

Jaramillo Sierra, Isabel C.

Del liberalismo a la paridad: tres modelos para pensar el matrimonio, el divorcio y la paternidad

Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 38, abril, 2013, pp. 67-101

Instituto Tecnológico Autónomo de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=363633426004>



*Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del
Derecho,*

ISSN (Versión impresa): 1405-0218

editorial.isonomia@gmail.com

Instituto Tecnológico Autónomo de México

México

DEL LIBERALISMO A LA PARIDAD: TRES MODELOS PARA PENSAR EL MATRIMONIO, EL DIVORCIO Y LA PATERNIDAD*

From Liberalism to Parity: Three Models for Family Law

Isabel C. Jaramillo Sierra

Resumen

Los libros de doctrina o tratados pocas veces se hacen cargo de todas las consideraciones teóricas que están involucradas en exponer una materia. Estas consideraciones, por consiguiente, tienden a volverse una rutina que se repite sin muchas consecuencias. El propósito de este trabajo es presentar tres modelos con los que dentro de nuestra tradición, la latinoamericana, se han pensado las reglas sobre matrimonio, divorcio y paternidad. El fin último es enriquecer el debate contemporáneo sobre la reforma de estas reglas al proporcionar herramientas, argumentos y perspectivas sobre los límites y oportunidades de cada modelo.

Palabras clave

derecho de familia, teoría del derecho, pensamiento liberal, paridad.

Abstract

Treatises and handbooks rarely account for all the theoretical considerations involved in the presentation of a topic. These considerations, therefore, tend to become a routine that is repeated with little or no effect. The goal of this paper is to present three models that have been used to construe and expound doctrine on rules concerning marriage, divorce and parent child relationships in the Latin American Tradition. Lastly, my intention is to enrich the contemporary debate on the reform of these rules by providing tools, arguments and perspectives on the limits and opportunities of each model.

Isabel C. Jaramillo Sierra, Universidad de los Andes. Correspondencia: Facultad de Derecho. Carrera 1# 18A-10, Edificio RGC, 2do piso, Bogotá, Colombia. ijaramil@uniandes.edu.co

* Agradezco al profesor Jorge Fabra por su invitación a escribir este artículo, a la profesora Lina Escobar por su invitación a presentarlo en la Universidad de Antioquia, Medellín, y a la profesora Paola Bergallo por invitarme a presentarlo en la Universidad de Buenos Aires. Todas estas han sido valiosas oportunidades de poner a consideración del público especializado la utilidad de las ideas que aquí se presentan.

Keywords

family law, jurisprudence, liberalism, parity

Introducción

Los libros de doctrina o tratados pocas veces se hacen cargo de todas las consideraciones teóricas que están involucradas en exponer una materia. Estas consideraciones, por consiguiente, tienden a volverse una rutina que se repite sin muchas consecuencias. El propósito de este trabajo es presentar tres modelos con los que dentro de nuestra tradición, la latinoamericana, se han pensado las reglas sobre matrimonio, divorcio y paternidad.¹ El fin último es enriquecer el debate contemporáneo sobre la reforma de estas reglas al proporcionar herramientas, argumentos y perspectivas sobre los límites y oportunidades de cada modelo.

Para esto, en relación con cada modelo, señalaré el modo en el que se volvió dominante o llegó a influir, sus principales supuestos, las consecuencias para la reforma legislativa y la construcción doctrinal, y sus limitaciones o puntos ciegos. Evidentemente de esta manera el potencial de persuasión de cada modelo se ve disminuido, pues para efectos de la comparación se simplifica la teoría que subyace a ellos hasta el punto de volverse casi irreconocible. No obstante, creo que el ejercicio bien vale la pena si se logra aumentar las posibilidades de la aproximación crítica a la cuestión del contenido de las reglas específicas.

Los tres modelos que voy a considerar son el modelo liberal, el modelo social y el modelo de la paridad. Sugiero que el primero se caracterizó por centrar al individuo como ser libre y autónomo, capaz de comprometer sus acciones futuras por el ejercicio de su voluntad. Este modelo se volvió dominante a través de la diseminación de las doctrinas de Bentham y el Código Civil francés. Su principal limitación era considerar que en el tema de matrimonio y procreación el ejercicio li-

¹ Sobre la existencia de una tradición latinoamericana en derecho civil, véase Isabel C. Jaramillo, "The Social Approach to Family Law: Conclusions from the Canonical Family Law Treatises of Latin America", en *American Journal of Comparative Law*, vol. 58, núm. 4, 2010, pp. 845-851 [en adelante citado como *Social Approach*].

bre de la voluntad solamente era relevante para decidir “entrar” o “salir” de la relación, pero la relación misma estaba marcada por el predominio de la voluntad del esposo/padre.

El modelo social se basa en el supuesto de que la familia es un organismo social que el derecho debe reflejar y proteger. Este modelo se volvió dominante a partir de los trabajos de Savigny y, en el contexto latinoamericano, a partir de las doctrinas de Bonnetcase y Josserand. Su principal límite es insistir en que la definición de familia “surge” de la observación de la realidad y hacer prevalecer el interés en la “supervivencia” de la familia por encima de otros intereses.

El modelo de la paridad comparte con el modelo liberal el compromiso con la noción del individuo libre y autónomo, pero considera que las desigualdades asociadas al género deben ser corregidas a través de medidas de responsabilidad objetiva. Este modelo se volvió dominante a partir de los años setenta con la crítica feminista en Estados Unidos y Europa. Muy recientemente ha empezado a influir las reformas legislativas en Chile y Argentina. Su principal limitación es la dificultad para justificar el alcance de las medidas de responsabilidad objetiva porque reconoce que estos resultados son, al menos en buena parte, producto de elecciones que han hecho los individuos.

Es crucial anotar que solamente en el modelo social hablamos estrictamente de derecho de familia para referirnos a las normas sobre matrimonio, divorcio y paternidad. En los otros dos modelos nos referimos a individuos, ya sea que se entiendan de modo abstracto o de manera concreta y situada.

También vale la pena mencionar antes de comenzar que cada modelo ha aportado no solamente un punto de vista y unos conceptos, sino también reglas y doctrinas en las que los conceptos se materializan. Estas reglas y doctrinas han tenido efectos distributivos de muy diversa índole. En particular, han participado en la construcción de la raza, el género y la sexualidad como criterios de asignación de recursos y valoración social. Esbozaré algunas intuiciones a este respecto pero en el espacio de que dispongo no es posible elaborar de manera completa sobre el punto de la distribución.

Ahora veamos cada uno de los modelos en detalle, para terminar con algunas conclusiones sobre hacia dónde podría dirigirse el trabajo en teoría del derecho de la familia.

I. El modelo liberal

El modelo liberal tuvo su base en la noción del matrimonio de compañerismo y en la idea de la tutela parental sobre los hijos como un ejercicio altruista por el que se les garantizaba su formación hacia la autonomía.² Aunque muchos autores fueron importantes en la elaboración y difusión de las ideas liberales, los más influyentes fueron John Locke y Jeremy Bentham.³ El predominio de este modelo se dio principalmente en la legislación sobre matrimonio de mediados del siglo XIX y en los códigos civiles de inspiración francesa.⁴

John Locke construye su teoría del poder político, tan importante para las revoluciones de finales de siglo XVIII y principios del siglo XIX, a partir de una crítica al *Patriarcha* de Sir Robert Filmer en la que no sólo propugna por una visión distinta del fundamento y límites del

² Lawrence Stone, *The Family, Sex and Marriage In England 1500-1800*, Nueva York, Harper, 1979. Stone se refiere a este tipo de familia como la familia nuclear cerrada y le asigna cuatro características: “[...] más libertad para los niños y más bien igualdad entre los esposos. Fue un desarrollo que estuvo acompañado de un distanciamiento de la familia nuclear frente a la interferencia y el apoyo de los parientes y de la comunidad. En tercer lugar, entre los esposos y entre padres e hijos se desarrollaron relaciones mucho más cálidas en términos afectivos, lo que de por sí es una razón poderosa para la menor influencia de los parientes y la comunidad. Una cuarta característica fue la identificación de los niños como un grupo especial, diferente del de los adultos, con sus propias instituciones, tales como las escuelas, y sus propios circuitos de información, de los que los adultos intentaron excluir, crecientemente, información sobre el sexo y la muerte” (traducción propia, pp. 149-150).

³ Véase, en general, el interesante libro sobre el tema escrito por Miriam Williford, *Jeremy Bentham on Spanish America*, Nueva Orleans, Louisiana University Press, 1980.

⁴ Las leyes relevantes para el caso colombiano están reseñadas en Isabel C. Jaramillo, *Derecho y familia. Historias de raza, sexo y clase en Colombia 1540-1940*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2013 [en adelante citado como *Derecho y familia*]. Para el caso mexicano, véase a Jorge Adame Goddard, *El matrimonio civil en México (1859-2000)*, México, UNAM, 2004. Los principales códigos de inspiración francesa fueron los que siguieron el modelo de Andrés Bello: Chile, Colombia, Venezuela, Ecuador, El Salvador, Honduras, y Panamá. Véase, Matthew Mirrow, “El Código de Napoleón y los códigos de Bello y Vélez Sarsfield”, en *Revista de Derecho Privado*, vol. 33, 2004, p. 1, y Alejandro Guzmán Brito, *La codificación civil en Iberoamérica*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.

gobierno, sino también por una visión distinta del poder paternal y marital.⁵ El que su argumento deba incluir ambos aspectos se relaciona con la manera en la que Filmer había defendido la monarquía usando la metáfora de la familia: el rey sería el padre y los súbditos sus hijos.⁶ La decisión de Locke de defender la igualdad de los esposos en relación con los hijos no era necesaria para su argumento pero ciertamente fue importante para darle forma y lugar a la noción del matrimonio de compañerismo, a la vez que para excluir a las mujeres de la sociedad civil.⁷

En efecto, al referirse a las diferencias entre la familia y el Estado, y en particular al poder de los padres sobre los hijos, Locke defiende la autonomía de los hijos y su progresivo desarrollo hacia el momento en el que dejan de ser gobernados por sus padres señalando que:

55. Reconozco que los *hijos* no nacen en este estado de perfecta *igualdad*, aunque nacen capacitados para adquirirla. Sus progenitores tienen una especie de regla y jurisdicción sobre ellos cuando vienen al mundo, derecho que dura cierto tiempo, pasado el cual se extingue. Los lazos de esta sujeción son como las mantillas con que los envolvemos y sujetamos en la debilidad de la infancia. A medida que aumentan en edad y razón esos lazos se van aflojando, hasta que se sueltan del todo y dejan al hombre a su libre albedrío.⁸

⁵ Sobre la importancia de Locke en las revoluciones americanas, empezando por la de Estados Unidos, véase el artículo de Herbert D. Foster, "International Calvinism through Locke and the Revolution of 1688", en *The American Historical Review*, vol. 32, núm. 3, abril 1927, pp. 475-499.

