

CLAVES PARA ENTENDER EL DERECHO DE FAMILIA CONTEMPORÁNEO*

Hernán Corral Talciani

Doctor en Derecho (U. de Navarra)
Profesor de Derecho Civil (U. de los Andes)

SUMARIO

1. Amor, sexo, matrimonio y Derecho.- 2. Desregulación y sobreregulación de la familia.- 3. Matrimonio y pareja: los "tipos de familia".- 4. Los nuevos paradigmas. Un Derecho puerocéntrico.- 5. Un Derecho de Familia ¿sin mujeres?.- 6. De lo sustantivo a lo procedimental y terapéutico.- 7. La "soberanía" de la familia: la juridicidad immanente del amor.- 8. Hacia un nuevo Derecho de Familia

I. AMOR, SEXO, MATRIMONIO Y DERECHO

"Me enseñaste... que los abogados saben poco de amor, y que el amor se cohibe en los juzgados", canta en nuestras radios el cantautor de turno¹. Frases como esta revelan lo que afirma esa especie de cultura popular, en constante difusión en los *mass media*, sobre las relaciones entre el amor y el Derecho: una dicotomía absoluta y radical entre "las leyes del corazón" y "las leyes de la sociedad". El amor se presenta como un fenómeno existencial que connota máximo albedrío, espontaneidad, impulsividad y ausencia de toda forma de coacción; mientras que el Derecho como lo contrario: orden, mandato, coercibilidad, sanción. El amor solo puede llegar a ser objeto del Derecho cuando se ha frustrado: llega a los juzgados pero cuando ya no es amor, sino amargura, encono, conflicto, lucha.

"El amor no tiene leyes y el Derecho no tiene amor", sería el apotegma que resumiría la comprensión más difundida de las relaciones entre amor y Derecho. Esta percepción tiene un natural reflejo en la contraposición que suele darse también entre sexo y matrimonio. La tendencia sexual, concebida como apetito sensible, es colocada inmediatamente en el ámbito de influencia del amor; y por el contrario el matrimonio será ubicado en el otro lado de la frontera, entre los subproductos del Derecho. El énfasis en la impulsividad e irracionalidad de la atracción sexual, vendrá a apartar al sexo de todo intento de canalizarlo por vías jurídicas, si el Derecho representa, a su vez, lo externamente obligatorio y represivo. Por el contrario, el matrimonio entendido como una institución que pretende poner deberes a lo que nació bajo la impulsividad del amor y de la atracción física, será considerado afín al Derecho. El matrimonio no sería más que un ropaje, una cobertura legal que impone a una pareja funciones y responsabilidades jurídicas: un instrumento de corte netamente legalista.

El distanciamiento que constatamos parte del presupuesto de que tanto el amor como el Derecho son comprendidos de una manera restringida que los reduce respecto de concepciones más integradoras. El amor es reducido a su faceta sentimental, afectiva, emotiva, cuya expresividad más natural es la pulsión sexual. El amor es el amor de las baladas románticas y de las películas de Hollywood: una atracción afectiva y sexual, ajena a toda reflexión o

* Un extracto de este trabajo ha sido publicado en *Revista Universitaria* N° 69, 2000, pp. 37-43.

¹ Arjona, Ricardo, "Me enseñaste" en CD Si el norte fuera el sur, México, s.f.

control intelectual o volitivo. El Derecho, por su parte, ya no es concebido como una realidad objetiva que deslinda lo justo de lo injusto en las relaciones de la coexistencia humana, sino que pasa a ser identificado con normas y preceptos, básicamente con las reglas que emanan del Estado. No teniendo tampoco una justificación racional, esas normas no son más que expresiones de un determinado poder. Entre este “amor-sentimiento” y este “Derecho-norma-poder” no puede haber mayor distancia².

La mayor parte de las transformaciones del Derecho de Familia ocurridas en los últimos treinta años, y que vienen aún desarrollándose y desplegándose en el mundo occidental, pueden ofrecer como clave de interpretación, esta progresiva separación entre los conceptos de sexo y amor, por un lado, y de Derecho y matrimonio, por otro. La familia aparece tensionada, y de algún modo desconocida o hiperreconocida por las nuevas regulaciones que transitan entre una u otra observación: si la familia es puro amor descomprometido y emancipador, las leyes debieran hacerse a un lado y dejar espacio a las iniciativas y conductas individuales; si la familia es la sede de un núcleo de responsabilidades solidarias y de intereses transindividuales, entonces debiera ser reconocida y reforzada por la sociedad a través del sistema jurídico. Desregulación y sobrerregulación de la familia aparecen entonces como fenómenos confluyentes.

