

Revista del Magíster y Doctorado en Derecho

ÉTICA Y DERECHO DE FAMILIA EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO*.

Gabriel Hernández P.

RESUMEN

El derecho de familia es una de las ramas del derecho que históricamente más se ha enfrentado a reformas de envergadura. El autor configura un análisis de los fundamentos éticos que subyacen al derecho de familia, lo que lo lleva a sostener que una comprensión cabal y una reflexión crítica de esta rama del derecho solo pueden provenir desde una fundamentación ética que sea capaz de dotar de legitimidad al Estado democrático de Derecho.

I. CONSIDERACIONES GENERALES.

Como se sabe, el derecho de familia es uno de los que históricamente ha enfrentado más reformas de envergadura y se encuentra en tránsito de enfrentar otras tantas de la más alta importancia. Además, no cabe duda que gran parte de sus problemáticas son de las que más debate doctrinario generan. Ello se debe, probablemente, a que sus temáticas más salientes están cruzadas en alta medida por consideraciones y factores que trascienden con creces los estrechos límites del derecho. Como en ninguna otra rama del conocimiento jurídico se demuestra, en el caso de este

*Este texto se basa en dos anteriores de mi autoría, a saber: 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*, 2008, editorial Arcis, Santiago, páginas 17-52; y Hernández Paulsen, Gabriel, "Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo en el Estado Democrático de Derecho", en Guzmán Brito, Alejandro (editor científico), *Estudios de Derecho Civil III. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Valparaíso 2007*, 2008, editorial Legal Publishing, Santiago, páginas. 177-211.

derecho, que algunas problemáticas jurídicas tienen bien poco de dogmática-positivista y de su iusnaturalismo –no obstante que sean estas las perspectivas clásicas de enfocar la cuestión entre los autores del derecho de familia, sobre todo nacional-; y mucho de transdisciplinariedad. Así es como en relación con gran parte de los debates centrales del derecho de familia, a las perspectivas dogmática-positivista y iusnaturalista puras suelen anteponerse otras propias de disciplinas ajenas al derecho, como la antropología, la sociología, la filosofía, la historiografía, la axiología o ética, la ciencia y filosofía políticas y hasta la biología, la psicología, la psiquiatría y la teología¹. Pero entre todas estas áreas, la que parece constituir el núcleo duro de gran parte de las problemáticas del mencionado derecho, es la ética. En efecto, una vez despejados muchos aspectos vinculados con otras disciplinas, la piedra de tope sigue siendo esta cuestión, en relación con las más relevantes discusiones de derecho de familia. Así, es en el campo de la ética en el cual las diversas posturas de los autores suelen aparecerse como irreconciliables. En razón de esta consideración es que resulta fundamental, en primer lugar, enfocar los distintos debates relativos a la regulación jurídica de las diversas estructuras y dinámicas familiares desde una óptica que nos permita elucidar cuáles son las posiciones éticas enfrentadas en el tema que en su caso nos ocupe. Hecho esto, el paso siguiente es determinar, en relación con estas cuestiones, el tipo de discurso ético que mejor de adapta la realidad del modelo de Estado a través del cual se organiza la sociedad chilena en la actualidad, el cual, como se sabe, es, por lo menos en la teoría, el del Estado democrático de derecho². De esta

¹ En este sentido, a modo de ejemplo, un autor, respecto de uno de los temas más espinudos del derecho de familia contemporáneo, el de las uniones y matrimonios entre personas del mismo sexo, ha señalado: “No cabe duda de que las uniones homosexuales, como patentes realidades de convivencia afectiva que reclaman un pleno reconocimiento jurídico, constituyen un problema complejo para el derecho, puesto que no se trata tanto de otorgarles una normativa legal, cuanto de determinar con claridad si entre personas del mismo sexo puede o no establecerse –jurídicamente hablando– una verdadera convivencia *more uxorio* y, en última instancia, si la heterosexualidad define o no de modo absoluto y definitivo la institución del matrimonio. Así pues, el tratamiento de las uniones homosexuales, no sólo precisa de un enfoque dogmático, sino de la conjunción de distintas perspectivas: tanto las estrictamente jurídicas (en el ámbito privado, público, constitucional y jurisprudencial), como las sociológicas y las psicológicas, con el fin de evitar la tentación del reduccionismo o la del estereotipo”. Talevera Fernández, Pedro, **Fundamentos para el Reconocimiento Jurídico de las Uniones Homosexuales. Propuestas de Regulación en España**, editorial Dykinson, Madrid, 1999, pág. 2.

² A mi modo de ver, no cabe duda que la organización jurídico-política del Estado chileno es esta, por lo menos en la teoría. Ello, por cuanto, en primer lugar, el

suerte –en este segundo sentido–, la reflexión ha de encaminarse por los derroteros de la filosofía política (y del derecho constitucional), en cuanto las decisiones éticas que se adopten al interior de una sociedad deben resultar coherentes con el tipo de organización (estatal) que se haya dado la respectiva comunidad, en orden a dotarla de legitimidad democrática. Así, las distintas problemáticas que debe enfrentar, por regla general, el derecho de familia contemporáneo, son susceptibles de ser abordadas desde una triple mirada: jurídica, ética y filosófico-política³.

artículo primero de la Constitución establece, en lo pertinente: “*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*” (inciso tercero); y agrega, en su inciso final, que “*Es deber del Estado ... asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional*”. Por su parte, el artículo 4º establece que “*Chile es una república democrática*”. En tercer lugar, tenemos el artículo 19 de la carta fundamental, el cual garantiza a las personas una serie de derechos humanos, principalmente civiles y políticos. Por último, el artículo 5º, inciso 2º, del mismo cuerpo normativo, sirve en nuestro medio para fundar la llamada *teoría del bloque constitucional de derechos*, tesis en virtud de la cual se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico todos los derechos humanos protegidos por el derecho internacional de los derechos humanos, de manera que el precario elenco de derechos civiles y políticos reconocido expresamente en la Constitución, viene a ser complementado con otros de la misma índole, así como con los llamados “derechos, económicos, sociales y culturales”. Para un estudio crítico de la teoría del Estado democrático de Derecho en Chile, ver Bassa Mercado, Jaime, **Estado Constitucional de Derecho. Efectos sobre la Constitución vigente y los derechos sociales**, editorial LexisNexis, Santiago, 2008.

³ Como dice Cortina: “Desde el punto de vista de la fundamentación, la moral y el derecho posttradicionales muestran las mismas características estructurales, que han recibido fuerza jurídica. Pero el derecho, a diferencia de la moral, libra a los destinatarios de los problemas que conlleva fundamentar, aplicar y obtener normas, y se los transfiere a órganos estatales./ También el discurso político se relaciona con el moral y el jurídico, ya que las cuestiones políticas fundamentales son de naturaleza moral y, por otra parte, el poder político sólo puede ejercerse a través de decisiones jurídicamente vinculantes. Pero también la política mantiene su especificidad, que consiste en fijar fines colectivos en el ámbito de la formación pública de la voluntad”. Agrega, tomando por base a Habermas, que este autor defenderá “que la *moral postconvencional*, el *derecho positivo* y el *Estado democrático* son ciertamente tres ámbitos *diferentes* en el espectro práctico, pero que a la vez resultan inseparables, no sólo por *complementarios*, sino también por hallarse inevitablemente *entrelazados*. Una moral postconvencional de la responsabilidad precisa complementación jurídica, porque no puede exigir

Plantear que las problemáticas de estudio del derecho de familia son, por regla general, susceptibles de un abordaje analítico triple, supone partir de una vinculación conceptual entre derecho, moral y política. En todo caso, esta perspectiva no implica asumir que las tres áreas señaladas se identifican, o por lo menos las dos primeras (al estilo en que las identifican Agustín de Hipona y Tomás de Aquino, por ejemplo), pero sí asumir que se vinculan, en cuanto el derecho presupone, en muchas ocasiones, una reflexión filosófica (moral y política) y se complementa con ésta. En este sentido, el derecho, para contar con lo que Garzón Valdés ha llamado “pretensión de legitimidad” o, con lo que Alexy ha llamado “pretensión de corrección”, debe encontrarse en conexión con la moral⁴. Como dice MacCormick, “la tesis de que hay algo así como razón práctica y que el derecho pertenece al ejercicio (por más defectuoso que sea) de la razonabilidad práctica tiene, por consiguiente, una importancia fundamental. Es la base de la pretensión de que hay una conexión necesaria entre derecho y moralidad: ambos están vinculados por ser modos de ejercicio de la razón práctica, y al mismo tiempo difieren por ser modos diferentes de ella, teniendo diferentes criterios de validez para las normas o reglas que aplican”⁵.

Me parece, entonces, que toda reflexión relativa a una determinada solución de derecho de familia ha de partir, en cuanto resulte plausible, de una cierta fundamentación ética, pero no de cualquiera, sino que sólo de una que pueda dotar de legitimidad a la organización política de la sociedad

responsablemente el cumplimiento de las normas válidas si los destinatarios no tienen garantía jurídica de que serán universalmente cumplidas; pero igualmente el derecho positivo, deficitario desde el punto de vista de la fundamentación, precisa el concurso de una razón moral, que expresa en su seno la idea de imparcialidad procedimental. En lo que a la idea de Estado de derecho se refiere, y aun cuando la política sea el ámbito propio del pacto y la negociación, no es menos cierto que la legitimidad política hunde sus raíces en una legalidad que refleja la estructura de la razón práctica; pero, por otra parte, la fuerza legitimadora del derecho tiene su fuente en el proceder democrático legislador. Y es que una reconstrucción del surgimiento y evolución de cada una de las dimensiones del ámbito práctico, a partir de un núcleo primitivo indiferenciado, muestra su entrelazamiento en la medida en que cada uno de ellos se encuentra condicionado y es condición de la evolución de los restantes”. Cortina, Adela, *Ética sin Moral*, editorial Tecnos, Madrid, 1990, páginas 170-171. En relación con el clásico problema de las vinculaciones entre Derecho, moral y política, aparte del citado texto, el lector puede consultar Garzón Valdés, Ernesto, “Derecho y Moral”, en Vázquez, Rodolfo (compilador), *Derecho y Moral*, editorial Gedisa, Barcelona, 2003, páginas 19-55.

⁴ Ver Garzón Valdés, Ernesto, ob. cit., pág. 23.

⁵ Citado en idem, pág. 24

actual: el Estado democrático de derecho. En este sentido, dos son las preguntas centrales que habitualmente debe enfrentar el derecho de familia contemporáneo: una necesaria; la otra eventual. La primera inquiriere respecto a si el derecho de una sociedad democrática debe regular determinadas formas y dinámicas de vida familiares y de ejercicio de la sexualidad (por ejemplo, las uniones y/o los matrimonios entre personas del mismo sexo, la custodia compartida de hijos, los derechos sexuales y reproductivos, las técnicas de reproducción humana asistida, etcétera.); y, la segunda, respecto a cómo debe ser la protección de una determinada realidad, que socialmente hayamos decidido tutelar (por ejemplo, cómo ha de ser la protección para las uniones de hecho frente del matrimonio, si idéntica o diferenciada; o cómo ha de ser el estatuto sobre técnicas de reproducción humana asistida o sobre derechos sexuales y reproductivos con que eventualmente contemos en el provenir). En relación con ambas preguntas resulta indispensable el auxilio de las filosofías moral (ética) y política.

Las preguntas recién formuladas, como es lógico, admiten más de una respuesta. No se trata, por tanto, de preguntas empíricas o formales –que sólo admiten, en principio, una respuesta correcta–, sino que de *preguntas humanas*⁶. La cuestión central, entonces, consistirá en elegir, enfrente de las diversas preguntas planteadas al interior del derecho de familia, una de las muchas posibles respuestas, sobre la base de una argumentación racional, sobre la base de una argumentación ética y filosófico-política, la cual necesariamente debe guardar coherencia, en ambos sentidos argumentales, con los principios y valores que sirven de base a la organización jurídico-política de una sociedad democrática.

En razón de las anteriores consideraciones, cabe advertir que la disciplina de la que arrancan las presentes reflexiones (las cuales apuntan a dar una contestación inicial a las preguntas más relevantes del derecho de familia contemporáneo) es la filosofía y, más específicamente, un tipo de óptica al interior de ésta: la concepción argumentativa. ¿Por qué?. Bueno, porque me parece –según se dirá– que esta concepción es la que mejor se adapta a la dinámica matriz en la toma de decisiones al interior de una sociedad democrática. De este modo, ante un problema fundamental del derecho, consistente en si regular o no una determinada realidad social y, en caso de hacerlo, cómo, es la reflexión filosófica (acerca de la moral y de la política) la que viene a auxiliarnos. De lo que se trata, entonces, es de elucubrar acerca de las distintas posturas éticas en relación con las diversas

⁶ Orellena Benado, M.E., *Pluralismo: Una Ética del Siglo XXI*, Editorial Universidad de Santiago, Santiago, 1994, páginas 21-22.

problemáticas jurídico-familiares, o sea, de reflexionar filosóficamente acerca de conflictos éticos que deben ser dilucidados para dar respuesta a cuestionamientos jurídico-políticos.

Hasta aquí -puede decirse- hemos avanzado algo por el camino conducente a la solución de los más relevantes problemas que encara el derecho de familia en la actualidad. Hemos situado la problematización en un nivel filosófico (ético y político), antes que en uno meramente jurídico-dogmático (positivista) o iusnaturalista-clásico (o católico). Esto no significa, sin embargo, desechar el andamiaje analítico que nos proporciona la dogmática jurídica positivista y el iusnaturalismo clásico, sino que complementarlo con un análisis filosófico. Para exponerlo en términos sencillos, pienso que la cuestión no pasa -en primer lugar- por determinar si, conforme al derecho vigente, las diversas formas de vida familiar que proliferan hoy en día deben ser subsumidas en los moldes jurídicos que ya existen o con los cuales hemos contado tradicionalmente -proceder que sería constitutivo de un análisis exclusivamente dogmático-positivista-; o si son susceptibles de aceptarse conforme a la "moral social" o a la visión de "naturaleza humana" de ciertos sectores sociales-proceder constitutivo de un análisis preferentemente iusnaturalista-; sino que pasa por determinar si el tipo de derecho que rige en nuestro Estado debería proteger (y, en su caso, en qué medida) dichas realidades sociales. Esta segunda manera de proceder supone apartarnos de los típicos razonamientos 'acríticos' del positivismo jurídico y del iusnaturalismo clásico imperantes en los análisis habituales de los autores del derecho de familia e ingresar en el terreno de la filosofía crítica y, más específicamente, como se ha dicho, en el de la filosofía moral o ética. Un proceder de esta índole supone llevar a la práctica aquella idea que señala que el derecho de familia contemporáneo se caracteriza por la transdisciplinariedad de sus análisis.