⁶ Sir Robert Filmer, *Patriarcha*.

⁷ Lawrence Stone, *op. cit.*, nota 2, p. 127, se refiere así al matrimonio de compañerismo que se volvió dominante en Inglaterra a partir de finales del siglo XVII: "Una vez se volvió dudosa la idea de que el afecto se desarrollaría naturalmente después del matrimonio, el poder de decidir sobre el matrimonio tuvo que transferirse a los futuros esposos, y estos cada vez más empezaron a anteponer sus prospectos de satisfacción emocional por encima de su ambición por aumentos en los ingresos o el estatus. A su vez esto influyó en una mayor igualdad entre esposos" (traducción propia). La crítica de la exclusión liberal de las mujeres puede leerse tanto en Carole Pateman como en Susan Moller Okin. Véase Carole Pateman, *The Sexual Contract*, Palo Alto, Stanford University Press, 1988; y Susan Moller Okin, *Women in Western Political Thought*, Princeton, Princeton University Press, 1998.

⁸ John Locke, *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Madrid, Austral, 1991, p. 243.

Más adelante el mismo Locke será enfático en las limitaciones del poder de los progenitores al notar:

65. Es más, este *poder* no pertenece al *padre* por ningún derecho natural peculiar, sino sólo en la medida en que se cuide de sus hijos. Tan es así, que pierde todo poder sobre ellos si no los cuida como es debido.⁹

Estas dos ideas del poder paternal, tanto su límite en el tiempo —hasta que los hijos puedan gobernarse—, como en su orientación —para que sus hijos prosperen—, las opone Locke a la noción de gobierno centrada en la adjudicación de conflictos y la imparcialidad como formas de resolver la inseguridad que, en su opinión, resulta de la acumulación de tierras y dinero por unos en desmedro de otros.¹⁰

Una tercera diferencia hacia la que apunta el autor es la de la división de la autoridad dentro del hogar, por partes iguales, entre padre y madre. Así comienza Locke, en efecto, su capítulo sobre el poder paternal:

Sect. 52. Puede que no se considere una crítica muy pertinente, en un tratado de esta naturaleza, el hacer referencia a ciertos defectos encontrados en algunas palabras y nombres que se han venido usando hasta ahora. Sin embargo, puede que no estuviera fuera de lugar el acuñar nuevos términos si los antiguos pueden inducirnos a la comisión de algunos errores graves. Tal es el caso de la expresión *poder paternal*, con la que parece querer decirse que el poder de los progenitores sobre los hijos lo detenta única y exclusivamente el padre, dejando completamente al margen a la madre. Ahora bien, si consultamos la Revelación o la razón veremos que ambos tienen igual título. Lo cual puede dar pie a que nos preguntemos si no sería más adecuado el uso de la expresión *poder de los progenitores*.¹¹

⁹ *Ibid.*, p. 249.

¹⁰ *Ibid.*, pp. 265 y ss.

¹¹ *Ibid.*, p. 241.

En la sección siguiente Locke se referirá directamente al problema de la concentración de poder y la analogía entre el poder del padre y la monarquía señalando que:

Y está claro que no serviría de mucho a aquellos que se esfuerzan en defender la autoridad y el poder absoluto de la *paternidad*, según la denominan ellos mismos, el descubrir que la madre también participaba de dicho poder; pues ello serviría para dejar sin fundamento la *monarquía* que ellos defienden, dado que el propio nombre revelaría la autoridad fundamental de la que derivaría su gobierno de un solo individuo, no reside en una, sino en dos personas a la vez.¹²

Más allá de esto, Locke argumentará que no es razonable imaginar a la sociedad política como una “continuación” o “evolución” natural de la sociedad conyugal o familia, oponiendo a la sociedad política, como el resultado de un acuerdo o consenso entre hombres libres, y a la sociedad conyugal, ella si, como forma natural de asociación con fines y características propias. Locke define de esta manera el matrimonio o sociedad conyugal, como la primera sociedad a la que pertenecen los seres humanos:

78. La *sociedad conyugal* se establece mediante un pacto voluntario entre el hombre y la mujer, y aunque consiste principalmente en un ayuntamiento carnal y un derecho de cada uno de los cónyuges sobre el cuerpo del otro, según conviene a su fin principal, que es la procreación, también conlleva un apoyo y asistencia mutuos, así como unos intereses comunes, necesarios tanto para unir sus preocupaciones y sus afectos, como también para su descendencia común, la cual tiene derecho a ser alimentada y mantenida por ellos, hasta que sean capaces de hacerlo por sí mismos.¹³

El contraste que establece entre sociedad conyugal y sociedad civil le permite, de otro lado, justificar el poder del marido recurriendo a argumentos “naturales” que considera inaceptables en el contexto de la

¹² *Ibid.*, p. 242.

¹³ *Ibid.*, pp. 258-259.

sociedad política. Según Locke, “[...] es necesario que [...] el gobierno esté situado en alguna parte, [por esto] recae, *por naturaleza*, en el lado del varón, por ser éste más fuerte y capaz”.¹⁴ Y este dominio por naturaleza va a oponerlo el autor al dominio por consentimiento que defiende como propio de la sociedad civil:

95. Siendo los hombres libres e iguales e independientes por naturaleza, según hemos dicho ya, nadie puede salir de este estado y verse sometido al poder político de otro, a menos que medie su propio *consentimiento*. [...] Cuando un grupo de hombres ha llegado a un consenso para formar una comunidad o gobierno, se incorporan en el acto político al cuerpo político que forman ellos mismos, en el que la mayoría adquiere el derecho de actuar y decidir por los demás.¹⁵

Una cuarta diferencia que subraya Locke es que la solución al conflicto dentro de la sociedad conyugal es la “salida”, mientras que en la sociedad civil se trata precisamente de encontrar un mecanismo “para reunirse y vivir unos con otros en paz, tranquilidad y con la debida comodidad, en el disfrute seguro de sus propiedades respectivas y con la mayor salvaguardia frente a aquellos que no forman parte de esa comunidad”.¹⁶ Para Locke esto se logra con la formación de un cuerpo legislativo y la aplicación de sus leyes mediante jueces imparciales.¹⁷ Esta solución es muy distinta a la de la sociedad conyugal, en la que considera que el marido debe resolver todos los conflictos que surjan aún cuando él es claramente juez y parte.

Estas nociones básicas sobre el matrimonio y el poder parental van a ser volcadas por Jeremy Bentham en sus *Principios del Código Civil*, publicados originalmente en francés por Dumont.¹⁸ Los *Principios* cir-

¹⁴ *Ibid.*, p. 262 (cursivas fuera del texto).

¹⁵ *Ibid.*, p. 273.

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Ibid.*, p. 296.

¹⁸ Sobre la relación de Bentham con la Revolución francesa y el proceso de codificación vale la pena aclarar que si bien la Asamblea Nacional francesa le concedió a Bentham la nacionalidad francesa por una moción de Brissot en 1792 y sus ideas sobre la codificación fueron ampliamente difundidas y aceptadas en Francia, Napoleón estaba lejos de respaldar el liberalismo radical de Bentham. Charles Noble Gregory, “Bentham and the Codifiers”, en *Harvard Law Review*, vol. 13, núm. 5, 1900, pp. 1-16; John Hill Burton, *Introduction to the Study of the Works of Jeremy*

cularon ampliamente en Francia y en América Latina y sirvieron para inspirar muchos debates y reformas en relación con el matrimonio y el divorcio.¹⁹ La mayoría de estas reformas, no obstante, no sobrevivieron al siglo XIX.²⁰

La reflexión de Bentham sobre estos dos temas es marcadamente utilitarista, pero del mismo modo decididamente feminista y favorable a reconocer en los hijos capacidades intelectuales en formación y en los padres intereses egoístas que el legislador debe tener en cuenta para no exponer a los hijos a riesgos innecesarios.²¹ Así, Bentham se arriesgará a defender el divorcio, la libertad de los hijos para escoger su cónyuge, la comunidad de bienes y la limitación de los poderes de los padres frente a sus hijos.

El modelo de Bentham parte de dos supuestos básicos. El primero es que todos los individuos involucrados en estas relaciones tienen intereses y pasiones propias que compiten por los recursos disponibles. El segundo, es que por razones personales o sociales, están diferentemente situados para obtener todo lo que persiguen. En este sentido, si bien se reconoce la autonomía y voluntad de mujeres y niños, también se acepta que las reglas deben tener en cuenta su vulnerabilidad social y natural y encaminarse a protegerlos.

Así, su justificación para el divorcio tiene en consideración que para las mujeres el matrimonio es el mejor estado y que el matrimonio perpetuo es el que más se ajusta a la naturaleza, intereses y circunstancias de individuos y familias, pero también que el matrimonio puede ser una cruel prisión cuando el amor ha sido reemplazado por odio:

Bentham, Edinburgo, Simpkin, Marshall and Co., 1843, p. 54.

