

AÑO XIII - N° 13

2009



REVISTA DE DERECHO

DE LA

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

TEMAS DE DERECHO CIVIL

Ángela Arenas Massa, Jorge Baraona González, Maricruz Gómez de la Torre, Fabiola Lathrop Gómez, Juan A. Orrego Acuña, Nieves Martínez Rodríguez, Gabriel Hernández Paulsen, Lidia Casas Becerra, Rodrigo Barcia Lehmann, Fernando Lolas Stepke, Carolina Bustamante Sasmay, Tania Mora Biere, Enrique Navarro Beltrán

Coordinadora: Fabiola Lathrop Gómez

**FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD FINIS TERRAE**

LAS GRANDES REFORMAS AL DERECHO DE FAMILIA CHILENO A LA LUZ DE LOS DERECHOS HUMANOS*

GABRIEL HERNÁNDEZ PAULSEN**

I.

EL DERECHO DE FAMILIA CONTEMPORÁNEO

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 judeocristiana (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. Solo baste decir que la ideología que finalmente logra primar al interior de nuestro derecho de familia responde a una manera de concebir al Estado, a la sociedad y al derecho. La época en que entra en vigencia el Código Civil de Andrés Bello, 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 a nivel teórico¹. Así, resulta del todo coherente que la clase de derecho de familia presente en nuestro país, a lo largo de las épocas, haya sido una funcional al tipo de Estado vigente en extensos períodos históricos (Estado autoritario, o “liberal oligárquico 1810-1920”, como lo denomina Gabriel Salazar). A su vez, este tipo de Estado se correspondía con una determinada ideología económico-político-social y ética, que ya no tiene la preeminencia que alguna vez tuvo. Atendida esta constatación, 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 señalada o es acaso que la concepción ética a la luz de la cual debe crearse e interpretarse el referido derecho ha de ser reformulada.

* El texto de la presente ponencia es un extracto corregido del texto de mi autoría *Derecho de Familia y Derecho Humanos*, en POZO, Nelson y BENÍTEZ, Jorge (editores), *Los otros derechos. Derechos humanos del bicentenario* (Santiago, Editorial Arcis, 2008), pp. 17 a 52.

** Profesor de Derecho Civil de las Facultades de Derecho de las Universidades de Chile (invitado) y Finis Terrae.

1 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.

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”². 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 humanos³ y respetar los principios de la democracia. Así, en un Estado como este, toda normativa jurídica debe crearse (o decidir no crearse), interpretarse y aplicarse sobre la base de la consideración de los derechos humanos y de ciertos valores y principios constitucionales⁴. Esta manera de funcionar que tienen hoy los distintos sistemas jurídicos ha

- 2 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., Siglo Veintiuno Editores, 2002), pp. 61-95. En relación con los distintos tipos de Estado que se han sucedido a lo largo de la historia nacional, ver SALAZAR VERGARA, Gabriel y PINTO VALLEJOS, Julio, *Historia Contemporánea de Chile, Estado, Legitimidad, Ciudadanía*, I (Santiago, LOM, 2002). Estos autores distinguen –a partir de 1810– las siguientes formas estatales: Estado oligárquico liberal (1810-1920), Estado liberal democrático (1920-1973) y Estado neo-liberal (desde 1973).
- 3 No solo 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 5º, inciso segundo, de aquella. Según la posición mayoritaria, 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.
- 4 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 solo 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 solo 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 esta 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. Esta 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, Temis, 2006), p. 128.

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”⁵.

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 solo podían esgrimirse enfrente del Estado, pasando a ser estos 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 solo 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”)⁶. 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”⁷.

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 surgido el llamado *derecho*

5 CEA EGAÑA, José, *Derecho Constitucional Chileno*, II (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004), p. 69.

6 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, Miguel Ángel, *Constitución y autonomía de la voluntad*, EN MARTINIC GALETOVIC, María Dora y TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (directores) y RÍOS LABBÉ, Sebastián (colaborador), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*, II (Santiago, LexisNexis, 2005), pp. 1245-1269; y JANA LINETZKY, Andrés, *La Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales*, en *Los Derechos Fundamentales*, SELA, 2001 (Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003).

