

Desde aproximadamente un año los compiladores de los trabajos que presentamos en esta edición nos propusimos un iluso objetivo: reenfocar los Derechos Humanos de manera prospectiva. Para eso, nos pusimos en campaña de motivar y segmentar visiones sectoriales sobre el tema —en el mundo actual— a fin que autores desde visiones particulares expusieran sus hipótesis con visión de futuro de los Derechos Humanos desde la singularidad de sus disciplinas.

Recoger enfoques de la familia o sobre la visión histórica del prisma del Desarrollo Sustentable, la opinión del pueblo mapuche, la perspectiva de la migración, o desde la lupa de la alteridad y discriminación, la educación y la enseñanza, la globalización y la empresa, el recuento sobre el drama de la tortura, la opinión de los contribuyentes, la faz de la juventud, la cuestión del aborto; todos ellos sendos tópicos que convergen en el tema de las garantías fundamentales.

En este racconto temático, no resulta posible dejar de razonar que, en el devenir de los próximos lustros, un punto temático necesario de discusión será el reconocimiento que debe hacerse de los Derechos fundamentales de las personas, de cómo el poder estatal —lejos de su actual visión— como Estado garante y represor de los ciudadanos, se enfrenta al reconocimiento de Derechos subjetivos en favor de los ciudadanos en un plano de equilibrio con el Estado, de forma que la posible vulneración de esos Derechos subjetivos tengan una contrapartida de mecanismos y procedimientos de carácter automático para restaurarlos y repararlos ante cualquier violación de los Derechos Humanos.

ISBN 978-956-8114-77-0



9 789568 114770

EDITORIAL ARCIS

NELSON POZO/JORGE BENÍTEZ
(EDITORES)

LOS OTROS DERECHOS

LOS OTROS DERECHOS

DERECHOS HUMANOS DEL BICENTENARIO

NELSON POZO/JORGE BENÍTEZ
(EDITORES)

GABRIEL HERNÁNDEZ
ABRAHAM MADGENZO
MARIA ISABEL TOLEDO
JORGE ROJAS
KARL BOHEMER
AUGUSTO SAMANIEGO
CARLOS RUIZ
DANNY AHUMADA
ROLANDO POBLETE
EMMA DE RAMÓN
ROBERTO CEPPI DE LECCO
RAFAEL PEREIRA
MANUEL GUERRERO
MANUEL SILVA
JULIO CORTÉZ
LIDIA CASAS

EDITORIAL ARCIS
UNIVERSIDAD DE ARTES Y CIENCIAS SOCIALES

DERECHO DE FAMILIA Y DERECHOS HUMANOS*

Gabriel Hernández Paulsen

I. El Derecho de familia en un Estado democrático de Derecho:

A lo largo de la historia el Derecho de familia “occidental” ha respondido a una visión del orden social que se ha impuesto desde cierto sector ideológico. En términos generales, la perspectiva que ha primado a su interior ha sido una patriarcal y judeo-cristiana (y, más específicamente, una católica; por lo menos en Chile). No corresponde abordar aquí una problemática tan compleja como la referida a los motivos que llevaron a este estado de cosas. Sólo baste decir que la ideología que finalmente logra primar al interior de nuestro Derecho de familia responde a una 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 vigente, son radicalmente distintos de los que se imponen en la actualidad, por lo menos teóricamente¹. 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

* En este trabajo sigo de cerca otro de mi autoría, titulado *Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo en el Estado Democrático de Derecho* (inérito). Ponencia presentada en las V Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad Católica de Valparaíso, junio de 2007. Para publicar, Editorial Lexis Nexis.

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.

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.

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 ciertos principios básicos de la democracia. Así, en un Estado como éste, 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

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 neoliberal (desde 1973). Ahora bien, algunos autores utilizan la expresión "estado de derecho" sin más. Otros, la de "Estado democrático de Derecho". En el presente ensayo se prefiere la segunda denominación por ser más precisa, ya que, en general, la primera parece apuntar sólo al llamado "Estado constitucional", forma estatal que se caracteriza por la sujeción de todas las dinámicas del poder público a una Constitución Política, que bien podría no ser democrática. En todo caso, algunos autores, como Nino, hacen un esfuerzo por asimilar ambas nociones. Ver NINO, Carlos, *La Constitución de la Democracia Deliberativa* (1ª reimp., Barcelona, Gedisa, 2003), pp. 13-21.

³ No sólo los Derechos Humanos expresamente garantizados por la Constitución (en el artículo 19), sino que todos los derechos humanos, los cuales se entienden incorporados a nuestro ordenamiento jurídico, siendo ellos un límite a la soberanía nacional, al tenor de lo dispuesto en el artículo 5º, inciso segundo, de aquélla. 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 sólo en lo concerniente a las formas y procedimientos de formación de las leyes sino también en el plano de los contenidos. Por consiguiente, en el Estado Constitucional de Derecho el

tienen hoy los distintos sistemas jurídicos ha dado lugar a la llamada "humanización" o "constitucionalización del Derecho". Para Cea, se trata de "... un proceso, en virtud del cual, la supremacía que posee la Carta Fundamental se hace patente en las leyes, decretos, actuaciones administrativas, sentencias judiciales o fiscalizaciones practicadas por los organismos de control. Ciertamente, ese proceso se debe manifestar con idéntico vigor en las conductas de los particulares ante la Constitución. Al respetar aquella supremacía constitucional, en la forma y en el fondo, el sistema jurídico entero se somete al Código Político"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 (que es la rama que rige las relaciones entre el Estado y los ciudadanos), en cuanto, se postulaba, que los referidos derechos sólo podían esgrimirse enfrente del Estado, pasando a ser éstos el más importante límite de su accionar. Sin embargo, con el correr de los años, la teoría de los Derechos Humanos comienza a erigirse como inspiradora de toda creación (o de la decisión de no creación) e interpretación normativa en las diferentes ramas del Derecho; y se empieza a asentar la

legislador no es omnipotente en el sentido de que las leyes emanadas por él no son válidas por el sólo hecho de su entrada en vigor, o sea, por haber sido producidas en las formas establecidas en las normas sobre su producción, sino cuando, además, sean coherentes con los principios constitucionales. Y tampoco ya la política es omnipotente, al invertirse su relación con el derecho: también la política y la legislación, que es su producto, se subordinan al derecho. Así, ya no es posible concebir al derecho como un instrumento de la política, sino que es ésta la que debe ser asumida como instrumento para la actuación del derecho y precisamente de los principios y de los derechos fundamentales inscritos en ese proyecto, jurídico y político al mismo tiempo, que es la Constitución. Si en el plano de la teoría del derecho el cambio de paradigma se manifiesta en la disociación del vigor y validez de las leyes, en el de la teoría política lo hace en un cambio correlativo de la naturaleza misma de la democracia. Ésta no se resuelve simplemente en la dimensión política que le viene de la forma representativa y mayoritaria de la producción legislativa que condiciona la vigencia de las leyes, sino también de la dimensión sustancial impuesta a la misma por los principios constitucionales, que vinculan el contenido de las leyes, condicionando su validez sustancial a la garantía de los derechos fundamentales de todos". FERRAJOLI, Luigi, *Jurisdicción y Democracia*, en SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto (coordinador), *Garantismo y Derecho Penal* (Bogotá, Temis, 2006), p. 128.

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

idea de que dichos Derechos no sólo pueden ser esgrimidos en las relaciones Estado-individuo, sino que también en las relaciones entre particulares, en las relaciones de derecho privado ("efecto horizontal de los derechos fundamentales")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 constitucional de familia*. Así, los Derechos Humanos son cada vez más considerados en la creación (o en la decisión de no creación) e interpretación de su normativa, transformándose aquéllos en el principal orientador de este Derecho⁸.

Atendidas las ideas recién expuestas y los enormes cambios culturales

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, LEXIS NEXIS, 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

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 éste represente al pensamiento o deseo absoluto de las mayorías. Ante cualquier creencia o convicción -insistimos, aún predominante- existe un límite insoslayable: los contenidos esenciales de los derechos fundamentales, universales e inalienables, que propenden al desarrollo de construcciones que reflejan la pluralidad de una sociedad abierta". GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, FAMA, María Victoria y HERRERA, Marisa, *Derecho Constitucional de Familia*, (Buenos Aires, Ediar, 2006), p. 22. 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.

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, bio-ética, 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.

Ahora bien, ya que el Estado democrático de Derecho se sustenta en una serie de principios, necesariamente el derecho de familia debería corresponderse con ellos, a objeto de darles operatividad, de manera de evitar que, como suele ocurrir, sólo se declaren, sin que se apliquen o cumplan mayormente. De esta suerte, existe una gama de principios que definen teóricamente el tipo de Estado al cual vengo aludiendo, no obstante lo cual la teoría no siempre termina irradiando suficientemente cada una de las dinámicas o prácticas sociales y estatales. El señalado nivel teórico suele quedar plasmado en los textos constitucionales, así como en instrumentos internacionales, sobre todo de Derechos Humanos. Pero, una cosa es el nivel de la pura teoría y otro el de la práctica. Este segundo nivel, a su vez, supone dos subniveles: el de la realidad 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 constitu-

cionales completos o relativamente completos desde el punto de vista de tales principios, pero con realidades normativas infraconstitucionales y fácticas incoherentes con lo declarado en los textos constitucionales. Atendida esta incoherencia es que el trabajo de los operadores del Derecho (principalmente legisladores y jueces) debe tender más decididamente a hacer operativos tales principios. Ello, por cuanto la mayor perfección del tipo de Estado que vengo caracterizando depende, antes que todo, del tipo de normas jurídicas (leyes y resoluciones judiciales) con que se cuente. Un Estado que de democrático de Derecho sólo tiene su normativa constitucional —y no también sus leyes y resoluciones judiciales—, se encuentra más lejos que cerca de la plena realización de dicha forma estatal⁹.

