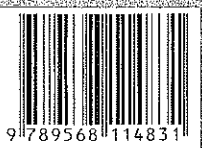


La República Inconclusa permite apreciar una estructura histórica que sintetiza institucionalmente, bajo formato constituyente, las tensiones nunca resueltas entre una sociedad civil que se ensancha a ritmos variables y un Estado que de oligárquico a neoliberal ha demostrado extraordinaria capacidad para permanecer impermeable al desarrollo histórico de la sociedad. Se revelan en las reflexiones de este libro el problema teórico y político que representa la diferencia y contradicción entre historia y derecho, entre historicidad y juridicidad, que es en suma la dificultad que la sociedad común enfrenta para redefinir un contrato social que no ha constituido y que se representa en cada uno de los casos aquí abordados como engranaje de un sistema donde individuo y comunidad son insumos necesarios a la producción de mercancía y subjetividad de un poder que monopoliza fuerza, palabra y texto.



9 789568 114831

LA REPÚBLICA INCONCLUSA
UNA NUEVA CONSTITUCIÓN PARA EL BICENTENARIO

JORGE BENÍTEZ / PEDRO ROSAS
EDITORES

LA REPÚBLICA INCONCLUSA

UNA NUEVA CONSTITUCIÓN PARA EL BICENTENARIO

JORGE BENÍTEZ / PEDRO ROSAS
(EDITORES)

ALEJANDRA CASTILLO
LIDIA CASAS
GABRIEL HERNÁNDEZ
MARISOL VIDELA
GALO EIDELSTEIN
ANA MARÍA MONSALVE
JUAN CARLOS GÓMEZ LEYTON
MARIO CORTÉZ
PAULA AHUMADA
FRANCISCO SOTO
ELISA NEUMANN
PEDRO ROSAS
MARÍA ANGÉLICA ILLANES

EDITORIAL ARCIS
INSTITUCIÓN DE INVESTIGACIÓN Y PROMOCIÓN SOCIAL

gía, edición a cargo de Raúl Silva Castro, Santiago, Editorial Andrés Bello, 1969.

HENRÍQUEZ, C. (1811), "Oración pronunciada por el diputado Camilo Henríquez en la inauguración del Primer Congreso Nacional el día 4 de Julio de 1811", en *Páginas de la Independencia*, Santiago, Editorial del Pacífico, 1976.

LA ABEJA CHILENA (1825), "Sobre los sistemas federativos en general, y con relación a Chile", en Guillermo Feliú Cruz, *Colección de antiguos periódicos chilenos* (facsimilar), Santiago, Ediciones de la Biblioteca Nacional, 1966.

LASTARRIA, J. V. (1848), *Bosquejo histórico de la Constitución del Gobierno de Chile durante el primer periodo de la revolución*.

MARTÍNEZ DE ROZAS, J. (1811), "Discurso pronunciado por el Doctor Juan Martínez de Rozas, con motivo de la inauguración del primer congreso nacional el día 4 de Julio de 1811", en *Páginas de la Independencia*, Santiago, Editorial del Pacífico, 1976.

PROYECTO DE CONSTITUCIÓN PROVISORIA PARA EL ESTADO DE CHILE (1818), *Anales de la República*, compilado por Luis Valencia, Santiago, 1951.

REAL ORDENANZA PARA EL ESTABLECIMIENTO É INSTRUCCIÓN DE INTENDENTES DE EXÉRCITO Y PROVINCIA EN EL REINO DE LA NUEVA-ESPAÑA. De orden de su Majestad, Madrid, (1786).

REGLAMENTO PARA EL ARREGLO DE LA AUTORIDAD EJECUTIVA PROVISORIA DE CHILE (1811), *Anales de la República*, compilado por Luis Valencia, Santiago, 1951.

REGLAMENTO CONSTITUCIONAL PROVISORIO (1812), *Anales de la República*, compilado por Luis Valencia, Santiago, 1951.

REGLAMENTO PARA EL GOBIERNO PROVISORIO, (1814), *Anales de la República*, compilado por Luis Valencia, Santiago, 1951.

FAMILIA Y SEXUALIDAD EN EL DERECHO CHILENO

Lidia Casas Becerra*

Gabriel Hernández Paulsen**

I.- La familia en el derecho chileno¹

a.- Consideraciones generales

Resulta evidente que una de las ramas del derecho nacional que más transformaciones ha experimentado en el último tiempo es el derecho de familia. Por supuesto que este ordenamiento también ha sido uno de los que ha sufrido más reformas a nivel mundial en las últimas décadas. Estas transformaciones jurídicas encuentran explicación en una serie de factores de diversa índole (económica, política, social, etc.), todos los cuales han repercutido en términos generales no solo en el ámbito del derecho, sino que en las concepciones globales que hoy se tienen respecto del Estado, la sociedad, la familia y el ejercicio de la sexualidad. Es así como los importantes cambios ocurridos en diferentes esferas han generado un cambio de ideología² profundo en el entendimiento del concepto de familia, de su organización y de su dinámica³, así como en el de la concepción acerca de la sexualidad

* Profesora e investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

** Profesor de Derecho Civil Universidad de Chile.

¹ Esta primera parte (I) fue escrita por el profesor Gabriel Hernández.

² "Una ideología es un sistema coherente de creencias que orientan a las personas hacia una manera concreta de entender y valorar el mundo; proporciona una base para la evaluación de conductas y otros fenómenos sociales; y sugiere respuestas de comportamiento adecuadas". Facio, Alda y Fries, Lorena, *Feminismo, género y patriarcado*, en Facio, Alda y Fries, Lorena (editoras), *Género y Derecho*, Editorial LOM - La Morada, Santiago, 1999, p. 23.

³ Un completo tratamiento de la evolución histórica de la familia puede consultarse en

humana. Este cambio ideológico, en lo que al entendimiento de la vida familiar y sexual de los individuos atañe, como es obvio, se encuentra directamente vinculado con el surgimiento y consolidación de la teoría del estado democrático de derecho⁴, cuyo sustento son los derechos fundamentales⁵.

En el anterior orden de ideas, cabe recordar que la legislación nacional en materia de derecho de familia está contenida fundamentalmente en el Código Civil y en la Ley de Matrimonio Civil. Pues bien, en sus comienzos (segunda mitad del siglo XIX) la concepción jurídica nacional relativa a la familia expresada en estos cuerpos normativos era muy distinta que la que se impone hoy. Como se sabe, en el periodo en que entra en vigencia el Código de Andrés Bello (1857) la concepción imperante en estas materias arranca de dos supuestos principales: primero, que solo existe una familia digna de protección: la matrimonial, heterosexual, patriarcal y fundada en un vínculo religioso e indisoluble; y, segundo, que la familia debe ser protegida incluso en desmedro de los intereses de sus integrantes, razón por la cual la organización y dinámica

Roudinesco, Elisabeth, *La Familia en Desorden*, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 2006. En relación con la evolución del derecho de familia nacional, ver Tapia Rodríguez, Mauricio, *Código Civil 1855-2005. Evolución y Perspectivas*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pp. 102 ss.

⁴ En cuanto a los distintos tipos del Estado moderno vigentes a través de la historia de Occidente, puede consultarse el interesante y sintético texto de Díaz, Elías, "Estado de Derecho y Legitimidad Democrática", en Carbonell, Miguel y otros (coordinadores), *Estado de Derecho*, Siglo Veintiuno Editores, México, 2002, pp. 61-95. En relación con los distintos tipos de Estado que se han sucedido a lo largo de la historia nacional, ver Salazar Vergara, Gabriel y Pinto Vallejos, Julio, *Historia Contemporánea de Chile*, T. I, *Estado, legitimidad, ciudadanía*, LOM, Santiago, 1999. Estos autores distinguen —a partir de 1810— las siguientes formas estatales: *Estado oligárquico liberal* (1810-1920), *Estado liberal democrático* (1920-1973) y *Estado neoliberal* (desde 1973).

⁵ Derechos que en Chile están garantizados principalmente por el artículo 19 de la Constitución Política de la República. Además, deben entenderse incorporados a nuestro ordenamiento jurídico con rango constitucional (o por lo menos supralegal) los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, según postula la llamada *teoría del bloque constitucional de derechos*, que se construye a partir de lo dispuesto por el artículo 5º, inciso 2º, de la Constitución.

familiares deben permanecer al margen de la injerencia estatal en la mayor medida, concibiéndose a la familia como el reducto de lo privado inexpugnable y del ejercicio de omnímodos poderes por parte del hombre. Como se comprenderá, esta forma de concebir a la familia ha sido determinante en la manera de concebir el ejercicio de la sexualidad de las personas. Esta es la visión de mundo que finalmente queda plasmada en la legislación originaria en estas materias.

Al entrar en vigencia la primera Ley de Matrimonio Civil (1884), si bien se produce un importante cambio en la legislación de familia, representado por la secularización del matrimonio, puede sostenerse que, en líneas generales, la ideología dominante o hegemónica previamente descrita permanece inmodificada en una alta medida. Con el correr de las épocas se fueron sucediendo una serie de reformas que matizaron la radicalidad de la visión inicial, pero que, según se argumentará en esta primera parte, han mantenido en lo sustantivo la misma ideología conservadora originaria⁶.

En términos generales, puede señalarse que la ideología conservadora a la que se ha venido aludiendo arranca de una concepción ética que tiene por *moral* al interior de las relaciones familiares y de ejercicio de la sexualidad un solo tipo de prácticas. Se trata, entonces, de una matriz ética de índole *universalista-sustancialista*⁷ (proveniente de un cierto tipo de *iusnaturalismo*) que, en cuanto tal, prescribe que la *vida buena* que ha de ser desarrollada en familia y en materia sexual es una sola, la cual, por demás, sería la óptima a los efectos del mejor funcionamiento de la sociedad. La idea central de este tipo de postulados consiste en que existe una única naturaleza humana que, consecuen-

⁶ Para la perspectiva del conservantismo respecto de la familia, ver Ruiz, Carlos, *La familia en el pensamiento conservador*, en *Revista de Filosofía*, Escuela de Filosofía y Humanidades, Universidad de Chile, Santiago, 1996, pp. 89-103.

