

# Persona, Familia y Sociedad

**Hugo Rosende Alvarez**

Profesor Titular de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

En el último decenio se han introducido diversas reformas a nuestro ordenamiento jurídico que alcanzan a la familia. La variedad de las materias específicas que se modifican y su secuencia en el tiempo impiden tener una visión global acerca del objetivo que persiguen tales enmiendas, motivo por el cual resulta conveniente hacer una revisión retrospectiva de lo acontecido.

## A. La familia

1. Un primer paso en el cambio del concepto de familia se produce con motivo de la reforma constitucional del año 1989, que modificó el artículo 5° y derogó el artículo 8° de la Constitución Política de la República.

a) El primitivo artículo 5° decía: “La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio”.

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.

La reforma introdujo un nuevo inciso al artículo 5°, que establece:

“Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”<sup>1</sup>

b) En resguardo de la familia el artículo 8° de la Constitución establecía, en lo pertinente, que: “Todo acto de persona o grupo destinado a propagar

---

<sup>1</sup> Este inciso fue modificado, como aparece en el texto, por el artículo único, N° 1, de la ley de reforma constitucional N° 18.825, de 17 de agosto de 1989.

doctrinas que atenten contra la familia (...), es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República". Y en su inciso 2° decía: "Las organizaciones y los movimientos o partidos políticos que por sus fines o por la actividad de sus adherentes tiendan a esos objetivos, son inconstitucionales".

Este precepto fue derogado<sup>2</sup> y paralelamente se modificó el N° 15 del artículo 19 de la Constitución, conforme al cual se garantizó el pluralismo político y el régimen democrático y constitucional, mas no la familia, como lo establecía el antiguo artículo 8°.<sup>3</sup>

2. De acuerdo con las Bases de la Institucionalidad, en la forma prevista en el texto primitivo de la Constitución, existen –en lo que aquí interesa– dos principios fundamentales amparados en ella: el respeto de la dignidad de la persona humana y el reconocimiento de los grupos intermedios, cuyo principal exponente es la familia. Ambos aparecen recogidos en el artículo 1° de la Carta Política que dice: "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos" (Inciso 1°);<sup>4</sup> y "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad (Inciso 2°)".

3. En la estructura de la Constitución, antes de la reforma del año 1989, el respeto y protección de la familia se configuraba mediante la declaración que: "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad" (Artículo 1°, inciso 2°); que "Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta..." (Artículo 1°, inciso 5°); y que "Todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia (...) es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República"(Artículo 8°, derogado).

Asimismo, en el ámbito de las garantías constitucionales, la Carta Política asegura a todas las personas: "El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia" (Artículo 19, N° 4, inciso

<sup>2</sup> El artículo 8° fue derogado por el artículo único, N° 2, de la ley de reforma constitucional N° 18.825, de 17 de agosto de 1989.

<sup>3</sup> El N° 15 del artículo 19 de la Constitución fue modificado por el artículo único, N° 8, de la citada Ley N° 18.825. El inciso 6° del número 15 del artículo 19, establece:

"La Constitución Política garantiza el pluralismo político. Son inconstitucionales los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política. Corresponderá al Tribunal Constitucional declarar esta inconstitucionalidad".

<sup>4</sup> El inciso 1° del artículo 1° de la Constitución fue modificado como aparece en el texto por la ley de reforma constitucional N° 19.611, de 16 de junio de 1999, reemplazando el texto primitivo que decía: "Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos".

1°); que “los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos”. (artículo 19, N° 10, inciso 3°, primera parte);<sup>5</sup> y que “Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos” (Artículo 19, N° 11, inciso 4°).

4. Los antecedentes de las normas sobre respeto y protección de la familia fueron los siguientes:<sup>6</sup>

a) El 11 de marzo de 1974, la Junta Militar de Gobierno hizo pública la Declaración de Principios del Gobierno de Chile, en la cual se señalan como pilares básicos de la reconstrucción nacional: “La familia, la mujer y la juventud”. En lo tocante a la familia, se puntualiza: “El actual Gobierno considera que toda la tarea antes reseñada ha de encontrar en la familia su más sólido fundamento, como escuela de formación moral, de entrega y generosidad hacia los semejantes y de acendrado amor a la Patria”. Concluye expresando: “En la familia, la mujer se realza en toda la grandeza de su misión, que la convierte en la roca espiritual de la Patria”.

b) Posteriormente, en el documento “Objetivo Nacional de Chile”, de 23 de diciembre de 1975, se explica la Política General, cuyo propósito es de formar una persona y dar vida a una sociedad que puedan cumplir con el Objetivo Nacional de respeto a la familia y a la dignidad de la persona humana. Agrega el documento: “Ello debe lograrse a través de un nuevo sistema político nacional, y a partir de una nueva institucionalidad que dé solidez democrática al Chile del porvenir, teniendo siempre presente que sólo una formación de las nuevas generaciones dentro de los conceptos de amor a Dios, a la patria y a la familia, junto a un acendrado sentido del deber, el esfuerzo personal y la solidaridad social, asegurarán que el nuevo sistema institucional dé frutos de progreso libre y estable para la nación”.

“El nuevo Estado definirá los principios esenciales de su institucionalidad, tendientes a garantizar la dignidad de la persona humana, la sociedad en que ésta debe desarrollarse, y la fidelidad a la tradición o identidad histórico cultural de la patria. Dicha definición constituirá el marco del pluralismo ideológico admisible”.

Por su parte, en el capítulo relativo a la educación se afirma:

“La educación deberá profundizar y transmitir el amor a la patria y a los valores nacionales, el respeto a la vocación libre y trascendente del ser

<sup>5</sup> La ley N° 19.634, de 2 de octubre de 1999, modificó el número 10 del artículo 19, intercalando como párrafo cuarto, nuevo, el siguiente: “El Estado promoverá la educación parvularia”.

<sup>6</sup> Enrique Navarro Beltrán, *El divorcio y la dignidad de la persona humana a la luz de la Constitución de 1980*, publicado en las Actas de la “XXVª Jornada Chilena de Derecho Público”, páginas 161 y ss., año 1994, Universidad de Valparaíso.

humano y a los derechos y deberes que de ella se derivan, el aprecio por la familia como célula básica de la sociedad, la adhesión al concepto de la unidad nacional, y la valoración del saber y de la virtud como elementos de progreso del hombre y de la nación”.

c) El Decreto Ley N° 1551, de 11 de septiembre de 1976, que promulgó el Acta Constitucional N° 2, que establece como Bases de la Nueva Institucionalidad lo siguiente:

“Que entre los valores esenciales en que estas bases se sustentan, coincidentes con la Declaración de Principios de la Junta de Gobierno de Chile de 11 de marzo de 1974, cabe destacar:

“Dentro de esta concepción, la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y es deber del Estado protegerla y propender a su fortalecimiento, como asimismo es deber suyo reconocer a los grupos intermedios entre el hombre y el Estado, conforme el principio de subsidiaridad”.

“La concepción humanista cristiana del hombre y de la sociedad que considera a aquél como un ser dotado de una dignidad espiritual y de una voluntad trascendentes, de las cuales se derivan para la persona derechos naturales anteriores y superiores al Estado, que imponen a éste el deber de estar a su servicio y de promover el bien común”.

Como corolario de lo anterior, el penúltimo inciso del artículo 2° del Acta Constitucional N° 2 dice:

“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El Estado la protegerá y propenderá a su fortalecimiento”.

d) Finalmente, los postulados antedichos quedaron plasmados en los ya citados artículos 1°, 5°, 8° y 19 N°s 4, 10 y 11 de la Constitución del año 1980.

