético;
- Subordinación del interés personal al del grupo familiar; y
- Limitación de la autonomía de la voluntad.¹⁰

9 LEHMANN, Tratado IV, (Derecho de Familia), pág. 20, según citado en: VÁZQUEZ BOTE, E., *Tratado teórico, práctico y crítico de Derecho privado puertorriqueño*, Tomo XI, Butterworth Legal Publishers, 1993, Oxford.

10 SERRANO GEYLS, R., *Derecho de Familia de Puerto Rico y Legislación Comparada*, Vol. I., Facultad de Derecho, Universidad Interamericana de P.R., 1997, San Juan.

Si consideramos los diversos caracteres de la familia, es evidente el alto contenido ético de la organización familiar. En ese sentido, el tratadista José Puig Brutau destaca: *“En ningún otro campo influyen como en éste la religión, la costumbre, la moral. Antes que jurídico, la familia es un organismo ético. De la ética en efecto proceden los preceptos más esenciales que la ley presupone y a los cuales hace constante referencia, apropiándose los a veces y transformándolos de este modo en preceptos jurídicos...”*¹¹

Es la familia, y los sucesos históricos, sociales, económicos y culturales que la determinan, antes que el orden jurídico que la intenta reglamentar, igual que el caos lo fue antes que el orden. La regulación estatal y la intervención gubernamental en la familia se han dado principalmente a través de la institución matrimonial. No es hasta el siglo XX que el estado utiliza el bienestar infantil para regular y establecer políticas familiares.

En la antigüedad, en las sociedades griegas y romanas, *“el matrimonio constituía un acto religioso en el cual la mujer se separaba de su familia y por ende de sus dioses, para quedar bajo la protección de su marido, la propiedad constituía en la antigüedad un elemento básico para la existencia y continuidad de la familia, así*

11 Según citado en: SERRANO GEYLS, R., *Derecho de Familia de Puerto Rico y Legislación Comparada*, Vol. I., Facultad de Derecho, Universidad Interamericana de P.R., 1997, San Juan.

como las normas sobre prohibición del celibato para los varones y la existencia del divorcio en caso de esterilidad, quedando clara la prevalencia de tres aspectos fundamentales en estas sociedades: la propiedad, la mujer y los hijos como símbolo de poder".¹² En Roma, durante la República, existía una autoridad basada en el parentesco, la figura del *pater familias* tenía gran importancia política y religiosa y se le reconoce un papel esencial a la *patria potestas* en la estructura global del poder en la sociedad de la República.¹³ "La patria potestas era mucho más que un poder. Representaba la unidad de la familia, su continuidad en el tiempo como átomo irreductible de la sociedad en su conjunto. La palabra pater no designaba procreación sino autoridad y protección... de no ser por su arraigo en la vida religiosa, económica y social de Roma, la soberanía jurídica de la patria potestas no habría durado tanto ni hubiera sido tan difícil su liquidación final".¹⁴ La continuidad familiar en Roma cobró tanta importancia que la adopción encuentra, precisamente allí, su etapa de mayor desarrollo, caracterizándose por poseer un matiz marcadamente político y religioso. La adopción garantizaba la continuidad del culto doméstico y la continuidad familiar, o sea aseguraba la conservación de los cultos a los dioses *lares* e impedía la extinción de las familias, cuya perduración se estimaba políticamente necesaria para la ciudad. En ese

12 HOYOS BOTERO, *op. cit.*, pág. 23.

13 NISBET, R., *Estado y Familia*, en: Cambio Social, Madrid, 1972, Alianza Editorial, págs. 182-200.

14 NISBET, R., *op. cit.*, págs. 185, 187.

sentido tenía un matiz *iuspublicista* y requería intervención estatal.¹⁵

En la Edad Media, la institución familiar “se valoraba según el fin social perseguido consistente en incrementar el número de herederos de la nobleza o de siervos y soldados en la gleba... y se caracterizaba por relaciones superficiales”.¹⁶ Durante el siglo XVIII, conocido como Siglo de las Luces, se hizo énfasis en “la educación, a su vez la medicina se interesó por la lactancia materna, el trato tierno y cariñoso para los menores y el juego”,¹⁷ y a finales del mismo siglo se habían establecido los “principales rasgos del sistema familiar burgués... en Europa occidental y Estados Unidos. El matrimonio burgués que alcanzó pleno florecimiento en el siglo XIX y que ahora parece estar decayendo lentamente, se apoyaba en lo que los sociólogos denominaron matrimonio de compañía, en un hogar centrado en los hijos, en la emancipación o cuasi emancipación de la mujer, y en el aislamiento estructural de la familia nuclear respecto del sistema de parentesco y de la sociedad en general”.¹⁸

15 Véase: *Nueva Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo II, 1983, Editorial Seix; BOSSERT, G., ZANNONI, E., *Manual de Derecho de Familia*, Buenos Aires, 1995, Ed. Astrea, 3ra ed; MONROY CABRA, M. G., *Derecho de Familia y Menores*, Bogotá, 1996, Librería Jurídica Wilches; VÁZQUEZ BOTE, E., *Tratado Teórico, práctico y crítico de Derecho Privado Puertorriqueño*, Tomo XI, San Juan, 1993, Butterworth de Puerto Rico.

16 HOYOS BOTERO, C., *op. cit.*, págs. 24, 27.

17 HOYOS BOTERO, C., *op. cit.*, pág. 27.

18 LASCH, C., *Refugio en un mundo despiadado. Reflexión sobre la familia contemporánea*, Barcelona, 1996, Gedisa Editorial, págs. 26, 29.

El tipo de familia burguesa es sólo un tipo más de familia, un estilo, una particular visión de la familia que ha prevalecido en determinados países y momentos históricos, pero que más aún se ha “vendido” como la *familia tradicional* o ideal de familia a perseguir.

En Puerto Rico comenzó a regir el Código Civil español de 1889 el 1 de enero de 1890, por Real Decreto, con efectos a partir del 31 de julio de 1889. Sobre la concepción de la familia y el matrimonio que emanaba de este Código se ha señalado:

“El Código Civil español de 1889 recoge la técnica del Código francés en la regulación del Derecho de Familia y buena parte de su contenido, pero conserva la concepción católica de la familia y del matrimonio, histórica en nuestro país; modernizó un tanto sus estructuras y aceptó poco los principios y normas de los Derechos forales hispanos.

La institución básica de la familia que disciplina el Código de 1889 es el matrimonio canónico, que declara obligatorio para los católicos, dejando el civil como subsidiario para quienes acreditaren no serlo. Es un matrimonio indisoluble, pues el Código Civil no aceptó el divorcio. Este Código acató la potestad de la Iglesia para legislar sobre el matrimonio canónico, cuyas for-

mas y régimen asume; y para conocer de los procesos de nulidad y separación (sólo separación de cuerpos, aunque a veces la llama divorcio) quedando a la jurisdicción civil únicamente el conocimiento y decisión sobre las consecuencias civiles de la nulidad o separación acordada por los tribunales canónicos (en materia de hijos, bienes conyugales, hogar familiar, etc.).

En ese matrimonio así concebido por el Código de 1889 el marido tiene una posición preeminente, autoritaria: la esposa le debe obediencia, a cambio de protección; él señala el domicilio familiar y ella debe seguirle, gestiona él solo los bienes comunes del matrimonio (aunque se reconoce a la mujer ciertas facultades y garantías de sus derechos sobre bienes inmuebles gananciales) y los dotales de la esposa; ésta incluso los suyos propios (los bienes parafernales) necesita autorización marital para los actos de disposición. El marido señala el nivel de vida y gastos de la familia. En el orden procesal el marido es representante de la mujer, y ésta no puede comparecer en juicio sin autorización de aquél”.¹⁹

La situación antes descrita aplicaba a Puerto Rico hasta 1898, año de la invasión norteamericana y de la

19 RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “El nuevo Derecho de Familia”. Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico. Vol. 98, Núm. 3-4 (1998), págs. 201, 202.

Guerra Hispano-Cubana-Norteamericana. El 18 de octubre de 1898, el Gobernador Militar de Puerto Rico dictó la Orden General Número 1, en la cual le dio vigencia al “*derecho tradicional, a menos que fuera incompatible con el cambio de legislación que en algunos sectores hubo de producirse*”.²⁰ A pesar de ello y de considerarse materias de orden civil, tan temprano como en el 1899, mediante órdenes militares, se reglamentó el matrimonio civil, se le reconocieron efectos a las uniones civiles y religiosas y se permitió el divorcio vincular.²¹ En 1902 se hizo la primera revisión al Código, afectándose en la misma la institución matrimonial, pues se estableció el sistema de matrimonio civil y el divorcio vincular con gran influencia del Código Civil del estado de Louisiana.²² En 1903 se aprobó una ley, derogada en 1906, que reconocía el “*matrimonio natural*”, que correspondía a la figura anglosajona del *common law marriage*.

Como vemos, las normas del Código Civil español que fueron sustituidas por normas del Código de Louisiana, y estuvieron dirigidas a impactar las relaciones familiares y conyugales. Sobre este cambio de procedencia, el profesor Eduardo Vázquez Bote señala:

“La vigencia del Código Civil español en Puerto Rico facilitó, hasta el cambio de sobera-

20 MENÉNDEZ, Emilio. “Direcciones contemporáneas del Derecho de Familia”. Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico. Vol. 38, Núm. 2 (mayo, 1977).

