

REVISTA DE DERECHO DE FAMILIA

Volumen III - 2016 - N° 11



THOMSON REUTERS

FAMILIA Y DERECHOS HUMANOS EN EL ORDENAMIENTO CHILENO

GABRIEL HERNÁNDEZ PAULSEN*

RESUMEN: Desde la perspectiva de los derechos humanos, se analiza la evolución del Derecho de Familia chileno, dando cuenta de sus avances y deudas, principalmente, a la luz del respeto a la diversidad, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad.

PALABRAS CLAVE: Derecho de Familia; Derechos humanos; Diversidad; Igualdad; Libre desarrollo de la personalidad.

I. DERECHO DE FAMILIA Y ESTADO DEMOCRÁTICO

El Derecho de Familia responde a determinada manera de concebir el Estado y la sociedad, que en la época de dictación del Código Civil eran radicalmente distintos de los actuales. Parece coherente que el Derecho de Familia de aquella etapa y la inmediatamente posterior haya sido funcional al tipo de Estado vigente (autoritario o “liberal oligárquico 1810-1920”, como lo llama Salazar), tributario de una ideología económica, política, social y ética que ya no goza de la preeminencia que tuvo.¹

Hoy se impone el denominado “estado democrático de derecho” o “constitucional”,² en que las dinámicas de los poderes públicos deben subordinarse a la Constitución, que debe asegurar y promover los derechos humanos. En él, toda normativa debe

* Abogado. Doctor en Derecho Privado por la Universidad Autónoma de Barcelona. Profesor y Subdirector del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Chile.

¹ La sociedad de mediados del siglo XIX, época de entrada en vigencia del Código Civil, era 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.

² Respecto de los distintos tipos de Estado moderno, Díaz, Elias (2002), “Estado de Derecho y Legitimidad Democrática”, *Estado de Derecho*, Miguel Carbonell: Wistano Orozco y Rodolfo Vázquez (coords.), Distrito Federal, México, Siglo Veintiuno Editores, pp. 61-95. En relación con los tipos de Estado que se han sucedido en la historia nacional, Salazar Vergara, Gabriel y Pinto Vallejos, Julio (2002), *Historia Contemporánea de Chile. Estado, Legitimidad, Ciudadanía*, vol. I, Santiago de Chile, LOM. Los autores distinguen –a partir de 1810– el Estado oligárquico liberal (1810-1920), el liberal democrático (1920-1973) y el neoliberal (desde 1973). Algunos utilizan la expresión “estado de derecho” sin más y otros, “estado democrático de derecho”. Prefiero la segunda por ser más precisa, ya que, en general, la primera parece aludir solo al “estado constitucional”, caracterizado por la sujeción de todas las dinámicas del poder público a la Constitución Política, que podría no ser democrática. En todo caso, hay quienes hacen un esfuerzo por asimilar ambas nociones. Nino, Carlos (2003), *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Barcelona, España, Gedisa, pp. 13-21.

crearse o decidir no crearse, interpretarse y aplicarse a la luz de dichos derechos y de los principios constitucionales.³ Esta manera de funcionar que tienen hoy los sistemas jurídicos ha dado lugar a la llamada “humanización” o “constitucionalización del derecho”.⁴

Antes del referido fenómeno, la creación o decisión de no creación, interpretación y aplicación de las normas se hacía, en general, sin tomar mayormente en cuenta los derechos fundamentales. Además, el derecho de los derechos humanos fue considerado inicialmente como un área propia y exclusiva del derecho público, en cuanto se postulaba que solo podían aducirse frente al Estado, siendo el más importante límite de su accionar. Con los años, la teoría de los derechos humanos comienza a erigirse como inspiradora de toda creación o decisión de no creación, interpretación y aplicación normativa en las diferentes ramas del derecho; y se empieza a asentar la idea de que aquellos no solo pueden ser esgrimidos en las relaciones Estado-individuo, sino también entre particulares (efecto horizontal).⁵ Así se rompe la rígida separación entre derecho público y privado.⁶

El Derecho de Familia es una de las esferas en que más ha incidido el aludido proceso, en razón de lo cual ha surgido el llamado *derecho constitucional de familia*. Así, los derechos humanos son cada vez más considerados en la creación o decisión de no creación, interpretación y aplicación de su normativa, erigiéndose en su principal orientador.⁷ Esto y los enormes cambios culturales de las últimas décadas, ha redundado en que el Derecho de Familia sea uno de los que más transformaciones haya experimentado. Estas se relacionan con las diversas concepciones que en las diferentes épocas han primado respecto a la noción de familia, que se explican, a su vez, por factores económicos, políticos, sociológicos, religiosos, tecnológicos, etc.⁸

³ Cfr. Ferrajoli, Luigi, “Jurisdicción y Democracia” (2006), *Garantismo y Derecho Penal*, Juan Sotomayor Acosta (coord.), Bogotá, Colombia, Temis, p. 128.

⁴ Cfr. Cea Egaña, José (2004), *Derecho Constitucional Chileno*, vol. II, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 69.

⁵ Al respecto, Fernández, Miguel (2005), “Constitución y autonomía de la voluntad”, *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*, vol. II, María Dora Martinić Galetovic y Mauricio Tapia Rodríguez (dirs.), Santiago de Chile, LexisNexis, pp. 1245-1269; y Jana Linetzky, Andrés (2003), “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, *Los Derechos Fundamentales*, SELA 2001, Buenos Aires, Editores del Puerto.

⁶ Gil, Andrés; Fama, María Victoria y Herrera, Marisa (2006), *Derecho Constitucional de Familia*, tomo I, Buenos Aires, Ediar, p. 3.

⁷ *Ibid.* 22.

⁸ Tapia considera que las grandes reformas al Derecho de Familia a lo largo de nuestra historia se explican por una serie de fenómenos sociales, antes que por la influencia de la normativa constitucional y de derechos humanos. Tapia Rodríguez, Mauricio (2007), “Constitucionalización del Derecho de Familia(s), el Caso Chileno: Las Retóricas Declaraciones Constitucionales Frente a la Lenta Evolución Social”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 8, pp. 155-199.

Existe una gama de derecho. Este nivel de derechos internacionales, representado por los referidos principios, con textos constitucionales de vista, pero con lo declarado en la operadores del derecho decididamente a ha Estado democrático judiciales. Un Estado constitucional –y n que cerca de dicha

II. AVA

En el último cu reformas de gran re cionalización, relaci esto es, con el rec Tanto en Chile con han relacionado co a su vez, de los cam ruptura o desplaza así como de las pat tadas. Hoy existen familia, que difiere *patriarcal, heterose: hijos*) entre person matrimonio gay –E Unidos–) y las fan

⁹ Cfr. Díaz, 2002.

¹⁰ Cfr. Gil, Fama :

¹¹ Medina, Graciela Culzoni Editores, p. 2 familia a lo largo de l pasa de funciones preo contención afectiva, s en lazos económicos exclusivamente en la

z de dichos derechos y
ar que tienen hoy los
"o "constitucionaliza-

no creación, interpre-
omar mayormente en
los derechos humanos
a del derecho público,
Estado, siendo el más
os derechos humanos
ción de no creación,
nas del derecho; y se
ser esgrimidos en las
s (efecto horizontal).⁵
rivado.⁶

ia incidido el aludido
stitucional de familia.
la creación o decisión
igiéndose en su prin-
s últimas décadas, ha
ías transformaciones
cepciones que en las
que se explican, a su
s, tecnológicos, etc.⁸

io y Derecho Penal, Juan

II. Santiago de Chile,

ia de la voluntad", Ses-
ie Galetovic y Mauricio
Jana Linetzky. Andrés
rechos Fundamentales,

recho Constitucional de

o largo de nuestra his-
uencia de la normativa
'Constitucionalización
onstitucionales Frente
c. 155-199.