## **B. Los tratados**

5. Consumada la reforma constitucional del año 1989, y teniendo en cuenta la modificación del artículo 5° de la Constitución, surgió el debate acerca de la forma y manera en que se debía adaptar nuestra legislación interna a lo estatuido en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. La discusión se centró, entonces, en si los tratados se imponen a la Constitución y el ordenamiento jurídico interno, por un lado, y por el otro, si pueden incorporarse a nuestro sistema normativo principios o reglas contempladas en las convenciones internacionales cuando éstas alteran las bases de la institucionalidad de nuestro país.

6. En una interesante polémica pública,<sup>7</sup> los profesores Pablo Rodríguez y Alfredo Etcheberry plantearon sus visiones sobre la fuerza obligatoria de los tratados y su jerarquía frente a la Constitución.

El profesor Rodríguez Grez defendió el hermetismo constitucional y planteó su posición en los siguientes términos: "La Constitución Política de la República conforma el marco en el cual se inserta y desarrolla todo el sistema legal". En consecuencia, "toda disposición con fuerza normativa y poder vinculante... debe ceñirse a la Constitución y adecuar a ella tanto su validez formal como material". De allí que la regla del inciso 2° del artículo 5° de la Carta Fundamental, que establece: "Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos (los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que se consagran en el artículo 19), garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes", no pueda interpretarse en el sentido que lo consignado en los tratados internacionales ratificados por nuestro país sobre derechos humanos se ha incorporado a la Constitución y que dichos preceptos tienen el mismo valor que aquellos que integran el texto de la Carta Política. Razones de soberanía, jerarquía de las normas y forma de ejercicio de las potestades del Estado hacen inaceptable dicha inteligencia. A ello se agrega lo antijurídico que sería entender que un principio vale por sí mismo, sin relación alguna con las disposiciones que integran el sistema normativo. Tal predicamento significaría desplazarse al campo moral, ideológico o técnico, marginándose del derecho, todo lo cual abona el criterio del hermetismo constitucional.

A su turno, el profesor Etcheberry opinó que las normas jurídicas de validez universal, *jus cogens*, son perentorias y sólo pueden ser cambiadas por la aparición de una nueva norma imperativa distinta, reconocida como tal por la comunidad internacional. Agrega a estos respectos: "Las naciones individuales, por soberanas que sean, no pueden sustraerse a ellas por propia decisión, ni someterlas al tamiz de su derecho interno para darles el visto bueno a fin de que tengan fuerza legal. No respetarlas expondría a la nación infractora al aislamiento y al mecanismo de las sanciones internacionales". En su parecer "tanto las normas imperativas (*jus cogens*) como los tratados prevalecen sobre el derecho interno...".

7. Don Ramón Domínguez Aguila<sup>8</sup> señala que desde un ángulo formal o

<sup>7</sup> Véase El Mercurio de Santiago, ediciones de 12 de octubre, 26 de noviembre y 10 de diciembre de 1994; y de 22 de enero, 20 de febrero, 28 de marzo, 11 de abril, 15 de mayo y 31 de mayo de 1995.

<sup>8</sup> Profesor de las Universidades de Concepción y del Desarrollo, en su artículo *Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil Chileno*, publicado en el tomo 93 de la Revista de Derecho y Jurisprudencia, sección derecho, páginas 107 y ss., plantea las materias indicadas en el texto de esta nota.

técnico, las normas jurídicas forman parte de un orden coherente y jerárquicamente sistematizado, lo cual configura un estado de derecho. Siguiendo a Kelsen, en la cúspide del orden normativo ubica a la Constitución y bajo su subordinación a las demás reglas de grado inferior. Concluye que así se conforma el principio de juridicidad o de legalidad constitucional.

Refiriéndose a la integración de los tratados internacionales como fuente directa de derecho, este autor expresa que los gestores de la reforma constitucional de 1989 quisieron introducir en la Carta Política de 1980 los mismos principios ya admitidos en otros países.<sup>9</sup> Ellos consisten en entender incorporadas al derecho interno las prescripciones de los tratados internacionales relativos a derechos de la persona, tales como Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica, y otros semejantes. Pero agrega este tratadista que esa incorporación plantea un problema de jerarquía de norma: si esos tratados se incorporan, ¿qué rango toman dentro del orden jurídico chileno? ¿Tienen rango meramente legal? ¿Quedan situados entre la Constitución y la ley? O bien, ¿no tendrán incluso rango aun superior al de la propia Constitución?

Las respuestas que ha dado la doctrina son variadas.<sup>10</sup> Por consiguiente, es un tema abierto a la discusión.

<sup>9</sup> *Ibid*, página 116, nota 21. En Argentina, el artículo 75, inciso 22, de la Constitución.

En Francia, el artículo 55 de la Constitución ordena que los tratados o acuerdos regularmente ratificados o aprobados tienen, desde su publicación, una autoridad superior a la de leyes. Sobre ello, F. Ferraud, *La Convention européenne des droits de l'homme et la cour de cassation française*, en *Rev. Inter. de Droit Comparé*, 1995, págs. 691 y sgts. La Corte ha resuelto que si hay oposición, prevalece el tratado: Cass. 24 mayo 1975, *AJDA*, 1975, II, 567, nota Boulouis, y 3 de junio de 1975, *Bull. Crim.* N° 141. Entre 1980 y 1993 en no menos de 810 sentencias se ha invocado la aplicación de la Convención Europea de Derechos del Hombre.

<sup>10</sup> El profesor Domínguez dice textualmente: "Sobre ello, entre otros, H. Nogueira A. *Dignidad de la Persona y Derechos Humanos: Constitución, Tratados y Ley de Amnistía*, XXV Jornadas de Derecho Público, t. 2, págs. 51 y sgts. y los autores citados en nota 16 a la pág. 70; Crisólogo Bustos Valderrama, *Naturaleza Jurídica de los Tratados y su Relación Jerárquica con la Ley*, ídem., t. 3, pág. 195, Edeval, Valparaíso, 1994; *Los Derechos Humanos en el Derecho Interno Chileno*. Recopilación de J. Mera, F. Cristián Riego y J.E. Varas para Curso sobre Protección Internacional de los Derechos Humanos para Jueces, 1990; S. Mohor A. y G. Fiamma, *La jerarquía normativa de los tratados internacionales*, en *Revista de Derecho Público*, N°s. 55 y 56 (1994); M.A. Fernández, *La reforma del artículo 5 de la Constitución*, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16 (1989), págs. 809 y 115. En cuanto a la jurisprudencia, algunas sentencias han permitido fundar un recurso de protección en la infracción de un tratado, aunque es verdad que en esas situaciones las normas del mismo coinciden o se las hace coincidir con garantías constitucionales. Ejs.: C. Suprema, 19 de marzo de 1992, *Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 89, sec. 5ª, pág. 113. Incluso en la sentencia de la C. Suprema, 7 de septiembre de 1993, *Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 90, sec. 1ª, pág. 96, se acoge un recurso de queja con fundamentos en la Carta de la ONU y en el Pacto de Costa Rica. En sentencia 10 de julio de 1990, Fallos del Mes 380, N° 7, pág. 353, que confirma a fallo de C. Santiago, 31 de mayo de 1990, se desestima la protección porque el actuar de la administración en el caso ha sido lícito, al poner precisamente en ejecución un acuerdo internacional, con lo que entonces no ha podido

8. En nuestro parecer, si se examinan los tratados, se advertirá en ellos, por una parte, el interés por promover el respeto de todos los derechos y libertades esenciales de la persona humana, y por la otra, se afirma que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, como se pasará a constatar:

**a) Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.**

**Art. 2.1:** "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición."

**Art. 7:** "Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación".

**Art. 16: 1.** "Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tiene derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio".