Como señalé, las reflexiones de la presente exposición tienen su punto de partida en la concepción argumentativa de la filosofía, razón por la cual me resulta inevitable formular algunas consideraciones básicas en relación con esta vertiente filosófica. Según la referida concepción, la filosofía "consiste en un diálogo particular entre combinaciones de dos tipos de elementos distintos. De un lado, están las *intuiciones* (lo que se cree) acerca de cómo, en último término, *son las cosas* (aquello que llamamos <<metafísica>>) o de cómo ellas *deben ser* (aquello que llamamos <<ética>>). Del otro lado están los *argumentos* racionales (porqué se cree), los intentos de demostrar que, en último término, las cosas *son o deben ser* de cierta manera"⁷. Así, un análisis del tipo que aquí se utiliza debe lidiar

⁷ Idem, pág. 27.

con las muchas interacciones existentes entre intuiciones y argumentaciones. Como en muy pocos debates jurídicos, esta interacción resulta ser particularmente compleja y dinámica en lo que respecta a las más importantes discusiones del derecho de familia. En efecto, muchos de los debates centrales en esta rama del derecho están plagados de argumentos basados en meras intuiciones filosóficas, que muchas veces se presentan como si ellas mismas fuesen argumentos racionales (por ejemplo, la que afirma que lo mejor para los hijos es, *per se*, que estén bajo el cuidado personal de la madre o que es 'antinatural' la vida en pareja entre dos personas del mismo sexo). En razón de esta peculiaridad es que debemos ser extremadamente cautelosos al analizar las distintas temáticas a reflexionar, a fin de ir determinando cuáles son las opiniones fundadas en argumentos racionales y cuáles las fundadas en meras intuiciones no constitutivas de tales argumentos. En todo caso, una concepción argumentativa de la filosofía no postula descartar de plano las intuiciones como algo nefasto, sino que asumirlas como valiosas e interesantes en sí mismas⁸. Sin embargo, como las soluciones del derecho y de todo discurso público deben basarse en argumentos racionales -principalmente para evitar atentados a los principios rectores del Estado Democrático de Derecho-, las intuiciones sólo deben ser valoradas en cuanto meras opiniones, luego de lo cual habrá que ver si se apoyan en argumentos racionales, únicos que pueden justificar una norma o su no dictación⁹.

⁸ Idem, pág.28. Como dice Miguel Orellana, "este es un momento del proceso de humanización que permite la filosofía: la capacidad de tener intuiciones divergentes (que, sin embargo, son susceptibles de volverse inteligibles mediante la argumentación racional para quienes no las comparten) permite a los seres humanos humanizarse mutuamente. Tal es el propósito de la interacción humana en una filosofía que se nutre de la cambiante constelación de visiones que coexisten, cohabitan y se suceden históricamente acerca de cómo son y cómo deben ser las cosas". Idem, pág. 30.

⁹ Por esto es que, como dice Orellana Benado, "(c)omunicar las intuiciones propias, compartirlas con otros y, sobre todo, someterlas a evaluación crítica son parte del contexto sin el cual estás carecen de significado. La argumentación racional constituye el medio filosófico básico para estos propósitos". Idem, p. 32. En este mismo sentido Cortina señala: "Si, de acuerdo con Hegel, el arte y la religión son también formas de saber que expresan contenidos universales, la filosofía difiere de ambos, no por la universalidad del contenido, sino por su forma, que no es plástica ni representativa, sino conceptual y argumentativa. Con ello no se trata de descalificar otras formas de saber, ni todavía menos de restar valor a su modo de mostrar lo verdadero, sino de apuntar que sólo desde el concepto puede la filosofía cumplir su misión de aclarar y justificar racionalmente las pretensiones humanas a lo verdadero, lo correcto y lo bueno". Cortina, Adela, ob. cit., pág. 30.

Por otra parte, la concepción argumentativa de la filosofía presupone un tipo de reflexión que confronta los propios argumentos racionales con los más sólidos de la postura contraria y no con los más débiles. Así, en relación con los diversos tópicos de análisis del derecho de familia, los esfuerzos argumentativos no deben encaminarse a cuestionar de antemano la postura contraria teniendo por base los meros prejuicios o argumentos de autoridad en que ésta pudiera apoyarse, sino que –en primer lugar– se deben tener muy especialmente en cuenta las fortalezas (sobre todo científicas) de dicha posición¹⁰. Así, por ejemplo, la postura que se opone a la protección (o por lo menos a la plena protección) de las uniones entre personas del mismo sexo no debe ser desacreditada única y exclusivamente (o antes que todo) por el hecho de basarse, por ejemplo, en consideraciones teológicas o en el “prejuicio” de la supuesta antinaturalidad de la homosexualidad, sino que deben tenerse especialmente en cuenta, por ejemplo, aquellos argumentos basados en consideraciones biológicas, psicológicas, psiquiátricas, sociológicas y demográficas, toda vez que estos parecen ser los argumentos más fuertes de esta posición. En el sentido inverso, la postura contraria no puede ser desacreditada –primariamente– por la suposición de conducir la legitimación de tales relaciones de pareja a una relajación moral de las costumbres o a un libertinaje social, propios de un relativismo extremo. Por el contrario, también la crítica a esta postura debe hacerse teniendo en cuenta, primeramente, sus argumentos más fuertes, entre los cuales también militan consideraciones de índole biológica, psicológica, psiquiátrica, sociológica y demográfica.

La anterior manera de proceder resulta ser tremendamente eficiente a los efectos de fortalecer los argumentos propios, toda vez que, si así no se hiciera, se corre el riesgo de que nuestros argumentos respondan sólo a los más débiles de la postura contraria. Con ello se consigue, también, que las

¹⁰ “Una defensa filosófica de un conjunto particular de intuiciones, por ejemplo, no debe apoyarse en una reconstrucción insatisfactoria de la postura opuesta. La filosofía, según la CAF, debe intentar hacer del punto de vista ajeno una perspectiva realmente atractiva, razonada y razonable, humanamente asequible. Sólo en el intento de tratar de responder al mejor desafío que el otro propone se refinan y se fortalecen o, en caso contrario, se debilitan y se abandonan por insatisfactorias, las intuiciones propias. Tal es el propósito filosófico del conflicto dialéctico. La calidad filosófica, entonces, depende del contenido de las distintas intuiciones acerca de cómo son y cómo deben ser las cosas. Pero también depende de la argumentación con la cual se conecten dichas intuiciones. Esta es la herramienta que relaciona intuiciones nuevas y viejas con sus raíces últimas de significado; con patrones de orden ya conocidos; con la constelación de posibilidades derivadas del sentido común, la vida ordinaria y sus periferias especializadas”. Orellana Benado, M.E., **Pluralismo ...**, pág. 35.

soluciones éticas y jurídicas que sigan a la respectiva postura cuenten con un insatisfactorio sustento argumental, con todo lo negativo que ello puede implicar en términos de rendimiento del debate democrático¹¹.

II. ÉTICA Y DERECHO DE FAMILIA.

En el apartado anterior se ha dicho que la problemática ética o filosófico-moral parece ser la más relevante y persistente en la discusión respecto de las más trascendentes cuestiones del derecho de familia. Es por esto que en el presente apartado discurriré, en general, en torno a las visiones éticas comprometidas tras las más espinudas controversias del mencionado derecho.

Ahora bien, aún cuando excede los propósitos de esta obra una reflexión en profundidad acerca de la filosofía moral (ética), igualmente resulta vital formular algunas consideraciones generales respecto de este tema, por cuanto, como se ha dicho, la respuesta para gran parte de las preguntas del derecho de familia supone, antes que todo, solucionar una disyuntiva axiológica, tanto en lo tocante a la ética en sí misma como en lo relativo a la filosofía política. Ello, por cuanto, como dije, toda problemática jurídica supone una reflexión en torno a la ética inspiradora del tipo de Estado que hoy se impone: el democrático de derecho.

“La ética es la filosofía de la moral. Es decir, aquella parte de la filosofía cuyo objetivo de reflexión son las costumbres contempladas desde el punto de vista de los valores, los principios y las normas en cuyos términos se pretende responder a la pregunta acerca de cómo, en principio, debe vivirse la vida. ... En este sentido, puede decirse que la ética es una actividad teórica con pretensiones normativas, mientras que la moral es, sencillamente, el conjunto de los usos, las costumbres o las prácticas que identifican a una forma de vida y generan la tradición a la cual pertenece en la historia, al tiempo que proveen de materia prima a la reflexión filosófica

¹¹ En relación con la argumentación ética respecto de uno de los temas más debatidos en el derecho de familia contemporáneo, el de las uniones entre homosexuales, ver 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 Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla, Hugo Rosende Subiabre*, Universidad del Desarrollo, Santiago, 2007, páginas 249-264; y Congregación para la Doctrina de la Fe, **Uniones entre Personas Homosexuales. Consideraciones acerca de los proyectos de reconocimiento legal**, Santiago, editorial San Pablo, 2003.

que, en sentido estricto, es la ética”¹². Así, la ética es aquella rama de la filosofía que reflexiona acerca de los valores en que se sustentan o a que responden las diversas formas de vida. La gran pregunta de la ética apunta a determinar cuáles habrán de ser las formas de vida (y los valores fundantes de éstas) que como sociedad aceptaremos. De suerte, entonces, que el punto central de preocupación al interior de esta disciplina es el de los valores¹³. Y “los valores morales ... son las supuestas verdades acerca de las costumbres o prácticas en términos de las cuales se formulan las distintas respuestas a la pregunta inicial de la ética”¹⁴.

A su vez, una filosofía de la moral –una ética– instalada en una concepción argumentativa (perspectiva de arranque del presente trabajo) supone asumir una discusión basada en una permanente argumentación conceptual en torno a los valores en los que debería anclarse la vida de las personas en la sociedad democrática actual. Es decir, una dinámica argumentativa en torno a problemáticas como las aquí abordadas supone un permanente debate entre las distintas concepciones de mundo (ideologías) en disputa, sobre todo considerando que el debate es la columna vertebral de un Estado democrático de derecho.

En el anterior sentido, y a modo de ejemplo, en lo relativo a las relaciones familiares y al ejercicio de la sexualidad humana, puede señalarse que existen muchas formas de vivirlas, pero no todas son, en un sentido ético, constitutivas de relaciones a través de las cuales se pueda vivir legítimamente la vida en familia y la sexualidad en una sociedad democrática. Una cosa es el ámbito de la posibilidad, de lo que podría ser, de la moral, de las costumbres (en el que cualquier cosa puede ocurrir) y

¹² Orellana Benado, M.E.. *Pluralismo ...*, pág. 41.

¹³ “Consiste la ética, a mi entender, en aquella dimensión de la filosofía que reflexiona sobre la moralidad; es decir, en aquella forma de reflexión y lenguaje acerca de la reflexión y el lenguaje moral, con respecto al que guarda la relación que cabe a todo metalenguaje con el lenguaje objeto. Esta relación afecta al *status* de ambos modos de reflexión y lenguaje, en la medida en que la moral, ligada inmediatamente a la acción, prescribe la conducta de modo *inmediato*, mientras que la filosofía moral se pronuncia canónicamente. Es decir, si la reflexión moral se elabora en lenguaje prescriptivo o evaluativo, la ética proporciona un canon *mediato* para la acción a través de un proceso de fundamentación moral... La ética no se genera, pues, primariamente en ese mundo social, en que la moral ostenta sin duda el primado sustancial, sino que se mueve en el nivel del discurso teórico reflexivo y autorreferencial de la filosofía. De ahí que su forma reflexiva y lingüística sea filosófica, no cotidiana ni científica. Lo cual significa, a mi juicio, que es *conceptual* y *argumentativa*”. Cortina, Adela, ob. cit., páginas. 29-30.

¹⁴ Orellana Benado, M.E.. *Pluralismo ...*, pág. 39.

otro; el del deber ser, el de la ética. En términos de moral, entonces, son muchas las posibles formas de vivir la vida en familia y de ejercer la sexualidad que tienen lugar al interior de la sociedad, pero sólo algunas de ellas pueden ser catalogadas de éticas, en cuanto sólo algunas se acomodan a los valores que fundan la concepción valorativa que está (y debe estar) en la base de la teoría del Estado Democrático de Derecho. ¿Será este el caso de las parejas constituidas al margen del matrimonio, de las parejas homosexuales, de las uniones polígamas, de convivencias y matrimonios fundados en relaciones patriarcales y de familias basadas en una dinámica de sumisión entre hijos y progenitores?. En una primera aproximación, y para aludir a los casos menos problemáticos, puede decirse, a modo de ejemplo, que existe un consenso social en orden a que el matrimonio heterosexual es un tipo de familia y de entorno propicio para el ejercicio de la sexualidad enteramente legítimo. A su vez, también existe consenso en que no debe permitirse el ejercicio de la sexualidad entre adultos y menores de edad. Pero, ¿qué sucede en los otros casos?.

Cómo respecto de cualquier problema valorativo, el tema de las formas de vida en familia y de ejercicio de la sexualidad es uno que puede ser enfocado, en términos simples, desde una de tres posibles concepciones acerca de la ética, a saber, la universalista, la relativista y la pluralista¹⁵. En

¹⁵ En este punto sigo la clasificación formulada por Orellana Benado, que, a mi modo de ver, resulta ser sencilla y didáctica a los efectos de la presente obra. Ver “**Pluralismo ...**” En todo caso, es pertinente aclarar que otras clasificaciones de la ética distinguen entre vertientes conservadoras (y neoconservadoras), que, en general, parten del concepto de tradición en la determinación de los valores éticos que deben imperar en una determinada sociedad (como sería, por ejemplo, para ciertos neoconservadores, el mantenimiento del capitalismo); y éticas basadas en una teoría crítica de la modernidad, que formulan fuertes cuestionamientos a la tradición, pero sin desmerecer sus aportaciones. Las teorías neoconservadoras se caracterizan por aceptar la modernidad social (nacida con la Ilustración) y rechazar la modernidad cultural. Por su parte, las éticas de la modernidad crítica aceptan el legado de la modernidad (de la Ilustración) pero arrancan del supuesto que el ideario ilustrado todavía no se ha realizado en plenitud, por cuanto la razón instrumental se habría terminado sobreponiendo a la práctica o moral, en circunstancias que el ideario ilustrado partía del supuesto inverso. Entre las éticas de la modernidad crítica merecen destacarse las llamadas “éticas discursivas”. Este tipo de teorías, “sabe que no es lo suyo prescribir formas concretas de vida, ideales de felicidad, modelos comunitarios –incluso nacionales– de virtud, sino proporcionar aquellos procedimientos que nos permitan legitimar normas y, por tanto, prescribirlas con una validez universal”. Cortina, Adela, ob. cit., pág. 164.