21 SERRANO GEYLS, *op. cit.*, pág. 92.

22 SERRANO GEYLS, *op. cit.*, pág. 92.

nía, un régimen de relaciones personales entre los cónyuges de carácter aceptable, al menos conforme con el pensamiento y las condiciones del momento. El cambio de soberanía significó, por el contrario, un sensible retroceso, ya que el legislador escogió como modelo para reformar la legislación puertorriqueña al Código Civil de Louisiana, sin duda alguna más fiel seguidor de las ideas de Napoleón Bonaparte y, consiguientemente, riguroso en orden a la situación reconocida de la mujer, en el ámbito del matrimonio. Paradójicamente, era el residuo de la legislación española el que hacía posible una interpretación adecuada a los tiempos actuales, que facilitase la posición de la mujer, tendiendo a relegar completamente la orientación norteamericana del Código de Louisiana que hoy resulta inaceptable".²³

IV. DERECHO DE FAMILIA Y CÓDIGO CIVIL

Algunos autores han reclamado un espacio independiente del Derecho de Familia independizado del Derecho Civil, respondiendo a su componente de Derecho Social. Ese espacio independiente se hace real con la promulgación de Códigos de Familia. El profesor Raúl Serrano Geysls, al apoyar esta idea, se hace eco del jurista costarricense Eladio Vargas Fernández quien expresó:

²³ VÁZQUEZ BOTE, Eduardo, pág. 76.

“Los juristas contemporáneos que elaboran el Derecho de Familia reclaman también una concepción nueva y distinta para la relación jurídica que liga al marido con la esposa, al padre con el hijo, al tutor con el pupilo, y a todas las demás personas que integran el núcleo familiar. Requieren también un nuevo concepto, instituciones como el matrimonio, la adopción, la patria potestad, la tutela, etc., pues ninguna de éstas pueden ser enfocadas con el mismo criterio que se enfocan las diversas instituciones del Derecho Privado. En estas últimas, la ley tutela fundamentalmente intereses particulares, en las primeras intereses sociales (no públicos) como son todos los intereses morales y aún materiales de la más antigua e importante de todas las agrupaciones humanas: la misma”.²⁴

Esta idea fundamenta la recomendación que realiza el profesor Serrano de que:

“...la reglamentación jurídica de la familia se conciba y promulgue por separado. Cuando se realice la urgente y ya inaplazable revisión de las disposiciones del Código Civil de Puerto Rico sería aconsejable ubicar las atinentes a la familia en un Código separado”.²⁵

24 SERRANO GEYLS, R. “Los Códigos de Costa Rica y Cuba”, Rev. Jur. UPR, Vol. 35. Núm. 3-4 (1976), págs. 87-88.

25 SERRANO GEYLS, R., *op. cit.*, pág. 88.

Sin embargo, la urgente necesidad de un Código de Familia, o de un Derecho de Familia independiente del Derecho Civil, no ha sido acogida con mucho entusiasmo por otros autores. El profesor Fernando Hinestrosa critica a los que pensaron “*que la independencia o la rebeldía de esa rama del Derecho Civil mejoraría, por ensalmo legal, el status de mujer, niño, joven, desamparados*”.²⁶ El dilema parece ser descrito por el profesor Eduardo Vázquez Bote, al expresar que “*El Derecho de familia es Derecho privado. Sin embargo, no es Derecho Liberal individualista*”.²⁷

A pesar de la existencia del Derecho de Familia como parte del Derecho Privado, y por ende regulado por el Código Civil, parece ser unánime la idea de que el *Derecho Civil tradicional* resulta insuficiente para atender los problemas y conflictos que surgen en las relaciones familiares. Sobre todo, cuando se reconoce que el Código Civil respondió a una visión particular de la familia y de la propiedad que no caracteriza nuestros tiempos ni nuestra cultura, y cuya intención era regular las formas familiares de la propiedad, por lo que las familias que no eran propietarias vivían al margen del Código Civil. Esta idea fue expresada por el autor alemán Anton Menger de la siguiente manera:

“Aun aquella parte del derecho privado que regula la propagación del hombre y el suceder

26 HINESTROSA, FERNANDO. “Hacia un Derecho de Familia del Siglo XXI”. *Revista de Derecho Puertorriqueño*. Vol. XXXV. Núm. 3 (Septiembre-Diciembre 1996), págs. 445, 447.

27 VÁZQUEZ BOTE, E., *op. cit.*, pág. 12.

*de las generaciones, sufre o experimenta los mismos defectos del derecho de propiedad, ya que las reglas de derecho y las instituciones jurídicas relativas al derecho de familia, están concebidas **y elaboradas desde el punto de vista de los que tienen**". (Énfasis nuestro)*

Además, aun hoy en día nuestro Código Civil continúa reflejando una visión canónica y, en algunos aspectos, decimonónica del matrimonio y la familia. Sin embargo, es importante reconocer que este siglo se ha caracterizado por la atención del legislador de los problemas sociales que se reflejan en la familia, por lo que incluso es común que se discuta y se rete la ubicación del Derecho de Familia en el marco conceptual del Derecho Civil, cuando la intervención estatal en la familia es cada vez mayor, en más áreas y más intensa. También en los Estados Unidos se reconoce una marcada federalización del Derecho de Familia en áreas tales como el matrimonio, los alimentos, la custodia de hijos menores de edad y la adopción.

Como hemos señalado anteriormente, algunas áreas del Derecho de Familia, entre ellas la violencia entre la pareja, la protección de menores y los alimentos, han pasado a formar parte de un Derecho Social, que a su vez es parte del Derecho Público, lo que ha llevado a algunos a argumentar sobre su total independencia del Derecho Civil. A pesar de ello, entendemos que esta realidad no debe concluir en la desvinculación del Derecho de Familia del Derecho Civil, sino que nos concientiza de la necesidad de adecuar el *Derecho Civil en general* a estos desarrollos y comprender

la responsabilidad social que debe existir detrás de todo el ordenamiento jurídico, y no sólo en ámbitos sensitivos como lo es el Derecho de Familia.

La mera promulgación de un Código de Familia no garantiza la protección de los fundamentos filosóficos, valores y criterios que deben sostener las disposiciones que reglamentan las relaciones de familia. Ejemplo de ello pueden ser los Códigos de Familia de Costa Rica y Bolivia, que a pesar de su independencia del Código Civil, reproducen disposiciones discriminatorias contra la mujer inconsistente con el ideal de igualdad que debe permear las relaciones jurídicas de los cónyuges. Para garantizar el óptimo desarrollo de la sociedad no basta con que el Derecho de Familia posea una intención de responsabilidad ética y social, sino que esa base debe sostener a todo el ordenamiento jurídico. Independizar el Derecho de Familia o aislarlo del Código Civil sería dar un mensaje equivocado de que la familia es un ente marginal ante el resto de los aspectos de la convivencia social. Lo importante es la integración coherente de las diversas ramas que conforman del Derecho Civil con los desarrollos de los derechos civiles, sociales, económicos y políticos y los derechos humanos.

V. VISIÓN DE LA FAMILIA DESDE EL DERECHO CIVIL TRADICIONAL

Tradicionalmente, el ordenamiento civil ha regulado la familia a partir de la existencia de un matrimonio. El

matrimonio, como figura jurídica en Puerto Rico, responde a la visión canónica que prevalecía en España en el siglo XIX. Nuestro legislador ha mantenido un ordenamiento rígido que reglamenta la formación y disolución del matrimonio, de manera ajena a la familia que se forma y se afecta. En ese sentido no se diferencia de otras jurisdicciones. Sobre esta problemática se ha señalado:

*“Las sociedades religiosas y civiles han legislado profundamente sobre el matrimonio y divorcio, la constitución y la disolución de la familia. Pero no lo han hecho, o si acaso muy poco, sobre la vida, las necesidades, las potencialidades, el desarrollo, el perfeccionamiento de la familia como tal”.*²⁸

Debido a la realidad descrita en la argumentación anterior, es necesario cuestionar la pertinencia del Derecho Civil en el ámbito de la familia. Los países que se han ocupado de aspectos sustantivos, más que formales lo han hecho al margen del Derecho Civil. Por ello abundan en el campo del Derecho de Familia leyes especiales que han intentado llenar ese espacio que se ha creado, y que el Derecho Civil tradicional ha sido incapaz de regular. En Puerto Rico encontramos ejemplos de ello en la *Ley para la prevención e intervención de la Violencia Doméstica*, la *Ley para el Amparo de Menores del siglo XXI*, la *Ley de*

28 VILLEGAS, FABIO. *La familia latinoamericana del nuevo milenio*. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Ediciones Paulinas, 1994. pág. 15.

Sustento de Menores, entre otras. De igual forma, encontramos tendencias que favorecen la promulgación de Códigos de Familia, y siguiendo las mismas se han promulgado en diversas jurisdicciones, tales como: Panamá, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Bolivia, Filipinas y la Comunidad Autónoma de Cataluña en el estado español. En algunos países se han aprobado además Códigos de Menores o de la Niñez. Muchos de estos Códigos (de Menores) poseen un Libro de Familia, que regula aspectos sobre las relaciones familiares de las personas menores de edad, entre ellas el matrimonio. Existen Códigos de Menores, de Niñez, o de Niños, Niñas y Adolescentes en: Bolivia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Perú, Colombia, Brasil y República Dominicana. Como vemos es un fenómeno exclusivamente latinoamericano. (N. del E.: En México se publicaron la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal y la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en el *Gaceta Oficial del Distrito Federal* y *Diario Oficial de la Federación* los días 31 de enero y 29 de mayo de 2000, respectivamente).

Hemos encontrado que algunos países dedican parte de su legislación a exponer aspectos generales o conceptuales sobre la regulación jurídica de las relaciones familiares.

El nuevo Código Civil del Distrito Federal de México posee un Capítulo Único en su Título Cuarto [*Bis*], de la Familia, dedicado a *las relaciones familiares*, a través del

cual se resaltan valores de responsabilidad social, consideración, solidaridad y respeto. De forma específica señalan:

*“Artículo 138 Ter.– Las disposiciones que se refieran a la familia son **de orden público e interés social** y tienen por objeto proteger su organización y el **desarrollo integral de sus miembros**, basados en el respeto a su dignidad.*

Artículo 138 Quáter.– Las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia.