2. DESREGULACIÓN Y SOBRERREGULACIÓN DE LA FAMILIA

De alguna manera, la familia, en el enfoque cultural que analizamos, ha pasado a ser un monstruo bifronte: en sí misma aparece difuminada, no tiene valor como unidad, en sus lazos y vínculos internos, sino en la medida en que supone una opción de sus integrantes en pos de su felicidad individual. La familia ya no sería una relación de *status*, sino más bien de *contractus*³. De este modo, la distinción entre familia y mercado ya no sería válida, como era hasta hace poco tiempo cuando la familia era concebida como un ámbito íntimo donde las personas se encuentran y se aprecian incondicionalmente y donde la sangre o la naturaleza predominan por sobre las elecciones voluntarias. La familia, en esa visión, se diferencia nítidamente del mercado, en cuanto este es, más bien, el sitio donde los individuos se relacionan asumiendo roles funcionales de carácter anónimo o impersonal, y donde la libre competencia, la libre elección y la voluntad son las claves de un buen funcionamiento. Ahora la familia está siendo comprendida también más en términos de opciones individuales, que de realidades ontológicas y funciones institucionales. Frases como “tengo derecho a ser feliz”, “tengo derecho a rehacer mi vida”, “tengo derecho a enmendar el error cometido” revelan este cambio en la comprensión de la familia. Un reciente libro de una autora española que propicia esta nueva mirada, ha resumido este proceso diciendo que la familia peregrina actualmente “de la casa a la persona”⁴. Más bien habría que decir que el pasaje es de “la casa al individuo”.

El enfoque de la familia como un conjunto de sujetos unidos en función de la satisfacción recíproca de sus propios intereses explica en gran parte el fenómeno que algunos estudiosos han creído ver en el Derecho de Familia contemporáneo: la tendencia a la desregulación. La retirada de las leyes del ámbito de la familia aparece como una necesidad cuando se enfatiza el carácter privado de las realidades familiares. Si las cuestiones del amor y del sexo son intersubjetivas, predominantemente impulsivas y marcadamente irracionales, nada tendría que hacer el ordenamiento jurídico en su constitución y desarrollo.

No obstante, *ad extra*, la familia sigue siendo considerada una unidad social que compone el tejido y la estructura de la comunidad humana organizada; de hecho, la sociedad está

² Errázuriz, Carlos José, “El matrimonio como conjunción entre amor y Derecho en una óptica realista y personalista”, en *Scripta Theologica*, vol. XXVI, 3, 1994, pp. 1023-1024.

³ Dolgin, Janet L., *Defining de family. Law, Technology, and Reproduction in an Uneasy Age*, New York University Press, New York-London, 1997.

⁴ Roca Trías, Encarna, *Familia y cambio social (De la 'casa' a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999.

conformada por familias y la autoridad pública parece confiar en que cumplirán responsablemente funciones de generación, educación, socialización y asistencia de sus diferentes miembros, especialmente de aquellos más desvalidos, como los niños, adolescentes y ancianos. La familia entonces es un objeto necesario de regulación jurídica en cuanto entidad que cumple funciones asistenciales fundamentales, y de allí que, mientras por un lado el Derecho se retira de la estructura familiar interna, por otra parte la cobertura legal que dice relación con las funciones asistenciales, fiscales, tributarias, educacionales, etc. de la familia se hace cada vez más envolvente y más tupida. Es la paradoja del mundo moderno: la familia desprotegida y abandonada por el Derecho en su conformación y constitución interna, es prolijamente regulada y encorsetada por el Derecho en sus funciones y relaciones externas. Puede hablarse entonces de que la familia en el Derecho actual sufre una “desjuridificación juridificadora”⁵.