Otra conocida tipología distingue entre éticas deontológicas y teleológicas, según si el acento es puesto en las normatividad de la ética (en lo que es correcto,

este sentido, resulta palmario que las distintas opciones planteadas respecto de las formas de vida que los ciudadanos elijen para vivir en familia se inscriben –según se verá– en alguna de las mencionadas “visones de mundo”. Así, por ejemplo, hay quienes postulan que sólo una forma de vida en pareja debe ser la protegida por el derecho o por lo menos más protegida que otras, atendido el hecho que así se impone por “tradicición” o por “naturaleza”. Tal es el caso de las opiniones doctrinarias que han propiciado históricamente la exclusiva o mayor protección de la familia matrimonial, fundada en un matrimonio heterosexual, monógamo, patriarcal, indisoluble y con fuertes reminiscencias religiosas. Se trata de una postura de índole universalista (y sustancialista¹⁶). Por otra parte, hay quienes plantean que cualquier forma de vida en pareja debe ser protegida, incluidas, por ejemplo, las uniones polígamas. Se trata, en este caso, de una opinión de índole relativista. Por último, una ética de corte pluralista plantearía que sólo algunas formas de vida en pareja deben ser protegidas por el derecho, si bien con limitaciones.

“El relativismo respecto de los valores es la intuición según la cual existen tantas respuestas correctas a la pregunta inicial como formas de vida se constituyan en la historia. Nada de lo real, podría decirse parafraseando a Hegel, puede ser inmoral. Por esta razón –argumenta el relativismo– no hay una respuesta correcta acerca de cómo, en principio, debemos vivir. Todas las costumbres son igualmente buenas e igualmente dignas de respeto. Es una ilusión creer en la evaluación independiente del momento histórico y de la forma de vida desde la cual se evalúa”¹⁷. Según el relativismo, se deben respetar “por igual *todas* las formas de vida, todos los valores y todos los usos, costumbres o prácticas... Según los relativistas, los partidarios de los valores absolutos y únicos son víctimas de la teoría del egoísmo ilustrado o del amor mezquino, que es la mano invisible y fanática detrás de todo conflicto humano... Los relativistas, entonces, niegan la existencia de una

antes que bueno) o en los fines que hacen de una vida una “vida buena” (en lo que es bueno, antes que correcto), respectivamente. Por último, otra importante clasificación distingue entre éticas procedimentales y éticas sustancialistas. Las primeras suponen la construcción de un determinado procedimiento en que se asegure la participación de las distintas visiones de mundo comprometidas en relación con una determinada problemática, sin predicar un catálogo de valores en torno a lo que debería ser una “buena vida”, con lo cual se consolidaría la opción por el pluralismo. Las segundas, postulan *a priori* un conjunto de valores fundantes de una “buena vida”. El lector podrá encontrar un panorama detallado respecto de los distintos tipos de ética en Cortina, Adela, ob. cit.

¹⁶ En relación con la idea de “ética sustancialista”, ver nota anterior.

¹⁷ Orellana Benado, M.E.. “Pluralismo ...”, pág. 45.

única naturaleza humana y de valores tan absolutos como únicos, porque rechazan el trato brutal que ha recibido la diversidad humana a manos de quienes han creído en ellos”¹⁸

Por su parte, “el universalismo respecto de los valores es la intuición conforme a la cual existe *una y solo una* respuesta correcta a la pregunta inicial. Según el universalismo, existe una única naturaleza humana, de la cual se sigue que existe un único conjunto de verdades absolutas acerca de cómo, en principio, debe vivirse, esto es, un único conjunto de valores que, a su vez, se expresan en un único conjunto de buenas costumbres. Este conjunto de valores y costumbres buenas rige para todos los individuos, para todas las formas de vida y para todos los tiempos, porque no tiene sentido sostener que la naturaleza humana cambie en las distintas formas de vida o los distintos tiempos. Frente a la diversidad de costumbres en las distintas formas de vida, el universalismo concluye que el valor es tan absoluto como único”¹⁹.

Una de las más importantes objeciones que le formula el universalismo al relativismo consiste en que éste “no se ajusta con la fenomenología cotidiana del valor, con la manera en la cual se viven los valores en la experiencia interna. Los valores no se presentan al sujeto como proyecciones subjetivas de sus emociones, sus gustos o sus preferencias, sino, muy por el contrario, como dimensiones de evaluación de una realidad independiente, en la cual hay, objetivamente, actos buenos y actos malos”²⁰. Otra objeción plantea que “el relativismo es existencialmente inaceptable, porque conduce a la indiferencia y la abulia, a la inacción y, en este sentido, es un atentado contra la vida. Si todo vale lo mismo, ¿por qué hacer algo, en vez de, más bien, no hacer nada?. Si todas las formas de vida son igualmente buenas y dignas del mismo respeto, nadie tendría tampoco razón alguna para mantenerse fiel a las costumbres que definen la identidad de la forma de vida propia. El relativismo como premisa lleva al escepticismo y a la abulia como conclusión. Si los seres humanos intentaran vivir de la manera que propone el relativismo, la sociedad humana se detendría y moriría. En suma, el relativismo no es vivible y, por este motivo, es existencialmente inaceptable”²¹.

Algunos autores, criticando la tradicional dicotomía antes planteada, postulan que tanto el relativismo como el universalismo son insatisfactorios

¹⁸ Idem, páginas 48-50.

¹⁹ Idem, pág. 52.

²⁰ Idem, pág. 54.

²¹ Idem, pág. 55.

por los resultados prácticos a los que arriban: el primero, por aceptar cualquier forma de vida, sin límite alguno, menos la universalista; y, el segundo, por no respetar en la práctica formas de vida que no sean aquella de la respectiva matriz universalista, lo que importa que para esta perspectiva la naturaleza humana es una sola (como una sola la forma de vida que ha de vivirse, por ejemplo, en pareja o entre progenitores e hijos). Pero también ambas visiones tienen aspectos positivos: el relativismo; aceptar y respetar la diversidad de formas de vida; y el universalismo; reivindicar la existencia de valores absolutos, de verdades éticas.

Una tercera posición al interior de la ética busca rescatar los aspectos positivos del relativismo y del universalismo, y superar los negativos. Es la ética pluralista o del pluralismo. Esta posición busca combinar las intuiciones de que parten las éticas universalistas y relativistas. Se trata de “una manera de adherirse a una concepción absoluta de los valores, una condición necesaria de que estos cumplan su papel orientador de las costumbres, sin desconocer por ello el valor intrínseco de la diversidad de formas de vida distintas, pero igualmente legítimas, una intuición que debemos distinguir cuidadosamente de aquella que sostiene que *todas* las formas de vida son igualmente respetables y todas las costumbres igualmente buenas ... construir una posición en la ética cuya concepción de los valores sea tan absoluta como plural”²².

²² Idem, pág. 58. Es necesario aclarar que muchas vertientes teóricas que postulan la aceptación de la diversidad de formas de vida, si bien con ciertos límites, postulan el abandono del universalismo clásico de índole conservadora o de iusnaturalista, pero no se cierran a la posibilidad de que la respectiva ética que propician tenga un carácter universal. En este sentido, también la ética pluralista defendida por Orellana Benado sería una de índole universalista, pero no conservadora ni iusnaturalista-clásica, ya que se aleja de los conceptos centrales de las teorías de este último tipo: los de tradición y de naturaleza humana monolítica y única. ‘Tradicición’, entendida como un conjunto de prácticas que debería ser compartido por todos los miembros de la humanidad o, por lo menos, por quienes forman parte de la respectiva comunidad a cuyo interior se produce el debate. ‘Naturaleza Humana’, entendida como una manera de ser sustantiva, inherente a todos los seres humanos. A mi modo de ver, la tesis del mencionado autor sería universalista, por cuanto plantea un fundamento común a la ética y unos valores a que debiera responder la misma, susceptibles de ser compartidos por todos los seres humanos que deseen entrar en la argumentación ética, pero sin que dichos valores sean contruidos a la luz de la tradición o de una única naturaleza humana sustantiva. Como dice un autor, “el criterio de universalidad está estrechamente vinculado con la exigencia de racionalidad. Los argumentos que se aduzcan para justificar una norma moral tienen que ser racionalmente accesibles, tienen que ofrecer “razones puente”, que permitan ser recorridas y comprendidas por todos aquellos que deseen

Pero, ¿qué es esto de la ética pluralista?. Existe más de una versión de este tipo de ética²³. En todo caso, parece ser que las principales diferencias entre los distintos tipos de “éticas del pluralismo” son más bien de índole formal, por cuanto todos suponen aceptar como punto de partida de la reflexión axiológica la diversidad de formas de vida humana (idea que trasuntaría también un mínimo de universalismo en estas corrientes), si bien con limitaciones, distinguiéndose sólo en los mecanismos que cada uno de ellos postula como conducentes a la construcción de una sociedad pluralista. En este sentido, pienso que junto con la asunción social de una ética de índole pluralista, deben construirse mecanismos idóneos a los efectos de asegurar el pluralismo y descartar la imposición de ciertos valores sustentados sólo por ciertos sectores sociales o sólo por determinadas concepciones culturales. Y la construcción de tales mecanismos implica

argumentar moralmente. Ello no sólo excluye la apelación a las propias creencias religiosas, metafísicas o ideológicas sino que, además, exige la adopción de una actitud de imparcialidad”. Garzón Vadés, Ernesto, ob. cit., pág. 49. Esta “actitud de imparcialidad” sería la que le otorga el piso de universalidad a una vertiente de la ética como la pluralista.

En todo caso, la ética pluralista no debe ser confundida con la denominada “democracia pluralista”, que es una de las versiones de las teorías elitistas de la democracia. La teoría de la democracia pluralista plantea que el juego democrático debe llevarse a cabo entre la pluralidad de corporaciones presentes al interior de la sociedad (por ejemplo, sindicatos, gremios empresariales, partidos políticos, etc.), antes que, por ejemplo, en base a la participación o deliberación de los ciudadanos (democracia deliberativa). Un panorama general acerca de los distintos tipos de teorías de la democracia puede encontrarse en Nino, Carlos, **La Constitución de la Democracia Deliberativa**, editorial Gedisa, Barcelona, 2003, principalmente, páginas 101 y ss.

A su vez, me parece que la ética sustentada por Orellana Benado —que es la que he seguido preferentemente en este trabajo— resulta compatible con las llamadas “éticas discursivas”, ya que éstas postulan incluir en el debate (público) a las diversas posturas existentes respecto de una disyuntiva social, siendo, en este sentido, éticas pluralistas —no de grupos o corporaciones— sino que de opciones o autonomías individuales, ciudadanas.

²³ Para Orellana Benado, la pregunta central respecto de la relación entre la ética y un determinado ordenamiento jurídico consiste en determinar “si acaso la regulación jurídica de la convivencia humana bajo leyes imparciales (esto es, para comenzar, leyes que no presupongan acuerdos macizos, cabales y exhaustivos respecto de asuntos valorativos), por lo menos en el caso del ordenamiento chileno, puede o no contribuir a la disminución del maltrato entre personas ... y culminando en el encuentro respetuoso en la diversidad legítima de todas las identidades humanas interesadas en *conocer más, antes de juzgar tan pronto*”. Orellana Benado, M.E., “Pluralismo y la Ética del Bien Poder”, en *Persona y Sociedad*, volumen XVIII, nº 2, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2004, pág. 14.

comenzar la discusión a partir de una ética procedimental (formalista y no sustantivista), que, como tal, ponga el acento en la existencia de un mecanismo de debate democrático con miras a alcanzar la plena operatividad del pluralismo (“éticas discursivas” o “procedimentales”), lo cual supone arrancar de un mínimo de universalidad: el proporcionado por el mecanismo de debate acordado socialmente como idóneo a los efectos de la toma de decisiones políticas, económicas y jurídicas. En cambio, la propuesta de valores éticos a la luz de la visión de mundo sustentada sólo por ciertos grupos o sectores ciudadanos, implica arrancar desde una ética universalista-sustancialista, que pone el acento en la definición previa de un conjunto de valores representativos de la vida buena, antes que en la existencia de un procedimiento democrático-participativo de discusión en torno a los valores que habremos de aceptar y promover como sociedad²⁴.

Adela Cortina, explicando las éticas de índole discursiva o procedimental desde una perspectiva universalista, señala: “Son en definitiva la pragmática universal (Habermas) o trascendental (Apel) y la teoría de la acción comunicativa las que van a desentrañar el mínimo de racionalidad preciso para exigir un mínimo normativo universalmente. Porque ambas desvelan en los actos de habla aquellas pretensiones formales de validez –verdad, corrección, veracidad, inteligibilidad- que, aunque supuestas pragmáticamente en actos de habla *inmanentes* a determinadas formas de vida, *trascienden* en su pretensión formas concretas de vida, accediendo a universalidad. Quien desee poner en cuestión tales pretensiones, desde el concreto mundo de la vida, las ha aceptado ya desde su misma puesta en cuestión”²⁵.

²⁴ “Podemos decir, por tanto, que en la disputa entre *procedimentalistas* y *sustancialistas* sólo los primeros pueden suplir el déficit de fundamentación del derecho positivo, porque la aceptación de cualquier contenido imposibilitaría el universalismo normativo en una sociedad pluralista. Y ésta es, a mi juicio, la gran <<verdad>> del procedimentalismo: que puede pertrecharnos de los elementos morales necesarios, porque la carencia de contenidos y la opción por el procedimiento alumbran obligatoriedad universal en un contexto pluralista”. Cortina, Adela, ob. cit., pág. 174. En un sentido similar se pronuncia Orellana Benado: “Nuestra mejor esperanza es buscar, primero, antes que un consenso material, un consenso formal. El consenso que primero bien podemos buscar es aquel acerca de cuál sea *el lenguaje más adecuado para debatir esa pregunta*, y sólo a continuación entrar en los debates sustantivos o materiales acerca de tal o cual caso específico, así como de su regulación jurídica, allí donde procede que la tenga”. Orellana Benado, M.E., *Pluralismo* ..., páginas 17-18.