II. Las “grandes” reformas al Derecho de familia chileno:

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,

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 (sólo algunos). Éste implica, desde luego, como suele señalarse, sometimiento del Estado al derecho, autosometimiento a su propio derecho, regulación y control equilibrado de los poderes y actuaciones todas del Estado y de sus gobernantes por medio de leyes, pero —lo cual es decisivo— exigiendo que éstas sean creadas según determinados procedimientos de indispensable, abierta y libre participación popular, con respeto para valores y derechos fundamentales concordes 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 (éstos 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 aquél”. DÍAZ, Elías, ob. cit., pp. 64s.

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, las reformas nacionales no han involucrado transformaciones radicales, como si lo han hecho las respectivas reformas en muchos ordenamientos jurídicos comparados.

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”¹⁰. 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”¹¹. 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 día existen muchas formas de vida que son catalogadas por la mayoría de los ciudadanos como constitutivas de una familia y

¹⁰ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, FAMA, María Victoria y HERRERA, Marisa. *Derecho Constitucional de Familia*, ob. cit., p. 56.

¹¹ 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.

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 reconstituida. 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, convivencia, respeto y afecto. Como los que se dan en los concubinatos, en la familia ensamblada y en las relaciones homosexuales estables"¹².

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

¹² 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 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 éstos); y el de la sexualidad (se pasa de la aceptación sólo 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 YAÑEZ, Gonzalo. "El Pacto de Convivencia: Una Alternativa al Pacto de Matrimonio", en VARAS BRAUN, Juan Andrés y TURNER SAEZLER, Susan (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Valdivia, 2005* (Santiago, Lexis Nexis, 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, Lexis Nexis, 2007), pp. 741-760.

familia, sino que de uno de *familias*¹³. 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, 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, según se argumentará.

Sin perjuicio de lo anterior, igualmente cabe destacar algunas reformas, sobre todo a los efectos de tomar conocimiento que ellas, si bien importantes, resultan insuficientes y no han significado, como he señalado, un cambio fundamental en el paradigma de familia protegido por el derecho chileno. La mayoría de tales reformas tendió a la igualdad 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 matrimonial.

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)¹⁴, aquellas otras

¹³ 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.

¹⁴ En materia de separación de bienes, cabe destacar las leyes Nos. 5.521, de 1934, que permitió pactar a los esposos separación total de bienes en las convenciones 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

que vinieron a limitar las facultades del hombre al interior de la sociedad conyugal¹⁵ y, por último, las que igualaron a mujeres y hombres al interior del matrimonio en lo relativo a sus relaciones personales y con los hijos¹⁶.

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 Nos. 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 otro¹⁷. Ambas legislaciones se basan en una serie de Derechos Humanos (por ejemplo, a la igualdad y a la identidad), 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° 19.947, sobre Matrimonio Civil, que termina con la característica de indisolubilidad

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, sólo un 2% de los matrimonios se ha acogido al régimen de participación en los gananciales. Ver www.srci.cl.

¹⁵ 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 adquirieran con el producto de su trabajo independiente de su cónyuge. Por su parte, las leyes N°10.271 (1952), N°18.802 (1989), N°19.335 (1994) y N°19.585 (1999) fueron estableciendo y ampliando las limitaciones de administración con que cuenta el marido, de manera que hoy, puede decirse que, en general, necesita de autorización de su cónyuge para proceder a celebrar los actos jurídicos más importantes.

¹⁶ 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 su representante) y con la llamada "potestad marital" (que involucraba que la mujer sólo podía trabajar con el consentimiento de su cónyuge y trasladarse donde éste mudara su residencia).

¹⁷ Otras leyes que mejoraron la situación de los hijos no matrimoniales fueron las leyes N°5.750, de 1935, y N°10.271, de 1952. Por su parte, las anteriores leyes de adopción eran las N°7.613 y N°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).

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 o lucrativa durante el matrimonio, o haberlo hecho en menor medida de lo que quería y podía (artículo 61 de la ley N° 19.947)¹⁸.

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)¹⁹. Ello,

¹⁸ 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.

¹⁹ 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 del 2004: "La impresión que queda es que a cambio de regular el divorcio, se trató de reforzar el matrimonio elevándolo a una categoría que la Constitución no le da: ni más ni menos que ser la base principal del núcleo fundamental de la sociedad. Sin poder distinguir aquí una ganancia normativa —los enunciados de este tipo en una ley no tienen el valor de la consagración del respectivo

sin perjuicio de 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, en cuanto los hijos nacidos de éstas 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° 19.968, sobre Tribunales de Familia, y N° 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, aún cuando precariamente, otorgan derechos a los miembros de una unión de hecho (por ejemplo, el artículo 5°, inciso 1° del Decreto Ley N° 3500, de 1981, que concede "pensión de supervivencia" a la "madre de los hijos naturales del causante")²⁰. Además,

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 reductor del deber de protección a la familia consagrado en el artículo 1° inciso 5° de la Constitución Política de la República. Aunque sólo 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.

²⁰ 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*, Lexis Nexis, Santiago, 2007. Por su parte, en materia de convivencias entre personas del mismo sexo, cabe destacar un fallo del año 2007, que reconoce la calidad de familia a una unión entre personas del mismo sexo. Se trata de un caso de violencia intrafamiliar entre convivientes gay, en relación con el cual la jueza de primera instancia del Juzgado de Garantías de Combarbalá sentenció que había existido la referida violencia y reconoció la calidad de familia a la señalada unión. El 8 de enero de 2007 la Corte de Apelaciones de La Serena ratificó el fallo de primera instancia, sentenciando que "el concepto de conviviente incluye en forma extensiva a aquel unido a otro en una relación de convivencia homosexual, a quien se considera además como integrante del grupo familiar". Este fallo puede consultarse en www.movilh.cl.

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"²¹.

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 sólo los bienes sociales, sino que también los propios de la mujer²². Además, la ley (artículo 244 del Código Civil) le atribuye la patria potestad (administra-

²¹ 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 Provincia 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, Lexis Nexis, 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, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pp. 75 ss.; y GRANET, Frédérique, "El régimen patrimonial del pacto de solidaridad", en *Revista de Derecho de Familia*, N° 37, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pp. 147 ss.

²² 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).

ción 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, 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)²³.

Por otro lado, cabe señalar que en Chile aún no hay regulación orgánica de las técnicas de reproducción humana asistida²⁴ ni de los derechos sexuales y reproductivos, así como tampoco, consecuentemente, del aborto, en ninguna de sus formas (terapéutico, eugenésico, en caso de malformaciones del feto, ético, en caso de violación, por motivos económico-sociales y "libre")²⁵.

²³ 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).

²⁴ La única norma legal referida a las técnicas de reproducción humana asistida es el artículo 182 del Código Civil, disposición que si bien resulta útil para solucionar algunos problemas, no lo resulta para muchos otros. Incluso, este artículo presenta un importante cuestionamiento desde el punto de vista de los derechos humanos, toda vez que impide al concebido en virtud de una de las referidas técnicas saber quien es su progenitor biológico cuando ha participado un tercero, por ejemplo, donando espermatozoides. Esta solución representaría una vulneración al derecho a la identidad. En relación con esta temática, ver GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *El Sistema Filiativo Chileno*, ob. cit., pp. 109-130.

²⁵ 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, en lo relativo a la ausencia de protección de los transexuales, respecto de los cuales no se consagra el derecho a cambiar su nombre; 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; por mencionar sólo algunas falencias. También cabe recordar en este sentido que 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"?

III. Principios rectores del Estado democrático de Derecho y su aplicación al Derecho de familia nacional:

1. *Consideraciones generales:* Al tenor de lo señalado en la primera parte de este trabajo se hace necesario determinar cuáles son los principios rectores del Estado democrático de Derecho en orden a que el derecho de familia se acomode a ellos. Para efectos de este ensayo los principios a considerar serán, fundamentalmente, los siguientes: respeto de la diversidad (o derecho a la diferencia), igualdad y no discriminación arbitraria, Derecho a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad. Esta gama de principios configura lo que podríamos llamar la "doctrina jurídica base de un Estado democrático de Derecho": "el pluralismo jurídico"²⁶.

Asumir que la doctrina jurídica fundante del Estado democrático de Derecho es el pluralismo jurídico implica que la ética inspiradora de este tipo de Estado, necesariamente, ha de ser una de índole plural y no una universalista-sustancialista o una relativista. Así, un Estado como el descrito debe responder en todas sus dinámicas a una ética pluralista, lo que implica respetar, proteger y promover la diversidad de formas de vida que quieran vivir sus ciudadanos, así como sus Derechos Humanos, pero con una importante limitación: los Derechos Humanos de las demás personas. Por tanto, no puede ser sólo una forma de vida la respetada, protegida y promovida (como postulan las llamadas "éticas universalistas-sustancialistas

²⁶ "El pluralismo sostiene que, en principio, todos quienes comparten la naturaleza humana deben vivir de maneras que contribuyan a su progreso moral, esto es, al perfeccionamiento de las costumbres propias y al refinamiento de las ajenas, que promueva el encuentro respetuoso en la diversidad legítima de todos los seres humanos por igual. Esto supone mejorar indefinidamente tanto el entendimiento del concepto de naturaleza humana que cada forma de vida tiene como su conocimiento de la propia identidad./ Dicha identidad, de acuerdo con el pluralismo, sólo se vuelve posible por la existencia de una diversidad de identidades humanas o formas de vida, todas las cuales expresan la misma naturaleza humana, la única que hay. Sólo el refinamiento de la sensibilidad valorativa permite reconocer, detrás de una identidad humana distinta de la propia, la naturaleza humana que con ella se comparte. El pluralismo requiere respetar no sólo aquellas costumbres que, en virtud, de la identidad propia, se *viven* como valores, sino también *tratar* como valores aquellas costumbres legítimas que otros, en virtud de una identidad tan legítima como la propia, *viven* como valores". ORELLANA BENADO, Miguel, *Pluralismo: Una Ética del siglo XXI* (Santiago, Editorial Universidad de Santiago, 1994), pp. 61 s.

tas”); pero tampoco todas las imaginables. El Derecho de familia de un Estado pluralista, democrático, debe obrar en consecuencia²⁷.

