

# ¿Tiene sentido regular constitucionalmente materias como la familia (y los elementos constitutivos del matrimonio)?

**Ignacio Covarrubias Cuevas<sup>1</sup>**

Profesor de Derecho Constitucional  
Universidad del Desarrollo

“La familia es deseable como instrumento para la transmisión de la moral, la educación, los gustos y el conocimiento...”  
(Hayek, *Fundamentos de la libertad*)

**Resumen:** este trabajo plantea que la Constitución Política –como la mayoría de las normas jurídicas– no es valorativamente neutra. No lo es en materia política y económica, menos todavía en lo que dice relación con la regulación de instituciones fundamentales como la familia (y sus elementos constitutivos). Lo anterior se debe a que si bien la Carta Fundamental debe respetar las distintas formas de vida que no sean delictivas ni atenten contra el interés público, sólo ha de promover, incentivar y proteger aquellas que sean socialmente valiosas, entre ellas la familia, constituida a partir de un hombre y una mujer. En tal sentido, se sostiene que la Ley Fundamental no consagra el derecho al reconocimiento de la diversidad –una cosa es tolerar la diversidad y otra es favorecer todo tipo de diversidad–, sin perjuicio del respeto humano que debe brindarse a las distintas formas de vida, lo que supone la no discriminación arbitraria respecto de las mismas.

\*\*\*

## **1. Sentido de la Constitución Política: elemento aglutinador a falta de consensos básicos.**

La Constitución Política no debe regular detalles propios de la norma legal o reglamentaria. Por ello es que no constituye la única fuente de juridicidad ni tampoco de invalidación automática de las normas que no concuerden con ella por tratarse de la norma jerárquicamente superior.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Doctor en Derecho, Universidad de los Andes. Director del Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo.

<sup>2</sup> Vid. PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos (1998): *Teoría Constitucional*, Ed. Jurídica ConoSur, Santiago de Chile, p. 14.

Sin embargo, la naturaleza de la Ley Fundamental no es únicamente jurídica, sino que también posee un indudable carácter político en cuanto fuente de libertad, de limitación del poder y de estructuración del mismo, que garantice a las personas una esfera irreductible de derechos y libertades. Esto hace que la atención deba centrarse en su contenido, antes que en su forma, pues considerada en su solo carácter normativo o en el modo de organización, las Constituciones “pueden ser liberales, autoritarias o totalitarias”;<sup>3</sup> en cambio, si se atiende principalmente a su finalidad, no resultará indiferente su contenido.

Dicho de otro modo: si la Constitución tiene por objetivo primordial la contención y configuración del poder, no tienen cabida las Cartas totalitarias ni totalizantes de ningún signo, por muy perfecta que resulte su estructura formal.<sup>4</sup> Según Lowenstein, dentro de los elementos esenciales de una Constitución, se encuentra el “reconocimiento y protección de los derechos individuales y las libertades fundamentales”<sup>5</sup> con el objeto de favorecer la dispersión del poder. Friedrich, por otra parte, sostiene que la Constitución existe para proteger al individuo “contra las interferencias en su estado personal”,<sup>6</sup> afirmando que una de las fuentes de limitación reside en la doctrina del Derecho Natural y en el Cristianismo, que consideran a la persona –de modo similar a como lo consagra nuestra Carta en su artículo 1º– “como el valor final”<sup>7</sup> del ordenamiento jurídico.<sup>8</sup>

Si las cartas constitucionales sirven de contención al poder y la primera barrera a la naturaleza expansiva del mismo se encuentra en la familia, no puede sino resultar plenamente coherente con la finalidad de la Constitución Política una norma que vele por su resguardo y protección, máxime si se trata de una sociedad en que falte o sea escaso el acuerdo sobre lo fundamental.<sup>9</sup> Por el contrario, si existe un acuerdo inamovible en materias fundamentales en una sociedad determinada, pareciera aceptable que las normas constitucionales dejaran progresivamente de pronunciarse sobre ello.

Por ejemplo, creemos que muy pocos se atreverían hoy siquiera a sostener que es imprescindible mantener aquella parte de la disposición del artículo 19 N° 2 que prohíbe la esclavitud, pues respecto de esta materia existe un acuerdo

<sup>3</sup> *Ibíd.*, pp. 15-16.

<sup>4</sup> Ya Hamilton, en *El federalista* N° 84 decía que la “Constitución (...) es una carta de derechos”, confirmando el contenido esencial que queremos atribuirle aquí. En *El federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994. pp. 365-373.

<sup>5</sup> LOWENSTEIN, Karl (1986): *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, pp. 149-150.

<sup>6</sup> FRIEDRICH, Karl J. (1975): *Gobierno Constitucional y Democracia*, Madrid, T. I, p. 39.

<sup>7</sup> *Ibíd.*, pp. 68-69.

<sup>8</sup> De la referida disposición constitucional comienza el concepto de la persona como valor principal y último, de donde deriva, asimismo, el principio de servicialidad del Estado para con la persona, reconocido en el artículo 1º inciso 4º de la Carta Fundamental.

<sup>9</sup> PEREIRA MENAUT (1998), p. 18.

fundamental. Así, del mismo modo que sobre ciertas materias habría acuerdo en lo fundamental, es evidente que no ocurre lo mismo respecto de otros muchos temas, por lo que creemos que no sólo resulta legítimo, sino indispensable a la naturaleza misma de la Carta Política y a la subsistencia misma de la sociedad, que ella se pronuncie –sin el detalle propio de la normativa inferior– respecto de cuestiones que resultan fundamentales para el devenir de la sociedad, pues aquella en que no existen convicciones básicas comunes que sean compartidas su cohesión social se encuentra en entredicho.

Resulta un contrasentido afirmar que una Constitución debe fijar las reglas del juego de la convivencia social y al mismo tiempo aceptar que haya un campo vedado para ella en temas tan relevantes acerca de la concepción de las bases mismas de la sociedad, entre ellas, la familia y sus elementos constitutivos. Más aún, cuando un pueblo carece de un sustrato común –religioso, histórico, de costumbres–, debe más aún considerar la ley, particularmente criminal y constitucional, como búsqueda de una expresión y fuente común de valores<sup>10</sup> que puedan cumplir una función de arraigo social unitivo.