⁷ Un panorama en detalle acerca de los distintos tipos de concepciones acerca de la ética puede consultarse en Cortina, Adela, *Ética sin Moral*, Tecnos, Madrid, 1990; y en Orellana Benado, M.E., *Pluralismo: Una Ética del Siglo XXI*, Editorial Universidad de Santiago, 2004.

cialmente, ha de conducir a una única forma *moral* de vivir las relaciones familiares y la vida sexual de las personas. Este sector doctrinario, además, ha señalado insistentemente que la *tradición nacional* corroboraría la idea consistente en que la vida familiar y sexual a que como sociedad aspiramos idealmente es (*debe ser*) de un solo tipo⁸.

La anterior perspectiva ha hecho que los diversos ordenamientos jurídicos *occidentales* hayan mantenido vigente por mucho tiempo un tipo de normativa protectora solo de la familia matrimonial acompañada de otros rasgos relevantes, así como, consecuentemente, solo de cierta manera de vivir la sexualidad. Sin embargo, el cambio de paradigma en lo que a organización política atañe (Estado) y el consiguiente cambio en las conductas sociales de los individuos ha derivado en el progresivo abandono de dicha matriz. En efecto, luego del término de la Segunda Guerra Mundial se empieza a desarrollar por parte de los distintos operadores jurídicos (juristas, legisladores y jueces) una teoría que se transformaría a la postre en una de las más abarcadoras y revolucionarias de la historia del derecho (la teoría de los derechos fundamentales). Es así como en la actualidad se encuentra asentada la idea consistente en que, en lo que respecta al derecho de familia, los derechos humanos deben ser tenidos en cuenta en la mayor medida esperable, tanto por legisladores como por jueces, a la hora de dictar las leyes y resoluciones judiciales, respectivamente. Lo mismo cabe aplicar a la regulación de la vida sexual de las personas, tanto en la esfera de la vida familiar como fuera de ella. A esta nueva manera de enfocar las distintas ramas del derecho se le conoce como *constitucionalización del dere-*

⁸ “Desde una óptica conservadora, por ejemplo, se insiste en la familia heterosexual y monogámica, insitucionalizada por el matrimonio indisoluble, como una institución básica y fundamental en la sociedad, conforme a la naturaleza humana, la que debe ser preservada y promovida, con exclusión de otros tipos de agrupación, por las políticas públicas, en vistas de la prosecución del bien común”. Ruiz, Carlos, *La familia en el pensamiento conservador*, ob. cit., p. 89. En este sentido cabe recordar que el artículo 1º, inciso 2º, de la Constitución establece que *La familia es el núcleo fundamental de la sociedad*. Esta misma idea se repite en el artículo 1º de la Ley de Matrimonio Civil, N° 19.947.

*cho*⁹. Esto, por cuanto en lo que atinge al derecho de familia y a la regulación de la sexualidad, los derechos constitucionales de los individuos son cada vez más considerados a la hora de reflexionar y construir soluciones para las más relevantes problemáticas al interior de las señaladas materias¹⁰.

Esta nueva realidad ha hecho que los dos presupuestos básicos de los que partió el legislador decimonónico en estas problemáticas y cuya vigencia se extendió por un largo tiempo (tutela de una única familia y protección de la familia por sobre sus miembros con privilegios para el hombre), hayan sido reemplazados por los exactamente opuestos, esto es, primero, por el que señala que en materia de relaciones familiares (y de prácticas de ejercicio de la sexualidad) se deben proteger todo tipo de ellas a condición que no atenten contra los derechos fundamentales de los individuos (en aplicación de una ética de índole pluralista¹¹); y, segundo, por el que indica que la plena realización del estado democrático

⁹ En relación con la constitucionalización del Derecho Privado, el lector puede consultar Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Codificación y Constitucionalización del Derecho Civil”; y Schmidt Hott, Claudia, “La Constitucionalización del Derecho de Familia”. Ambos en Martinic Galetovic, María Dora y Tapia Rodríguez, Mauricio (directores) y Ríos Labbé, Sebastián (colaborador), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*, T. II, LexisNexis, Santiago, 2005, pp. 1193-1213 y 1235-1244, respectivamente. Además, resulta imprescindible consultar Gil Domínguez, Andrés, Fama, María Victoria y Herrera, Marisa, *Derecho Constitucional de Familia*, T. I y II, Ediar, Buenos Aires, 2006.

¹⁰ Para las relaciones entre derecho de familia y derechos fundamentales, ver Hernández Paulsen, Gabriel, “Derecho de Familia y Derechos Humanos”, en Pozo Silva, Nelson y Benítez González, Jorge (editores), *Los Otros Derechos. Derechos Humanos del Bicentenario*, Editorial Arcis, Santiago, 2008, pp. 17-52. El profesor Mauricio Tapia ha sostenido que las más importantes reformas al derecho de familia chileno encuentran su explicación en una variedad de fenómenos sociales, antes que en la incidencia de la preceptiva constitucional y de derechos humanos. Ver Tapia Rodríguez, Mauricio, *Constitucionalización del Derecho de Familia(s), el Caso Chileno: Las Retóricas Declaraciones Constitucionales Frente a la Lenta Evolución Social*, en *Revista Chilena de Derecho Privado* Fernando Fueyo Laneri, 8, Santiago, Fundación Fueyo, 2007, pp. 155-199.

¹¹ Para el tema de la *ética pluralista* recomendamos Orellana Benado, M.E., *Pluralismo y Ética del Bien Poder*, en *Persona y Sociedad*, vol. XVIII, N° 2, Universidad Alberto Hurtado, 2004, pp. 13-22.

de derecho supone hacer operativos los derechos fundamentales de las personas (respeto por la diversidad de formas de vida, igualdad y no discriminación, libre desarrollo de la personalidad y derechos sexuales y reproductivos, por citar los más relevantes a los efectos de este trabajo)¹².

El corolario de la constitucionalización del derecho de familia ha sido que en la mayor parte de los países del orbe se haya comenzado a proteger decididamente a nuevas formas de vida familiares, así como los derechos individuales de los integrantes de la familia por sobre el mantenimiento de la misma. Como ya se señalara, en Chile también se han dado importantes pasos en este sentido, pero sin que estos hayan terminado por situar a nuestro país en un nivel de pleno respeto a los derechos de las personas.

Una presentación resumida de las principales reformas recién aludidas resulta indispensable a los efectos de evaluar cuán lejos nos encontramos de la íntegra materialización de los principios del estado democrático de derecho en materia de protección de la familia y de vida sexual de las personas.

b.- Evolución del derecho de familia chileno

La mayor parte de las reformas al interior del derecho de familia nacional se ha relacionado con tres áreas: con el tipo de familia protegida, con el mejoramiento de la condición de las mujeres y con la situación de los niños(as). En lo que sigue se sintetizan las principales reformas en estas áreas.

i.- El tipo de familia protegida por el derecho chileno: como ya se anticipara, el Código de Andrés Bello protege un solo tipo de familia: la matrimonial, heterosexual, patriarcal, nacida de un rito religioso e indisoluble, notas que comentamos a continuación.

¹² En relación con los principios rectores del estado democrático de derecho, ver Díaz, Elías, "Estado de Derecho y Legitimidad Democrática", ob. cit., principalmente pp. 68 ss.

En primer lugar, en el Código Civil original sólo se permite el nacimiento de una familia en base a la celebración de un acto jurídico: el matrimonio. Esta característica se mantiene inalterada hasta el día hoy, toda vez que, como se sabe, no contamos en Chile con una regulación orgánica de las llamadas *uniones de hecho*¹³. En todo caso, existen proyectos de ley que se refieren a la regulación de estas parejas, algunos referidos a uniones heterosexuales¹⁴, otros referidos a uniones entre homosexuales¹⁵, otros, por último, referidos a ambas¹⁶. Enfrente de este vacío legislativo, ha sido la jurisprudencia la que ha tenido que dar solución a los problemas que históricamente han planteado las convivencias de pareja, siendo la abrumadora mayoría de sus pronunciamientos relativos a uniones heterosexuales¹⁷.

Por su parte, el legislador decimonónico, como era de esperar,

¹³ Solo existen algunas normas, principalmente previsionales, que se refieren a las uniones de hecho, por ejemplo, el artículo 5º, inciso 1º, del Decreto Ley N° 3.500, de 1981, que concede "pensión de supervivencia" a la "madre de los hijos naturales del causante". En relación con la temática de las uniones de hecho recomendamos al lector las siguientes obras: Azpiri, Jorge, *Uniones de Hecho*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003; Barrientos Grandón, Javier y Novalés Alquézar, Aránzazu, *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno*, LexisNexis, Santiago, 2004, pp. 44-116; Barrientos Grandón, Javier, *De las Uniones de Hecho. Legislación, Doctrina y Jurisprudencia*, LexisNexis, Santiago, 2008; Figueroa Yáñez, Gonzalo, "El Pacto de Convivencia: Una Alternativa al Pacto de Matrimonio", en Varas Braun, Juan Andrés y Turner Saelzer, Susan (coordinadores), en *Estudios de Derecho Civil, Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Valdivia, 2005*, LexisNexis, Santiago, 2005, pp. 423 ss.; Martinic Galetovic, María Dora, "Algunas Reflexiones en torno a las Uniones de Hecho en Chile, en el Derecho Comparado y particularmente en el MERCOSUR", en Grosman, Cecilia (directora) y Herrera, Marisa (coordinadora), *Hacia una Armonización del Derecho de Familia en el MERCOSUR y Países Asociados*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, pp. 57 ss. y Ramos Pazos, René, *Derecho de Familia*, T. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pp. 620 ss.

¹⁴ Boletines 3473-07, 3494-07 y 4153-18. Todos los proyectos de ley, que se individualizan por el respectivo Boletín, se pueden consultar en www.bcn.cl

¹⁵ Boletines 3283-18 y 5774-18.

¹⁶ Boletín 5623-07. También existe un anteproyecto de ley elaborado por los profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Carlos Pizarro W. y Mauricio Tapia R.

¹⁷ Ver Donoso Vergara, Florencia y Rioseco López, Andrés, *El Concubinato ante la Jurisprudencia Chilena*, LexisNexis, Santiago, 2007.

solo contempló el matrimonio entre personas de distinto sexo, no regulando hasta el día de hoy, ni las uniones civiles ni los matrimonios entre homosexuales¹⁸. En todo caso, recientemente se presentó un proyecto de ley que pretende regular en Chile el matrimonio gay¹⁹.