En Chile esta doble tendencia a la regulación y a la desregulación no ha dejado de estar presente en los últimos años. Así, si por un lado se relajan los vínculos personales del matrimonio al aprobarse la despenalización de la infidelidad conyugal (dejando sanciones civiles bastante inocuas) (Ley N° 19.335 de 1994), por otro, casi simultáneamente, se configura como delito especial (o sea se penaliza) la realización de conductas de violencia tanto física como psíquica entre cónyuges, por medio de la llamada Ley de Violencia Intrafamiliar (Ley N° 19.325 de 1994). El tratamiento de la violencia doméstica, dejando a un lado las técnicas propias del Derecho de Familia, se hace desde el Derecho Penal con la visión de que la familia es una agrupación de individuos cohabitantes (“grupo familiar que vive bajo un mismo techo”, en palabras de la ley), a menudo enfrentados entre sí y por ende enemigos potenciales.

3. MATRIMONIO Y PAREJA: LOS “TIPOS DE FAMILIA”

El proceso de desregulación de las relaciones internas de la familia puede considerarse iniciado cuando a fines de los años sesenta del siglo XX, comienza a consagrarse legalmente la ideología del “divorcio-remedio”, que se propone como nueva política pública en reemplazo de la anterior que se moteja como la del “divorcio-sanción” (divorcio restringido por grave culpabilidad). La retórica del cambio ofrece liberar el matrimonio de la idea de culpa en el cumplimiento de deberes, para dejarlo bajo la exclusiva dependencia del amor espontáneo y afectivo (sin deberes). Cuando se acaba el amor, el matrimonio no tiene ya sentido. El “quiebre irremediable de la comunidad conyugal” (lo que en los hechos equivale a la mera separación de cuerpos entre los cónyuges), es un argumento suficientemente persuasivo para legitimar que se ponga fin al compromiso matrimonial y se autorice una nueva unión legal. El movimiento divorcista, desde sus inicios en 1969 (con la reforma de la ley inglesa y de la ley californiana), se ha venido asentando en la mayor parte de los países occidentales. Puede decirse que no solo ha ganado terreno en los ámbitos del mundo jurídico, sino que se inserta progresivamente en la mentalidad o cultura general de fin de siglo, hasta el punto de poder hablarse de una verdadera “cultura divorcista” que ha propendido a la desintegración e inestabilidad de los grupos familiares⁶.

Las consecuencias de esta forma de entender el divorcio y el matrimonio son reconocidamente devastadoras en el plano económico-social. Pero quizás sean más incisivas, aunque menos perceptibles, en la forma de comprender jurídicamente el matrimonio y la familia. Al hacer desahuciable el matrimonio por la voluntad de cualquiera de los cónyuges, la unión matrimonial pierde especificidad como institución frente a la unión informal o descomprometida: la mera convivencia, que desde antiguo se conoce como concubinato (de *cum cubare*: “acostarse con”). Se aproxima hasta la identificación el contenido de fondo del consentimiento que puede generar un matrimonio y el consentimiento que da vida a un concubinato: en

⁵ D’Agostino, Francesco, Elementos para una filosofía de la familia, Madrid, 1991, pp. 63-64.

⁶ Whitehead, Barbara Dafoe, The divorce culture, New York, 1997.

ambos lo único jurídicamente relevante pasa a ser la voluntad de “vivir juntos”, no “hasta que la muerte nos separe”, sino hasta que “la vida nos separe” (lo que equivale a decir: “hasta que uno de nosotros no quiera seguir con el otro”). No puede sorprender que la reclamación de un reconocimiento de beneficios y de legitimidad social para los meros convivientes, en este contexto, pase a tener una coherencia lógica difícil de contrarrestar.