Existe una gama de principios que definen teóricamente al Estado democrático de derecho. Este nivel teórico suele plasmarse en textos constitucionales e instrumentos internacionales. Un segundo nivel es el de la normativa infraconstitucional, representado por las leyes y resoluciones judiciales, que deben ajustarse a los referidos principios. En este sentido, es frecuente la existencia de ordenamientos con textos constitucionales completos o relativamente completos desde este punto de vista, pero con una realidad normativa infraconstitucional incoherente con lo declarado en la carta fundamental. Atendida esta situación, el trabajo de los operadores del derecho (principalmente, legisladores y jueces) debe tender más decididamente a hacer operativos los aludidos principios. La consolidación del Estado democrático de derecho depende, ante todo, de sus leyes y resoluciones judiciales. Un Estado que de democrático de derecho solo tiene la normativa constitucional —y no también sus leyes y resoluciones judiciales—, está más lejos que cerca de dicha consolidación.⁹

II. AVANCES Y DEUDAS DEL DERECHO DE FAMILIA CHILENO

En el último cuarto de siglo se han sucedido en el Derecho de Familia nacional reformas de gran relevancia, que dan cuenta de un sostenido proceso de constitucionalización, relacionado con la consolidación del Estado democrático de derecho, esto es, con el reconocimiento, respeto y promoción de los derechos humanos. Tanto en Chile como en el mundo, las grandes reformas de las últimas décadas se han relacionado con la evolución en el entendimiento de la familia, dependiente, a su vez, de los cambios experimentados en diversos ámbitos, que han generado la ruptura o desplazamiento de la importancia de la estructura familiar tradicional, así como de las pautas de interrelación entre sus miembros históricamente aceptadas. Hoy existen diversas formas de vida catalogadas por la ciudadanía como familia, que difieren sustantivamente del paradigma clásico: *la familia conyugal, patriarcal, heterosexual y con hijos*.¹⁰ Así, las uniones no matrimoniales (con o sin hijos) entre personas de distinto y el mismo sexo (e, incluso, en algunos países, el matrimonio gay —España, Holanda, Canadá, Uruguay, Argentina, México y Estados Unidos—) y las familias monoparental, ensamblada y extendida.¹¹ Ante la única

⁹ Cfr. Díaz, 2002, 64 y ss.

¹⁰ Cfr. Gil, Fama y Herrera, 2006, 56.

¹¹ Medina, Graciela (2001), *Uniones de Hecho Homosexuales*. Buenos Aires, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, p. 24. Los ámbitos en los cuales se han generado las grandes mutaciones de la familia a lo largo de la historia han sido, principalmente, los siguientes: el de sus funciones (se pasa de funciones preeminentemente económicas y reproductivas a funciones preferentemente de contención afectiva, solidaridad y educación); el de los vínculos (se pasa de una familia fundada en lazos económicos y religiosos a una fundada en lazos afectivos; y de una filiación fundada exclusivamente en la reproducción biológica a una basada en otros factores, como ocurre en la

realidad familiar imperante a lo largo de extensas épocas, comienza a imponerse el pluralismo en el Derecho de Familia. Ya no se trata de un Derecho de Familia, sino de uno de familias.¹²

Desde la entrada en vigencia del Código Civil (1857) se han dictado numerosas modificaciones del estatuto de la familia, sobre todo en los últimos veinticinco años. Estas reformas han tendido a la igualación de hombres y mujeres, de los hijos y de las uniones no matrimoniales y el matrimonio. Asimismo, han buscado revestir a este último de una máxima secularización.

Entre las leyes de mejora de la situación de las mujeres sobresalen las que regularon regímenes de bienes del matrimonio distintos de la sociedad conyugal (separación de bienes y participación en los gananciales),¹³ limitaron las facultades del marido¹⁴ y las igualaron con los hombres en sus relaciones personales y con los hijos. Destacan las Leyes N° 18.802 (1989), que terminó con la incapacidad

reproducción asistida, la adopción y la "social"); el de los roles de género (se pasa de una absoluta preeminencia del hombre a una creciente igualación con la mujer, con lo que se rompe con la idea de asignación "natural" de roles, transitándose a una asignación entendida culturalmente); el de la formalización (se pasa de un matrimonio solemne a la aceptación de uniones no matrimoniales); el de la jerarquía (se pasa de la preeminencia de los progenitores sobre los hijos, a la protección primordial del interés superior del niño(a), en armonía con su autonomía progresiva), y el de la sexualidad (se pasa de la aceptación solo de uniones y matrimonios entre personas de distinto sexo a la aceptación de uniones y matrimonios entre personas del mismo sexo). Un completo tratamiento de la evolución histórica de la familia, en Roudinesco, Élisabeth (2006), *La Familia en Desorden*. Distrito Federal, México, Fondo de Cultura Económica. En relación con la familia en Chile, Figueroa Yáñez, Gonzalo (2005). "El Pacto de Convivencia: una alternativa al Pacto de Matrimonio", *Estudios de Derecho Civil, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia*, Juan Andrés Varas Braun y Susan Turner Saelzer (coords.), Santiago de Chile, LexisNexis, pp. 423-446. Respecto de la evolución del Derecho de Familia nacional, Tapia Rodríguez, Mauricio (2005), *Código Civil 1855-2005. Evolución y Perspectivas*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, pp. 102 y ss. Para el caso del derecho español, que ha experimentado reformas similares a las nuestras, pero más tempranamente, Roca Trías, Encarna (2007), "La Evolución del Derecho de Familia en España", *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, Alejandro Guzmán Brito (ed. científico), Santiago de Chile, LexisNexis, pp. 741-760.

¹² Tapia Rodríguez, Mauricio, 2005, 105 y ss.

¹³ En materia de separación de bienes, destacan las Leyes N°s. 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 permitió 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. La Ley N° 19.335 permitió pactar, al momento del matrimonio, el régimen de participación en los gananciales o sustituir el existente por éste. Véase Hernández Paulsen, Gabriel (2008), "Evolución y caracterización de los regímenes patrimoniales en el derecho chileno", *Leyes y Sentencias*, N° 65.

¹⁴ El Decreto Ley N° 321, de 1925, y la Ley N° 5.521, de 1934, regularon el "patrimonio reservado de la mujer casada en sociedad conyugal" (artículo 150 del Código Civil), en cuya virtud se le permite administrar los bienes que adquiera producto de su trabajo independiente de su cónyuge. Las leyes N°s. 10.271 (1952), 18.802 (1989), 19.335 (1994) y 19.585 (1999), establecieron y ampliaron las limitaciones de administración del marido, de manera que hoy, en general,

relativa de la mujer era su representación para trabajar con el conyugal (residencia), y N° 19.335: parental, establecidos separados, lo tiene en custodia compartida, lo preceptuado por el artículo 150 del Código Civil. Discriminación con respecto a la custodia.

Entre las leyes de mejora del matrimonio, sobresalen las que regularon la titularidad y goce de los bienes, rector el interés superior del niño(a), paternidad/maternidad y demás.¹⁸ Ambas leyes se encuentran en varios instrumentos internacionales del Niño, vigente en Chile.

En cuanto a las uniones no matrimoniales, se ha tendido a la igualación de derechos y obligaciones, tendiente reconocer a estas uniones a contar con derechos y obligaciones N°s. 19.968, sobre establecieron div

necesita autorización para el matrimonio, principalmente respecto de la capacidad.

¹⁵ Cornejo Aguirre, 2005, 105 y ss. en Chile. Evolución

¹⁶ Acerca del principio de igualdad de principios del derecho.

¹⁷ *Ibid.* 33-39.

¹⁸ Otras leyes que regularon el matrimonio N°s. 5.750, de 1935 y 18.703. Véase Gómez Paulsen, Gabriel (2008), *Evolution of Chilean Law*. Editorial Jurídica de Chile.