2. "Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio".

3. "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado".

vulnerarse el derecho de propiedad. Más precisamente, el derecho es afectado; pero no hay acto ilícito, por tratarse del acatamiento a un tratado. En la sentencia de la C. Santiago de 7 de septiembre de 1994, confirmada por la de C. Suprema, de 13 de septiembre de 1994, Fallos del Mes 430, N° 11, pág. 639, se contiene un interesante voto disidente del abogado integrante profesor H. Nogueira, que compartimos plenamente y de acuerdo al cual el tratado se incorpora al derecho interno; pero no como una simple ley, sino con su particular naturaleza de acto múltiple que, por lo mismo, no puede quedar sujeto en su derogación a las normas que rigen la derogación del derecho interno, sino a los procedimientos de denuncia previstos en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Sería por lo demás absurdo que un país, luego de suscribir un tratado, pudiera derogarlo o modificarlo por el solo hecho de dictar una ley posterior. No hay en el caso ni siquiera derogación tácita, ya que si los estados son libres o no de ratificar un tratado, una vez efectuada la ratificación quedan ligados por una voluntad que es común a los estados intervinientes y que, por lo mismo, no queda entregada a la voluntad individual de cada uno, ya que lo contrario sería lo mismo que decir que los tratados no obligan seriamente".

**Art. 25:** 1. "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene, asimismo, derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad".

2. "La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social".

**b) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 (XXI), de 16 de diciembre de 1966) (Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49).**

**Art. 23:** 1. "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado".

2. "Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello".

3. "El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes".

4. "Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de los derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos".

**Art. 24:** 1. "Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado".

2. "Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre".

"Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad".

**Art. 26:** "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo,

idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

**c) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1969)**

Art. 10.3: “Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquiera otra condición”.

**d) Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” (Aprobada en la Conferencia de los Estados Americanos de San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969).**

Art. 17: 1. “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

2. “Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten el principio de no discriminación establecido en esta Convención”.

3. “El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes”.

4. “Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos”.

5. “La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.

**Art. 19:** “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

**Art. 24:** “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

**e) Convención sobre los Derechos del Niño (1989)**

**Art. 1:** “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

**Art. 2:** 1. "Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales".

2. "Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares".

9. Del examen efectuado, es posible colegir lo siguiente:

El artículo 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece: "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1° no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

Ello da a entender que la Convención no es autoejecutoria y que, por ende, no existe una incorporación automática de su texto al ordenamiento interno del país. La autoejecutoriedad de los tratados resulta a nuestro parecer inaceptable, porque importaría la abdicación por parte de los órganos del Estado de sus potestades legislativas e incluso constituyentes. Estas ya no serían ejercidas por los órganos que establece la Constitución, sino por los representantes chilenos para suscribir los tratados, siendo de advertir que la aprobación de éstos por el Congreso no está sujeta a la detallada tramitación que tienen las leyes. Es de señalar, además, que en el caso de los tratados, el Parlamento sólo puede aprobarlos o rechazarlos, sin que pueda discutir separadamente su contenido ni introducir modificaciones a su texto.

De allí entonces que sea preciso un examen de constitucionalidad de los proyectos de ley que procuran adecuar nuestra legislación interna a convenciones internacionales de las cuales es parte nuestro país.

b) Los tratados que se recuerdan ponen el énfasis en la igualdad de los niños en razón del nacimiento, para darles la debida protección, y reconocen el matrimonio como fuente de familia. En un tono ambiguo y que carece de precedentes, el Art. 17 N° 5 del Pacto de San José de Costa habla de la igualdad de derechos de los hijos nacidos fuera del matrimonio con los nacidos dentro del mismo. Si se quiere dar coherencia a esta norma en

relación a los demás tratados, debería entenderse como una regla de igualdad entre los hijos legítimos y los legitimados por matrimonio posterior de sus padres.

c) Los intereses entre la persona humana y la familia no entran en conflicto ni se contradicen si se entiende por familia aquella cimentada en el matrimonio.

La unión de un hombre y una mujer por toda la vida tiene la permanencia suficiente para garantizar la sana constitución de la familia, que permita calificarla de célula fundamental de la sociedad. Las uniones de hombres y mujeres que no tengan la calidad de indisolubles, si bien es cierto que pueden constituir una familia de hecho, no tienen la aptitud de conformar una familia ante el derecho, por la carencia de estabilidad y permanencia. Por lo mismo, no tiene la cualidad de transformarse en núcleo esencial de la sociedad. Finalmente, aunque se invoquen motivos de tolerancia o aceptación, no resulta posible admitir como familia a personas del mismo sexo que hagan vida marital, pues esta clase de uniones son contrarias a la naturaleza.<sup>11</sup>

### **C. Ideas que subyacen en las reformas legislativas del decenio acerca de la familia y réplica de ellas**

10. En nuestro país las reformas han avanzado por dos vías paralelas: la una, centrada en modificar el concepto de familia y el orden familiar, y la otra, que propicia el divorcio vincular como un mecanismo de disolución del matrimonio.

11. Las ideas que subyacen en la modificación de la familia aparecen expresadas por el profesor Gonzalo Figueroa Yáñez, quien sostiene:

a) La Constitución considera que tanto la familia legítima como la familia ilegítima constituyen el núcleo fundamental de la sociedad, y que es deber del Estado dar protección y propender al fortalecimiento de una y otra. Agrega, además, que no se encuentra en la Carta Fundamental mención alguna al matrimonio, que es la base de la familia legítima.<sup>12</sup>

b) La doctrina civil ha denominado "concubinato" a la unión estable de un hombre y una mujer que comparten una vida común y mantienen relaciones

<sup>11</sup> Véase Dr. Clifton Chadwick en *Tolerancia versus Aceptación*, artículo publicado en El Mercurio, en la edición del 3 de noviembre de 1999, página 12.

<sup>12</sup> Gonzalo Figueroa Yáñez, *Persona, pareja y familia*, página 72, Editorial Jurídica de Chile, año 1995.

sexuales. El profesor Figueroa prefiere denominarla “convivencia” y estima que en la actual evolución jurídica chilena, las relaciones de convivencia se encuentran suficientemente institucionalizadas a nivel constitucional, legal y jurisprudencial.<sup>13</sup>

c) El estatuto jurídico de las distintas categorías de hijos (legítimos, naturales y simplemente ilegítimos) estaba vigente cuando se promulgó la actual Constitución Política. A juicio del profesor Figueroa Yáñez, no es de extrañarse que la mencionada legislación haya resultado sobrepasada y entrado en contradicción con las nuevas disposiciones constitucionales. Así sucede, en su opinión, en relación con el Art. 19 N° 2 inc.2° de la Constitución, que dispone que “ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”. A su entender, esa disposición constitucional deroga tácitamente toda la normativa civil preexistente, en tanto dicha normativa contenga “diferencias arbitrarias”. Las diferencias entre las distintas clases de hijos parten de un hecho preciso: si el hijo se generó dentro o fuera del matrimonio de sus padres. Esta distinción le parece arbitraria, frente a la disposición del Art. 19 N° 1 de la Constitución, que declara que “los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. En este caso, explica el profesor Figueroa, la ley discrimina contra los hijos ilegítimos, que no nacen iguales en derechos a los legítimos y esta discriminación es una diferencia arbitraria.

d) Dice el autor: “Nos parece que, para la ley, todas las relaciones entre padres e hijos deben regirse por un mismo estatuto jurídico, y en consecuencia, deben producir los mismos efectos. Esto no significa que deban unificarse los medios para determinar la filiación. En efecto, si los padres se encuentran casados, la paternidad y maternidad pueden determinarse de manera diferente que si ellos no han contraído matrimonio, puesto que en la primera posibilidad el hecho mismo del matrimonio puede convertirse en prueba convincente. En el segundo caso, la determinación de la filiación, especialmente de la paternidad, puede resultar más difícil”.