En tercer lugar, la legislación nacional ha regulado la familia a la luz de una clara matriz patriarcal. Este aserto queda de manifiesto en un conjunto de normas que le otorgan omnímodos poderes al hombre en relación con la mujer y con los hijos, y que da cuenta, según se explicará, de la imposición de una ideología sexista al interior de las relaciones de familia, la cual repercute determinadamente en el entendimiento respecto del ejercicio de la sexualidad.

En cuarto lugar, el matrimonio regulado por el Código Civil original es uno religioso. En efecto, Andrés Bello, para no perturbar en demasía con la nueva legislación civil a las clases sociales dominantes, opta por no secularizar el matrimonio, manteniendo su celebración en manos de la Iglesia católica, así como la reglamentación de sus requisitos y sanciones de ineficacia. En 1884 se dicta la primera Ley de Matrimonio Civil, la cual seculariza el matrimonio, quedando entregado todo lo relativo a él a la competencia de la autoridad estatal (celebración, requisitos y sanciones de ineficacia). Sin embargo, se mantiene en esta ley la indisolubilidad del vínculo matrimonial, característica que, como se sabe, permanece inmodificada hasta el año 2004, en que entra en vigencia la actual Ley de Matrimonio Civil, N° 19.947, que

¹⁸ En relación con la situación de las parejas entre personas del mismo sexo en el derecho nacional, ver Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, "Parejas Homosexuales: Su tratamiento en el Derecho Chileno", en *Uniones entre Personas del mismo Sexo, Revista de Derecho Comparado*, N° 4, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001, pp. 23 ss. Por su parte, respecto del matrimonio entre personas del mismo sexo en el derecho nacional, ver Villar Bordonos, Gonzalo, "El Matrimonio de Personas del mismo Sexo en el Ordenamiento Jurídico de Chile", en *Gaceta Jurídica*, N° 293, LexisNexis, Santiago, noviembre de 2004.

¹⁹ Boletín N° 5780-18. Los siguientes países han legalizado el matrimonio gay: Bélgica, Canadá, España, Holanda, Israel (solo reconocimiento a los celebrados en el extranjero), Noruega, Suecia y Sudáfrica.

acaba con la señalada peculiaridad²⁰. En todo caso, con la actual ley se le vuelve a dar validez civil al matrimonio religioso (igual que en el Código Civil original), ya que el artículo 20 de la misma otorga eficacia civil al matrimonio eclesiástico, siempre que se ratifique e inscriba en el Registro Civil en el término de ocho días²¹.

Por último, cabe agregar en este orden de ideas que aún no contamos con un reconocimiento legislativo de los derechos sexuales y reproductivos, así como tampoco con una normativa que aborde en profundidad el tema de las técnicas de reproducción humana asistida. Esta constatación da cuenta del interés del legislador chileno por mantener la regulación de la sexualidad de los individuos en el marco de la regulación de la familia matrimonial heterosexual.

ii.- La situación de las mujeres en el derecho de familia chileno:

Como ya se anticipara, el derecho nacional ha protegido preferentemente a lo largo de su historia a los hombres en desmedro de las mujeres, de lo cual dan cuenta un conjunto de normas que le otorgan a los primeros una serie de prerrogativas al interior de la familia, tanto enfrente de la cónyuge como enfrente de los hijos.

En lo que respecta a las relaciones entre los cónyuges, en la legislación original el marido ejerce potestades personales y patrimoniales en relación con la mujer, situación que permanece inalterada en alta medida por décadas. En efecto, durante un extenso periodo de nuestra historia jurídica el hombre fue el representante legal de la mujer casada en sociedad conyugal y, en virtud de la llamada *potestad marital*, la mujer casada en dicho régimen debía contar con la autorización del marido para trabajar y debía cambiar su residencia a donde aquel la mudara. Tanto la representación legal del marido como la potestad marital fueron derogadas en el año 1989 por la Ley N° 18.802. Por su

²⁰ Sin embargo, el artículo 102 del Código Civil sigue definiendo de manera inexplicable al matrimonio como un contrato *indisoluble*.

²¹ Parece ser que la reinstauración del matrimonio religioso con efectos civiles fue una de las variadas concesiones en favor de la ideología conservadora, que se oponía al divorcio vincular.

parte, también el hombre dispone de importantes prerrogativas en relación con el patrimonio de la mujer, ya que en el régimen de sociedad conyugal administra no solo los bienes sociales, sino que también los propios de aquella. En un principio esta situación era especialmente grave por el hecho de existir un solo régimen de bienes (la sociedad conyugal) y por el hecho que el hombre ejercía la referida administración en base a su sola voluntad, sin requerir autorización de la mujer. Con el correr de las épocas se fueron sucediendo una serie de reformas que atenuaron el rigor de estas normas. Así es como se crearon nuevos regímenes de bienes para el matrimonio (separación de bienes y participación en los gananciales), que le permitieron a las mujeres contraer nupcias al margen de la sociedad conyugal; se creó el llamado *patrimonio reservado de la mujer casada en sociedad conyugal*, que le permitió a esta administrar por sí sola el conjunto de bienes que adquiere a consecuencia de su trabajo separado del marido; y se establecieron limitaciones a las facultades del marido que, en definitiva, han hecho que este deba contar con autorización de la mujer al interior de la sociedad conyugal en relación con los actos jurídicos más relevantes (principalmente los referidos a inmuebles)²².

Por su parte, en lo que respecta a las relaciones con los hijos, sucesivas reformas fueron mejorando la situación de las mujeres en este sentido. Sin embargo, todavía existen normas que distinguen entre hombres y mujeres en esta materia. Es así como hoy, al tenor de lo prescrito por el artículo 244 (2) del Código Civil, si los progenitores

²² En relación con la evolución de los regímenes patrimoniales del matrimonio en el derecho chileno, ver Domínguez, Carmen, *La situación de la Mujer Casada en el Régimen Patrimonial Chileno: Mito o Realidad*, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, N° 1, Santiago, 1999, pp. 87 ss. En cuanto a la caracterización de nuestro sistema económico del matrimonio, ver Schmidt Hott, Claudia, *Los Sistemas Económicos del Matrimonio*, en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, 3, Santiago, Escuela de Derecho Universidad Finis Terrae, 1999. Actualmente existe en tramitación un proyecto de ley que busca corregir la discriminación en contra de las mujeres en la sociedad conyugal (Boletín 1707-18).

viven juntos (en matrimonio o no), al padre toca la patria potestad de los hijos (representación legal y administración de bienes); y si viven separados, a la madre corresponde el cuidado personal o tuición de los mismos (artículo 225 (1) del Código Civil). Además, la mayor parte de las personas en nuestro país continúa llevando como primer apellido el primero del padre, sin perjuicio de lo cual existe un proyecto de ley que aspira a terminar con esta diferenciación²³.

iii.- *La situación de los hijos en el derecho de familia chileno*²⁴: El Código de Bello estableció un importante número de diferenciaciones entre los hijos dependiendo de si estos habían sido concebidos o habían nacido dentro de un matrimonio o no. Es así como por mucho tiempo nuestra legislación distinguió entre hijos legítimos (que contaban con el máximo de derechos por provenir de un matrimonio) e hijos ilegítimos (que contaban con un estatuto que los desprotegía por no provenir de un matrimonio). Dentro de este segundo tipo de hijos, a su vez, se distinguía entre hijos naturales (que tenían cierta protección pero inferior a la de los legítimos) y simplemente ilegítimos (que solo tenían derecho a pensión de alimentos). Incluso existió una tercera categoría de hijos que era completamente desconsiderada por el derecho: los *hijos de dañado ayuntamiento* (incestuosos, adúlteros y sacrílegos).

Con el paso de los años los hijos naturales fueron mejorando progresivamente su situación, hasta que en el año 1999, con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585, sobre Filiación, se termina con la diferenciación entre hijos legítimos e ilegítimos, pasando a contar todos ellos (de filiación matrimonial y de filiación no matrimonial) con idénticos derechos. El mismo año, con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.920, sobre Adopción, se iguala al adoptado a los hijos biológicos.

No obstante las anteriores reformas, todavía subsisten ciertas di-

²³ Boletín 4149-18.

²⁴ Para un desarrollo en profundidad del estatuto de la filiación en Chile, ver Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, *El Sistema Filiativo Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

ferenciaciones en relación con los hijos. Así por ejemplo, la llamada *presunción de paternidad* se aplica solamente para hijos concebidos o nacidos dentro de un matrimonio (artículo 184 del Código Civil). Por su parte, existen importantes diferencias en materia de titulares y plazos de prescripción de las acciones de filiación dependiendo de si la respectiva acción dice relación con un hijo de filiación matrimonial o no. Además, los hijos concebidos en virtud de una técnica de reproducción humana asistida no tienen derecho a averiguar respecto de su origen, ni siquiera en términos genéticos, derecho que sí tienen los hijos biológicos y los por adopción. Por último, también encontramos diferenciaciones indirectas, principalmente en materia sucesoria, ya que existen normas que protegen encubiertamente a los hijos de filiación matrimonial, como la que le otorga una importante parte de la herencia al cónyuge en desmedro de los hijos, parte que se llama *legítima* (artículos 988 (2) y 1184 (3) del Código Civil) y la que le concede el llamado *derecho de adjudicación preferente* (artículo 1337 regla 10ª del Código Civil), que consiste en que el cónyuge sobreviviente tiene derecho a adjudicarse prioritariamente el inmueble en que resida y que sea o haya sido la residencia principal de la familia para completar su cuota hereditaria. Ambas figuras del derecho sucesorio protegen indirectamente a los hijos de filiación matrimonial, toda vez que los privilegios patrimoniales del cónyuge (uno de los progenitores de los hijos del matrimonio) involucra la protección patrimonial de los hijos que dependen de él.

c.- *Derecho de familia y regulación de la sexualidad*: A nuestro modo de ver resulta palmario que el tipo de familia protegido mayormente a lo largo de la historia por el ordenamiento jurídico nacional está relacionado, en algunos casos directa, y en otros, indirectamente, con la forma que cierta ideología considera como la adecuada a los efectos del ejercicio de la sexualidad y, por consecuencia, con la forma en que dicha concepción estima como óptima (y eficiente) en lo que a organización de la vida social atañe.

Es así como para el derecho chileno la vida sexual de las personas

debe enmarcarse dentro de los parámetros de la familia matrimonial, entre un hombre y una mujer y en que el primero ostenta una posición de preeminencia respecto de la cónyuge y los hijos, en el entendido que así se impone por *naturaleza* o por *tradicción*.