¹⁹ Ante la historia de la familia que ha tenido en Chile, el perjudicado patrimonialmente reconocido la existencia de un enriquecimiento débil. Donoso Vergara, 2005, 105 y ss.

mienza a imponerse
Derecho de Familia,

dictado numerosas
últimos veinticinco
es y mujeres, de los
nismo, han buscado

sobresalen las que
a sociedad conyugal
itaron las facultades
es personales y con
con la incapacidad

se pasa de una absoluta
ue se rompe con la idea
culturalmente); el de la
nes no matrimoniales);
is hijos, a la protección
i progresiva), y el de la
e personas de distinto
o sexo). Un completo
eth (2006), *La Familia*
relación con la familia
a alternativa al Pacto
o Civil, *Valdivia*. Juan
xisNexis, pp. 423-446.
uez, Mauricio (2005),
rial Jurídica de Chile,
formas similares a las
lución del Derecho de
Brito (ed. científico),

le 1934, que permitió
al matrimonio; 7.612,
ración total de bienes;
o del matrimonio. La
participación en los
el (2008), "Evolución
es y *Sentencias*, N° 65.

on el "patrimonio re-
Civil), en cuya virtud
independiente de su
35 (1999), establecie-
que hoy, en general,

relativa de la mujer casada en sociedad conyugal (que involucraba que su cónyuge era su representante) y con la "potestad marital" (que implicaba que solo podía trabajar con el consentimiento de su cónyuge y trasladarse donde éste mudara su residencia), y N° 20.680 (2013), que consagró el principio de corresponsabilidad parental, estableció que el cuidado personal de los hijos, si los progenitores viven separados, lo tiene el que viva con él y no necesariamente la madre, y reguló la custodia compartida.¹⁵ Se trata de reformas que, en particular, van en línea con lo preceptuado por la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

Entre las leyes de mejora de la situación de los hijos nacidos fuera del matrimonio, sobresalen la N° 19.585 ("Ley de Filiación", de 1999), que los igualó en la titularidad y goce de derechos ante sus progenitores,¹⁶ estableció como principio rector el interés superior del niño(a)¹⁷ y consagró la libre investigación de la paternidad/maternidad; y la N° 19.620 (1999), que igualó al hijo adoptivo a los demás.¹⁸ Ambas legislaciones se basan en diversos derechos humanos, consagrados en varios instrumentos internacionales, como la Convención sobre los Derechos del Niño, vigente en Chile desde 1990.

En cuanto a las normas que han buscado corregir la desprotección de las uniones no matrimoniales, destaca también la "Ley de Filiación", que procedió a la igualación de los hijos matrimoniales y no matrimoniales, otorgando un contundente reconocimiento a las uniones heterosexuales, en cuanto sus hijos pasan a contar con derechos idénticos a los matrimoniales. Con posterioridad, las leyes N°s. 19.968, sobre Tribunales de Familia, y 20.066, sobre Violencia Intrafamiliar, establecieron diversas normas reconocedoras de las uniones no matrimoniales.¹⁹

necesita autorización de su cónyuge para proceder a celebrar los actos jurídicos más importantes, principalmente respecto de inmuebles. Véase Hernández Paulsen, 2008.

¹⁵ Cornejo Aguilera, Pablo y Arancibia Obrador, María José (2014), "El Derecho de familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos", *Ius et Praxis*, N° 1, pp. 301 ss.

¹⁶ Acerca del principio de igualdad entre los hijos, Lepin Molina, Cristián (2014), "Los nuevos principios del derecho de familia", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 23, pp. 30-32.

¹⁷ *Ibid.* 33-39.

¹⁸ Otras leyes que mejoraron la situación de los hijos no matrimoniales fueron las Leyes N°s. 5.750, de 1935, y 10.271, de 1952. Las anteriores leyes de adopción son las N°s. 7.613 y 18.703. Véase Gómez de la Torre Vargas, Maricruz (2007), *El Sistema Filiativo Chileno*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, pp. 18 ss.

¹⁹ Ante la histórica desprotección de las uniones no matrimoniales, ha sido la jurisprudencia la que ha tenido que solucionar los problemas que suscitan, principalmente para proteger al perjudicado patrimonialmente por el término de la relación. En general, los tribunales han reconocido la existencia de una comunidad, una sociedad de hecho, un contrato de trabajo o un enriquecimiento injustificado, al efecto de dejar a resguardo al conviviente económicamente débil. Donoso Vergara, Florencia y Rioseco López, Andrés (2007), *El Concubinato ante la Juris-*

El más contundente avance en este sentido está representado por la Ley sobre Acuerdo de Unión Civil (N° 20.830 -2015-), que igualó completamente en cuanto a las relaciones personales y patrimoniales a las uniones entre individuos de distinto y el mismo sexo.²⁰

Otra importante reforma fue la introducida por la Ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil, que terminó con su indisolubilidad al introducir el divorcio vincular y estableció otras relevantes instituciones, como la compensación económica.²¹

Sin perjuicio de los apuntados progresos, nuestro Derecho de Familia sigue atravesado en buena medida por una ideología que tiene por principal familia a la matrimonial heterosexual y patriarcal. Así, quedan importantes pasos que dar, tanto en lo relativo a materias que no cuentan con ninguna normativa como en lo relativo a las que cuentan con una insuficiente desde el punto de vista de los derechos fundamentales.²²

En el anterior sentido, no contamos con una regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo²³ ni con una igualitaria de las convivencias entre

estos individuos, y patrimonialmente no permitirles acceder a los mismos derechos que los hombres no gozan en el régimen de sucesión de los propios de su cónyuge y de la reproducción humana, así como tampoco el derecho admite cu

prudencia Chilena, Santiago de Chile, LexisNexis. Respecto de las convivencias entre personas del mismo sexo, en un fallo señero, de 2007, la jueza del Juzgado de Garantías de Combarbalá reconoció la calidad de familia a una considerando que hubo violencia entre los convivientes. En resolución de fecha 8/01/2007, de la Corte de Apelaciones de La Serena, se ratificó el fallo de primera, 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”. Con posterioridad, los tribunales han comenzado a aceptar la atribución del cuidado personal a la pareja del mismo sexo del progenitor cuando ha obrado como padre o madre “afectivo” o “social”. Así, el Primer Juzgado de Familia de Santiago aprobó en 2015 una conciliación que otorga el cuidado personal de una niña a la pareja del mismo sexo de la madre fallecida; y este año el Primer Juzgado de Familia de San Miguel concedió el cuidado provisorio de una niña a la pareja de su madre.

²⁰ AA.VV. (2016), *Derecho de Familia*, Jorge del Picó Rubio (dir.), 2ª edición, Santiago de Chile, Thomson Reuters, pp. 68 ss.; Hernández Paulsen, Gabriel (2016b), “Valoración, aspectos destacados y crítica de la Ley que crea el Acuerdo de Unión Civil”, *Estudios sobre la Nueva Ley de Acuerdo de Unión Civil*, Id. y Mauricio Tapia Rodríguez (coords.), Santiago de Chile, Thomson Reuters, pp. 1 ss.

²¹ Véase AA.VV., 2016, 195 y ss.

²² El artículo 1° de la Ley de Matrimonio Civil, N° 19.947, señala que “el matrimonio es la base principal de la familia”. Pese a que en principio la norma podría considerarse como el reconocimiento de otras realidades familiares (de las convivencias, por ejemplo) resulta criticable que se conceptúe al matrimonio como la base principal de la familia, en circunstancias de que hay familias no sustentadas en él. Véase Aldunate Lizana, Eduardo (2006), “El Derecho Esencial a contraer Matrimonio”, *El Nuevo Derecho Matrimonial Chileno*, Álvaro Vidal Olivares (coord.), Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, pp. 41-42.

²³ Hernández Paulsen, Gabriel (2016a), “Matrimonio igualitario”, *Estudios de Derecho Familiar. II Jornadas Nacionales de Derecho Familiar*, Santiago de Chile (pendiente publicación). En resolución de fecha 3/11/2011, del Tribunal Constitucional descartó que la ausencia de regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo implique una inconstitucionalidad, disponible en:

CL/JUR/8548/2011. de la Universidad de Chile, <http://www.derecho.uchile.cl/igualitario-a-presidente>

²⁴ Hernández Paulsen, Gabriel (2016c), “El divorcio causal de divorcio la Ley N° 20.910 del Tribunal Constitucional es inconstitucional”.