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

Ahora bien, muchos autores opinan que las reformas al Derecho de familia deben concretarse sólo en la medida que haya un amplio consenso social en torno a la respectiva reforma. Vuelve a surgir así la persistente pregunta respecto a cuál es la función del Derecho: si sólo seguir de cerca los cambios de mentalidad social o ser un impulsor de los mismos²⁸. Se trata de una disyuntiva de muy difícil solución, sobre todo porque el derecho muchas veces se comporta de ambas maneras. En relación con la cuestión del consenso social, a modo de ejemplo, cabe señalar que respecto de las convivencias afectivo-sexuales gay algunas posturas reconocen no ser contrarias a que un individuo haga vida de pareja con otro de su mismo sexo, pero afirman que

²⁷ “Genético-estructuralmente, el orden moral legado por la Ilustración ha quedado incorporado a nuestros esquemas cognitivos, de modo que sabemos moralmente a través de ellos. Trascendentalmente, en alguna versión determinada, tiene su sede en la razón. Porque las sociedades aprenden no sólo a nivel científico, técnico o artístico, sino también a nivel moral: el reconocimiento de la autonomía personal, la dignidad que, en consecuencia, a todo hombre compete, los derechos humanos, el derecho imparcial, la forma de vida democrática se han incorporado a nuestro saber moral en un proceso que resulta ya irreversible, de modo que renunciar a todo ello significa ya renunciar a nuestra propia humanidad”. CORTINA, Adela, *Ética sin Moral* (Madrid, Tecnos, 1990), p. 23.

²⁸ Respecto a las relaciones entre derecho y cambio social el lector puede consultar SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *Introducción al Derecho* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000), pp. 509ss.

una sociedad no preparada culturalmente para un reconocimiento legislativo de tales parejas puede legítimamente imponer su visión al respecto, por lo menos en lo que atañe a la posibilidad de que dichas relaciones accedan a la paternidad o maternidad conjunta. Otro ejemplo palmario en este sentido se relaciona con el régimen de bienes del matrimonio, temática respecto de la cual son bastantes los autores que opinan que la derogación o radical modificación de la sociedad conyugal implicaría un cambio cultural de envergadura para el cual todavía no estamos preparados, sobre todo considerando que el referido régimen “beneficia a las mujeres”, principalmente porque la enorme mayoría de ellas no trabaja remuneradamente fuera del hogar. Enfrente de este tipo de ideas, me parece conveniente señalar que, nuevamente, 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 social, debe ser amparada jurídicamente o no, el punto de partida no puede ser el grado de “preparación” de la respectiva sociedad, sino que la salvaguarda de los principios inspiradores de tal forma estatal. En el fondo, se trata de una cuestión de promoción y defensa de los Derechos Humanos, cuya puesta en práctica no puede ser supeditada a la maduración de las condiciones sociales, maduración que, por lo demás, nadie podrá saber nunca —con certeza— cuándo efectivamente se ha producido²⁹.

²⁹ Así, por ejemplo, en relación con las uniones entre personas del mismo sexo cabe constatar que la opinión ciudadana ha variado enormemente en los últimos años, tanto en relación con la homosexualidad en sí misma, como en lo relativo a la protección de aquellas uniones. Sin embargo, se mantiene la reticencia ciudadana frente del matrimonio gay y de la posibilidad de que estas parejas puedan acceder a la paternidad o maternidad conjunta. Merece destacarse, en este sentido, la encuesta realizada por la Fundación Chile 21 (año 2004), que arrojó los siguientes resultados: el 88% de los entrevistados señala que el debate público sobre la homosexualidad es mayor en la actualidad que el que existía hace diez años. Por su parte, el 68% declara que hoy hay una mayor aceptación de la homosexualidad. A su vez, un 57% admite conocer a una persona gay. En cuanto a la condición moral de la homosexualidad, sólo un 12% afirma que es una desviación moral que no debe tolerarse por la sociedad, un 30% sostiene que homosexuales y lesbianas son personas desviadas que necesitan atención psicológica y un 58% declara que la homosexualidad es una opción sexual tan legítima como cualquiera otra. A pesar de estar mayoría en torno a la aceptación, el 94% sostiene que aún subsiste la discriminación, pero el 84% sostiene que tal discriminación es injustificada. En relación con la dictación de una ley de unión civil para las parejas gay, 64% se manifiesta de acuerdo o muy de acuerdo. Sin embargo, la mayoría se opone a legislar acerca del matrimonio gay (66%). Como se ve, existen en Chile altísimos niveles de aceptación de la homosexualidad y de la posibilidad de legislar a favor de las uniones entre personas del mismo sexo. Enfrente de estas cifras surge una ineludible interrogante: ¿se encuentra o no preparada nuestra sociedad para dar este paso?. Ver www.chile21.cl.

A mi modo de ver, las posturas que avalan la realización sólo de aquellas reformas para las cuales se encontraría “preparada” la sociedad chilena, en cuanto sólo algunas de ellas se acomodan a la “moral imperante” o a la “tradicción”, constituyen un atentado al pluralismo, ya que representan un peculiar tipo de dogmatismo (encubierto): el “revelado” por la evidencia de los hechos o por las opiniones de la mayoría. Este tipo de tibias posiciones éticas (dogmáticas) constituye lo que Cortina denomina “facticismo social”. “...Los ‘facticistas sociales’ tienen por exigible, e incluso por posible, únicamente lo que los grupos existentes ya están dispuestos a admitir. Este ‘posibilismo’ de la vida política, tomado como norma, degenera en el dogmatismo de quienes se inmunizan frente a cualquier crítica, tachándola de utópica y, por tanto, de inmoral”³⁰.

2. *El concepto jurídico de familia en un Estado democrático de Derecho:* Una cosa es el camino adoptado por el legislador nacional, por acción o por omisión, y otra es el que debería adoptar en un Estado democrático de Derecho como el nuestro que, como tal, se funda en el pluralismo. Sin embargo —como ya señalé—, parece claro que el legislador nacional opta por dar protección preferentemente (o más bien, exclusivamente) a la familia matrimonial heterosexual y patriarcal. Como se ve, se trata de una de las más grandes incoherencias de nuestro ordenamiento jurídico. Las normas del derecho de familia deberían crearse e interpretarse en el sentido que todas las familias (matrimoniales y no matrimoniales; hetero y homosexuales; con o son hijos) deben ser protegidas por igual; así como, en el de que mujeres y hombres deben contar con un tratamiento idéntico. El punto es que ello, como se señaló, no es así al interior de la legislación nacional, por lo que, en último término, la postura que sustento se traduce en una mera *propuesta* de igualación. Como sea, lo central es, a los efectos de la eventual dictación de una normativa protectora en los referidos términos, determinar cuál es el concepto de familia para la Constitución Política de un Estado democrático de Derecho. Del análisis de este punto deben fluir las conclusiones respecto a cuál será el concepto de familia del que se parta en el trabajo de los operadores del Derecho (legisladores y jueces) a la hora de construir sus argumentaciones y soluciones.

En relación con lo antes expuesto, existen dos posturas: la primera

³⁰ CORTINA, Adela, ob. cit., p. 38.

(que no niega necesariamente la calidad de familia a las uniones afectivo-sexuales) señala que la familia a la que se refiere la Constitución (y que, por tanto, debe ser mayormente protegida) es la familia matrimonial³¹; la segunda postura sostiene que ambos tipos de familia deben ser protegidos por igual. Quiénes abogan por la equiparación entre matrimonios y uniones afectivo-sexuales³², suelen proponer la dictación de un estatuto igualitario para ambas figuras. Sin embargo, la mayoría sólo propugna la igualación respecto de parejas entre personas de distinto sexo³³. Muy pocos son los que postulan la dictación de una normativa de Derecho de Familia igualitaria para uniones entre personas del mismo sexo³⁴, sin perjuicio de lo cual son cada vez más los que están por la dictación de una normativa que sólo solucione los problemas de índole patrimonial a estas parejas³⁵.

³¹ La postura que plantea que la familia más digna de protección es la matrimonial esgrime —en general— los siguientes argumentos: que se trata de la única familia que surge de un acto jurídico (el matrimonio), que es la familia tradicionalmente protegida y que en las actas de la Constitución de 1980 aparece esta idea (sesión 191 de la Comisión de Estudios para una Nueva Constitución). A estos argumentos, como he sostenido, cabría agregaría otro: que el artículo 1º, inciso primero, de la Ley de Matrimonio Civil, N° 19.947, señala que “*el matrimonio es la base principal de la familia*”, lo que, según argumenté, significa que la familia más importante para nuestro ordenamiento sería la matrimonial, solución con la que evidentemente no concuerdo. Una síntesis de estos argumentos se encuentra en RAMOS PAZOS, René, *Derecho de Familia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), pp. 12-14.