La pérdida del sentido jurídico del consorcio matrimonial, va de la mano de otra de las nuevas ideas que inspiran los cambios actuales de las legislaciones familiares: la de acabar con un Derecho de Familia “tradicionalista” y “excluyente” basado en el modelo de la unión matrimonial, para sustituirlo por un Derecho que asuma una actitud neutral y no discrimine entre los múltiples y poliformes tipos de familia que existen en las sociedades modernas. El matrimonio no es prohibido, pero es relegado a una de las posibles formas alternativas de conformar una unión sexual y afectiva, que no debe reclamar el monopolio ni la preferencia de beneficios jurídicos. No existe –se señala– “la familia”, sino que solo existen “las familias”, y el Estado en sus políticas públicas y en su legislación debe adoptar una posición prescindente que respete el pluralismo ético y sociológico vigente, sin tratar de imponer una concepción de familia por sobre otras igualmente plausibles. En Chile esta idea ha sido recepcionada en el Informe de la Comisión Nacional de la Familia que analizara el tema familiar durante el gobierno del Presidente Patricio Aylwin Azócar (1994), y ha estado presente en diversas iniciativas legales, en principal, en la que pretendió uniformar el tratamiento de la filiación con prescindencia del matrimonio de los padres. La falta de una referencia explícita al matrimonio en el mandato constitucional de otorgar protección a la familia (art. 1º Const.), sirve, en una interpretación que desprecia el contexto y el espíritu de la Carta Fundamental, como argumento para aducir que nuestro sistema habría recogido una noción abierta e indeterminada de la familia, que no podría ser radicada exclusivamente en la unión conyugal.

La consigna “igualdad de reconocimiento de los diferentes tipos de familia”, es sin duda simpática y efectista en términos comunicativos. Pero si se reflexiona un poco más a fondo, se revela como un recurso retórico que pretende refundar el Derecho de Familia sobre la base de un concepto nuevo de familia sin entregar argumentos que permitan evaluar la conveniencia de la sustitución. En efecto, si se aplicara con todo rigor la fórmula de los “tipos de familia” y se reconociera que cualquier unión, comunidad o relación (hogares unipersonales, uniones homosexuales, polígamas, agrupaciones promiscuas, entre seres humanos y animales, etc.) puede calificarse de familiar y que ante ellas el Estado debiera guardar una neutralidad pasiva, habría que convenir que el Derecho de Familia habrá desaparecido. Si todo es familia, en verdad nada lo es. Pero raramente se postula esa igualdad radical de “tipos de familia”: normalmente el reclamo de reconocimiento de formas familiares alternativas se detiene en la convivencia heterosexual, y cuando más en la unión homosexual. Quedan fuera otras como las uniones polígamas o agrupaciones promiscuas, o uniones de seres humanos y animales. Vemos claramente que quienes abogan por un reconocimiento de “tipos de familia”, en realidad están abogando por un propio y particular tipo de concebir la unión familiar, en el cual entienden incluida la comunidad matrimonial. No es difícil percibir cuál es este nuevo “tipo” de familia: se trata de la “pareja estable”⁷. Este es el nuevo modelo de familia que pretende sustituir a la familia matrimonial: la unión de “dos iguales” (pares) entre los cuales no hay más que afectividad e intercambio sexual, sin ninguna referencia necesaria a un compromiso ni a la fundación de un hogar apto para recibir a los hijos. La elección entonces parece ser no entre un Derecho de Familia fundado en el matrimonio y un Derecho de Familia neutral ante diversos tipos de familia; sino simplemente entre un Derecho de Familia fundado en el compromiso heterosexual abierto a la transmisión de la vida (matrimonio) o un Derecho de Familia centrado en la unión descomprometida de dos personas que cohabitan en forma más o menos continua (pareja). La pretensión de quienes alegan por la idea de los “tipos de familia”

⁷ Cfr. Brunetti-Pons, Clotilde, “L’émergence d’une notion de couple en droit civil”, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1999, 1, specim. pp. 47 y ss.

es al menos tan excluyente e impositiva como la que ellos denuncian: el mismo matrimonio pasa a ser convertido en esta fórmula en una "unión de pareja" por la aplicación necesaria de la cláusula de divorcio que impone a los que se casan la disolubilidad del vínculo. Las leyes del "divorcio-remedio" no admiten que las parejas que quieran casarse de por vida lo puedan establecer por acuerdo expreso al momento de contraer el vínculo: tal pacto está prohibido. En Chile, la posibilidad de que se pacte un matrimonio indisoluble fue discutido en la Cámara de Diputados cuando se aprobó el proyecto de ley de matrimonio civil con divorcio que ahora se estudia en el Senado (Boletín N° 1759-18). Ninguno de los parlamentarios que estaba de acuerdo con el divorcio se avino a condescender siquiera en otorgar el derecho para que los cónyuges pudieran, si así lo decidían, casarse indisolublemente (la votación de esta norma fue rechazada por 53 votos contra 31).