²⁵ Cornejo Aguilera, Juan Carlos (2016), “La razón del género son el primer lugar al padre y los hijos menores al p”, *Tribunal Constitucional*

²⁶ La única norma 182 del Código Civil, lo resulta para la mayoría de la doctrina, en la vista del derecho a la identidad, saber quién es su progenitor. Vargas, 2007, 109-130

²⁷ Al respecto, Hernández Paulsen, Gabriel (2016d), “La libertad en el derecho chileno”, *Revista de Derecho*, Jorge Benítez y Pedro Pablo Kuczynski (eds.), vol. 41, pp. 1-18. sexuales y reproductivos, intimidad sexual, libertad de asociación sexual, sexual basada en la igualdad de género, asuntos sexuales. Est. de la OEA (Hong Kong, 1998), expertos elaboró los estándares de derechos humanos: www.yogyakartap.org

²⁸ Véase Hernández Paulsen, Gabriel (2016e), *Derecho y Humanidad*

estos individuos, ya que si bien la Ley sobre Acuerdo de Unión Civil las igualó patrimonialmente a las heterosexuales, mantuvo una notable discriminación al no permitirles acceder a la paternidad/maternidad conjunta.²⁴ Luego, mujeres y hombres no gozan de un tratamiento igualitario al interior de la familia, ya que en el régimen de sociedad conyugal el marido administra los bienes sociales y los propios de su cónyuge.²⁵ Por otro lado, no hay regulación de las técnicas de reproducción humana asistida²⁶ ni de los derechos sexuales y reproductivos,²⁷ así como tampoco del aborto, en ninguna de sus formas.²⁸ Asimismo, nuestro derecho admite cuestionamientos desde la perspectiva de los derechos humanos

CL/JUR/8548/2011. El anteproyecto sobre matrimonio igualitario, elaborado por los profesores de la Universidad de Chile Fabiola Lathrop, Mauricio Tapia y Gabriel Hernández, disponible en: <http://www.derecho.uchile.cl/noticias/120564/academicos-presentan-proyecto-de-matrimonio-igualitario-a-presidenta>.

²⁴ Hernández Paulsen, 2016b, 7 y ss. Otra relevante discriminación por orientación sexual es la establecida por el artículo 54 N° 4 de la "Ley de Matrimonio Civil", que establece como causal de divorcio la "conducta homosexual". No obstante, en resolución de fecha 10/04/2014, del Tribunal Constitucional, disponible en: CL/JUR/1326/2014; se descartó que sea una causal inconstitucional.

²⁵ Cornejo Aguilera y Arancibia Obrador, 2014, 297 y ss. Otras normas que discriminan en razón del género son el artículo 367 del Código Civil, que llama a la guarda legítima del pupilo en primer lugar al padre y en segundo a la madre; y 2320(2), que hace responsable por los ilícitos de los hijos menores al padre y a falta de éste a la madre. Por resolución de fecha 12/04/2016, del Tribunal Constitucional, se declaró inaplicable por inconstitucional el primer precepto.

²⁶ 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 la mayoría. Incluso, presenta un importante cuestionamiento desde el punto de vista del derecho a la identidad al impedir al concebido en virtud de una de las referidas técnicas saber quién es su progenitor biológico cuando ha participado un tercero. Gómez de la Torre Vargas, 2007, 109-130.

²⁷ Al respecto, Hernández Paulsen, Gabriel y Casas Becerra, Lidia (2009), "Familia y sexualidad en el derecho chileno". *La república inconclusa. Una nueva constitución para el bicentenario*, Jorge Benítez y Pedro Rosas (edits.), Santiago de Chile, Arcis, pp. 35 y ss. Entre los derechos sexuales y reproductivos destacan los derechos a la libertad sexual, autonomía e integridad sexuales, intimidad sexual, igualdad sexual, placer sexual, expresión sexual de carácter afectivo, libre asociación sexual, tomar decisiones responsables de cara a la reproducción, información sexual basada en la investigación científica, amplia educación sexual y asistencia médica en asuntos sexuales. Este catálogo fue aprobado en el Décimo Cuarto Congreso Mundial de Sexología (Hong Kong, 1999), disponible en: www.amssac.org. En marzo de 2007, un grupo de 29 expertos elaboró los "Principios de Yogyakarta", sobre aplicación de las leyes internacionales de derechos humanos en relación a la orientación sexual y la identidad de género, disponible en: www.yogyakartaprinciples.org.

²⁸ Véase Hernández Paulsen, Gabriel (2014), "Protección de la vida del que está por nacer", *Derecho y Humanidades*, N° 24, pp. 359 ss.

en relación con la preferencia de la familia matrimonial en la adopción²⁹ y la ausencia de protección de las personas transgénero y transexuales.³⁰

III. LOS PRINCIPIOS DEL ESTADO DEMOCRÁTICO Y EL DERECHO DE FAMILIA CHILENO

1. La concepción ética

A la luz de las deficiencias constatadas, es necesario determinar cuáles son los principios y derechos del Estado democrático a que debería sujetarse el ordenamiento de familia nacional. En síntesis, los que deben tenerse en cuenta son los siguientes: respeto a la diversidad o derecho a la diferencia, igualdad y no discriminación y derecho a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad. Esta gama de principios y derechos configura la doctrina base del Estado democrático de derecho: el pluralismo.³¹

Lo anterior supone que un Estado como aquel debe responder en todas sus dinámicas a una ética pluralista, lo que implica respetar, proteger y promover la diversidad de formas de vida y no solo una (como postulan las “éticas universalista-sustancialistas”) ni todas las imaginables.³² Idéntico proceder debe adoptar el Derecho de Familia de un Estado democrático. Lo mismo cabe predicar respecto del tratamiento de los ciudadanos individualmente considerados, quienes no deben ser discriminados (principio de igualdad) y a quienes se deben proporcionar las herramientas indispensables para desarrollar sus proyectos vitales (derecho al libre desarrollo de la personalidad).

²⁹ Gómez de la Torre Vargas, 2007, 231 y ss.

³⁰ Sobre el Proyecto de Ley de Identidad de Género, Lathrop Gómez, Fabiola y Espejo Yaksic, Nicolás (2015), “Identidad de género, relaciones familiares y derechos de niños, niñas y adolescentes. Comentarios al proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, N° 2, pp. 393-418. Adicionalmente, desde el punto de vista de la constitucionalización de la jurisprudencia de familia, cabe tener presente que el Tribunal Constitucional ha dictado numerosas sentencias en la materia (por ejemplo, sobre matrimonio igualitario, acciones de filiación, causales de divorcio y guardas). No obstante, en la mayor parte de los casos no ha habido un pronunciamiento acerca de los aspectos de fondo (sobre todo por la vía de esgrimir la figura de la *reserva legal*). Esta jurisprudencia puede consultarse en Lepin Molina, Cristián (2015), *Jurisprudencia de derecho familiar: Tribunal Constitucional (2004-2015)*, Santiago de Chile, Thomson Reuters. Un estudio crítico de la misma en Lathrop Gómez, Fabiola (2016), “Constitucionalización y justicia constitucional en el derecho de familia chileno”, *Estudios Constitucionales* (pendiente publicación).

³¹ Orellana Benado, Miguel (1994), *Pluralismo: Una Ética del Siglo XXI*, Santiago de Chile, Editorial Universidad de Santiago, pp. 61 s.

³² Cortina, Adela (1990), *Ética sin Moral*, Madrid, España, Tecnos, p. 23.

En contraste, su cretarse solo en la r A modo de ejemplo maternidad conjun sociedad no prepar visión al respecto. F de la cuestión está en virtud de los cu punto de partida r salvaguarda de dici de los derechos hu ración de las cond las cuales se encoi imperante” o la “ti un dogmatismo er opiniones de la ma

El principio ma respeto y promoci desde este punto escogidas por un cedoras de protec contra la moral”. no puede pasar p promover formas fundante de un Es de cualquier form de aquél. Así, el r “pasiva”, consiste

³³ Resurge así la p o impulsarlos. Al resp de Chile, Editorial Ju

³⁴ En todo caso y o cabe consignar que, s y sobre el 42% la ado

³⁵ Este tipo de po 1990, 38.

en la adopción²⁹ y la sexuales.³⁰

FICO

minar cuáles son los a sujetarse el ordenarse en cuenta son los igualdad y no discrima personalidad. Esta Estado democrático

ponder en todas sus proteger y promover la “éticas universalista-der debe adoptar el be predicar respecto ados, quienes no de- deben proporcionar is vitales (derecho al

mez, Fabiola y Espejo rechos de niños, niñas tección al derecho a la te, N° 2, pp. 393-418. e la jurisprudencia de numerosas sentencias filiación, causales de habido un pronuncia- la figura de la *reserva* (2015). *Jurisprudencia* ile, Thomson Reuters. nstitucionalización y tucionales (pendiente

XI, Santiago de Chile.