### 1.1 Rol pedagógico y legitimador de las normas jurídicas. El caso de la Constitución

Aunque el ordenamiento jurídico no contemple dentro de sus finalidades primordiales hacer virtuosas a las personas, ello no significa que no pueda cumplir un –modesto aunque no trivial– rol pedagógico. “El sistema jurídico de un país, al igual que otras expresiones como el arte, la religión y la economía, influye y es influido por la cultura en la que se desenvuelve”.<sup>11</sup> La profesora Mery Ann Glendon ha sostenido: “*Con frecuencia, encandilados por el poder coercitivo del derecho, tendemos a minimizar sus facetas persuasivas y constitutivas*”,<sup>12</sup> soslayando la continua interacción entre las normas jurídicas, las ideas, los sentimientos y el comportamiento humano,<sup>13</sup> relación que emana principalmente de la asociación, un tanto inconsciente, que se hace entre legalidad y legitimidad: existe una presunción fáctica de que lo jurídico es loable. Al menos existe la posibilidad de que el derecho adquiera la fuerza de la costumbre.

Ya Tocqueville afirmaba que la libertad local –de la pequeña comunidad o ayuntamiento– era fácilmente destructible si no cristalizaba en las costumbres y que el modo de hacerla entrar en los hábitos no podía ser “*sino después de haber subsistido por largo tiempo en las leyes*”,<sup>14</sup> de donde se desprende la necesaria retroalimentación entre derecho y costumbre. El solo hecho que las

<sup>10</sup> GLENDON, Mary Ann (1987): *Abortion and divorce in western law*, Harvard U. Press, Cambridge, p. 139.

<sup>11</sup> GLENDON, Mary Ann (1989): *The transformation of family law*, Chicago U. Press, Chicago, p. 311.

<sup>12</sup> *Ibíd.*, p. 10.

<sup>13</sup> *Ídem.*

<sup>14</sup> TOCQUEVILLE (1996): *La democracia en América*, Fondo de Cultura Económica, México, p. 78.

palabras estén contenidas en una norma jurídica –decía Stuart Mill– hace que sean referenciales; que sirvan de punto de contraste.<sup>15</sup> A juicio del primero, los conceptos jurídicos pueden contribuir a conformar el mundo interior de convicciones, actitudes y anhelos que constituyen los resortes ocultos de la acción personal y social.<sup>16</sup>

Si los símbolos –como el lenguaje– se consideran importantes, con mayor razón lo son las normas jurídicas, y dentro de ellas, obviamente, la Constitución Política. La sola existencia de políticas públicas sobre el núcleo fundamental de la sociedad –y de “un lenguaje de protección constitucional a las familias, los niños, y la sociedad venidera–, permanecen en la conciencia de tales políticas oficiales”<sup>17</sup>, por lo que la ausencia de un factor indiscutidamente relevante para las bases sociales contribuye necesariamente a empobrecer las políticas aplicables en tal campo.<sup>18</sup> Así, el ordenamiento jurídico parece generar un cierto efecto en el modo de vida de las personas, no obstante lo dificultoso que resulte determinar con precisión el quantum en que se produce tal interacción.

Por otra parte, creemos que la imposibilidad de identificar el ordenamiento jurídico con una sola noción de virtud, no significa que aquél deba permanecer impasiblemente neutral en todas las controversias que puedan tener incidencia moral.<sup>19</sup> Recordemos que para definirse neutralmente es preciso previamente haberse definido moralmente, pues “rehusar tomar una posición moral constituye una postura moral en sí misma”.<sup>20</sup> Esto se vincula con el punto a tratar inmediatamente.

Si el efecto legitimador que ejerce el derecho en las conductas humanas resulta ser efectivo, no parece recomendable que el legislador efectúe su labor con indiferencia de los efectos sociales que puede generar el modelo legislativo, pues no resulta razonable legitimar toda diversidad por el hecho de presentarse como tal, sino que –como veremos– atendido el carácter de bien socialmente deseable.

<sup>15</sup> MILL, John Stuart (1984): *Sobre la libertad*, Sarpe, Madrid, p. 73.

<sup>16</sup> GLENDON, Mary Ann (1988): “El lenguaje de los derechos”, en *Revista de Estudios Públicos*, N° 70, Santiago de Chile, pp. 78-79.

<sup>17</sup> GLENDON (1987), p. 136.

<sup>18</sup> Ídem.

<sup>19</sup> Ídem.

<sup>20</sup> Ídem.

## 1.2 Imposibilidad de neutralidad axiológica en una Ley Fundamental: opción valorativa en materia de instituciones sociales básicas, de pluralismo político y de sistema económico

Sentada, a nuestro entender, la importancia del contenido de una Carta Fundamental –como rasgo esencial de la misma–, ésta no puede resultar neutra, porque ningún contenido jurídico lo es. Por el contrario, posee una resuelta definición valórica. Hay una opción escogida. No se eligen todos los caminos; tampoco uno solo, pero hay un sentido, una dirección hacia la cual debe irse. Si toda actividad humana se hace en vista a un fin, con mayor razón las acciones políticas, que son todavía menos neutras que el resto de las acciones humanas, porque ésta siempre se hace en pos “de un proyecto o modelo de sociedad, o de la búsqueda del bien común”.<sup>21</sup>

La Constitución Política constituye “la expresión de una determinada manera de entender el mundo, la vida y el hombre”,<sup>22</sup> por lo que jamás puede resultar axiológicamente neutra, ni siquiera las que se denominan como tales, pues tal supuesta “neutralidad” también deriva de una visión precisa y determinada del hombre y de la sociedad.<sup>23</sup> Si la convivencia social es consecuencia de la naturaleza de las personas, un orden de alguna especie es requerido como condición necesaria para tal convivencia.<sup>24</sup> De ahí que orden devenga en ordenamiento –jurídico en nuestro caso–. Así, la elección de los medios –las normas jurídicas– para lograr los fines –políticos en sentido amplio– no resulta indiferente. De aquí se deriva, a su vez, que a menos que se trate de normas verdaderamente neutras –como la reglamentación sobre la señalización de tránsito– muchas, y todas las de naturaleza dogmático-constitucional, presuponen ineludiblemente opciones valorativas.

Si se sostiene que derechos como la vida y la propiedad (que presuponen opciones no neutrales) deben ser objeto de regulación constitucional, ¿por qué motivos habría de excluir la referencia a las instituciones fundamentales, como la familia y los elementos constitutivos del matrimonio? ¿Resulta suficiente intentar como respuesta que respecto de los primeros habría un cierto consenso en reconocerlos, mientras ello no ocurriría con otras instituciones, como la familia? Este argumento no resulta ser el punto central. Si así lo fuera, la discusión se reduciría a una cuestión de consensos o de amplia mayoría, lo que tornaría inestables bienes tan relevantes como la vida y el honor. Bastaría

<sup>21</sup> PEREIRA MENAUIT, Antonio Carlos (2000): *Doce tesis sobre la política*, Universidad Autónoma de México, México, p. 15.