“Sostenemos que –luego de determinar la filiación por distintos medios– los hijos que son producto de matrimonio y los que no lo son deben recibir un trato igualitario. La denominación misma de “hijos naturales” o de “hijos ilegítimos” debe desaparecer porque es discriminatoria y peyorativa: pensamos que la ley debe denominar simplemente “hijos” a unos y a otros. Este trato igualitario debe complementarse con la posibilidad de una amplia investigación de la paternidad y de la maternidad, pues de nada serviría que la ley suprimiera las discriminaciones entre unos hijos y otros, si negara

<sup>13</sup> *Ibíd*, pág. 72. En sentido contrario, véase Hernán Corral Talciani, *Constitución, Pareja y Familia*, El Mercurio, viernes 3 de noviembre de 1995, para quien el modelo de familia que la ley propone (no impone) es el de la familia organizada por medio del matrimonio.

a los que nacieron fuera de matrimonio acreditar su verdadera filiación. En esta materia, nos parece que debe aceptarse todo tipo de pruebas, incluso las biológicas”.

“La igualdad de trato que preconizamos -continúa el autor- entre los hijos actualmente llamados legítimos y los que la ley denomina ilegítimos (naturales e ilegítimos propiamente tales) no se fundamenta tan sólo en la letra del Art. 19 N° 2 de la Constitución Política, que rechaza las diferencias arbitrarias. La proposición rebasa con mucho los límites de una interpretación literal del precepto constitucional. En efecto, es toda una concepción de persona la que está en juego en este asunto. Estimamos que cada persona nace revestida de la dignidad de la especie, y goza de la igualdad y libertad consustanciales con su esencia, sin que pueda ser discriminada en razón de su origen (o de su raza, sexo, nacionalidad, profesión, religión o cultura). La discriminación de la ley chilena respecto de los hijos es una discriminación en razón de su origen, esto es, si los padres estaban o no casados al momento de nacer el hijo. La discriminación es aun más aberrante si se considera que éste es un hecho externo al hijo, del que no puede resultar responsable”.

e) Concluye el profesor Figueroa diciendo: “Algunos autores han pensado que el fundamento de esta discriminación entre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio de sus padres es el deseo del legislador de proteger por esta vía “la institución del matrimonio”. “Nosotros creemos que si se trata de una colisión de diversos intereses jurídicos, deben predominar los principios de dignidad e igualdad entre las personas, la protección a su intimidad y a su honor, e incluso el principio de libre búsqueda de la verdad, a través de la investigación de la paternidad y de la maternidad. Especialmente trascendente parece, en el orden de los principios, el de protección y defensa de todos los niños, cualquiera que sea su origen. Creemos, además, que el valor del matrimonio no se disminuye por el hecho de reconocer derechos igualitarios a la filiación extramatrimonial”.<sup>14</sup>

12) Esta corriente de pensamiento encontró acogida en el Poder Ejecutivo durante la discusión de la Ley N° 19.585, en la cual la señora Ministra del Servicio Nacional de la Mujer,<sup>15</sup> “consultada sobre el concepto de familia, aclaró que en las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución no quedó claro que ella debía basarse en el matrimonio”. Y agregó: “La Comisión Nacional de la Familia, en la cual participó el Sernam, concluyó que familia es aquel grupo humano ligado por vínculos de parentesco, de

<sup>14</sup> Ibíd, págs.104 a 106.

<sup>15</sup> La intervención de doña Josefina Bilbao Mendezona aparece en el Acta de la Sesión 33ª, del martes 30 de agosto de 1994, página 3.697, publicada en el Boletín de Sesiones de la Cámara de Diputados.

matrimonio o por uniones estables durante un período de tiempo, concepto con el cual está de acuerdo”.

Las opiniones de la señora Ministra son, en nuestro parecer, equivocadas, según lo pasaremos a demostrar:

a) La Constitución Política de la República atiende a la familia basada en el matrimonio, según aparece por vía ejemplar en la Sesión N° 191 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, efectuada el 19 de Marzo de 1976, de la cual se pueden extraer las siguientes afirmaciones de los señores Comisionados: “El señor Evans: “el fundamento legal de la familia es el matrimonio”. El señor Díez: “la legislación sí debe tender a que marido y mujer vivan, con sus hijos”. El señor Ovalle: “la familia puede derivar de un matrimonio o de matrimonios sucesivos”.

b) Don Pedro Lira Urquieta, en su libro “El Código Civil y su época”, pág.63, dice: “El legislador del Código Civil no vaciló en admitir el matrimonio monógamo e indisoluble como la base única de la familia, y por ende, como el fundamento de la sociedad”.

c) Por eso, el Título V de la Ley sobre Registro Civil establece “Medidas que favorecen la Constitución Legal de la Familia”, disponiendo el artículo 51: “Los Oficiales del Registro Civil visitarán su respectiva comuna o sección, en la forma que determine el reglamento, a fin de procurar la celebración del matrimonio del hombre y la mujer que, haciendo vida marital, tengan hijos comunes”.

“Durante su visita, harán las inscripciones de nacimiento que procedan, denunciarán aquellos que no se hubieren inscrito en época oportuna y cuidarán de que esas inscripciones se verifiquen”.

d) La Ley N° 19.335 de 1994, creó la institución de los bienes familiares con el ánimo de amparar la familia fundada en el matrimonio, como lo demuestran los nuevos artículos 141 y siguientes del Código Civil. Curiosamente, para los fines de la Ley N° 19.585, se cambió radicalmente el concepto de familia, ampliándola a aquella formada sin que medie matrimonio entre los padres.

13. Los distintos credos religiosos expresaron su criterio sobre estas materias durante el debate parlamentario de la Ley N° 19.585, y entre ellos, representantes de la Iglesia Católica.

El sacerdote jesuita Tony Mifsud manifestó ante la Comisión del Senado “que el argumento de mantener la actual legislación para defender a la

familia resulta éticamente contradictorio, porque el fin no puede justificar cualquier medio: “no se defiende la familia por medio de la mentira (no reconociendo al hijo como hijo sin adjetivos) y la injusticia (no otorgar a este hijo sus derechos correspondientes), sino mediante la fidelidad (teniendo al hijo dentro del matrimonio). En el fondo, el fin de proteger la familia mediante la institución del matrimonio no puede lesionar los derechos y dañar el buen nombre del hijo inocente”. Terminaba preguntándose el Padre Mifsud: “¿Cómo es posible proteger a la familia (fin) a costa de hijos inocentes (medio)?”.<sup>16</sup>

El Obispo de San Bernardo, Monseñor Orozimbo Fuenzalida, en carta de 2 de junio de 1998,<sup>17</sup> manifestó:

“Todo el país –creo sin excepción– reconoce la necesidad de legislar con el fin de terminar injustas discriminaciones que quizá en otro tiempo no chocaban, pero que hoy gracias a la mayor sensibilidad que existe sobre temas que pueden afectar la dignidad humana, se estiman insostenibles. La distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, contenida en nuestra legislación civil, es uno de aquellos aspectos que hoy muchas personas consideran necesario modificar, porque crea odiosas diferencias. En tal sentido pienso que la iniciativa que el Poder Ejecutivo ha tenido al promover la dictación de esta ley es positiva y va en el camino de una mayor justicia entre los chilenos, especialmente respecto de aquellos que puedan sentirse injustamente discriminados”.