³² En relación con la temática relativa a las uniones de hecho la literatura es abundante. Recomendamos al lector las siguientes obras: AZPIRI, Jorge, *Uniones de Hecho* (Buenos Aires, Hammurabi, 2006); BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *De las Uniones de Hecho. Legislación, Doctrina y Jurisprudencia* (Santiago, 2008); BARRIENTOS GRANDÓN, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu, *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno*, Lexis Nexis, Santiago, 2004, pp. 44 ss; FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, “El Pacto de Convivencia: Una Alternativa al Pacto de Matrimonio”, ob. cit., pp. 423 ss; MARTINIC GALETOVIC, María Dora, “Algunas Reflexiones en torno a las Uniones de Hecho en Chile, en el Derecho Comparado y particularmente en el MERCOSUR”, en GROSMAN, Cecilia (Directora) y HERRERA Marisa (Coordinadora), *Hacia una Armonización del Derecho de Familia en el MERCOSUR y Países Asociados* (Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007), pp. 57 ss; y RAMOS PAZOS, René, *Derecho de Familia*, T. II, ob. cit., 2005, pp. 620 ss.

³³ En relación con la igualación entre familia matrimonial y unión de hecho, puede consultarse FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, *Pareja y Familia* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995), principalmente, pp. 65 ss.

³⁴ Ver en este sentido HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel, *Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo en el Estado Democrático de Derecho* (inédito). Ponencia presentada en las V Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad Católica de Valparaíso, junio de 2007. Para publicar, Editorial Lexis Nexis.

³⁵ Pienso que el debate relativo a si las parejas entre personas del mismo sexo deben contar con una protección, pasa, en el fondo, por determinar si tales realidades pueden ser concebidas como familia. En este sentido, creo que tras la gran mayoría de las posturas que pretenden proteger (regular) en la medida que sea a las parejas de este tipo, se encuentra presente la idea

Las posturas que tradicionalmente se oponen a la protección de formas de vida familiar diversas de la matrimonial heterosexual (y patriarcal), suelen partir de posiciones éticas del tipo "universalista-sustancialista", tipo que, a mi modo de ver, se opone radicalmente a los principios rectores de un Estado democrático de Derecho, por cuanto se trata de una vertiente teórica que siempre, indefectiblemente, pretende imponer su particular punto de vista ético a todos los ciudadanos³⁶, con lo que se atenta contra la diversidad, la igualdad y la libertad. Es innegable que, aún cuando este tipo de posiciones haga denodados esfuerzos por sustentar sus postulados, siempre termina discriminando a formas de vida legítimas, en cuanto se trata de opciones ciudadanas que no atentan contra las bases de la democracia, razón por la cual deben ser tratadas de igual manera que otras realidades que en lo sustantivo son iguales, en aplicación de los mencionados Derechos y, en último término, del pluralismo jurídico.

Pienso que sólo una ética de índole pluralista es eficiente a los efectos de analizar seriamente este tipo de temáticas, toda vez que sólo ideas de esta matriz teórica construyen sus análisis a partir de los principios antes mencionados y, específicamente, a la luz del pluralismo. Aplicando cada uno de dichos principios, puede concluirse que existen argumentos irrefutables en orden la protección igualitaria de los distintos tipos de familia (matrimonial y no matrimonial, hetero y homosexual, con o sin hijos), así como de mujeres y hombres en idénticos términos.

Por las razones latamente expuestas a lo largo de este trabajo (principios del Estado democrático de Derecho), pienso que la familia no matrimonial es tan familia como una unión de hecho, tanto entre personas de distinto sexo como entre personas del mismo sexo, razón por la cual todas las uniones afectivo-sexuales estables, esté o no su vínculo solemnizado ante

consistente en que tales parejas configuran formas de vida familiares. Y ello es así, aún cuando se trate de posturas protectoras que no obstante soslayan el reconocimiento de la calidad de familia a tales parejas (en cuanto se las considera sólo para efectos patrimoniales), ya que la mayoría de ellas les termina concediendo prerrogativas propias del Derecho de Familia (derechos de alimentos, sucesorios, previsionales y los propios de los regímenes de bienes).

³⁶ Ver, por ejemplo, en relación con las uniones entre personas del mismo sexo, CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, *Las Uniones entre Personas Homosexuales. Consideraciones acerca de los proyectos de reconocimientos legal* (Santiago, San Pablo, 2003), principalmente, pp. 4 y 10.

el derecho, deben ser protegidas en igualdad de condiciones³⁷. A su vez —esto es obvio— mujeres y hombres deben recibir un tratamiento idéntico, sin perjuicio de las eventuales normas de discriminación positiva que se dictaran, precisamente, a los efectos de reestablecer la vigencia del principio en cuestión, atendidas las históricas discriminaciones de género³⁸.

³⁷ Hay quienes señalan que si bien sería legítimo el establecimiento de un estatuto a favor de las uniones afectivo-sexuales entre personas de distinto sexo (incluso igual al del matrimonio), atendido que éstas 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 sólo 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 sólo 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, por lo menos en los ordenamientos a la luz de los cuales se vierten estas opiniones. Respecto de este argumento un autor formula la siguiente réplica: "... no se entiende la razón por la cual una simple posibilidad de futuro, que posee cualquier persona hábil —el derecho a casarse—, que ni se pierde ni se condiciona por vivir en unión de hecho, que en absoluto afecta a la realidad intrínseca de la convivencia de hecho y cuyo ejercicio sólo depende de la voluntad de quien lo posee al margen de la relación afectiva que mantenga, deba determinar jurídicamente que los efectos que se concedan a la convivencia *more uxorio* establecida por personas del mismo sexo sean menores a los que se concedan a la establecida por personas de distinto sexo. Así pues, estimo que la posibilidad de acceso al matrimonio, en cuanto que no es en absoluto relevante para determinar si la unión entre dos personas (del mismo o de distinto sexo) es o no una convivencia *more uxorio*, tampoco debería tener relevancia alguna para determinar el estatuto jurídico de dicha convivencia, sean cuales fueren sus componentes... Concluyendo, la posibilidad de acceso al matrimonio no supone un imperativo jurídico que imponga un tratamiento normativo diferente para la unión homosexual ... el matrimonio es un derecho fundamental del hombre y la mujer, que cada uno puede ejercitar según las condiciones legales previstas en el Código Civil. Esto significa que es una posibilidad que pueden ejercitar un hombre y una mujer, en cuanto que personas individuales, no en cuanto que miembros de una pareja de hecho. No es la pareja de hecho la que tiene o no tiene posibilidad de acceso al matrimonio, sino los componentes que la forman; posibilidad que siguen teniendo sea cual fuere el sexo de la persona con la que conviven. Por tanto, tener o no una relación de hecho resulta tan irrelevante para la posibilidad de contraer matrimonio, como formar parte de una sociedad gastronómica, o ser socio de un club de fútbol ... / Así pues, en mi opinión, carece de base este ... argumento, utilizado para justificar la discriminación normativa de las uniones homosexuales sobre las heterosexuales, en detrimento de la creación de un estatuto jurídico común para las uniones maritales no matrimoniales. En última instancia, si de algo puede servir el criterio de la posibilidad de acceso al matrimonio, es justamente para el fin contrario al que se pretende; es decir, para favorecer en todo caso a la unión homosexual sobre la heterosexual". TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro. *Fundamentos para el Reconocimiento Jurídico de las Uniones Homosexuales. Propuestas de Regulación en España*, ob. cit., pp. 58-59.

³⁸ En síntesis, y como señala Lasarte, "... la idea de familia es tributaria en cada momento histórico de una serie de condicionamientos sociales y se resiste a ser encajonada en una noción concreta que no se plantee con grandes dosis de generalización e imprecisión. Por ello, no existe

3. *Derecho de Familia y respeto a la diversidad*: No cabe duda que el principio más digno de protección en las sociedades democráticas es el de respeto y promoción de la diversidad de formas de vida, en cuanto estas no atenten contra los Derechos Humanos. Según lo que se ha venido sosteniendo, el Estado chileno se encuentra en deuda con miles de ciudadanos desde este punto de vista, en cuanto no da amparo a las formas de vida familiares en que viven muchos de ellos, las cuales no son consideradas merecedoras de protección por encontrarse “al margen de la tradición” o ser “atentatorias de la moral social imperante”.

Como dice un autor, “en las sociedades modernas secularizadas, la tolerancia es importante ... Aún cuando la exigencia de este aspecto no sea explícitamente mencionada en la Constitución (en ella sólo se fija la igualdad ...), una democracia pluralista no puede subsistir ni vivir en libertad, sin tolerancia entre la mayoría y las minorías”³⁹. Así, a pesar que en democracia las decisiones las toma la mayoría, ésta no puede pasar por alto *todos* los intereses de las minorías. La mayoría, necesariamente, debe asumir que puede equivocarse, por lo que debe respetar (y hasta promover) formas de vida que no calcen con sus propias concepciones de mundo y, en todo caso, las opiniones de todos los ciudadanos. Del otro lado, la minoría también debe aceptar las decisiones de la mayoría, pero sólo a condición de que tales decisiones respeten los principios democráticos. Una democracia del pluralismo, entonces, supone aceptar (e incluso promover) la diversidad de formas de vida, siempre que éstas no operen el deterioro de aquélla. Y hacer esto (aceptar y promover la diversidad), implica, a la vez, tornar operativos los principios de igualdad, intimidad y libre desarrollo de la personalidad, entre otros, atendido el hecho que los Derechos Humanos conviven en una radical imbricación, lo que significa que, muchas veces, la violación de uno o algunos genera, a la vez, la vulneración de otros. No hay pluralismo posible sin respeto a estos princi-

precepto alguno en la Constitución ni en la legislación ordinaria en que, de forma precisa, se establezca con carácter general qué es una familia o cómo deben ser las familias. Tan familia es el grupo compuesto por los padres y doce hijos, cuanto una viuda y un hijo, o una madre separada que ostenta el ejercicio de la patria potestad sobre sus dos niñas pequeñas, etc., aunque a efectos de una norma jurídica concreta (de impuesto sobre la renta de las personas físicas o de declaración de familia numerosa) se establezcan condiciones y requisitos absolutamente precisos y concretos”. LASARTE, Carlos, *Principios de Derecho Civil VI. Derecho de Familia* (Madrid, Marcial-Pons, 2002), p. 6.