*Artículo 138 Quintus.– Las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos **de matrimonio, parentesco o concubinato**.*

*Artículo 138 Sextus.– Es deber de los miembros de la familia observar entre ellos **consideración, solidaridad y respeto recíprocos** en el desarrollo de las relaciones familiares”.*
(Énfasis en el original)

De forma similar, el Código Civil de Perú establece como finalidad de la regulación de las relaciones de familia:

*“La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su **consolidación y fortalecimiento**, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú”.*

El Código de Familia de 1975 de Cuba, en su título preliminar, establece los objetivos del Código y dispone:

“Este Código regula jurídicamente las instituciones de familia, matrimonio, divorcio, relaciones paterno filiales, obligación de dar alimentos, adopción y tutela, con los objetivos principales de contribuir:

*– al fortalecimiento de la familia y de los vínculos **de cariño, ayuda y respeto recíprocos** entre sus integrantes;*

*– al **fortalecimiento del matrimonio legalmente formalizado o judicialmente reconocido**, fundado en la **absoluta igualdad** de derechos de hombre y mujer;*

*– al más eficaz cumplimiento por los padres de sus obligaciones con respecto a **la protección, formación moral y educación de los hijos** para que se desarrollen plenamente en*

todos los aspectos y como dignos ciudadanos de la sociedad socialista;

– a la plena realización del principio de la igualdad de todos los hijos”. (Énfasis nuestro)

El preámbulo de la *Ontario Family Law Act* establece:

“Whereas it is desirable to encourage and strengthen the role of the family; and whereas for that purpose it is necessary to recognize the equal position of spouses as individuals within marriage and to recognize marriage as a form of partnership; and whereas in support of such recognition it is necessary to provide in law for the orderly and equitable settlement of the affairs of the spouses upon the breakdown of the partnership, and to provide for other mutual obligations in family relationship, including the equitable sharing by parents of responsibility for their children”.

El Código Civil de Portugal, aunque no profundiza en la regulación de las relaciones familiares, establece a cuáles se refiere al mencionarlas, pues dispone en su artículo 1576:

“Son fuentes de las relaciones jurídicas familiares el matrimonio, el parentesco, la afinidad y la adopción”.

Se identifica el matrimonio como base de la familia o se le atribuye a la legislación la intención de fortalecer la familia en las leyes de los estados de Arizona y Colorado, en los Estados Unidos, la legislación de Ontario, Canadá, y los Códigos de Familia de Cataluña, Filipinas, Costa Rica y Cuba. Se relacionan los propósitos del matrimonio con la vida en común o *comunidad de vida* (no en el ámbito de la obligación de vivir juntos, sino como *proyecto de vida* o aspecto axiológico) en los Códigos de Familia de Cuba, Costa Rica, Cataluña, Panamá, los Códigos Civiles de Perú, Portugal, Francia y el Código Civil del Distrito Federal de México.

VI. EL MATRIMONIO, LA FAMILIA Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL

En la mayoría de las sociedades contemporáneas el matrimonio, o mejor dicho el derecho a contraer matrimonio, ha alcanzado rango constitucional. El derecho a contraer matrimonio y a constituir una familia ha sido elevado por el Tribunal Supremo norteamericano a rango constitucional, por lo cual se ha exigido, en determinadas situaciones, que el estado demuestre un “*interés premiante*” cuando impone restricciones a su libre ejercicio.²⁹ A través de diversas decisiones los tribunales han

29 Véase: *Meyer v. Nebraska*, 262 US 390 (1923), *Skinner v. Oklahoma*, 316 US 535 (1942), *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965), *Loving v. Virginia*, 388 US 1 (1967); *Califano v. Jobst*, 434 US 47 (1977), *Zablocki v. Redhail*, 434 US 374 (1978), *Turner v. Safley*, 482 US 78 (1987).

determinado que su rango constitucional proviene de la cláusula de *Igual Protección de las leyes*, el *Debido Procedimiento de Ley* y el *Derecho a la Intimidad*. Sin embargo, el poder del estado para reglamentarlo de forma general no se cuestiona, ni en los Estados Unidos ni el resto de los países.³⁰ En *Potter v. Murray City*, 760 F. 2d 1065 (1985) se resolvió en el contexto del estado de Utah, en el que por razones religiosas hay una gran práctica de la poligamia, que:

“Monogamy is inextricably woven into the fabric of our society. It is the bedrock upon which our culture is built....In light of these fundamental values, the State is justified, by compelling interest, in upholding and enforcing its ban on plural marriage to protect the monogamous marriage relationship”.

En otros países se reconoce mediante expresión concreta en sus constituciones, por ejemplo: la Constitución Política de Costa Rica, la Constitución de la República de Cuba, la Constitución española, la Constitución Política de Colombia, la Constitución Nacional de El Salvador, la Constitución de Perú, la Constitución de Venezuela, la Constitución de Portugal y la Constitución italiana.

De forma específica las disposiciones constitucionales pertinentes expresan:

30 *Maynard v. Hill*, 125 US 190 (1888).

La Constitución Política de Colombia, en su artículo 42, dispone:

“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”.

La Constitución Política de la República de Costa Rica dispone:

“El matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges”.

La Constitución de la República de Cuba dispone en sus artículos 35 y 36:

“El Estado protege a la familia, la maternidad y el matrimonio. El estado reconoce en la familia la célula fundamental de la sociedad y le atribuye responsabilidades y funciones esenciales en la educación y formación de las nuevas generaciones.

El matrimonio es la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con apti-

tud legal para ello, a fin de hacer vida en común. Descansa en la igualdad absoluta de derechos y deberes de los cónyuges, los que deben atender al mantenimiento del hogar y a la formación integral de los hijos mediante el esfuerzo común, de modo que este resulte compatible con el desarrollo de las actividades sociales de ambos. La Ley regula la formalización, reconocimiento y disolución del matrimonio y los derechos y obligaciones que de dichos actos se derivan”.

La Constitución Política de la República de El Salvador, en su artículo 32, establece:

*“El fundamento legal de la familia es el **matrimonio**, descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges.*

El Estado fomentará el matrimonio, pero la falta de éste no afectará el goce de los derechos que se establezcan en favor de la familia”.

El artículo 32 de la Constitución española dispone:

“El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

La Ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y

deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”.

El artículo 29 de la Constitución italiana dispone:

“El Estado reconoce a la familia como una asociación natural fundada en el matrimonio.

El matrimonio está basado en igualdad moral y jurídica de los cónyuges dentro de los límites establecidos por ley para asegurar la unidad familiar”.

Aunque la Constitución argentina sólo hace referencia al derecho de los extranjeros a casarse, se interpreta que el derecho reconocido a los extranjeros lo poseen también los argentinos. Además, se reconoce el derecho a casarse y a constituir una familia en las provincias argentinas de Córdoba, Chubut, Tierra del Fuego y Tucumán.³¹

El Derecho Internacional también se ha ocupado de diversos aspectos relacionados a la protección del matrimonio y los derechos de los contrayentes. Entre tales instrumentos internacionales encontramos: la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de la ONU, de 1948,

31 BELLUSCIO, Augusto César, “Derecho Constitucional y de Familia” Publicación Extraordinaria en adhesión al IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, Panamá, 1996.

art. 16; el *Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, de 1950, art. 12; el *Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos*, art. 12; la *Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios* de 1964; el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966, arts. 23.2-23.4; el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, art. 10.1; la *Convención Americana Sobre Derechos Humanos*, de San José, de 1969, art. 17.1-17.5; la *Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* de 1979, art. 16; y el art. 9 del *Proyecto de Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Además, la Organización de la Naciones Unidas (ONU) históricamente ha aprobado Resoluciones que se relacionan con el Derecho Privado y con el Derecho de Familia en general, y sobre los derechos de la mujer casada, entre ellas se encuentran:

- Resolución 503 D (XVI) sobre la *Condición de la Mujer en el Derecho Privado*, adoptada en la 736a. sesión plenaria el 23 de julio de 1953.
- Resolución 587 D III (XX) sobre el *Domicilio de la Mujer Casada*, aprobada en la 890a. sesión plenaria el 3 de agosto de 1955.
- Resolución 547 J (XVIII) sobre el *Derecho de la Mujer Casada a ejercer una profesión independiente*,

aprobada por el Consejo Económico y Social en la 805a. sesión plenaria el 12 de julio de 1957.

- Resolución 2018 (XX) sobre el *Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios* de la Asamblea General, de 1 de noviembre de 1965.

VII. EL ESTADO Y LA FAMILIA NO MATRIMONIAL

La existencia de la familia, al margen de la regulación estatal, es innegable en todas las épocas y las sociedades. Sin embargo, unas culturas han sido más receptivas a la familia de origen no matrimonial que otras. La unión de hecho es más antigua que el matrimonio mismo y en cierta medida su predecesor. Muchas de las formas matrimoniales que se identifican en las llamadas *sociedades primitivas* eran simplemente uniones de hecho, inicialmente grupales y posteriormente monogámicas, que van desarrollando diversas formas rituales y de celebración, lo que podemos reconocer como su formalización y evolución hacia la figura matrimonial. En ese sentido, el concubinato es anterior al matrimonio. Así, la unión de hecho o concubinato es aquella unión que carece de forma, quizás de rito. Conforme reseña el autor Luis Muñoz Morales, en el antiguo Código de Hamurabi en Babilonia “*hacia el año 2000 antes de Jesucristo se reconocía ya el concubinato considerando a la concubina de inferior condición que la esposa, y autorizándolo en cier-*

tas condiciones, según se expresa en las Leyes 144 a 47, en virtud de las cuales se autorizaba al hombre casado cuya esposa no le hubiere dado hijos, para tomar una concubina e introducirla a la casa aunque no en igual categoría que la esposa”.³²

La existencia de la unión de hecho se ha reconocido en diversas culturas, entre ellas la griega, egipcia, hebrea, aramea, y sumeria. Se señala que en la Grecia Antigua “*los señores de alto rango de la ciudad podían tomar como compañeras a mujeres de menor grado social, pero les era vedado hacerlas sus esposas, por lo que desempeñaban el cargo de concubinas y las mantenían confinadas en la familia dedicadas a tareas secundarias*”.³³

En Roma se entendía el concubinato por una unión de inferior naturaleza a las justas nupcias, que producía efectos jurídicos. De acuerdo a ello era la “*unión estable entre un hombre y una mujer sin affectio maritalis*”.³⁴ Según Marco G. Monroy Cabra, el concubinato, que en Derecho Romano antiguo era una mera situación de hecho, durante el Bajo Imperio acabó por reconocerse. Se aceptaba el *concubinatus*, matrimonio regular, pero de

32 MUÑOZ MORALES, Luis. “El concubinato en Puerto Rico”. Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico. Vol. XVII (1947-1948), págs. 160-182, 161.