Parece incontrovertible que la protección que los distintos ordenamientos dispensan a la familia se justifica por el hecho que a su interior se despliegan algunas de las facetas más relevantes para la existencia de los individuos: las relaciones de afecto y la vida sexual; de manera que cuando el legislador regula a la familia lo hace en el entendido que a través de dicha regulación está disciplinando la vida afectivo-sexual de las personas. He ahí la estrecha vinculación entre regulación de la familia y regulación de la sexualidad²⁵.

En el entendido anterior, a continuación volvemos a abordar las particularidades de la familia protegida por el derecho chileno, pero ahora en la perspectiva de la regulación jurídica de la sexualidad, eso sí que en términos generales, porque en la segunda parte (II) lo haremos con mayor detalle.

En primer lugar, cabe constatar que la desprotección en que se encuentran las uniones afectivo-sexuales construidas al margen del matrimonio revela la intención del legislador chileno en orden a que las personas, a los efectos de contar con una protección jurídica contundente de su vida en pareja, decidan contraer nupcias. Esta manera de proceder tiene por claro propósito que la vida afectiva y sexual de los individuos se realice en el marco de los rígidos parámetros de regulación históricamente existentes para el matrimonio, con las consecuencias de diversa índole que se derivan en otras esferas de la vida de las personas y de la sociedad. A esta situación deben adicionarse las dificultades que existen en nuestro derecho para la disolución del ma-

²⁵ Un muy completo e interesante estudio respecto de la jurisprudencia latinoamericana en materia de regulación de la sexualidad puede consultarse en Motta, Cristina y Sáez, Macarena (editoras), *La mirada de los jueces. Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*, T. II, Siglo del Hombre Editores y RedAlas, Bogotá, 2008.

rimonio, una de las cuales consiste en que el divorcio basado en la voluntad de uno o ambos cónyuges no procede por la pura intención de estos en este sentido, siendo indispensable la comprobación de un periodo de cese de la convivencia acreditado conforme a los exigentes medios probatorios prescritos por la ley (artículo 55 de la Ley de Matrimonio Civil)²⁶.

Por otra parte, la completa desprotección en que se encuentran las parejas entre personas del mismo sexo es otra clara manifestación de la decisión consciente del sistema jurídico en orden a no permitir el ejercicio de la sexualidad en términos marginales respecto del tipo de relaciones que para determinado sector ideológico es el ideal. En efecto, y como se sabe, determinado sector doctrinario postula que la forma *moral, natural, sana y buena* de ejercicio de la sexualidad es la práctica de esta entre heterosexuales (y dentro del matrimonio)²⁷. Por esto mismo es que no contamos con una protección ni de las uniones ni de los matrimonios entre personas del mismo sexo.

Otra demostración de la directa vinculación entre la regulación jurídica de la familia y la de la sexualidad está constituida por la pre-

eminencia que el derecho nacional continúa otorgándole a los hombres al interior de la familia. Si bien la normativa pertinente ha variado en una importante medida desde la entrada en vigencia del Código Civil, dicha manera de proceder da cuenta del mantenimiento entre nosotros de una ideología patriarcal que, en cuanto tal, se basa en la asignación de roles masculinos y femeninos sobre la base de una supuesta naturaleza humana en lo que a sexo de los individuos atañe. Se trata, entonces, de un conjunto de diferenciaciones basadas en el factor *sexo* o en el factor *género*. Como se sabe, la teoría del género postula que la asignación de roles masculinos y femeninos a hombres y mujeres respectivamente a lo largo de la historia, se explica antes que todo por razones culturales y no por razones biológicas, genéticas o relacionadas con una supuesta naturaleza humana única, como predicen las teorías patriarcalistas²⁸. Es precisamente de esta última perspectiva que el derecho nacional arranca sus prescripciones, ya que todavía permanece inmodificada en una alta medida la matriz de asignación de roles sociales en base al sexo (biológico) de los individuos. En efecto, la legislación patria circunscribe el papel de los hombres a cierto ámbito y el de las mujeres a otro. El ámbito reservado por el derecho de familia chileno a los hombres es el de la economía, el de la administración patrimonial, es decir, el de una faceta propia de la vida pública de la familia (relación con terceros); y a las mujeres el de cuidado del hogar y los hijos, es decir, el de una faceta propiamente privada de la vida familiar. Es por esto que el Código Civil le otorga preferentemente la administración de los bienes en la sociedad conyugal (artículos 1749 y 1754 del Código Civil) y la patria potestad de los hijos (gestión de su patrimonio) al varón (artículo 244 (2) del Código Civil); y el cuidado personal de la prole a la madre (artículo 225 (1) del Código Civil)²⁹.

²⁸ Para un muy buen estudio sintético de las diversas teorías del género, ver West, Robin, *Género y Teoría del Derecho*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2000.

²⁹ Un análisis de las normas de derecho de familia nacional a la luz de la teoría del género puede consultarse en Fries Monleón, Lorena y Matus Madrid, Verónica, *El Derecho. Trama y Conjura Patriarcal*, LOM-La Morada, Santiago, 1999. Un excelente

²⁶ Esta rigidez probatoria se aplica a los matrimonios celebrados con posterioridad a la entrada en vigencia de la actual Ley de Matrimonio Civil (2004), atendido lo dispuesto por el artículo 2º transitorio, inciso final, de la misma.

²⁷ Ver en este sentido, Congregación para la Doctrina de la Fe, *Las Uniones entre Personas Homosexuales. Consideraciones acerca de los proyectos de reconocimiento legal*, San Pablo, Santiago, 2003; y Corral Talciani, Hernán, "Regulación Legal de las Uniones Homosexuales. Un contrasentido para el Derecho de Familia", en *Estudios Jurídicos en Homenaje a los Profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheibing, Fernando Mujica Bezanilla, Hugo Rosende Subiabre*. Ediciones Universidad del Desarrollo, Santiago, 2007, pp. 249-264. El lector podrá encontrar una visión crítica de la pretendida heterosexualidad connatural a las relaciones de pareja en relación con el derecho chileno en Atala Riffo, Karen, "¿El parentesco es siempre de antemano heterosexual? a la luz del proyecto de ley sobre uniones de hecho en Chile", en *Parentesco*, Ediciones Ajá de Pollo, Buenos Aires, 2007, pp. 97-111. Para una visión crítica respecto de la forma *natural* de organización de la familia y de ejercicio de la sexualidad, ver Undurraga Valdés, Verónica, "Cultura y diversidad de Formas de Vida: La Homosexualidad", en *Revista del Centro de Estudios Públicos*, Santiago, Nº 103, invierno 2006, pp. 337 ss.

A mayor abundamiento, la ausencia de regulación en lo que a derechos sexuales y reproductivos de las personas y técnicas de reproducción humana asistida respecta, es una comprobación más de lo que hemos venido señalando. Esta ausencia de regulación, nuevamente, revela una opción legislativa (por omisión) que se traduce en que el desarrollo de la sexualidad humana y de la reproducción deben realizarse idealmente en el entorno de una familia matrimonial heterosexual, cuya descendencia, en la medida de lo posible, debe ser natural o biológica (o por adopción). Así, la omisión normativa en materia de derechos sexuales y reproductivos es una manifestación palmaria de la imposición de cierta ideología que está consciente que la concesión de derechos en este sentido implicaría el reconocimiento institucional por parte del Estado de la posibilidad de una vida sexual al margen de la familia *tradicional*, lo cual sería pernicioso en términos morales y de control social. Por su parte, la ausencia de regulación de las técnicas de reproducción humana asistida también supone una elección plenamente consciente por parte de nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que la ideología dominante en estas temáticas considera peligrosa una normativa como aquella, porque ciertos mecanismos de fertilización artificial implicarían la consolidación de la posibilidad de desarrollo de la vida sexual de las personas fuera de la institución matrimonial (e incluso al margen de la relación de pareja), porque significarían el reconocimiento legislativo de la desconexión entre relación sexual y reproducción y porque podrían involucrar que los homosexuales accedieran a ellas (individualmente o en pareja).

En síntesis, la ideología que hemos venido comentando y criti-

trabajo acerca de la jurisprudencia latinoamericana en materia de género y familia puede consultarse en Motta, Cristina y Sáez, Macarena (editoras académicas), *La mirada de los jueces. Género en la Jurisprudencia latinoamericana*, T. I, Siglo del Hombre Editores y RedAlas, Bogotá, 2008, pp. 267-362. Otro exhaustivo estudio puede consultarse en Cabal, Luisa, Lemaitre, Julieta y Roa, Mónica (editoras), *Cuerpo y derecho. Legislación y Jurisprudencia en América Latina*, Temis, Universidad de los Andes y Centro Legal para los Derechos Reproductivos y Políticas Públicas (CRLP), Bogotá, 2001.

cando tiene por clara finalidad el ejercicio del control social de la vida íntima de los ciudadanos (afectiva y sexual), así como la transmisión del mensaje simbólico consistente en que la mejor forma de construcción del proyecto de vida individual debe tener lugar dentro de determinado tipo de familia. Todo esto con los consecuentes rendimientos en otras áreas de la vida individual y social (economía, política, educación, etc.), cuya concreción en términos *óptimos*, en la mayor medida posible, es conscientemente esperada por los sectores ideológicos dominantes o hegemónicos.

d.- Familia y sexualidad en el estado democrático de derecho: La visión que ha logrado imponerse al interior del derecho chileno en materia de regulación de la familia y, consecuentemente, de la sexualidad de las personas (tributaria de una concepción ética universalista-sustancialista), contrasta grandemente con la forma de Estado y de sociedad que se imponen en la actualidad (por lo menos en términos teóricos) en el mundo "occidental". Así, y como ya anticipáramos, la normativa nacional en estas materias se opone en alta medida a los principios básicos del estado democrático de derecho (respeto por la diversidad de formas de vida, igualdad y no discriminación, libre desarrollo de la personalidad y derechos sexuales y reproductivos), en cuanto todavía sigue resguardando a un solo tipo de familia³⁰.