7 GIL, Andrés, FAMA, María Victoria y HERRERA, Marisa, *Derecho Constitucional de Familia*, ob. cit., p. 3

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 aquellos en el principal orientador de este derecho⁸.

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, etcétera. De este modo, la consolidación de una nueva visión de mundo en las diferentes áreas del quehacer humano, al interior de las distintas sociedades, 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, proceso de que da cuenta el fenómeno de constitucionalización antes referido.

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, solo 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 cons-

8 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 este 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”. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, FAMA, María Victoria y HERRERA, Marisa, *Derecho Constitucional de Familia*, (Buenos Aires, Ediar, 2006), p. 22. El profesor 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 Evolución Social*, en *Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri* 8 (Santiago, Fundación Fueyo, 2007), pp. 155-199.

titucionales, así como en instrumentos internacionales, sobre todo de derechos humanos. Pero, una cosa es el nivel de la pura teoría y otro el de la práctica. Este segundo nivel, a su vez, supone dos subniveles: el de la realidad (o práctica) normativa infraconstitucional y el de la realidad factual. El primero 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 solo 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 estatal⁹.

9 “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 (solo algunos). Este 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 estas 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 llamarseles —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 aquel”. DÍAZ, Elías, ob. cit., pp. 64 s.

Al tenor de lo hasta aquí señalado se hace necesario determinar cuáles son los principios rectores del Estado democrático de derecho a los efectos que el derecho de familia se acomode a ellos. Para efectos de esta exposición los principios y derechos a considerar serán, fundamentalmente, los siguientes: respeto de la diversidad de formas de vida (o derecho a la diferencia), igualdad y no discriminación arbitraria, derecho a la identidad, derecho al libre desarrollo de la personalidad e interés superior del niño, niña o adolescente. Esta gama de principios y derechos configura lo que podríamos llamar la “doctrina jurídica base de un Estado democrático de derecho”: “el pluralismo jurídico”¹⁰. En lo que sigue veremos como es que las grandes reformas del derecho de familia nacional de los últimos años han atendido de manera determinante a estos principios y derechos. Así también veremos como es que los debates en curso respecto de nuevas reformas están y estarán imbuidos de la lógica propia de los derechos humanos.

II.

LAS “GRANDES” REFORMAS AL DERECHO DE FAMILIA CHILENO A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Como ya señalara, el derecho de familia es una de las ramas que más modificaciones ha experimentado en el último tiempo. Nuestro país no se ha mantenido ajeno a esta evolución. En efecto, en los últimos veinte años se han sucedido en Chile una serie de reformas de extraordinaria relevancia, que han dado cuenta del proceso de constitucionalización del derecho de familia a que antes se aludiera, proceso que, a su vez, ha dicho relación, según se señaló, con la consolidación mundial (por lo menos a nivel teórico) del llamado Estado democrático de derecho, esto es, con el reconocimiento, respeto y promoción de los derechos humanos en todas las esferas del quehacer jurídico. Sin embargo,

10 “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, solo 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. Solo 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 solo 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 BENA-DO, Miguel, *Pluralismo: Una Ética del siglo XXI* (Santiago, Editorial Universidad de Santiago, 1994), pp. 61 s.

las reformas nacionales no han involucrado transformaciones radicales, como sí lo han hecho las respectivas reformas en muchos ordenamientos jurídicos comparados. En todo caso, tanto las reformas realizadas como las proyectadas se relacionan directamente con la aplicación de la teoría de constitucionalización del derecho de familia.

Ahora bien, las grandes reformas relacionadas con el derecho de familia han dicho relación, tanto en Chile como en el resto del mundo, con la evolución en el entendimiento de la familia (de las *familias*), evolución que ha dependido, a su vez, de los cambios que como sociedad hemos experimentado en diversos ámbitos. Es por esto que “La familia, como institución sociocultural fruto de la interacción de diversos factores que repercuten en su estructura y composición, ha sufrido notables transformaciones a lo largo del tiempo, dando lugar a nuevas prácticas y tendencias que reclaman su reconocimiento jurídico”¹¹. Estas notables transformaciones hacen a la familia “irreconocible en su entidad presente al cotejarla con el concepto y la visión anteriores, y la muestra en toda su realidad relativa y precaria, impotente para el cumplimiento de muchas de las funciones que tradicionalmente se le asignaron”¹². Los distintos cambios al interior de la realidad de la familia han tenido lugar en relación con variados ámbitos, hasta que se ha llegado a un estado de cambio en todos ellos, con la consiguiente ruptura o, por lo menos, desplazamiento en importancia, de la estructura familiar “tradicional”, así como de las pautas de interrelación entre sus miembros históricamente aceptadas.

