

# Hacia un nuevo derecho de familia

**Pablo Rodríguez Grez**

Decano Facultad de Derecho  
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

## I. La realización espontánea del derecho

Entre las bases esenciales del “estado de derecho”, vale decir, entre sus presupuestos ineludibles, se encuentra la llamada “**realización espontánea del derecho**”. Ello implica que si bien la “eficacia” no es requisito de validez jurídica, un incumplimiento generalizado hace imposible la regulación normativa de la vida social. Los órganos del Estado encargados de aplicar la sanción coercitiva que lleva aparejada el incumplimiento de la norma jurídica, elemento que la caracteriza respecto de todas las demás (trato social, morales, técnicas, religiosas, etcétera), están contruidos para sancionar infracciones **excepcionales**, mas no la violación generalizada del mandato normativo. En consecuencia, el cumplimiento voluntario por parte de la comunidad es el pie forzado que hace posible la existencia y funcionamiento eficiente del ordenamiento jurídico.

Surge, en este orden de ideas, una pregunta obligada. ¿De qué depende el cumplimiento espontáneo del derecho vigente? ¿Qué hace que los imperados opten por acatar el mandato jurídico sin la intervención del Estado a través de la aplicación de una sanción? No cabe duda que las razones son muchas, pero entre ellas prevalece la identidad entre los principios morales que comparte la sociedad y el contenido material del ordenamiento jurídico. En otros términos, el derecho, como dijo Jellineck, no es más que el “precipitado histórico de la moral”, lo cual no implica que se confunda la norma jurídica –de validez derivada– con la norma moral –de validez originaria. Hay que tener claro que cada “potestad” (así sea **normativa** –constituyente, legislativa o reglamentaria– o **regulatoria** –jurisdicción, administrativa y autonomía privada) incorpora **valores a su creación** (la Constitución, la ley, el reglamento, la sentencia judicial, la resolución administrativa, los actos y contratos y las reglas personales que nos damos nosotros mismos para cumplir voluntariamente un mandato normativo general y abstracto). Estos valores se “objetivizan”, transformándose en “**elementos normativos**”, los cuales se transfieren a la norma inferior o la regla.

De allí que la validez jurídica sea **derivada**, porque arranca su obligatoriedad de una norma superior, lo cual sucede como consecuencia de traspasar los elementos normativos a la norma inferior o la regla.

Por consiguiente, en la medida que los valores (convertidos en elementos normativos) se identifiquen con aquellos que abraza la comunidad civil, la norma jurídica se cumplirá espontáneamente y hará posible el funcionamiento del “estado de derecho”. A la inversa, en el supuesto que se produzca una contradicción entre los valores que expresa la norma y las preferencias que comparte la sociedad, se generalizará el incumplimiento y el sistema jurídico se hará ineficaz, pero sin afectar su validez (seguirá obligando el mandato normativo, pero éste, sin embargo, no podrá cumplirse coercitivamente).<sup>1</sup>

La cuestión planteada nos fuerza a reconocer que el derecho se debilita en las épocas de cambio, cuando las preferencias de la comunidad experimentan variaciones más o menos profundas. **El derecho marcha a la zaga de los cambios.** No se dispone de un mecanismo capaz de adelantarse a estas innovaciones y de detectar con antelación las nuevas directrices éticas que dominarán a la sociedad en el futuro inmediato. De aquí que se sostenga que el derecho es una fuerza conservadora que, en cierta medida, frena los cambios, porque se demora –a veces demasiado– en adaptarse a ellos. **Este es el drama del derecho, ya que siempre existirá un interregno entre los cambios éticos que sufre la sociedad y las modificaciones normativas subsecuentes.** Tampoco es posible utilizar el derecho como un instrumento de “ingeniería social”. Quienes lo han intentado (experiencia de los totalitarismos) han fracasado estrepitosamente, debilitando la conciencia jurídica de las naciones y provocando, finalmente, el colapso del sistema. A lo más, es posible reclamar una mayor sensibilidad de quienes ejercen las potestades normativas, todas las cuales tienen un origen político que, lamentablemente, en virtud de una ley de hierro, tienden a contaminar a las potestades regulatorias (especialmente la jurisdicción y la potestad administrativa).

Si se analiza la época que estamos viviendo, podríamos decir con propiedad aquello que adelantó hace muchos años un dirigente político: “vivimos un cambio de época, no una época de cambios”. Tan profundas nos parecen las transformaciones valóricas que nos afectan, que bien podríamos hablar de una “subversión de valores” en el Chile de hoy.

---

<sup>1</sup> Estas ideas están latamente desarrolladas en dos libros nuestros: *El derecho como creación colectiva* y *La estructura funcional del derecho*. En el primero demostramos cómo el derecho que nos rige se elabora con la participación del imperado, se hace y se renueva día a día, en un proceso interminable y sucesivo. En el segundo explicamos el origen del derecho, el alcance de la “validez jurídica” y la forma en que el sistema se genera a sí mismo. Creemos que estos conceptos son esenciales a la hora de comprender de qué manera se hace posible que todas las conductas sociales estén reguladas por las normas jurídicas.



## II. Un cambio de época

Enumeraremos una serie de factores, aquellos que gravitan más poderosamente en la situación actual y que parecen marcar una época con preferencias muy diversas de aquellas que hasta hace menos de medio siglo dominaban sin contrapeso entre nosotros.