²⁵ Cortina, Adela, ob. cit., páginas 164-165.

De esta suerte, una ética de raigambre pluralista (procedimental o discursiva) supone la construcción democrática de procedimientos de debate en orden a la plasmación en la vida social de la mayor cantidad posible de visiones de mundo y formas de vida, siempre que éstas no se opongan a los derechos fundamentales de las personas. En este sentido, una ética de la democracia (una ética de la pluralidad), necesariamente ha de ser una de mínimos morales, pero entendidos éstos, no en el sentido de neutralidad, sino que en el de una moral “mínimamente densa”. A pesar de no compartir esta visión, Walzer ha definido muy correctamente el tipo de ética que parte de una regla moral mínima, como aquella que “no sirve a ningún interés particular, no expresa ninguna cultura particular, regula los comportamientos de todo el mundo de una manera universalmente ventajosa o claramente correcta”²⁶. Aún cuando no se acepte frecuentemente, no cabe menos que reconocer que una ética que se hace llamar a sí misma “minimalista”, no implica una fría neutralidad, sino que, todo lo contrario, arranca de una concepción densa del mundo. Pero esta no es la densidad extrema constituida por la imposición de una forma de vida particular al resto de la sociedad (que sería la densidad propia de las éticas universalista-sustancialistas), sino que la densidad que supone reconocer la pluralidad de formas de vida legítimas presentes al interior de la sociedad como producto del debate democrático. Esta idea implica aceptar que nunca una ética (ni siquiera la “pluralista-minimalista”) será neutra, sino que cargada de las valoraciones particulares de quienes la sustentan. Esto significa asumir que toda ética está cargada de ideología. Sin embargo, en el caso de una ética pluralista, el valor central está dado por la aceptación de la pluralidad de formas de vida, de la constitucional diversidad de la sociedad, antes que por la imposición de un tipo especial de ellas a todo el mundo (sea por la vía del recurso a la tradición, sea por la vía del recurso a un concepto monolítico y unitario de naturaleza humana, etcétera).

En razón de lo anterior es que la diversidad resulta ser un metaprincipio -anterior, por tanto- a cualesquiera otros, como la libertad y la igualdad. Así entendida, es perfectamente posible postular que una ética pluralista es también universalista, en cuanto arranca de un principio incontrovertible por cualquier concepción ética: el de la innegable (y benéfica) diversidad humana²⁷. Como dice un autor, “la diversidad no es un hecho contrario a la

²⁶ Citado en Díaz-Polanco, Héctor, *Elogio de la Diversidad*, editorial Siglo Veintiuno Editores, México D.F., 2006, pág. 115.

²⁷ “La principal virtud del metaprincipio de la diversidad es que nos ayudaría a discernir qué de lo particular *puede* convertirse en universal; al mismo tiempo qué de lo que se presenta como universal es en realidad una particularidad pretendidamente “minimalista”. La particularidad debería ser admitida como

universalidad ni obliga a renunciar a la construcción de lo universal²⁸. La diversidad es el primer paso hacia la construcción de lo universal²⁹.

En los apartados que siguen intentaré auscultar, en general, algunas problemáticas éticas que enfrenta el derecho de familia contemporáneo a la luz del andamiaje teórico hasta aquí expuesto. Vale decir, intentaré determinar si el derecho debe abocarse a la regulación de formas de vida familiares y de ejercicio de la sexualidad distinta de las tradicionales. Me serviré para ello, entonces, de la concepción argumentativa de la filosofía, en orden a determinar si la ética que debe seguirse en estas materias ha de ser una relativista, una universalista o una pluralista. Todo ello al trasluz de la teoría del Estado democrático de derecho.

constitutiva de lo universal siempre que realmente se acordara como tal; y este acuerdo es ante todo *político*, no el fruto de un *a priori* racional". Idem, pág. 121.

²⁸ Idem, pág. 122.

²⁹ Me parece que la idea central del pluralismo, consistente en aceptar (y hasta fomentar) la diversidad de formas de vida -aún cuando uno no comparta algunas de ellas- arranca de una distinción previa fundamental. Las siguientes palabras de Orellana Benado explican esta distinción: "... corresponde distinguir... dos aspectos distintos en la *experiencia valorativa*. El primer aspecto apunta al rango abierto pero acotado de costumbres *que bien podemos vivir como valores*; las prácticas que, hasta aquí, han constituido la identidad propia y que *merecen* ser proyectadas en las vidas de miembros futuros de la identidad propia. Y, también, desde luego, cuáles *bien podemos no vivir como valores*, precisamente porque son *indignas* de perpetuación en las vidas de los nuestros./ El segundo aspecto a distinguir en la experiencia valorativa es cuáles costumbres y prácticas *bien podemos tratar como valores* dada su legítima función en la vida de identidades ajenas. Y cuáles *bien podemos no tratar como valores .../ Vivir como valores* una costumbre quiere decir respetarla *con reverencia*, es decir, practicar la costumbre de manera que su manifestación pública, externa y visible vaya también acompañada de los apropiados estados mentales, aquellos causados por el valor que tiene dicha costumbre para quienes la practican legítimamente .../ *Tratar como valores* una costumbre, por otra parte, quiere decir respetarla *sin reverencia*, es decir, no interferir con su práctica, en tanto se la reconoce como una práctica legítima de una forma de vida distinta de aquella a la cual uno pertenece .../ Sólo quienes están dispuestos sinceramente a reconocer que, tanto en lo propio como en lo ajeno, se encuentra tanto lo virtuoso como lo vicioso, podrán aceptar la distinción entre *vivir* y *tratar* como valores". Orellana Benado, M.E., **Pluralismo...**, ob. cit., páginas 18-19.

III. EL DERECHO DE FAMILIA EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO.

A lo largo de la historia el derecho de familia "occidental" ha respondido a una visión del orden social que se ha impuesto desde cierto sector ideológico. En términos generales, la perspectiva que ha primado a su interior ha sido una patriarcal y cristiana (y, más específicamente, una católica; por lo menos en Chile). No corresponde abordar aquí una problemática tan compleja como la referida a los motivos que llevaron a este estado de cosas. Sólo baste decir que la ideología que finalmente logra primar al interior de nuestro derecho de familia responde a una peculiar manera de concebir al Estado, a la sociedad y al derecho. La época en que entra en vigencia el Código Civil de Andrés Bello (mediados del siglo XIX), es una en que el tipo de Estado y sociedad y, por tanto, el tipo de derecho vigentes, son radicalmente distintos de los que se imponen en la actualidad, por lo menos en la teoría³⁰. Así, en alta medida, resulta coherente que la clase de derecho de familia presente en nuestro país en cierto momento histórico, haya sido una funcional al tipo de Estado vigente en el período inicial de aplicación del Código Civil (Estado autoritario, o "liberal oligárquico 1810-1920", como lo denomina Gabriel Salazar). Este tipo de Estado se correspondía con una determinada ideología económica, política, social y ética, que ya no tiene la preeminencia que alguna vez tuvo. Es así como, en lo que respecta al derecho de familia, el Código de Bello suscribe una ideología proveniente del derecho español antiguo, el cual, como se sabe, se basa principalmente en la concepción católica de la familia. En esta línea, el Código Civil original protege sólo un tipo de familia: la matrimonial, monógama, heterosexual, patriarcal y fundada en un rito religioso-católico, que, por consecuencia, lo torna indisoluble. A su vez, en lo que a estatuto filiativo se refiere, el Código de Bello, consecuente con su preferencia por cierto tipo de familia, protegió sólo a los hijos de filiación matrimonial, a quienes se les denominó *hijos legítimos*.

Con el correr de las épocas algunos de los caracteres anteriormente señalados han cambiado radicalmente, pero otros se mantienen intactos. Es así como desde la primera ley de matrimonio civil (1884), el matrimonio se secularizó, pudiendo, a partir de entonces, ser celebrado por un funcionario estatal, y quedando todo lo relativo a los conflictos conyugales entregado a

³⁰ Como se sabe, la sociedad chilena de mediados del siglo XIX, época de entrada en vigencia de nuestro Código Civil, es una de tipo agrario y doméstico, conservadora y católica, caracteres que, entre otras razones, determinan la protección exclusiva de la familia matrimonial, basada en un matrimonio religioso-católico, indisoluble, heterosexual y patriarcal.

la competencia de los tribunales civiles. Por su parte, la actual ley de matrimonio civil (nº 19.947) consagra, por primera vez entre nosotros, el llamado “divorcio vincular”, con lo que, a partir del año 2004, desaparece la nota de la indisolubilidad matrimonial.

No obstante las reformas antes mencionadas, la familia protegida sigue siendo la matrimonial, ya que todavía no contamos con una ley que tutele a las relaciones afectivo-sexuales de convivencia o uniones de hecho. Ello, sin perjuicio que desde algún tiempo a esta parte se aprecia una tímida protección legal y jurisprudencial de las señaladas uniones, lo que se ve reflejado, por ejemplo, en algunos fallos nacionales que, sobre la base de diversas instituciones, han pretendido tutelarlas³¹; así como en algunas normas legales que, directa o indirectamente, protegen a las mencionadas convivencias en cierta medida. Tal es el caso, por ejemplo, de las leyes nos. 19.585, sobre filiación, que iguala a todos los hijos, provengan éstos de un matrimonio o no, 20.066, sobre violencia intrafamiliar, que sanciona los actos de este tipo que tengan lugar entre convivientes; y de algunas normas previsionales que les conceden derechos de esta clase a los miembros de la pareja de hecho, sobre todo a la “madre de los hijos naturales” del conviviente fallecido³².

³¹ Para una visión en detalle de la jurisprudencia relativa a uniones de hecho en nuestro país, ver Donoso Vergara, Florencia y Rioseco López, Andrés, **El Concubinato ante la Jurisprudencia Chilena**, editorial Lexis Nexis, Santiago, 2007. Por su parte, en materia de convivencias entre personas del mismo sexo, cabe destacar un fallo del año 2007, que reconoce la calidad de familia a una unión entre personas del mismo sexo. Se trata de un caso de violencia intrafamiliar entre convivientes gay, en relación con el cual la jueza de primera instancia del Juzgado de Garantías de Combarbalá sentenció que había existido la referida violencia y reconoció la calidad de familia a la señalada unión. El 8 de enero de 2007 la Corte de Apelaciones de la Serena ratificó el fallo de primera instancia, sentenciando que “el concepto de conviviente incluye en forma extensiva a aquel unido a otro en una relación de convivencia homosexual, a quien se considera además como integrante del grupo familiar”. Este fallo puede consultarse en www.movilh.cl.

³² Es el caso, entre otros, de la ley nº 15.386, sobre “fondo de revalorización de pensiones”, cuyo artículo 24 le concede pensión de montepío a la madre de los hijos naturales del imponente fallecido; del Decreto Ley nº 3.500, que estableció un nuevo régimen de pensiones, y que en su artículo 5º le concede pensión de sobrevivencia a la madre de los hijos naturales del causante; de la ley nº 16.744, sobre “accidentes del trabajo y enfermedades profesionales”, cuyo artículo 43 le concede, cumpliéndose ciertos requisitos, pensión de supervivencia a la madre de los hijos naturales del trabajador fallecido; y de la ley nº 18.490, sobre seguro obligatorio de accidentes personales causados por la circulación de vehículos

Luego, en lo que respecta a las relaciones entre hombres y mujeres al interior de la familia, también cabe constatar que se han dado importantes pasos hacia la igualdad, a los efectos de ir dejando en el pasado el nefasto sesgo patriarcal que ha caracterizado al derecho de familia nacional. Baste recordar, en este sentido, las reformas que desde 1925 se han sucedido en orden a mejorar la situación de las mujeres al interior de la familia, tanto en lo que atañe a las relaciones conyugales como en lo que atinge a las relaciones con sus hijos³³. Sin embargo, todavía subsisten discriminaciones, por ejemplo, en materia de administración de la sociedad conyugal, de patria potestad, de cuidado personal, de apellido y a nivel lingüístico (el Código Civil habla de “marido” y de “buen padre de familia”, por ejemplo).

motorizados, cuyo artículo 31 reconoce a la madre de los hijos naturales de la víctima como beneficiaria del seguro.

³³ Las reformas que mejoraron la situación patrimonial de las mujeres casadas tuvieron por finalidad la creación de regímenes de bienes aparte de la sociedad conyugal (separación de bienes y participación en los gananciales) y la limitación de las facultades del marido al interior de este régimen. En materia de separación de bienes, cabe destacar las leyes Nos. 5.521, de 1934, que permitió pactar a los esposos separación total de bienes en las convenciones anteriores al matrimonio; 7.612, de 1943, que concedió la posibilidad de sustituir el régimen de sociedad conyugal por el de separación total de bienes; y 10.271, de 1952, que permitió pactar separación total de bienes en el acto del matrimonio. Por su parte, la ley Nº 19.335, permitió pactar, al momento del matrimonio, el régimen de participación en los gananciales o sustituir el existente por este nuevo régimen. En la actualidad cerca del 60% de los matrimonios se encuentra casado en sociedad conyugal, ya que este es el régimen que rige en caso de no escogerse otro. Y sólo un 2% de los matrimonios se ha acogido al régimen de participación en los gananciales. Ver www.srci.cl.

Por su parte, en lo que respecta a las limitaciones de las facultades administrativas del marido en la sociedad conyugal, merecen destacarse los siguientes cuerpos normativos: el Decreto Ley nº 328, de 1925, y la Ley nº 5.521, de 1934, que regularon el llamado “patrimonio reservado de la mujer casada en sociedad conyugal”; así como las leyes nos. 10.271 (1952), 18.802 (1989), 19.335 (1994) y 19.585 (1999), que fueron estableciendo y ampliando las limitaciones de administración con que cuenta el marido, de manera que hoy, puede decirse que, en general, necesita de autorización de su cónyuge para proceder a celebrar los actos jurídicos más importantes.

Ahora bien, en lo que atañe a la situación personal de las mujeres casadas merece destacarse la ley nº 18.802, que termina con la incapacidad relativa en que se encontraba la mujer casada en sociedad conyugal (que involucraba que su cónyuge era su representante) y con la llamada “potestad marital” (que involucraba que la mujer sólo podía trabajar con el consentimiento de su cónyuge y trasladarse donde éste mudara su residencia).