33 VALLEJO T. Juan A., et als. *La Unión Marital de Hecho y el Régimen Patrimonial entre Compañeros Permanentes*. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Biblioteca Jurídica DIKE, 2000.

34 IGLESIAS, J. *Derecho Romano. Historia e Instituciones*. 11ma ed. Barcelona, España: Editorial Ariel, S.A., pág. 495.

orden inferior, inferioridad que se reflejaba en los derechos de los hijos y los derechos hereditarios de los concubinos.³⁵ Según diversos autores, el concubinato se constituyó como un matrimonio regular al utilizarse en aquellos casos en los que existían impedimentos para contraer justas nupcias. Sin embargo, paulatinamente se le fueron exigiendo diversos requisitos entre ellos “*que los contratantes fueran siempre púberes, que fueran solteros, sólo se podía dar entre un hombre y una mujer, los concubinos no podían ser parientes en el grado prohibido para el matrimonio, no existía formalidad para su constitución y se podía disolver por voluntad de los concubinos*”.³⁶

Como vemos se extienden al concubinato los requisitos de diversidad de sexo, monogamia y edad; se imponen los impedimentos por parentesco y llega a producir ciertos efectos jurídicos.

Es el arribo del Cristianismo al poder lo que cambia la visión existente hacia el concubinato, denominándolo como “*inmoral y limitándose en su regulación, hasta que en el año 887 después de Cristo, el Emperador cristiano León dejó sin vigencia las leyes que permitían el concubinato*”.³⁷

35 MONROY CABRA, Marco G. *Derecho de Familia y de Menores*. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Librería Jurídica Wilches, 1996, págs. 328-330.

36 MONROY CABRA, *op. cit.*, pág. 329.

37 VALLEJO, *op. cit.* pág. 23.

Durante la Edad Media, el concubinato pasa a ser de una mera situación de hecho a un delito (aunque las partes fueran solteras), y en el año 1563 el Concilio de Trento “reglamentó penas severísimas contra los amancebados tales como la excomunión para los que perseveraran en ese estado y sanciones graves para los adúlteros”.³⁸

El ordenamiento español fue profundamente influenciado por el Derecho Romano justiniano y post justiniano, y eso incluye la situación de la unión de hecho que en España y Portugal se conoció como *barraganía*. En España, durante el reinado de Alfonso X *El Sabio*, se aceptaba la poligamia “siempre que se produjera en el ámbito de la nobleza y que se tratara de mujeres libres, sin tacha moral, ni vilezas”.³⁹ La existencia de esposas ilegítimas en la nobleza se comprueba a través de los testamentos de Alfonso XI, Enrique II, Enrique III y Juan II que “beneficiaban a concubinas y bastardos”.⁴⁰

En la Codificación de don Alfonso X *El Sabio*, las *Siete Partidas*, se reglamentó la barraganía de la siguiente forma:

- Unión monogámica, conformada por hombre y mujer;
- De carácter permanente; y

38 VALLEJO, *op. cit.* pág. 27.

39 BENEYTO, J. *Una historia del matrimonio*. Madrid, España: Eudema, S.A., 1993, pág. 14.

40 BENEYTO, *op. cit.* N. 8, pág. 15.

- En la cual no podía haber vínculos que impidieran el matrimonio.

El Concilio de Toledo del año 400 aceptó en España la *barraganía*, incluyendo a laicos solteros y clérigos, pero en el *Fuero Juzgo* se vetó a los clérigos, y posteriormente en el Concilio de Valladolid de 1228 finalmente se prohibió.⁴¹ Las *Leyes de Toro* aprobadas por las cortes de Toledo en 1502, y publicadas en 1505, reconocían derechos a hijos naturales y entendía como naturales aquellos hijos cuyos padres, al momento de la concepción o del nacimiento, no tenían impedimento para casarse, y ese reconocimiento ni siquiera se requirió que fuera expreso. En la *Recopilación de Indias* se duplicaba la pena que se imponía en los reinos de Castilla,⁴² para el concubinato.

En Francia, a partir de la Revolución francesa de 1789 y la Constitución de 1791, se reglamentó el matrimonio como un mero contrato civil, y posteriormente el Código Napoleónico de 1804 eliminó toda reglamentación del concubinato.⁴³ Se señala que la idea detrás del Código, atribuible a Napoleón, era que "*Los concubinos prescindan de la ley, la ley se desinteresa por ellos*".⁴⁴ Sin embargo, a partir de 1912 se comenzó en Francia a reconocer

41 VALLEJO, *op. cit.* pág. 28.

42 MUÑOZ MORALES, L. *op. cit.* págs. 163.

43 VALLEJO, *op. cit.*, págs. 26-32.

44 LÓPEZ FAURA, Laura. "Pactos entre convivientes". Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Núm. 15 (1999), pág. 105.

efectos al concubinato, especialmente en cuanto a las obligaciones para con los hijos habidos en el mismo.⁴⁵

La figura anglosajona del *common law marriage* tiene su origen en la Edad Media, cuando la regla general, hasta el Concilio de Trento (1545-1562), eran los matrimonios no ceremoniales. En este Concilio se requirió que “*todos los matrimonios deberían celebrarse en presencia del párroco y dos o tres testigos; más estos decretos no fueron reconocidos en los países protestantes hasta el siglo XVIII en que generalmente se vinieron a exigir las ceremonias religiosas*”.⁴⁶

Así en Inglaterra se reconoció el *common law marriage*, hasta que en el año 1753 la ley conocida como *Lord Hardwicke's Act* dispuso “*que todos los matrimonios, excepto los quáqueros y judíos, sólo podrían celebrarse previa publicación de edictos (banns) y en presencia de un clérigo anglicano*”.⁴⁷

Conforme señala el profesor Raúl Serrano Geyls, esta ley no formó parte del Derecho norteamericano, por ello “*el common law marriage floreció en EU donde la mayoría de los estados lo aceptaron. Su popularidad fue decreciendo paulatinamente y en 1988 sólo trece estados y el Distrito de Columbia lo conservaban*”.⁴⁸ Actualmente sólo se reconoce

45 VALLEJO, *op. cit.*, pág. 31.

46 MUÑOZ MORALES, *op. cit.*, pág. 163.

47 MUÑOZ MORALES, *op. cit.*, pág. 164.

48 SERRANO GEYLS, Raúl. *Derecho de Familia de Puerto Rico y legislación comparada*. San Juan, Puerto Rico: Programa de Educación Jurídica Continua, Facultad de Derecho Universidad Interamericana de Puerto Rico, Vol. I, 1997., pág. 95.

en once (11) estados y el Distrito de Columbia. Algunos otros estados reconocen aquellos que se formaron mientras se reconocía el *common law marriage* en el estado.

En la Rusia de la era soviética, el Código de Familia de 1926 reconoció el matrimonio sin formalidad, y aunque existía un registro civil, el mismo no era constitutivo. En el 1944 reconoció el derecho a formalizar el matrimonio, y asimilaba el concubinato al matrimonio formal si cumplía con determinados requisitos como cohabitación marital, economía común, reconocimiento de las relaciones maritales ante terceros, sustento mutuo y mutua educación de los hijos, si los hubiera.⁴⁹

En Puerto Rico no se reconocieron efectos jurídicos al matrimonio durante la dominación política española, por el contrario, y como se ha señalado anteriormente, la *Recopilación de Indias* penalizaba el *amancebamiento*, excepto en determinadas circunstancias. Muy temprano, bajo la dominación política norteamericana, se aprobó el 12 de marzo de 1903 la "*Ley definiendo el matrimonio natural y estableciendo un procedimiento para legitimar e inscribir dicha unión*". La disposición principal de esta ley exigía, para *igualar* esta unión de hecho al matrimonio, que existiera:

- Diversidad de sexo;

49 VALLEJO, *op. cit.*, pág. 32.

- Convivencia pública como marido y mujer;
- Existencia de un hijo; y
- Capacidad para contraer matrimonio.

Esta ley se derogó el 7 de marzo de 1906, y tal como lo señala Luis Muñoz Moral la ley derogatoria “*tuvo efecto hasta el 1 de julio de 1907 y se limita a dispensar el pago de los derechos por la ceremonia y registro del matrimonio a los que viviendo en concubinato se casaran en aquella fecha*”.⁵⁰

No han sido muchas en Puerto Rico las iniciativas legislativas con ánimo de reconocer las uniones concubinarias. Se distinguen en ese ámbito en el año 1943 el Proyecto de la Cámara 518, y en el mismo año el Proyecto de la Cámara 483, ambos dirigidos a reconocer jurídicamente las mismas, requiriendo el Proyecto de la Cámara 483 la convivencia por más de 10 años. Estos Proyectos fueron aprobados por la Cámara, no así por el Senado. En 1997, a través del Proyecto de la Cámara 1302, se presentó una iniciativa legislativa dirigida a reconocer en Puerto Rico las relaciones consensuales extramatrimoniales, tanto de naturaleza heterosexual como homosexual. Ello a través de la adopción de la figura de *sociedades domésticas*, que para este mismo efecto se ha recono-

50 MUÑOZ MORALES, L., *op. cit.* pág. 179.

cido en ciudades y estados norteamericanos, así como en países europeos. Resulta interesante que este Proyecto, que intentaba ofrecer una alternativa a las parejas que no se interesaban o no podían optar por el matrimonio, definía la *sociedad doméstica* a partir de valores familiares que surgen de sus artículos 3 y 4, tales como:

- Compromiso;
- Cuidado mutuo;
- Mutuo apoyo;
- Pretensión de permanencia; y
- Concepto de familia.