“Sin embargo, me parece que el establecimiento en la ley de un régimen de filiación es una decisión que no puede adoptarse sin tener en cuenta el tipo de familia considerado como propio de un país y que recibimos como herencia de nuestra historia y de la cultura cristiana de la que formamos parte. Desde siempre la perpetuación de la especie humana se ha considerado que es una misión que corresponde efectuar al interior de la familia legalmente constituida y por ello el ordenamiento jurídico que valora un tipo de familia fundado en el matrimonio y no en otra clase de uniones, vinculó a ese modelo la filiación, regulando la misma de modo diverso según que una persona viniera a la vida dentro o fuera del matrimonio. En tal sentido, la distinción entre los hijos viene exigida por la misma existencia o no de un vínculo matrimonial entre los padres y no resulta posible hacer desaparecer tal distinción por un simple artificio legal, sin fundamentos en la realidad de lo que las cosas son”.

“Como se ha señalado, aun cuando se cambie la denominación jurídica de

<sup>16</sup> Boletín del Senado, sesión 24ª, martes 14 de enero de 1997, página 2749; sesión 17, martes 4 de agosto de 1998, página 1614; y sesión 12ª, anexo de documentos, página 1593.

<sup>17</sup> Sesión 17ª del Senado, del martes 4 de agosto de 1998, Diario de Sesiones del Senado.

los hijos, nunca podrá ser igual nacer dentro del matrimonio que fuera. En este sentido, **el proyecto, me parece, abandona una tradición jurídica asentada y provocará una grave crisis moral al desincentivar el matrimonio legal. Por ello, pienso que era muy adecuado el intento de introducir una distinción entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, que, por desgracia, no ha prosperado**".

"En efecto, tal como será aprobada esta ley, provocará trastornos muy serios en la certeza con que nuestra legislación afirma la validez del vínculo matrimonial y de la familia que nace del mismo, como un elemento esencial de nuestra vida social. Como pastor, puesto por Dios para llevar a los hombres por el camino del bien moral, creo que dicha ley no contribuirá a reafirmar esos valores. Por el contrario, introducirá inseguridades morales y jurídicas que podrían haberse evitado y que afectarán, sobre todo, a quienes no han tenido acceso a la cultura y a una adecuada formación moral. En este sentido, los parlamentarios que han dado su aprobación a este proyecto se harán responsables ante la historia de los males que para la constitución de la familia se seguirán de la aprobación de esta ley".

"No es mi objeto entrar en análisis jurídicos que no son de mi competencia y que no van al punto central de las preocupaciones de la Iglesia. Creo que en toda la discusión de la ley, tanto a nivel parlamentario como de opinión pública, se han introducido razonamientos que más han mirado aspectos sentimentales, de por sí importantes, pero no únicos, que razones verdaderas y de fondo para defender los postulados del proyecto de ley."

"Para cualquier persona razonable no se puede esconder que desde ciertos ambientes ideológicos se ha pretendido con esta ley afirmar un concepto de familia diverso al que constituye nuestra tradición ética y –según conocidos constitucionalistas– distante de la concepción de familia afirmada en la Carta Fundamental".

"Como señalé en un artículo publicado en El Mercurio, aquí ha existido silencio, un silencio cómplice de un cambio ideológico que se pretende introducir en nuestras concepciones. No soy un jurista y no me corresponde dar explicaciones de ese tipo, pero las relaciones jurídicas para que sean justas deben estar fundadas en los valores verdaderos y en la justicia para con unos y otros. Si no, no habrá paz en Chile, porque no la habrá en la familia. Y no la habrá en las familias por los ideologismos de algunos, que intentan imponernos desde posiciones de poder otros valores culturales y morales muy distintos a los que han formado la nación chilena".

"El punto moral que plantea esta ley es de difícil solución, pues se trata de conjugar adecuadamente el término de una distinción que se estima odiosa

con la necesidad de que dicho proceder no reste fuerza a la familia fundada en el matrimonio. Sin excepción, en la discusión parlamentaria que ha tenido lugar se señala que con esta legislación en nada se pretende modificar las bases de una concepción de familia fundada en el vínculo legal”.

“Desde un punto de vista ético, en el juego de dichos valores no es suficiente afirmar que siendo la dignidad del hijo superior al bien del matrimonio, un cambio legal que mejore y respete esa dignidad puede hacerse, sin más, aun cuando tengamos certeza de que provocará un mal cierto en la constitución de la familia. Se trata de una postura simplista y no exenta de error”.

“Dicha opinión, que consta en las actas de la Cámara de Diputados y del Senado como sostenida por el sacerdote **Tony Mifsud s.j.**, que acudió a las respectivas comisiones enviado por la Conferencia Episcopal, **fue dada a título personal**, según se señala en ellas, y no representa mi pensamiento ni el de una mayoría importante de mis hermanos en el Episcopado. Esta circunstancia la hice presente en una carta a El Mercurio, en marzo de 1997, sin que nadie en el Senado se haya preocupado de pedir una opinión autorizada de los Obispos de Chile en esta materia. Por el contrario, he sabido que en diversos foros y lugares, algunos senadores han dicho que la opinión de la Iglesia es la de este sacerdote. Quiero dejar muy claro que ella no me representa, por ser, como han señalado varios pastores –entre ellos Monseñor Antonio Moreno, Arzobispo de Concepción, Monseñor Bernardo Cazzaro, Arzobispo de Puerto Montt– contraria al pensamiento de muchos pastores de la Iglesia”.

“Asimismo, se ha afirmado que no es posible que para mantener la institución matrimonial fundada en el vínculo legal, se establezcan en la ley distinciones que afectan la dignidad del hijo, mediante la diferenciación entre legítimos e ilegítimos. Todos compartimos la afirmación de que el fin no justifica los medios. No se puede defender la familia legalmente constituida a costa de la dignidad y derechos de los hijos nacidos fuera del matrimonio, se ha señalado. Se trataría de un medio ilícito e inmoral para su defensa. **Lo que subyace en esta afirmación es una falsa disyuntiva: la oposición entre la “persona” y la “institución”. Parecería que la defensa de la “institución” se hiciera a costa de la “persona”. La incompreensión de esta relación recíproca es grave. La institución no es algo que se añade ‘desde fuera’ a la comunión de personas que integran la familia, sino que se trata más bien de una institucionalización del amor conyugal y filial en su dinamismo inmanente. De ahí que la defensa del matrimonio y de la familia tenga por fin el bien de las personas que lo constituyen, y no al revés. Los hijos, como personas que son, tienen el derecho a nacer de un matrimonio y crecer en una familia estable, como lo ha recordado recientemente la Conferencia Episcopal**

(*La Iglesia Católica y la ley de filiación*, n. 5, 30 de junio de 1998). Esa garantía se la debe dar y asegurar el legislador a través de la defensa del matrimonio y la familia. No hacerlo sería una discriminación. Lo que sería ilícito e inmoral es, pues, destruir o impedir aquello a que los hijos tienen derecho. La adecuada jerarquía de valores exige que la defensa del "fin" de la persona pase por el fortalecimiento del matrimonio y de la familia como "medio". Me parecen luminosas en este sentido unas palabras del Papa Juan Pablo II: "La familia como institución ¿qué espera de la sociedad? Ante todo, que sea reconocida en su identidad y aceptada en su naturaleza de sujeto social. Esta va unida a la identidad propia del matrimonio y de la familia. El matrimonio, que es la base de la institución familiar, está formado por la alianza "por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de los hijos". Sólo una unión así puede ser reconocida y confirmada como "matrimonio" en la sociedad. En cambio no lo pueden ser otras uniones interpersonales que no responden a las condiciones recordadas antes, a pesar de que hoy día se difunden, precisamente sobre este punto, corrientes bastante peligrosas para el futuro de la familia y de la misma sociedad" (**Juan Pablo II, Carta a las Familias, 1994, Año de la Familia, n.17**).