Por último, también ha habido importantes reformas en materia de estatuto filiativo, como las que fueron igualando progresivamente a los hijos de filiación matrimonial y no matrimonial, siendo la más importante en este sentido la introducida por la ley n° 19.585, ley que, como se sabe, igualó completamente a los hijos matrimoniales y no matrimoniales, misma cosa que hizo la ley n° 19.620 con los adoptados frente de los hijos biológicos. Además, la ley de filiación consagra, por primera vez entre nosotros, el principio de interés superior del niño, niña o adolescente, y le da una decidida protección al derecho a la identidad por la vía de la recepción del principio de libre investigación de la paternidad y maternidad³⁴. Sin embargo, se ha señalado que todavía quedan reformas pendientes en lo que a normas de filiación se refiere, por ejemplo en lo que respecta al entendimiento del cuidado personal y a la posibilidad del establecimiento de la llamada custodia sucesiva o alternada. También se ha señalado que debería regularse la situación de los concebidos en virtud de técnicas de reproducción humana asistida y corregirse la única norma legal que se refiere a ellos (artículo 182 del Código Civil), la que, como se sabe, le impide averiguar por sus orígenes biológicos al hijo de filiación tecnológica³⁵.

En síntesis, el derecho de familia nacional ha transitado desde una protección exclusiva y rígida de cierto tipo de familia hacia la tutela de otras realidades familiares, sin perjuicio que todavía no se ha llegado a un estado de plena protección para todo tipo de organización y dinámica familiar. La pregunta que queda flotando es si deberían tutelarse en similares términos

³⁴ Otras leyes que mejoraron la situación de los hijos no matrimoniales fueron las leyes Nos 5.750, de 1935, y 10.271, de 1952. Por su parte, las anteriores leyes de adopción eran las Nos. 7.613 y 18.703. En relación con el tema de la filiación, recomiendo consultar Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, **El Sistema Filiativo Chileno**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

³⁵ Entre los muchos puntos destacables de las reformas al estatuto filiativo, me parece que lo más relevante es que las sucesivas modificaciones fueron cambiando el entendimiento acerca de la relación de filiación, la que hoy en día es asumida como un fenómeno jurídico antes que meramente biológico. De este aserto dan cuenta cuatro ideas: primero, que la legislación actual considera hijo al adoptado (ley n° 19.620); segundo, que a partir del año 1999 contamos con una norma expresa referida a las técnicas de reproducción humana asistida (artículo 182 del Código Civil); tercero, que el artículo 201 del Código Civil le da preferencia a la posesión notoria del estado civil de hijo por sobre la verdad biológica; y, cuarto, que en la actualidad una persona puede reconocer a otra como hijo sin que sea necesario que sea su padre o madre biológico. Así, el concepto de paternidad que tiende a imponerse es el de *paternidad afectivo-social*.

realidades y dinámicas familiares ajenas a las de la familia tradicionalmente resguardada.

Atendidas las anteriores consideraciones es que surge la pregunta acerca de si el tipo de Estado que ha logrado consolidarse hoy debe seguir contando con un derecho de familia basado en una ideología como la que rigió en el momento de entrada en vigencia del Código de Bello, que en alta medida sigue rigiendo; o es acaso que la concepción ética a la luz de la cual debe crearse e interpretarse el referido derecho debe ser reformulada.

Como se sabe, el tipo de Estado que rige en general en “occidente” en la actualidad es el denominado “Estado democrático de derecho” o “Estado constitucional”³⁶. En un Estado como este todas las dinámicas de los poderes públicos deben subordinarse a una Constitución Política que, a su vez, debe asegurar y promover los derechos humanos³⁷; y respetar los

³⁶ En cuanto a los distintos tipos del estado moderno a través de la historia de occidente, ver Díaz, Elías, “Estado de Derecho y Legitimidad Democrática”, en Carbonell, Miguel, Orozco, Wistano y Vázquez, Rodolfo (coordinadores), *Estado de Derecho*, México, D.F., editorial Siglo Veintiuno Editores, 2002, páginas 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. Estado, Legitimidad, Ciudadanía**, Santiago, editorial LOM, 2002, T. I. 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).

Ahora bien, algunos autores utilizan la expresión “estado de derecho” sin más. Otros, la de “estado democrático de derecho”. En el presente ensayo se prefiere la segunda denominación por ser más precisa, ya que, en general, la primera parece apuntar sólo al llamado “estado constitucional”, forma estatal que se caracteriza por la sujeción de todas las dinámicas del poder público a una Constitución Política, que bien podría no ser democrática. En todo caso, algunos autores, como Nino, hacen un esfuerzo por asimilar ambas nociones. Ver Nino, Carlos, ob. cit., páginas 13-21.

³⁷ No sólo los derechos humanos expresamente garantizados por la Constitución (en el artículo 19), sino que todos los derechos humanos, los cuales se entienden incorporados a nuestro ordenamiento jurídico, siendo ellos un límite a la soberanía nacional, al tenor de lo dispuesto en el artículo 5°, inciso segundo, de aquélla. Según la posición mayoritaria en el derecho comparado, los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional se entiende que gozan de rango constitucional (o, por lo menos, supralegal), idea que ha dado cabida a la teoría del “bloque constitucional de derechos”, bloque que estaría conformado, de este modo, por los derechos humanos garantizados por la Constitución, así como por los reconocidos en el derecho internacional. En virtud de esta teoría, toda la legislación nacional debería guardar coherencia con los derechos humanos.

principios básicos de la democracia. Así, en un Estado como éste, toda normativa jurídica debe crearse (o decidirse no crearse), interpretarse y aplicarse sobre la base de la consideración de los derechos humanos y de ciertos valores y principios jurídico-políticos³⁸. Esta manera de funcionar que tienen hoy los distintos sistemas jurídicos ha dado lugar a la llamada “humanización” o “constitucionalización del Derecho”. Para Cea, se trata de “... un proceso, en virtud del cual, la supremacía que posee la Carta Fundamental se hace patente en las leyes, decretos, actuaciones administrativas, sentencias judiciales o fiscalizaciones practicadas por los organismos de control. Ciertamente, ese proceso se debe manifestar con idéntico vigor en las conductas de los particulares ante la Constitución. Al respetar aquella supremacía constitucional, en la forma y en el fondo, el sistema jurídico entero se somete al Código Político”³⁹.

³⁸ Las siguientes ideas de Ferrajoli resultan ilustrativas respecto a la enorme revolución que implica el surgimiento de la teoría del estado democrático de derecho, en cuanto “... significa completar el Estado de Derecho, es decir, la sujeción a la ley de todos los poderes, incluido el legislativo, que resulta también subordinado al derecho, más precisamente a la Constitución, ya no sólo en lo concerniente a las formas y procedimientos de formación de las leyes sino también en el plano de los contenidos. Por consiguiente, en el Estado Constitucional de Derecho el legislador no es omnipotente en el sentido de que las leyes emanadas por él no son válidas por el sólo hecho de su entrada en vigor, o sea, por haber sido producidas en las formas establecidas en las normas sobre su producción, sino cuando, además, sean coherentes con los principios constitucionales. Y tampoco ya la política es omnipotente, al invertirse su relación con el derecho: también la política y la legislación, que es su producto, se subordinan al derecho. Así, ya no es posible concebir al derecho como un instrumento de la política, sino que es ésta la que debe ser asumida como instrumento para la actuación del derecho y precisamente de los principios y de los derechos fundamentales inscritos en ese proyecto, jurídico y político al mismo tiempo, que es la Constitución. Si en el plano de la teoría del derecho el cambio de paradigma se manifiesta en la disociación del vigor y validez de las leyes, en el de la teoría política lo hace en un cambio correlativo de la naturaleza misma de la democracia. Ésta no se resuelve simplemente en la dimensión política que le viene de la forma representativa y mayoritaria de la producción legislativa que condiciona la vigencia de las leyes, sino también de la dimensión sustancial impuesta a la misma por los principios constitucionales, que vinculan el contenido de las leyes, condicionando su validez sustancial a la garantía de los derechos fundamentales de todos”. Ferrajoli, Luigi, “Jurisdicción y Democracia”, en Sotomayor Acosta, Juan Oberto (coordinador), *Garantismo y Derecho Penal*, Bogotá, editorial Temis, 2006, pág. 128.

³⁹ Cea Egaña, José, *Derecho Constitucional Chileno*, Santiago, editorial Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004, pág. 69, T. II.

Antes de la enorme revolución jurídica a que he venido aludiendo, la creación (o la decisión de no creación) e interpretación de las normas jurídicas infraconstitucionales se hacía, en general, sin tomar mayormente en cuenta los derechos constitucionales. Además, cabe recordar que el derecho de los derechos humanos fue considerado inicialmente como un área propia y exclusiva del derecho público, en cuanto se postulaba que los referidos derechos sólo podían esgrimirse enfrente del Estado, pasando a ser éstos el más importante límite de su accionar. Sin embargo, con el correr de los años, la teoría de los derechos humanos comienza a erigirse como inspiradora de toda creación (o de la decisión de no creación) e interpretación normativa en las diferentes ramas del derecho; y se empieza a asentar la idea de que dichos derechos no sólo pueden ser esgrimidos en las relaciones Estado-individuo, sino que también en las relaciones entre particulares, en las relaciones de derecho privado (“efecto horizontal de los derechos fundamentales”)⁴⁰. Así se rompe con la hasta entonces rígida separación entre derecho público y derecho privado. De esta suerte, “el transcurso del tiempo y la sucesión de diversos acontecimientos políticos, sociales y culturales, han dado nacimiento a una nueva perspectiva que tiende a superar los ámbitos normativos cerrados y a dejar de lado la separación estricta entre Estado y sociedad, equiparando la naturaleza de los derechos independientemente de quién sea el obligado a cumplirlos”⁴¹.

No cabe duda que el derecho de familia es una de las áreas en que más incidencia ha tenido el fenómeno antes descrito, en razón de lo cual ha

⁴⁰ La teoría que propicia la eficacia de los derechos fundamentales entre privados nace en Alemania a mediados del siglo pasado, bajo la denominación “drittwirkung der grundrechte”. En relación con este tema, ver Fernández González, Miguel Ángel, “Constitución y autonomía de la voluntad”, en Martinic Galetovic, María Dora y Tapia Rodríguez, Mauricio (directores) y Ríos Labbe, Sebastián (colaborador), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*, Santiago, editorial LexisNexis, páginas 1245-1269; y Jana Linetzky, Andrés, “La Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales”, en *Los Derechos Fundamentales*, SELA, 2001, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003. En relación con el fenómeno de la constitucionalización del derecho privado y del derecho de familia, ver Gil Domínguez, Andrés, Fama, María Victoria y Herrera, Marisa, **Derecho Constitucional de Familia**, Buenos Aires, editorial EDIAR, 2006; kemelmajer de Carlucci, Aída, “Codificación y Constitucionalización del Derecho Civil”, en Martinic Galetovic, María Dora y Tapia Rodríguez, Mauricio (coordinadores) y Ríos Labbe, Sebastián (colaborador), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*, editorial LexisNexis, Santiago, 2005, páginas 1193-1215, T. II ; y Schmidt Hott, Claudia, “La Constitucionalización del Derecho de Familia”, en idem, páginas 1235-1245.

⁴¹ Gil, Andrés, Fama, María Victoria y Herrera, Marisa, ob. cit. pág. 3, T. I.

surgido el llamado *derecho constitucional de familia*. Así, los derechos humanos son cada vez más considerados en la creación (o en la decisión de no creación) e interpretación de su normativa, transformándose aquéllos en el principal orientador de esta rama del conocimiento jurídico⁴². En esta línea, cabe consignar que las grandes reformas del último tiempo, en materia de relaciones de familia, han tenido su fuente de inspiración en la teoría de los derechos humanos y principalmente en los tratados que Chile ha suscrito sobre la materia. Es así como, por ejemplo, la progresiva equiparación entre hombres y mujeres en estas materias se ha fundamentado sobre la base del principio de igualdad y no discriminación (principalmente la de la ley n° 18.802, de 1989, que le otorga plena capacidad a la mujer casada en sociedad conyugal). El mismo fundamento fue invocado para igualar a hijos de filiación matrimonial y no matrimonial, en el año 1998 (ley n° 19.585). Por su parte, la flexibilización en materia de matrimonio, sobre todo en lo que respecta al establecimiento del divorcio vincular, ha respondido al principio de libertad y, más específicamente, al de libre desarrollo de la personalidad, sin perjuicio de que también admite apoyo en el derecho a la integridad psíquica, en cuanto la mantención forzada de una relación conyugal representaría un atentado a la salud psicológica de las personas casadas. Y el mismo derecho a la integridad psíquica, además del derecho a integridad física, es el que le ha dado sustento a la actual legislación sobre violencia intrafamiliar (ley n° 20.066). Por último, cabe recordar que la reforma introducida por la ley de filiación se basó, además, en el derecho a la identidad, en orden a la consagración de la libre investigación de la paternidad y maternidad, por la vía de la flexibilización del régimen de acciones de filiación; y en el principio de interés superior del niño, niña o adolescente, el cual, no cabe menos que entender como la plena protección de los derechos humanos de estas personas⁴³⁻⁴⁴.

⁴² De este modo, en materia de derecho de familia, así como en todo el espectro de lo jurídico, “los legisladores y los jueces, como representantes de los poderes instituidos, deben ajustarse a las normas supremas al sancionar y aplicar las leyes y, por ende, no pueden decidir siguiendo discrecionalmente su criterio, aunque éste represente al pensamiento o deseo absoluto de las mayorías. Ante cualquier creencia o convicción –insistimos, aún predominante– existe un límite insoslayable: los contenidos esenciales de los derechos fundamentales, universales e inalienables, que propenden al desarrollo de construcciones que reflejan la pluralidad de una sociedad abierta”. Idem, pág. 22.