Este proyecto tampoco fue aprobado, y por el contrario durante esa misma sesión legislativa se aprobó el Proyecto de la Cámara 1013 de 1997, que declaraba incapaces para contraer matrimonio a las personas del mismo sexo.

Es sumamente importante señalar que el siglo XX se ha caracterizado por la igualdad de los hijos ante la ley, por lo que la ausencia de la formalidad matrimonial entre los padres no afecta los derechos de sus hijos. En Puerto Rico, hasta 1952, se distinguía entre los hijos

naturales, adulterinos o ilegítimos y los hijos legítimos, respondiendo esa distinción entre los hijos a la existencia o no de un matrimonio formal entre sus padres. Se consideraban hijos naturales aquellos hijos nacidos de relaciones concubinarias, es decir “*los nacidos fuera de matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquellos hubieran podido casarse, sin dispensa o con ella*”.⁵¹

Se consideraban hijos ilegítimos aquellos cuyos padres estaban imposibilitados para casarse, por razón de un matrimonio preexistente sin disolver. La normativa jurídica permitía la legitimación de los hijos naturales mediante el posterior matrimonio de los padres. A partir de la Constitución en 1952, y de la Ley Número 17 de 20 de agosto de 1952, se abolió cualquier diferencia jurídica de los hijos ante la ley. Sin embargo, nuestro Código Civil mantiene, en sus artículos 113 al 129, referencias a estas categorías. Obviamente estas referencias resultan de naturaleza inconstitucional, es inexcusable que se mantengan en el Código Civil. La igualdad de los hijos, independientemente del matrimonio entre sus padres, es casi unánime en los ordenamientos contemporáneos y alcanza reconocimiento constitucional.

Por otro lado, el tema de las uniones de hecho heterosexuales y homosexuales ha generado un serio e intenso debate social, político y jurídico. Algunas legislaciones y Constituciones latinoamericanas han reconocido que la

51 Art. 125, Código Civil de Puerto Rico, 1930.

protección que se merece la familia, no requerirá formalidad alguna.⁵² En muchos países se discute que privilegiar el matrimonio sobre otras uniones de pareja resulta impermisible constitucionalmente hablando, pues conlleva una diferenciación irracional entre diversas formas familiares. Poco a poco algunos países, unos a través de legislación y otros por jurisprudencia, comienzan a reconocer las consecuencias jurídicas de estas uniones. Sin embargo, la tendencia a reconocer y regular las uniones de hecho de personas del mismo sexo, que conlleva a su vez la conceptualización de las mismas como grupo familiar, se ha limitado a Estados Unidos y Europa.

VIII. LA UNIÓN DE HECHO HOMOSEXUAL Y EL CONCEPTO FAMILIA

Fuera del mundo jurídico, en otras ciencias sociales es mucho más extensa la referencia a las uniones no matrimoniales entre personas del mismo sexo, tanto por su consistente existencia, como por su prohibición y más recientemente su protección jurídica.

La existencia de relaciones entre personas del mismo sexo es tan antigua como la historia misma. Una de las lecturas que más ha influenciado el tema de las uniones entre personas del mismo sexo, lo fue en 1994 la publicación del libro del norteamericano John Boswell "*Same*

52 Véase: Constitución Nacional de El Salvador; Constitución Política del Perú; Constitución de Venezuela, y Constitución española, entre otras.

Sex Unions in Premodern Europe”, cuya principal aportación parece ser traer el *issue* al debate público y demostrar que el mismo no es una invención contemporánea. Andrew Sullivan lo describe de la siguiente forma:

*“The need to balance human dignity and social norms is as old as civilization itself. Although much of the past history of this debate has been buried recently, it has begun to emerge again with all the passion that now crackles through modern Western culture”.*⁵³

También en referencia al trabajo de Boswell se ha señalado:

*“The media hyped the notion that Boswell had discovered same-sex rites from the ancient world, although his own work made far more sophisticated claims”.*⁵⁴

En 1996, y en medio del debate que generó la decisión del Tribunal Supremo de Hawaii,⁵⁵ se publicó el libro del profesor de Derecho y abogado litigante norteamericano

53 SULLIVAN, Andrew. *Same Sex Marriage: Pro and Con Reader*. New York: Vintage Books, 1997 pág. 4.

54 RALPH HEXTER. “Same Sex Unions in Pre Modern Europe: A Response”, en: Sullivan, A. *supra*, pág. 7.

55 Véase exposición relacionada a este caso más adelante.

William N. Eskridge, Jr. "*From Sexual Liberty to Civilized Commitment*", cuyo capítulo II se titula *A History of Same Sex Marriage*. Sobre los resultados de su investigación, Eskridge describe:

"This chapter presents a mini history of same sex unions. To the modern Western mind it is surprising how common sex unions and even marriages have been in other time and other cultures. While there has been plenty of anxiety about these unions as well, they have at least been tolerated in most societies- except Western Society since the thirteenth century".⁵⁶

Los hallazgos históricos de Eskridge se dividen en tres grandes grupos: a) Culturas Occidentales Antiguas; b) Culturas no occidentales; y c) Cultura Occidental Moderna.

En la era contemporánea, se ha mantenido la legislación que penaliza las relaciones homosexuales, destacándose en Europa la era hitleriana. Resulta interesante que en 1928, antes del dominio del Partido Nacional Socialista (NAZI), en Alemania existía un Proyecto de Ley que eliminaría el artículo del Código Penal que penalizaba las relaciones homosexuales, el mismo no se discutió, y cuando en las elecciones de 1927 el Partido NAZI

56 ESKRIDGE, William N. Jr. *From Sexual Liberty to Civilized Commitment*. New York: The Free Press, 1996. pág. 16.

ganó 107 escaños en el *Reichstag* se eliminó la posibilidad de cualquier iniciativa de ese tipo. Parte de las promesas de Adolf Hitler era la promesa de una sociedad sin homosexuales. Por ello, durante el *Holocausto* el prejuicio contra los homosexuales fue llevado a sus límites más horribles: la identificación sistemática, la captura y el asesinato de los homosexuales.

La tendencia a penalizar las relaciones homosexuales se ha mantenido en muchos países hasta el presente. En los Estados Unidos, en 1961 cada estado de la Unión poseía leyes que penalizaban la sodomía, tanto heterosexual como homosexual. Actualmente cerca de 26 estados han derogado las mismas, e incluso el Código Penal Modelo propone que se descriminalice toda conducta sexual consentida entre adultos capaces. A pesar de esta propuesta, el Tribunal Supremo norteamericano ha sostenido la constitucionalidad de estas leyes de naturaleza penal.⁵⁷

Se ha desarrollado una tendencia, tanto en Estados Unidos como en Europa e incluso América Latina y África, en la que se despenaliza la conducta homosexual adulta, voluntaria y consentida; a regular las uniones permanentes homosexuales; y a prohibir el discrimen por razón de orientación sexual. Se destacan en ese ámbito África del Sur, que ha prohibido el discrimen a través de su Constitución, y la Unión Europea, en la Resolución del

⁵⁷ *Bowers v. Hardwick*, 478 US 186 (1986).

8 de febrero de 1994, le pidió a todos sus estados miembros que “*supriman todas las disposiciones jurídicas que criminalizan y discriminan las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo*”.

En Puerto Rico no se ha materializado legislativamente la regulación, o al menos la protección, de la partes que se envuelven en estas uniones de hecho, tanto heterosexuales como homosexuales, y peor aun en el ámbito penal se mantiene (aunque sea letra muerta) como delito la relación homosexual por adultos con capacidad para consentir y la unión de hecho adulterina cuando uno o los dos participantes son casados.

El desarrollo más reciente en cuanto al tema de la naturaleza y requisitos del matrimonio en los Estados Unidos lo es la ley federal: *The Defense of Marriage Act*, Pub. Law 104-199 (1996) 28 USC 1738 C, 1 USC 7 (supp. 1997), referente a la posibilidad de matrimonios de personas del mismo sexo. Esta ley fue una respuesta a la decisión relacionada al escrutinio constitucional necesario para analizar el requisito de diversidad de sexo en el estado de Hawaii, en *Baehr vs Lewin*, 74 Haw. 530, 852 P. 2d 44 (1993). La ley permite que los estados se nieguen a cumplir con la cláusula constitucional de entera fe y crédito si se trata de matrimonios entre personas del mismo sexo, y establece una definición del matrimonio en el ámbito federal que excluye la posibilidad de matrimonios de personas del mismo sexo. Curiosamente, hasta el presente, no encontramos legislación estatal pertinente a esta ley, pues

aunque se han aprobado leyes que reconocen las uniones de personas homosexuales y que incluso las reglamentan de forma parecida al matrimonio, no encontramos ninguna que efectivamente autorice el matrimonio *per se*.