### 1. Desarrollo científico-tecnológico

Vivimos un portentoso proceso de desarrollo científico-tecnológico. En todo orden de cosas se introducen cada día mayores recursos, instrumentos y conocimientos que revolucionan lo conocido hasta el día de hoy. La llamada **era industrial**, que se caracterizó, como en su tiempo lo pregonó la CEPAL, por dividir a los países en naciones periféricas y naciones del centro (los primeros, exportadores de materias primas y los segundos, dedicados a la manufactura de las mismas), ha dado paso a la **era tecnológica**, en la cual predomina el uso de nuevos instrumentos de producción y de organización social. Todo hace presumir que los países que no sean capaces de incorporarse a este nuevo ámbito del conocimiento quedarán aun más rezagados, ensanchándose la brecha que separa a los Estados ricos y los Estados pobres. No es exagerado sostener que integrarán un "submundo" quienes lleguen tarde a la revolución del conocimiento. Basta recordar la trascendencia que ha tenido la computación en el ámbito contractual y de las comunicaciones, el descubrimiento del ADN en las normas sobre filiación, los nuevos desafíos que han surgido con los métodos de fecundación asistida, los conflictos que plantean los embriones criopreservados, el cultivo de las células madres (que incluso fue tema protagónico en la última elección norteamericana), la clonación humana, etcétera. Todos estos descubrimientos y creaciones plantean desafíos ineludibles al derecho, que, en algún momento, deberá regularlos, a pesar de los conflictos valóricos que ellos nos plantean. Es imposible predecir qué sorpresas nos trae el futuro inmediato, tanto más si se considera que día a día la ciencia y la técnica aportan nuevas y espectaculares novedades. No puede olvidarse que en la "década del sesenta" parecía imposible manejar los problemas que planteaba una "sociedad masificada". ¿Cómo organizar a millones de personas con derechos previsionales, empleos, tributos, derechos políticos, antecedentes educacionales, datos de salud, etcétera? Lo que entonces resultaba utópico, se resolvió con la computación, abriendo campo a una serie de otros desafíos.

En suma, estamos insertos en una realidad que cambia con una velocidad vertiginosa, en un mundo "globalizado" ("la aldea mundial") en que el "efecto de imitación" impulsará la uniformidad de las costumbres y de las aspiraciones, creando, por lo mismo, insatisfacción e inconformismo. Lo que ocurre en el planeta es conocido de inmediato en todos los rincones de la Tierra, las

noticias cubren los cinco continentes, nadie escapa del juicio de la opinión pública universal, las cortinas de hierro se han desmoronado y comienza a evidenciarse una conciencia común en materias tan sensibles como los derechos humanos, la pobreza y la marginalidad. Por lo mismo, en 50 años, el mundo en que vivimos es otro que poco o nada tiene en común con nuestro pasado inmediato.

## **2. Crepúsculo de las ideologías y debilitamiento de la fe religiosa**

Es un hecho fácilmente perceptible que en los últimos años ha habido un oscurecimiento de las ideologías y una perceptible anemia de las concepciones religiosas. Las primeras –las ideologías– no despiertan la pasión que las caracterizaba hace menos de 30 años. Es más, ya no se comparten, con el frenesí de ayer, las “utopías” que sirvieron para justificar toda suerte de atentados contra el orden establecido. La caída de la URSS jugó, sin duda, un papel relevante. El mundo dejó de estar irremediamente dividido entre dos concepciones político-filosóficas que se enfrentaban en la mayor parte de los países y, casi siempre, violentamente. Un hecho histórico marcó la nueva era: la caída de la muralla que dividió a Alemania entre la Alemania Federal y la Alemania del Este. Cesó la llamada “guerra fría”, que condicionó la política internacional desde el fin de la Segunda Guerra Mundial y obligó a tomar partido entre socialismo y capitalismo. Estos hechos han tenido, como es lógico, una influencia inmensa en la vida pública y han encauzado la reforma del sistema jurídico, privilegiándose la libertad individual, el respeto a los derechos humanos, la participación democrática, etcétera.

A lo anterior debe agregarse el debilitamiento de la fe religiosa y con ello, entre nosotros, el de muchos de los mandatos emanados de la Iglesia Católica. Es habitual, en un país que se dice católico, discrepar con los principios pregonados por la jerarquía eclesial en materias tan trascendentes como el matrimonio, el control de la natalidad, la manipulación genética, la constitución de la familia, la importancia de la fidelidad conyugal y temas afines. La dictación de una nueva ley de matrimonio civil constituye un hito en esta ruptura entre la opinión mayoritaria de la sociedad y los preceptos impuestos por la Iglesia. Bajo la nueva normativa se introducen cambios sustanciales en lo que dice relación con los requisitos de validez del matrimonio (no obstante estar inspirados en el Derecho Canónico, pero en un contexto absolutamente diverso), con la disolución del vínculo, con los deberes y derechos de los cónyuges y de éstos para con los hijos. No es exagerado decir que a partir de la vigencia de la Ley N°19.947 el derecho de familia experimenta la más formidable transformación, que hallará a corto plazo otras manifestaciones semejantes.

### **3. Predominio de un hedonismo relativista**

Una observación, así sea meramente superficial, induce a pensar que predomina entre nosotros lo que podría denominarse “hedonismo relativista”. Ello implica, especialmente en sectores juveniles, una actitud superficial, marginada de valores trascendentes, en la cual se busca, a cualquier precio, una “felicidad instantánea”, más próxima al consumo y la riqueza que a la reflexión y la superación personal. Los ídolos de hoy, en su mayoría, son la negación de la inteligencia y la profundidad y se presentan rodeados de un éxito que nace de una aprobación multitudinaria más que selectiva.

El existencialismo, que tanta influencia tuvo en la Europa de la segunda post guerra, se justificaba, entre otras razones, por los sufrimientos a que se vieron expuestos aquellos pueblos y la inseguridad que implicaba para todos una conflagración mundial. Pero entre nosotros esta cuestión no tiene el mismo sentido ni justifica querer vivir aceleradamente –sin freno– en procura de una felicidad efímera y transitoria que se escurre en el quehacer cotidiano. Lo grave es que esta experiencia va dejando huellas y erosionando lo que de grandioso tiene la vida humana. Piénsese en la banalidad con que se asume el sexo y el derroche que ello implica en la construcción de una existencia que efectivamente trascienda lo meramente circunstancial.

### **4. Sustitución de los sistemas de enseñanza**

Poca atención se ha puesto en esta materia que, a mi juicio, provoca consecuencias de enorme importancia. Los sistemas de enseñanza provocan en el individuo una transformación ontológica. No es lo mismo, como sostienen todos los pensadores, ser un hombre “culto” que ser un “analfabeto”, un “humanista” que un “ácrata”. Mientras nuestra generación se formó en un sistema “oral-literal” (en el cual predominaban la conversación y la lectura), en la actualidad se emplea un sistema “audio-visual” (en el cual predomina la imagen elaborada y parlante). De ello se sigue –lo que evidencia la simple observación– que se ha deteriorado la capacidad imaginativa y, por lo mismo, la creatividad. Los sistemas actuales de enseñanza sólo reclaman “atención” para transferir al espectador una obra elaborada por un experto comunicacional. Cuando señalo a mis alumnos que no veré nunca, por ejemplo, la película sobre el “Señor de los Anillos” o “Harry Potter” o “Los Miserables”, porque los personajes que manejan han sido construidos por mí y no toleraría que se mutilaran o adecuaran según los cánones de otra mentalidad, sólo escucho sonrisas sordas y un dejo de incompreensión.