23.

En contraste, suele opinarse que las reformas al Derecho de Familia deben concretarse solo en la medida de que haya un amplio consenso social a su respecto.³³ A modo de ejemplo, en relación con el matrimonio gay o el acceso a la paternidad/maternidad conjunta por las parejas del mismo sexo, cierto sector afirma que una sociedad no preparada para su reconocimiento puede legítimamente imponer su visión al respecto. Frente a ideas como ésta, no debe perderse de vista que el centro de la cuestión está en los principios rectores del Estado democrático de derecho, en virtud de los cuales, para determinar si una realidad debe ser amparada, el punto de partida no debe ser el grado de “preparación” de la sociedad, sino la salvaguarda de dichos principios. Se trata de un asunto de defensa y promoción de los derechos humanos, cuya puesta en práctica no debe supeditarse a la maduración de las condiciones sociales.³⁴ Las posturas que avalan solo reformas para las cuales se encontraría “preparada” la sociedad por acomodarse a la “moral imperante” o la “tradicición” constituyen un atentado al pluralismo al representar un dogmatismo encubierto: el “revelado” por la evidencia de los hechos o las opiniones de la mayoría.³⁵

2. Respeto y promoción de la diversidad

El principio más digno de protección en las sociedades democráticas es el de respeto y promoción de la diversidad. El Estado chileno se encuentra en deuda desde este punto de vista, en cuanto no da amparo a formas de vida familiar escogidas por un gran número de ciudadanos, que no son consideradas merecedoras de protección por encontrarse “al margen de la tradición” o “atentar contra la moral”. Pese a que en democracia las decisiones las toma la mayoría, no puede pasar por alto *todos* los intereses de las minorías, debiendo respetar y promover formas de vida que no se avengan con sus concepciones. El pluralismo fundante de un Estado democrático de derecho supone la aceptación y promoción de cualquier forma de vida a condición de que no atente contra los principios de aquél. Así, el respeto de la diversidad no supone meramente una tolerancia “pasiva”, consistente en soportar a los demás o dejar que hagan lo que les plazca.

³³ Resurge así la pregunta respecto a cuál es la función del derecho: seguir los cambios sociales o impulsarlos. Al respecto, Squella Narducci, Agustín (2000), *Introducción al Derecho*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, pp. 509 ss.

³⁴ En todo caso y en relación con parte de los asuntos más debatidos en el Derecho de Familia, cabe consignar que, según la encuesta CADEM, cerca del 60% apoya el matrimonio igualitario y sobre el 42% la adopción homoparental.

³⁵ Este tipo de posiciones constituye lo que Cortina denomina “facticismo social”. Cortina, 1990, 33.

con tal de que no nos perturben. El respeto de la diversidad supone una tolerancia “activa”, esto es, una actitud de aproximación o “consideración” del otro.³⁶

Las precedentes reflexiones implican que la Constitución y las normas del Derecho de Familia deberían crearse o decidirse no crearse, interpretarse y aplicarse en el sentido de que todas las familias (matrimoniales y no matrimoniales; hetero y homosexuales; con o sin hijos) deben ser protegidas igualmente.

En el anterior sentido, históricamente se han esgrimido dos posturas. Conforme a la primera (que no niega necesariamente la calidad de familia a las uniones no matrimoniales), la familia a la que se refiere la Constitución (y que, por tanto, debe ser mayormente protegida) es la matrimonial.³⁷ La segunda sostiene que ambos tipos de familia deben ser protegidos por igual, proponiendo un estatuto igualitario para el matrimonio y la unión no matrimonial. Sin embargo, la mayoría solo propugna la igualación respecto de parejas entre personas de distinto sexo. De esta opinión se ha hecho la Ley sobre Acuerdo de Unión Civil al no permitir a las parejas de personas del mismo sexo el acceso a la paternidad/maternidad conjunta.³⁸

Las posturas que tradicionalmente se oponen a la protección de formas de vida familiar diversas de la matrimonial heterosexual suelen partir de posiciones éticas del tipo “universalista-sustancialista”, que contrarían radicalmente los principios del Estado democrático de derecho, por cuanto se trata de vertientes que pretenden imponer su punto de vista,³⁹ lo que atenta contra la diversidad, la igualdad y la libertad.

A la luz del principio de respeto y promoción de la pluralidad, el Estado chileno debería otorgar una protección igualitaria a todas las familias (matrimoniales y no matrimoniales, hetero y homosexuales, con o sin hijos), en la medida de que los distintos tipos de ellas no atentan contra los principios del Estado democrático de

derecho, siendo, por lo tanto, que todos debemos

La plena igualdad en múltiples sentidos es un principio de igualdad de la democracia, que garantiza la realización de la justicia más justa es. Esta igualdad de los “iguales” y el derecho, en aplicación a determinado grupo de características, tiene como consecuencia que todos los que pertenecen a ese grupo las comparten.⁴²

³⁶ Fetscher, Iring (1999). *La Tolerancia. Una Pequeña Virtud imprescindible para la Democracia*, Barcelona, España. Gedisa, pp. 137 y 151 y ss.

³⁷ Esta postura esgrime –en general– los siguientes argumentos: se trata de la única familia surgida de un acto jurídico (el matrimonio), es la tradicionalmente protegida y en las actas de la Constitución de 1980 aparece esta idea (sesión 191 de la Comisión de Estudios para una Nueva Constitución). Una síntesis en Ramos Pazos, René (2005), *Derecho de Familia*, tomo II, 5ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, pp. 12-14.

³⁸ En relación con la igualación entre matrimonio y unión no matrimonial, Figueroa Yáñez, Gonzalo (1995), *Persona, Pareja y Familia*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, principalmente, pp. 65 y ss.; y de las parejas heterosexuales y homosexuales, Hernández Paulsen, Gabriel (2009), *Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo*, Santiago de Chile, Arcis.

³⁹ Ver, por ejemplo, en relación con las uniones entre personas del mismo sexo, Congregación para la Doctrina de la Fe (2003), *Las Uniones entre Personas Homosexuales. Consideraciones acerca de los proyectos de reconocimiento legal*, Santiago de Chile, San Pablo, principalmente, pp. 4 y 10.

⁴⁰ Fries Monleón *Patriarcal*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile (2001), pp. 10-11 (se refiere al estatuto a favor de las uniones no matrimoniales). Aterciado por el legislado en favor del matrimonio de las personas del mismo sexo, la cual, o no corresponde a la igualdad que las uniones entre personas del mismo sexo al matrimonio, cierto es que la familia al margen del matrimonio es posible a las parejas del mismo sexo es posible a las parejas del mismo sexo en Talavera Fernández *Homosexuales. Propuestas*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile (2001), pp. 10-11.

⁴¹ Principios consuetudinarios de los Derechos y Deberes de las Libertades Fundamentales del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los Derechos Humanos (artículo 1 de la Ley que Establece el Sistema de Garantías Jurisdiccionales de los Derechos y Deberes de las Libertades Fundamentales prohibidos de diferenciar.