¹⁹ Véase Miriam Williford, "Bentham on the Rights of Women", en *Journal of the History of Ideas*, vol. 36, núm. 1, enero-marzo, 1975, pp. 167-176.

²⁰ Véase, por ejemplo, Luis Fernández Clérigo, *El derecho de familia en la legislación comparada*, Madrid, Unión Tipográfica Hispano-Americana, 1947.

²¹ En general usaré el apelativo "feminista", siguiendo la definición juiciosa de Janet Halley, para referirme a quienes adhieren a tres supuestos: a) el mundo está dividido entre hombres (M) y mujeres (F), o entre lo masculino y lo femenino; b) (M) siempre está sobre (F); c) hay que estar siempre a favor de (F). Janet Halley, *Split Decisions: How and Why to Take a Break from Feminism*, Princeton, Princeton University Press, 2004, pp. 17-20. Así, podemos decir que todo aquel que esté a favor de los derechos de las mujeres es feminista, si bien el paternalismo de Bentham en relación con las mujeres lo alejen de ser una fuente de inspiración en nuestros días.

Vivir bajo la autoridad constante de un hombre que uno detesta es ya una especie de esclavitud: estar obligado a recibir sus abrazos es una miseria demasiado grande como para ser tolerada incluso en la esclavitud. Se ha dicho que el yugo es recíproco: —la reciprocidad solamente dobla la miseria.²²

Al referirse a la influencia que la legislación puede permitirles a los padres tener sobre la decisión de sus hijos de contraer matrimonio, Bentham también apunta no sólo a los intereses altruistas de los padres sino también a sus intereses egoístas y, en ocasiones, dañinos para los hijos. Así, después de considerar que quien mejor puede conocer y desear un matrimonio es precisamente el que va a contraerlo, y de anotar que incluso por razones de edad el mundo se ve de distintas maneras, Bentham considera que si bien tener que aceptar como parte de la familia a alguien que no es de nuestro agrado, mucho peor es tener que abandonar a alguien que se ama profundamente:

Compare el sufrimiento de ambas partes. ¿Hay igualdad? Compare la duración probable de la vida del padre y la del hijo; mire si quiere sacrificar aquello que apenas comienza o lo que está por terminar. Y esto en relación con el simple derecho a prevenir. ¿Que puede decirse si, bajo la máscara de un padre, un tirano inmisericorde busca abusar la dulzura y timidez de su hijo, para lograr una unión con una persona que detesta?²³

En relación con las formalidades, Bentham es claro en apoyar procedimientos que aseguren la libertad de las partes para contratar y notificar la celebración del matrimonio a terceros, pero critica ceremonias tan ostentosas que disuaden a algunos de casarse o dan un poder excesivo a quienes las celebran para decidir quiénes pueden entrar y quiénes no.²⁴

La atención que presta Bentham a las condiciones de entrada y salida del matrimonio no se compadece, sin embargo, con la mínima im-

²² J. Bentham, *Principles of the Civil Code*, Part 3, Chapter 5, § 3.

²³ *Ibid.*, § 5.

²⁴ *Ibid.*, § 7.

portancia que atribuye a regular las relaciones en el matrimonio. En este tema se limita a señalar que el esposo debe tener el poder de tomar decisiones y administrar todos los bienes, si bien enfatiza que ambos esposos deben guardarse la misma fidelidad y que la esposa debe poder recurrir siempre al juez si su esposo se convierte en un tirano. Al respecto afirma el autor:

Los deseos de dos personas que pasan su vida juntos pueden entrar en conflicto en cada momento. El beneficio de la paz hace que sea deseable que se establezca una preeminencia que prevenga o termine estas discusiones. Pero, por qué tendría que ser el hombre quien gobierne? Porque es el más fuerte. En sus manos el poder se sostiene a sí mismo. [...] He dicho que “salvaguardando el recurso a la justicia”; pues no es apropiado hacer del hombre un tirano y reducir a la esclavitud pasiva al sexo que, por su misma debilidad y dulzura, tiene la mayor necesidad de protección.²⁵

En relación con los poderes de los padres sobre los hijos, Bentham señala que en algunos aspectos los padres son similares a los amos y en otros a los guardianes. En cuanto amos, pueden aprovecharse del trabajo de sus hijos hasta la edad en la que se establece su emancipación. Este beneficio estaría directamente relacionado con el deber de los padres de educar a sus hijos y proveer por su establecimiento, pues “es deseable que los padres tengan un interés y disfruten de la educación de sus hijos”.²⁶ En cuanto guardianes, Bentham señala que la regla general debe ser que no se debe conceder ningún poder a los padres si los hijos pierden con él más de lo que los padres ganan.²⁷

Los liberales de la mano de Locke y Bentham van a defender, entonces, una agenda legislativa de secularización del matrimonio, divorcio vincular, limitación de los efectos de la ausencia del permiso de los padres, limitación por recurso judicial a los poderes de los esposos frente a sus esposas y de los padres respecto a sus hijos. En buena parte esta

²⁵ *Ibid.*, § 3.

²⁶ *Ibid.*, Chapter 4.

²⁷ *Idem.*

agenda va a ser la del Código de Napoleón que inspiró las primeras leyes liberales sobre matrimonio en América Latina.²⁸ Estas leyes fueron paulatinamente incorporadas en los códigos civiles adoptados a lo largo del siglo XIX.²⁹

El modelo liberal ha sido criticado por su individualismo y su radicalismo. Se ha señalado que es individualista porque al considerar los deseos e intereses de cada persona no toma en consideración las necesidades de la persona en cuanto se encuentra involucrada en relaciones con otras y tampoco tiene en cuenta las necesidades de esas otras personas.³⁰ En particular, se ha criticado el individualismo por sobreestimar el papel del mérito y el esfuerzo en la distribución de recursos, tanto por la sugerencia de que en efecto los recursos corresponden en su distribución al mérito y al esfuerzo, como por la idea de que los recursos deberían corresponder a este criterio en su distribución.³¹

Esta noción del mérito o esfuerzo es particularmente problemática para las esposas porque se supone que deben obedecer a sus esposos y permitirles a ellos manejar todos los bienes, al tiempo que aceptan renunciar a realizar actividades por las que podrían recibir recursos. Consecuentemente, las esposas pierden su posibilidad de reclamar bienes como fruto de su esfuerzo y entran en la categoría de quienes no pueden sostenerse en virtud de su propio esfuerzo, los “dependientes”.³²

²⁸ Por ejemplo, la Ley Sobre Matrimonio de 1853 de la Nueva Granada (nombre que recibía Colombia por aquella época). Sobre las modificaciones de las leyes de matrimonio y los proyectos liberales en Colombia, véase Isabel C. Jaramillo, *Derecho y familia*, esp. parte II.

²⁹ Sobre los procesos de Codificación en América Latina, véase Isabel C. Jaramillo, *Social Approach*, pp. 845-51. También A. Guzmán Brito, *op. cit.*, nota 4.

³⁰ En el campo de la teoría jurídica, las más duras críticas al individualismo fueron propuestas por Louis Josserand y Léon Duguit. Véase Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits*, Paris, Dalloz, 1927; y Léon Duguit, *Las transformaciones del derecho público y privado*, Madrid, Francisco Beltrán, 1917.

³¹ La versión más sofisticada de esta crítica está en el trabajo de Marx; principalmente en el volumen 1 de *El Capital*, capítulos 1 y 24.

³² Un recorrido contemporáneo de la construcción de la dependencia como defecto puede encontrarse en Nancy Fraser y Linda Gordon, “A Genealogy of Dependency: Tracing a Keyword of the US Welfare State”, en *Signs*, vol. 19, núm. 2, 1994, pp. 309-336. Las autoras, interesadamente, no incluyen a los dependientes más obvios: las esposas y los hijos menores de edad.

En una situación similar fueron quedando los hijos a medida que se impuso la educación pública y se les prohibió trabajar. Como lo había señalado Bentham, se garantizaba que los padres tendrían algún interés en la educación de sus hijos al permitirles adueñarse de los frutos de su trabajo. Al quitarle al padre el deber de educar y el privilegio de enriquecerse del trabajo de sus hijos, los hijos se convierten también en “dependientes” de sus padres (no de sus madres). La importancia que el modelo liberal dio a la independencia, entonces, terminó ocultando o haciendo más difíciles los argumentos para limitar los poderes del padre/esposo y para garantizar la supervivencia de las esposas y los hijos.

El modelo liberal también fue criticado por su poca atención a las dificultades políticas de llevar a cabo el cambio radical que proponía. Especialmente, se apuntó que los liberales no tuvieron en consideración la “cultura” y el “sentimiento popular”, buscando transformar en corto tiempo instituciones que llevaban funcionando del mismo modo muchos años. En el caso latinoamericano, el argumento de la cultura fue articulado inicialmente por los partidos conservadores y en relación con la tradición católica, y posteriormente, y a modo de compromiso casi siempre, por los mismos liberales.³³

En efecto, España fue una de las pocas monarquías que adhirió al Concilio de Trento y sostuvo una jurisdicción eclesiástica con poderes absolutos en materia matrimonial hasta el siglo XIX. En parte, esto se debió a su interés por conservar el Real Patronato de Indias que le permitía controlar la Iglesia en las Américas, así como recibir todo lo pagado por concepto de diezmos y primeros frutos.³⁴ Como consecuencia, el esquema pluralista se impuso en las Américas y se atribuyó a la Iglesia católica plena jurisdicción sobre asuntos matrimoniales, entre otros. La regulación del matrimonio y el divorcio, en particular en los asuntos que más interesaban al liberalismo, pues, estuvo por mucho

³³ Sobre la manera en la que los liberales paulatinamente aceptaron su derrota, véase Isabel C. Jaramillo, “Dalla tradizione della famiglia alla famiglia come tradizione: la riforma del diritto di famiglia del XIX secolo in America Latina”, en *Rivista Critica del Diritto Privato*, vol. 39, núm. 2, 2011, pp. 223-246.