Resultaría extremadamente extenso dar cuenta aquí de las muchísimas transformaciones experimentadas por la familia (por las familias), en un sentido histórico-sociológico. Lo único que cabe constatar es que nadie podría negar que hoy existen muchas formas de vida que son catalogadas por la mayoría de los ciudadanos como constitutivas de una familia y que difieren enormemente del paradigma de familia clásico: *la familia patriarcal formada por cónyuges (matrimonio) de distinto sexo*. Así, en términos histórico-sociológicos, muchas formas de vida han sido catalogadas y lo son hoy como ‘familia’. Tal es el caso, por ejemplo, de las uniones de hecho (con o sin hijos) entre personas de distinto sexo o entre personas del mismo sexo (e, incluso, en algunos países, del matrimonio gay), y de las familias monoparental, ensamblada y extensa. De esta suerte, “hoy la familia no se limita a los individuos que son parientes ni a los cónyuges, sino que incluye otras formas de relaciones humanas en las cuales sus miembros se encuentran unidos por lazos de solidaridad, conviven-

11 GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, FAMA, María Victoria y HERRERA, Marisa. *Derecho Constitucional de Familia*, ob. cit., p. 56.

12 JELIN, Elizabeth. “Familia: crisis y después”. En WAINERMAN, Catalina (compiladora). *Vivir en Familia*, UNICEF-Losada, Buenos Aires, 1994, p. 24. Citada en GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, FAMA, María Victoria y HERRERA, Marisa. *Derecho Constitucional de Familia*, ob. cit., p. 56.

cia, respeto y afecto. Como los que se dan en los concubinatos, en la familia ensamblada y en las relaciones homosexuales estables”¹³.

De este modo, ante la única realidad familiar imperante a lo largo de muchas épocas, comienza a imponerse una nueva realidad: la del *pluralismo* al interior del derecho de familia. Ahora ya no se trata de un derecho de *familia*, sino que de uno de *familias*¹⁴. Los principios clásicos inspiradores de las relaciones familiares (orden público, jerarquización al interior de las relaciones familiares y familia fundada en un matrimonio heterosexual, patriarcal, religioso e indisoluble) entran en una crisis radical, para ser reemplazados ahora por los de *autonomía personal, igualdad y pluralismo*.

También en nuestro país han tenido lugar enormes mutaciones en el entendimiento y regulación jurídica de la familia, en cuanto, de una ideología basada en la familia patriarcal, surgida de un matrimonio religioso e indisoluble (siglo XIX), se ha transitado a una situación de diversificación en la presencia y reconocimiento de los distintos tipos de familia en la sociedad, en aplicación de los principios constitucionales y de derecho internacional anteriormente mencionados. Así, tanto las reformas realizadas como las proyectadas se han

13 MEDINA, Graciela, *Uniones de Hecho. Homosexuales*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 24. Me parece que 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 las funciones de la entidad familiar (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 reproducción asistida y en la adopción); el de los roles de género (se pasa de una absoluta preeminencia del hombre a una creciente igualdad con la mujer, con lo que se rompe con la supuesta idea de asignación “natural” de roles, transitándose a la idea de una asignación entendida culturalmente); el de la formalización (se pasa de un matrimonio muy solemne a la aceptación de uniones de hecho); el de la jerarquía (se pasa de la preeminencia de los progenitores sobre los hijos a la protección primordial del interés superior de las niñas, niños y adolescentes, en armonía con la autonomía progresiva de estos); 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, puede consultarse en el texto de ROUDINESCO, Elisabeth. *La Familia en Desorden* (Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 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, LexisNexis, 2005), pp. 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*, ob. cit., pp. 102 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, LexisNexis, 2007), pp. 741-760.

14 Entre nosotros ha sido Mauricio Tapia quien ha hablado de un *Derecho de Familias*. Ver TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. *Código Civil 1855-2005. Evolución y Perspectivas*, ob. cit., p 106.

basado, confesada o inconfesadamente, en la idea de mejor protección de los derechos humanos de las personas.