<sup>22</sup> GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco (1992): *El Estado social y democrático de derecho*, EUNSA, Pamplona, pp. 13-16.

<sup>23</sup> A modo de ejemplo, ¿más de alguien podría sostener que la supuesta “neutralidad del artículo 1° del Código Civil Chileno no es sino consecuencia de la inspiración decimonónica que inspira a dicha obra en diversas materias?

<sup>24</sup> Sir VINEGRADOFF, Paul (1992): *Introducción al derecho* [título original: *Common sense in law*], Fondo de Cultura Económica, México, pp. 14-15.

señalar que nadie –ni siquiera la minoría– estaría en desacuerdo con la sola idea de proteger la institución familiar, para que quedara sin regulación. La cuestión debería centrarse en los motivos por los que consideramos no sólo legítimo, sino también conveniente, que el fortalecimiento de la familia esté consagrado en la Carta Fundamental, como, asimismo, lo debe estar, entre otros derechos y libertades, el de propiedad y la libertad de opinión.

La respuesta se configura a partir de la convicción de que la convivencia social es posible cuando se fijan normas básicas para regular la conducta normal y habitual de las personas, además de las reglas propias de la convivencia política, tales como las relaciones entre los sexos y el intercambio de bienes<sup>25</sup> que redunden en un bien socialmente valioso. Ello da algunas luces acerca del motivo porque la Carta Fundamental deba ocuparse de tales temas –fundamentales– y no, por ejemplo, de las relaciones de poder de los accionistas minoritarios en una sociedad anónima.

### 1. 3 Digresión sobre la opción elegida

Del mismo modo en que el constitucionalismo nació como escudo frente al absolutismo político y luego hizo frente al absolutismo económico, no sería curioso que debiera enfrentarse al absolutismo valórico, que pretende implantar el mismo molde del igualitarismo uniformador para todos. No podemos sino coincidir en que la Carta Fundamental constituye ante todo un límite al poder, pero éste se manifiesta de diversos modos en la historia, por lo que la Constitución, no cabe duda, ha de ser un dique de contención, pero a los embates que corresponde afrontar en su momento histórico determinado. Podrá adoptar diversas modalidades, pero su identificación quedará, de algún modo, perfilada cuando el perjuicio haya de comenzar a sufrirlo el ejercicio de los derechos de las personas o la integridad de las instituciones sociales, para cuya defensa surgió el concepto de Constitución.

Igualmente que la homónima alemana, la Carta chilena consagra un pluralismo político limitado al establecer la inconstitucionalidad de los partidos, movimientos u otras formas de organización por cuyos actos u objetivos “procuren el establecimiento de un sistema totalitario”,<sup>26</sup> entre otras conductas descritas. No sería legítimo, en virtud de la norma citada, permitir el libre juego político de movimientos o partidos que posean una concepción totalitaria del hombre, de la sociedad, sin respetar “los principios básicos del régimen democrático y constitucional”.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> *Ibíd.*, p. 15.

<sup>26</sup> Constitución Política de la República, art. 19 N° 15, inciso 6°.

<sup>27</sup> *Ídem.*

De modo análogo, en materia económica, la opción constitucional está dada por las normas de la denominada “Constitución Económica” o disposiciones sobre el “Orden Público Económico”, existiendo a estas alturas bastante adhesión en considerar el principio de subsidiariedad –no obstante sus distintos énfasis e interpretaciones– no sólo como el principio inspirador y norma rectora en materia económica,<sup>28</sup> sino también como uno de los preceptos fundantes de la Carta Fundamental,<sup>29</sup> extensible como criterio y norma en ámbitos tan relevantes como la salud, la seguridad social, la educación, y a todo el rico entramado social que tiene su base constitutiva en la familia y su expresión en los cuerpos intermedios de la sociedad.

Esta aceptación de un pluralismo político que rechaza el totalitarismo, junto al reconocimiento de la propiedad privada, así como de la libre iniciativa económica, además de la imposición de restricciones inherentes a la actividad empresarial del Estado, sitúan a nuestro país dentro de la constelación de Estados que adhieren a una concepción determinada del hombre y de la sociedad en relación con el sistema económico de mercado.<sup>30</sup>

Si se consagra la existencia de un pluralismo político restringido (opción valorativa), los cimientos de un sistema económico de mercado (opción valorativa), ¿cómo es posible que la Carta Fundamental no haya tomado una definición en una materia considerada institución fundamental de la sociedad, entre las cuales, por cierto, está la familia (opción valórica)? Si la Constitución excluye ciertas opciones políticas y económicas, ¿por qué no puede rechazar, al mismo tiempo, determinadas visiones que, a juicio de ella, destruyen el concepto de familia como bien socialmente deseable?

Sentado que existe una opción, debemos procurar determinar su contenido, el que lleva en sí mismo su delimitación. Descartada entonces la opción de que todo es posible bajo el alero constitucional, se sigue que hay una frontera, frente a lo cual cabe preguntarse si es ella difusa o no. Ciertamente creemos que no, pues si lo fuera aceptaríamos la tesis de que “todo cabe bajo ella”, lo que redundaría en el absurdo constitucional de consagrar normas de modo tan amplio y abstracto que, respetándose su letra, dejaría una puerta abierta para herir de muerte a su espíritu. Si todo cabe bajo la interpretación de un término, éste ha perdido su sentido. Si algo significa cualquier cosa, en realidad no significa nada, frente a lo cual es mejor que no estuviera como norma.

<sup>28</sup> Vid. CEA EGAÑA, José Luis (1988): *Tratado de la Constitución de 1980*, Ed. Jurídica de Chile, p. 168.

<sup>29</sup> Vid. COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio (2001): “El principio de subsidiariedad”, en (Enrique Navarro, editor) *Veinte años de la Constitución Chilena*, Ed. ConoSur, pp. 69-61.

<sup>30</sup> GONZÁLEZ NAVARRO (1992), p. 16, menciona el texto constitucional chileno como un ejemplo de Constitución valórica.