No se ha logrado, hasta la fecha, medir lo que implica esta innovación en los sistemas de enseñanza, ni los costos que pueden traer aparejados las facilidades

que dispensa Internet u otros adelantos tecnológicos que parecen llamados a revolucionar las fuentes del saber y la cultura. Bien podríamos hablar hoy día de la “cultura de la imagen” en substitución de la cultura como “conjunto vital de ideas de cada tiempo”, como lo entendíamos recién ayer.

## **5. Escapismo de realidad**

Una serie de factores indican que el hombre actual busca con ahínco caminos para escapar de la realidad. La drogadicción, a mi juicio, es un medio para lograrlo o una forma de explorar nuevas sensaciones (como si las sensaciones naturales no fueran suficientes). Es curioso que los grandes artistas funden su éxito en la creación de “nuevos mundos” diversos del que habitamos. Tolkien y Rowling en la literatura, Dalí y Matta en la pintura, Schoenberg y sus continuadores en la música dodecafónica.

Esta búsqueda no está ajena a la tendencia que se observa en el siglo pasado, cuando se buscaban “estructuras ocultas del conocimiento”. En esa línea Carlos Marx creyó encontrar un “esquema esencial oculto”, capaz de explicar todas las tendencias que operan al interior de la sociedad. Sigmund Freud creía también en una fuerza oculta –“el inconsciente”– que determinaba muchas de nuestras decisiones, incluso, muchos traumas psiquiátricos. Por su parte, Albert Einstein formula en 1919 la “teoría de la relatividad”, que rompe con el comportamiento previsible de los planetas según las leyes newtonianas. Esto hizo decir a un autor: “Marx, Freud y Einstein formularon el mismo mensaje durante la década de 1920: el mundo no era lo que parecía. Los sentidos, cuyas percepciones empíricas plasmaban nuestras ideas en el tiempo y la distancia, del bien o el mal, del derecho y la justicia, y la naturaleza del comportamiento del hombre en sociedad no merecían confianza”. No cabe duda, entonces, que nos hallamos ante un problema espistemológico todavía pendiente.

## **6. Nueva moral sexual**

La revolución sexual de la “década del sesenta” marca otro hito en la evolución de las costumbres en materia tan sensible. El control de la natalidad a través de los medios anticonceptivos, el movimiento hippy y sus manifestaciones anárquicas, el matrimonio orgásmico, los medicamentos para atacar disfunciones orgánicas de esta naturaleza, la “píldora del día después”, el desprecio por la “virginidad” y la fidelidad conyugal, la disolución del vínculo matrimonial, en fin, la “glorificación del sexo”, generan una disociación entre amor y sexo, lo cual, unido a un ambiente altamente erotizado, banaliza un aspecto de la vida que, hasta hace medio siglo, tenía una proyección diametralmente distinta.

Esta nueva moral sexual tendrá influencia decisiva en el derecho de familia, en general, y particularmente en algunas de sus instituciones.



## **7. Incorporación de la mujer al trabajo**

Otro factor de importancia en la evolución del derecho de familia es la incorporación masiva de la mujer al proceso productivo. Hoy día, aproximadamente el 40% de las mujeres ejerce funciones productivas en todas las categorías de la escala social, abandonando el rol que les cupo durante siglos. Un 50% de los hogares tiene como "jefe de familia" a una mujer. Este fenómeno va en ascenso y, sin la menor duda, determinará un cambio de los roles que tradicionalmente asumían el marido y la mujer en la vida de la familia.

Esta realidad, indefectiblemente, desencadenará una tendencia "igualitaria" entre el hombre y la mujer, no sólo en el ámbito familiar, sino, incluso, en el laboral. Los primeros atisbos de ello se observan principalmente en el desempeño de funciones profesionales. Por otra parte, este hecho operará un cambio en el seno del hogar, que afectará preferentemente a los hijos, que han comenzado a formarse solos, al amparo de un televisor, de un grupo de barrio o, en el mejor de los casos, de una asistente doméstica dedicada a su cuidado físico

## **8. Extensión de los índices de vida**

El promedio de vida, tanto del hombre como de la mujer, se ha extendido considerablemente. Mientras en el hombre alcanza los 70 años, en la mujer alcanza los 75 años. Todo indica que esta prolongación de la vida será progresiva gracias a los adelantos científicos y tecnológicos. Este solo hecho hará imperativo cambios muy profundos en el derecho, especialmente en materia de seguridad social, sucesión por causa de muerte, asistencia sanitaria, etcétera. No está lejano el día en que se hable de una "cuarta edad".

A lo anterior hay que agregar una caída en los índices de natalidad, lo cual se constata con mayor claridad en los países europeos. La planificación familiar redundará en el envejecimiento de los habitantes del planeta, ya que lo que he señalado en lo precedente (especialmente el "hedonismo relativista"), provocará la reducción del número de miembros de una misma familia.

## **9. Importancia de los medios de comunicación social**

No puede ignorarse que los medios de comunicación social, especialmente a partir de la masificación de la televisión y la computación, juegan en la sociedad un papel fundamental. Nuestra colección de encuestas (de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo) acusa una marcada influencia en la formación de las ideas y el nivel de conocimiento de la población. Así, por ejemplo, en junio de 2005, en una encuesta a nivel nacional

se consultó: "¿Cree Ud. que lo que dicen los medios de comunicación social influye en que lo que Ud. piensa?" El 50% contestó afirmativamente. Acto seguido, se le consultó: "¿Cree Ud. que los medios de comunicación social son independientes o están subordinados a intereses políticos, económicos, extranjeros, comerciales, etc.?" El 78% contestó que estaban subordinados a estos intereses. Finalmente, se consultó: "¿Cree Ud. que los periodistas tienen la preparación necesaria y actúan libremente sin estar sometidos a los propietarios del medio en que trabajan?" El 58% contestó que no eran independientes.