La legislación más inclusiva que encontramos a esos efectos es la que crea las uniones civiles en el estado de Vermont, pero aún ésta no enmendó las disposiciones relacionadas al matrimonio. La situación en el estado de Vermont también surgió por iniciativa jurisprudencial en el caso *Baker v. State*, decidido a finales de 1999, en el que se determinó que era inconstitucional que no se le concedieran licencias matrimoniales a personas del mismo sexo, y ordenó al estado que se emitieran dichas licencias o por el contrario que se le proveyera a las parejas homosexuales de las mismos derechos y protecciones que favorecen a las parejas heterosexuales. La determinación se fundamentó en disposiciones de la Constitución de Vermont. Como respuesta, en los meses de marzo y abril del año 2000 la Legislatura de Vermont aprobó y el Gobernador firmó una ley que autoriza la celebración de uniones civiles (civil unions) entre personas del mismo sexo. Esta legislación no enmendó las disposiciones de matrimonio en Vermont. A partir de la aprobación de esta ley las parejas del mismo sexo que opten por establecer una unión civil, serán recipientes de derechos, protecciones y beneficios que habían estado limitados a los matrimonios heterosexuales.

Por otro lado en Hawaii, estado que disparó a la luz pública la posibilidad del matrimonio entre personas del

mismo sexo, finalmente resolvió en contra de los matrimonios entre personas del mismo sexo en diciembre de 1999. La historia de la situación en Hawaii se desprende de los casos *Baehr v. Lewin*, 852 P. 2d 4, 875 P 2d 225 (Haw. 1993), y posteriormente *Baehr v. Mike* 910 P. 112 (Haw. 1996, 64 USLW 2399 (Haw. Cir. Ct. 1996); 950 P. 2d 1234 (Haw. 1997).⁵⁸ En *Baehr v. Lewin* (1993) el Tribunal Supremo de Hawaii entendió que la negativa de otorgar licencias matrimoniales a personas del mismo sexo constituía, conforme a la Constitución de Hawaii, un discrimen por razón de sexo prohibido por la misma, al crear una clasificación basada en el sexo de una persona. En virtud de dicha disposición devolvió el caso al Tribunal de instancia para que éste analizara la controversia, utilizando el escrutinio judicial estricto. El Tribunal de instancia llevó a cabo el análisis de constitucionalidad de la prohibición utilizando el escrutinio estricto, y determinó que el estado no había podido demostrar el interés apremiante que justificara el discrimen por razón de sexo. Mientras tanto en el mes de abril de 1997, ambas cámaras legislativas hawaianas aprobaron una ley que proponía una enmienda a la Constitución de Hawaii de 1978, para que se le adicionara al artículo 1 de la Constitución una declaración en la que se expresara que la Legislatura del estado puede reservar el matrimo-

58 La justificación para el cambio en la parte demandada se debe a que cuando el caso se presentó inicialmente ante los tribunales, John C. Lewin era el Director (Secretario) de Salud para el estado de Hawaii. Tras las elecciones generales de noviembre de 1994, fue nombrado y confirmado como Secretario de Salud Lawrence H. Mike, por lo cual hubo una sustitución automática del representante de la parte.

nio para parejas de sexos opuestos.⁵⁹ En el mes de noviembre de 1998 se aprobó la enmienda a la Constitución (conocida como *The Marriage Amendment*) por el electorado de Hawaii. En el mes de diciembre de 1999, el Tribunal Supremo de Hawaii volvió a ver sobre este asunto, y en una muy escueta opinión determinó que la enmienda a la Constitución convierte la prohibición en un estatuto válido en el estado por lo que procede la negativa a expedir licencias matrimoniales a personas del mismo sexo.

Una situación similar se desarrolló en el estado de Alaska, en el caso *Bruase v. Alaska* (1999). En 1996 se aprobó una ley que, específicamente, prohibía el matrimonio entre personas del mismo sexo. Dos hombres que se interesaban en contraer matrimonio entre sí, y que llevaban más de 20 años de convivencia, impugnaron la ley. El tribunal de instancia determinó que ellos tenían derecho a la licencia matrimonial, excepto que el estado demostrara que ello sería contrario a los mejores intereses del Pueblo de Alaska. En noviembre de 1998 (el mismo mes que en Hawaii), se aprobó por el electorado de Alaska la *Medida 2* que enmendaba la Constitución del estado, para específicamente prohibir el matrimonio entre personas del mismo sexo. En el mes de septiembre de 1999 se desestimó el caso que impugnaba el requisito de diversidad de sexo, en consideración a la enmienda constitucional aprobada.

59 Véase: 1997 Haw. Sess. L. H.B. 117 § 2, at 1247.

También el electorado de California, estado reconocido por la tolerancia a las relaciones homosexuales en algunas de sus ciudades más importantes, en marzo del año 2000 aprobó la polémica *Proposición 22*, que reserva el matrimonio a los heterosexuales. Además de Alaska y Hawaii, los estados de Nebraska y Nevada han aprobado enmiendas constitucionales para establecer que el legislador puede limitar el derecho a contraer matrimonio a parejas de sexos opuestos.

Como podemos ver, la parte de la legislación federal *Defense of Marriage Act* que tiene que ver con la *entera fe y crédito* de matrimonios entre personas del mismo sexo realizados en algún estado de la Unión aun no ha sido puesta en práctica. Sin embargo, algunos estados (al igual que Puerto Rico) han legislado conforme lo determina esta ley. Incluso algunos estados aprobaron una ley prohibiendo los matrimonios entre personas del mismo sexo aun antes de que se aprobara la *Defense of Marriage Act*. Hasta el mes de marzo del año 2000, los estados que han aprobado leyes en armonía con la misma son: Arkansas, Alaska, Delaware, Georgia, Idaho, Illinois, Kansas, Missouri, Montana, Carolina del Norte, Oklahoma, Pennsylvania, Carolina del Sur, Dakota del Sur, Tennessee, Arizona, Florida, Hawaii, Indiana, Maine, Montana, Dakota del Norte, Virginia y Louisiana. En los estados de Alabama y Mississippi se declararon prohibidos los matrimonios entre personas de un mismo sexo mediante órdenes ejecutivas del Gobernador. Es importante señalar que algunos de estos estados (a nivel esta-

tal o municipal) han aprobado reglamentación que favorece la constitución de sociedades domésticas entre convivientes de hecho, que incluye a parejas del mismo sexo.

De darse el caso de que algún estado permita el matrimonio entre personas del mismo sexo, probablemente le corresponderá al Supremo norteamericano la labor de analizar la constitucionalidad de la ley aprobada por el Congreso. Esto debido a que muchos de los estudiosos del Derecho Constitucional norteamericano han cuestionado la validez constitucional de la misma.⁶⁰

De forma opuesta, encontramos que diversos estados en Estados Unidos han aprobado leyes, órdenes ejecutivas u ordenanzas municipales que, aunque se titulan de *sociedades domésticas*, no se limitan a disposiciones de carácter patrimonial sino que también reconocen *derechos personales* a aquellas personas que conviven extramatrimonialmente, independientemente de su sexo. Este tipo de legislación no se refleja solamente en el ámbito estatal sino en el ámbito municipal dentro de los estados, y cada vez más empresas y entidades gubernamentales reconocen las relaciones familiares que generan las uniones maritales de hecho para propósitos de los beneficios marginales de sus empleados, pero no limitados a planes médicos. La primera ciudad en aprobar una ordenanza fue Berkley, y desde ese momento hasta 1992, doce ciu-

60 La literatura jurídica que ha provocado esta legislación es extensísima.

dades habían aprobado ordenanzas similares, entre ellas ciudades de California, Maryland, Michigan, Minnesota, Nueva York, Washington y Wisconsin. En 1999 las mismas habían aumentado a 50, y en el 2001 existían unas 113. Las ordenanzas que reconocen las sociedades domésticas son muy parecidas. La mayoría establece requisitos para poder establecer una sociedad doméstica, entre ellos: que los socios vivan juntos, tengan más de 18 años, tengan capacidad jurídica para contratar, que no estén casados, que no exista entre ellos ninguno de los impedimentos para contraer matrimonio por razón de parentesco, entre otros.

Algunas instituciones que se han destacado por extender sus beneficios marginales a los convivientes de sus empleados, independientemente de su estado civil o de su sexo, son las universidades. Conforme a una encuesta realizada en 1990, 10 universidades ofrecen licencias a los convivientes del mismo sexo, de sus profesores y empleados, 7 ofrecen licencia por enfermedad, 7 ofrecen licencias por paternidad, y una ofrece reducción de matrícula. Muchas reconocen otras uniones no matrimoniales, pero para ello exigen como evidencia declaraciones juradas, cuentas bancarias u otra prueba de la relación. En cuanto a los beneficios que se otorgan a los estudiantes, encontramos que 13 universidades reconocen los convivientes de sus estudiantes (independientemente de su sexo) para propósitos de vivienda; 4 para propósitos de planes médicos y otros beneficios de salud; y 6 para descuentos y privilegios de entrada en sus facilidades físi-

cas.⁶¹ En los Estados Unidos en 1999 ya 258 compañías privadas habían establecido políticas en contra del discrimen por orientación sexual.

En el caso *University of Alaska v. Tumeo*, 933 P. 2d 1147 (1997), dos empleados solteros pero que convivían extramatrimonialmente, demandaron a su patrono, la Universidad de Alaska, pues no se reconocía a sus “*socios domésticos*” como dependientes para propósitos del plan médico que ofrecía la Universidad. En ambos casos eran convivientes homosexuales. Ellos basaban su reclamo en la Ley de Derechos Humanos de Alaska,⁶² pues la misma prohíbe el discrimen por *status* civil. La Universidad aceptó que discriminaba por razón de matrimonio, y el Tribunal determinó que su actuación era contraria a la legislación sobre derechos humanos. Una situación prácticamente idéntica se discute en el caso *Rutgers Council of AAUP Chapters v. Rutgers State University*, 707 A 2d 151 (1998). Empleados de la Universidad de Rutgers, en New Jersey, y su Unión, demandaron a la Universidad por denegar a los convivientes del mismo sexo, la cobertura del plan médico que se le ofrecía a los cónyuges de sus empleados. El reclamo de los empleados, en este caso, se basaba en que la actuación de la Universidad era contraria a la *Ley Antidiscrimen*⁶³ que prohibía el discrimen por *status* civil y una Orden Ejecutiva que prohibía el dis-

61 Véase: RUBENSTEIN, William B. *Sexual Orientation and the Law*. 2d ed., Minn.: West Publishing Co. 1997, pág. 791.

62 *Alaska Human Rights Act*.