Puede apreciarse que la idea de "los tipos de familia" es un recurso retórico para desplazar el matrimonio como centro y núcleo modélico del Derecho de Familia, y colocar en su sustitución la unión de pareja, pero eludiendo argumentar y demostrar razonadamente que el "modelo de pareja" presenta ventajas apreciables para la sociedad y los individuos por sobre el "modelo del matrimonio". En el fondo, como se ha llamado la atención, el tratamiento de la familia atomizada en parejas formadas por individuos independientes y que no tienen valor en sí, lleva a su cumplimiento el ideal de los revolucionarios franceses: que los ciudadanos deberían estar un día en directa relación con el Estado, sin intermediarios⁸.

4. LOS NUEVOS PARADIGMAS. UN DERECHO PUEROCÉNTRICO

Sin duda el modelo de familia fundado en la unión de pareja puede ser considerado más compatible con la idea del hombre y la mujer como seres centrados en su interioridad y orientados a un ideal de independencia y autonomía. Este prototipo de ser humano que busca por sobre todo y contra viento y marea lo que él estima útil y placentero, se hace difícilmente compaginable sin embargo con la realidad de la procreación y la existencia de hijos que vienen al mundo reclamando una atención total e incondicionada. El Derecho de Familia contemporáneo revela un cierto sentimiento de culpa por la desconstrucción de la familia motivada por la apología de las ansias de bienestar individual, que repercute negativamente en el cuidado de las nuevas generaciones. Es explicable, aunque poco consistente, que las leyes de familia, resignadas a que los adultos puedan hacer y deshacer pareja en busca de su felicidad individual, hayan centrado sus funciones de protección en la situación de los menores de edad. Diversos tópicos como el del "interés superior del niño", la distinción entre "pareja parental" y "pareja conyugal" para imponer la indisolubilidad de la primera a pesar de la disolución de la segunda, llevan a pensar que el Derecho de Familia va en camino de transformarse en un Derecho puerocéntrico⁹; esto es, en un sistema en el cual "el niño" pasa a ser la figura que recibe todo tipo de privilegios y beneficios legales, incluso a veces a despecho y en contraposición de sus propios padres o ascendientes. El criterio del "*enfantroi*" es saludado como uno de los mitos fundadores del Derecho de Familia contemporáneo¹⁰.

Uno de los cambios más extendidos en el campo del Derecho de Familia actual ha sido la equiparación de derechos entre hijos matrimoniales (ex legítimos) y no matrimoniales (ex ilegítimos). Entre nosotros, la Ley N° 19.585, en vigor desde octubre de 1999, es la reforma más trascendente de nuestro ordenamiento jurídico familiar desde la aprobación del Código Civil. La propaganda pública que se ha hecho de la llamada "ley de filiación" va en la línea del Derecho puerocéntrico que independiza al hijo de la familia de la que procede (es claro que los hijos como individuos y sin referencia a la unión de la que nacieron son absolutamen-

⁸ Glendon, Mary Ann, *The transformation of Family Law*, Chicago, 1989, p. 295.

⁹ Navarro Valls, Rafael, *Matrimonio y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 51.

¹⁰ Dekeuwer-Defossez, Françoise, "Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille", en *Révue Trimestrelle de Droit Civil*, 1995, 2, p. 261.

te iguales); además de ser funcional al tópico de la "igualdad de los diversos tipos de familia". No se ha resaltado lo suficiente que el texto de la ley solo formalmente obedece a esos propósitos, y está lejos de suprimir toda diferencia entre las posiciones familiares de los hijos: la ley sigue manteniendo el matrimonio como factor indiciario de la paternidad (las nupcias indican quién es el padre del hijo nacido de una mujer casada) e indirectamente, al haber reforzado los derechos hereditarios del cónyuge sobreviviente, se conserva una preferencia patrimonial en favor de los descendientes de la familia matrimonial.