"Por otra parte, el intentar probar que el legislador civil quiso amparar el matrimonio legal mediante la distinción entre los hijos, es cuestión que no resiste un análisis lógico, pues lo que el legislador ampara con la distinción es el simple hecho de que por su misma naturaleza existe una realidad diversa entre un hijo que nace en un matrimonio legítimo y los que nacen en otro tipo de uniones. Todos merecen vivir dignamente, pero distinguir entre unos y otros no es discriminación: es solamente atenerse a la realidad. No hay discriminación, por ejemplo, en la diferencia existente entre un hijo matrimonial y otro adoptado: la diferencia la exige la distinta realidad de uno y otro. **La verdad no es discriminatoria. La justicia exige dar a cada uno lo suyo, y "lo suyo" en este caso viene establecido por la misma naturaleza y no de manera artificiosa.** El mismo Tribunal Constitucional chileno ha señalado que "el principio de igualdad significa que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentran en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentran en situaciones diferentes", y resulta evidente que existe una desigualdad entre el hijo que nace dentro de un matrimonio legal y el que nace fuera de esa relación, desigualdad que por ser antecedente, no puede la ley hacer desaparecer".

"Resulta, por el contrario, muy peligroso el desincentivo que se dará con este proyecto de ley al matrimonio, pues éste ya no sería el camino normal para la procreación responsable y humana, a la altura de la dignidad de los hijos. De ahí el convencimiento de la Iglesia de que la defensa de la dignidad

humana pasa primariamente por el fortalecimiento del matrimonio y la familia. El proyecto de ley al ordenar la filiación sólo en base a la realidad biológica reduce a un mínimo las exigencias éticas y jurídicas exacerbando con ello injusticias que ya existen y promoviendo otras nuevas. Se requiere, por tanto, perfeccionar el análisis legislativo de este proyecto para que se atenga al rigor jurídico y moral que Chile espera”.

“La Iglesia ha defendido siempre la igualdad radical de todas las personas, oponiéndose así a las diversas inercias históricas, enseñando que cualquier discriminación es aberrante y eliminando de sus normas tales distinciones. A modo de ejemplo, la legislación canónica (1983) ha mantenido la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos. Así, “Son legítimos los hijos concebidos o nacidos de matrimonio válido o putativo” (canon 1137 del Código de Derecho Canónico). Sin embargo, tal distinción no tiene efectos sobre los derechos y deberes de los fieles cristianos en la Iglesia. La historia de la humanidad no puede sino confirmar que la Iglesia ha sido siempre pionera en la defensa de la dignidad de todas las personas, y de la intangibilidad de sus derechos. Hay, pues, una igualdad esencial entre los hijos legítimos e ilegítimos en cuanto a su dignidad personal, en su condición de ciudadanos, y de miembros de la Iglesia, como la hay, por ejemplo, entre hombres y mujeres. Sin embargo, dicha igualdad esencial no debe confundirse con la diversidad accidental de cada uno de ellos en la situación familiar concreta que les ha tocado vivir. Igualar lo diferente es injusto. A cada uno de ellos hay que darle lo que corresponda, de manera que se consiga una verdadera igualdad en la diversidad. El solo hecho de no existir matrimonio entre sus padres es ya una diferenciación; es el hecho que se impone al Derecho, y que éste no puede desconocer sin desconocer a la vez el matrimonio”.

“No se puede hacer responsables a los hijos de la moral sexual de los padres, haciéndolos caer sobre ellos el estigma de la ilegitimidad, ha sido otro de los argumentos que se han dado. Efectivamente, la responsabilidad de los padres debe ser, al respecto, total. La moral cristiana siempre lo ha enseñado así: los pecados y las virtudes son personales, y de ello habrá que dar cuenta estrecha. El legislador debe ser por ello muy acucioso al momento de exigir a dichos padres que reconozcan en sus hijos su propia paternidad, con todos los derechos inherentes: patria potestad, alimentos, herencia. Una filiación con paternidad desconocida es atentatoria a la dignidad humana. Los padres deben, por tanto, reconocer el status pleno que estos hijos tienen, y, a la vez, deben ser conscientes, por la fuerza de los hechos y circunstancias, que el status familiar de un hijo traído a la vida fuera del matrimonio es diferente. Querer igualarlos arbitrariamente es atentatorio contra los hijos matrimoniales: es imponer sobre los hijos legítimos la injusticia de sus irresponsabilidades, produciendo luego entre

todos ellos una tensión ficticia. Cabe aplicar aquí aquella sentencia lógica: **“distinguir sin separar, unir sin confundir”**. Desde una perspectiva sociológica, una legislación que simplemente elimina estos elementos, haciendo desaparecer todo tipo de sanción moral al respecto, es un llamado a no asumir las responsabilidades. Más aún, considerando que en el ámbito de la moral sexual venimos sufriendo una confusión de ideas no pequeña, una legislación como la que se está a punto de aprobar, será, sin duda, un nuevo elemento para aumentar dicha promiscuidad. Creo que en una materia tan delicada como ésta, no se puede olvidar **el valor pedagógico, orientativo, que por su propia naturaleza debe tener toda ley, especialmente entre las personas con menos cultura, que identifican el bien moral con lo que manda o permite la ley.**”

“Otro argumento señalado para aprobar la legislación en trámite es aquel que se funda en las estadísticas. Se preguntan sus promotores si acaso en el actual régimen filiativo cerca del 40% de los hijos nace fuera del matrimonio: ¿No será acaso un indicio de que la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos es inútil, ya que no es un incentivo a favor de la familia legalmente constituida a través del matrimonio? Me parece que se trata de un análisis positivista y funcionalista, en una materia donde no se puede razonar y legislar sólo en base a los datos estadísticos, no pocas veces mañosamente adulterados o manipulados. **Este argumento no se pregunta sobre lo que las cosas son en sí mismas, sino a lo sumo cómo funcionan.** Se confunde así entre la estructura intrínseca de una realidad –en este caso la familia fundada en el matrimonio–, y su falencia funcional, coyuntural. La ley no puede limitarse a “fotografiar” la realidad tal cual se da; sino encauzarla pedagógicamente a lo que debe ser, tras la defensa del derecho de los hijos a nacer en una familia estable, producto de un matrimonio indisoluble”.

#### **D. Las reformas legislativas**

14. En el último decenio se han dictado diversas leyes que inciden en la familia y en el orden familiar, las que se pasarán a enumerar a continuación:

- a) La despenalización del adulterio, por el artículo 34 de la Ley N° 19.335, de 1994;
- b) Los efectos unitarios de la filiación matrimonial y no matrimonial, según la Ley N° 19.585, de 1998;
- c) La filiación de los hijos concebidos mediante técnicas de reproducción humana asistida, de acuerdo con el artículo 182 de la Ley N° 19.585 de 1995, sin que previamente se dictase una ley de protección del genoma humano;

d) La despenalización de la sodomía de los mayores de 18 años, conforme lo establece la Ley N° 19.617, de 1999, que modificó el artículo 365 del Código Penal;<sup>18</sup>

e) La despenalización de las relaciones incestuosas entre parientes por afinidad, según la Ley N° 19.617, de 1999, que modificó el artículo 364 del Código Penal y lo reemplazó por el nuevo artículo 375 del mismo cuerpo legal;<sup>19</sup>

f) Desde la óptica procesal de las acciones penales, la Ley N° 19.617, de 1999, produjo un mejoramiento en la persecución del delito de estupro, pero desmejoró la calidad de las acciones para perseguir el acceso carnal sodomítico o lésbico a menores de 18 años, así como las acciones abusivas a menores y la pornografía.