Desde la entrada en vigencia del Código Civil (1857) se han dictado varias leyes que modifican el estatuto jurídico de la familia, sobre todo en los últimos veinte años. Sin embargo, estas reformas no han implicado un cambio fundamental desde el punto de vista del abandono de la ideología dominante en estas materias, pero sí una mejor protección de los derechos de algunos individuos.

Ahora bien, a pesar que no se avanzado suficientemente en la plena protección de los derechos humanos de las personas en lo que atañe a su calidad de miembros de una familia, igualmente cabe destacar algunas reformas, las cuales, insisto, no han significado un cambio fundamental en el paradigma de familia protegido por el derecho chileno. La mayoría de tales reformas tendió a la igualación de hombres y mujeres al interior del matrimonio y de hijos matrimoniales y no matrimoniales. También cabe destacar en esta evolución a la nueva Ley de Matrimonio Civil, que viene a terminar definitivamente con la indisolubilidad del contrato de matrimonio.

En relación con las leyes vinculadas con el mejoramiento de la situación de las mujeres casadas, merecen destacarse aquellas que regularon nuevos regímenes de bienes del matrimonio, aparte de la sociedad conyugal (separación de bienes y participación en los gananciales)¹⁵, aquellas otras que vinieron a limitar las facultades del hombre al interior de la sociedad conyugal¹⁶ y, por último, las que igualaron a mujeres y hombres al interior del matrimonio en lo relativo a sus relaciones personales y con los hijos¹⁷. Todas estas reformas han

15 En materia de separación de bienes cabe destacar las leyes N°s 5.521, de 1934, que permitió pactar a los esposos separación total de bienes en las convenciones matrimoniales 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 N° 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. Por su parte, solo un 2% de los matrimonios se ha acogido al régimen de participación en los gananciales. Ver www.srci.cl

16 Así, el Decreto Ley N° 321, de 1925, y la Ley N° 5.521, de 1934, regularon el llamado "patrimonio reservado de la mujer casada en sociedad conyugal" (artículo 150 del Código Civil). En virtud de esta figura se le permite a las mujeres casadas en dicho régimen, administrar los bienes que adquieran con el producto de su trabajo independiente de su cónyuge. Por su parte, las leyes N°s 10.271 (1952), 18.802 (1989), 19.335 (1994) y 19.585 (1999) fueron estableciendo y ampliando las limitaciones de administración con que cuenta el marido en la sociedad conyugal, de manera que hoy, puede decirse que, en general, necesita de autorización de su cónyuge para proceder a celebrar los actos jurídicos más importantes.

17 En este sentido merece destacarse la Ley N° 18.802, que termina con la incapacidad relativa en que se encontraba la mujer casada en sociedad conyugal (que involucraba que su cónyuge era

buscado eliminar las aberrantes discriminaciones que han existido al interior del derecho de familia chileno en contra de las mujeres. Ello, por cuanto tanto nuestra Constitución como una gran gama de tratados internacionales sobre derechos humanos ordenan desterrar del derecho interno las diferenciaciones por razones de género. En este sentido, cabe destacar la “Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” (vigente en Chile desde 1989) y su Protocolo facultativo (no ratificado por Chile).

Por su parte, ha habido también a lo largo de nuestra historia bastantes leyes que mejoraron la situación de los niños(as) nacidos al margen de un matrimonio. Entre estas merecen destacarse las leyes N^{os} 19.585 (de 1999), la cual iguala a todos los hijos en la titularidad y goce de sus derechos enfrente de sus progenitores, independientemente de si fueron concebidos o nacieron dentro de un matrimonio; establece como principio rector el de interés superior del niño, niña o adolescente y consagra un sistema de libre investigación de la paternidad y maternidad, en aplicación del derecho humano a la identidad; y 19.620 (de 1999), que iguala al hijo adoptivo a cualquier otro¹⁸. Ambas legislaciones se basan en una serie de derechos humanos (por ejemplo, en los derechos a la igualdad y a la identidad; y en el principio de *interés superior del niño, niña o adolescente*), consagrados en variados instrumentos internacionales, pero principalmente en la Convención sobre los Derechos del Niño, vigente en Chile desde 1990.