La preocupación por el "interés superior del niño" es asumida en el Derecho contemporáneo no sin contradicciones. En general, la fórmula parece solo idónea para el niño ya nacido, y en general para el adolescente temprano. No es claramente aplicable al niño concebido antes de nacer, ya que las leyes cuando no contemplan la impunidad de su ejecución quirúrgica (mediante la despenalización del aborto), permiten su manipulación en función de los avances biotecnológicos o reproductivos. Las técnicas de reproducción asistida que son hoy practicadas, con más o menos modalidades, contemplan diversas formas de atentados al interés superior de los menores, como su selección *in vitro*, su depósito en *containers* de congelamiento, su generación por gametos de terceros "donantes", su gestación en vientres arrendados, o su multitransferencia con la asunción deliberada de que solo un escaso porcentaje logrará sobrevivir.

5. UN DERECHO DE FAMILIA ¿SIN MUJERES?

La diferencia de sexos y la procreación sexuada son elementos fundamentales del Derecho de Familia desde sus primeros tiempos. La familia parecía construida sobre la complementación de varón y mujer y su natural proyección en la generación de los hijos. Las formas culturales históricas incurrieron, no hay duda, en una minusvaloración del aporte de la mujer en la construcción de la sociedad, relegándola a un rol de protectora del hogar y cuidadora de los hijos. El siglo XX ha visto un progresivo redescubrimiento del papel que la mujer puede desempeñar en la sociedad, y ha mantenido como una política constante la profundización de la igualdad jurídica de los sexos. La tendencia a la igualdad entre hombres y mujeres se ha proyectado también en el Derecho de Familia, y los cambios más importantes se han producido en las reglas que regulan el régimen de propiedad familiar (los regímenes matrimoniales), donde tradicionalmente se ha otorgado al varón una preeminencia en cuanto administrador de los bienes del matrimonio.

Lo que en sus comienzos pareció una justa reivindicación del rol del sexo femenino en la constitución de la familia y en su desarrollo incluso económico, hoy parece haber tomado el derrotero de lograr, no la igualdad entre el sexo masculino y el femenino, sino la prescindencia general del sexo de los individuos humanos, en un tratamiento uniformista, que no teme rechazar incluso las medidas que son beneficiosas para las mismas mujeres, como por ejemplo la prerrogativa de mantener la tuición de los hijos menores en caso de ruptura de la convivencia con el padre. En Chile, se pretende sustituir el régimen de comunidad de bienes (sociedad conyugal) tildando de inequitativo el beneficio de la mujer casada en sociedad conyugal que trabaja a mantener un "patrimonio reservado" (Proyecto en estudio en la Cámara de Diputados, Boletín 1707-18). De alguna forma, la aplicación del principio de la igualdad sin atender al contexto de la familia, donde las funciones sexuales cumplen un rol insustituible, constituye un nuevo factor hacia la contractualización individualista del consorcio conyugal¹¹.

La teoría de la "igualdad de género" que supera en su radicalismo a la de simple "igualdad de los sexos" es un paso más hacia la comprensión del ser humano como un mero referente de intereses individuales. El sexo, o mejor la "orientación sexual", no sería más que una nueva opción, entre muchas, que el ser humano puede construir al son de su propia

¹¹ Bettetini, Andrea, La secolarizzazione del matrimonio nell'esperienza giuridica contemporanea, Cedam, 1996, p. 108.

voluntad. No tendría sentido entonces efectuar diferencias en la familia sobre la base de las “opciones sexuales” de sus integrantes. El derecho al matrimonio que algunos ordenamientos están extendiendo a los homosexuales, la regulación del “cambio de sexo” de los llamados “transexuales” (que respalda legalmente una reconversión quirúrgica y hormonal de los genitales y caracteres sexuales secundarios), y el reconocimiento de su facultad de contraer matrimonio de acuerdo al nuevo sexo asumido; la desaparición progresiva del impedimento de impotencia para contraer matrimonio, la despenalización del incesto, y otras medidas similares, revelan que las teorías del género y de la opción sexual están repercutiendo también en la reformulación de las normas legales de la familia. La presión de los grupos homosexuales ha llevado a países como Francia a aprobar una ley que incorpora al Código Civil el “Pacto Civil de Solidaridad”, que es concebido como “un contrato celebrado entre dos personas físicas mayores, del mismo o distinto sexo, para organizar su vida en común” (Ley N° 99-944, de 15 de noviembre de 1999). En otras legislaciones, como en Cataluña (España), se legisla sobre las “uniones estables de pareja”, regulando sus dos formas posibles “heterosexuales” y “homosexuales” (Ley 10 de 15 de junio de 1998)

6. DE LO SUSTANTIVO A LO PROCEDIMENTAL Y TERAPÉUTICO

En este panorama cabe preguntar: ¿cuál debiera ser el rol de un Derecho que pretende ser de y para la Familia? No es extraño que en un escenario de tantas confusiones, también el Derecho resulte perplejo, dubitante y crítico frente a sus propias funciones.