O sea, de las preguntas y respuestas transcritas se infiere que la mayoría de los chilenos reconoce que los medios de comunicación social influyen en lo que ellos piensan, que éstos no son independientes y están subordinados a intereses específicos, y que los periodistas no tienen la preparación necesaria ni actúan libremente. Sin embargo de lo cual admiten estar dominados por su influjo en lo que piensan. De más está agregar que el 77% de los encuestados se informa de lo que ocurre en Chile y en el extranjero por medio de la televisión.

Cualquier análisis que se haga sobre lo que ocurrirá en Chile en el futuro inmediato debe partir de esta realidad, que, sin extremar las cosas, resulta determinante frente a eventuales cambios en las normas que rigen nuestra convivencia.

## **10. Exaltación del consumo**

Finalmente, los cambios económicos que experimentó Chile a partir de 1974 y que se han profundizado a la largo de las últimas tres décadas, han desencadenado una verdadera psicosis consumista. Es difícil en este medio sustraerse del atractivo que ejerce el mercado, tanto más cuanto que la revolución tecnológica pone a disposición del consumidor cada día nuevos artículos, muchas veces casi inverosímiles en el marco de nuestros antiguos hábitos. Necesidades largamente reprimidas en el pasado resultan en el día de hoy al alcance de la mano, condicionando la conducta social. Esta realidad, en medida nada despreciable, ha desatado, especialmente en la juventud, una concepción "materialista" que pugna con el perfeccionamiento espiritual e intelectual que debería ser su norte.

Los factores analizados determinan la manera en que nuestro país se aproxima al nuevo siglo.



### III. Apertura del nuevo siglo

Enfrentados a definir cómo se abre nuestro país al nuevo siglo, podemos afirmar que éste parece caracterizarse por los siguientes aspectos relevantes:

1. Compromiso universal con los derechos esenciales de la persona humana. En la mayoría de los países el reconocimiento de los llamados "derechos humanos" parece estar cada día más presente. Desde la caída de la URSS se ha generalizado esta tendencia, especialmente en el mundo occidental. Su promoción y reconocimiento se ha consagrado en la mayor parte de las constituciones y en los tratados internacionales. Todo hace presumir que este factor se profundizará en el futuro, dando lugar a un derecho humanitario universal que terminará imponiéndose por sobre modelos políticos y sociales.

2. Proceso de "globalización". De la misma manera, los nuevos recursos tecnológicos acercarán cada vez más a las diversas naciones, especialmente en el plano económico, provocando zonas de libre comercio que, como ocurrió en Europa, alentarán las tentativas de integración política.

3. Creciente importancia del Derecho Internacional. Es un hecho que el respeto universal de los derechos esenciales de la persona humana y la "globalización" darán a esta rama del derecho una especial significación. Lo anterior queda en evidencia si se considera la tentativa de crear un Tribunal Penal Internacional que no hace más que reforzar las tendencias indicadas.

4. Reconocimiento de la democracia política como modelo de gobierno. La mayor parte de los países occidentales reconoce que la democracia política es el mejor sistema de gobierno. Ello, a juicio nuestro, implica que no puede prescindirse del "estado de derecho", el cual es visto como elemento insustituible de un régimen democrático. Puede existir "estado de derecho" sin democracia, pero no puede existir democracia sin "estado de derecho". Esta conclusión es compartida, creemos nosotros, por la mayor parte de los politólogos y constitucionalistas.

5. Respeto y acatamiento a las exigencias ecológicas. Gran parte de la opinión mundial está siendo sensibilizada por los imperativos que emanan del respeto y el cuidado del medio ambiente. También ello es objeto de una rama del Derecho Internacional y de nuevos y crecientes controles sobre el uso, explotación y renovación de los recursos naturales. El desarrollo autosustentable es hoy un imperativo para la mayoría de las naciones de occidente.

En síntesis, podemos concretar estas observaciones reconociendo una especie de sacralización de tres ideas básicas: respeto a los derechos humanos;

adhesión a la democracia política y el “estado de derecho” como elemento insustituible del mismo; y acatamiento de las exigencias impuestas por el medio ambiente para evitar la degradación de la naturaleza como consecuencia de los excesos y abusos de la “era industrial”.

#### **IV. Hacia un nuevo derecho de familia**

Analizaremos en lo que sigue los principales problemas que nos plantea un nuevo derecho de familia.

##### **1. ¿Codificación o descodificación?**

La primera cuestión que se nos presenta es la conveniencia de codificar el derecho de familia o descodificarlo. Dicho de otro modo, determinar si conviene dictar un **Código de Familia** que contenga todas las normas aplicables a este núcleo fundamental de la sociedad.

La codificación presenta una ventaja importante: las normas se organizan de manera coherente, armoniosa, eliminando toda posible contradicción. Paralelamente, la modificación de esta legislación se hace más difícil y la normativa tiende a petrificarse. A la inversa, la descodificación genera mayores desarmonías, incoherencias y contradicciones, pero las disposiciones son más flexibles a la hora de modificarlas y adaptarlas a la realidad predominante.

En este contexto, atendido el hecho de que vivimos, como se dijo, una verdadera “revolución científico-tecnológica”, que altera frecuentemente cuestiones directamente relacionadas con el derecho de familia (piénsese sólo en el descubrimiento del ADN y la influencia que este hallazgo ha tenido en la filiación), creemos nosotros que, al menos por ahora, es preferible mantener el derecho de familia descodificado, dándole, por lo mismo, mayor plasticidad para recoger las innovaciones que se presenten en el futuro inmediato.

En este mismo orden de cosas, hay que reclamar una mayor sensibilidad de nuestros tribunales a la hora de interpretar algunos preceptos legales. Especialmente conviene recordar que existen instituciones destinadas a actualizar el derecho sin que sea necesaria una reforma legislativa. Así, por ejemplo, las llamadas palabras “técnicas”, que recoge el artículo 21 del Código Civil, permiten modernizar algunas disposiciones legales adaptándolas al nuevo significado científico-técnico que se da a una determinada expresión. Otro tanto ocurre con instituciones como “el orden público”, “las buenas costumbres”, “la equidad natural”, la “seguridad nacional”, “el patrimonio ambiental”, etcétera.