³⁴ Véase J. Lloyd Mechem, *Church and State in Latin America*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1934.

tiempo acompañada de argumentos religiosos y morales significativamente distintos de los del liberalismo.³⁵

Para los liberales en América Latina, entonces, la lucha por imponer el modelo liberal de regulación de matrimonio, divorcio y parentalidad, fue una lucha en contra del legado del catolicismo como cuerpo de creencias y del catolicismo como estructura de poder y aparato ideológico. Las élites coloniales, en particular, tenían mucho invertido en las posibilidades de exclusión social y económica que les permitía la religión católica al hacer del matrimonio una institución inalcanzable.³⁶

Eventualmente, sin embargo, las facciones liberales y conservadoras llegaron a distintos acuerdos en distintos países renunciando a una parte o a otra de su programa según las circunstancias particulares. En Chile, por ejemplo, el acuerdo se dio en 1875, decidiéndose a favor del matrimonio civil como único susceptible de producir efectos civiles pero excluyendo la posibilidad de matrimonio después del divorcio. Esta solución fue también la adoptada por los códigos mexicanos de 1870 y 1884.³⁷ En Colombia, de otro lado, se aprobó en 1887 el Código Civil republicano con legislación similar a la chilena de 1875, pero en 1888 se aprobó un Concordato con la Santa Sede que: a) daba efectos civiles al matrimonio católico; y b) fue interpretado como impidiendo a cualquier colombiano bautizado suscribir matrimonio civil. En este último caso, el interés liberal por la formalidad superó su preocupación por mejorar la situación de la mujer y de los hijos a través de reformas que según la información que tenían disponible fueron ineficaces.³⁸

El programa liberal de reforma en todo caso puede entenderse como realizándose progresivamente a lo largo del siglo XX, en particular su llamado a eliminar restricciones al divorcio y someter a los jueces los conflictos entre padres y entre padres e hijos.

³⁵ Véase Isabel C. Jaramillo, *Derecho y familia*, especialmente la parte I.

³⁶ *Idem.*

³⁷ Sobre la evolución del matrimonio en México, véase Jorge Adame Goddard, *op. cit.*, nota 4.

³⁸ Véase Isabel C. Jaramillo, *op. cit.*, nota 33.

II. El modelo social

El modelo social, a diferencia del modelo liberal, fue articulado principalmente por autores italianos, Antonio Cicu, y franceses, Louis Josserand y Julien Bonnetcase, y se difundió a través de la doctrina. Parte del supuesto de que la familia es un organismo social y que el derecho de familia debe protegerla reflejando sus necesidades y atendiéndolas. Más que interesarse por las relaciones entre los miembros de la familia, el modelo se interesa por las condiciones de entrada y de salida y por definir los mecanismos a través de los cuales se va a cuidar de los miembros de la familia cuando ésta deje de existir o muestre su incompetencia para cumplir con sus funciones. Es este modelo el que va a dar a luz a las instituciones de protección o tutela de la familia en sus diversas modalidades, si bien sólo progresivamente llega a afectar el derecho civil la existencia de estas instituciones.

La idea de que la familia es un organismo natural o “sociedad” prepolítica estaba bien establecida mucho antes de finales del siglo XX. Como lo señalé anteriormente, el mismo Locke partía de la base de que este era un hecho notorio y aceptado. La diferencia en el modelo social es que se pasa a aceptar que el derecho regula a las personas en cuanto se encuentran en relación con otras y no principalmente como individuos con derechos. Savigny en su *Sistema de derecho romano actual* expresa así la idea de los individuos con derechos:

Para que los seres libres, puestos de esta manera en relación, puedan ayudarse mutuamente y no estorbarse nunca el desarrollo de su actividad, es necesario que una línea invisible de separación determine los límites dentro de los cuales el desenvolvimiento paralelo de los individuos encuentre seguridad e independencia: ahora bien, la regla que fija esos límites y garantiza esta libertad se llama derecho; [...] Bajo el punto de vista en que nos hemos colocado, cada relación de derecho nos aparece como relación de persona a persona, determinada por una regla jurídica, la cual asigna a cada individuo un dominio donde su voluntad reina independientemente de toda voluntad extraña.³⁹

³⁹ Friederich V. Savigny, *Sistema de derecho romano actual*, t. I, Madrid, F. Góngora y Compañía, Editores, 1878, pp. 223-224.

Los que apoyaron el modelo social, por el contrario, enfatizaron la dependencia de los individuos y el derecho como el hecho que asegura esta dependencia o solidaridad y no la separación o independencia. Así lo expresa Léon Duguit:

Nuestro punto de partida es el hecho incontestable de que el hombre vive en sociedad, ha vivido siempre en sociedad y no puede vivir más que en sociedad con sus semejantes, y que la sociedad humana es un hecho primario y natural, y en manera alguna el resultado de la voluntad humana. [...] el hombre comprende, además, que no puede satisfacer sus necesidades, ni puede realizar estas tendencias y aspiraciones sino mediante la vida común con otros hombres.[...] Así pues, diremos que el hombre está unido a otros hombres por los lazos de la *solidaridad social*.⁴⁰

Los socialistas propusieron básicamente dos alternativas para pensar el derecho desde las relaciones. La primera alternativa fue la del pluralismo jurídico.⁴¹ De acuerdo con esta alternativa, más allá del derecho estatal que regula ciertos aspectos de algunas relaciones entre las personas, debe reconocerse la existencia de otros sistemas normativos que imponen deberes entre los que hacen parte de grupos sociales. La segunda alternativa fue la de renovar las categorías jurídicas, descartando todas las que reflejaran la metafísica del individualismo e introduciendo en su lugar unas que dieran cuenta de la interdependencia. Así, por ejemplo, se propuso abandonar la noción de Estado para hablar del servicio público, abandonar la idea de voluntad y culpa para hablar de riesgo, y abandonar la idea de derechos para hablar de responsabilidad.⁴²

⁴⁰ Léon Duguit, *Manual de derecho constitucional*, 2ª ed. española, Madrid, F. Beltrán, 1926, p. 8.

⁴¹ Sobre el pluralismo jurídico en su versión social, véase Ana Nicolis Di Robilant, “Genealogies of Soft Law”, en *American Journal of Comparative Law*, vol. 54, 2006, especialmente las pp. 227-252.

⁴² Sobre las innovaciones propuestas por el modelo social, véase Duncan Kennedy, “Two Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-1950”, en *Suffolk University Law Review*, vol. 36, 2003, p. 631.

En la discusión sobre matrimonio, divorcio y paternidad en América Latina tuvo más importancia el proyecto de transformación de las categorías jurídicas que el del pluralismo. En particular, la idea de que la familia es un organismo y el derecho debe responder a sus necesidades dio origen a un campo de estudio y elaboración doctrinal autónomo que pasó a llamarse “derecho de familia”.⁴³ Se incluyeron en este campo, principalmente, los debates sobre las reglas atinentes al matrimonio, el divorcio y la paternidad, aunque muchos autores presionaron por incluir instituciones relacionadas con las posibilidades de la familia de satisfacer sus funciones más que aquellas sobre la constitución y fin de la familia.⁴⁴

La creación de un campo doctrinal autónomo tuvo consecuencias de dos tipos. Las primeras, que podríamos llamar negativas, se relacionan con la *excepcionalización* del derecho de familia frente al derecho privado general. En particular, el modelo social ha enfatizado que en el ámbito del derecho de familia no prevalece el principio de autonomía de la voluntad y, por tanto, no aplican las reglas generales sobre validez y eficacia de los contratos.⁴⁵

El segundo tipo de consecuencias asociado a la autonomía del campo del derecho de familia tiene que ver con las nuevas doctrinas e instituciones adoptadas para atender a las familias. Las tres modificaciones conceptuales más importantes defendidas por los tratadistas en derecho de familia son la del abuso del derecho, la interdisciplinarietà y la garantía de la subsistencia familiar. La doctrina del abuso del derecho fue desarrollada por Louis Josserand y aunque tenía un alcance mucho más amplio que el del derecho de familia, fue firmemente abrazada por los tratadistas como una opción para explicar por qué aún sin introducir cambios en la legislación era posible limitar los poderes de los esposos y padres.⁴⁶ La doctrina propone que cada derecho que se confiere a uno de los padres debe entenderse como internamente limitado por los deberes que justifican el que socialmente se entreguen estos deberes

⁴³ Véase, en general, Isabel C. Jaramillo, *Social Approach*.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ Sobre la doctrina del abuso del derecho en derecho de familia, véase Louis Josserand, *op. cit.*, nota 30.

a los padres. Por ejemplo, el derecho de dar o no autorización para el matrimonio se encuentra limitado por el deber de velar siempre por el bienestar del hijo. En concepto del mismo Josserand, esto implica que el padre debe: 1) dar razones para negar la autorización al matrimonio y 2) mostrar que esas razones tienen que ver con el bienestar del hijo y no con el propio.

Al subrayar que la familia es un organismo social, los tratadistas del derecho de familia también consideraron pertinente recalcar que tanto para comprender a la familia como para resolver sus conflictos es de vital importancia la interdisciplinariedad. Así, los tratados de derecho de familia famosamente comienzan con exposiciones de antropólogos o sociólogos sobre la familia en tiempos remotos y contemporáneos que sirven para “contextualizar” las explicaciones posteriores.⁴⁷ Pero también, y lo que es más importante, la interdisciplinariedad ha sido una de las más fuertes razones para exigir que los asuntos policiales y judiciales de familia sean atendidos por autoridades especializadas y debidamente entrenadas, apoyadas por equipos interdisciplinarios.⁴⁸ Surgieron así los jueces de familia, las comisarías de familia, las policías de familia, etcétera.⁴⁹

Los tratadistas de derecho de familia adicionalmente han llamado la atención sobre la vulnerabilidad de las familias y la correlativa necesidad de proteger su subsistencia mediante medidas que garanticen su patrimonio. Especialmente importante a este respecto ha sido la insti-

⁴⁷ Véase, por ejemplo, Enrique Díaz de Guíjarro, *Tratado de derecho de familia I* (1953); Augusto Belluscio, *Manual de derecho de familia I*, 4ª ed. (1996); María Josefa Méndez Acosta, et al., *Derecho De Familia I* (1982); Rafael Rojina Villegas, *Derecho civil mexicano II* (1998).