La idea de que en verdad la familia es un fenómeno del amor, y que el Derecho es una realidad predominantemente política (un poder de diseño normativo), ha llevado a pensar que el rol del Derecho de Familia debiera ser menos ambicioso que como ha sido usualmente sostenido. No podría pedirse a la legislación familiar que propenda a la creación de hogares estables e idóneos para lograr la felicidad de los consortes y la plena integración de los hijos. El instrumento jurídico sería demasiado tosco para influir en este sentido, menos en una sociedad en la que reinan diferentes “visiones” sobre lo que se considera una “vida buena” y frente a las cuales la ley debiera mantener una estricta neutralidad. Cabe entonces reformular el fin del Derecho de Familia, para fijarlo en objetivos de alcances más modestos, pero accesibles y realistas. El rol del Derecho de Familia no debiera ser orientativo, pedagógico o docente, sino más bien terapéutico o compositivo: el establecimiento de procedimientos eficientes para la solución de conflictos y para la armonización hasta donde sea razonablemente posible de los intereses en juego en los casos de fractura o ruptura de la convivencia familiar, sería el fin más propio del Derecho de Familia contemporáneo.

En este sentido el Derecho de Familia se vuelve fundamentalmente procedimental. Las reglas sustantivas debieran fijarse en función de una posible reyerta. Los tribunales de familia y el diseño de medios alternativos de resolución de conflictos, entre los que destacan los mecanismos de mediación familiar, constituirían los centros de preocupación genuina del sistema jurídico de la familia. En Chile existe en estudio en la Cámara de Diputados un Proyecto de Ley de Tribunales de Familia, que incluye la mediación como fórmula alternativa al proceso judicial (Boletín N° 2118-18).

Puede entonces resumirse la construcción ideológica que se advierte en el Derecho de Familia contemporáneo, diciendo que se pretende que lo jurídico se retire del ámbito interno de las relaciones familiares, dejando paso allí al libre designio de la voluntad de los sujetos implicados, para, en cambio, centrar los esfuerzos legislativos en las relaciones externas: en lo penal, en lo asistencial, en lo social, y sobre todo en lo procedimental.

7. LA “SOBERANÍA” DE LA FAMILIA: LA JURIDICIDAD INMANENTE DEL AMOR

La dicotomía, denunciada al comienzo, entre amor y Derecho ha producido este resultado final, que está lejos de ser inocuo en sus efectos sociales. La investigación empírica revela

que la situación no es para nada auspiciosa: hogares menos estables, descenso de la tasa de nupcialidad, incremento de las tasas de uniones informales y de nacimientos fuera de matrimonio, aumento de los grupos familiares monoparentales, descenso del nivel económico de las mujeres jefas de hogar, incumplimiento generalizado de las pensiones alimenticias, etc. Frente a tamaños problemas la idea de un Derecho de Familia esencialmente procedimental se revela de partida como insuficiente.

En efecto, es bastante poco convincente que sea posible dar cobertura legal externa y procedimental a la familia, sin asumir alguna posición sobre lo que debe ser la familia, es decir, sin tomar como referencia algún modelo paradigmático de unión familiar dentro de la cual se pretende evitar y prevenir la conflictividad doméstica.

Necesariamente volvemos a la necesidad de explicitar la idea de familia que será acogida por el sistema jurídico. Y aquí nos encontraremos frente a una alternativa insoslayable que nos replantea el rol del Derecho: si identificamos el Derecho con la norma de poder estatal, deberemos plantear que su labor es "reconstruir" la familia sobre postulados de ingeniería política, que pueden instrumentalizar la institución familiar para fines considerados políticamente útiles: la familia se regulará en beneficio del poder de turno. Pero esta noción formalista del Derecho desconoce la realidad más íntima del ser humano y también la verdad antropológica de la familia. El Derecho no es la norma; sino la justicia ínsita en las relaciones de coexistencia humana. El Derecho no llega a regular la familia desde fuera, como si quisiera manipularla y controlarla bajo un diseño previo de agentes externos. La familia tiene una juridicidad inmanente que le otorga una identidad propia, la que debe ser reconocida por la ley y el poder público. A esta necesidad de respetar la identidad propia de la familia, se ha referido Juan Pablo II al recordar que la familia es a su vez una "sociedad soberana"¹².