³⁹ FETSCHER, Iring, *La Tolerancia. Una Pequeña Virtud imprescindible para la Democracia* (Barcelona, Gedisa, 1999), p. 137.

pios. Este aserto implica que no se debe aceptar y promover sólo una forma de vida (según postulan las éticas universalistas-sustancialistas), pero tampoco todas las existentes (según postulan los relativistas). El pluralismo fundante de un Estado democrático de Derecho supone la aceptación y promoción de cualquier forma de vida, a condición de que no constituya un atentado contra los mismos principios que le sirven de base a aquella forma estatal. Entonces, la tolerancia “no debe confundirse con una acrítica aceptación. Existen límites para la tolerancia legítima. Esos límites por un lado, están allí donde los individuos o grupos pretenden imponerse por la violencia al resto de la sociedad y oprimirla. Pero también están allí donde la “violencia estructural” se oculta por tabúes y se impide su superación”⁴⁰. Por lo tanto, el pluralismo se opone al universalismo-sustancialista, en cuanto valora la diferencia; y al relativismo, en cuanto no acepta cualquier forma de vida. Al pluralismo le repugnan las formas de vida que hacen de la violencia su norte o atentan contra los Derechos Humanos. Las demás deben ser aceptadas. La violencia, en sus más diversas formas, es lo único que no debe aceptarse, porque es el mecanismo más idóneo para socavar las bases de una democracia. Es obvio, en todo caso, que la más peligrosa de las violencias no es la inmediata agresión física o psicológica que día a día tiene lugar entre los seres humanos, sino que aquella otra más sutil y abstracta, constituida por la violencia estructural o institucional. Es este tipo de violencia, menos percibida y cuestionada, la que genera los otros tipos de violencia y se reproduce a sí misma. Es este tipo de violencia —más bien ideológica— la raíz de toda intolerancia. Por esto es que la tolerancia no sólo supone la no aceptación de la violencia explícita, sino que también la no aceptación de toda forma de violencia ideológica, una de cuyas principales manifestaciones, qué duda cabe, es la discriminación de grupos o personas no basada en la argumentación racional, sino que en meros prejuicios o argumentos de autoridad. Así, en una democracia, toda diferenciación no basada en argumentos racionales debe ser descartada.

Entonces, “la tolerancia no exige soportar situaciones indignas del hombre y un dominio inhumano y despectivo. La crítica a esas situaciones es perfectamente compatible con ella. Sin esa crítica, la tolerancia se convierte en imperdonable indiferencia respecto al destino del prójimo... Sólo

⁴⁰ FETSCHER, Iring, *La Tolerancia. Una pequeña virtud imprescindible para la democracia*, ob. cit., p. 150 s.

cabe esperar que el amor a la humanidad y a la realización definitiva de las ideas de los Derechos Humanos algún día acaben por triunfar sobre las tradiciones fanáticas⁴¹. Como se ve, la tolerancia no consiste sólo en ser indiferentes frente a la diferencia, sino que en mucho más que eso. “Bien entendida, la tolerancia no significa indiferencia hacia los demás, sino el reconocimiento de sus diferencias y de su derecho a ser diferentes. Ambas cosas están —o deberían estar— relacionadas con la simpatía y el interés⁴².”

Según las ideas antes vertidas, la aceptación de la diversidad no supone meramente una tolerancia que podríamos llamar “pasiva”. Es decir, la aceptación de la diversidad propia de una sociedad (y de un estado) pluralista no consiste meramente en declarar que uno está por dejar que los otros hagan lo que les plazca, con tal que no nos molesten, o en meramente declarar que uno soporta a los demás. Por el contrario, la aceptación de la diversidad supone una tolerancia “activa”, esto es, una actitud de aproximación al otro, lo que un autor llama “consideración”. “La tolerancia exige el dejar hacer al otro en su “alteridad”. Exige el retiro o, por lo menos, la limitación de las propias exigencias y de los propios intereses. Es lo que comúnmente se designa como “consideración⁴³.”

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

⁴¹ FETSCHER, Iring, *La Tolerancia. Una pequeña virtud imprescindible para la democracia*, ob. cit., p. 152.

⁴² FETSCHER, Iring, *La Tolerancia. Una pequeña virtud imprescindible para la democracia*, ob. cit., pp. 143 s.

⁴³ FETSCHER, Iring, *La Tolerancia. Una pequeña virtud imprescindible para la democracia*, ob. cit., pp. 151 s.

irracional de todo aquel que sea diferente. Se trata de una forma insana de afirmar nuestro ego.

A la luz del principio que se ha venido comentando, me parece incontrovertible que, por ejemplo, el Estado chileno debería otorgar una protección igualitaria a todas las familias (matrimoniales y no matrimoniales, hetero y homosexuales, con o sin hijos), en la medida que los distintos tipos de ellas no atentan contra los principios del Estado democrático de Derecho, sino que, por el contrario, son una prueba palmaria de su diversidad fundante, la cual todos debemos aceptar y promover. Como señalan Fries y Matus, “La preferencia por la convivencia en la diversidad como finalidad del Derecho, permite mirar todos los espacios en que ésta se desarrolla y a quienes la crean y recrean. Desde esta preferencia al Derecho no le cabe valorar ciertos ámbitos de convivencia por sobre otros, y otorgar legitimidades a unos en desmedro de otros, más bien le 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. La aceptación del otro legítimo en su diferencia posibilita una convivencia entre todos los seres humanos hombres y seres humanos mujeres⁴⁴.”

En base a este mismo principio, por último, es que también, por ejemplo, deberíamos contar con una ley referente a técnicas de reproducción humana asistida, derechos sexuales y derechos reproductivos, que diera cuenta de la pluralidad de visiones existentes en nuestra sociedad respecto de este tema. Por último, también en base al señalado principio, es que debería existir una legislación especial (como en España, por ejemplo) que otorgara a los transexuales el derecho a someterse a una cirugía de reasignación sexual, así como el derecho a mudar su nombre de acuerdo a su cambio de sexo físico.

4. *Principios de igualdad y de no discriminación arbitraria*⁴⁵: Es claro

⁴⁴ FRIES MONLEÓN, Lorena y MATUS MADRID, Verónica, *El Derecho. Trama y Conjura Patriarcal* (Santiago, Lom, 1999), p. 70ss.

⁴⁵ Estos principios están consagrados en los artículos 1º y 19 Nº 2 de la Constitución y en los siguientes tratados internacionales: 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 Fundamen-

que la plena igualdad entre los seres humanos no existe. En efecto, todos somos diferentes (desiguales) en múltiples sentidos (racial, biológico, social, económico, etcétera.). En razón de esta idea es que el principio de igualdad constituye una ficción, pero una ficción indispensable para el funcionamiento de las democracias, las cuales han hecho de la operatividad de este principio, el parámetro más notable de realización de la justicia. Así —se dice—, mientras más igualitaria es una sociedad, más justa es. En todo caso, esta ficción no importa un tratamiento igualitario de todas las personas, sino sólo de los “iguales”. A su vez, supone un tratamiento diferenciado de los “desiguales” en relación con los beneficios otorgados o las cargas impuestas a los “iguales”. 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 el mismo derecho considera relevantes y que concurren en relación con dichos individuos, ante lo cual obra en consecuencia otorgándoles un tratamiento igualitario. Así, la igualdad, en términos jurídicos, implica la igualación de un determinado grupo humano (a veces muy amplio) en relación sólo con determinados aspectos (a veces muy generales) y no una igualación absoluta.

Eso sí, la igualdad ha de ser concebida 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 sólo otorgar beneficios o imponer cargas a un determinado grupo sin más, de manera de contentarse con cumplir con una igualdad normativo-formal⁴⁶.

tales (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). Además, actualmente se encuentra en tramitación un proyecto de ley que “Establece Medidas contra la Discriminación” (Boletín 3815-07), que incluye como factores prohibidos de diferenciación, entre otros, el género y la orientación sexual.