³⁰ Lamentablemente, a nuestro modo de ver, esta situación se ve agravada, por lo menos en términos simbólicos, a partir de la entrada en vigencia de la nueva Ley de Matrimonio Civil (2004), ya que en su artículo 1º este cuerpo normativo establece que *el matrimonio es la base principal de la familia*, oración que revela y consolida la preferencia por la familia matrimonial. Las siguientes ideas de Aldunate resultan relevantes a los efectos de comprender en este punto la ley del 2004: "La impresión que queda es que a cambio de regular el divorcio, se trató de reforzar el matrimonio elevándolo a una categoría que la Constitución no le da: ni más ni menos, que ser la base principal del núcleo fundamental de la sociedad. Sin poder distinguir aquí una ganancia normativa —los enunciados de este tipo en una ley no tienen el valor de la consagración del respectivo principio a nivel fundamental—, podría al menos decirse, con algo de humor, que el efecto de esta disposición es llevar a considerar el celibato como un comportamiento anti, o a lo menos, asocial ... Al agregar a la transcripción del texto constitucional el carácter de base principal de la familia que tendría el matrimonio, se pretende solem-

i.- En primer lugar, nuestra legislación en materia de derecho de familia y de regulación de la sexualidad, por acción o por omisión, choca frontalmente con el principio de respeto por la diversidad de formas de vida. Según este principio, en una sociedad democrática se deben respetar y hasta promover todas aquellas formas de vida que no signifiquen un atentado a los derechos fundamentales de las personas³¹.

En el anterior sentido, cabe señalar que el ordenamiento jurídico nacional desprotege a diversas formas de organización de la vida familiar y de ejercicio de la sexualidad que en nada atentan contra los derechos humanos de los individuos. Así, por ejemplo, la ausencia de regulación respecto de las uniones de hecho (entre hetero y entre homosexuales³²) y del matrimonio entre personas del mismo sexo involucra una infracción al mentado principio, en cuanto en una sociedad democrática la perspectiva ética que debe seguirse es una de índole pluralista y no una de matriz universalista-sustancialista que, en cuanto tal, postule la protección de una única forma de vida familiar o sexual.

nizar una declaración que, aun cuando meramente legislativa, tenga ecos de declaración fundamental. Se pasa por alto que, con ello, se produce un efecto reductivo del deber de protección a la familia consagrado en el artículo 1º inciso 5º de la Constitución Política de la República. Aunque solo sea con el carácter de base principal que le otorga al matrimonio el artículo 1º inciso 1º de la Ley Nº 19.947, a la luz del mandato legislativo la autoridad administrativa y judicial bien podría, llegado el caso, integrar la fuente constitucional con la fuente legal y acotar dicho deber constitucional de protección a la familia nuclear matrimonial". Aldunate Lizana, Eduardo, "El Derecho Esencial a contraer Matrimonio", en Vidal Olivares, Álvaro (coordinador), *El Nuevo Derecho Matrimonial Chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 41-42.

³¹ Para un estudio en detalle del principio en comento, ver Díaz-Polanco, Héctor, *Elogio de la Diversidad*, Siglo Veintiuno Editores, México, 2006; y Fetscher, Iring, *La Tolerancia. Una Pequeña Virtud Imprescindible para la Democracia*, Gedisa, Barcelona, 1999.

³² En relación con las parejas gay un exhaustivo estudio puede consultarse en Medina, Graciela, *Uniones de Hecho Homosexuales*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001. Por su parte, una completa exposición de las razones para la protección de las uniones y matrimonios entre personas del mismo sexo puede consultarse en Talavera Fernández, Pedro, *Fundamentos para el Reconocimiento Jurídico de las Uniones Homosexuales. Propuestas de Regulación en España*, Dykinson, Madrid, 1999; y en Hernández Paulsen, Gabriel, *Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo*, Editorial Arcis, Santiago, 2009 (en prensa).

Por su parte, la falta de una legislación específica en materia de derechos sexuales y reproductivos y de técnicas de reproducción humana asistida da cuenta de la despreocupación por formas de sexualidad construidas al margen de la *familia tradicional* y de la concepción clásica en materia de filiación, que entiende que a la paternidad o maternidad debe accederse idealmente por la vía de la relación sexual entre un hombre y una mujer en el marco de un matrimonio (o por la vía de la adopción).

ii.- En segundo lugar, la normativa que hemos venido criticando tampoco respeta el principio de igualdad y no discriminación³³, el cual importa que ante supuestos semejantes la protección dispensada por un determinado ordenamiento jurídico debe ser idéntica o similar³⁴.

En el anterior sentido, la no protección de las uniones de hecho (entre hetero y entre homosexuales) y del matrimonio entre personas del mismo sexo se opone al mencionado principio, en cuanto ante realidades semejantes (parejas afectivo-sexuales estables y en singulari-

³³ Estos principios se encuentran reconocidos en variados textos normativos, entre los cuales cabe destacar los artículos 1º y 19 Nº 2 de la Constitución y los siguientes artículos de instrumentos internacionales: artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículos 1, 2 (1) y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 14 de la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales; artículos 2 y 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2 (2) del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y artículos 1 (1) y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La discriminación negativa "puede definirse como toda conducta u omisión de autoridad pública o de particulares que distinga, excluya, restrinja, menoscabe o prefiera de manera arbitraria por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier otra circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción, preferencia o menoscabo, y que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública". Gil Domínguez, Andrés, Fama, María Victoria y Herrera, Marisa, *Derecho Constitucional de Familia*, T. I, ob. cit., p. 80.

³⁴ Para un estudio en profundidad de este principio, ver Palacios Zuloaga, Patricia, *La No Discriminación*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2006.

dad) el derecho decide proteger solo a un determinado tipo de ellas (matrimonio heterosexual).

Por su parte, en el caso de las parejas gays la desconsideración por parte del ordenamiento jurídico se basa en un factor de diferenciación prohibido por el derecho constitucional y por el internacional (la *orientación sexual*), sea de manera directa, en cuanto las uniones homosexuales son una forma de vida que en nada atenta contra los derechos fundamentales de las personas; sea de forma indirecta, en cuanto la consideración del factor orientación sexual a los efectos de la construcción de una diferenciación puede englobarse en el factor prohibido *sexo* o en la cláusula general contenida en variados instrumentos internacionales que prohíbe cualquier diferenciación basada en *toda otra condición social*³⁵.

Continuando en la senda de la igualdad y la no discriminación, cabe señalar que la ausencia de regulación en materia de derechos sexuales y reproductivos también representa una desconsideración no fundada en razones legítimas en democracia, que deja fuera de la protección estatal a las uniones entre heterosexuales y entre homosexuales, a los matrimonios entre personas del mismo sexo y a variadas técnicas de reproducción humana asistida que no involucren un atropello de los derechos fundamentales de los individuos.

Luego, y para terminar con la cuestión de la igualdad y la no discriminación, no cabe menos que constatar que todas aquellas normas que establecen diferenciaciones entre hombres y mujeres constituyen una manifiesta infracción a tales principios. En efecto, todas estas discriminaciones se basan en el factor prohibido *género* o *sexo*, es decir, y como hemos señalado, parten del supuesto que la asignación de roles masculinos y femeninos es natural y no cultural.

³⁵ En relación con la discriminación contra las uniones homosexuales, ver Cuvil Rodríguez, Manuela, *El Derecho a la No Discriminación por Motivo de Orientación Sexual en la Jurisprudencia Internacional de Derechos Humanos*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2002; y Palacios Zuloaga, Patricia, *La No Discriminación*, ob. cit., pp. 77-78 y 114 ss.

iii.- En tercer lugar, las anteriores constataciones también suponen un atentado flagrante contra el principio de libre desarrollo de la personalidad³⁶, ya que los proyectos de vida elegidos por muchos individuos para su mayor bienestar no son reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico, no obstante su clara legitimidad democrática. Así, el hecho que miles de ciudadanos que han decidido organizar su vida de pareja al margen del matrimonio no tengan una tutela jurídica, constituye un poderoso impedimento para estos en orden a que puedan contar con las herramientas institucionales que les permitan realizarse en términos materiales y espirituales. Lo mismo puede sostenerse respecto de las personas que necesitan someterse a una determinada técnica de reproducción humana asistida que sea idónea a la situación en que se encuentran. Y otro tanto puede decirse respecto de las mujeres (principalmente de las casadas en sociedad conyugal), que son tratadas por el derecho nacional como si naturalmente (y no culturalmente) les correspondiera un determinado rol que el derecho debe perpetuar.

iv.- Por último, las anteriores falencias de nuestro derecho en las materias tantas veces reseñadas constituyen una evidente vulneración de los derechos sexuales y reproductivos de miles de compatriotas que en nuestro medio no cuentan con ninguna protección³⁷. Así, el silencio legislativo en materia de uniones de hecho les impide a las personas

³⁶ Pienso que aun cuando este derecho no se reconozca expresamente en nuestra Constitución, es perfectamente posible sostener que sí está garantizado, atendido lo dispuesto en su artículo 1º, inciso 4º, que establece: "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece". Por su parte, en el siguiente inciso se atribuye al Estado el deber de "asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional". Un importante ejemplo de consagración expresa de este derecho lo encontramos en el artículo 10 de la Constitución española.

³⁷ Un importante documento en materia de derechos sexuales y reproductivos es el denominado *Principios de Yogyakarta*. Ver <http://www.movilh.cl/documentacion/principiosyogyakarta.doc>

que han decidido organizar su vida familiar en el marco de una convivencia no matrimonial desarrollar su vida sexual bajo la tutela del derecho como mejor les parezca. Lo mismo acontece ante el silencio normativo en materia de fertilización asistida, ya que por el hecho de no haber regulación al respecto no es posible concluir con certeza cuáles mecanismos resultan jurídicamente aplicables, sobre todo considerando la ideología conservadora que se impone en estas temáticas. El único artículo de una ley con que contamos en este sentido (el 182 del Código Civil) solo permite la aportación de material genético (gametos) por parte de un individuo ajeno a la pareja que se somete a la respectiva técnica, pero nada dice, por ejemplo, respecto de la garantía de acceso a las técnicas de reproducción humana asistida, de la forma de manifestación del consentimiento, de la onerosidad o gratuidad del acto de aportación o de la posibilidad de aplicación de la maternidad subrogada (arrendamiento de útero). Aparte de lo señalado, lo único que hace esta norma es impedir el sometimiento a cualquiera de las mencionadas técnicas a las parejas entre personas del mismo sexo y a personas que no se sometan a ellas en pareja³⁸.

En la siguiente parte profundizaremos respecto de la cuestión de la regulación de la sexualidad y los derechos sexuales y reproductivos.