63 *Law Against Discrimination*.

crimen por razón de orientación sexual. Además, el convenio colectivo de los empleados y profesores con la Universidad prohibía el discrimen por orientación sexual. El Tribunal no concedió el reclamo de los empleados, entendió que la *Ley Antidiscrimen* no aplicaba, toda vez que los reclamantes eran empleados estatales a quienes no aplicaba la Ley y, por otro lado, no aplicaba la Orden Ejecutiva que prohibía el discrimen por orientación sexual, pues el discrimen no se basaba en orientación sexual, sino *status* civil. A pesar de que el Tribunal no concedió el remedio solicitado expresó:

“We recognize that in recent years, in a variety of contexts, our courts have considered the changing notions of “family” when deciding whether cohabitants, both heterosexual and homosexual, should be treated as dependents or family”.

En el ámbito estatal, el Distrito de Columbia aprobó una ley titulada “*Health Care Benefits Expansion Act*”, en la que se otorgan beneficios de salud y planes médicos a los socios domésticos, independientemente de su sexo; sin embargo, por la naturaleza política del Distrito de Columbia, el Congreso norteamericano tiene el poder de revocar las normas aprobadas por los representantes electos del DC. Esta Ley fue abrumadoramente rechazada por el Congreso.

Sobresalen en la jurisprudencia los casos en que se reclaman que los beneficios marginales laborales benefi-

cien a los convivientes de hecho, heterosexuales y homosexuales. En Canadá, en abril de 2000, se aprobó al enmendar la legislación pertinente para igualar los beneficios que se le garantizan a los convivientes en relaciones de hecho heterosexuales a las parejas homosexuales. Esta legislación se conoce como “*Act to Modernize Benefits*”.

Fue sumamente importante en el desarrollo de los derechos de las personas homosexuales en Canadá, el caso *Egan v. Canada*, decidido el 25 de mayo de 1995, en el que se cuestionó la definición de esposo(a) que ofrece la Ley de Seguridad Social, la cual incluye la relación de hecho heterosexual, pero no la homosexual. Para cuestionar la validez jurídica de esta disposición se utilizó como base la Carta canadiense de Derechos y Libertades.⁶⁴ Esta Ley expresamente prohíbe el discrimen por orientación sexual. Aunque en el caso *Egan* se sostuvo la determinación de instancia, así como la determinación administrativa que reservaba los derechos a las parejas heterosexuales, el mismo dio la oportunidad para que se generaran serias e importantes discusiones sobre el tema.

Una controversia parecida se desarrolló en el caso *M. v. H.*, resuelto el 20 de mayo de 1999, en el cual se impugnó la norma de Derecho de Familia que reconocía el derecho a alimentos del ex cónyuge o a la pareja de hecho con la

64 *Canadian Charter of Rights and Freedoms.*

que hubiera convivido más de tres años. Nuevamente la impugnación se basó en la Carta canadiense de Derechos y Libertades. En esta ocasión, tanto los tribunales de instancia como el Tribunal Supremo determinaron que la norma resultaba inválida al discriminar por motivos de orientación sexual. En su determinación, el Tribunal Supremo suspendió por un año la declaración de invalidez en lo que la legislatura canadiense enmendaba la norma para adecuarla al nuevo estado de Derecho.

En la provincia canadiense de Nova Scotia se admiten sociedades domésticas para parejas heterosexuales y homosexuales, del mismo tipo de las sociedades domésticas norteamericanas, y la provincia de Ontario reconoce los mismos derechos a las parejas heterosexuales y homosexuales que posean lo que ellos denominan *common law unions*.

También en Canadá se dirimió la controversia de la igualdad de los derechos laborales o beneficios marginales tanto para convivientes heterosexuales como homosexuales. Ejemplo de ello es el caso *Canadian Broadcasting Corp. v. Canadian Media Guild (Local 213 of The Newspaper Guild)*, de 1994, que fue resuelto mediante arbitraje en un procedimiento de quejas y agravios. Resulta interesante que el Convenio Colectivo que se había alcanzado declaraba:

“The parties will not discriminate on the grounds of race, nationality, colour, sex, age,

*marital or parental status, **sexual orientation**, or religious or political affiliation, provided that such political affiliation is not contrary to the by-laws of the corporation". (Énfasis nuestro)*

A pesar de ello la Compañía le denegó al empleado que presentó la queja ciertos beneficios que cobijaban a las familias, de los empleados incluyendo *common law spouses*, debido a que su conviviente era de su mismo sexo. Según el laudo del árbitro:

"Many of the staff benefits are available (in the sense of allowing coverage or providing a benefit) not only to employees in the bargaining unit, but also to their family members. These include the health care plan, the dental care plan, the life insurance plan, and the pension plan.

*For purposes of eligibility, the health care plan, dental care plan and life insurance plan all define spouse as the legally married or common law spouse of the opposite sex who has lived with the employee for at least one year. **Likewise for purposes of eligibility, the pension plan defines spouse as a person of the opposite sex who, at the time of death or retirement of the employee, had been living with the employee for at least one year, or, in the absence of such a person,***

the employee's legally married spouse.
(Énfasis nuestro).

Al igual que en Estados Unidos, en Europa varios países han aprobado legislación sobre sociedades domésticas que reglamentan aspectos personales y patrimoniales en las uniones de hecho heterosexuales y homosexuales. Entre estos encontramos: Suecia, Dinamarca, Noruega, Comunidades Autónomas de Cataluña, Navarra y Aragón en España, y más recientemente Francia.

Las legislaciones de Cataluña, Navarra y Aragón resultan muy similares. La Ley de la Comunidad de Aragón es la Ley 6/1999, relativa a *parejas estables no casadas*, y fue aprobada el de 26 de marzo de 1999. El ámbito de aplicación de la ley se establece en su artículo primero:

“La presente Ley será de aplicación a las personas mayores de edad que, cumpliendo los requisitos y formalidades que en la misma se establecen, formen parte de una pareja estable no casada en la que exista relación de afectividad análoga a la conyugal”.

Los requisitos que establece la ley son: inscripción; convivencia ininterrumpida por más de dos años o que posean la intención de establecerla mediante escritura pública. Se establecen, al igual que para el matrimonio,

prohibiciones para establecer una relación estable, entre ellas: que no esté previamente casado, que no posea otra relación estable de pareja, que no sean parientes en la línea recta (por consanguinidad o adopción) y en la colateral hasta el segundo grado (por consanguinidad o adopción). Los derechos y obligaciones de las partes podrán pactarse mediante convenio, tanto en el ámbito personal como patrimonial, de la siguiente forma:

“La convivencia de la pareja y los derechos y obligaciones correspondientes podrán regularse en sus aspectos personales y patrimoniales mediante convenio recogido en escritura pública, conforme al principio de libertad de pactos, siempre que no perjudiquen los derechos o dignidad de cualquiera de los otorgantes y no sean contrarios a normas imperativas aplicables en Aragón”.

En ausencia del pacto antes referido, la ley establece los derechos y obligaciones de los integrantes de la pareja de forma muy parecida a los que se establecen para el matrimonio. Todas las normas de la ley aplican tanto a parejas heterosexuales como homosexuales, excepto el artículo 10 que sólo permite la adopción conjunta a parejas heterosexuales.

Sobre la disolución de esta relación, la ley dispone que la misma cesará por muerte, matrimonio de uno de sus

miembros, común acuerdo, separación por más de un año o por voluntad unilateral. Es este uno de los apartados de la ley que más lo distancia de la institución matrimonial, considerando que para disolver el matrimonio se requiere intervención judicial.

La Ley Foral de Navarra, titulada Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, posee la misma intención legislativa que su equivalente en Aragón, y expone claramente la misma en su artículo 1:

“En la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico navarro, nadie puede ser discriminado por razón del grupo familiar del que forme parte, tenga éste su origen en la filiación, en el matrimonio o en la unión de dos personas que convivan en análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual”.

Las disposiciones generales de la ley son muy similares, por no decir idénticas, a la de Aragón, excepto que no surge la excepción sobre la adopción conjunta entre personas homosexuales, al menos de forma expresa. La misma es más inclusiva en cuanto a los derechos de las parejas homosexuales que sus equivalentes.

La Ley de Cataluña posee dos capítulos, uno que dispone las normas que atienden a las parejas heterosexua-

les y otro que atiende las parejas homosexuales. Sus disposiciones son muy parecidas a las de la ley aragonesa. En ausencia de pacto, establece los efectos de inscribir la unión en cuanto a: gastos comunes, responsabilidad ante terceros, adopción conjunta (sólo para heterosexuales), alimentos, beneficios marginales para empleados públicos y vivienda común. Además, regula la extinción de la unión así como las consecuencias de la misma. También establece la protección sucesoral del conviviente, sobre todo en el caso de la unión homosexual, en la que no existe la posibilidad de contraer matrimonio.

En Francia, la Ley del 15 de noviembre de 1999 sobre el *Pacto Civil de Solidaridad* (PACS), añade esta figura al Código Civil francés. La ley dirigida a las parejas de hecho, tanto heterosexuales como homosexuales, posee dos aspectos medulares, el primero es el civil y el segundo es social y fiscal. La ley aspira a regular la unión de pareja entre dos personas (independientemente de su sexo), mayores de edad, sin parentesco directo en línea recta o hasta el tercer grado en la línea colateral, que no se encuentren casados o participando de otro Pacto Civil. Resulta interesante que se entiende que si una persona está casada y a la vez posee una unión mediante Pacto Civil, incurre en conducta criminal.