⁴⁶ “Se llega a una vinculación concreta del legislador sólo si la formula “hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual” no es interpretada como exigencia dirigida a la forma lógica de las normas, sino como exigencia de su contenido, es decir, no en el sentido de un mandato de igualdad *formal* sino *material*”. ALEXI, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001), p. 386. De este modo, por ejemplo, en relación con el tratamiento diferenciado que algún ordenamiento le otorgue a los matrimonios frente de las uniones de hecho o a estas últimas cuando están formadas por heterosexuales, frente de las convivencias afectivo-sexuales entre personas del mismo sexo, cabría preguntarse

Hasta ahora se ha venido haciendo alusión al principio de igualdad en general, pero para los efectos que aquí resultan relevantes, es pertinente hacer una imprescindible distinción. La igualdad se compone de dos facetas. La primera supone que todas las personas son iguales ante la ley, es decir, que ante el conjunto de normas jurídicas han de ser tratadas igualitariamente. Y para hacer operativa esta primera faceta resulta indispensable conseguir que el Estado esté impedido de establecer diferenciaciones arbitrarias (discriminaciones) en las normas que cree o en las que deje de crear, así como en las resoluciones de los tribunales. Así por ejemplo, nada se consigue con otorgar un tratamiento igualitario a todos los hombres en el régimen de sociedad conyugal, sin que antes se justifique por qué dicho tratamiento se dispensa sólo a los hombres y no también a las mujeres. Por su parte, nada se justifica tampoco con el establecimiento de un estatuto de familia igualitario para heterosexuales, sin que se explique por qué no se incluye también dentro de él a homosexuales y lesbianas. Y en el pasado, nada se explicaba tampoco con el tratamiento igualitario a hijos matrimoniales y diferenciado para los no matrimoniales. Únicamente la invocación de razones valederas puede justificar un tratamiento diferenciado. De no haberlas, la referida diferenciación sería arbitraria. De este modo, la plena operatividad del principio de igualdad supone no discriminar, esto es, no hacer diferenciaciones arbitrarias.

En cuanto a la definición de discriminación merece ser citada, atendida la importancia del organismo que la formuló, la del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el cual consideró “que el término discriminación debe entenderse referido a 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”⁴⁷. A su

si entre ellas existe una diferencia material relevante que justifique tal tratamiento diferenciado, más allá de la meramente formal consistente en que en un caso existe una solemnización ante el derecho y en el otro no, o en que en una pareja existe diferencia de sexo entre sus miembros y en la otra no.

⁴⁷ Observación General N° 18: No Discriminación, 11 de septiembre de 1989, párrafo 7. En realidad, las diferenciaciones arbitrarias prohibidas son las llamadas “discriminaciones negati-

vez, "... el Comité observa 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"⁴⁸ ("de Derechos Civiles y Políticos"). En este sentido, puede señalarse que una diferenciación es legítima (no arbitraria) si cumple con los siguientes requerimientos: que aplique en forma objetiva; que responda a una justificación razonable; que se exista proporcionalidad entre la diferenciación y la finalidad perseguida; y que se busque una finalidad legítima en virtud del Derecho de los Derechos Humanos⁴⁹.

En relación con diferentes formas de familia escogidas por los ciudadanos para vivir y con las diferenciaciones entre mujeres y hombres, cabe preguntarse si las respectivas distinciones cumplen o no con los requisitos recién mencionados. Para esto, como se ha adelantado, debe verificarse si el o los criterios de diferenciación cumple(n) o no con la objetividad, la razonabilidad, la proporcionalidad y la legitimidad indispensables para estimar que no nos encontramos ante una discriminación. En lo que sigue me abocaré a comentar sólo los requisitos de objetividad y de razonabilidad, en cuanto, me parece que los de proporcionalidad y legitimidad se subsumen en el de objetividad, ya que una diferenciación será proporcional y legítima sólo si es objetiva, entendiendo que será esto último si mejor protege los Derechos Humanos de las personas.

En primer lugar, la diferenciación será objetiva si cumple con dos condiciones: primero, que no haya sido construida sobre la base de criterios sujetos a interpretación y, segundo, que el respectivo tratamiento se aplique por igual a todas las personas que se encuentran comprendidas en las circunstancias construidas a partir de los respectivos criterios tenidos por relevantes. Así por ejemplo, la diferenciación que distingue entre casados y no casados resulta ser objetiva, primero, por cuanto no se basa en un criterio interpretable (es absolutamente cierto si alguien está oficialmente casado) y, segundo, en cuanto la respectiva norma se aplique por igual a todos los que se encuentren casados.

Por su parte, que la diferenciación se base en una justificación razona-

vas", ya que muchos propician la "discriminación positiva en favor de grupos históricamente postergados.

⁴⁸ Observación General N° 18: No Discriminación, 11 de septiembre de 1989, párrafo 13.

⁴⁹ Ver PALACIOS ZULOAGA, Patricia, *La No Discriminación*, ob. cit., p. 34.

ble, significa que los criterios que se utilicen para establecerla den lugar a grupos o sectores que sean razonablemente comparables y que, por ello, sean considerados como titulares de idénticos derechos. En este sentido, cabe preguntarse si las diferenciaciones que existen o puedan existir entre matrimonios y uniones de hecho, o entre parejas formadas por personas de distinto sexo, y aquellas otras formadas por personas de igual sexo o, en fin, entre hombres y mujeres, son razonables o no. Lo serán sólo si los argumentos, criterios o categorías esgrimidos para dar lugar a la respectiva diferenciación son legítimos para el derecho de un Estado democrático. En este sentido, cabe inquirir respecto a cuáles son los criterios que hacen razonable una diferenciación y cuáles no. A mi modo de ver, la respuesta, en un Estado democrático de Derecho, es que una diferenciación será razonable sólo si se basa en los valores y principios que le sirven de sustento a dicha forma estatal, principalmente, en los Derechos Humanos. Es precisamente a partir de la teoría de los Derechos Humanos, que el Derecho internacional ha ido catalogando a una serie de criterios, factores o categorías como prohibidos (o, por lo menos, "sospechosos") a la hora de establecer una diferenciación. Estos aparecen mencionados en muchos instrumentos internacionales, en diversas constituciones nacionales e incluso en algunas leyes internas. Algunos dignos de mención son los siguientes: 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 que dicen relación con características incontrolables para las personas, en cuanto hacen a la personalidad de cada individuo, son inherentes a ella. Es por esto, por ejemplo, que no corresponde establecer diferencias entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, de filiación biológica, por adopción o tecnológica, ya que los niños y niñas no estuvieron en condiciones de controlar la forma o el entorno de su nacimiento. La reforma introducida al Derecho de familia chileno en 1999, por la ley N° 19.585, da cuenta de este principio, en cuanto la señalada ley puso fin a la odiosa discriminación contra los "hijos ilegítimos".

En relación con la idea recién expuesta respecto de la razonabilidad del criterio de diferenciación, cabe concluir que no cabe duda que las diferenciaciones entre hombres y mujeres deben ser proscritas de la legislación, así como de las resoluciones judiciales, en cuanto se basan en los factores

prohibidos como 'sexo' o 'género'. De esta suerte, las diferenciaciones que aún subsisten entre hombres y mujeres en el Derecho de familia nacional deben ser eliminadas. Tal sería el caso de las normas de la sociedad conyugal que le conceden al hombre la administración de los bienes sociales y de los propios de su cónyuge, así como de aquellas normas referidas a relaciones paterno-materno-filiales que le conceden la patria potestad de los hijos al padre cuando los progenitores viven juntos y el cuidado personal a la madre cuando viven separados. Que estas diferenciaciones se basan en razones de género aparece claro si se toma en consideración que las normas que las contemplan reservan el ámbito de lo patrimonial para los hombres (administración de bienes sociales y de los propios de la mujer en la sociedad conyugal; y, patria potestad) y el de lo afectivo para las mujeres (cuidado personal o tuición de los hijos), proceder que mantiene en pleno funcionamiento el clásico dispositivo de la ideología patriarcal basado en la supuesta existencia de una asignación natural de roles masculinos y femeninos⁵⁰.

Ahora bien, respecto de las uniones de hecho cabe señalar que ellas deben contar con idéntico estatuto que el matrimonial, por cuanto en ambos casos estamos en presencia de una relación de pareja estable, pública y en singularidad. Y la Constitución Política de la República, así como varios tratados sobre Derechos Humanos, obliga a una protección igualitaria de supuestos semejantes⁵¹. Más aún, ni la Constitución ni los referidos tratados, al referirse a la familia, hablan de una en particular, sino que sólo de *familia*, sin más, en general, sin especificar a cual se refieren⁵².

⁵⁰ Como dicen Fries y Matus, "originalmente los Derechos Humanos tienen un correlato con el Derecho clásico, en el sentido de hacer de la igualdad la premisa central. Sin embargo al incorporar otros sujetos a la regulación, van modificando el paradigma del orden y se orientan hacia el reconocimiento de la diferencia y su aceptación como fundante de una convivencia, que incorpora el principio de no discriminación. Estos *nuevos sujetos titulares de Derechos Humanos* amplían las definiciones que definirán lo humano en la doctrina de Derechos Humanos. Fundamentalmente son las mujeres las que se encargarán de abrir los Derechos Humanos al espacio privado, donde también se desarrolla la convivencia. Así, se abre la posibilidad de ver aquello que ha permanecido oculto y reservado por pertenecer a esta esfera" FRIES MONLEÓN, Lorena y MATUS MADRID, Verónica, *El Derecho. Trama y Conjura Patriarcal*, ob. cit., pp. 70ss.

⁵¹ Además, desde la dictación de la ley N° 19.585, sobre Filiación, el legislador reconoce a las uniones de hecho entre personas de distinto sexo como familias similares a las matrimoniales, al otorgarle los mismos derechos a los hijos de filiación matrimonial y a los de filiación no matrimonial.