⁴³ Mauricio Tapia opina que las grandes reformas al derecho de familia a lo largo de nuestra historia encuentran su explicación en una serie de fenómenos sociales, antes que en la influencia de la normativa 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

Atendidas las ideas recién expuestas y los enormes cambios culturales que se han sucedido, digamos, en los últimos cincuenta años, nadie se atrevería a poner en duda que el derecho de familia ha sido uno de los que más transformaciones ha experimentado. Las diversas mutaciones que ha sufrido esta rama del derecho se relacionan con las diversas concepciones (morales) que, según las diferentes épocas, se han ido imponiendo en las sociedades respecto a lo que *es* o *debería ser* una familia. Estos cambios en el entendimiento de las estructuras y relaciones familiares encuentran explicación, a su vez, en factores de índole económica, política, sociológica, bioética, religiosa, tecnológica, etcétera⁴⁵. Baste pensar, en este sentido, en la progresiva igualación que han ido obteniendo en la esfera del derecho las mujeres frente de los hombres. Ello, por cuanto la incorporación de las mujeres al mundo del trabajo (cambio económico), su protagónica participación en el mundo de los movimientos sociales y el asentamiento de la democracia (cambio político), su decidido y masivo arribo al mundo de la educación y de la producción intelectual (cambios sociológico y cultural) y la revolución que implicó la invención de la píldora anticonceptiva (cambio tecnológico), determinaron importantes reformas en las legislaciones de los diversos ordenamientos jurídicos en el sentido de la igualdad de género.

Evolución Social”, en *Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri*, n° 8, Santiago, Fundación Fueyo, 2007, páginas 155-199.

⁴⁴ En relación con el trascendental tema del interés superior del niño, niña y adolescente, puede consultarse Cillero Bruñol, Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (compiladores), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, editorial Temis-Depalma, 1998.

⁴⁵ Un completo tratamiento de la evolución histórica de la familia puede consultarse en Rodinesco, Elisabeth, *La Familia en Desorden*, México, D.F., editorial Fondo de Cultura Económica, 2006. En relación con la familia en Chile, ver Figueroa Yáñez, Gonzalo, “El Pacto de Convivencia: Una Alternativa al Pacto de Matrimonio”, en Varas Braun, Juan Andrés y Turner Saelzer, Susan (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Valdivia, 2005*, Santiago, editorial LexisNexis, 2005, páginas 423-446. Por su parte, en relación con la evolución del derecho de familia nacional, ver Tapia Rodríguez, Mauricio, *Código Civil 1855-2005. Evolución y Perspectivas*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, páginas 102 y ss. Por último, para el caso español, cuyo derecho de familia ha sufrido reformas similares a las nuestras, pero más tempranamente, ver Roca Trias, Encarna, “La Evolución del Derecho de Familia en España”, en Guzmán Brito, Alejandro (editor científico), *El Código Civil de Chile*, Santiago, editorial LexisNexis, 2007, páginas 741-760.

En síntesis, la consolidación de una nueva visión de mundo en las diferentes áreas del quehacer humano al interior de las distintas sociedades (economía, política, sociología, cultura, etcétera), ha cristalizado en las diferentes formas de Estado de que da cuenta la historia. Por consecuencia, el derecho de familia ha ido respondiendo a cada una de dichas mutaciones sociales y estatales, haciéndose cada vez más coherente con el tipo de sociedad y Estado imperantes en la actualidad.

Ahora bien, ya que el Estado democrático de derecho se sustenta en una serie de principios, necesariamente el derecho de familia debería corresponderse con ellos, a objeto de darles operatividad, de manera de evitar que, como suele ocurrir, sólo se declaren, sin que se apliquen o cumplan mayormente. De esta suerte, existe una gama de principios que definen teóricamente el tipo de Estado al cual vengo aludiendo, no obstante lo cual la teoría no siempre termina irradiando suficientemente cada una de las dinámicas o prácticas sociales y estatales. El señalado nivel teórico suele quedar plasmado en los textos constitucionales, así como en instrumentos internacionales, sobre todo de derechos humanos. Pero, una cosa es el nivel de la pura teoría (normativa) y otro el de la práctica. Este segundo nivel, a su vez, supone dos subniveles: el de la realidad normativa infraconstitucional (la práctica legislativa y judicial) y el de la realidad factual (las conductas de los individuos). El primer subnivel supone que toda normativa jurídica (legislativa y judicial) debe ajustarse a los principios rectores que dan forma al Estado democrático de derecho; y, el segundo, que dichos principios deben encarnarse, también, en los comportamientos de los ciudadanos. En este sentido, si bien muchos países presentan un tipo de ordenamiento constitucional que, declarativamente, supone la configuración de un Estado democrático de derecho, son muchos también los que no han logrado llevar a la práctica satisfactoriamente los principios inspiradores de tal forma estatal. De esta suerte, es frecuente que nos encontremos con textos constitucionales completos o relativamente completos desde el punto de vista de tales principios, pero con realidades normativas infraconstitucionales y fácticas incoherentes con lo declarado en los textos constitucionales. Atendida esta incoherencia es que el trabajo de los operadores del derecho (principalmente legisladores y jueces) debe tender más decididamente a hacer operativos tales principios. Ello, por cuanto la mayor perfección del tipo de Estado que vengo caracterizando depende, antes que todo, del tipo de normas jurídicas (leyes y resoluciones judiciales) con que se cuente. Un Estado que de democrático de derecho sólo tiene su normativa constitucional -y no también sus leyes y

resoluciones judiciales-, se encuentra más lejos que cerca de la plena realización de dicha forma estatal⁴⁶.

IV. PRINCIPIOS RECTORES DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y SU APLICACIÓN AL DERECHO DE FAMILIA.

Al tenor de lo señalado en el apartado anterior se hace necesario determinar cuáles son los principios rectores del Estado democrático en orden a que el derecho de familia se acomode a ellos. Son muchos los principios que se podrían mencionar y examinar en relación con el derecho de familia del Estado democrático, pero no cabe duda que los más sobresalientes, por lo menos en lo que respecta a este trabajo, son los siguientes: respeto a la diversidad (o derecho a la diferencia), igualdad y no discriminación, derecho a la intimidad, derecho al libre desarrollo de la personalidad y derecho a la identidad. Esta gama de principios configura lo

⁴⁶ "Por supuesto que todo Estado genera, crea, un derecho, es decir, produce normas jurídicas; y que, de un modo u otro, las utiliza, las aplica y se sirve de ellas para organizar y hacer funcionar el grupo social, para orientar políticas, así como para resolver conflictos concretos surgidos dentro de él ... Pero, a pesar de ello, de esa constante correlación fáctica entre Estado y derecho, no todo Estado merece ser reconocido con este, sin duda, prestigioso rótulo cualificativo y legitimador - además de descriptivo- que es el Estado de derecho. Un Estado con derecho (todos o casi todos) no es, sin más, un Estado de derecho (sólo algunos). Éste implica, desde luego, como suele señalarse, sometimiento del Estado al derecho, autosometimiento a su propio derecho, regulación y control equilibrado de los poderes y actuaciones todas del Estado y de sus gobernantes por medio de leyes, pero -lo cual es decisivo- exigiendo que éstas sean creadas según determinados procedimientos de indispensable, abierta y libre participación popular, con respeto para valores y derechos fundamentales concordados con tal organización institucional/ El Estado de derecho, así, básicamente concebido, es un tipo específico de Estado, un modelo organizativo nuclear y potencialmente democrático que ha ido surgiendo y construyéndose en las condiciones históricas de la modernidad (de la Ilustración) como respuesta a ciertas demandas, necesidades, intereses y exigencias de la vida real, de carácter socioeconómico y, unido ello (como siempre ocurre), también de carácter ético y cultural. Un resultado, pues, de teoría y praxis o, si se quiere invertir la relación, de praxis y teoría (estos no son nunca términos escindibles): ambas dimensiones, es decir, instancias fácticas más o menos inmediatas impregnadas u orientadas desde filosofías, ideologías, concepciones del mundo o como quiera llamárseles -en definitiva hechos y valores- es lo que está detrás de los mecanismos y aspiraciones que, a lo largo del tiempo, han ido configurando a aquél". Díaz, Elías, ob. cit., páginas 64-65.

que podríamos llamar “la doctrina jurídica base de un Estado democrático de derecho”: “el pluralismo jurídico”⁴⁷. A la mayor parte de los principios antes mencionados ya me he referido en otro trabajo⁴⁸, razón por la cual en lo que sigue sólo discurriré en derredor de uno de ellos, que parece ser la base de un derecho de familia pluralista: el principio de respeto por la diversidad de formas de vida. No cabe duda que este principio, antes que cualquier otro, se vincula radicalmente con toda reflexión que suponga relacionar ética y derecho de familia, eso sí que no cualquier derecho de familia, sino que el de un Estado democrático.

Asumir que la doctrina jurídica fundante del Estado democrático de derecho es el pluralismo jurídico implica asumir, a la vez, que la ética inspiradora de este tipo de organización jurídico-política, necesariamente, ha de ser una de índole plural y no una universalista-sustancialista o una relativista. Así, un Estado como el descrito debe responder en todas sus dinámicas a una ética pluralista, lo que implica respetar, proteger y promover la diversidad de formas de vida que quieran vivir sus ciudadanos, así como sus derechos humanos, pero con una importante limitación: los derechos humanos de todas las personas. Por tanto, no puede ser sólo una forma de vida la respetada, protegida y promovida (como postulan las llamadas “éticas universalistas-sustancialistas”); pero tampoco todas las imaginables (como podría postular el relativismo). El derecho de familia de un Estado pluralista, democrático, debe obrar en consecuencia⁴⁹.

⁴⁷ “El pluralismo sostiene que, en principio, todos quienes comparten la naturaleza humana deben vivir de maneras que contribuyan a su progreso moral, esto es, al perfeccionamiento de las costumbres propias y al refinamiento de las ajenas, que promueva el encuentro respetuoso en la diversidad legítima de todos los seres humanos por igual. Esto supone mejorar indefinidamente tanto el entendimiento del concepto de naturaleza humana que cada forma de vida tiene como su conocimiento de la propia identidad./ Dicha identidad, de acuerdo con el pluralismo, sólo se vuelve posible por la existencia de una diversidad de identidades humanas o formas de vida, todas las cuales expresan la misma naturaleza humana, la única que hay. Sólo el refinamiento de la sensibilidad valorativa permite reconocer, detrás de una identidad humana distinta de la propia, la naturaleza humana que con ella se comparte. El pluralismo requiere respetar no sólo aquellas costumbres que, en virtud, de la identidad propia, se *viven* como valores, sino también *tratar* como valores aquellas costumbres legítimas que otros, en virtud de una identidad tan legítima como la propia, *viven* como valores”. Orellana Benado, Miguel, **Pluralismo ...**, páginas 61-62.

⁴⁸ Ver Hernández, Gabriel, **Derecho de familia y derechos humanos**, ob. cit.

⁴⁹ “Genético-estructuralmente, el orden moral legado por la Ilustración ha quedado incorporado a nuestros esquemas cognitivos, de modo que sabemos moralmente a través de ellos. Trascendentalmente, en alguna versión determinada, tiene su sede

Las anteriores ideas resultan indispensables a los efectos de la mayor parte de los debates presentes al interior del derecho de familia, en cuanto tales discusiones necesariamente han de enfrentarse a la luz de la teoría del Estado democrático de derecho y de todo su andamiaje conceptual, una de cuyas ideas más relevantes —que duda cabe— consiste en partir del supuesto que la concepción ética a la que se dé plasmación en las soluciones que los operadores jurídicos construyan respecto de las problemáticas del derecho de familia, han de ser soluciones que respeten y protejan toda forma de vida familiar y de ejercicio de la sexualidad, a condición que no atente contra los derechos fundamentales de los demás (ética del pluralismo). Lo mismo cabe predicar respecto del tratamiento de los ciudadanos individualmente considerados, quienes no deben ser discriminados (principio de igualdad) y a quienes se le deben proporcionar las herramientas indispensables para desarrollar sus particulares proyectos de vida (derechos a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la identidad).

A tenor del anterior aserto, cabe preguntarse si las reformas del derecho de familia nacional han logrado situar a Chile en un nivel de plena operatividad de la ética del pluralismo o de pleno respeto a los derechos fundamentales de las personas en los ámbitos en los que han tenido lugar (por ejemplo, igualación de hijos y de hombres y mujeres; y liberalización del matrimonio) y si se hacen necesarias nuevas normas en las áreas en las que todavía no se han dictado estatutos particulares (por ejemplo, en materia de uniones de hecho, de técnicas de reproducción humana asistida y de derechos sexuales y reproductivos).

En relación con el anterior punto, muchos autores opinan que las reformas al derecho de familia deben concretarse sólo en la medida que haya un amplio consenso social en torno a la respectiva reforma. Vuelve a surgir así la persistente pregunta respecto a cuál es la función del derecho: si sólo seguir de cerca los cambios de mentalidad social o ser un impulsor de los mismos⁵⁰. Se trata de una disyuntiva de muy difícil solución, sobre todo porque el derecho muchas veces se comporta de ambas maneras. En

en la razón. Porque las sociedades aprenden no sólo a nivel científico, técnico o artístico, sino también a nivel moral: el reconocimiento de la autonomía personal, la dignidad que, en consecuencia, a todo hombre compete, los derechos humanos, el derecho imparcial, la forma de vida democrática se han incorporado a nuestro saber moral en un proceso que resulta ya irreversible, de modo que renunciar a todo ello significa ya renunciar a nuestra propia humanidad”. Cortina, Adela, ob. cit., pág. 23.

⁵⁰ Respecto a las relaciones entre derecho y cambio social el lector puede consultar Squella Narducci, Agustín, **Introducción al Derecho**, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, páginas 509 y ss.

relación con la cuestión del consenso social, a modo de ejemplo, cabe señalar que respecto de las convivencias afectivo-sexuales gay algunas posturas reconocen no ser contrarias a que un individuo haga vida de pareja con otro de su mismo sexo, pero afirman que una sociedad no preparada culturalmente para un reconocimiento legislativo de tales parejas puede legítimamente imponer su visión al respecto, por lo menos en lo que atañe a la posibilidad de que dichas relaciones accedan a la paternidad o maternidad conjunta. Otro ejemplo palmario en este sentido se relaciona con el régimen de bienes del matrimonio, temática respecto de la cual son bastantes los autores que opinan que la derogación o radical modificación de la sociedad conyugal implicaría un cambio cultural de envergadura para el cual todavía no estamos preparados, sobre todo considerando que el referido régimen “beneficia a las mujeres”, principalmente porque la enorme mayoría de ellas no trabaja remuneradamente fuera del hogar. Un tercer ejemplo, en este sentido, lo constituye el debate relativo a las técnicas de reproducción humana asistida, en tanto mecanismos idóneos para que ciertas personas accedan a la paternidad y/o a la maternidad, temática en relación con la cual algunos autores (y proyectos de ley) suscriben la idea que a las referidas técnicas sólo deberían poder someterse las parejas matrimoniales heterosexuales, mediante la utilización de una técnica homóloga (o sea, con gametos provenientes de los cónyuges), con lo que se deja fuera a las uniones de hecho, a los matrimonios gay, a los matrimonios en que ambos cónyuges sean estériles y a las mujeres que decidan someterse individualmente al respectivo tratamiento. Lo mismo acontece, en cuarto lugar, con la regulación de los derechos sexuales y reproductivos, en relación con los cuales suele predicarse que su reconocimiento resulta peligroso, porque podría conducir a la regulación del aborto o la permisión de métodos anticonceptivos reprobados por cierto sector de la sociedad (como ocurrió, por ejemplo, en el caso de la llamada “píldora del día después”).