Aparte de la “Ley de Filiación”, no cabe duda que la más importante reforma del derecho de familia nacional está constituida por la Ley N^o 19.947, sobre Matrimonio Civil, que termina con la característica de indisolubilidad del matrimonio, al introducir la institución del divorcio vincular, sin perjuicio del establecimiento de algunas otras instituciones de enorme importancia, como la compensación económica para el cónyuge menoscabado económicamente por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común y no haber podido desarrollar una actividad remunerada ó lucrativa durante el matrimonio, o haberlo hecho en menor medida de lo que quería y podía (artículo 61 de la Ley N^o 19.947)¹⁹. A mi modo de ver, esta importante

su representante) y con la llamada “potestad marital” (que involucraba que la mujer solo podía trabajar con el consentimiento de su cónyuge y trasladarse donde este mudara su residencia).

18 Otras leyes que mejoraron la situación de los hijos no matrimoniales fueron las leyes N^{os} 5.750, de 1935, y 10.271, de 1952. Por su parte, las anteriores leyes de adopción eran las N^{os} 7.613 y 18.703. En relación con el tema de la filiación, ver GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *El Sistema Filiativo Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007).

19 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 1855-2005. Evolución y Perspectivas*, ob. cit., p. 105.

reforma se basa en la mejor protección de llamado *derecho al libre desarrollo de la personalidad*, en cuanto le permite a las personas casadas rehacer su vida cuando la convivencia conyugal se ha roto irreversiblemente, sin necesidad de recurrir al expediente de la nulidad fraudulenta. Además, se salvaguarda con esta reforma el principio de respeto a la diversidad de formas de vida, toda vez que se deja de proteger de manera exclusiva aquella ideología que impuso históricamente la doctrina de la indisolubilidad del vínculo matrimonial²⁰.

No obstante los avances anteriormente mencionados, el legislador nacional siempre ha sido reacio a aceptar prontamente los grandes cambios sociales y culturales y no ha transformado en normas, sino después de muchos años, el reconocimiento social a las nuevas realidades y pautas de conducta, que ya se han impuesto hace bastante tiempo en el resto del mundo. En efecto, si bien ha habido importantes avances, no parece alejado de la realidad sostener que nuestra normativa de derecho de familia sigue estando atravesada en alta medida por una ideología que tiene por principal familia a la matrimonial heterosexual y patriarcal. Así, quedan todavía importantes pasos que dar, tanto en lo relativo a materias que no cuentan con ninguna normativa como en lo relativo a las que sí cuentan con alguna, pero presentan cuestionamientos desde el punto de vista de la teoría de los derechos humanos.

En el anterior orden de ideas cabe recordar que todavía no contamos con una protección orgánica de las uniones de hecho (parejas estables no casadas, hetero y homosexuales, que no han contraído matrimonio)²¹. Ello, sin perjuicio de

20 Resulta paradójico que a pesar de estar regulado el divorcio, no se haya también modificado la definición que de matrimonio consagra el artículo 102 del Código Civil, que continúa conceptualizándolo como “indisoluble”. ¿Cómo entender esto si hoy existe divorcio?. ¿“Olvido legislativo”?

21 A la ausencia de regulación respecto de las uniones de hecho, cabe agregar que la Ley de Matrimonio Civil, N° 19.947, señala, en su artículo 1°, que “el matrimonio es la base principal de la familia”. Me pregunto, ¿qué es una familia sin su base principal?. No obstante que muchos —exageradamente, según pienso— han pretendido que tal norma es el reconocimiento a las otras realidades familiares (de las convivencias afectivo-sexuales, por ejemplo), la respuesta a la recién formulada pregunta resulta categórica: una familia sin su base principal (no fundada en el matrimonio) es algo muy cercano a la nada, por lo menos para el derecho nacional. Las siguientes ideas de Aldunate resultan relevantes a los efectos de comprender en este punto la ley de 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 menor 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 1° inciso 5° de la Constitución Política de la República. Aunque solo