Con todo, la circunstancia que no sea difusa no implica que no pueda ser flexible, pues, como todo límite, debe poseer cierta flexibilidad, el cual no puede extenderse al infinito; de lo contrario, no tendría razón de ser tal el límite. Lo capital es determinar dónde comienza tal frontera, de cuya magnitud dependerá, en algún modo, su extensión.

#### **1.4 La familia y el matrimonio en la Carta Fundamental: la distinción entre respetar una realidad y promoverla o incentivarla como deseable**

Asumiendo que la familia constituye un cuerpo social que no precisa de creación legal –pues ya existe de hecho antes que el mismo Estado–, ¿por qué el afán en otorgar reconocimiento oficial a algo que ya existe previamente? ¿Será por motivos religiosos? Ciertamente no; si así fuera, sería necesario no sólo otorgar protección legal a todos los ritos y sacramentos religiosos, sino también a toda práctica religiosa o que fuese representativa de diversas convicciones por el solo hecho de manifestarse. ¿Por qué entonces los Estados deben no sólo respetar, sino que, también, promover un marco jurídico de la familia o sus elementos constitutivos? Debido a que es el respaldo a un compromiso determinado –no cualquiera– el que constituye el marco más favorable a la estabilidad y desarrollo de la familia como de los hijos. El bien jurídico y social que el ordenamiento debe proteger en cuanto a la familia es el bien actual de los cónyuges (unión, ayuda mutua y procreación, etcétera), el de los futuros cónyuges y de los hijos (formación, educación, auxilio, etcétera).

En consonancia con lo dicho, creemos que el texto constitucional efectúa un reconocimiento de la familia que –en el texto y contexto de la consagración constitucional– debe entenderse como una realidad natural deseable, previa a toda normativización estatal. Basta un examen meramente literal como con textual para apreciar lo recién afirmado. En efecto, la Carta Política expresa que “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”. Luego establece dos deberes del Estado en relación con la misma, a saber: “dar protección” y “propender al fortalecimiento de ésta”, además de garantizarle –como grupo intermedio– “la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”. Su existencia pre-estatal se desprende de la disposición constitucional que prescribe que el “Estado está al servicio de la persona humana” (art. 10, inciso 4° de la Constitución).

De poco valor resultará la consagración constitucional de la familia si no procuramos desentrañar el contenido normativo de la misma y, por tanto, su ámbito de protección. ¿Se trata de un concepto de familia fundado en un matrimonio entre un hombre y una mujer? o, por el contrario, ¿estamos hablando de un concepto sociológico que pudiera extenderse a todas las formas de unión entre personas que culturalmente se entiendan por grupo familiar?

La circunstancia de que el artículo primero de la Carta Fundamental no se refiera de modo expreso a la familia fundada en el matrimonio no significa que estemos frente a un concepto abierto e indeterminado, pues “parece ser indicio de que para el constituyente esto era algo obvio que no requería explicitación”.<sup>31</sup> Cuando se habló de familia, como núcleo fundamental de la sociedad, se quiso referir al modelo paradigmático y clásico de la misma, que no es otro que el de la familia matrimonial.<sup>32</sup> El aserto del profesor Corral cobra vigor a la luz de las expresiones vertidas en el seno de la Comisión de Estudio como del Consejo de Estado respecto del alcance que debía darse a la norma constitucional que ordena la protección de los derechos esenciales emanados de la naturaleza humana que no estén expresamente consagrados en el texto, como en cuanto a los elementos constitutivos del matrimonio mismo, considerado éste como la única puerta de entrada para formar una familia.<sup>33</sup> Atendido que el texto constitucional limita expresamente –lo dice así– el ejercicio de la soberanía a un conjunto de derechos consagrados implícitamente, cabe preguntarse si debe estar comprendido dentro de tales “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, el derecho a contraer un matrimonio entre personas de un mismo sexo.

Resulta atinente sustentar lo afirmado en la historia fidedigna de la norma: “El señor Presidente –del Consejo de Estado–, por su parte, da lectura a un memorándum relativo a qué derechos deben ser protegidos por la Constitución, a cuyo respecto no puede caerse en exageraciones ni menos aún en dar la idea de que los no mencionados explícitamente quedan fuera de tal amparo. Finalmente, el señor Philippi –miembro del Consejo de Estado– sugiere agregar en el inciso 3° del artículo 5°, después de la palabra “derechos”, el término “esenciales”, a fin de evitar que se abuse de la interposición del recurso de inaplicabilidad”.<sup>34</sup> Por su parte, el miembro de la Comisión de Estudio de la Constitución, Jaime Guzmán, sostuvo de modo categórico lo siguiente: “(...) la soberanía tiene un solo límite fundamental, que es el derecho natural. Concuerta en no decirlo como tal, porque es una expresión vaga, para muchos doctrinaria y tal vez innecesariamente conflictiva. Pero sí se podría hablar del respeto a “los derechos fundamentales que arrancan de la naturaleza humana” (art. 5°, 2 de la Constitución). Ese le parece que es un límite de la soberanía,

<sup>31</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán: (1994): *Familia y derecho*, Colección Jurídica, Universidad de los Andes, Santiago, p. 29.

<sup>32</sup> Ídem.

<sup>33</sup> UGARTE, José Joaquín (1980): “La familia como sociedad natural”, en *Revista Chilena de Derecho*, VII, p. 177. Dice el autor que “Familia y matrimonio se presentan, así, como dos instituciones que se vinculan necesariamente y que en cierta forma se confunden y asimilan: el matrimonio origina una familia. y en ocasiones constituye la familia misma”. Asimismo. vid. Corral Talciani (1994), pp. 26-27, quien afirma que “es evidente que la legislación considera el matrimonio como la puerta de entrada a la familia”, pues éste es “fuente de estado civil, y confiere a los cónyuges derechos sucesorios y también previsionales o asistenciales, en caso de muerte del otro”.