⁴⁸ El profesor José Barroso Figueroa explica de esta manera la necesidad de instituciones especiales a la luz del modelo social: “La permanencia del derecho de familia dentro del civil (y con ello en el ámbito privado), opera más bien por inercia que por la meditada intención de que así ocurra. Sustantivamente (institucionalmente) la rama jurídica de que nos ocupamos escapa a los principios jusprivatistas; su orientación teleológica coincide con la del género jurídico donde se le ubica; [...] pero mientras no contemos con código, procedimientos, tribunales y enseñanza especializados, aún hemos de seguir viendo en el derecho familiar, un apéndice (caduco) del derecho civil”. (“La autonomía del derecho de familia”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 68, octubre-diciembre, 1967, recuperado de: <www.derecho.unam.mx>).

⁴⁹ En el caso colombiano las comisarías o policías de familia y los jueces de familia se crearon en 1989 (Decreto 2737 de 1989 y Decreto 2272 de 1989). Un estudio comparado del proceso familiar en América Latina puede encontrarse en Diego Benavides Santos, “Tendencias del proceso familiar en América Latina”, en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 321, 2006.

tución del patrimonio familiar inembargable. También se han sugerido medidas como el embargo del salario del padre para garantizar los alimentos de los hijos y hasta la cárcel para los padres incumplidos. De otro lado, se han ensayado programas de asignación de propiedad a “familias”, sobretudo en programas de reforma agraria o renovación urbana, así como sistemas de protección social de beneficio o con cobertura familiar.⁵⁰

Al igual que el modelo liberal, este modelo ha sido sometido a críticas de tipo metodológicas y sustantivas. Metodológicamente se ha denunciado la intención de deducir normas de los estudios de la realidad social. Sustantivamente se ha criticado la preferencia por la familia como grupo de afiliación básica y la manera en la que la distribución de recursos a través de la unidad familiar ha contribuido a agravar la dependencia explotable de mujeres y niños, tanto frente a sus esposos, como frente a los burócratas de turno.

En efecto, la huida del modelo social a las ciencias sociales a través del recurso de la interdisciplinariedad ha sido denunciada como una forma de resolver la indeterminación del derecho que es tan problemática como lo fue la huida hacia la elaboración conceptual y la huida hacia la historia.⁵¹ Especialmente se ha señalado que aún si las ciencias sociales coincidieran en sus descripciones de la realidad, de estas descripciones no podemos deducir normas en un sentido o en otro.⁵² Este problema claramente se agrava ante las divisiones metodológicas al interior de las ciencias sociales y sus dificultades para llegar a consensos sobre la descripción de la realidad.

Tómese el caso, por ejemplo, de la fascinante discusión sobre el patriarcado y el matriarcado que incluyen muchos de los tratados latinoamericanos en sus primeras páginas.⁵³ Para algunos autores, la descrip-

⁵⁰ Al respecto, véase E. Díaz de Guíjarro, *Tratado de derecho de familia* (1953).

⁵¹ El famoso artículo de Oliver Wendell Holmes, “The Path of Law”, en *Harvard Law Review*, 10, 1897, p. 457, resume las críticas metodológicas a la teoría jurídica que sostuvo el modelo liberal.

⁵² Formulada, por ejemplo, por Weber. Véase Max Weber, *The Methodology of the Social Sciences* (Shils & Finch, eds.), 1949.

⁵³ Por ejemplo, Marco Gerardo Monroy Cabra, *Derecho de familia y menores*, 9ª ed., Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2004, pp. 19-21.

ción de la existencia de una forma de matriarcado antes del predominio del patriarcado en las familias es una prueba concluyente de que el patriarcado es una forma más evolucionada de la vida familiar y por eso las normas deben fortalecer al hombre en cuanto padre y esposo. Otros, sin embargo, concluyen precisamente lo contrario: que la existencia previa de un matriarcado nos sirve para imaginar la posibilidad de vivir en un régimen distinto y por eso las reglas en lugar de fortalecer al hombre deben dar iguales derechos a las mujeres. Más allá de la discusión normativa, la discusión contemporánea es precisamente hasta qué punto la descripción de Engels, tomada de los estudios de “Bachofen, Taylor y Morgan”, es válida para todos los pueblos y especialmente para pensar en el pasado remoto de la humanidad.⁵⁴ Concretamente porque los estudios en los que se basó eran estudios de comunidades nativas del siglo XIX que supuestamente habían estado “aisladas” del resto de la humanidad.⁵⁵ La idea de que las comunidades aisladas pueden enseñarnos sobre el pasado de la humanidad es una que la antropología abandonó hace tiempo.⁵⁶

La noción de que el derecho de familia debe proteger a las familias, que es reforzada por tantos tratados internacionales y constituciones nacionales, ha sido criticada por dejar de lado otras formas de asociación igualmente relevantes en términos afectivos y económicos, así como por centrar la pareja sexual más que los grupos sociales que cumplen con estas funciones emocionales y de subsistencia. Este deslizamiento de la noción de familia hacia la noción de pareja sexual es un efecto particular de la centralidad que tiene la institución del matrimonio, e incluso la de uniones de hecho, maritales o informales, en el campo del derecho de familia.⁵⁷ Esto hace que sea difícil ver como fa-

⁵⁴ *Ibid.*, p. 19. La versión completa de Engels sobre el matriarcado y el patriarcado se encuentra en su libro *Origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, 1884.

⁵⁵ Lewis H. Morgan, *Ancient Society*, 1877. Morgan vivió por mucho tiempo con los indígenas iraquíes en Estados Unidos y en esta experiencia basó buena parte de sus conclusiones, aunque también tuvo en cuenta estudios de comunidades asiáticas y la información disponible en la historia universal (occidental).

⁵⁶ Uno de los primeros y principales críticos del trabajo de Morgan fue Franz Boas, cuya obra principal, *La mente del hombre primitivo*, fue publicada tan temprano como 1911.

⁵⁷ Véase Janet Halley, “Recognition, Rights, Regulation, Normalisation: Rhetorics of Justification in the Same-Sex Marriage Debate”, en Robert Wintemute and Mads Andenaes (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Survey of National European and*

milia, dentro del derecho, a grupos como los formados por una abuela y sus nietos o una tía y sus sobrinos.

La invisibilidad para el derecho de ciertas afiliaciones afectivas no sería problemática si no fuera porque el “ser familia” se convierte, dentro del modelo social, en un mecanismo privilegiado de distribución de poderes y recursos. Los poderes van desde las decisiones médicas, incluidas las de vida o muerte; el derecho de visitas, a niños y a adultos incapacitados; y el derecho a reclamar la reunificación familiar para cruzar fronteras nacionales; hasta el derecho de abstenerse a declarar contra una persona y el derecho a incluir a otra persona como “beneficiario” de servicios de salud y otras prestaciones de la seguridad social.

De otra parte, estos mismos beneficios entregados a la “familia” o “por ser familia”, lo que muchos sistemas llaman la cobertura familiar, inciden en aumentar la dependencia explotable de las esposas y los hijos dentro de la familia.⁵⁸ Esto es, dado que se entregan los recursos a la familia y la familia es, de hecho, representada por uno o algunos de sus integrantes; este que tiene la posibilidad de acceder directamente al recurso tiene el poder para doblegar a los demás.⁵⁹ En los sistemas modernos, basados en el modelo del esposo proveedor, la dependencia se ha concentrado en las esposas e hijos por estar ellos por fuera del mercado a través del cual se asigna la protección social; *i.e.* el mercado laboral.

El ejemplo de las adolescentes y su acceso a servicios de salud sexual y reproductiva puede ser ilustrativo de la dependencia de los hijos dentro del modelo social de comprensión del derecho de familia. Conforme a este modelo, siguiendo la regla general enunciada anteriormente, el derecho de los padres para decidir la salud de sus hijos

International Law, Oxford, Hart Publishers, 2001. Véase también Martha Fineman, *The Neutered Mother, the Sexual Family and Other Twentieth Century Tragedies*, Nueva York, Routledge, 1995.

⁵⁸ Véase Nancy Fraser y Linda Gordon, *op. cit.*, nota 32.

⁵⁹ La literatura especializada sobre la importancia de la familia en la distribución pública de recursos se refiere a procesos de familiarización y desfamiliarización. Véase Gösta Esping-Andersen, “La política familiar y la nueva demografía”, en *ICE*, núm. 815, mayo-junio 2004. Un análisis de este balance en América Latina puede encontrarse en Irma Arriagada, *Familias y políticas públicas en América Latina: una historia de desencuentros*, Santiago, CEPAL, 2007.

está limitado por el deber de velar por su bienestar. En consecuencia, se asigna a los padres el poder de registrar a sus hijos como sus beneficiarios en el servicio de salud y, por tanto, materialmente, de vigilar cada intención del hijo o hija de utilizar estos servicios. Los hijos podrían, teóricamente, pedir al juez limitar las acciones de los padres. Sin embargo, se ha encontrado que este poder de vigilancia que se asigna a los padres, ya es suficiente para desincentivar a los menores a usar servicios de salud sexual y reproductiva y podría estar directamente relacionada con aumentos en el embarazo adolescente y la dificultad para reducir las tasas de infección por enfermedades sexualmente transmisibles.⁶⁰

III. El modelo de la paridad

El modelo de la paridad en derecho de familia apenas empieza a tener influencia en América Latina, si bien sus primeras articulaciones pueden remitirse a los trabajos de las feministas en los Estados Unidos en los años ochenta del siglo XX.⁶¹ En muchos sentidos podría entenderse como una síntesis de los dos modelos anteriores: afirma la autonomía individual, como el modelo liberal, pero también enfatiza la importancia de ver a los individuos en relaciones de coerción, como en el modelo social; está a favor de la diversidad institucional para estimular

⁶⁰ República de Colombia, Ministerio de Protección Social, *Política Nacional de Salud Sexual y Reproductiva*, pp. 17-18. Véase también, en general, Alma Virginia Camacho Hubner, *Perfil de salud sexual y reproductiva de los y las adolescentes y jóvenes de América Latina y el Caribe: Revisión bibliográfica, 1988-1998*, Organización Panamericana de la Salud, Serie OPS, FNUAPI, 2000.