En síntesis, hay recursos de los que no se hace mucho uso para actualizar el derecho, sin esperar cambios legislativos que, en todo caso, operan siempre con retardo.

## 2. Definiciones pendientes

Existen en nuestro derecho una serie de definiciones pendientes. Muchas de ellas no se han encarado, porque implican un compromiso ideológico que se esquivo. Incluso, la definición y composición de la familia no está jurídicamente determinada, no obstante tratarse de una institución tan fundamental. Para precisar la composición de la familia se cita, por ejemplo, lo que disponen los artículos 983 (sobre sucesión intestada), 815 (sobre los beneficiarios del derecho real de uso y habitación) y 42 (que especifica a quienes debe citarse cuando la ley dispone que se "oiga a los parientes), todos del Código Civil. Parece indispensable, entonces, definir quiénes componen la familia, siempre en la idea de privilegiar a sus integrantes en el plano jurídico y asistencial.

Creemos que hay consenso en orden a que no es el matrimonio el núcleo de la familia, ya que ella existe tratándose de uniones de hecho. El problema, empero, es diverso. Si se estima valioso el matrimonio, porque da mayor estabilidad y seguridad a la familia, es deber del Estado estimularlo y promoverlo mediante políticas que lo alienten, y no, a la inversa, desalentarlo (entre otras cosas legislando para asegurar la situación de quienes han optado por uniones de hecho).

Toda la red social del Estado –que implica la inversión de recursos cada día más cuantiosos– debería orientarse en este sentido, de manera de organizar jurídicamente a la familia y dar a sus miembros mayores seguridades y beneficios.

## 3. Regulaciones pendientes

Muy relacionado con el tema anterior, se encuentra la necesidad de encarar algunas regulaciones que no pueden seguir esperando.

**a. El concubinato.** Se ha sostenido que es posible resolver los problemas que generan las uniones de hecho de las parejas heterosexuales a través del cuasicontrato de comunidad y de la jurisprudencia. Discrepamos de esta opción. Las soluciones que se logran por medio de la jurisprudencia son inestables, dependen de una infinidad de factores, influyen en ellas cuestiones coyunturales que es muy complejo generalizar. Por ende, creemos que es necesario legislar sobre esta materia, pero sin llegar al extremo de crear una especie de "submatrimonio", puesto que debe primar, como ya se dijo, un estímulo permanente del Estado por promover el matrimonio. Pero tampoco parece posible dejar en

la indefensión a quienes han constituido una unión de hecho, tanto más si se atiende al crecimiento de estas relaciones, según lo denuncian las encuestas y la antes citada red de asistencia social del Estado.

**b. Unión de parejas homosexuales.** Otro aspecto del problema consiste en resolver si se debe legislar y regular la convivencia de parejas del mismo sexo. Se ha sostenido también que es posible enfrentar esta cuestión por medio de contratos como el de sociedad, o el testamento, o las donaciones, etcétera. La cuestión es compleja. A nuestro juicio, este problema es más aparente que real. Si las parejas homosexuales son numerosas y constituyen una realidad social insoslayable, debe regularse el estatus de las mismas. Pero si se trata de una excepción que se magnifica por efecto de los medios de comunicación y la extravagancia con que generalmente se trata el tema, debe prescindirse del mismo. El derecho no puede desentenderse de problemas sociales por conflictivos que nos parezcan, pero tampoco emplearse para intervenir en contiendas valóricas que trascienden el campo de lo jurídico. En consecuencia, debe investigarse con seriedad y objetividad qué alcance social tienen estas uniones por su número y las controversias que suscitan, antes de entrar al estudio de su regulación legal. Lo que sí debe excluirse es el "matrimonio homosexual", porque ello implica desconocer que entre los fines óptimos del matrimonio está la procreación y la constitución de una familia unida por vínculos biológicos.

**c. Procreación post mortem.** Pienso que esta cuestión debe ser resuelta, porque incide en un derecho fundamental de todo ser humano. ¿Es legítima la procreación después de los días del cónyuge premuerto? ¿Puede el cónyuge sobreviviente emplear los espermatozoides conservados en bancos de semen? A mi juicio, debe legislarse sobre esta materia y permitirse la procreación post mortem sólo si el premuerto ha autorizado que ello ocurra. Es obvio que deben seguirse en esta reglamentación los mismos principios que sobre la fecundación asistida ("in vitro") establece el artículo 182 del Código Civil.

**d. Manipulación de embriones crioconservados.** Otra cuestión pendiente es la política que debe seguirse en lo concerniente al uso de los embriones criopreservados. Esta materia tiene un alto contenido ideológico y religioso y demanda, por lo mismo, un análisis cuidadoso. No puede olvidarse que en la última elección presidencial en Norteamérica este tema fue uno de los que acumuló la atención de la opinión pública, a propósito de la importancia que el cultivo de "células madres" puede tener en la curación de enfermedades graves y hoy mortales. A mi juicio, la sociedad chilena debe enfrentar esta cuestión sin esquivarla y fijar las pautas que conviene seguir al respecto. Por mi parte, creo que debe primar el aprovechamiento de los descubrimientos y adelantos científicos, por sobre las rigideces que imponen las concepciones religiosas y morales extremas.

**e. Regulación jurídica de los bancos de semen y embriones crioconservados.** Tampoco debe quedar esta materia al margen de regulación jurídica. Es importante que estas actividades se ciñan a normas claras y que se evite toda suerte de abuso, exceso o disfunción. Tampoco puede crearse un espacio en que primen la duda y la incertidumbre, tanto más cuanto que es de presumir en un futuro no lejano que este tipo de organismos se generalizará.

**f. Contrato de donación de semen y arrendamiento de útero.** Estos contratos también envuelven definiciones y compromisos ideológicos y religiosos. Por lo mismo, definir una política clara al respecto cruza un campo extremadamente sensible. Pero peor nos parece mantener la incertidumbre y poner en manos de los jueces la solución de las controversias que puedan plantearse, ya que no existirá un mínimo de certidumbre y estabilidad en relaciones que envuelven compromisos que afectan la esfera más íntima de la persona.