³⁸ Cabe agregar que la desprotección en que se encuentran determinadas familias en nuestro derecho atenta contra el derecho a la vida familiar o a fundar una familia, reconocido por el artículo 2º (1) de la Ley de Matrimonio Civil y por variados instrumentos internacionales, entre los cuales destacan los siguientes: Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 16, párrafo tercero); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo VI), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23, segundo párrafo) y Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 17, segundo párrafo).

II.- La sexualidad en el derecho chileno³⁹

a. Matrimonio, sexualidades y jerarquías

La prescripción sobre un deber-ser en el orden sexual está impreso en el derecho y las normas sociales que la comunidad se da. Ella se identifica con un orden genérico que integra las formas de ver la familia, las identidades sexuales y los derechos de las personas en estas esferas.

Como ya fuera señalado en la primera parte de este artículo, la construcción del orden familiar ha sido construida desde un ideal familiar, una institución, tal como reza la Constitución: el pilar de la sociedad. Ese orden familiar está concebido a partir de ciertas relaciones genéricas en el orden familiar, las que se fundamentan precisamente en determinados deberes o funciones que tienen las mujeres y los hombres en ese espacio.

La categoría “género”, o las relaciones genéricas dicen aluden a las características atributos, cualidades que se le entregan a las personas por el sexo que tienen, es decir, la existencia de una categoría biológica determinada, y cómo es el ser macho o hembra lo que va construyendo un imaginario de lo que es ser mujer u hombre, se atribuyen roles, características, pues se consideran que estas características están naturalizadas. Las mujeres se espera que sean tiernas, maternales, y los hombres sean racionales y fuertes, a ello se refiere un sistema binario y dicotómico de construcción de género. Ello, además, se suma a un orden jerarquizado, esto que no se reduce sólo la forma en que construimos los sujetos, sino también cómo las funciones y las características que atribuimos son valoradas socialmente, lo cual se es cosustancial en el derecho⁴⁰.

Así, hay conceptos arraigados y aceptados socialmente, obedeciendo a un llamado “orden natural” de la familia que lleva implícitos ciertos contenidos y consecuencias.

³⁹ Esta segunda parte fue escrita por la profesora Lidia Casas.

Para las feministas, en el orden familiar articulan diversos ejes: la sexualidad, que se entiende solo como natural cuando se produce entre personas de distinto sexo; la reproducción, solo natural, es decir, donde interviene mínimamente la tecnología y la existencia de un orden cierto productivo económico. En cada uno de ellos se expresan roles estereotipados que mantienen a la mujer/madre responsable del cuidado y la crianza (el orden productivo doméstico) y al hombre como proveedor. Pero niegan a su vez la condición de familia aquellos arreglos familiares que se “desvían” de lo que naturalmente se espera de las familias. Si bien podemos decir que hemos tenido importantes avances en el reconocimiento de distintos órdenes familiares y no se piensa en “la familia” sino en “las familias”, como ha sido el reconocimiento de ciertos derechos de las parejas de hecho, especialmente en el campo de la seguridad social⁴¹.

Para algunos la incapacidad biológica de las parejas del mismo sexo de generar prole es el límite para reconocerlas como familias en cuanto ‘fundamento de la sociedad’⁴². En la medida que no puedan generar por sí mismos hijos a través de relaciones sexuales les impide satisfacer el mandato de reproducir la especie⁴³. Esta posición construye y reafirma un tramado en que se define ‘la familia’ a partir de la sexualidad y la reproducción, que en algunos casos sería solo eventual, si es que los cónyuges desean o pueden tener hijos biológicos. Igualmente resulta un argumento insuficiente, pues hombres o mujeres pueden tener hijos propios, o las mujeres concebirlos a través de técnicas de reproducción asistida, pues nada lo impide.

⁴⁰ En este sentido se puede revisar Frances Olsen, *El sexo del derecho*, traducido por Mariela Santero y Christian Courtis, en *Critical Legal Theory*, Christian Courtis ed., Universidad de Buenos Aires, 2000.

⁴¹ Barrientos Grandón, Javier y Novales Alquézar, Aránzau, *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno*, ob.cit., p. 21

⁴² Barrientos Grandón, Javier y Novales Alquézar, Aránzau, *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno*, ob. cit., p. 23.

⁴³ Barrientos Grandón, Javier y Novales Alquézar, Aránzau, *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno*, ob. cit., p. 23.

Eso no quiere decir que el derecho, y particularmente la actividad judicial esté cerrada al nuevo contexto social y cultural que vivimos. Un juez en un juicio de tuición de una madre lesbiana señaló que la conformación de personas del mismo sexo conformaban una familia en el sentido lato: “la familia [es] un grupo social unido entre sí por vínculos de consanguinidad, filiación (biológica o adoptiva) y de alianza incluyendo las uniones de hecho cuando son estables (...) dicho concepto es lo suficientemente amplio para comprender en él las distintas realidades que se dan en nuestra sociedad, teniendo siempre presente que el concepto de familia se encuentra en constante evolución y que es esencialmente relativo ya que variará según la época y el lugar que sea factor de análisis”⁴⁴.

De una manera similar, también hay un reconocimiento cuando el Tribunal de Garantía de Combarbalá condenó a una personas “trans” por el maltrato habitual que ejercía en contra de su pareja y su hijo, todo lo cual fue afirmado por la Corte de Apelaciones de La Serena⁴⁵.

En estas decisiones judiciales se aprecia una similitud, pues hacen un esfuerzo argumentativo para satisfacer el principio de igualdad, entendida que estando las personas ante las mismas condiciones fácticas que otras (los heterosexuales) deben ser igualmente protegidas los *gays* y las lesbianas que se encuentren en uniones de hecho. Así como son distintos los resultados finales también. En el primer caso, “López con Atala”, el reconocimiento fue efímero, pues la Corte Suprema decidió que la madre lesbiana, y que había tenido la tuición de sus hijas desde la separación de su cónyuge, no podía mantener la crianza y el cuida-

⁴⁴ La cita corresponde al Informe de la Comisión Nacional de la Familia, que incorporó el Juzgado de Letras de Villarrica en “Jaime López Allende contra Jacqueline Karen Atala Riffo”, 29 de octubre de 2003. Citado en Vaggione, Juan Marco, *La familia más allá de la heteronormatividad*, en: *La Mirada de los Jueces. Sexualidades Diversas en la jurisprudencia latinoamericana*, Tomo II, ob. cit., p. 71.

⁴⁵ Juzgado de Garantía de Combarbalá, Delito de maltrato habitual Honorino Esteban Muñoz Tapia, causa RUC 0600284381-k, RIT 99-2006, 14 de noviembre de 2005. Confirmado por la Corte de Apelaciones de La Serena, 8 de enero de 2007.

do en razón de su lesbianismo. Como señala Vaggione “[L]a heteronormatividad como estructura de poder asume que las capacidades biológicas, morales y legales de ser padres o madres se convierte en regla en las parejas heterosexuales”⁴⁶.

Para el derecho resulta más problemático la legitimación de las parejas del mismo sexo, y consecuentemente todo lo que tenga que ver con la conformación de una unidad familiar que tenga hijos o pueda tenerlos, que otorgar protección de la violencia a los miembros que la pueden estar experimentando. De hecho, una encuesta realizada durante la Marcha del Orgullo LGBT⁴⁷ en Santiago en el 2007 mostró que si bien, los participantes señalaban estar mayoritariamente de acuerdo en que las parejas del mismo sexo pudieran tener hijos o adoptar (76,7%), una aplastante mayoría supone que los chilenos no acepta que ellos puedan tenerlos o adoptarlos (88,5%)⁴⁸.

Ello explicaría las estrategias del movimiento de diversidad sexual de lograr una sociedad más justa a partir de la inclusión de las minorías sexuales, por ejemplo en sus arreglos familiares haciendo que sus relaciones sean reconocidas y puedan heredar, o mantener la tuición de sus hijos⁴⁹, pero como hemos visto una cosa es tolerar y otra distinta es reconocer.

⁴⁶Vaggione, Juan Marco, *La familia más allá de la heteronormatividad*, ob. cit., p. 45. Es posible sostener que en la medida que media un acuerdo entre las partes y que no se cuestiona la habilidad del padre o madre lesbiana, él o ella podrán mantener el cuidado de sus hijos, como quedó establecido en un reciente caso en el Tribunal de Familia de Puente Alto.

⁴⁷Es una sigla que incluye a los gays, lesbianas, bisexuales, transgéneros.

⁴⁸Barrientos, Jaime, Meza, Patricio, Gómez, Fabiola, Catalán, Susan, Longueira, Jimena y Silva, Jimena, *Política, Derechos, Violencia y Diversidad Sexual: Primera Encuesta Marcha del Orgullo y Diversidad Sexual-Santiago de Chile 2007*, Centro Latinoamericano de Sexualidad y Derechos Humanos e Instituto de Medicina Social de la Universidad del Estado de Río de Janeiro, Santiago, 2008, pp. 55-56.

⁴⁹Vaggione se refiere a estas como estrategias asimilacionistas, pues busca que los arreglos familiares le den los mismos derechos y privilegios que las parejas heterosexuales. Vaggione, Juan Marco, *La familia más allá de la heteronormatividad*, ob. cit.

b. La sexualidad en el derecho

Este enfrentamiento en el derecho y en los límites de este se produce porque la sexualidad y la forma en que se ejerce resulta contestataria a un orden moral/religioso imperante⁵⁰. La sexualidad es concebida bajo el binomio matrimonio y reproducción, lo cual acredita el buen comportamiento sexual⁵¹. La sexualidad siempre se ha hecho presente en el derecho: para sancionar todas aquellas manifestaciones que quedaran al margen de ella: el adulterio (con todos los sesgos de género), la punición de las relaciones sexuales consentidas entre personas del mismo sexo⁵² y cualquier otra ofensa al pudor, el orden familiar o las buenas costumbres⁵³.

El comportamiento sexual *desviado* de las mujeres fuera del espacio “familiar-matrimonial” era castigado de distintas maneras. Mientras a los hombres se les permitía mantener otras familias al margen del orden matrimonial⁵⁴, a las mujeres se les sancionaba moral y jurídicamente⁵⁵ teniendo que experimentar el no reconocimiento del hijo “huacho” usando la expresión de la antropóloga Sonia Montecino⁵⁶, conce-

⁵⁰Vaggione, Juan Marco, *La familia más allá de la heteronormatividad*, ob. cit.