⁴² La igualdad de trato quiere decir que el derecho a un tratamiento igualitario se base a un tratamiento igualitario para un grupo sin más, con independencia de su origen (2001), *Teoría de los Derechos y Deberes de las Libertades Fundamentales*, p. 10.

derecho, siendo, por el contrario, una prueba palmaria de su diversidad fundante, que todos debemos aceptar y promover.⁴⁰

3. Igualdad y no discriminación⁴¹

La plena igualdad entre las personas no existe. Todos somos diferentes en múltiples sentidos (racial, biológico, social, económico, etc.). Por esto es que el principio de igualdad constituye una ficción indispensable para el funcionamiento de la democracia, que ha hecho de su operatividad el parámetro más notable de realización de la justicia. Así –se dice–, mientras más igualitaria es una sociedad, más justa es. Esta ficción no importa un tratamiento igualitario de todos, sino solo de los “iguales” y uno diferenciado de los “desiguales”. Esto quiere decir que el derecho, en aplicación del principio de igualdad, finge que los miembros de un determinado grupo son iguales entre sí, desde el punto de vista de un conjunto de características o circunstancias que considera relevantes, ante lo cual obra en consecuencia otorgándoles un tratamiento semejante y uno disímil a los que no las comparten.⁴²

⁴⁰ Fries Monleón, Lorena y Matus Madrid, Verónica (1999), *El Derecho. Trama y Conjura Patriarcal*, Santiago de Chile, Lom, pp. 70 y ss. Hay quienes señalan que si bien sería legítimo un estatuto a favor de las uniones afectivo-sexuales entre personas de distinto sexo (incluso igual al del matrimonio), atendido que no tienen impedimento para casarse (en los países en que no se ha legislado en favor del matrimonio gay), no puede concluirse lo mismo respecto de las uniones entre personas del mismo sexo, toda vez que a éstas les está vedado el ingreso al matrimonio, razón por la cual, o no correspondería protegerlas o solo cabría hacerlo en cierta medida. Así, reconociendo que las uniones entre personas de distinto sexo pueden configurar un supuesto convivencial similar al matrimonio, ciertos autores están por reconocerles solo a estas parejas el derecho a formar una familia al margen del matrimonio, atendido que, si lo quisieran, podrían contraerlo, cosa que no es posible a las parejas entre personas del mismo sexo. Una contundente refutación de esta idea en Talavera Fernández, Pedro (1999), *Fundamentos para el Reconocimiento Jurídico de las Uniones Homosexuales. Propuestas de Regulación en España*, Madrid, España, Dykinson, pp. 58-59.

⁴¹ Principios consagrados en la Constitución (artículos 1° y 19 N° 2), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo II); Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 1, 2(1) y 7); Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (artículo 14); Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2 y 26); Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 2); Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1(1) y 24); y Carta de Banjul (artículos 2°, (1) y 19). Y a nivel legal en la Ley que Establece Medidas contra la Discriminación, N° 20.609 (2012), que incluye como factores prohibidos de diferenciación, entre otros, el sexo, la orientación sexual y la identidad de género.

⁴² La igualdad debe concebirse en un sentido material y no en uno meramente formal. Esto quiere decir que el derecho debe dar cuenta de las características y circunstancias que sirven de base a un tratamiento igualitario y no solo otorgar beneficios o imponer cargas a un determinado grupo sin más, contentándose con cumplir con una igualdad normativo-formal. Alexi, Robert (2001), *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 386.

El principio de igualdad implica que todos somos iguales ante la ley, es decir, que frente a las normas jurídicas debemos ser tratados de manera semejante. Para hacer operativa esta faceta el Estado no debe establecer diferenciaciones arbitrarias (discriminaciones) en las normas que cree o en las que deje de crear, así como en las resoluciones de los tribunales, debiendo justificar las que construya. Así, por ejemplo, nada se justifica con la afirmación de que en la sociedad conyugal se otorga un trato igualitario a todos los hombres sin dar razones que avalen por qué dicho trato se dispensa solo a ellos y no a las mujeres; ni con el establecimiento de un estatuto igualitario para parejas heterosexuales sin explicar por qué no se incluye también a las formadas por homosexuales y lesbianas.

En una clásica Observación, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sostuvo que es discriminación “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”. A su vez, señaló que “no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto” (“de Derechos Civiles y Políticos”).⁴³ Así, una diferenciación es legítima (no arbitraria) si se aplica objetivamente, responde a una justificación razonable; existe proporcionalidad entre ella y el propósito perseguido, y busca una finalidad conforme a los derechos humanos.⁴⁴

Teniendo a la vista las principales diferenciaciones presentes en nuestro Derecho de Familia, cabe reflexionar acerca de si son objetivas, razonables, proporcionadas y legítimas al efecto de determinar si constituyen una discriminación. En lo que sigue me aboco a comentar solo los requisitos objetividad y razonabilidad, en cuanto la proporcionalidad y legitimidad pueden subsumirse en el primero, ya que una diferenciación es proporcional y legítima solo si es objetiva, entendiéndose que lo es si protege los derechos humanos.

Una diferenciación es objetiva si no ha sido construida sobre la base de criterios sujetos a interpretación y el respectivo tratamiento se aplica por igual a todos los que se encuentran en las circunstancias construidas a partir de los respectivos criterios relevantes. Así, por ejemplo, la diferenciación que distingue entre casados y no casados es objetiva porque no se basa en un criterio interpretable (es absolutamente cierto si alguien está casado) y se aplica por igual a todos los casados.

⁴³ Observación General N° 18: No Discriminación, 11 de septiembre de 1989, párrafos 7 y 13.

⁴⁴ Palacios Zuloaga, Patricia (2006), *La No Discriminación*, Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 34.

Una diferenciación para establecerla de derecho. El de criterios o categorías de diferenciación. Entró en opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, el nacimiento y cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas. A la luz de lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto “de Derechos Civiles y Políticos”. Así, una diferenciación es legítima (no arbitraria) si se aplica objetivamente, responde a una justificación razonable; existe proporcionalidad entre ella y el propósito perseguido, y busca una finalidad conforme a los derechos humanos.

A la luz de lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto “de Derechos Civiles y Políticos”. Así, una diferenciación es legítima (no arbitraria) si se aplica objetivamente, responde a una justificación razonable; existe proporcionalidad entre ella y el propósito perseguido, y busca una finalidad conforme a los derechos humanos. En lo que sigue me aboco a comentar solo los requisitos objetividad y razonabilidad, en cuanto la proporcionalidad y legitimidad pueden subsumirse en el primero, ya que una diferenciación es proporcional y legítima solo si es objetiva, entendiéndose que lo es si protege los derechos humanos. Una diferenciación es objetiva si no ha sido construida sobre la base de criterios sujetos a interpretación y el respectivo tratamiento se aplica por igual a todos los que se encuentran en las circunstancias construidas a partir de los respectivos criterios relevantes. Así, por ejemplo, la diferenciación que distingue entre casados y no casados es objetiva porque no se basa en un criterio interpretable (es absolutamente cierto si alguien está casado) y se aplica por igual a todos los casados.

⁴⁵ Talavera Fernández

⁴⁶ Azpiri, Jorge Carlos (2002), *Principios de Derecho de Familia*

⁴⁷ Esto ha llevado a que se considere que el matrimonio no es un contrato que permite conseguir ciertos beneficios que desde la perspectiva de las familias similares

es ante la ley, es decir, anera semejante. Para enciaciones arbitrarias : de crear, así como en ie construya. Así, por sociedad conyugal se es que avalen por qué on el establecimiento xplicar por qué no se as.

umanos de Naciones clusión, restricción o raza, el color, el sexo, el origen nacional o ra condición social, y onocimiento, goce o mos y libertades fun- o toda diferenciación ra tal diferenciación ropósito legítimo en í, una diferenciación de a una justificación perseguido, y busca

es en nuestro Derecho bles, proporcionadas minación. En lo que y razonabilidad, en se en el primero, ya bjetiva, entendiendo

re la base de criterios por igual a todos los ir de los respectivos ttingue entre casados terpretable (es abso- a todos los casados.

de 1989, párrafos 7 y 13.

go de Chile, Centro de

Una diferenciación es razonable si los factores, criterios o categorías esgrimidos para establecerla son legítimos a la luz de los principios del Estado democrático de derecho. El derecho de los derechos humanos considera una serie de factores, criterios o categorías como prohibidos o “sospechosos” para establecer una diferenciación. Entre otros, la raza, el color, el sexo, el género, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento y “cualquier otra condición social”. En general, se trata de factores relacionados con características incontrollables para los individuos, en cuanto contribuyen a configurar su personalidad, siéndole inherentes. Es por esto, por ejemplo, que no corresponde establecer diferencias entre hijos matrimoniales y no matrimoniales o de filiación biológica, por adopción y tecnológica, puesto que la forma o el entorno del nacimiento es un factor inmanejable. Precisamente, la “Ley de Filiación” materializó este principio al poner fin a la discriminación contra los “hijos ilegítimos” y la “de Adopción”, al igualar al adoptado al hijo biológico.