**g. Aborto y medios de prevención del embarazo.** Mucho se ha discutido sobre el aborto terapéutico y la prevención del embarazo (“píldora del día después”). La ciencia no ha aventurado, aún, una definición exacta e inequívoca sobre cuándo comienza la vida (si al producirse la unión entre el espermio y el óvulo, si al momento en que el cigoto se implanta en el útero, si debe transcurrir un plazo desde que ocurre el implante, etcétera). Las encuestas acusan un marcado rechazo al aborto, unido a una adhesión mayoritaria a la prevención del embarazo no deseado. A partir de estas preferencias, debería intentarse una regulación jurídica moderna que, en lo posible, deje parte sustancial de estas decisiones a la conciencia de los individuos. A la postre, existen materias que no deberían ser objeto de imposiciones autoritarias y que corresponden a la soberanía interior de cada persona.

Como puede comprobarse, se trata de materias generalmente conectadas con la **bioética**, disciplina que en el futuro y en función del desarrollo científico-tecnológico, cobrará mayor importancia. Por lo mismo, muchas de sus conclusiones deberían difundirse a fin de que la sociedad tome conocimiento y conciencia de cuestiones que le conciernen directamente, ya que muy poco se gana con posponerlas u ocultarlas.

#### **4. Problemas relacionados con la filiación**

Subsiste una serie de cuestiones relacionadas con la filiación. Como es sabido, se ha impuesto en la actual legislación el “**principio de la verdad**” en esta materia. Este principio aparece reforzado por la última modificación de los artículos 195 y 199 del Código Civil (mediante Ley N°20.030).

La acción para reclamar la filiación es hoy día **imprescriptible, irrenunciable**, y la prueba recae de preferencia en **pericias de carácter biológico** en caso de duda o discrepancia (salvo tratándose de casos de reproducción asistida conforme lo dispone el artículo 182 del Código Civil).

Conviene destacar que hay dos aspectos diversos en el artículo 195 del Código Civil: la acción de reconocimiento; y los efectos civiles de la misma ("El derecho de reclamar la filiación es imprescriptible e irrenunciable. Sin embargo, sus efectos patrimoniales quedan sometidos a las reglas generales de prescripción y renuncia").

Se plantea, entonces, la posibilidad de deducir la demanda de reconocimiento contra de una persona muerta de acuerdo a lo establecido en el artículo 317 del Código Civil, que, al parecer, en forma expresa, admite esta posibilidad, al decir que "son también legítimos contradictores los herederos del padre o madre fallecidos en contra de quienes el hijo podrá **dirigir o continuar la acción** y, también, los herederos del hijo fallecido cuando éstos se hagan cargo de la acción iniciada por aquel o **decidan entablarla**". Hay quienes impugnan esta interpretación, afirmando que el plazo de tres años contemplado en el artículo 206 del Código Civil –referido al hijo póstumo o cuando alguno de los padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto– es aplicable al caso. Nosotros discrepamos de esta interpretación, ya que la disposición invocada se refiere a una situación excepcional que no admite una aplicación extensiva. De más está advertir la importancia que tiene esta acción si ella pudiera deducirse después de muerto alguno de los padres.

¿Cual es entonces la solución? Creemos nosotros que para estabilizar las relaciones patrimoniales que se siguen de la muerte del padre o madre, debe aplicarse al caso que se analiza el artículo 221 del Código Civil, conforme al cual, para hacer **oponible** la sentencia que da lugar a la reclamación de filiación, debe ella subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo y, dice la indicada disposición, "**no perjudicará los derechos de terceros de buena fe que se hayan adquirido con anterioridad a la subinscripción**". De lo dicho se sigue que los derechos del hijo reconocido en virtud de una acción deducida después de la muerte de cualquiera de sus padres, se extinguen por prescripción, renuncia e **inoponibilidad** (fundada en el artículo 221 del Código Civil). Con todo, el legislador no definió qué debe entenderse por "tercero de buena fe". Aplicando las reglas generales, la buena fe se presume y la mala fe deberá probarse. Ahora, será "tercero de mala fe" el asignatario que en vida del causante tuvo conocimiento de la existencia del hijo, lo que deberá probarse por hechos positivos.

En consecuencia, al incorporarse los artículos 186, 195, 221 y 317 del Código Civil, los derechos hereditarios (en la sucesión intestada y forzosa) han pasado a ser **condicionales**, porque están sujetos a extinguirse total o parcialmente por la ocurrencia del hecho futuro e incierto de que sobrevenga un heredero de mejor o igual derecho, sea dentro del plazo de prescripción del derecho real de herencia o antes de que se subinscriba la sentencia que da lugar a la reclamación de paternidad o maternidad en su caso.

Salta a la vista que esta situación resulta de dudosa constitucionalidad, ya que el derecho de herencia se adquiere al momento de deferirse la asignación (dación de la asignación en conformidad al artículo 956 del Código Civil), esto es, por regla general, al momento del fallecimiento del causante.

Como puede comprobarse, hay materias bien oscuras en lo que dice relación con la filiación. Todo aconseja aclararlas.

## **5. Regímenes matrimoniales**

En lo relativo a los regímenes matrimoniales debe destacarse una tendencia bien definida: la participación de los cónyuges en los beneficios económicos que se generen durante el matrimonio. Decimos que se evidencia esta tendencia porque, junto al régimen de sociedad conyugal y participación en los gananciales, debe considerarse ahora lo prevenido en el artículo 61 de la nueva Ley de Matrimonio Civil. Si los cónyuges han optado por el régimen de separación total de bienes, la circunstancia de que uno de ellos pueda haberse enriquecido (en términos relativos), como consecuencia de que el otro se dedicó a las labores propias del hogar común y el cuidado de los hijos, dará lugar a la reparación económica de que trata el Capítulo VII párrafo 1º de la Ley N° 19.947, relativo, precisamente, a la "compensación económica". No quiere esto decir que no proceda esta compensación en el supuesto que exista entre los cónyuges sociedad conyugal o participación en los gananciales, pero sin duda estos regímenes atenuarán la compensación antes invocada. Las normas indicadas dejan sentado, a juicio nuestro, que el legislador, advirtiendo los diversos roles que juega cada cónyuge en el matrimonio, procura equilibrar la situación de ambos, cualquiera sea el régimen de bienes por el cual hayan optado.