la igualación de los hijos matrimoniales y no matrimoniales acaecida en 1999, con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585, a partir de la cual se otorga un contundente reconocimiento a las uniones no matrimoniales, si bien indirecto, en cuanto los hijos nacidos de estas pasan a contar con un elenco de derechos idéntico al que existe para los hijos e hijas matrimoniales; y sin perjuicio, también, de las leyes N°s 19.968, sobre Tribunales de Familia, y 20.066, sobre Violencia Intrafamiliar, que establecen una serie de normas reconocedoras de tales uniones. Cabría hacer presente también que existen ciertas leyes previsionales que, aun cuando precarias y, a veces, indirectamente, otorgan derechos a los miembros de una unión de hecho (por ejemplo, el artículo 5° inciso 1°, del Decreto Ley N° 3.500, de 1981, que concede “pensión de supervivencia” a la “madre de los hijos naturales del causante”)²². Además, existen algunos proyectos de ley tendientes a regular las uniones de hecho, sea entre personas de distinto sexo (de 15 de octubre de 2003 y de 7 de abril de 2004), sea entre personas del mismo sexo (de 10 de julio de 2003), sea en conjunto, como es el caso del anteproyecto elaborado en 2006 por los profesores de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, Mauricio Tapia R. y Carlos Pizarro W., en colaboración con Rolando Jiménez, presidente del Movimiento de Liberación e Integración Homosexual, a través del cual se pretende establecer en Chile el denominado “Pacto de Unión Civil”²³. Así, en lo que respecta a

sea con el carácter de base principal que le otorga al matrimonio el artículo 1° inciso 1° de la Ley N° 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*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006), pp. 41-42.

- 22 Ante la inexistencia de un estatuto protector de las uniones de hecho en nuestro país, ha sido la jurisprudencia la que ha tenido que dar solución a las problemáticas que se han presentado en relación con uniones heterosexuales, principalmente para proteger al miembro de la unión perjudicado patrimonialmente por el término de la relación. Las referidas soluciones jurisprudenciales, en general, han reconocido la existencia de una comunidad, de una sociedad de hecho, de un contrato de trabajo o de un enriquecimiento injustificado, a los efectos de dejar a resguardo al conviviente económicamente más débil. 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*, LexisNexis, 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
- 23 En los siguientes ordenamientos se protege a las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, sea mediante un estatuto orgánico (unión civil o pacto), sea mediante la concesión de algunos derechos: Alemania (2001), Argentina (Provincia de Buenos Aires (2003) y Pro-

la igual protección de los distintos tipos de familia el ordenamiento nacional resulta ser altamente deficitario, en cuanto no tutela formas de vida familiares (las uniones de hecho) que, en términos fácticos, no presentan diferencias capitales con el matrimonio. De esta suerte, la desprotección de las uniones de hecho da cuenta que en Chile no se tutelan suficientemente los principios de igualdad y no discriminación y el de respeto por la diversidad de formas de vida. Esta constatación resulta ser todavía más grave si se sabe que en Chile cerca del 15% de las parejas son convivencias no matrimoniales y que una gran cantidad de países las regula, incluso igualitariamente enfrente del matrimonio.

Por su parte, aún no puede sostenerse que en Chile mujeres y hombres gocen de un tratamiento igualitario al interior de la regulación de la familia. De esta suerte, en el matrimonio, específicamente en el régimen de sociedad conyugal, sigue siendo el hombre quien administra, no solo los bienes sociales, sino que también los propios de la mujer²⁴. Además, la ley (artículo 244 del Código Civil) le atribuye la patria potestad (administración de bienes y representación de los hijos menores de edad) al padre cuando los progenitores viven juntos y el cuidado personal (tuición) a la madre si viven separados (artículo 225 del Código Civil), lo que mantiene en pleno funcionamiento el dispositivo ideológico patriarcal, tan propio de nuestro derecho, que prescribe, simbólicamente,