⁵¹Miller, Alice, *Sexuality and Human Rights. Discussion Paper*, International Council on Human Rights, Geneva, 2009, p. 21

⁵²Esta era la figura de la sodomía simple contemplada en el artículo 362 inciso 1° del Código Penal.

⁵³Todavía se usa la norma genérica del artículo 373 del Código Penal, que establece “Los que de cualquier modo ofendieren el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia (...) sufrirán la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio”.

⁵⁴Ver también Salazar Vergara, Gabriel y Pinto Vallejos, Julio, *Historia Contemporánea de Chile IV, Hombres y Feminidad*, LOM Historia, Santiago, 2002, pp. 114-121. Salazar y Pinto sostienen que el eje de la doble moral sexual fue distinta de acuerdo a la clase social a la que se pertenecía, con las distintas implicancias económicas, políticas y sociales.

⁵⁵Antiguo art. 375 del Código Penal que señalaba que “comete adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el que yace con ella sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio”.

⁵⁶Montecino, Sonia, “*Madres y Huachos*”, en *Madres y Huachos alegorías del mestizaje chileno*, Editorial Sudamericana, Santiago, 1991, pp. 42-61.

bido o nacido fuera de las reglas de un orden jurídico-moral diferenciado para hombres y mujeres. Lo mismo ocurría con el hijo que nacía de una relación al margen del orden preestablecido, pudiendo tener una de las tantas categorías de hijos ilegítimos del Código como ya lo hubiéramos dicho. Los hombres solo serían sancionados cuando el marido tuviera manceba dentro de la casa conyugal, o fuera de ella con escándalo⁵⁷. La derogación del adulterio no pasó desapercibida, y hubo voces que propugnaron mantener e igualar la sanción tanto para hombres como para mujeres a fin de asegurar el buen comportamiento sexual de los cónyuges y el deber de fidelidad y lealtad de los cónyuges⁵⁸. Actualmente, el adulterio quedó como una causal del divorcio en conformidad con el artículo 131 del Código Civil.

Ha sido parte de la agenda del movimiento de la diversidad y el reconocimiento de los derechos sexuales que las personas cuya sexualidad no se ajuste a los parámetros de la normalidad sexual queda exenta de reproche penal, lo cual han conquistado con la despenalización de la sodomía en 1999⁵⁹. Sin embargo, esa modificación no tocó a todos, y se mantiene, hasta la actualidad, la penalización de las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo cuando ellas no han alcanzado la mayoría de edad. La penalización del sexo entre otros resulta una paradoja, pues la violencia se dirigía al comportamiento sexual 'desviado' de los hombres, siendo inimaginable que dos mujeres pudieran tener sexo entre ellas⁶⁰.

Sobre la mantención de la penalización de la sodomía entre adolescentes competentes para consentir⁶¹ se vuelve a la idea de una hegemonía normativa y social del modelo de heterosexualidad. Ello es

⁵⁷ El antiguo artículo 381 del Código Penal.

⁵⁸ Ley 19.335, 23 de septiembre de 1994.

⁵⁹ Ley 19.617, 12 de julio de 1999.

⁶⁰ Sutherland, Juan Pablo, "La Diversidad Sexual comienza a salir del clóset", en *Sexo y Derechos. Las nuevas batallas por la igualdad*, LOM, Santiago, s/a, p. 35.

⁶¹ Entendemos por competencia o hábiles para consentir todos aquellos adolescentes mayores de 14 años que de acuerdo a las reglas generales del Código Civil pueden consentir en actos de índole sexual.

posible explicarlo porque estemos dispuestos socialmente a tolerar que haya personas adultas *distintas*, pero no es igualmente aceptable que de buenas a primeras los y las adolescentes estén en condiciones de asumir una condición, un estatus, una identidad sexual distinta a la que la regla social impone. Ello aparece en ocasiones manifiesto en los establecimientos escolares que sancionan a los alumnos o alumnas cuya sexualidad sea notoria y públicamente distinta⁶².

c. Sexualidad y adolescencia

Pero también hay otras narrativas complementarias y que se relacionan con la sexualidad juvenil que se encuentra negada, a tal punto, que una sociedad, y particularmente nuestra élite, supone que exponer a los/as adolescentes a conversaciones sobre sexualidad significará abrirlos al mundo de lo sexual del cual los debemos proteger, pese a la evidente exposición de la sexualidad en los medios de comunicación. La protección a los adolescentes importa silencio o negación de la sexualidad, casi como si estos fueran asexuados, y su sexualidad, cualquiera que ella resulte problemática, especialmente el de las niñas.

Esto se manifiesta en lo que ha ocurrido en el plano de la educación sexual. La Comisión que sesionó en 2004-2005 para evaluar las Políticas de Educación Sexual implementadas desde 1993 en adelante, tomó nota de que, a pesar de ellas, los establecimientos no avanzaron en propuestas curriculares que fueran sostenidas en el tiempo para incluir temáticas de sexualidad. Las JOCAS –Jornadas de Conversación sobre Afectividad y Sexualidad– instauradas en 1995 encontraron una resistencia organizada cuando partieron en 1996. La jerarquía de la

⁶² Casas, Lidia, Ahumada, Claudia y Ramos, Liliana et al., *La convivencia escolar: componente indispensable del derecho a la educación. Estudio de los Reglamentos Escolares*, en *Revista Justicia y Derechos del Niño* N° 10, 2008, pp. 317-40. En: <www.unicef.cl/public/archivos_documento/263/Justicia_y_Derecho_10_finalweb2008_arreglado.pdf> Visitado 24 de agosto de 2009.

Iglesia Católica declaró que la iniciativa carecía de “valores morales” y que la sexualidad es un asunto privado que solo puede ser hablado en familia⁶³; este discurso fue compartido por la oposición política y la Federación de Instituciones Educativas Privadas –FIDE– estrechamente vinculada a la Iglesia Católica. En 1999, menos del 37% de todas las escuelas que reciben financiación pública implementaron las JOCAS⁶⁴. Las JOCAS posteriormente se paralizaron como una iniciativa oficial, aunque algunas escuelas siguen aplicando el modelo. Desde 1999, Chile ha experimentado un vaivén de iniciativas pilotos para tratar de instalar programas de educación sexual en las escuelas, con distintos momentos de conflictos entre actores políticos y sociales y bajo los distintos gobiernos de la coalición gobernante.

Así como se les ha negado a los adolescentes contar con una formación integral y que se les reconozca como sujetos de derechos y sexuados, se escucha evidencia anecdótica en los medios de comunicación de aquellos casos de estudiantes sancionados (expulsados, suspendidos o que les cancela su matrícula) entre otras cosas por su comportamiento sexual. Hasta hace algunos años fueron comunes las expulsiones a las adolescentes embarazadas, pues su situación no era considerada acorde con los valores morales o la normativa escolar. Los casos en tribunales han sido resueltos con diferentes resultados⁶⁵, y no siempre pensando en la protección de los estudiantes. Las escuelas han argumentado que una vez que los padres o una familia matriculan a un

⁶³ Guerrero, Elizabeth, Provoste, Patricia y Valdés, Alejandra, *La desigualdad olvidada: Género y Educación en Chile*, en *Equidad de Género y reformas educativas*, Hexagrama Consultoras, FLACSO-Buenos Aires & Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos Universidad Central de Bogotá, Santiago, 2006, pp. 123-124.

⁶⁴ Guerrero, Elizabeth, Provoste, Patricia y Valdés, Alejandra, *La desigualdad olvidada: Género y Educación en Chile*, en *Equidad de Género y reformas educativas*, Hexagrama Consultoras, FLACSO-Buenos Aires & Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos Universidad Central de Bogotá, Santiago, 2006, pp. 123-124.

⁶⁵ Casas, Lidia, Correa, Jorge y Wilhelm, Karina, *Descripción y análisis jurídico acerca del derecho a la educación y discriminación*, en *Cuadernos de Análisis Jurídico* N° 12, Universidad Diego Portales, Santiago, 2001, pp. 115-230.

estudiante, aceptan y son conscientes de las normas que rigen, por lo tanto, ni los padres ni los estudiantes pueden quejarse de los procedimientos o de cualquier sanción impuesta en caso de trasgresión a las mismas. Lo que hacen prevalecer es la libertad de enseñanza y las normas de la propia comunidad, en este caso de los sostenedores del establecimiento, sea este municipal o particular subvencionado⁶⁶.

Un estudio realizado sobre reglamentos escolares en Santiago da cuenta de reacciones variadas hacia la homosexualidad de parte de las comunidades educativas⁶⁷. Todos los estudiantes entrevistados hablaron de la presencia de compañeros gays y lesbianas, sin embargo, los directores o docentes de los mismos establecimientos actuaban y se referían a ellos como si no existieran. Una respuesta común entre los estudiantes fue que ‘los gays’ no eran discriminados en tanto no tuvieron una actitud abiertamente homosexual o lésbica. Un director señaló que no debía estar obligado a aceptar aquello que la sociedad no ha aceptado. Las entrevistas a estudiantes y apoderado/as dan cuenta de los casos de expulsión o cancelación de matrícula por la orientación sexual. Es interesante notar que estas opiniones, a la luz de una encuesta realizada entre estudiantes y profesores, sostuvieron que el 79% y 81%, respectivamente, que las lesbianas ni homosexuales no deben ser obligados a ocultar su orientación sexual⁶⁸.

También la referida encuesta se refiere a la discriminación du-

⁶⁶ Para apreciar el sentido sobre el alcance de la libertad de enseñanza como un valor preponderante, ver Fernández, Miguel A., *La Libertad de Enseñanza ante el Tribunal Constitucional*, Estudios de Derecho Actual 2, Universidad de los Andes, Santiago, 2005.

⁶⁷ Casas, Lidia, Ahumada, Claudia y Ramos, Liliána et al., *La convivencia escolar: componente indispensable del derecho a la educación. Estudio de los Reglamentos Escolares*, en *Revista Justicia y Derechos del Niño* N° 10, 2008, pp. 317-40. En: <www.unicef.cl/unicef/public/archivos_documento/263/Justicia_y_Derecho_10_finalweb2008_arreglado.pdf> Visitado 24 de agosto de 2009.

⁶⁸ Ministerio de Educación, Comisión de Evaluación y Recomendaciones sobre Educación Sexual, Santiago, 2005, p. 43.

rante el embarazo, ella mostró que el 90% de los padres declaró que las niñas no deben ser expulsadas o sancionadas, el 82% de los estudiantes opinó lo mismo, mientras que el 75% de los profesores respondió solo afirmativamente⁶⁹. En este sentido, un director de un establecimiento reconoció que solo modificaron el reglamento escolar cuando la ley prohibió la discriminación por razón de embarazo.