Desde otro punto de vista, se advierte el propósito de la ley de dar a la sociedad conyugal (régimen de derecho en Chile) una **coadministración**, razón por la cual en los últimos años se han acentuado las restricciones del marido como "jefe de la sociedad conyugal" (artículo 1749 del Código Civil) y extendido los derechos de la mujer, tanto en lo relacionado con la administración de dicha sociedad conyugal (artículo 138 del Código Civil) como con la administración de sus bienes propios (artículo 138 bis del mismo Código). Sin perjuicio de lo

anterior, se ha conformado un “patrimonio de responsabilidad” de la mujer bajo el régimen de comunidad de bienes, integrado por aquellos que administra separada del marido (artículos 150, 166, 167 y 1724). Sólo este “patrimonio de responsabilidad” queda afectado por los actos ejecutados por la mujer en su patrimonio reservado y en sus bienes propios cuya administración corresponde al marido (artículos 1754 y 1755).

No puede desconocerse que muchas de las normas que regulan la sociedad conyugal han cobrado importancia a partir de la modificación (por Ley N° 18.802) del artículo 1734 del Código Civil, que establece que “todas las recompensas se pagarán en dinero, de manera que la suma pagada tenga, en lo posible, el mismo valor adquisitivo que la suma invertida al originarse la recompensa. El partidor aplicará esta norma de acuerdo a la equidad natural”. Sostenemos que esta disposición tiene una especial importancia en razón de que, como lo hemos señalado en otros trabajos, el matrimonio, respecto de los bienes muebles de la mujer, constituye un “verdadero título traslativo de dominio”, lo cual resulta de lo previsto en el artículo 1725 N°s 3 y 4 del Código Civil. La circunstancia de que las “recompensas” puedan actualizarse evita el enriquecimiento injusto que operaba con antelación a esta reforma.

Creemos que en el futuro deberá hacerse un esfuerzo por **simplificar** las normas que rigen la sociedad conyugal –muchas de las cuales no tienen aplicación práctica–, convencido, como estoy, de que es este régimen el que mejor se aviene con el matrimonio, resguarda los derechos de los cónyuges y mantiene un justo equilibrio económico entre el marido y la mujer. El hecho de que la mujer mayoritariamente se incorpore al proceso productivo no es un impedimento a este fin, puesto que ella queda bien resguardada por el “patrimonio reservado de la mujer casada” (artículo 150 del Código Civil), el cual importa una justificada discriminación positiva en su favor.

## **6. Sucesión por causa de muerte**

En materia sucesoria hay también una tendencia bien definida: mejorar la situación del cónyuge sobreviviente. Todas las últimas leyes, a partir de la Ley N° 10.271, apuntan en esta dirección (Leyes N°s 18.802, 19.585, 19.947).

Recordemos que la mujer ha pasado a ser, de titular de una asignación forzosa de carácter alimenticio (como era la “porción conyugal”), una “legitimaria privilegiada”, pudiendo además ser titular de cuarta de mejoras. En suma, puede ella llevarse gran parte de la herencia si, por ejemplo, se le asigna la cuarta de libre disposición y la cuarta de mejoras y, concurriendo con uno o dos hijos personalmente o representados, lleva el 50% de la mitad legitimaria. Lo



anterior, por cierto, sin perjuicio de los gananciales que le correspondan en la sociedad conyugal, o el crédito de gananciales (en el régimen de participación) o la compensación económica en caso de separación judicial (artículo 61 de la Ley N° 19.947). A lo anterior hay que agregar, aun, el derecho a la asignación preferente de “la propiedad del inmueble en que reside y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, así como el mobiliario que lo guarnece”, como reza el artículo 1337 regla N° 10 del Código Civil.

A nuestro juicio, en el futuro deberían revisarse las llamadas “asignaciones forzosas”. Ellas no se justifican de la manera en que están tratadas en la ley. Recordemos que el origen de esta institución se encuentra en la crisis que sufrió Roma hacia fines de la República, período en que se advierte una marcada decadencia del amor y respeto por la familia. Fue por ello que el “tribunal de los centunviro”, creó una “ficción”, que consistía en considerar “insano” a quien en el testamento prescindía de asignar los bienes a sus familiares, permitiendo, por lo mismo, que se impugnara este acto de última voluntad.

Las asignaciones forzosas no se justifican en el día de hoy y limitan la libertad de las personas a disponer libremente de sus bienes. Sólo deberían mantenerse asignaciones forzosas en favor del cónyuge sobreviviente y de los hijos menores o impedidos y, en lo posible, atendiendo a la fuerza del patrimonio sucesoral, de carácter fiduciario. Si se considera que los índices de vida se han extendido considerablemente en las últimas décadas, resulta muchas veces casi ridículo que la ley asigne forzosamente parte del patrimonio del causante a personas con una vida ya hecha, menoscabando el derecho a la libre disposición de sus bienes por parte de su titular. Nótese que el causante, por el solo hecho de tener legitimarios, puede disponer sin restricción alguna de una cuarta parte del patrimonio, la cual, además, es una cuarta contribuyente cuando se produce un déficit en el acervo hereditario.

## **7. El matrimonio**

He sostenido que la tendencia que se observa en la Ley N° 19.947 apunta a debilitar el vínculo matrimonial y a fortalecer el núcleo familiar. Lo anterior como consecuencia, especialmente, de lo dispuesto en los artículos 21, 23 y 27 de la Ley de Matrimonio Civil. Lo que para algunos resulta errado y paradójico, salta a la vista en los artículos indicados.

El debilitamiento del vínculo deriva, principalmente, de la existencia del divorcio por voluntad unilateral de uno de los cónyuges, de la ampliación de las causales de nulidad en relación a los requisitos de validez del matrimonio (artículos 4, 5, 6, 7 y 8 de la Ley N° 19.947) y los casos de ejemplarización a que recurre el artículo 54 al tratar de la causal única de divorcio.

Principios fundamentales de la nueva ley son la “protección de los hijos” y del “cónyuge más débil”, por medio de un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a los hijos. Agrega el artículo 27 (aplicable a la separación judicial y el divorcio) que “se entenderá que es suficiente (el acuerdo) si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita”. Como puede constatarse, hay una preocupación esencial de la ley en orden a que sólo se disuelva el vínculo cuando los derechos e intereses de los hijos y del cónyuge más débil quedan debidamente resguardados.