El profesor Mario Rojas Sepúlveda en su clase de 27 de octubre de 1999, en el Seminario sobre Delitos Sexuales ya citado, en notas de este texto, presentó el siguiente cuadro comparativo:

<b>Estatuto antiguo</b>	<b>Estatuto nuevo</b>
<b>- Acción penal pública:</b> * Incesto; * Sodomía; * Abusos deshonestos; * Delitos relacionados con la prostitución; y * Violación o sodomía con resultado de muerte.	<b>Acción penal pública:</b> * Incesto; * Delitos relacionados con la prostitución; y * Violación con homicidio.
<b>- Acción penal mixta:</b> * Violación; y * Rapto	<b>Acción penal mixta:</b> * Violación; * Estupro; * Acceso carnal sodomítico o lésbico a menores de 18 años de edad; y * Acciones abusivas a menores y pornografía.
<b>- Acción penal privada:</b> * Estupro	

<sup>18</sup> El profesor Luis Bates Hidalgo, en su exposición en el Seminario sobre Delitos Sexuales, efectuada el lunes 25 de octubre de 1999, en la Universidad del Desarrollo, hizo ver que al discutirse y aprobarse la despenalización de la sodomía de los mayores de 18 años, llegó al Parlamento una comunicación de Naciones Unidas en la que representaba que el delito de sodomía importa una forma de discriminación.

<sup>19</sup> El profesor Hugo Rivera Villalobos, en su charla del martes 26 de octubre de 1999, en el mismo Seminario, comentó que el profesor Juan Bustos se manifiesta partidario de despenalizar el delito de relaciones incestuosas entre parientes por consanguinidad, criterio que el expositor dijo no compartir.

g) La Ley N° 19.585, de 1998, da menos seguridad a la madre para tener bajo su cuidado a sus hijos. Así resulta de la modificación introducida al artículo 223 (antiguo) y su reemplazo por el nuevo artículo 225.

Código Civil (texto antiguo)	Código Civil (texto nuevo)
<p>Art. 223. A la madre divorciada, haya dado o no motivo al divorcio, toca el cuidar personalmente de los hijos menores. Sin embargo, no se le confiará el cuidado de los hijos, cuando por su depravación sea de temer que se perviertan.</p> <p>En estos casos, o en el de hallarse inhabilitada por otra causa, se confiará el cuidado personal de los hijos al padre.</p> <p>La circunstancia de haber sido el adulterio de la madre lo que ha dado causa al divorcio, deberá ser considerada por el juez como un antecedente de importancia al resolver sobre su inhabilitación. Lo dicho en este inciso se aplicará, en su caso, al padre.</p>	<p>Art. 225. Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos. No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades.</p> <p>En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.</p> <p>Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.</p>

15. De la relación efectuada, parece evidente que las despenalizaciones del adulterio, de la sodomía de los mayores de 18 años de edad y de las relaciones incestuosas entre parientes por afinidad, debilitan el sano orden de la familia.

## E. Proyectos legislativos en estudio en el Congreso Nacional

Existen en tramitación en el Congreso Nacional un proyecto sobre divorcio vincular, patrocinado por doña Mariana Aylwin y don Ignacio Walker, y otro, referido a la fertilización asistida.

## F. Debate político

Se escuchan voces proclives a la despenalización del aborto –en especial, del denominado aborto terapéutico– y no está lejano el día en que se discuta sobre el derecho a la eutanasia.

### Conclusiones:

1. La despenalización del adulterio, contenida en el artículo 34 de la Ley N° 19.335, que derogó los artículos 375 al 381 del Código Penal, significó dejar sin sanción criminal este grave atentado al orden de la familia.<sup>20</sup>

2. La igualdad de los efectos de la filiación matrimonial y no matrimonial reconoce de manera indirecta el concubinato y las uniones de hecho como fuentes de la familia, en circunstancia que el artículo 1° de la Constitución Política de Chile no tiene esa amplitud.

La Ley N° 19.585 se acerca así y amplía la extensión de las ideas del tratadista puertorriqueño don Pedro Silva Ruiz, quien señala: “Mi propuesta de que se reconozca legislativamente el concubinato, asignándosele los efectos que oportunamente podamos discutir, se sostiene en los argumentos siguientes: a) El concubinato no es una relación ilegal, mientras que el queridato lo es, ya que una de las partes está casada. b) Aunque seguiría reconociendo al matrimonio como una de las bases de donde surge la familia, no suscribiría la frase de que “sin matrimonio no hay familia”. c) La falta de reconocimiento legal del concubinato tiene la consecuencia de que en Puerto Rico muchas personas no puedan participar en los programas federales que conceden ayuda económica y en los cuales se requiere la existencia de un matrimonio. d) El concubinato es una alternativa

<sup>20</sup> Don Pablo Rodríguez Grez en *Debate Responsable*, El Mercurio de 28 de marzo de 1994, dice que las leyes que sancionan el adulterio no pasan de ser una especie de “amenaza” latente que carece de todo sentido práctico o eficacia.

cultural al matrimonio. El matrimonio se escinde en dos alternativas culturalmente permisibles. Aun cuando el matrimonio legal es, en términos generales, el preferible, no alcanza tal grado de preferencia sobre la unión consensual hasta el extremo de inducir a todo el mundo a aceptar esa fórmula. Existen ambos patrones a la vez, y aun cuando todo el mundo, de labios afuera, rinde culto a la superioridad de uno de los enlaces, aproximadamente una cuarta parte de la población casada practica el otro" (Citado por Leslie Tomasello Hart, *Estudios de derecho privado*, p.p.266 y 277).

Hay una aproximación a:

**El Código de Familia de Cuba**, de 1975, sobre "Matrimonio no formalizado" dispone:

**Art. 18:** "La existencia de una unión matrimonial entre un hombre y una mujer con aptitud legal para contraerla y que reúna los requisitos de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos propios del matrimonio formalizado legalmente cuando fuere reconocida por el tribunal competente. Cuando la unión matrimonial estable no fuere singular, porque uno de los dos estaba unido en matrimonio anterior, el matrimonio surtirá plenos efectos legales a favor de la persona que hubiere actuado de buena fe y de los hijos habidos de la unión".

**Art. 19:** "La formalización o el reconocimiento del matrimonio entre el hombre y la mujer unidos en la forma señalada en el artículo que antecede, retrotraerá sus efectos a la fecha de iniciada la unión, de acuerdo con lo manifestado por los cónyuges y testigos en el acta".

**Art. 20:** "La ejecutoria recaída en el proceso sobre existencia de la unión matrimonial en el libro de la sección correspondiente".

**El Código de la Familia de Bolivia**, contenido en el Decreto Ley N° 10.426, de 23 de agosto de 1972, entró en vigencia el 26 de agosto de 1977 y establece en el Título V, Capítulo único, la unión libre o de hecho. El artículo 158 dice: "Se entiende haber unión conyugal libre o de hecho cuando el varón y la mujer voluntariamente constituyen hogar y hacen vida en común en forma estable y singular, con la concurrencia de los requisitos establecidos por los artículos 44 y 46 al 50". Estos últimos preceptos establecen las exigencias para contraer matrimonio. Y el artículo 159 prescribe: "Las uniones conyugales libres o de hecho que sean estables y singulares producen efectos similares al matrimonio tanto en las relaciones personales como patrimoniales de los convivientes. Pueden aplicarse a dichas uniones las normas que regulan los efectos del matrimonio, en la medida compa-

tible con su naturaleza, sin perjuicio de las reglas particulares que se dan a continuación”.