⁶¹ La noción de paridad como ideal normativo amplio ha sido articulado, por ejemplo, por Blanca Rodríguez-Ruiz y Ruth Rubio-Marin, "Constitutional Justification of Parity Democracy", en *Alabama Law Review*, 60, 2008-2009, p. 1171. Si bien es cierto que el término se ha usado con más frecuencia para referirse a la participación de las mujeres en cargos públicos o de elección popular, la idea básica de que la feminización de cualquier espacio de la vida puede llevar a su subvaloración y debilitamiento es la que rescato aquí cuando hablo del modelo de paridad en familia. Las feministas norteamericanas que desarrollaron la crítica del derecho de familia no usaron la expresión de paridad, pero tampoco hicieron esfuerzos explícitos por dar forma teórica a sus intervenciones críticas. El uso de la expresión aquí refleja, precisamente, mi propia intención de articular teóricamente para el derecho las características de esta intervención.

la elección, como el modelo liberal, pero no justifica la distribución de recursos usando el argumento de la voluntad y la culpa, como el modelo social; considera que deben primar las personas sobre los grupos, como el modelo liberal, pero no se resigna a que algún individuo tome todas las decisiones para poder lidiar con los grupos, como el modelo social. Es único, sin embargo, en su apuesta por redistribuir poder y recursos a favor de las mujeres a través de las normas del derecho de familia.

El modelo de la paridad se desarrolla sobre la crítica feminista al modelo liberal y al modelo social. La crítica feminista al modelo liberal de derecho de familia se desarrolló en el contexto de los Estados Unidos desde mediados del siglo XIX. Las feministas se opusieron a las normas que establecían al esposo/padre como único capaz de tener propiedad y a las normas que autorizaban el uso de la violencia por parte del esposo para corregir a su esposa.⁶² En gran medida, los argumentos que utilizaron para lograr las reformas interrogaban el derecho de familia desde la noción misma de racionalidad y voluntad que estaba al corazón del argumento liberal. Así, por ejemplo, la famosa Declaración de Seneca Falls señala:

Consideramos estas verdades como evidentes: que todos los hombres y mujeres fueron creados iguales; que el Creador les dio los mismos derechos; que entre ellos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para asegurar estos derechos se establecen los gobiernos, cuyos legítimos poderes derivan del consentimiento de los gobernados.⁶³

Defendiendo una igualdad más amplia y la importancia del voto para conseguirla, Susan B. Anthony expresaría unos veinte años después la misma confianza en el argumento de la igualdad basada en la voluntad:

⁶² Sobre las reformas a las normas que autorizaban golpear a las mujeres, véase Reva Siegel, "The Rule of Love: Wife Beating as Prerogative and Practice", en *Yale Law Journal*, vol. 105, 1996, pp. 2117-2206.

⁶³ Miriam Schneir (comp.), *Feminism: The Essential Historical Writings*, Nueva York, Vintage, 1884, pp. 77-78 (traducción propia).

Ahora que, como resultado de la agitación por la igualdad de oportunidades y a través de la invención de la máquina, ha ocurrido una gran revolución en el mundo de la economía, de modo que a donde quiera que vaya un hombre a ganarse un dólar honestamente, puede ir una mujer también, no hay escapatoria de la conclusión que ella debe tener el mismo poder para defenderse. Ese poder es el derecho al voto, el símbolo de la libertad y la igualdad, sin el cual ningún ciudadano puede estar seguro de mantener lo que tiene, mucho menos de conseguir lo que no tiene.⁶⁴

Las feministas también criticaron el modelo social desde el socialismo mismo. En particular, se opusieron a la idea de que la división del trabajo al interior de la familia podía ser representada usando la diada del empleador y el empleado o de la empresa mercantil. Estas dos formas podrían ser formas en las que la independencia individual se combinaría con la interdependencia social, o, en otras palabras, se lograría igualdad en la relación de interdependencia. Pero, como lo señaló enfáticamente Charlotte Perkins Gillman, el matrimonio está lejos de ser una relación con tales características. Para la autora, las mujeres están sometidas en el matrimonio a ser dependientes económicamente de sus esposos, mientras que estos pueden lograr independencia como agentes económicos. Esto es consecuencia del hecho de que las mujeres obtienen recursos no como contraprestación de los servicios realizados, pues el dinero, comida, ropa, etc., que reciben no es proporcional a la calidad y cantidad de los servicios, sino en razón de su sexo, es decir, por ser mujeres.

De aquí concluye la autora que la idea misma de las funciones familiares es una idea que busca mantener la dependencia de las mujeres y por eso debe ser sometida a intensas críticas y abandonada:

La co-operación usualmente se entiende como la unión de las familias para una mejor realización de sus supuestas funciones. El proceso falla porque el principio está mal. Cocinar y limpiar no son funciones de la familia. No tenemos una boca de la familia, un estómago de la familia, una cara de la familia que necesita ser limpiada. Los individuos son los

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 141-142, traducción propia.

que necesitan alimentarse y limpiarse desde que nacen hasta que mueren, sin importar si tienen familia. [...] Cocinar es una función social. No es en lo más mínimo una función de la familia.⁶⁵

La verdadera independencia, tanto de hombres como mujeres, exigirá, dice Gillman, enormes cambios en nuestra forma de vida:

Para alimentar al mundo usando servicios expertos, llevando a su mejor expresión la habilidad y experiencia, el poder de la ciencia y la belleza del arte de un especialista entrenado, es imposible en los confines de la relación sexo-económica. Mientras tratemos la culinaria como una función sexual propia de las mujeres y comer como una función de la familia que no se puede alcanzar de otra manera, no podremos desarrollarnos. [...] Los apartamentos no tendrían cocinas; pero habría una cocina en el edificio en la que se prepararían los alimentos y se servirían a las familias en sus cuartos o en un comedor común. Sería un hogar en el que la limpieza la realizarían trabajadores eficientes, no contratadas por cada familia sino por un administrador; y el cuidado de los niños lo aseguraría un jardín, una guardería y un *kindergarden* atendidos por enfermeras y profesoras profesionales.⁶⁶

Las reformas feministas que impulsaron estos dos tipos de críticas fueron bien diferentes. En general, las reformas que se adoptaron más rápida y completamente fueron las reformas de inspiración liberal, mientras que las reformas propuestas por las feministas socialistas prácticamente no prosperaron. El modelo de la paridad, entonces, se basa principalmente en la desilusión que resultó del fracaso del modelo liberal en su versión más feminista, así como en las críticas a la versión menos feminista del modelo social. Este modelo enfatiza la diversidad institucional, las medidas realizables formalmente y la redistribución de recursos bajo la idea de distribución social del riesgo.

Ciertamente, el programa feminista inspirado en los principios liberales se ha materializado lentamente, pero para los setenta ya se había adoptado casi por completo en la mayoría de los países del mundo.

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 242-243, traducción propia.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 244, traducción propia.

Este programa exigía básicamente: 1) eliminar todas las restricciones impuestas a las mujeres casadas para trabajar, administrar bienes, heredar, estudiar, votar, y negociar; 2) eliminar las distinciones entre hombres y mujeres en materia de matrimonio; 3) eliminar el deber de obediencia de las mujeres frente a sus maridos; 4) conceder iguales derechos a hombres y mujeres en relación con el cuidado de los hijos; 5) liberalizar el divorcio, eliminando las causales diferenciales para hombres y mujeres y disminuyendo o eliminando las causales culposas; y 6) ofrecer alternativas institucionales al matrimonio religioso.

Este programa de reforma, sin embargo, no resultó ser lo suficientemente potente para materializar la liberación, igualdad, emancipación, felicidad, que prometía. Las cifras, que eran la pieza clave en el planteamiento original del problema, siguen mostrando patrones muy similares a los iniciales: aunque las mujeres pueden tener propiedad, tienen menos propiedad; aunque las mujeres pueden ganar su propio salario, ganan sistemáticamente menos que los hombres; aunque las mujeres pueden divorciarse con la misma frecuencia que los hombres, lo inician menos que los hombres; aunque pueden votar, son elegidas con mucha menos frecuencia que los hombres; etcétera.⁶⁷

En el campo del derecho de familia, el fracaso del programa liberal se materializa en el empobrecimiento de las mujeres y niños como consecuencia del divorcio.⁶⁸ Este empobrecimiento resulta tanto de los esquemas existentes de división de recursos después del divorcio, como de los esquemas existentes de determinación de la custodia y visitas de los niños.

⁶⁷ El Banco Mundial ha hecho un enorme esfuerzo por centralizar información estadística sobre equidad de género. Véase *Gender Equality Data and Statistics* en <<http://datatopics.worldbank.org/gender/>>.

⁶⁸ Los estudios mostrando el empobrecimiento de las mujeres después del divorcio empezaron a aparecer tan temprano como 1977 y se relacionaron con la preocupación pública por las mujeres cabeza de familia. Véase, por ejemplo, Thomas J. Espenshade, "The Economic Consequences of Divorce", en *Journal of Marriage and the Family*, vol. 41, 1979, pp. 615-625; Diana Pearce, "Women, Work and Welfare: The Feminization of Poverty", en K. W. Feinstein, (ed.), *Working Women and Families*, Beverly Hills, Sage Publications, 1979; John De Frain y F. Eireck, "Coping as Divorced Single Parents: A Comparative Study of Fathers and Mothers", en *Family Relations*, vol. 30, 1981, pp. 265-73; Stephen J. Bhar, "Marital Dissolution Laws: Impact of Recent Changes on women", en *Journal of Family Issues*, vol. 4, 1983, pp. 455-66.