La sexualidad juvenil también se enfrenta cuando se trata de vincularla a la idea de reproducción, y que se ha reiterado en las polémicas judiciales en torno a la distribución de la “píldora del día después” a los adolescentes mayores de 14 años. Se ha argumentado que los padres son los únicos que deben hablar con sus hijos sobre la sexualidad, y no el Estado. Sin embargo, ello no ocurre en la mayoría de los hogares y muchos se aferran a seguir manteniendo un discurso en torno a la abstinencia y negación de la sexualidad y temas que quedarían confinados al espacio familiar. Así se mantiene una cultura del silencio, pese a que la experiencia demuestra que los adolescentes acceden a información sobre sexualidad en los medios de comunicación y no de sus familias⁷⁰.

La escuela también sanciona la conducta sexual. A finales de 2007 la prensa informó que un par de adolescentes fueron suspendidos cuando solicitaron información al orientador del liceo sobre el uso de la “píldora del día siguiente”. La sanción fue levantada una vez que el Ministerio de Educación intervino.

La ausencia del ejercicio de nombrar derechos relativos a la sexualidad (y la reproducción) queda en evidencia en el reciente caso ante el Tribunal Constitucional –en adelante TC– sobre la “píldora del día después” (o anticoncepción de emergencia, AE) y las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fecundidad del Ministerio de Salud⁷¹.

⁶⁹ Ministerio de Educación, ob. cit., p. 23.

⁷⁰ Ministerio de Educación, ob. cit.; y Suárez, C, Navarrete, D., Riffo, P. et al. *Temas de la sexualidad que preguntan adolescentes en la prensa*, en *Revista SOGIA* 2004; 11(3):85, en <<http://www.cemera.cl/sogial/pdf/2004/XI3temas.pdf>> Visitado 24 de agosto 2009.

⁷¹ Tribunal Constitucional, Rol 740-07, 22 de abril 2008. En <www.tribunalconstitucional.cl> Visitado 24 de agosto 2009.

La sexualidad femenina, con el uso de las tecnologías anticonceptivas rompe con la dupla sexualidad-reproducción. Las mujeres pueden tener encuentros sexuales sin o con menores riesgos de tener embarazos no deseados. El extenso fallo del TC enuncia de una manera tangencial los derechos sexuales y reproductivos. Se elude una serie de cuestiones centrales sobre la vida de las mujeres y las personas relativas a su sexualidad y autonomía. En lo tocante a los adolescentes, los requirentes del recurso fundamentaron este en que si ellos/as pudieran acceder a consejería, prescripción de métodos y servicios de salud sexual y reproductiva en confidencialidad y sin notificar a los padres, se violaría el derecho constitucional de los padres a educar a sus hijos.

El Tribunal Constitucional plantea que el derecho de los padres a educar a sus hijos tiene dos vertientes: la enseñanza formal toda vez que los padres eligen el establecimiento educacional en que desean educar a sus hijos conforme a su ideario educativo, y luego, la enseñanza informal que se produce en el núcleo familiar⁷². En este punto, el TC discurre acerca de la presunta violación al derecho de los padres. Señala que la educación sexual se fundamenta en valores que entrega la familia, y que sería inconstitucional excluir a los padres de la formación a sus niños y adolescentes. El Ministerio de Salud al expedir las Normas Nacionales “no vulneran el derecho a los padres a educar a sus hijos ni les impiden el cumplimiento del deber que les incumbe, al establecer la consejería a adolescentes en un marco de confidencialidad sin consentimiento ni conocimiento de los padres (...) Las normas sobre consejería en condiciones de confidencialidad no impiden, en efecto, a los padres de los adolescentes escoger el establecimiento educativo de sus hijas ni transmitir a estas conocimientos y valores sobre la vida sexual, lo que es suficiente para rechazar el requerimiento en esta parte, sin que dichas normas vulneren el ejercicio legítimo de los derechos de las adolescentes, que también debe ser respetado”⁷³. (Énfasis nuestro).

⁷² Considerando 15°.

⁷³ Considerando 16°.

En todo caso, el TC reproduce estereotipos de género a través del lenguaje que usa: advierten que la educación sexual, o la consejería en salud sexual y reproductiva es relevante para las *hijas* a quienes se les debe transmitir conocimientos, como si los adolescentes varones no tuvieran iguales responsabilidades en la reproducción, o que tal consejería y servicios no fuera igualmente necesarios para la prevención de embarazos o de infecciones de transmisión sexual, incluido el VIH/SIDA.

En todo caso es notable, pues este es uno de los escasos pasajes en que el TC se hace cargo del ejercicio de derechos. No obstante, no enuncia ni menos insinúa cuáles serían. Es posible que el solo hecho de nombrarlos le otorgue una legitimidad que no se quiere dar, y por ello el silencio es relevante.

La Corte advierte acerca del impacto de su decisión, y sostiene que esta tiene importantes consideraciones afectivas para las personas. Esta es la única prevención en que se alude a los sujetos, las mujeres invisibles y principales beneficiarias, de la norma impugnada. Pero en esto también yerra la Corte; la adopción de su decisión no es una cuestión de afectación a los *sentimientos* de las personas, sino de los *derechos* de las personas, reconocer que hará prevalecer el derecho a la vida de los eventuales embriones en riesgo *versus* el derecho a la integridad, intimidad y salud de miles de mujeres⁷⁴. Respecto de estas no cabe duda que son titulares de derechos que este fallo vulnera sin siquiera justificar. La Corte procede como si las mujeres no existieran o carecieran de derechos constitucionales y el derecho a la igual protección.

El cuestionamiento a las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad respecto de los adolescentes tenía un antecedente previo: en septiembre de 2006, cuando se expidieron las normas técnicas hubo alcaldes que se opusieron judicialmente a la entrega de métodos a los adolescentes, y particularmente el uso de la AE. Se sumaron un par padres que reclamaron que la decisión de la autoridad sanitaria vulneraba

⁷⁴ Escapa a un trabajo como este discutir si en verdad los embriones son titulares del derecho a la vida con la misma calidad de titular que las personas nacidas.

los derechos constitucionales que amparan la protección de la familia, y particularmente el derecho de los padres a educar a sus hijos⁷⁵.

En octubre de 2006 la Corte de Apelaciones de Santiago se pronunció respecto de la entrega de la anticoncepción de emergencia a adolescentes, sosteniendo,

“7°.- Que en lo que al derecho de libertad de educación se refiere y al deber del Estado de otorgar especial protección a su ejercicio, esta Corte no advierte que se le haya afectado, porque en la expresión que nos preocupa, derecho preferente de los padres, la medida en cuestión no la alcanza porque además de no estar orientada a influir en la adopción de conductas no impide su ejercicio, cual es lo que se encuentra garantido. Los padres, no obstante el acto cuestionado, siempre podrán educar a sus hijos en las cuestiones de la sexualidad y la regulación de la fertilidad de la manera que en su concepto les parezca adecuada, incluso expresamente podrán formarlos para que no recurran en circunstancia alguna a la ingesta del anticonceptivo de emergencia, sin que su afán de contrariar la política gubernamental pueda acarrearles consecuencia negativa alguna, porque importa el ejercicio del derecho constitucional de educar a los hijos”⁷⁶.

En otras palabras, y sin innovar, lo que hace el Tribunal Constitucional es reiterar lo señalado por los ministros de la Corte en el 2006.

La Corte de Apelaciones de Santiago en 2006 consideró que impedir la entrega de la píldora a las adolescentes en el sistema público de salud en forma gratuita era una vulneración del derecho a la igualdad, pues precisamente la satisfacción de ese derecho se producía si las

⁷⁵ *La Tercera*, “Alcaldes UDI se suman rechazo a la píldora a los 14 años”, 5 de septiembre de 2006. Citado en Casas, Lidia, *La Saga de la anticoncepción de emergencia en Chile*, Serie de Documentos Electrónicos N° 2, Flacso, Santiago, 2008. En: <http://issuu.com/flacso.chile/docs/2008.11.genero> Visitado el 24 de agosto de 2009.

⁷⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, “Zalaquett y otros contra Ministra de Salud”, 10 de noviembre de 2006.

mujeres de recursos podían adquirirla en el mercado, y no así las jóvenes en el sistema público:

“9º.- [...] el anticonceptivo se vende en farmacias con receta médica, de suerte tal que no es posible identificar razones que justifiquen que no sea proporcionado en el sistema estatal con la intervención de profesionales, el que ciertamente ofrece suficientes garantías de razonabilidad al haberse previsto un coherente conjunto de indicaciones que han de ser observadas al momento de la prescripción”⁷⁷.

Sobre el imperativo de igualdad que debe prevalecer, la decisión del Tribunal Constitucional sobre la posibilidad de que mujeres usuarias del sistema público de salud puedan adquirir libremente el fármaco señala que “El fallo tampoco podrá tener otro alcance que la declaración de inconstitucionalidad de los respectivos capítulos del Decreto Supremo N° 48 que han sido objeto del requerimiento y no se pronunciará acerca de la comercialización de producto farmacéutico alguno”⁷⁸. Así las cosas, el Tribunal está consciente que no tocaría los registros sanitarios para los medicamentos actualmente disponibles en el mercado, y que su fallo produciría un régimen jurídico diferenciado dependiendo del sistema de salud al que las mujeres estén afiliadas.

En este somero recorrido es notorio la tensión y el cambio. La tensión, pues los paradigmas establecidos se cuestionan y se aprecian los cambios a veces mínimo, pero dan cuenta de las lentas transformaciones sociales, culturales y jurídicas.

El derecho puede ser un instrumento de cambio social, pero también puede ser el último bastión de la mantención del *statu quo*. Así las contradicciones se mantendrán entre el contexto social y las normas que deben resolver los conflictos sociales.

⁷⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, “Zalaquett y otros contra Ministra de Salud”, 10 de noviembre de 2006.

⁷⁸ Comunicado Tribunal Constitucional, en <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/tribunal/noticias/ver/27> Accesado el 27 de mayo de 2008.

En la medida de que exista mayor sintonía entre la realidad y las normas, nuestra percepción es que no seguiremos viviendo en una sociedad con fuertes contradicciones.