La ley no definió lo que debe entenderse por “cónyuge más débil”, quedando comprendido en este concepto, a juicio nuestro, cualquier circunstancia (económica, social, psicológica, fisiológica, afectiva, etcétera) de la cual se infiera una desprotección ante la ruptura producida. Recordemos que ello puede tener una importancia decisiva a la hora de fijar, por ejemplo, la compensación económica que corresponda pagarse a uno de los cónyuges o cuando se demande una indemnización por daño moral, lo cual nos parece perfectamente posible, incluso en caso de nulidad de matrimonio.

Hacia el futuro resulta de toda evidencia que se intentará rebajar los plazos para demandar el divorcio de común acuerdo o por voluntad unilateral, así como atenuar el rigor con que debe acreditarse la separación o falta de convivencia. En otros términos, se presionará por liberalizar aun más la disolución del vínculo. Es de suponer que ello no afectará los derechos del cónyuge inocente o más débil a la hora de reparársele el daño causado.

## **8. Protección de la vida privada**

Existe en esta materia un vacío en nuestra legislación. No hay una efectiva protección de la vida privada que ponga a salvo la estabilidad, tranquilidad y respeto que merece la familia. Ciertamente, participamos de la idea de que el umbral de privacidad está dado por la exposición a que voluntariamente una persona se sujeta en razón de sus actividades. Pero ello no ha tenido una efectiva aplicación en la jurisprudencia.

La última reforma constitucional derogó el inciso 2º del N° 4 del artículo 19 de la Constitución, que reglamentaba los atentados en contra del respeto y la protección de la vida privada y pública y la honra de la persona y de su familia, cuando esta infracción se cometía a través de un medio de comunicación social. La medida indicada no da una buena señal sobre la materia, ya que, salvo la Ley N° 19.733 sobre libertad de opinión e información y ejercicio del periodismo y la Ley N° 19.628 sobre protección de datos de carácter personal,

no hay una legislación que efectivamente ampare a la familia de los atentados de que puede ser objeto en su intimidad. Esta falencia debe corregirse en el futuro, tanto más si se tiene en consideración que el poder de los medios de comunicación social es inmenso, razón por la cual puede destruirse con una sola información la armonía y el orden familiar. Las experiencias en este orden de cosas son aleccionadoras. No se trata de poner cortapisa al derecho a la información. Se trata de proteger la intimidad y amparar a quienes pueden quedar irremediadamente dañados por actos que atenten contra el núcleo fundamental de la sociedad.

Es habitual comprobar que en Chile la sola imputación de una conducta delictiva o desdorosa es suficiente para marcar a la víctima, sin que ello resulte remediado por una decisión judicial posterior. De esta realidad debería hacerse cargo el legislador.

## **9. Violencia intrafamiliar**

Compartimos plenamente los avances en esta materia. Especialmente lo prevenido en la Ley N° 20.066, que agrava la responsabilidad por actos de violencia al interior del grupo familiar. Sin duda, se trata de una lacra que permanece aun oculta en la sociedad y que, al parecer, no distingue sectores sociales o culturales. La violencia intrafamiliar no sólo destruye la unidad de la familia, sino que, como lo constatan todos los estudios, estimula una conducta semejante de los hijos cuando, por su parte, constituyen una familia.

Creemos, por lo mismo, que es función preferente del Estado poner énfasis en la persecución y sanción de estas conductas y adecuar los programas educacionales para erradicar definitivamente este tipo de abusos.

## **10. Próximas reformas**

Si se nos pidiera pronosticar las próximas reforma en materia de derecho de familia, diríamos que en lo fundamental ellas se manifestarán en:

- a. Reforma para simplificar las normas sobre sociedad conyugal y hacer este régimen accesible a la comprensión de los cónyuges, cualquiera que sea su condición social;
- b. Reforma de las normas sobre administración de la sociedad conyugal, sea estableciendo derechamente una coadministración o dando a los cónyuges la posibilidad de convenir quién administra (sistema semejante al ejercicio de la patria potestad regulado en los artículos 244 y siguientes del Código Civil);

- c. Derogación de las “asignaciones forzosas”, subsistiendo sólo aquellas que favorecen al cónyuge sobreviviente y los hijos menores o impedidos y, por consiguiente, ampliando la facultad del testador para disponer libremente de sus bienes;
- d. Modificación de las normas que rigen la administración de los bienes propios de la mujer, reconociendo su derecho a usar, gozar y disponer de los mismos como estime conveniente;
- e. Reducción de los plazos para demandar el divorcio de común acuerdo o por voluntad unilateral y atenuación del *onus probandi* para los efectos de acreditar la separación o suspensión de la convivencia.

Es posible que surjan muchas otras cuestiones como consecuencia de la aplicación que los tribunales de familia den a algunas normas, especialmente aquellas relativas a la compensación económica en caso de separación, nulidad o divorcio, o de la protección del “cónyuge más débil”, o de los hijos. Los principios en que se funda la Ley N° 19.947 (a nuestro juicio es posible distinguir diez principios) dejan a los tribunales un amplio margen para los efectos de su aplicación. Esperamos que la interpretación contribuya a fortalecer dichos principios y no ocurra como en otras instituciones en que los jueces diluyen su importancia, empleando una interpretación meramente literal de sus disposiciones y desdeñando otros elementos que, sin duda, podrían contribuir al enriquecimiento del sistema jurídico. Como alguien dijo, el derecho es como un instrumento musical: en manos expertas, por malo que éste sea, entregará excelentes notas; en manos inexpertas el mejor instrumento del mundo no dará a una sola nota de calidad. La aplicación de la norma, a través de su interpretación, es más importante que su perfección, por lo mismo, puede, a este efecto, contribuir más la potestad jurisdiccional que la potestad legislativa. Ojalá algún día nuestros jueces comprendan que está en sus manos dar al derecho la importancia que tiene en la organización de la sociedad.

Finalmente, celebramos la dictación de la Ley N° 19.947, que puso fin a una escandalosa realidad, que hacía de Chile un paraíso divorcista a través de un proceso falso (incompetencia del Oficial del Registro Civil), destinado más bien a descomprimir la presión social que generaba un matrimonio en la letra indisoluble. Aquello contribuyó poderosamente a debilitar la familia y desprestigiar a los tribunales, que no pueden permanecer indiferentes frente a la realidad social.