⁵² "En ninguna parte de estos documentos internacionales se excluye la posibilidad de que la familia no repose en una unión marital de hecho; muy por el contrario, la protección que brindan en forma indiscriminada a los hijos, sin tomar en cuenta si son matrimoniales o extra-

A los anteriores argumentos, cabe agregar que hoy en día la característica básica (en términos sociales) que diferencia a un matrimonio de una unión de hecho es una meramente formal: el matrimonio se contrae; la unión de hecho se tiene. O sea, para que haya matrimonio debe haber una formalización ante el Estado; y para que haya unión de hecho debe haber una situación de convivencia con determinadas características, no necesariamente formalizada ante el Derecho. Y digo "no necesariamente", ya que en ciertos ordenamientos se exige un registro de la respectiva unión, aunque no para que la haya, sino que por motivos probatorios. De esta diferencia formal suele surgir otra -también formal-: que el matrimonio sólo puede terminar por resolución judicial de divorcio o nulidad y la unión de hecho por la mera voluntad de uno o ambos miembros⁵³. Cabe preguntarse si estas diferencias formales pueden sustentar una diferencia de tratamiento que implique la no protección de estas uniones o su menor protección. No tengo duda en orden a que la respuesta negativa se impone⁵⁴.

matrimoniales, y la referencia a padres y progenitores, sin que tenga importancia si se encuentran o no casados, permiten inferir que quedan comprendidos dentro de este concepto, por lo menos, ambos supuestos, es decir la familia matrimonial como así también la que se genera por una situación marital de hecho". AZPIRI, Jorge, *Uniones de Hecho*, ob. cit., p. 30.

⁵³ Esto ha llevado a algunos a hablar del "vaciamiento del contenido institucional del matrimonio", lo que supone concebirlo, no ya como una institución, sino que como un instrumento jurídico que permite conseguir determinados beneficios. "Se afirma, incluso, que se está produciendo un acercamiento, de facto, entre la realidad del matrimonio y la realidad de las uniones extramatrimoniales, como una lógica consecuencia de lo que han denominado 'vaciado de los contenidos institucionales del matrimonio'. Con estas premisas, la función que tradicionalmente tenía el matrimonio civil, desde el punto de vista 'institucional', sería prácticamente nula en la actualidad, puesto que apenas existen verdaderos principios y obligaciones que proteger en cuanto que estrictamente matrimoniales. Su significación y sentido habría que buscarlos hoy en su dimensión *operativa*, es decir, una regulación legal que cada vez se manifiesta más como un sistema de garantías y presunciones que aseguran la tutela de ciertas cuestiones dentro del Derecho de Familia. De aquí que la *pluralidad* de modelos reguladores de la convivencia en pareja se presente por este sector como 'necesaria', en un sistema donde ya no tiene sentido hablar de protección *institucional* al matrimonio, cuando en la práctica su función es meramente *instrumental*". TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro. *Fundamentos para el Reconocimiento Jurídico de las Uniones Homosexuales. Propuestas de Regulación en España*, ob. cit., pp. 15-16. Como se ve, el matrimonio ha sufrido grandes cambios a través de la historia, lo cual me hace pensar que en la época actual puede ser entendido como una forma más de organizar la vida familiar de los ciudadanos.

⁵⁴ Es elocuente el cuestionamiento de Talavera Fernández en este sentido: "Aquello que las leyes prescriben 'en razón de justicia y equidad' para el matrimonio, ¿no debería ser también aplicado como una 'cuestión de justicia y equidad' a las uniones de hecho estables, cuya realidad es similar, cuanto no idéntica, a la matrimonial/ Es decir, cuando nos encontramos con situacio-

Por su parte, en lo que atañe específicamente a las uniones entre personas del mismo sexo, cabe preguntarse si la orientación sexual de las personas puede ser esgrimida como un criterio razonable de distinción a la hora de establecer un tratamiento diferenciado entre parejas gay y parejas formadas por personas de distinto sexo. Como he señalado, las diferenciaciones de tratamiento entre personas o grupos sólo pueden basarse en los valores y principios rectores del Estado democrático de Derecho y, principalmente, en los Derechos Humanos. Atendidos los cambios culturales y el carácter progresivo de estos derechos, la legitimidad de los criterios de diferenciación ha ido cambiando⁵⁵, de manera que la diferenciación por orientación sexual es cada vez menos aceptada hoy en Estados democráticos, por ser una condición que no atenta contra sus propias bases. Por lo demás, el factor 'orientación sexual' podría entenderse comprendido dentro de los factores prohibidos 'sexo' o "cualquiera otra condición social".

Al tenor de lo señalado precedentemente, me parece que las diferencias de tratamiento entre hombres y mujeres, así como entre uniones de hecho y matrimonios y entre parejas hetero y homosexuales implican un atentado al principio de igualdad, por cuanto se trata de manera diferente a personas y realidades que no difieren en nada en lo sustantivo. Ello, en relación con las convivencias afectivo-sexuales, por cuanto tanto las uniones entre personas de distinto "sexo" como las uniones entre personas del mismo sexo pueden presentar idénticas características (convivencia afectivo-sexual y material, estabilidad y permanencia) y cumplir con los requisitos exigidos por el derecho a los efectos de su protección (publicidad y ausencia

nes similares: ¿lo lógico no sería aplicar a las parejas de hecho, al menos en lo fundamental, las previsiones que el Derecho entiende como justas para el matrimonio?. ¿Es sostenible que un acto formal —las nupcias— baste para calificar de distinta manera supuestos existencialmente equivalentes?. TALavera FERNÁNDEZ, Pedro. *Fundamentos para el Reconocimiento Jurídico de las Uniones Homosexuales. Propuestas de Regulación en España*, ob. cit., pp. 13-14.

⁵⁵ "Por ejemplo, hace algún tiempo se entendía que el vocablo "familia" hacía referencia a un grupo de personas ligadas por vínculos de parentesco y organizadas sobre la base de un matrimonio heterosexual. Hoy en día ha perdido fuerza este concepto restringido con la aparición de familias uniparentales, así como familias nucleares donde la familia base no se encuentra ligada por un vínculo matrimonial, ya sea por opción, ya sea por obligación como en el caso de parejas homosexuales que quisieran contraer matrimonio pero que no pueden, debido a normas internas restrictivas. Distinciones en el trato otorgado a familias basadas en la existencia o no de vínculo matrimonial pudieron haber sido consideradas razonables en el pasado pero resultan más cuestionables hoy". PALACIOS ZULOAGA, Patricia, *La No discriminación*, ob. cit., p. 36.

de impedimentos matrimoniales)⁵⁶. En aplicación de los mismos principios antes señalados, resulta urgente legislar a favor del matrimonio gay en los mismos términos en que está regulado el matrimonio heterosexual, a no ser, evidentemente, que se quiera avalar una discriminación y un atentado al libre desarrollo de la personalidad de miles de ciudadanos⁵⁷.

5. *Derechos a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad*⁵⁸: El derecho a la intimidad implica que existe "un área o esfera de intimidad en la cual la libertad inofensiva para terceros —libertad neutra— queda inmunizada o sustraída a toda interferencia arbitraria del Estado y de los demás terceros"⁵⁹. Este derecho no se agota en el mero ámbito de la protección individual de determinadas formas de vida, sino que se hace extensivo a relaciones entre sujetos, por ejemplo, al ámbito de las relaciones familiares (intimidad familiar). Específicamente, en este último ámbito, debe señalarse que la protección de la intimidad implica la protección de la privacidad familiar ante toda injerencia estatal ilegítima. Por esto es que la intervención estatal en las distintas formas de vida de los ciudadanos, sólo puede justificarse en base

⁵⁶ En un importante informe de derechos humanos se expresan algunas ideas contundentes en relación con el incumplimiento de obligaciones internacionales de nuestro país en la perspectiva de la igualdad respecto de homosexuales y lesbianas. "Los hechos de 2006 permiten hacer referencia a la existencia de tratos desfavorables recurrentes en perjuicio de minorías sexuales los que se originan en diversas áreas del quehacer social. Lo anterior permite que el contexto general les sea poco favorable. El panorama que se presenta debe ser contrastado con las obligaciones que Chile posee en materia internacional. Es así que en cuanto a los problemas en la esfera de la igualdad de trato de las minorías sexuales, el Estado se encuentra obligado a cumplir ciertos estándares mínimos en relación con distintos derechos. De esta manera, nuestro país tiene la obligación de encaminar sus políticas a la consecución de la igualdad tanto formal como material de todos los habitantes, eso incluye a aquellas personas que pertenecen a una determinada minoría sexual". CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2007*, (Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, 2007), p. 291 s.

⁵⁷ Un interesante estudio respecto de la eventual inconstitucionalidad del artículo 102 del código Civil, por reconocer como matrimonio sólo el celebrado entre un hombre y una mujer, puede encontrarse en, VILLAR BORDONES, Gonzalo, *El Matrimonio de Personas del mismo Sexo en el Ordenamiento Jurídico de Chile*, en *Gaceta Jurídica* 293 (Santiago, Lexis Nexis, 2004).

⁵⁸ La Constitución, en su artículo 19 N° 4, asegura a todas las personas "el respeto y protección de la vida privada... de la persona y de su familia". A su vez, variadas normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos hacen lo propio: Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 12); Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (artículo 5°); Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 11); Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 17); y Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 16).

⁵⁹ GIL, Andrés, FAMA, María Victoria y HERRERA, Marisa, *Derecho Constitucional de Familia*, ob. cit., p. 219.

a argumentos de peso que digan relación con la preservación de la democracia y, básicamente, con la protección de los Derechos Humanos⁶⁰. Vale decir, una determinada forma de vida sólo puede ser proscrita o no protegida, en la medida que atente contra los Derechos Humanos de una persona en particular o de un grupo de personas. Las meras molestias a una persona o a un grupo de personas, no son suficiente argumento para vedar una determinada forma de vida. El límite, entonces, no está dado por la no perturbación de la moralidad pública o por la no perturbación de la moral sustentada por un grupo social o de la "tradicción nacional", sino que por la no vulneración de los derechos fundamentales de los individuos.