Enfrente de las anteriores opiniones me parece conveniente señalar que, nuevamente, el centro de la cuestión debe estar en los principios rectores del Estado democrático de derecho, en virtud de los cuales, para determinar si una realidad social debe ser amparada jurídicamente o no, el punto de partida no puede ser el grado de “preparación” de la respectiva sociedad o consideraciones vinculadas con el discurso de cierto sector ideológico, sino que la salvaguarda de los principios inspiradores de tal forma estatal. En el fondo, se trata de una cuestión de promoción y defensa de los derechos humanos, cuya puesta en práctica no puede ser supeditada a la maduración

de las condiciones sociales, maduración que, por lo demás, nadie podrá saber nunca –con certeza– cuándo efectivamente se ha producido⁵¹.

A mi modo de ver, las posturas que avalan la realización sólo de aquellas reformas para las cuales se encontraría “preparada” la sociedad chilena, en cuanto sólo algunas de ellas se acomodan a la “moral imperante” o a la “tradicción”, constituyen un atentado al pluralismo, en cuanto representan un peculiar tipo de dogmatismo (encubierto): el “revelado” por la evidencia de los hechos o por las opiniones de “la mayoría”. Este tipo de tibias posiciones éticas (dogmáticas) constituye lo que Cortina denomina “facticismo social”. “...Los <<facticistas sociales>> tienen por exigible, e incluso por posible, únicamente lo que los grupos existentes ya están dispuestos a admitir. Este <<posibilismo>> de la vida política, tomado como norma, degenera en el dogmatismo de quienes se inmunizan frente a cualquier crítica, tachándola de utópica y, por tanto, de inmoral”⁵².

⁵¹ Así, por ejemplo, cabe recordar que una enorme mayoría de los encuestados respecto del establecimiento del divorcio (sobre el 70%), era de la opinión de regular esta figura, no obstante lo cual recién en 2004 se aprobó la ley que finalmente lo reglamentó. Por su parte, en relación con las uniones entre personas del mismo sexo, uno de los debates que viene, cabe constatar que la opinión ciudadana ha variado enormemente en los últimos años, tanto en relación con la homosexualidad en sí misma, como en lo relativo a la protección de las aquellas uniones. Sin embargo, se mantiene la reticencia ciudadana enfrente del matrimonio gay y de la posibilidad de que estas parejas puedan acceder a la paternidad o maternidad conjunta. Merece destacarse, en este sentido, la encuesta realizada por la Fundación Chile 21 (año 2004), que arrojó los siguientes resultados: el 88% de los entrevistados señala que el debate público sobre la homosexualidad es mayor en la actualidad que el que existía hace diez años. Por su parte, el 68% declara que hoy hay una mayor aceptación de la homosexualidad. A su vez, un 57% admite conocer a una persona gay. En cuanto a la condición moral de la homosexualidad, sólo un 12 % afirma que es una desviación moral que no debe tolerarse por la sociedad, un 30 % sostiene que homosexuales y lesbianas son personas desviadas que necesitan atención psicológica y un 58% declara que la homosexualidad es una opción sexual tan legítima como cualquiera otra. A pesar de esta mayoría en torno a la aceptación, el 94% sostiene que aún subsiste la discriminación, pero el 84% sostiene que tal discriminación es injustificada. En relación con la dictación de una ley de unión civil para las parejas gay, 64% se manifiesta de acuerdo o muy de acuerdo. Sin embargo, la mayoría se opone a legislar acerca del matrimonio gay (66%). Como se ve, existen en Chile altísimos niveles de aceptación de la homosexualidad y de la posibilidad de legislar a favor de las uniones entre personas del mismo sexo. Ver www.chile21.cl. Enfrente de estas cifras surge una ineludible interrogante: ¿se encuentra o no preparada nuestra sociedad para dar este paso?.

⁵² Cortina, Adela, ob. cit., pág. 38.

V. DERECHO DE FAMILIA NACIONAL Y RESPETO A LA DIVERSIDAD DE FORMAS DE VIDA.

Como señalé en el apartado anterior, no cabe duda que el principio más digno de protección en las sociedades democráticas es el de respeto y promoción de la diversidad de formas de vida, en cuanto éstas no atenten contra los derechos humanos. En esta línea, me parece que el Estado chileno se encuentra en deuda con miles de ciudadanos desde este punto de vista, en cuanto no da amparo a formas de vida familiares y de ejercicio de la sexualidad, así como a derechos de la personalidad de muchos de ellos (al no estar reguladas, por ejemplo, las uniones de hecho, el acceso a la adopción de hijos para personas solteras y viudas en términos igualitarios, las técnicas de reproducción humana asistida, los derechos sexuales y reproductivos, la situación de los transexuales y la plena igualdad de género, entre otras cuestiones), las y los cuales no son considerados merecedores de protección por estar “al margen de la tradición” o ser “vulneradores de la moral social imperante”. Así, en la perspectiva de la ética del pluralismo, el Estado chileno ampara sólo algunas visiones de mundo, a pesar que la mayor parte de las no protegidas no suponen, en su puesta en práctica, un atentado a los derechos humanos de nadie. ¿Cuál ha de ser, entonces, el punto de partida de una reflexión auténticamente democrática?

Me parece que las siguientes ideas de Fetscher son contundentes en orden a guiarnos en el inicio de las reflexiones relativas a los más importantes debates del derecho de familia contemporáneo. Dice Fetscher: “en las sociedades modernas secularizadas, la tolerancia es importante... Aún cuando la exigencia de este aspecto no sea explícitamente mencionada en la Constitución (en ella sólo se fija la igualdad...), una democracia pluralista no puede subsistir ni vivir en libertad, sin tolerancia entre la mayoría y las minorías”⁵³. Así, a pesar que en democracia las decisiones las toma la mayoría, ésta no puede pasar por alto todos los intereses de las minorías. La mayoría, necesariamente, debe asumir que puede equivocarse, por lo que debe respetar (y hasta promover) formas de vida que no calcen con sus propias concepciones de mundo y, en todo caso, las opiniones de todos los ciudadanos. Del otro lado, la minoría también debe aceptar las decisiones de la mayoría, pero sólo a condición de que tales decisiones respeten los principios democráticos. Una democracia del pluralismo, entonces, supone aceptar (e incluso promover) la diversidad de formas de vida, siempre que éstas no operen el deterioro de aquélla. En esto consiste precisamente la puesta en práctica de una versión de la ética que le asegure

⁵³ Fetscher, Iring, *La Tolerancia. Una Pequeña Virtud imprescindible para la Democracia*, Barcelona, editorial, Gedisa, 1999, pág. 137.

a todas las personas el pleno respeto y promoción de sus particulares proyectos de vida, en esto consiste exactamente la plasmación en el mundo del derecho de una ética del pluralismo. El pleno respeto a la diversidad es, entonces, la encarnación en el mundo jurídico de la ética de la pluralidad. Y hacer esto (aceptar y promover la diversidad) implica, a la vez, tornar operativos los principios de igualdad, intimidad y libre desarrollo de la personalidad, entre otros, atendido el hecho que los derechos humanos conviven en una radical imbricación, lo que significa que, muchas veces, la violación de uno o algunos genera, a la vez, la vulneración de otros. No hay pluralismo posible sin respeto a estos principios. Este aserto implica que no se debe aceptar y promover sólo una forma de vida (según postulan las éticas universalistas-sustancialistas), pero tampoco todas las existentes (según postulan los relativistas). El pluralismo fundante de un Estado democrático de derecho supone la aceptación y promoción de cualquier forma de vida, a condición que no constituya un atentado contra los mismos principios que le sirven de base a aquella forma estatal.

Entonces, la tolerancia “no debe confundirse con la acrítica aceptación. Existen límites para la tolerancia legítima. Esos límites por un lado, están allí donde los individuos o grupos pretenden imponerse por la violencia al resto de la sociedad y oprimirla. Pero también están allí donde la “violencia estructural” se oculta por tabúes y se impide su superación”⁵⁴. Por lo tanto, el pluralismo se opone al universalismo-sustancialista, en cuanto valora la diferencia; y al relativismo, en cuanto no acepta cualquier forma de vida. Al pluralismo le repugnan las formas de vida que hacen de la violencia su norte o atentan contra los derechos humanos. Las demás deben ser aceptadas. La violencia, en sus más diversas formas, es lo único que no debe aceptarse, porque es el mecanismo más idóneo para socavar las bases de una democracia. Es obvio, en todo caso, que la más peligrosa de las violencias no es la inmediata agresión física o psicológica que día a día tiene lugar entre los seres humanos, sino que aquella otra más sutil y abstracta, constituida por la violencia ideológica y por la violencia estructural o institucional. Es este tipo de violencia, menos percibida y cuestionada, la que genera los otros tipos de violencia y se reproduce a sí misma. Es este tipo de violencia -más bien ideológica- la raíz de toda intolerancia. Por esto es que la tolerancia no sólo supone la no aceptación de la violencia explícita, sino que también la no aceptación de toda forma de violencia ideológica, una de cuyas principales manifestaciones, que duda cabe, es la discriminación de grupos o personas no basada en la argumentación racional, sino que en meros prejuicios o argumentos de autoridad. Así, en una democracia, toda

⁵⁴ Idem, páginas 150-151.

diferenciación (por acción u omisión) no basada en argumentos racionales debe ser descartada. Tal ha de ocurrir, por tanto, con la la regulación de las uniones de hecho y de la situación de las mujeres, por ejemplo.

De esta suerte, “la tolerancia no exige soportar situaciones indignas del hombre y un dominio inhumano y despectivo. La crítica a esas situaciones es perfectamente compatible con ella. Sin esa crítica, la tolerancia se convierte en imperdonable indiferencia respecto al destino del prójimo... Sólo cabe esperar que el amor a la humanidad y a la realización definitiva de las ideas de los derechos humanos algún día acaben por triunfar sobre las tradiciones fanáticas”.⁵⁵ Como se ve, la tolerancia no consiste sólo en ser indiferentes frente a la diferencia, sino que en mucho más que eso. “Bien entendida, la tolerancia no significa indiferencia hacia los demás, sino el reconocimiento de sus diferencias y de su derecho a ser diferentes. Ambas cosas están –o deberían estar- relacionadas con la simpatía y el interés”⁵⁶.

Según las ideas antes vertidas, la aceptación de la diversidad no supone meramente una tolerancia que podríamos llamar “pasiva”. Es decir, la aceptación de la diversidad propia de una sociedad y de un Estado pluralistas no consiste meramente en declarar que uno está por dejar que los otros hagan lo que les plazca, con tal que no nos molesten, o en meramente declarar que uno soporta a los demás. Por el contrario, la aceptación de la diversidad supone una tolerancia “activa”, esto es, una actitud de aproximación al otro, lo que Fetscher llama “consideración”. “La tolerancia exige el dejar hacer al otro en su “alteridad”. Exige el retiro o, por lo menos, la limitación de las propias exigencias y de los propios intereses. Es lo que comúnmente se designa como “consideración”⁵⁷.

En conclusión, la aceptación y promoción de la diversidad -el pluralismo- requiere una conducta activa de consideración hacia el otro, conducta que no sólo debe exigirse a las autoridades, sino que también a todos los ciudadanos. Pero ningún pluralismo será posible sin que se eliminen las formas más sofisticadas de violencia, ya que ésta, sobre todo en su faceta estructural o institucional, impide la formación de ciudadanos pluralistas. En la medida que el Estado no posibilite la plena realización de todas las personas, éstas estarán permanentemente expuestas al peligro de discriminar irracionalmente y de ser discriminadas (cuando llegue el momento) de la misma forma. La intolerancia, la falta de pluralismo, se explica en gran medida por la inseguridad, por el desvalimiento en el que

⁵⁵ Idem, pág. 152.

⁵⁶ Idem, páginas 143-144.

⁵⁷ Idem, páginas 151-152.

muchas personas viven en la actualidad. Esta inseguridad, este desvalimiento, genera la discriminación irracional de todo aquel que sea diferente. Se trata de una forma insana de afirmar nuestro ego.