vincia de Río Negro (2005)), Andorra (2005), Australia (Tasmania, 2004), Austria (2003), Bélgica (1998), Brasil (Río Grande do Sul, 2005), Croacia (2003), Dinamarca (1989), Escocia (2005), Eslovenia (2006), España (Aragón, Baleares, Cataluña, Madrid, Navarra, País Vasco, Valencia), Estados Unidos (California (1999), Columbia (2002), Connecticut (2005), Maine (2004), New Jersey (2007), Vermont (2000), Washington (2007)), Finlandia (2001), Francia (1999), Holanda (1998), Hungría (1996), Islandia (1996), Israel, Luxemburgo (2004), México (Distrito Federal (2006) y Coahuila (2007)), Noruega (1993), Nueva Zelanda (2004), Portugal (2001), Reino Unido (2004), República Checa (2006), Suecia (1995) y Suiza (2005). En algunos Estados el reconocimiento ha sido jurisprudencial, por ejemplo en Colombia (2007). Por último, existen Estados en que se contempla el matrimonio gay, como ocurre en Bélgica (2003); Canadá (2005), España (2005), Holanda (2001), Israel (desde 2006, reconocido a casados en el extranjero), Massachusetts (desde 2004, en virtud de un fallo de la Corte Judicial Suprema del Estado) y Sudáfrica (2006). Para mayores antecedentes acerca de las más importantes legislaciones y resoluciones judiciales, tanto nacionales como internacionales en esta materia, recomiendo consultar los siguientes textos: FERNÁNDEZ VALLE, Mariano, "Matrimonio y Diversidad Sexual: la lección sudafricana", en *Anuario de Derechos Humanos*, N° 3, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2007; LAMM, Eleonora, "Matrimonio Homosexual y Presunción de Maternidad", en *Revista de Derecho de Familia*, N° 37, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, pp. 55 ss.; MEDINA, Graciela. "Evolución sobre parejas homosexuales en el derecho comparado. Especial referencia al derecho internacional privado", en *Revista de Derecho de Familia*, N° 37, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, pp. 75 ss.; y GRANET, Frédérique. "El régimen patrimonial del pacto de solidaridad", en *Revista de Derecho de Familia*, N° 37, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, pp. 147 ss.

24. Actualmente existe en tramitación en el Congreso Nacional un proyecto de ley que pretende corregir esta situación en el sentido de permitir a los contrayentes elegir al administrador de la sociedad conyugal (Boletín N° 1707-18).

que el ámbito de los hombres es el patrimonial (administración en la sociedad conyugal y patria potestad) y el de las mujeres, el afectivo (cuidado personal de los hijos)²⁵.

Por otro lado, cabe señalar que en Chile aún no hay regulación orgánica de las técnicas de reproducción humana asistida²⁶ ni de los derechos sexuales y reproductivos²⁷, así como tampoco, consecencialmente, del aborto, en ninguna de sus formas (terapéutico, en caso de malformaciones del feto, ético, por motivos económico-sociales y “libre”). Nuevamente apreciamos aquí un déficit de nuestro derecho desde el punto de vista de los derechos sexuales y reproductivos, del derecho al libre desarrollo de la personalidad y del derecho a la igualdad. Este déficit se torna dramático en materia de aborto, toda vez que Chile es uno de los pocos países del mundo (junto con El Salvador, Nicaragua y Malta) en donde el aborto está penalizado en todas sus formas, proceder legislativo que atenta contra variados derechos humanos de las mujeres, entre ellos, contra el derecho a la vida y la salud de las mujeres embarazadas, atendida la prohibición del aborto terapéutico y que miles de mujeres mueren cada año por abortos realizados en muy precarias condiciones; contra el derecho a la integridad psíquica y contra el libre desarrollo de la personalidad, atendida la prohibición del aborto ético (en caso de violación e incesto) y del económico-social; contra el derecho a la igualdad, en cuanto solo pueden cometer aborto y verse privadas de su libertad las mujeres (y no los hombres); y, en general,

25 A su vez, la mayoría de los hijo(a)s de este país sigue llevando como primer apellido el primero del padre. En todo caso, existe un proyecto de ley que busca establecer la posibilidad de que los progenitores elijan el orden de los apellidos de sus hijos(as).

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 resulta para muchos otros. Incluso, este artículo presenta un importante cuestionamiento desde el punto de vista de los derechos humanos, toda vez que impide al concebido en virtud de una de las referidas técnicas saber quién es su progenitor biológico cuando ha participado un tercero, por ejemplo, donando espermatozoides. Esta solución representaría una vulneración al derecho a la identidad, así como al principio de igualdad, porque los hijos de filiación por naturaleza gozan de la titularidad de las acciones de filiación. En relación con esta temática, ver GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *El Sistema Filiativo Chileno*, ob. cit., pp. 109-130.