Los esquemas existentes de división de recursos asumen que las normas básicas autorizan a las mujeres a trabajar del mismo modo que los hombres y, en consecuencia, que acumulan recursos de la misma manera que los hombres y en la misma cantidad. En principio, estos esquemas dividen la propiedad acumulada durante el matrimonio y tienen poca consideración de las diferentes inversiones y los diferentes retornos a las inversiones que hacen los miembros de la pareja.

A estas diferencias “externas” o del mercado, se suman las diferencias en el interés y la relación con los hijos. En este caso se asume también que ambas partes tienen el mismo interés y capacidad para asumir la inversión en tiempo que implica la crianza y se espera que las diversas elecciones sean asumidas en sus costos específicos por las partes.⁶⁹

El modelo social en su versión no feminista, de otro lado, fue criticado por ocultar bajo la idea de la “familia” la división sexual del trabajo, el conflicto de poder e incluso la violencia que ocurre en las relaciones entre esposos y entre padres e hijos. El énfasis en la función familiar prioriza a tal punto mantener esta forma de colaboración que subordina la preocupación por estas relaciones.⁷⁰

El modelo de paridad plantea una síntesis de estos dos modelos al proponer favorecer la autonomía mediante un aumento de las posibilidades de negociación en materia de derechos y obligaciones a través de la diversidad institucional, al tiempo que se introducen normas que efectivamente redistribuyen los recursos teniendo en cuenta los riesgos y no las elecciones y la culpa. Los cuatro temas en los que se concentran las innovaciones normativas son: acuerdos prenupciales, tipos maritales, comunidad de bienes o sociedad conyugal y custodia.

Si bien algunos sistemas jurídicos han tenido siempre la figura de los acuerdos prenupciales, esta figura es extraña a la tradición hispánica y fue rechazada en los Códigos derivados del modelo de Vélez Sarsfield

⁶⁹ Una crítica general de las reformas orientadas por la idea de la igualdad puede encontrarse en el libro de Martha Fineman, *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform*, Chicago, University of Chicago Press, 1991. Véase también Lenore J. Weitzman, *The Divorce Revolution. The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America*, Nueva York, Free Press, 1985.

⁷⁰ Para una crítica comprehensiva de la familia social, véase Michèle Barret y Mary McIntosh, *Familia vs. Sociedad*, Bogotá, Tercer Mundo Editores, 1991.

y prevista de modo muy limitado en los Códigos derivados del modelo de Bello.⁷¹ Habilitar formas más amplias de acuerdos prenupciales debería permitir negociar mejores arreglos económicos en caso de terminación o ruptura, en la medida que permitiría planear mejor el presente y futuro de la pareja. Lo más importante, sin embargo, es que estos acuerdos permitirían a cada pareja elegir lo mejor para su caso concreto.

La diversidad institucional en la maritalidad es un proyecto porque muchas de las legislaciones latinoamericanas no prevén formas maritales alternativas al matrimonio solemne civil o religioso.⁷² Al igual que en el caso de los acuerdos prenupciales, lo importante en esta reforma es aumentar la capacidad de elección de las personas para intentar acercarse a formas que reflejen sus valores, intenciones y programas.

Este énfasis en la flexibilidad, creatividad e innovación en el momento de “entrada” a las relaciones, no obstante, se acompaña de un énfasis igualmente importante en redistribuir los riesgos sociales a través de normas realizables formalmente. En particular, las feministas han demandado una distribución equitativa de los bienes acumulados durante la relación marital, esto es, una distribución que no sólo reconozca el trabajo de cuidado de la mujer sino que la compense por sus decisiones laborales; y privilegios en las decisiones de custodia de los hijos comunes, mostrando que el “interés superior” del menor o la custodia compartida como regla supletiva de la voluntad, debilitan la posición de negociación y, por tanto, la posición económica de la mujer después de la terminación de la relación.⁷³

La discusión sobre la distribución equitativa de bienes acumulados durante la relación marital es una discusión que data al menos de los tiempos romanos y que se ha resuelto con un espectro institucional que

⁷¹ Sobre los acuerdos prenupciales en los Códigos que siguieron el modelo de Bello, véase Isabel C. Jaramillo, *Derecho y familia*, especialmente Parte II.

⁷² Este es el caso de Argentina en el momento actual. Sobre las uniones de hecho en América Latina, véase Jorge Rodríguez Vignoli, *Unión y cohabitación en América Latina: ¿modernidad, exclusión, diversidad?*, Santiago de Chile (Serie Población y Desarrollo 57), 2005.

⁷³ Como lo ha señalado Janet Halley, éste es el programa del feminismo dominante o de gobernanza. El debate al interior del feminismo en torno a estas propuestas sigue vigente. Janet Halley, *op. cit.*, nota 21, p. 20.

va desde la separación patrimonial completa, hasta la comunidad universal de bienes, pasando por diversas combinaciones de distribución de ganancias y modelos de reclamo de cuotas alimentarias.⁷⁴ El modelo de separación patrimonial ha sido mucho más usual entre los anglosajones, mientras que la comunidad universal de bienes se aproxima al modelo hispano americano.⁷⁵

El modelo de la paridad se orienta a exigir la comunidad universal de bienes como forma patrimonial que protege de mejor manera a las mujeres en la medida que les evita probar específicamente los aportes a la sociedad de gananciales (distribución equitativa) o la existencia de una empresa económica común (sociedad de hecho).⁷⁶ Esta apuesta se basa en el reclamo histórico del feminismo socialista de dar valor al trabajo que las mujeres realizan al interior de los hogares, y en la frus-

⁷⁴ La convicción de que sólo la comunidad universal de bienes satisface las demandas de la igualdad entre hombres y mujeres ha sido expresada claramente por el Comité de la Convención para Erradicar toda Forma de Discriminación contra la Mujer en su Comentario General No. 21 a la Convención de su Treceava Sesión (1994), numerales 11 y 12. En estos numerales, el comité afirma en relación con el artículo 16 de la Convención:

“11. Históricamente, la actividad humana en las esferas pública y privada se ha considerado de manera diferente y se ha reglamentado en consecuencia. En todas las sociedades, por mucho tiempo se han considerado inferiores las actividades de las mujeres que, tradicionalmente, han desempeñado su papel en la esfera privada o doméstica.

12. Puesto que dichas actividades tienen un valor inestimable para la supervivencia de la sociedad, no puede haber justificación para aplicarles leyes o costumbres diferentes y discriminatorias. Los informes de los Estados Partes ponen de manifiesto que existen todavía países en los que no hay igualdad de jure. Con ello se impide que la mujer goce de igualdad en materia de recursos y en la familia y la sociedad. Incluso cuando existe la igualdad de jure, en todas las sociedades se asignan a la mujer funciones diferentes, que se consideran inferiores. De esta forma, se conculcan los principios de justicia e igualdad que figuran en particular en el artículo 16 y en los artículos 2, 5 y 24 de la Convención.

⁷⁵ Véase Adriana N. Krasnow, “El régimen patrimonial del matrimonio en derecho comparado. Caracterización del régimen vigente en el derecho argentino”, en *Revista de Derecho Privado*, vol. 17, 2009.

⁷⁶ En la distribución equitativa de bienes es necesario que cada cónyuge demuestre cuánto contribuyó a la adquisición de los bienes a repartirse. En el contexto de la invisibilidad económica del trabajo de cuidado al que me he referido antes, esto implica que las mujeres que se dedican a labores domésticas no pueden demostrar ninguna contribución y quedan sin derecho alguno sobre la masa de bienes acumulada. Algo similar ocurre con la figura de la sociedad de hecho que, en general, exige demostrar una empresa económica común distinta de la cohabitación con fines sexuales.

tración de las feministas liberales por no conseguir que las mujeres obtengan igual remuneración y trato por su trabajo remunerado.⁷⁷

Justamente, uno de los efectos más importantes de la liberalización del divorcio ha sido el empobrecimiento de las mujeres. Las feministas han mostrado que esto se debe a que el régimen económico del matrimonio, y sobre todo las reglas sobre el divorcio, asumen que ambos cónyuges tienen la misma capacidad e interés en obtener recursos por la venta de su trabajo en el mercado laboral. La realidad es que la mayoría de las parejas “acuerdan” que la mujer se dedicará primordialmente a las labores domésticas y el cuidado de los hijos. El asunto es que no “acuerdan” cómo se compensará esta decisión económica en el futuro y las normas jurídicas simplemente no prevén que este sea un acuerdo frecuente.

De un lado, las normas de carácter legal y social no le dan valor económico a las labores domésticas. Así, aunque para la pareja, y especialmente para la mujer, es claro que su dedicación al “hogar” tiene un valor económico, calculado no sólo por el salario que efectivamente dejó de ganar, sino por lo que costaría obtener estos mismos servicios (de la misma calidad) en el mercado, y por el bienestar que se obtiene, en términos de autonomía, de no tener un extraño en casa, el régimen legal de división de los bienes no tiene en cuenta estos costos económicos, asumidos por la pareja, pero con un impacto particular en la mujer. En el caso de un régimen de separación de bienes la consecuencia es que el hombre no sólo tiene derecho a todo lo adquirido “por el fruto de su trabajo” sino que la mujer no tiene derecho porque “no ha trabajado”.

De otro lado, las normas del mercado laboral, al autorizar el pago de un menor salario a las mujeres, favorecen que sean las mujeres las que se dedican a las labores domésticas y que lo hagan de tiempo completo: para las parejas simplemente no es rentable tener a dos personas trabajando medio tiempo o a los hombres dedicados a las labores domésticas.⁷⁸

⁷⁷ La idea de que la explotación de las mujeres en el capitalismo se materializa en la expropiación de su fuerza de trabajo por parte de su marido fue planteada por Engels en su libro *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*.