Traducidas las anteriores ideas al lenguaje de los constitucionalistas, algunos autores opinan que la regulación de un Derecho Humano como la intimidad debe apegarse escrupulosamente al principio de proporcionalidad (o razonabilidad), el que se encuentra conformado por tres subprincipios: "el de adecuación, el de necesidad y de razonabilidad o proporcionalidad, en sentido estricto. 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"⁶¹. Así, toda injerencia estatal en relación con la intimidad debe fundarse en el principio de proporcionalidad, lo cual supone que dicha intervención debe ser adecuada, necesaria y razonable en los términos recién indicados. A mi modo de ver, estos parámetros justificadores de la intromisión estatal en la intimidad, no son más que la tecnificación de la idea ya antes expuesta, consistente en que

⁶⁰ Es por esto, por ejemplo, que la penalización de la sodomía consentida entre adultos ha sido derogada en muchos ordenamientos. En efecto, desde un tiempo a esta parte, se ha venido estimando que no se justifica la intervención estatal por la vía penal de formas de sexualidad que puedan desarrollar ciudadanos adultos, a condición —evidentemente— que dichas prácticas no atenten contra los principios democráticos (contra los derechos humanos), lo cual —evidentemente— no harían las prácticas sexuales entre personas del mismo sexo adultos. Ello recién ocurre en Chile en 1999, con la Ley N° 19.617.

⁶¹ GIL, Andrés, FAMA, María Victoria y HERRERA, Marisa, *Derecho Constitucional de Familia*, ob. cit, pp. 227 s.

sólo se pueden intervenir determinadas formas de vida si ellas atentan contra de los Derechos Humanos.

Hasta el momento se ha venido obrando sobre la base que el Estado —mediante una conducta positiva (por ejemplo, mediante una ley o una resolución judicial)— se inmiscuye en la vida privada de los ciudadanos (faceta negativa de la intimidad). Cabe preguntarse ahora si la no protección de una determinada forma de vida puede significar un atentado a la libertad de intimidad. Me parece que la respuesta es afirmativa, ya que un proceder tal puede importar un atentado a la faceta positiva del mencionado derecho: el derecho al libre desarrollo de la personalidad o a la autonomía personal⁶². Este principio " ... opera como resguardo del ámbito autorreferente y como obstáculo contra cualquier tipo de interferencia estatal o de terceros en los planes libremente elegidos por las personas. Pero no es sólo un Derecho que opera contra esta interferencia o que protege un ámbito íntimo y privado. Es un Derecho mucho más amplio, que también obliga a crear las garantías y precondiciones necesarias para la elección y materialización de todas aquellas acciones que no afecten sustancialmente la autonomía de otras personas"⁶³. Así, el Estado no sólo no debe intervenir en formas de vida que no atenten contra las bases de una democracia, sino que debe permitir a los ciudadanos el libre desarrollo de sus personalidades, franqueándoles los elementos mínimos para que tal desarrollo tenga lugar⁶⁴. Por esto es que en relación con el tema de las uniones de hecho (hetero y homosexuales) y matrimonios entre

⁶² Principio que —pienso— está 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 integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece".

⁶³ FERNÁNDEZ VALLE, Mariano, *Matrimonio y Diversidad Sexual: La lección sudafricana*, en *Anuario de Derechos Humanos*, 3 (Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2007), p. 98.

⁶⁴ Gil, Fama, y Herrera, haciendo alusión a un comentario de Aida Kemelmajer de Carlucci a un fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos-, han señalado: "el tribunal subrayó que el respeto de la vida familiar protegido en la norma citada (artículo 8° de la Convención Europea de Derechos Humanos) no sólo comprende un aspecto negativo —que se concreta en la máxima por la cual el estado no debe invadir la intimidad familiar a través de acciones arbitrarias-; sino también un aspecto positivo, por el cual el estado no puede ignorar la existencia de lazos familiares a los efectos de la concesión de ciertos derechos." GIL, Andrés, FAMA, María Victoria y HERRERA, Marisa, *Derecho Constitucional de Familia*, ob. cit, p. 232.

personas del mismo sexo, resulta necesario dilucidar si es necesaria una expresa regulación de estas figuras a los efectos de permitir el mejor desarrollo de la personalidad de quienes viven su vida afectiva de esta forma. De esta suerte, cabe preguntarse respecto de este punto, si el Estado cumple con la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos que viven en pareja no matrimonial o de aquellos que desean contraer matrimonio con un individuo de su mismo sexo por el mero hecho de no castigar (penalmente) a estas personas, o es que debería establecer un estatuto que las protegiera derechamente, en orden a permitir en mayor medida el libre desarrollo de sus personalidades (su Derecho a la identidad o libertad sexual). A mi modo de ver, como el Estado chileno no cuenta con una regulación especial respecto de las uniones de hecho en general y de los matrimonios gay, el aspecto positivo del Derecho a la intimidad recién explicitado no estaría siendo respetado. En efecto, la abstención estatal no resulta adecuada, necesaria ni proporcional, toda vez que con ella no se protegen mejor los Derechos Humanos de la ciudadanía, sino que, por el contrario, se desprotegen los de muchos ciudadanos⁶⁵.

⁶⁵ Por su parte, también el debate relativo a los derechos sexuales y reproductivos puede ser enfocado bajo la perspectiva que otorga el derecho al libre desarrollo de la personalidad, ya que existen muchas personas que llevan a cabo su vida sexual en términos diferentes a como lo propone la "moral imperante". En este sentido, no debe olvidarse que los derechos sexuales también son Derechos Humanos. 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 décimo cuarto 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. Como se dijo, hasta el momento no contamos en nuestro país con una ley relativa a estos derechos, lo cual genera un nuevo cuestionamiento desde el punto de vista de la protección de los Derechos Humanos, y específicamente desde el relativo al libre desarrollo de la personalidad, uno de cuyos ámbitos fundamentales es el de la sexualidad. Es de esperar que el proyecto denominado "Ley Marco sobre Derechos Sexuales y Reproductivos" (boletín 2608-11), actualmente en tramitación en el Congreso Nacional, desde el año 2000, sea prontamente reactivado en su discusión.

ABORTO Y DERECHOS HUMANOS

Lidia Casas Becerra

La penalización del aborto se suele fundamentar en la protección de los Derechos Humanos y, en particular, en la defensa del derecho a la vida del nonato¹. En nuestro medio podemos encontrar en forma más nítida esa argumentación en la justificación que precedió a la derogación del aborto terapéutico en Chile en 1989² y en la discusión en torno a la autorización para el registro y venta de anticoncepción de emergencia³. En cierta medida una parte de la doctrina constitucional en Chile conformó un corpus de opinión jurídica que ha sostenido que la derogación de la única hipótesis de aborto no punible —el aborto terapéutico— sería la consecuencia lógica de la recepción de los tratados internacionales de Derechos Humanos en el proyecto constitucional del régimen militar de 1980, y de la cláusula de protección al derecho a la vida en el artículo 19 N° 1⁴.

¹ SOTO, Eduardo, "La noción de persona en la Constitución", *Revista de Derecho Público*, N° 50 diciembre 1991, pp. 137-144, y particularmente la referencia 17 en la p. 144. Este autor sostiene que tanto la Constitución Política como los tratados de Derechos Humanos le reconocen el carácter de persona a la vida en gestación, y por ello sería titular de derechos constitucionales y de derechos fundamentales. En un sentido similar, pero invocando el derecho internacional de los Derechos Humanos Jorge Varela, "Aborto y Derechos Humanos", *Revista de Derecho Público* N°47-48, 1990, pp. 207-211. En Argentina, por ejemplo, Gregorio Badeni, "Derecho a la Vida y aborto", *Persona, Vida y Aborto. Aspectos Jurídicos*, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2007, p. 17, Mónica Petracci (Coord.) y Mario Pecheny, Argentina. *Derechos Humanos y Sexualidad*. Centro latinoamericano de Sexualidad y Derechos Humanos, Instituto de Medicina Social de la Universidad del Estado de Rio de Janeiro, CEDES, Buenos Aires, pp. 158-159.

² En este sentido se puede revisar los trabajos de Jorge Precht, "Consideraciones ético-jurídicas sobre el aborto terapéutico", *Revista Chilena de Derecho* 19, 1992, pp. 507-525, Salvador Mohor, "Reflexiones en torno a la prohibición del aborto en Chile", *Jornadas Chilenas de Derecho Público*, EDEVAL, Valparaíso, 1990, pp. 385-412. Jaime Silva, "El nasciturus y el Derecho a la Vida", *Revista de Derecho Público* N° 57, 1995, pp. 177-198. Insertar los nombres de las obras completas.

³ Por ejemplo, Arturo Fermandois, "La píldora del día después: aspectos normativos", *Estudios Públicos* N° 95, 2004, pp.91-118; Max Silva Abbot, "Los Derechos Humanos y la Píldora del Día Después", *IUS Publicum*, N° 18, 2007, José Joaquín Ugarte, "El derecho a la Vida y la Constitución", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 33 N° 33, 2006, pp. 509-527.

⁴ CARRASCO DELGADO, Sergio, *Comentarios. El Derecho a la vida en la génesis de la Constitución de 1980*, *Ius Publicum* N° 7, 2001, pp. 164-165; Angela Vivanco, *Afirmación del Derecho a la Vida*, *Ius Publicum* N° 7 2001, p. 169; Humberto Noguera Alcalá, *El Derecho a la vida*, *Librotecnia*, Santiago, 2007.