A la luz del principio que se ha venido comentando, me parece incontrovertible que, por ejemplo, el Estado chileno debería otorgar una protección igualitaria a todas las familias (matrimoniales y no matrimoniales, hetero y homosexuales, uni y biparentales, con o sin hijos), en la medida que los distintos tipos de ellas, por lo menos en su mayoría, no atentan contra los principios del Estado democrático de derecho, sino que, por el contrario, son una prueba palmaria de su diversidad fundante, la cual todos debemos aceptar y promover. Como señalan Fries y Matus, “La preferencia por la convivencia en la diversidad como finalidad del Derecho, permite mirar todos los espacios en que ésta se desarrolla y a quienes la crean y recrean. Desde esta preferencia al Derecho no le cabe valorar ciertos ámbitos de convivencia por sobre otros, y otorgar legitimidades a unos en desmedro de otros, más bien le correspondió recoger de la realidad las múltiples manifestaciones de convivencia a que dan lugar las relaciones humanas y reconocer la diversidad de los sujetos que la van creando ... la incorporación de los derechos humanos en los sistemas jurídicos nacionales permite abrir espacios de la experiencia humana fuertemente disciplinados por el control o la fuerza. Se trata de reconocer a otro legítimo y diferente porque la negación o el rechazo anula y destruye la convivencia social.”⁵⁸

VI. DOS CASOS PARADIGMÁTICOS PARA REFLEXIONAR.

Para comenzar este apartado, creo pertinente insistir en que el Estado chileno, en lo que atañe a la protección de la diversidad de formas de vida familiar y de ejercicio de la sexualidad, así como de ciertos derechos de la personalidad, se encuentra todavía muy alejado de un nivel de pleno respeto a la ética del pluralismo y de los derechos humanos de las personas. Ello por cuanto, en lo que a derecho de familia respecta, continúa protegiendo casi de manera exclusiva a cierta forma de organización y dinámica familiar. En efecto, si bien se han dado importantes pasos en orden a la superación de la protección única de la familia “tradicional” (derogación de algunas diferenciaciones de género, igualdad de hijos de filiación matrimonial y no matrimonial en virtud de la ley nº 19.585, y por adopción, en virtud de la ley nº 19.620, secularización del matrimonio y establecimiento del

⁵⁸ Fries Monleón, Lorena y Matus Madrid, Verónica, *El Derecho. Trama y Conjura Patriarcal*, Santiago, editorial Lom, 1999, páginas 70 y ss.

divorcio)⁵⁹, aún continúan desprotegidas estructuras familiares, prácticas de ejercicio de la sexualidad y derechos de la personalidad cuya existencia y realización no implica la vulneración de los derechos humanos de nadie, de manera que la familia tutelada sigue siendo la matrimonial tradicional⁶⁰. Como ejemplos, en este sentido, merecen destacarse el caso de las uniones de hecho (hetero y homosexuales)⁶¹ y del absoluto y aberrante vacío en materia de derechos sexuales y reproductivos⁶² y de técnicas de reproducción humana asistida⁶³. Aparte de estos significativos ejemplos,

⁵⁹ Entonces, “la cuestión que debe destacarse es que las modificaciones legales reemplazaron esa visión unívoca y normativa de la familia del Código Civil, por una protección que no busca establecer un modelo de relaciones familiares, sino que pretende abrir espacios para diferentes proyectos de vida y convicciones morales”. Tapia Rodríguez, Mauricio, *Código Civil ...*, pág. 105.

⁶⁰ La postura que plantea que la familia más digna de protección es la matrimonial esgrime –en general– los siguientes argumentos: que se trata de la única familia que surge de un acto jurídico (el matrimonio), que es la familia tradicionalmente protegida y que en las actas de la Constitución de 1980 aparece esta idea (sesión 191 de la Comisión de Estudios para una Nueva Constitución). A estos argumentos cabría agregar otro: que el artículo 1º, inciso primero, de la Ley de Matrimonio Civil, n° 19.947, señala que “*el matrimonio es la base principal de la familia*”. Una síntesis de estos argumentos se encuentra en Ramos Pazos, René, *Derecho de Familia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, páginas 12-14, T. I.

⁶¹ En relación con la temática relativa a las uniones de hecho recomiendo consultar las siguientes obras: Azpiri, Jorge, *Uniones de Hecho*, Buenos Aires, editorial Hammurabi, 2006; Barrientos Grandón, Javier, *De las Uniones de Hecho. Legislación, Doctrina y Jurisprudencia*, Santiago, editorial LexisNexis, 2008; Barrientos Grandón, Javier y Novales Alquézar, Aránzazu, *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno*, editorial LexisNexis, Santiago, 2004, páginas 44 y ss; Figueroa Yáñez, Gonzalo, ob. cit., páginas 423 y 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, págs. 57 y ss; y Ramos Pazos, René, ob. cit., páginas 620 y ss., T. II. En relación con el tema de las uniones entre personas del mismo sexo, ver Hernández Paulsen, Gabriel, “Uniones afectivo-sexuales y matrimonios ...”.

⁶² En relación con el tema de los derechos sexuales y reproductivos ver Turner Saelzer, “Los derechos sexuales y reproductivos y su incidencia en la esterilización y procreación asistida”, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, v. XII, 2001, páginas 206-216.

⁶³ La única norma legal referida a las técnicas de reproducción humana asistida es el artículo 182 del Código Civil, disposición que si bien resulta útil para solucionar algunos problemas, no lo resulta para muchos otros. Incluso, este artículo presenta un importante cuestionamiento desde el punto de vista de los derechos humanos,

que dan cuenta del innegable triunfo de una ética universalista-sustancialista que, en cuanto tal, ha logrado imponer una política del silencio, muchas veces la mejor aliada de la ausencia de progreso social; podrían citarse varios otros, pero quisiera centrarme en dos, porque son los que, a mi modo de ver, reflejan más claramente la ideología (ética) que sigue primando al interior del derecho de familia nacional: una patriarcal y católica.

i) En primer lugar, debe recordarse, a riesgo de caer en una majadera insistencia, que la situación en la que siguen instaladas las mujeres en el derecho de familia chileno continúa siendo tremendamente desmedrada. En efecto, para nadie es novedoso a estas alturas recordar que siguen existiendo importantes discriminaciones en contra de las mujeres. Y lo son, incluso, aquellas que, en principio, aparecen como discriminaciones en favor de los hombres. Todas las discriminaciones por razones de género que subsisten redundan en perjuicio de las mujeres, porque responden a una determinada ideología que se ha perpetuado entre nosotros, no obstante estar ya hace ocho años instalados en el siglo XXI. Me refiero a que, no obstante todas las reformas que han mejorado la situación de las mujeres, permanece inmodificado, en lo sustantivo, el dispositivo ideológico del patriarcado, por lo menos en lo que respecta a su enclave más potente en términos simbólicos: la asignación de roles en base a la distinción público/privado. En efecto, la matriz sexista que ha caracterizado al Derecho de familia nacional, hace bastante tiempo ya superada en muchos ordenamientos jurídicos, subsiste en toda su fuerza subterránea. En primer lugar, porque el Código Civil sigue reservando el espectro de lo público y económico a los hombres: administración de la sociedad conyugal y patria potestad (cuando los progenitores viven juntos); y el de lo privado-afectivo a las mujeres: cuidado personal de los hijos. En lo que respecta a la administración de la sociedad conyugal bastante se ha discutido ya, razón por la cual no profundizaré al respecto⁶⁴. Sin embargo, en lo que atañe a las relaciones

toda vez que impide al concebido en virtud de una de las referidas técnicas saber quien es su progenitor biológico cuando en la respectiva técnica ha participado un tercero, por ejemplo, donando espermatozoides. Esta solución representaría una vulneración al derecho a la identidad. Para el tema de las técnicas de reproducción humana asistida puede consultarse, Gómez de la Torre, Maricruz, “la determinación de la filiación y las técnicas de reproducción humana asistida”, en *El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil Chileno*, Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, LOM ediciones, 1999; y Turner Saelzer, Susan, Molina Pezoa, Marcia y Momberg Uribe, Rodrigo, “Técnicas de reproducción asistida. Una perspectiva desde los intereses del hijo”, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, v. XI, 2000, páginas 13-26.

⁶⁴ Respecto de las discriminaciones por razones de género en nuestro derecho, ver Fries Monleón, Lorena y Matus Madrid, Verónica, ob. cit. Cabe señalar que

paterno-materno-filiales aún queda mucho por debatir. En este sentido, cabe constar que Chile es uno de los pocos países en el orbe que continúa anclado en el sistema dual de regulación de las relaciones filiales. Me explico: en nuestro país se sigue distinguiendo entre el ámbito patrimonial relativo a los hijos (patria postestad), reservado al padre cuando los progenitores viven juntos (artículo 244 del Código Civil), y el ámbito personal (cuidado personal), reservado a la madre cuando los progenitores viven separados (artículo 225 del Código Civil). En una interpretación inocente podría sostenerse que existe, entonces, una discriminación en contra de las mujeres y otra en su favor. Sin embargo, como nada es una casualidad, no cabe menos que tomar conciencia que tal proceder legislativo es una opción en favor de una determinada ideología (la de las diferenciaciones de género elevadas a la categoría de naturales: “nadie mejor que las mujeres para cuidar a los hijos y nadie mejor que los hombre para administrar bienes”), que históricamente se ha traducido en la subyugación de las mujeres. Este proceder, a su vez, trae aparejadas otras nefastas consecuencias, como por ejemplo, que en relación con algunas materias el acento esté puesto en la supuesta mejor aptitud natural de las mujeres para desempeñar ciertos roles y de los hombres para asumir otros; y no en el interés superior del niño, niña o adolescente, principio rector del derecho de familia contemporáneo. Así, el mencionado proceder supone considerar la vida de los hijos como dividida en dos esferas (la patrimonial y la personal), cosa que, evidentemente, resulta absurda. Ello, por cuanto todavía se sigue asumiendo que cuando los progenitores viven separados el cuidado personal lo deja de tener el padre, ya que, por disponerlo la ley, pasa a la madre. En este sentido, la tendencia comparada es a considerar que una cosa es *con quien vive el hijo* y otra es la del cuidado personal de éste, que permanece siempre radicado en ambos progenitores. Por esto mismo es que habitualmente se hace tan complejo para los operadores del derecho nacional comprender y aceptar algunas instituciones vinculadas a este cambio de paradigma. En primer lugar, comprender y aceptar la llamada custodia compartida, sucesiva o alternada de los hijos, instituto que supone que, en caso de ruptura familiar, el hijo vive un período con el padre y otro con la madre, lo cual se explica por el hecho que, como se dijo, en estado de separación, ambos progenitores mantienen el cuidado personal de los hijos. En segundo lugar, comprender y aceptar dos importantes cortapisas del derecho-deber de cuidado personal: el derecho de vigilancia que le asiste al progenitor que

actualmente existe en tramitación en el Congreso Nacional un proyecto de ley que pretende corregir las discriminaciones en materia de administración al interior de la sociedad conyugal, en el sentido de permitir a los contrayentes elegir al administrador (Boletín Nº 1707-18).

no vive con el hijo y el deber de participar en la crianza del hijo que pesa sobre aquél. Así, si se sabe que el cuidado personal siempre lo tienen ambos, independientemente que los progenitores vivan separados, se hace más sencillo aceptar que el hijo pueda vivir un período con uno y otro período con el otro; y que el progenitor no guardador tenga el derecho a fiscalizar la crianza de sus hijos, así como el deber de participar en dicha crianza, ambas posibilidades dotadas, en derecho comparado, de efectividad jurídica⁶⁵.

ii) En segundo lugar, cabe constar que en ningún caso la nueva ley de matrimonio civil es una que respete plenamente la pluralidad de visiones de mundo presentes en nuestra sociedad y los derechos humanos de los ciudadanos. Dos ideas demuestran este aserto. La primera está constituida por la gran cantidad de trabas que existen en la actual legislación para el divorcio, ya que, contrariamente a lo que se suele creer, la aplicación de este instituto a partir de 2004 no resulta fácil. En efecto, el divorcio que existe en la actualidad no se basa exclusivamente en la voluntariedad, porque no basta con la mera intención de uno o ambos cónyuges para obtenerlo, toda vez que se exige el cese de la convivencia por un período de tiempo de uno o tres años, dependiendo de si lo solicitan ambos o solo uno, respectivamente (artículo 55 de la ley de Matrimonio Civil, nº 19.947). Así, en Chile no existe ni el divorcio unilateral ni el por mutuo consentimiento, sino que *divorcio por cese de la convivencia*. Esta importante traba para el divorcio se ve reforzada por los obstáculos probatorios establecidos por la ley para acreditar el cese de la convivencia, principalmente para los matrimonios celebrados después del año 2004, los que sólo pueden comprobar dicho cese por los rígidos mecanismos prescritos por la citada ley. Luego, debe repararse en la extrema rigurosidad con que el legislador nacional reguló la posibilidad de hacer valer en Chile un divorcio obtenido en el extranjero (artículo 83 de la ley nº 19.947). Por su parte, cabe constar que ciertas interpretaciones jurisprudenciales han tendido a rigidizar la institución del divorcio. Tal es el caso de ciertos fallos referidos a la compensación económica, que terminan fijando montos que podrían desincentivar el divorcio; y referidos al acuerdo regulador de la ruptura conyugal, que, algunos piensan, debe ser siempre aprobado (y no meramente homologado) por el tribunal, incluso en lo relativo a las relaciones entre cónyuges.

⁶⁵Para un análisis crítico de la normativa nacional en materia de relaciones paterno-materno-filiales y del cuidado personal de los hijos ver Lathrop Gómez, Fabiola, **Cuidado Personal de los Hijos. Análisis de la Ley de Matrimonio Civil y Tribunales de Familia**, editorial PuntoLex, Santiago, 2005.

Pero la principal manifestación del mantenimiento de una ética universalista-sustancialista al interior de la nueva legislación, se aprecia, sin lugar a dudas, en la configuración discursiva con la que a partir del 2004 se ha revestido al matrimonio. Ello, por dos razones: primero, porque no obstante la instauración del divorcio, el artículo 102 del Código Civil sigue definiendo de manera inexplicable al matrimonio como un contrato indisoluble; y, segundo, y esto es lo más preocupante, porque el artículo 1º de la Ley de Matrimonio Civil establece que el matrimonio es la “base principal de la familia”. Nuevamente cabe señalar que en una interpretación inocente se ha sostenido que esta norma estaría reconociendo por primera vez la existencia de familias distintas de la matrimonial, con todos los rendimientos positivos que en el futuro este aserto pudiese conllevar. Sin embargo, si reflexionamos en profundidad, nos percatamos que hay en dicha norma un grave retroceso. En efecto, hace ya varios años que nuestros juristas han discutido arduamente acerca de cual es la familia protegida por nuestro ordenamiento jurídico (principalmente por la Constitución), imponiéndose la tesis que señala que, como el constituyente y los tratados internacionales no distinguieron, todas las familias (matrimoniales y uniones de hecho) deben ser protegidas en idénticos términos, en aplicación del principio de igualdad; de manera que la caracterización del matrimonio como la base principal de la familia viene, lamentablemente, a zanjar la discusión en favor de la ideología minoritaria (pero como siempre dominante). Así, si el matrimonio es la base principal de la familia, no cabe menos que concluir que las otras formas de organización familiar carecen de su base principal. Entonces, la siguiente pregunta se impone: ¿qué sería algo que carece de su base principal?. La respuesta es obvia: algo muy cercano a la nada, por lo menos a la nada jurídica⁶⁶.

⁶⁶ La 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 solemnizar 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 sólo sea con el carácter de base principal que le otorga al matrimonio el artículo 1º inciso 1º de la

A la luz de todas las ideas vertidas en este trabajo, ¿puede, entonces, sostenerse seriamente que el derecho de familia chileno es uno respetuoso del pluralismo, es decir, un derecho a la altura de un Estado democrático?.

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, páginas 41-42.