⁷⁸ Véase, por ejemplo, Katherine Silbaugh, “Turning Labor into Love: Housework and the Law”, en *Northwestern University Law Review*, vol. 91, 1996, p. 1, y Michelle Ertman,

Para el caso latinoamericano, más que la comunidad universal de bienes, que ya está en la mayoría de las legislaciones como forma su pletiva o como forma obligatoria, la exigencia ha sido incluir mecanismos procesales que impidan eludir el régimen de comunidad universal de bienes a través de negocios fraudulentos.

En materia de custodia, las feministas norteamericanas le han apostado a reglas formales que privilegian a las madres frente a los padres. Su batalla se ha orientado contra los criterios pretendidamente neutros del interés superior del menor y de la custodia compartida. Su trabajo se ha orientado a mostrar que la posición de negociación de las mujeres en los casos de custodia se ve afectada por la conexión, negada pero crucial, entre custodia y división patrimonial; y por su mayor inversión e interés en el cuidado de los niños.

Efectivamente, el trabajo de Kornhauser y Mnookin muestra que en la negociación del divorcio, es una ventaja para el que tiene más recursos que la regla de custodia sea abierta o lo favorezca, especialmente si no tiene interés en asumir el cuidado de los niños.⁷⁹ Esto es así porque puede lograr que se acuerde entregar menos de los bienes conyugales o reducir la cuota alimentaria debida a cambio de no reclamar su interés en la custodia. Por el contrario, si quien tiene la ventaja en la regla de custodia no tiene interés en el cuidado de los niños, puede obtener más bienes o una cuota más alta con tal de ceder en su reclamo.⁸⁰ Las feministas consideran que las mujeres, que tienen el interés, deberían tener la ventaja en la custodia porque no tienen la ventaja económica. De esta manera se garantiza un arreglo económico “justo” al tiempo que se protege a los menores de edad.⁸¹

Al igual que los dos modelos anteriores, sin embargo, el modelo de la paridad también tiene límites en cuanto a su coherencia interna y su

“Commercializing Marriage: A Proposal for Valuing Women’s Work Through Premarital Security Agreements”, en *Texas Law Review*, vol. 77, 1998, p. 17.

⁷⁹ Robert Mnookin y Lewis Kornhauser, “Bargaining in the Shadow of the Law”, en *The Yale Law Journal*, vol. 88, núm. 5, 1979, pp. 950-997.

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ Véase, en general, C. Smart y S. Sevenhuijsen (eds.), *Child Custody and the Politics of Gender*, Londres, Routledge (1989). También el volumen especial dedicado al tema: “Women and Custody”, en *Canadian Journal of Women and the Law*, vol. 3, 1989, p. 1.

capacidad de ofrecer alternativas que permitan distribuir recursos entre hombres y mujeres y dar mayor seguridad económica a los niños y niñas. En particular, el modelo no es capaz de conciliar las reglas inspiradas en la distribución del riesgo con las reglas inspiradas en la diversidad institucional como mecanismo para garantizar la libre elección. Adicionalmente, el modelo no integra las intuiciones sobre el valor del trabajo doméstico y la exclusión de las mujeres del mercado de trabajo al abogar por los criterios formales más burdos tanto para el caso de la división de bienes como para el caso de la custodia.

Decididamente, si la justificación para la diversidad institucional es proporcionar a las parejas mayores posibilidades de ajustar sus preferencias a su vida común y planear las eventualidades particulares a las que van a enfrentarse, entonces no es muy razonable tener normas que a la salida hacen caso omiso de tales arreglos y fuerzan, para todos, una distribución similar: una división equitativa de los bienes actuales de la pareja y una preferencia de las mujeres por la custodia. Es cierto que a esta objeción se le podría oponer que la razón de la corrección sea que las reglas que enmarcan las decisiones sobre el tipo de unión y sobre acuerdos prenupciales producen un sesgo permanente a favor de los hombres. Pero entonces la pregunta es por qué cambiar estas reglas y no cambiar esas reglas sobre el mercado laboral y el trabajo de cuidado que producen el sesgo. Específicamente en contextos como los latinoamericanos en los que el cambio de las reglas en el mercado laboral podría tener un efecto sobre todas las mujeres, mientras que los cambios en las reglas de la sociedad conyugal tendrían efecto principalmente para las mujeres de clase media y alta.⁸² Más aún, la pregunta sería cómo el cambio de las reglas sobre la división de bienes puede favorecer transformaciones más duraderas que la mera compensación individual para las divorciadas.

Ahora bien, no tener en cuenta las reglas sobre remuneración y división sexual del trabajo no sólo es importante porque afecta las posibilidades de transformaciones estructurales. También es importante por-

⁸² Por ser quienes más logran involucrarse en relaciones conyugales formales y acumular recursos divisibles. Sobre la formalidad matrimonial en América Latina, véase Amyra Grossbard-Shechtman, "A Theory of Marriage Formality: The Case of Guatemala", en *Economic Development and Cultural Change*, vol. 30, núm. 4, julio, 1982, pp. 813-830.

que, como lo ha mostrado la experiencia de países con regímenes de comunidad universal de bienes, aún con las reglas más “formales” en materia de división de bienes las mujeres tienen dificultades en lograr la compensación de los costos económicos en los que han incurrido al dedicarse a la domesticidad. De una parte, porque todos los regímenes patrimoniales de la convivencia se limitan a la división de bienes actuales e intercambiables en el mercado. Esto implica, principalmente, que se quedan por fuera de la separación los salarios futuros, el “capital humano” y la valoración que hace el mercado laboral de las mujeres en cuanto trabajadoras. De otra parte porque no se consideran susceptibles de compensación ni las inversiones en capacitación de una de las partes, ni la pérdida de valor en el mercado de la parte que se ha dedicado a lo doméstico.

IV. Conclusiones

En este capítulo he presentado un panorama general de los tres modelos para pensar el matrimonio, el divorcio y la paternidad que han tenido alguna relevancia en América Latina. En cada caso he mostrado los elementos conceptuales básicos, las rutas por las que se han vuelto dominantes, las críticas a modelos alternativos y los límites de cada modelo en términos de lograr la libertad o emancipación imaginada. En mi opinión, estos modelos deberían permitirnos refrescar la discusión sobre el papel de las normas sobre matrimonio, divorcio y paternidad en la construcción de identidades y la distribución de recursos. Especialmente, visibilizar estos modelos debería ayudarnos a superar la visión que insiste en separar teórica y metodológicamente a la familia, de la ciudadanía y de la propiedad.

Mi propio proyecto dentro del derecho de familia, sin embargo, no se enmarca en ninguno de estos modelos. De la mano del análisis distributivo considero que podemos encontrar soluciones puntuales para influir en conflictos bien delimitados sobre recursos, sin alcanzar una sola idea explicativa que de modo coherente nos permita deducir las reglas *justas* para todos los aspectos relacionados con el matrimonio, el

divorcio y la paternidad.⁸³ En este sentido, disiento de la pretensión de que las identidades en las que se basa el análisis de los modelos sean suficientes para abrazar la complejidad de los conflictos por recursos que se dan en los temas de sexo y reproducción. Más allá del individuo, el hombre y la mujer, los niños, tenemos que considerar frente a recursos concretos en contextos delimitados cómo se ubican las personas conforme a su raza, clase social, ubicación geográfica, edad, atributos físicos, intereses, etc. Tal y como lo han señalado las mujeres de color y las mujeres pobres, los análisis que no tienen en cuenta las posiciones contingentes que producen los cruces de todos estos ejes, tienden a favorecer a las mujeres blancas de clase media y alta que son las autoras de los análisis. Tampoco creo que las mujeres “pierdan” siempre en el derecho de familia o que su libertad esté en empezar a “ganar” en el derecho de familia. Precisamente estoy convencida de que nuestras posibilidades de emancipación yacen en la articulación de proyectos desde miradas universalizadoras que nos hablen a todos de una mejor manera de vivir.

Además estoy convencida, como lo señala Kennedy, que cada conflicto se construye a partir de una complejidad de factores tal, que cada vez que aumentamos el nivel de generalidad perdemos la posibilidad de entender los efectos de nuestras intervenciones. Así, debemos tener claro que “corregir” o “enfrentar” ciertas inequidades en una determinada área, como la de la filiación, difícilmente puede darnos luces sobre cómo corregir o qué hacer en otra área, como el divorcio, para garantizar la supervivencia económica de los niños. Piénsese por ejemplo en las reformas recientes en materia de filiación y su impulso hacia la creación de un derecho de identidad genético. Esta certeza pue-

⁸³ Sobre el análisis distributivo, véase, en general, Isabel C. Jaramillo Sierra y Tatiana Alfonso Sierra, *Mujeres, cortes y medios. La reforma judicial del aborto en Colombia*, Bogotá, Siglo del Hombre y Universidad de los Andes, 2008; y Helena Alviar García e Isabel C. Jaramillo Sierra, *Feminismo y crítica jurídica*, Bogotá, Siglo del Hombre y Universidad de los Andes, 2012. Sobre las dificultades teóricas de las reformas tipo código, véase Duncan Kennedy, “Law and Economics from the Perspective of Critical Legal Studies”, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. 2, Nueva York, Macmillan, 1998, p. 465, y Duncan Kennedy, “Thoughts on Coherence, Social Values and National Tradition in Private Law”, en Martijn W. Hesselink (ed.), *The Politics of a European Civil Code*, Ámsterdam, Kluwer Law International, 2006.

de ser útil en conflictos en los que arrebatar a otros sus hijos biológicos sea una estrategia de guerra, como en el caso argentino, colombiano y guatemalteco. Igualmente puede ser útil para prevenir y tratar desórdenes con fuertes componentes genéticos. Pero si el objetivo que se tiene en mente es la supervivencia económica de los menores, este esquema puede fracasar tan rotundamente como el que privilegia la paternidad presunta matrimonial porque la razón del fracaso no es la dificultad en identificar los padres, sino la pobreza y la escasa motivación de los padres.

Recepción: 11/02/2012

Revisión: 18/03/2013

Aceptación: 20/03/2013