<sup>34</sup> *Actas Oficiales del Consejo de Estado*, sesión 56, de 28 de noviembre de 1978.

porque tiene que ser algo que esté por encima del derecho positivo para que limite la soberanía<sup>35</sup>, clarificando luego que en la disposición del artículo 5° inciso 2° de la Constitución “se precisa que la limitación para el ejercicio de la soberanía es la naturaleza humana y no la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, porque ésta es una manifestación de la voluntad de un conjunto, muy respetable, de ciudadanos, que puede haber omitido algunos derechos o considerado algunos equivocadamente y que incluso puede ser posteriormente reformada (...)”.<sup>36</sup>

A mayor abundamiento, el mismo Guzmán, con ocasión de la discusión que se produjo al tratarse el derecho a la vida del que está por nacer, expresó que “el problema –del aborto se entiende– no tiene que ver con la convicción religiosa. (...) la prohibición de toda forma de aborto es una norma moral independiente de la convicción religiosa, y exigible a todos los hombres. La verdad religiosa es una cosa que no se puede imponer. El problema es que se está ante una situación de ley moral natural. Señala el caso de la familia como célula básica de la sociedad (...)”.<sup>37</sup>

Los conceptos vertidos han sido corroborados posteriormente por destacados profesores que fueron miembros de la comisión constituyente.<sup>38</sup> Bastante literatura se ha publicado, más de lo ya señalado, en relación a la recepción constitucional de la familia por parte de nuestra Carta Fundamental<sup>39</sup>, por lo que quisiéramos enfatizar algunos aspectos constitucionales no suficientemente desarrollados hasta ahora: la vinculación de la obligación del Estado de proteger y dar protección a la familia en relación con el derecho a la vida y, particularmente, con el derecho a la igualdad ante la ley.

Antes, basta sólo recordar que lo primordial que se ha dicho en relación al concepto constitucional de familia –reforzando lo ya dicho– es que si se atiende a la doctrina que inspira a la Carta de 1980 y a los valores que quiere salvaguardar, no ha utilizado el término familia como una mera categoría sociológica para aludir a cualquier configuración que adquiriera la unidad de convivencia más inmediata al ser humano, de modo que el Estado, indiferentemente, tuviera que proteger y propender al fortalecimiento de familias poligámicas o de

<sup>35</sup> *Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Constitución*, sesión 49, p. 17.

<sup>36</sup> *Ibid.*, sesión 54, p. 10.

<sup>37</sup> *Ibid.*, sesión 96, p. 19.

<sup>38</sup> SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997): *Tratado de Derecho Constitucional*, Ed. Jurídica de Chile, T. IV, pp. 33-42; BERTELSEN REPETTO, Raúl (1991): “Constitución e indisolubilidad matrimonial”, en *El Divorcio ante el Derecho*, Cuadernos de Extensión N° 2, Universidad de los Andes, Santiago.

<sup>39</sup> SOTO KLOSS, Eduardo (1994): “La familia en la Constitución Política”, en *Revista Chilena de Derecho* N° 21, pp. 217-225; REYES ZAPATA, Jorge (1998): *El concepto de la familia como núcleo fundamental de la sociedad en la Constitución de 1980*, Tesis de grado para optar al grado de Magíster en Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile [inédito]; VAN DEN WYNGARD, Jorge (1986): *La protección de la familia en la Constitución de 1980*, Tesis de Licenciatura, Pontificia Universidad Católica de Chile [inédito].

uniones transitorias, como también al de la familia fundada en el matrimonio monogámico e indisoluble.<sup>40</sup> Semejante vaciedad de contenido tornaría inservible el sentido de las normas constitucionales que, en el caso de la familia, goza de un contenido preciso. Es la familia constituida a partir de un hombre y una mujer.

### 1.5 La vida como valor supremo

Sostenemos que toda legislación que tienda a debilitar a la familia o a horadar su fortalecimiento, no sólo infringe las normas constitucionales que le sirven de sustento –directa o indirectamente– y que se encuentran primordial, aunque no exclusivamente, en las Bases de la Institucionalidad, sino que afectarían la vigencia de bienes jurídicos cuya protección constitucional no sólo se encuentra resguardada en el primer capítulo de la Carta, sino que también en aquél referido a los “Derechos y Deberes Constitucionales”. Habida consideración que la Constitución consagra como bien jurídico indiscutido a la familia, y descartado que el motivo para haberse referido a ella en los términos que lo efectúa sea sólo para reconocer su existencia, cabe añadir al respecto que basta leer el texto constitucional para evidenciar el verbo que el constituyente empleó, que no es el verbo reconocer, sino que proteger, además de propender a su fortalecimiento, correspondiendo al Estado brindarle protección y resguardo, pues para él no puede sino revestir especialísima importancia la unión entre hombre y mujer. ¿Por qué? Por el bien de los cónyuges casados y por el de los hijos –presentes y futuros–, pero particularmente por el bien de los segundos, pues es el único vínculo que puede generar nuevos seres humanos, imprescindibles para la subsistencia misma de la especie y, por tanto, de la comunidad.<sup>41</sup>

Quizás no hemos reparado con la debida atención en que todas las normas, derechos y libertades que la Constitución asegura y reconoce sólo cobran sentido y pueden ser comprendidos a partir del derecho a la vida, ya no solamente considerado en su faz actual –esto es, el derecho que va desde el concebido en el vientre materno hasta el que muere por causas naturales–, sino también en su dimensión potencial y valorativa, como un objetivo hacia el cual dirigirse y que el orden jurídico debe proteger no sólo a posteriori, cuando es afectado directamente –como el mencionado derecho a la vida–, sino que además preventivamente por tratarse de un valor que, aunque no se diga expresamente, constituye el principio matriz de los restantes principios fundantes de

<sup>40</sup> BERTELSEN REPETTO, RAÚL (1991), p. 86; CUMPLIDO CERECEDA, FRANCISCO (1996): “Matrimonio, la familia y la filiación en el constitucionalismo chileno”, en *Estudios Sociales* (Corporación de Promoción Universitaria) N° 88, pp. 207-211, quien ha añadido que “hay constancia que en estas normas el constituyente reconoció que seguía la concepción humanista y cristiana del hombre y de la sociedad”, concluyendo, al respecto, que cabe “una interpretación finalista del derecho constitucional”.