27 Entre estos cabe destacar los derechos a la libertad sexual, a la autonomía e integridad sexuales, a la intimidad sexual, a la igualdad sexual, al placer sexual, a la expresión sexual de carácter afectivo, a la libre asociación sexual, a tomar decisiones responsables de cara a la reproducción, a la información sexual basada en la investigación científica, a la amplia educación sexual y a la asistencia médica en asuntos sexuales. Este catálogo de once derechos sexuales fue aprobado en el decimocuarto congreso mundial de sexología, realizado en Hong Kong en 1999. Ver en este sentido la página web de la Asociación Mundial de Sexología, www.amssac.org Cabe recordar también en este sentido que en marzo de 2007 un grupo de 29 expertos elaboró un documento, denominado “Principios de Yogyakarta”, sobre aplicación de las leyes internacionales de derechos humanos en relación a la orientación sexual y la identidad de género. Ver www.yogyakartaprinciples.org Existe un proyecto de ley, denominado “Ley Marco sobre Derechos Sexuales y Reproductivos” (boletín 2608-11), actualmente en tramitación en el Congreso Nacional, desde el año 2000.

contra los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. A estas consideraciones debe agregarse que el derecho penal ha de ser *ultima ratio* y que el número de mujeres privadas de libertad por aborto es sumamente inferior al número de mujeres que aborta cada año, constatación, esta última, que da cuenta que en Chile se penaliza el aborto, pero se tolera en la práctica. De estas ideas puede concluirse que la mejor protección de los derechos humanos de las mujeres y de la vida del que está por nacer no pasa por la penalización del aborto, sino que por la utilización de herramientas que, antes que todo, protejan los derechos fundamentales de las mujeres, herramientas entre las cuales pueden mencionarse normas laborales, previsionales y de salud²⁸.

Otra deficiencia importante de nuestro derecho de familia desde el punto de vista de los derechos humanos, por último, dice relación con la regulación del divorcio. Si bien se han producido importantes avances en este sentido, en cuanto desde el año 2004 se permite la disolución del vínculo matrimonial, la regulación del divorcio en Chile aún no es plenamente respetuosa de los derechos humanos de las personas, toda vez que, en lo que respecta a la autonomía privada, solo se regula el divorcio por cese de la convivencia y no el por mutuo consentimiento. Esta situación resulta ser particularmente compleja para los matrimonios celebrados después de la entrada en vigencia de la actual Ley de Matrimonio Civil, en cuanto la acreditación del cese de la convivencia no puede hacerse por cualquier medio probatorio, sino que solamente por los rigurosos mecanismos prescritos en la ley, obstáculo que atenta en contra del derecho al libre desarrollo de la personalidad de las personas casadas que deseen divorciarse por mutuo acuerdo y que no están en condiciones de acreditar el cese de su convivencia en conformidad a la ley; y contra el principio de igualdad, si se compara a los mencionados matrimonios con los que contrajeron nupcias antes de la señalada entrada en vigencia²⁹.

28 Respecto del tema del aborto, ver FAUNDES, Aníbal y BARZELATTO, José, *El drama del aborto* (Santiago, Editorial Lom, 2007).

29 Por último, nuestro derecho de familia admite cuestionamientos desde la perspectiva de los derechos humanos en otros ámbitos, como por ejemplo, en orden a la preferencia de la familia matrimonial en materia de adopción de hijos y en lo referente a la ausencia de una norma que permita expresamente la llamada "custodia compartida", "alternada" o "sucesiva" de hijos, figura en virtud de la cual, en algunos derechos comparados, se permite a los progenitores o al juez establecer un régimen de cuidado personal que implique la permanencia del hijo(a) por un período determinado en el hogar de uno de ellos y por el siguiente en el del otro.

Atendidas todas estas consideraciones, es que se hace urgente que nuestra normativa se acomode a los estándares propios de un estado democrático de derecho, en orden a la plena protección de los derechos humanos de las personas al interior de su familia³⁰.

30 “La preferencia por la convivencia en la diversidad como finalidad del Derecho, permite mirar todos los espacios en que esta 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 corresponde 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”. FRIES MONLEÓN, Lorena y MATUS MADRID, Verónica, *El Derecho. Trama y Conjura Patriarcal* (Santiago, Lom, 1999), pp. 70 ss.