Antes de la aprobación de esta ley, ya en Francia se habían regulado mediante jurisprudencia algunos aspectos de la unión de hecho o concubinato, figura que se había mantenido de forma exclusiva para la pareja hete-

rosexual. La jurisprudencia francesa aceptó la existencia de pactos (mediante escritura pública) entre concubinos, y en ausencia de los mismos se han utilizado tres formas para liquidar la situación de indivisión formada: la existencia de una sociedad de hecho, indemnización por faltas atribuibles a uno de los concubinos, o la indemnización para evitar el enriquecimiento injusto.⁶⁵

La ley de 1999 no es una alternativa a la normativa vigente sobre el concubinato, sino una forma de “*organizar el concubinato*”, según lo establece el artículo 515-8 del Código Civil. Esta legislación es muy parecida a la de *Sociedades Domésticas* de los Países Bajos, así como a la normativa española en Navarra, Aragón y Cataluña, y aunque establece efectos personales su mayor importancia lo es en el ámbito patrimonial.

La reciente legislación alemana, que también ofrece una alternativa a las parejas homosexuales, fue declarada válida tras ser impugnada por dos estados federados. La norma establece, entre otros preceptos, que las parejas homosexuales tendrán derecho a inscribirse en el Registro Civil y ser reconocidos de esta forma sus derechos a compartir el apellido de uno de los cónyuges, a la herencia, asistencia sanitaria y reagrupamiento familiar en el caso de extranjeros. Los capítulos de adopción y

65 Véase: NAVARRO VALLS, Rafael. Las uniones de hecho en el Derecho Comparado. Ponencia presentada en las XI Jornadas Jurídicas de la Universidad de Lleida, 1996.

equiparación de derechos fiscales fueron rechazados en su día por el *Bundesrat* o Cámara Alta del Parlamento alemán, no siendo incluidos en la redacción final de la norma. Como vemos la normativa alemana, a diferencia de las españolas y francesa, posee gran impacto en el ámbito personal.

Muy recientemente, Holanda aprobó un proyecto de ley mediante el cual se permitió a las parejas homosexuales contraer matrimonio, bajo las mismas reglamentaciones que las parejas heterosexuales.⁶⁶ Hasta el presente, Holanda tenía otras figuras jurídicas que reglamentaban las uniones homosexuales, pero que no era *per se* el matrimonio. La legislación holandesa se aprobó conjuntamente, con otra pieza legislativa que permite a las parejas homosexuales la adopción de niños en conjunto. La legislación no sólo permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, sino que permite la conversión de una sociedad doméstica en un matrimonio y viceversa. Las disposiciones más relevantes señalan:

“Article 30 shall be amended as follows:

1. One marriage can be entered into between two people of different sexes or of the same sex.

66 Governments Which Have Recognized Same Sex Relationships, http://www.religioustolerance.org/hom_mar4.htm#dutch, visitado el 21 de octubre de 2000; World's First Gay Marriages: Dutch Couples Walk Down the Aisle, <http://www.diversityinc.com/insidearticlepg.cfm?SubMenuID=2706&csaa=yes>, visitado el 15 de abril de 2001.

2. This law only considers marriages in their civil function.

Article 33 shall read as follows: One person can only be linked with one other person at the same time in the bond of marriage”.

Como señalamos anteriormente, la discusión del tema del matrimonio y la reglamentación jurídica relacionada a las relaciones entre personas del mismo sexo se ha desarrollado más extensamente dentro del marco de los *derechos humanos*, muy especialmente en Europa. En junio de 2001, la reconocida organización *Amnistía Internacional* publicó un estudio en el cual describe la situación de las personas que son torturadas por su orientación sexual. Entre los hallazgos del informe identifican que más de 79 países criminalizan las relaciones entre personas del mismo sexo, y en países extremistas como Sudán y Afganistán se penaliza con la muerte.⁶⁷

Con fecha del 21 de junio de 2001 el Parlamento Europeo, en su “*Informe sobre la Situación de los derechos fundamentales de la Unión Europea*”, propone a los estados miembros la eliminación de toda aquella norma jurídica que discrimine por razón de la orientación

67 Véase: Amnistía Internacional denuncia la violación de derechos humanos que sufre el colectivo homosexual en el mundo, en: http://v2.vlex.com/es/asp/noticias_detalle.asp?Articulo=103701, visitado el 30 de septiembre de 2001.

sexual. En cuanto al tema que nos ocupa, exige la modificación de sus legislaciones para reconocer las relaciones no matrimoniales entre personas del mismo sexo o de sexo opuesto, y el reconocimiento legal de los matrimonios homosexuales para reducir la discriminación entre los matrimonios heterosexuales y las parejas homosexuales.

CONCLUSIONES

La realidad social impacta, o al menos debe impactar, el estado de Derecho actual que descansa en una imagen de la familia, el matrimonio, el divorcio y las relaciones de pareja que no responde necesariamente a la misma. En armonía con esto, la profesora Migdalia Fraticelli identifica la necesidad de redefinir la familia (y nosotros añadimos la relación de pareja) *“a partir de los derechos fundamentales de la persona y no de su acoplamiento sexual”*.⁶⁸ Esta visión de la interrelación del Derecho y la Familia provoca la necesidad de definir, analizar y estudiar la familia no como el resultado de un acto formal (el matrimonio), sino a partir del cumplimiento de unas funciones de protección, solidaridad, socialización, transmisión de valores, y de educación y crianza de los hijos e hijas (si los hubiera), o sea en términos de las relaciones. En otras palabras, es importante reconocer que lo que nos convierte en familia es la afectividad y no las disposiciones jurídicas pertinentes. Este tema ha sido amplia-

68 FRATICELLI, Migdalia, “Hacia un nuevo Derecho de Familia” *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, Vol. 59, Núms. 3-4, págs. 229, 249 (1998).

mente discutido en los Estados Unidos y Europa, dándose una tendencia a la protección de la familia más por sus relaciones que por el cumplimiento de requisitos formales, tales como el matrimonio u otros lazos jurídicos.⁶⁹ Esta visión de la interrelación del Derecho y la Familia es más común en las disposiciones de Derecho Social o Bienestar Público tales como vivienda, beneficios marginales en el ámbito laboral, pensiones o licencias, etc. Esta tendencia fue descrita por la profesora Migdalia Fraticelli, en su *Informe Preliminar a la Comisión para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico*, al señalar:

*“Esta visión pretende incluir entre las asociaciones humanas que merecen protección del derecho, no sólo las que se forman a partir de la unión del hombre, la mujer y la prole, de la unión consciente, continua y responsable de personas que quieren unir sus vidas para satisfacer sus necesidades humanas, sociales, emocionales y económicas aunque no respondan al perfil de la familia tradicional”.*⁷⁰

El tema del reconocimiento jurídico de la relaciones entre convivientes, ya sean heterosexuales u homosexua-

69 Véase: MELTON. “Legal rights of unmarried heterosexual and homosexual couples and evolving definition of family”. *Journal of Family Law*. Vol. 29, Núm. 2 (1990-91), 500; MINOW, M. “Redefining families: who’s in and who’s out?” *Colorado L. Rev.*, Vol. 62 (1991), pág. 269.

70 FRATICELLI, Migdalia, *Estudio Preparativo Sobre Derecho de la Persona y la Familia*, Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico, 1999.

les, ha generado muchísima discusión en el mundo jurídico en los últimos años. No existe ninguna razón jurídica que justifique esta marginación, ni una visión tan limitada del concepto familia. El reconocimiento cada vez mayor de que el matrimonio no es exclusivamente una unidad de procreación y, por otro lado, el reconocimiento de que la definición de familia no debe sujetarse a las formalidades sino a los valores que la distinguen, hacen injustificable que se desconozcan o penalicen estas relaciones.

En otras palabras, el Derecho debe representar el proyecto de sociedad al cual se aspira y, en ese sentido, sería cónsono a una sociedad que responda a *valores de solidaridad, respeto a la diferencia, de la tolerancia por ideas y estilos de vida diferente y, sobre todo, de respeto a la dignidad humana*. En el ejercicio de legislar es importante recordar que, según la Constitución es un proyecto de sociedad, las leyes cuando se aprueban continúan siendo proyectos, ello hasta que las mismas se asumen (si es que se asumen) por la sociedad, en ese sentido es importante recordar las palabras del profesor José Echevarría, quien señalara:

“Aunque una ley haya sido elaborada y promulgada conforme a los procedimientos estatuidos por la Constitución, ella será válida como Derecho si las obligaciones y prohibiciones que contiene son acogidas por la comunidad, vale decir, si no se convierten en conducta efectiva de

los hombres a quienes se dirige. Según esto las llamadas "leyes" son en verdad proyectos de ley, sometidos aún, para llegar a ser Derecho, a su eventual aprobación por lo que se ha llamado con acierto el referéndum cotidiano de la conducta".⁷¹

Como hemos visto a vuelo de pájaro, hay tendencias de diversa índole, unas atadas a los paradigmas que dirigieron el mundo moderno y otras que responden a los cambios y rupturas paradigmáticas que caracterizan nuestra era. Lo importante, como ya hemos reiterado, es que se proteja a la familia a partir de sus relaciones, independientemente de su origen o del acoplamiento sexual de la pareja. Es un llamado a un Derecho más humano, más afectivo, un llamado a una cultura jurídica de la afectividad.⁷²

71 ECHEVARRÍA, José. "El derecho como fenómeno social". Rev. Jur. de la UIPR. Vol. 17.3 (1983), pág. 455.

72 Sobre la cultura jurídica de la afectividad véase: RIVERA LUGO, Carlos, *El Derecho más allá del neoliberalismo: Un modelo para armar*, (1998).