<sup>41</sup> SMITH, RICHARD (2001): “Un argumento liberal contra el reconocimiento jurídico de las uniones de personas del mismo sexo”, en VI Simposio sobre el Individuo, *Comunidad y Nuevos Estilos de Vida*, San José de Costa Rica [inédito], pp. 1-2.

la Constitución como de las normas contenidas en la misma. Ningún valor, derecho o libertad proclamado por la Carta Fundamental, puede ser superior a la vida, “que es el valor supremo”.<sup>42</sup> No en vano la Constitución en su primer artículo prescribe: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. ¿Qué libertad, igualdad o justicia es posible siquiera concebir sin la vida de sus eventuales titulares? Su desprotección implica, consecuentemente, el debilitamiento de todo el resto de los derechos humanos, ya que su ausencia impide la posibilidad misma de su concreción,<sup>43</sup> pues “[s]i no se tiene el derecho a ser, no hay posibilidad de tener ningún derecho”.<sup>44</sup>

Si la motivación radical de la familia como bien –antropológico, económico y jurídico–, cualquiera sea su denominación, consiste en la necesidad de dar vida a la humanidad, cuidando de ella, convengamos que será la familia fundada en un matrimonio, y dentro de ésta aquella que posee los atributos de unión entre un hombre y una mujer, toda vez que parece de toda evidencia que la condición más favorable para que una comunidad –cualquiera que sea– se desarrolle más plenamente, es en una situación de estabilidad, procreación y educación de los hijos. Del mismo modo como existen políticas públicas de educación y en materia económica (por ejemplo, el subsidio o exención tributaria por cada nacimiento en familias superiores a cierto número de hijos) en fomento al desarrollo y crecimiento familiar, también hay instrumentos jurídicos que colaboran en su fortalecimiento. La protección de la familia se nos presenta como un imperativo insoslayable en la defensa del valor de la vida, como garantía de la continuidad de la misma, y resulta indudable cuál estructura es aquella que favorece la generación y proyección de la vida: la que tiene más probabilidades de ser fecunda.

## 1.6 La libertad y la igualdad. ¿Existe el derecho al reconocimiento de la diversidad?

La libertad, como respeto, es una exigencia que todo Estado pluralista y democrático debe reconocer en cuanto ella no devenga en conductas antijurídicas o contrarias al interés público. Por ello, la Constitución Política asegura el respeto y la tolerancia a “la manifestación de todas las creencias”.<sup>45</sup> Sentado entonces el principio que toda manifestación de las formas de vida no delictiva ni contraria al bien común merece respeto, cabe preguntarse si tales expresiones deban ser asimismo protegidas, promovidas o incentivadas. Una cosa es tolerar la diversidad y otra es favorecer todo tipo de diversidad. Por lo demás, tal sentido es el que corresponde a la terminología empleada por el texto constitucional

<sup>42</sup> GONZÁLEZ NAVARRO (1992), p. 62.

<sup>43</sup> MASSINI, Carlos Ignacio (1998): “El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos”, en (C. I. Massini y P. Serna, editores) *El derecho a la vida*, EUNSA, Pamplona, p. 211.

<sup>44</sup> HERRERA JARAMILLO, F. Javier (1984): *El derecho a la vida y el aborto*, EUNSA, Pamplona, p. 133.

<sup>45</sup> *Constitución Política de la República*, art. 19 N° 6, inciso 1°.

al diferenciar entre derechos y libertades.<sup>46</sup> ¿Cuál es entonces el criterio de razonabilidad en virtud del cual el orden jurídico debe no sólo respetar, sino proteger una manifestación social determinada? El que sea reconocido como un bien socialmente valioso.<sup>47</sup>

Como lo vimos, se trata de promover un compromiso permanente y sólido, el marco que más favorece a la obligación constitucional del Estado de “dar protección” y “propender al fortalecimiento” de la familia como de los hijos, de lo que se sigue necesariamente que el bien jurídico y social que el ordenamiento jurídico debe proteger y resguardar es el bien actual de los cónyuges, el de los futuros cónyuges y de los niños, sin olvidar, como usualmente ocurre, el cuidado de los ancianos, los enfermos y los discapacitados.

En atención al principio de la democracia, cada persona o grupo familiar adoptará –en nombre de la libertad y la tolerancia garantizadas– la forma de vida que le parezca más afín a sus convicciones y pareceres. Otra cosa, ya decíamos, es pretender que el Estado otorgue certificación oficial, como tutela, a aquello que no ha probado ser socialmente valioso. Incluso un liberal como Hayek sostenía lo siguiente: “Si el resultado de la libertad individual no demostrase que ciertas formas de vivir tienen más éxito que otras, muchas de las razones a favor de tal libertad se desvanecerían”,<sup>48</sup> de lo que se desprende una valoración finalizada de la libertad, como un bien deseable personal y socialmente, como algo antes que cualquier cosa, como un fin al cual el orden jurídico debe tender.

Por ello, pensamos que la elasticidad de los preceptos constitucionales no resiste hasta la extensión de aceptar como protegibles aquellos modelos alternativos de familia que hoy día se discuten: aquella configurada por un matrimonio distinto al de un hombre y una mujer y la consecuencial adopción de hijos por parte de los mismos, entre otras.

<sup>46</sup> A modo de ejemplo, la Constitución asegura como derechos, en que hay un deber activo del Estado de protegerlos, el derecho a la vida del nacido como del que está por nacer; el derecho a la protección de la salud, a la educación y a desarrollar actividades económicas lícitas con las limitaciones que la propia Carta dispone, por ejemplo, respecto de la procedencia de la acción de protección sólo respecto de los denominados derechos de libertad. Como libertades, asegura la libertad de conciencia, de movimiento, de opinión e información, entre otras, debiendo el Estado tener un rol pasivo, un deber de no hacer: de no permitir que tales libertades sean afectadas, pero no un deber de promoción respecto de las mismas, pues no existe un derecho a la libertad, un derecho de opinión o información, como tampoco un derecho a la vida privada.

<sup>47</sup> En contra, PEÑA GONZÁLEZ, Carlos (2000): “Democracia y minorías”, en (A. Squella, edit.) *Democratizar la democracia: reformas pendientes*, Ed. LOM, p. 152, quien sostiene que una “democracia liberal, entonces, debiera tolerar y tratar con igual consideración y respeto a todas las formas de vida por igual, sin pretender que alguna posee mayor valor intrínseco que cualquier otra”, lo que solo se entiende al afirmar que las “diversas formas de vida son valiosas [porque] contribuyen a acrecentar la búsqueda autónoma de la vida buena”, o lo mismo, que la “pluralidad cultural no tiene, para el liberalismo, un valor en sí misma, [pues] se trata de un valor subordinado o instrumental a la autonomía”, p. 149.

<sup>48</sup> HAYEK, Friedrich (1998): *Los fundamentos de la libertad*, Unión Editorial, Madrid, p. 121.