A la luz de lo expuesto, las diferenciaciones entre hombres y mujeres no pueden considerarse razonables por basarse en el factor género o sexo, debiendo en consecuencia derogarse. Este es el caso principalmente de las normas de la sociedad conyugal que conceden al hombre la administración de los bienes comunes y de los propios de su cónyuge. Tampoco es razonable la diferenciación entre matrimonio y unión no matrimonial porque ambos constituyen una relación de pareja estable, pública y en singularidad;⁴⁵ porque la Constitución y los tratados sobre derechos humanos obligan a una protección igualitaria de supuestos semejantes; porque ni aquélla ni éstos, al referirse a la familia, aluden a una en particular;⁴⁶ y porque, básicamente, lo que distingue al matrimonio de la unión no matrimonial es que el primero solo puede terminar por resolución judicial de divorcio o nulidad y la segunda por voluntad uni o bilateral.⁴⁷ En fin, tampoco es razonable otorgar menor protección a las uniones entre personas del mismo sexo (por ejemplo, no permitirles acceder a la paternidad/maternidad conjunta), porque la diferenciación por orientación sexual no es aceptada en Estados democráticos al ser una condición que no atenta contra sus bases. Por lo demás, la “orientación sexual” puede entenderse comprendida dentro de los factores prohibidos “sexo” o “cualquiera otra condición social”. Adicionalmente, tanto las uniones entre personas de distinto sexo

⁴⁵ Talavera Fernández, 1999, 13-14.

⁴⁶ Azpiri, Jorge (2006). *Uniones de Hecho*, Buenos Aires, Argentina, Hammurabi, p. 30; Lasarte, Carlos (2002). *Principios de Derecho Civil VI. Derecho de Familia*, Madrid, España, Marcial-Pons, p. 6.

⁴⁷ Esto ha llevado a algunos a hablar del “vaciamiento del contenido institucional del matrimonio”, lo que supone concebirlo no como una institución, sino como un instrumento jurídico que permite conseguir determinados beneficios. Talavera Fernández, 1999, 15 y ss. Otro argumento es que desde la dictación de la “Ley de Filiación” se reconoce a las uniones heterosexuales como familias similares a las matrimoniales, al otorgarles los mismos derechos a los hijos.

como entre personas del mismo sexo pueden presentar idénticas características (convivencia afectivo-sexual y material, estabilidad y permanencia) y cumplir los requisitos exigidos por el derecho al efecto de protegerlas (publicidad y ausencia de impedimentos matrimoniales). Por idénticos motivos, debe legislarse a favor del matrimonio gay en los mismos términos en que está regulado el heterosexual.⁴⁸

4. Intimidad y libre desarrollo de la personalidad⁴⁹

El derecho a la privacidad implica que existe una esfera reservada en la que el Estado o terceros no pueden interferir ilegítimamente.⁵⁰ Este derecho no se agota en la protección individual de determinadas formas de vida, haciéndose extensivo a relaciones entre sujetos, por ejemplo, a las de familia, cuya privacidad debe salvaguardarse de toda injerencia ilegítima. La intervención del Estado en las distintas formas de vida de los ciudadanos solo puede fundarse en la protección de los derechos humanos, de manera que una puede proscribirse o no protegerse solo si los vulnera, sin que baste que atente contra las convicciones de una persona o grupo (por esto, la penalización de la sodomía consentida entre adultos fue derogada en 1999, por la Ley N° 19.617). Esta es la faceta negativa de la intimidad, cuya regulación debe apegarse a la proporcionalidad o razonabilidad, conformada por los subprincipios de adecuación, necesidad y razonabilidad o proporcionalidad en sentido estricto.⁵¹

La otra faceta de la intimidad es la positiva, representada por el derecho al libre desarrollo de la personalidad o a la autonomía personal.⁵² Así, el Estado no sólo

⁴⁸ Hernández Paulsen, 2016a. Un estudio respecto de la eventual inconstitucionalidad del artículo 102 del Código Civil, por reconocer como matrimonio solo el celebrado entre un hombre y una mujer, en Villar Bordonos, Gonzalo (2004), "El Matrimonio de Personas del mismo Sexo en el Ordenamiento Jurídico de Chile", *Gaceta Jurídica*, N° 293, 2004.

⁴⁹ El artículo 19 N° 4 de la Constitución asegura a todas las personas "el respeto y protección de la vida privada ... de la persona y de su familia". Hacen lo propio la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 12); la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (artículo 5°); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 11); el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 17); y la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 16).

⁵⁰ Gil, Fama y Herrera, 2006, 219.

⁵¹ "El principio de adecuación establece que la norma reguladora de un derecho fundamental sea adecuada o idónea para el logro del fin que se busca alcanzar. El principio de necesidad, prescribe que el legislador escoja entre todos los medios idóneos para el logro del fin que procura aquél que resulte menos restrictivo de los derechos fundamentales involucrados. Finalmente, el principio de razonabilidad *stricto sensu* consiste en establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin perseguido". Gil, Fama y Herrera. 2006, 227 y ss.

⁵² Consagrado en el artículo 1° de la Constitución, principalmente en el inciso 4°, que señala: "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 a cada uno de los

no debe interve
permitir el libr

A la luz de lo
leno –pese a no
la personalidad
con un individu
parejas y la aus
ni proporcional
humanos, sino,

AA.VV. (2016).
de Chile, TI

Aldunate Lizan:
Nuevo Derec
de Chile, Ed

Alexi, Robert t
Centro de E

Azpiri, Jorge (2

Cea Egaña, José
Ediciones U

Congregación p
mosexuales.

Santiago de

Cornejo Aguile:
familia en C

Cortina, Adela

Díaz, Elías (200
Derecho, Mi

Distrito Fed

Donoso Vergara
la Jurisprud

integrantes de la co
respeto a los derech

⁵³ Gil, Fama y
de la voluntad". Se
Galetovic y Mauric

nticas características
nencia) y cumplir los
publicidad y ausencia
ebe legislarse a favor
ado el heterosexual.⁴⁸

idad⁴⁹

reservada en la que
Este derecho no se
de vida, haciéndose
úlia, cuya privacidad
sión del Estado en las
irse en la protección
irse o no protegerse
iones de una persona
entre adultos fue de-
tiva de la intimidad,
bilidad, conformada
o proporcionalidad

or el derecho al libre
sí, el Estado no sólo

onstitucionalidad del
brado entre un hombre
rsonas del mismo Sexo

el respeto y protección de
ración Universal de los
s y Deberes del Hombre
o 11); el Pacto de Dere-
del Niño (artículo 16).

un derecho fundamen-
principio de necesidad,
gro del fin que procura
terados. Finalmente, el
la guarda una relación

el inciso 4º, que señala:
er el bien común, para
os y a cada uno de los

no debe intervenir en formas de vida que no atenten contra la democracia, sino permitir el libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos.⁵³

A la luz de lo expuesto y a modo de ejemplo, puede concluirse que el Estado chileno –pese a no castigarlos penalmente– no protege el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos que viven en pareja o desean contraer matrimonio con un individuo de su mismo sexo. La inferior protección otorgada a las referidas parejas y la ausencia de regulación del matrimonio gay no es adecuada, necesaria ni proporcional, al no protegerse de mejor manera con esta opción los derechos humanos, sino, por el contrario, afectarse los de un gran número de ciudadanos.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (2016). *Derecho de Familia*. Jorge del Picó Rubio (dir.), 2ª edición, Santiago de Chile, Thomson Reuters.
- Aldunate Lizana, Eduardo (2006), “El Derecho Esencial a contraer Matrimonio, *El Nuevo Derecho Matrimonial Chileno*, Álvaro Vidal Olivares (coord.), Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- Alexi, Robert (2001), *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Azpiri, Jorge (2006). *Uniones de Hecho*, Buenos Aires, Argentina, Hammurabi.
- Cea Egaña, José (2004). *Derecho Constitucional Chileno*, vol. II, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Congregación para la Doctrina de la Fe (2003), *Las Uniones entre Personas Homosexuales. Consideraciones acerca de los proyectos de reconocimiento legal*, Santiago de Chile, San Pablo.
- Cornejo Aguilera, Pablo y Arancibia Obrador, María José (2014), “El Derecho de familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos”, *Ius et Praxis*, N° 1.
- Cortina, Adela (1990), *Ética sin Moral*, Madrid, España, Tecnos.
- Díaz, Elías (2002), “Estado de Derecho y Legitimidad Democrática”, *Estado de Derecho*, Miguel Carbonell; Wistano Orozco y Rodolfo Vázquez (coords.). Distrito Federal, México, Siglo Veintiuno Editores.
- Donoso Vergara, Florencia y Rioseco López, Andrés (2007), *El Concubinato ante la Jurisprudencia Chilena*, Santiago de Chile, LexisNexis.

integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

⁵³ Gil, Fama y Herrera, 2006, 232; Fernández, Miguel (2005), “Constitución y autonomía de la voluntad”, *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*, vol. II, María Dora Martinic Galetovic y Mauricio Tapia Rodríguez (dirs.), Santiago de Chile, LexisNexis, p. 98.