La profesora María Dora Martinic Galetovic<sup>21</sup> explica que en Bolivia el porcentaje de población indígena alcanza aproximadamente a un 60%, la cual se encuentra ancestralmente arraigada a la práctica del sirvinacu o tantanacu, que configuran relaciones prematrimoniales, consistentes en que la mujer va a vivir a la casa del varón por uno o dos años para determinar “si se avienen”. Si es así, continúan conviviendo o contraen matrimonio... La solución constitucional y legislativa que se ha dado en ese país está basada pues en una realidad distinta a la nuestra y es una manera -como dice la profesora Martinic- de integrar efectivamente a las comunidades indígenas a las normas que reglan las relaciones de familia -y agregamos- sin hacerlo coactivamente ni desconociendo la convivencia colectiva de estos grupos sociales.

No debe extrañar, entonces, que el artículo 131 de la Constitución Política del Estado de Bolivia, de 24 de noviembre de 1945, disponga: “Se reconoce el matrimonio de hecho en las uniones concubinarias, con el solo transcurso de dos años de vida en común, verificada por todos los medios de prueba o el nacimiento de un hijo, siempre que las partes tengan capacidad legal para contraer matrimonio”; y que el Art. 195 de esa Carta diga: “Todos los hijos sin distinción de origen tienen los mismos derechos y obligaciones frente a sus padres”.

En el Perú, el índice de población indígena asciende a más del 50% de los habitantes. La legislación peruana ha buscado también la solución al problema de las uniones conyugales libres o de hecho.

La Constitución Política de 1979, en el Capítulo II, “De la Familia”, señalaba en su artículo 9°: “La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales en cuanto es aplicable”.

El inciso 2° del artículo 6° de la misma Carta decía: “Todos los hijos tienen iguales derechos. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad”.

Hay que advertir que dicho Cuerpo Constitucional fue reemplazado el año

---

<sup>21</sup> *El concubinato y figuras afines: un caso de marginalidad jurídica*, en *Familia y Personas*, Coordinación Enrique Barros B. Ed. Jurídica, 1991, págs. 67 y ss.

1993, quedando la norma del artículo 9° en el actual artículo 5°, manteniendo su numeración el artículo 6°, modificándose el nombre del Capítulo II, que se denomina ahora "De los Derechos Sociales y Económicos".

El **Código Civil peruano** (1984) señala en su artículo 326 que "La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos. La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba por escrito. La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le corresponden de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales. Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido".

O con las Constituciones de:

**El Salvador**, que establece:

"El Estado fomentará el matrimonio, pero la falta de éste no afectará el goce de los derechos que se establezcan a favor de la familia".

"La ley... regulará asimismo las relaciones familiares resultantes de la unión estable de un varón y de una mujer".

Por su parte, la carta fundamental de **Haití** prescribe:

"El Estado debe igual protección a todas las familias, sea que se hayan constituido o no por los vínculos del matrimonio".

En igual sentido, la ley fundamental de **Nicaragua** expresa:

"El matrimonio y la unión de hecho estable están protegidos por el Estado; descansan en el acuerdo voluntario del hombre y de la mujer; podrán disolverse por mutuo consentimiento o por la voluntad de una de las partes. La ley regulará esta materia".

Finalmente, la Constitución de **Colombia** afirma:

"La familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla".

La cercanía del Proyecto de la Ley N° 19.585 a las legislaciones recién citadas revela la reactualización del proyecto de ley que sobre la materia elaborara el Ministerio de Justicia a fines de 1972 y principios de 1973. El artículo 1° de ese proyecto expresaba: “Todos los hijos son iguales ante la ley, hayan nacido dentro o fuera del matrimonio”. Se prohibía, asimismo, toda discriminación por causa de filiación. El artículo 12 legalizaba la convivencia de un hombre y una mujer que hubieren cohabitado durante dos o más años, sin estar casados entre sí, presumiéndose que el hijo concebido durante esa convivencia tiene por padre al conviviente. Se inspiraba “en la circunstancia de que los hijos no tienen por qué cargar con la ilegitimidad de las relaciones de sus progenitores ni tienen por qué estar en desventaja con los concebidos en matrimonio”.

Su objetivo era “la formación de una nueva moral inspirada en valores solidarios y de justicia social, dejando para siempre el individualismo que ha inspirado la mayor parte de la legislación civil”.

3. La filiación tecnológica o legal contemplada en el artículo 182 de la Ley N° 19.585 permite la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida sin velar por el Estatuto Jurídico del Embrión ni regular el origen, uso, conservación y disposición de los gametos masculinos y femeninos<sup>22</sup>

4. La despenalización de la sodomía entre mayores de 18 años de edad<sup>23</sup> y de las relaciones incestuosas entre parientes por afinidad,<sup>24</sup> ciertamente desprotege el buen orden de las familias.

5. El proyecto sobre divorcio vincular, en actual tramitación en el Congreso Nacional, revela que –consciente o inconscientemente– se pretende rebajar el vínculo conyugal a una unión eminentemente precaria y como tal incapaz de dar estabilidad y permanencia a la familia.

6. Los intentos por despenalizar el aborto y la eutanasia son indicios de la denominada cultura de la muerte, que, al prescindir de una dimensión espiritual trascendente de las personas, trata a la vida como un producto desechable.

7. En momentos históricos en que el matrimonio y la familia son objeto de

---

<sup>22</sup> Rafael Vicuña en *Fronteras Inquietantes*, artículo publicado en El Mercurio, E-20, domingo 12 de Septiembre de 1999, explica los riesgos de la experimentación con células de embriones humanos y expresa su preocupación de que buena cantidad de los experimentos reducen la vida humana a una categoría de bien transable.

<sup>23</sup> El N° 10 del Art. 1° de la Ley N° 19.617, de 1999, reemplazó el artículo 365 del Código Penal.

<sup>24</sup> El N° 9 del Art. 1° de la ley N° 19.617, de 1999, derogó el artículo 364 del Código Penal y fijó un nuevo texto al artículo 375 del mismo Código.

muchas fuerzas que tratan de destruirlos o deformarlos,<sup>25</sup> se siente de manera más viva y acuciante la necesidad de robustecerlos, asegurando su plena vitalidad, así como su promoción humana y espiritual, enraizada en nuestra tradición, principios y valores de la cultura cristiana occidental y no en corrientes de pensamientos ajenas a nuestra idiosincrasia y que afectan al bien común de la sociedad.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Enrique Barros Bourie, en *Notas históricas y comparadas sobre el nuevo ordenamiento legal de la filiación*, publicadas en el *Nuevo Estatuto de la Filiación en el Código Civil Chileno*, página 43, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, dice: "Con razón un autor, refiriéndose a esta evolución del derecho comparado, se ha preguntado recientemente si está en presencia de una despedida del matrimonio burgués" (Hans-Martin Pawlowski, *Abschied von der "Bürgerlichen Ehe"?*, en *Juristenzeitung*, pp. 1032 ss. (1998).

<sup>26</sup> Parecen oportunas las palabras del profesor Pablo Rodríguez, escritas en su artículo *Debate Responsable*, *El Mercurio* de 28 de marzo de 1994: "las reformas que con más fuerza han arraigado entre nosotros son aquellas que no han trastocado totalmente los principios jurídicos que inspiran las instituciones vigentes, sino aquellas que prudentemente se han cimentado en los pilares de aquellas que se modifican y modernizan. Las demás reformas han sido efímeras o sus resultados han sido perniciosos".