Descartado el argumento de la libertad, se podría argüir el derecho a la igualdad. El razonamiento podría ser más o menos el siguiente: si algunos gozan del derecho –la libertad la tienen todos– a un matrimonio tipo X, ¿qué impide a otros de gozar de la protección de un matrimonio o unión tipo Y, si es lo que estiman deseable conforme a sus convicciones? El objetivo de la igualdad es garantizar la igual y real libertad de todos sin discriminaciones, impidiendo que las pretensiones de unos menoscaben la libertad de otros, afectando con ello el necesario pluralismo.<sup>49</sup> Cosa distinta es erigir la diversidad en un derecho susceptible de tutela. Una cosa es la libertad para desarrollar las diversas formas de vida y otra es el derecho a la protección de todo proyecto de vida por el solo hecho de manifestarse. La igualdad ante la ley se sitúa en el justo intermedio, pues garantiza –en igualdad– la libertad en sus diversas manifestaciones, sin convertir toda diversidad en deber protegible por parte del Estado o de las personas.

Desde el punto de vista de qué es lo que el Estado debe proteger v/s respetar, la respuesta ya está dada. En cuanto a la igualdad, debe añadirse que la protección a la diversidad, asimilable a una errada concepción de la igualdad jurídica, no goza de protección constitucional. Erigir la igualdad en un derecho equivaldría a asumir como deseable toda diversidad por emanar de la autonomía personal. En tal evento, se correría el riesgo de considerar discriminatorio tanto que los homosexuales como cualquier otra modalidad de vida que la imaginación y autonomía permita, no contaran con el apoyo o beneficio estatal, por el solo hecho de tratarse de manifestaciones de una forma de vida que –según tal criterio– debería gozar de tutela jurídica.

Si resultase justificable lo anterior en vista de un inexistente derecho a la protección de la diversidad o de una malentendida igualdad –siguiendo el mismo predicamento– no habría motivo para dejar sin protección todo deseo o aspiración individual,<sup>50</sup> como tampoco para no seguir progresivamente con el reconocimiento oficial de manifestaciones sociales como las señaladas precedentemente, pues aceptada la protección de todas las formas de vida, resultaría coherente extender la elasticidad de las normas constitucionales hasta el punto de incluir en la promoción, por ejemplo, a la poligamia u otras formas de matrimonio plural. Lo señalamos nuevamente: una cosa es el respeto a la pluralidad de las formas de vida y otra es proteger toda pluralidad existente.

Ahora bien, aun en el evento de considerar la cuestión de la protección de las manifestaciones de la autonomía individual en nombre de la igualdad jurídica, su justificación fundamental comenzaría en algo respecto de lo cual existe consenso: que el principio de igualdad ante la ley no ordena otorgar

<sup>49</sup> MARTÍN DE AGAR, JOSÉ T. (2003): "Libertad religiosa, igualdad y laicidad", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30 N° 1, p. 107.

<sup>50</sup> Nada impediría brindar protección jurídica a las diversas –cerca de 21– manifestaciones de distinto género que hoy existen.

igual tratamiento a realidades que son en sí misma diferentes, sino que sólo prohíbe las diferencias arbitrarias, injustas, que sean contrarias a la naturaleza de las cosas o producto de un capricho.<sup>51</sup> Por tanto, dar un trato igualitario a situaciones que presentan diferencias estimables infringiría el principio de igualdad reconocido constitucionalmente.<sup>52</sup>

Atendido lo anterior, cabe preguntarse nuevamente si es dable, en nombre no de una diversidad descartada, sino de la igualdad ante la ley, equiparar jurídicamente los derechos de las personas que forman una familia fundada en un matrimonio entre hombre y mujer con las pretensiones de aquellos que quieran dar origen a una unión distinta. La respuesta dependerá del criterio de comparación que se emplee: un parámetro puede atender a la consideración de los interesados como ciudadanos; otro criterio enfatizará el hecho de ser miembros de una familia. ¿Cuál de ellos debe prevalecer? No se trata –sostiene Corral– “de los derechos que les correspondan a los hijos en cuanto individuos, sino en consideración a la relación con un grupo intermedio que la misma Constitución reconoce como fundamental: la familia”.<sup>53</sup> Esta afirmación resulta clave toda vez que revela –sin decirlo expresamente– el tema de fondo que subyace al tratamiento de la igualdad.

En efecto, al efectuar diferencias, la autoridad no hace otra cosa que repartir cargas o beneficios con el fin de dar más o menos protección a un bien jurídico estimado importante para la sociedad. Al hacerlo, necesariamente otorgará protección a algún interés jurídico en desmedro de otro. Y como la vida presenta las más variadas manifestaciones, la cuestión clave reside en determinar el criterio en virtud del cual se efectuará la comparación entre cosas o personas diversas, a fin de resolver a cuál se otorga más relevancia. Un dicho popular refleja muy claramente el problema: “Se puede nivelar hacia arriba o hacia abajo”. Un liberal como Robert Nozick lo ha aplicado en materia económica, sosteniendo que la igualdad de oportunidades puede lograrse de dos modos: una, empeorando directamente la situación de los más favorecidos (nivelando hacia abajo); la otra, mejorando la situación de los menos favorecidos (nivelando hacia arriba).<sup>54</sup>

<sup>51</sup> EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1986): *Los derechos constitucionales*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, T. II, p. 15.

<sup>52</sup> Vid. DWORKIN, Ronald (1989): *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona. El autor otorga un rol clave al derecho a ser tratado con igual consideración y respeto, que según Peña González, en ob. cit. p. 157, no sería otro que “el derecho a que mis peculiaridades se tomen en cuenta como las peculiaridades de cualquier otro”, conceptualización que en principio estaría satisfecha con una fiel comprensión de la igualdad ante la ley como igualdad entre iguales, pues tales peculiaridades y diferencias de cada uno permitirán efectuar la comparación con aquellos que se encuentran en las mismas condiciones o circunstancias peculiares.

<sup>53</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán: (1993): “¿Igualdad de lo desigual? Notas sobre la equiparación jurídica entre hijos legítimos e ilegítimos”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20 N° 1, p. 32.

<sup>54</sup> NOZICK, Robert (1974): *Anarchy, State and utopia*, Basic Books, New York, p. 235.