- Fernández, Miguel (2005), "Constitución y autonomía de la voluntad". *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*, vol. II, María Dora Martinic Galetovic y Mauricio Tapia Rodríguez (dirs.), Santiago de Chile, LexisNexis.
- Fernández Valle, Mariano (2007), "Matrimonio y Diversidad Sexual: La lección sudafricana", *Anuario de Derechos Humanos*, N° 3.
- Ferrajoli, Luigi, "Jurisdicción y Democracia" (2006), *Garantismo y Derecho Penal*, Juan Sotomayor Acosta (coord.), Bogotá, Colombia, Temis.
- Fetscher, Iring (1999), *La Tolerancia. Una Pequeña Virtud imprescindible para la Democracia*, Barcelona, España, Gedisa.
- Figuroa Yáñez, Gonzalo (2005), "El Pacto de Convivencia: una alternativa al Pacto de Matrimonio", *Estudios de Derecho Civil, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia*, Juan Andrés Varas Braun y Susan Turner Saelzer (coords.), Santiago de Chile, LexisNexis.
- Figuroa Yáñez, Gonzalo (1995), *Persona, Pareja y Familia*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- Fries Monleón, Lorena y Matus Madrid, Verónica (1999), *El Derecho. Trama y Conjura Patriarcal*, Santiago de Chile, LOM.
- Gil, Andrés; Fama, María Victoria y Herrera, Marisa (2006), *Derecho Constitucional de Familia*, tomo I, Buenos Aires, Ediar.
- Gómez de la Torre Vargas, Maricruz (2007), *El Sistema Filiativo Chileno*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- Hernández Paulsen, Gabriel (2016a), "Matrimonio igualitario", *Estudios de Derecho Familiar. II Jornadas Nacionales de Derecho Familiar*, Santiago de Chile (pendiente publicación).
- Hernández Paulsen, Gabriel (2016b), "Valoración, aspectos destacados y crítica de la Ley que crea el Acuerdo de Unión Civil", *Estudios sobre la Nueva Ley de Acuerdo de Unión Civil*, Id. y Mauricio Tapia Rodríguez (coords.), Santiago de Chile, Thomson Reuters.
- Hernández Paulsen, Gabriel (2014), "Protección de la vida del que está por nacer", *Derecho y Humanidades*, N° 24.
- Hernández Paulsen, Gabriel (2009), *Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo*, Santiago de Chile, Arcis.
- Hernández Paulsen, Gabriel (2008), "Evolución y caracterización de los regímenes patrimoniales en el derecho chileno", *Leyes y Sentencias*, N° 65.
- Hernández Paulsen, Gabriel y Casas Becerra, Lidia (2009), "Familia y sexualidad en el derecho chileno", *La república inconclusa. Una nueva constitución para el bicentenario*, Jorge Benítez y Pedro Rosas (edits.), Santiago de Chile, Arcis.

- Jana Linetzky, *tales*", *Los I*
Puerto.
- Lathrop Gómez relaciones f:
al proyecto género", *Re*
- Lasarte, Carlos España, Ma
- Lathrop Gómez en el derech cación).
- Lepin Molina, C titucional (Z
- Lepin Molina, C *Revista Chil*
- Medina, Graciela Rubinzal-C
- Nino, Carlos (2 España, Ge
- Orellana Benad Chile, Edit
- Palacios Zuloag de Derecho
- Ramos Pazos, F Chile, Edit
- Roca Trías, Enc *Código Civi*
Santiago de
- Roudinesco, Él Fondo de C
- Salazar Vergara Chile. *Estac*
- Squella Nardu Editorial Ju
- Talavera Fernán de las Unio España, Dy

- Jana Linetzky, Andrés (2003), "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales", *Los Derechos Fundamentales*, SELA 2001, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Lathrop Gómez, Fabiola y Espejo Yaksic, Nicolás (2015), "Identidad de género, relaciones familiares y derechos de niños, niñas y adolescentes. Comentarios al proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, N° 2.
- Lasarte, Carlos (2002), *Principios de Derecho Civil VI. Derecho de Familia*, Madrid, España, Marcial-Pons.
- Lathrop Gómez, Fabiola (2016), "Constitucionalización y justicia constitucional en el derecho de familia chileno", *Estudios Constitucionales* (pendiente publicación).
- Lepin Molina, Cristián (2015), *Jurisprudencia de derecho familiar: Tribunal Constitucional (2004-2015)*, Santiago de Chile, Thomson Reuters.
- Lepin Molina, Cristián (2014), "Los nuevos principios del derecho de familia", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 23.
- Medina, Graciela (2001), *Uniones de Hecho Homosexuales*, Buenos Aires, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores.
- Nino, Carlos (2003), *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Barcelona, España, Gedisa.
- Orellana Benado, Miguel (1994), *Pluralismo: Una Ética del Siglo XXI*, Santiago de Chile, Editorial Universidad de Santiago.
- Palacios Zuloaga, Patricia (2006), *La No Discriminación*, Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- Ramos Pazos, René (2005), *Derecho de Familia*, tomo II, 5ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- Roca Trías, Encarna (2007), "La Evolución del Derecho de Familia en España", *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, Alejandro Guzmán Brito (ed. científico), Santiago de Chile, LexisNexis.
- Roudinesco, Élisabeth (2006), *La Familia en Desorden*, Distrito Federal, México, Fondo de Cultura Económica.
- Salazar Vergara, Gabriel y Pinto Vallejos, Julio (2002), *Historia Contemporánea de Chile. Estado, Legitimidad, Ciudadanía*, vol. I, Santiago de Chile, LOM.
- Squella Narducci, Agustín (2000), *Introducción al Derecho*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- Talavera Fernández, Pedro (1999), *Fundamentos para el Reconocimiento Jurídico de las Uniones Homosexuales. Propuestas de Regulación en España*, Madrid, España, Dykinson.

- Tapia Rodríguez, Mauricio (2007), "Constitucionalización del Derecho de Familia(s), el Caso Chileno: Las Retóricas Declaraciones Constitucionales Frente a la Lenta Evolución Social", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 8.
- Tapia Rodríguez, Mauricio (2005), *Código Civil 1855-2005. Evolución y Perspectivas*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- Villar Bordones, Gonzalo (2004), "El Matrimonio de Personas del mismo Sexo en el Ordenamiento Jurídico de Chile", *Gaceta Jurídica*, N° 293.

CON:
J
CONS

RESUMEN: Las mentales que de familia. L demostrar qu -a diferencia al menos en t fundamentele tendrían en la fundamentele el papel de es. su temprana su efecto, sin en esta expos.

PALABRAS CLAV

Esta exposic
fundamentales,
algunos tratad

* Reimpresión
El caso chileno: l
publicado en la R
N° 8, pp. 155-199,
El autor hace p
y que el mismo n

** Abogado. M
droit privé, por l
Civil de la Facult

¹ Ver, para una
derecho civil": Do
civil chileno", *Re*
(2001), *El derech*
Valparaíso. El ter