La idea de que habla Nozick es el incentivo a un bien socialmente valioso –en su caso, el esfuerzo y mérito– sin perjuicio de otorgar las oportunidades al que no las ha tenido. Llevado esto al terreno de la igualdad jurídica, puede sustentarse en el mismo concepto, aunque difieran los instrumentos: no puede igualarse lo que no es igual; no pueden equipararse conductas que no son equiparables en razón del criterio de comparación que debe ser utilizado aquí: el del bien de la familia, cónyuges e hijos. No resulta indiferente para el derecho, como tampoco lo es para la economía, que se valore la constitución estable y permanente de una familia como equivalente a la simple unión o convivencia. Un igualitarismo a secas produce el efecto de poner en un mismo plano de equivalencia a conductas que provocan efectos opuestos entre sí, incentivándolas por igual. No se trata de perjudicar a aquéllos que desean una unión diversa –como vimos tienen la libertad de llevarla a cabo– sino de beneficiar a aquellos que opten por un compromiso en beneficio de los mismos cónyuges e hijos.<sup>55</sup>

Sostener que bajo el alero constitucional cabe legitimar toda convivencia familiar no sólo privaría de sentido las palabras puestas por el constituyente, sino que además atentaría contra el concepto mismo de Constitución, pues es natural al derecho mismo diferenciar, estableciendo preferencias por lo que se estima socialmente deseable. Lo contrario –proteger en un mismo plano toda unión sexual y afectiva– erigiría al principio de la autonomía individual en el parámetro de construcción social, sin atender a las consecuencias (negativas o positivas) de la opción voluntaria. El derecho pierde así parte fundamental de su ser: ponderar, discriminar lo deseable de lo no deseable. Ello constituiría una valoración apriorística del acto derivado de la autonomía como bueno per se, “sin entregar argumentos que permiten evaluar la conveniencia de la sustitución”<sup>56</sup>, sentando ello un nefasto precedente respecto de ciertos derechos constitucionalmente resguardados, como el derecho a la vida, y contribuyendo a la pérdida de sentido de los mismos. En nombre de la autonomía individual, el derecho a la vida del inocente (que está por nacer o enfermo grave) correría serio peligro. Si pierde sentido el concepto de familia, no se divisa motivo para que tal confusión se extienda a los derechos fundamentales. No se favorecería “la familia”, sino que “las familias”, debiendo el Estado en sus políticas públicas y su legislación adoptar una prescindencia en la valoración del modelo más deseable u otorgando una protección a todas las modalidades existentes.<sup>57</sup>

Como afirmábamos en un comienzo, el tema no es la libertad, pues el pluralismo y la diversidad social y valórica ya están reconocidos por la Constitución. El punto está en si las distintas realidades deben ser igualmente valoradas, de donde se sigue que todas las modalidades de familia deben ser respetadas,

<sup>55</sup> CORRAL TALCIANI, (1993), p. 33.

<sup>56</sup> Vid. CORRAL TALCIANI, Hernán (2002): “Claves para entender el derecho de familia contemporáneo”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 29 N° 1, p. 28.

<sup>57</sup> Ídem.

aunque una sola encuentre su protección en la Carta Fundamental: aquella que, luego de ponderados los antecedentes, permite concluir que es el modo más acorde para el bien de las personas. Un ejemplo al respecto: la circunstancia que la Constitución no favorezca el reconocimiento familiar a la unión entre homosexuales no significa que los homosexuales no puedan desarrollar sus formas de vida. La Constitución les respeta su opción de vida: pueden vivir y convivir entre ellos; expresar sus sentimientos, en privado y público; pueden adquirir bienes en común, e incluso podrían reclamar infracción al principio de igualdad ante la ley en caso que el dueño de un bien raíz adujera la homosexualidad como motivo para no darle en arriendo su inmueble.

Si se aplicara hasta sus últimas consecuencias la tesis de que la Constitución protege todo tipo de familia (unipersonal, homosexual, polígamas, entre otras), habría que convenir en que el derecho –constitucional o de familia– ha perdido sentido. Ha dejado de efectuar una labor de suyo imprescindible: ponderar y diferenciar, valorando lo socialmente deseable o, como dice Hayek, las formas de vida que tienen más éxito que otras.

### **A modo de conclusión**

Si la Carta de 1980 consagró un pluralismo político con raíces valorativas y, asimismo, las bases de un sistema económico de mercado, también puede estimarse que estableció un marco valórico irreductible, pues la sociedad no puede quedar inerte frente a temas que inciden directamente en las bases fundamentales –de ahí viene la expresión Carta Fundamental– de su convivencia. De tal modo, como no se divisa razón lógica para que ello sea así, sí existen fundamentos jurídicos para sostener que el constituyente positivamente fijó tal marco inamovible que no puede quedar expuesto a las cambiantes mayorías.

Tras la pregunta acerca del modelo de familia contemplado por nuestro ordenamiento constitucional, la disyuntiva no es la libertad versus su carencia. Si un matrimonio fracasa, el ordenamiento jurídico no prohíbe a los cónyuges separarse; tampoco les impide “rehacer su vida”. Quien lo estime conveniente actualmente posee la libertad para vivir con otra pareja, del mismo o distinto sexo, o con cuantas más quiera sucesivamente. En fin, las personas ya poseen la libertad de casarse o no casarse, de vivir de un modo o de otro.

Tampoco está en juego un supuesto derecho a la diversidad, pues el ordenamiento jurídico no lo contempla, salvo la libertad para desarrollar modos de vida diversos, de lo que no se sigue necesariamente la protección de toda manifestación diversa. Si se resguardasen tales manifestaciones no delictivas ni atentatorias al interés público por el solo hecho de emanar de la autonomía individual, el derecho dejaría de efectuar una de sus operaciones básicas:

ponderar la bondad o perjuicio de promover o abstenerse de ejecutar una conducta determinada.

En consecuencia, al analizar el modelo de familia desde el prisma de la igualdad, no podría concluirse a partir de allí la protección o fomento a distintas modalidades de unión entre hombre y mujer, entre personas de un mismo sexo u otras que no constituyan un bien social reconocidamente valioso, pues el *tertius comparationis* de la igualdad en relación con un bien jurídico determinado persigue el logro de la perfección del mismo. Aplicado ello a la familia, no puede sino consistir en su modo más estable y permanente: el de una familia fundada en un matrimonio entre un hombre y una mujer. Lo contrario no sólo llevaría al absurdo de otorgar a las normas constitucionales un contenido tan abierto y difuso que las privaría de toda eficacia, sino además erigiría diversas pretensiones, muchas veces atendibles, en derecho reclamable desde el punto de vista jurídico.

La libertad requiere de pluralismo, pero éste, llevado a sus extremos, termina aniquilando la libertad misma. De ahí que se trate de una libertad ordenada. ¿Hacia dónde? Hacia aquello que corresponde a un fin, pues todo orden conduce a una finalidad, lo que incide con lo señalado en cuanto a que una Constitución que garantice la libertad es aquella que da cobijo a las más variadas expresiones, respetándolas, pero sólo favoreciendo las que han probado constituir un bien razonable.