Es más, si se redescubre el concepto de amor y se le pone en relación con la vocación de apertura al otro que caracteriza a la persona humana, el amor conyugal no solo no se contrapone a lo jurídico, sino que lo supone y lo exige como cauce de expresión y manifestación más auténtico. Si el amor esponsal no es reducido a sus facetas sentimental, afectiva y sexual, sino que es conceptualizado de forma más integral, como una totalidad de entrega personal (que añade a las anteriores las dimensiones intelectual y volitiva), se podrá apreciar que el acto más pleno de amor entre esposos es aquel en que prometen amarse: el amor del plano del ser (lo fáctico) pasa al plano del deber ser (lo jurídico). Siendo una entrega total, la promesa de amor no puede ser sino irrevocable. Los enamorados lo han comprendido desde siempre al proclamar su cariño con un "te querré para siempre". La mutua donación de las personas femenina y masculina en una comunión que complementa su sexualidad y permite la generación de nuevas vidas humanas, es en sí misma jurídica: el Derecho ya está ahí, en el sentido de que una vez realizada la unión plena de las personas, en todas sus dimensiones, incluida la temporal, el respeto del compromiso podrá decirse "justo" mientras su transgresión recibirá con exactitud el reproche de comportamiento "injusto". El mismo intercambio sexual es una realidad que tampoco resulta ajena a lo jurídico: tratándose de una relación entre personas, el sexo está impregnado de juridicidad: hay actos de ejercicio de la sexualidad que son justos y dignos, y otros que son injustos o indignos. Tanto la óptica puritana como liberal del sexo fallan al no reconocer la dimensión de justicia que posee todo ejercicio de la sexualidad¹³. El

¹² S.S. Juan Pablo II, Carta a las Familias, 1994, N° 17. En su discurso a la Rota Romana del 27 de enero de 1997, reafirma y desarrolla esta misma idea: "las relaciones entre los cónyuges, como las de los padres y los hijos, también son constitutivamente relaciones de justicia y, en consecuencia, son realidades de por sí jurídicamente importantes. El amor conyugal y paterno-filial no es solo una inclinación que dicta el instinto, ni una elección arbitraria y reversible, sino que es amor debido. Por tanto, poner a la persona en el centro de la civilización del amor, no excluye el derecho, sino que más bien lo exige, llevando a su redescubrimiento como realidad interpersonal y a una visión de las instituciones jurídicas que ponga de relieve su vinculación constitutiva con las mismas personas, tan esencial en el caso del matrimonio y de la familia" (*L'Osservatore Romano*, edición en castellano, N. 5, de 31 de marzo de 1997, p. 10).

¹³ Carreras, Joan, *Las bodas: sexo, fiesta y Derecho*, Rialp. 2ª edic., Madrid, 1998, p. 118.

compromiso matrimonial como acto de expresión de amor pleno entre hombre y mujer, con capacidad para trascender a sus individualidades y configurar un hogar donde pueden ser recibidos los hijos también como personas, no es una mera institución legal, ajena al amor y que instrumentaliza la apetencia sexual, sino más bien una realidad donde amor, sexo y Derecho se abrazan y se autonecesitan: podría decirse que el matrimonio no es más –ni menos– que el amor en cuanto debido en justicia¹⁴.

El rol del Derecho de Familia es primordialmente reconocer y exponer esta juridicidad intrínseca de la familia, y dar cuenta de la realidad antropológica personalista que caracterizan el amor y la sexualidad en la vida humana.

Una vez reconocida, incentivada y repotenciada esta identidad de la familia, el Derecho estará en mejores condiciones para enfocar su labor en cuanto a las relaciones externas del grupo familiar y a los procedimientos para evitar o paliar las consecuencias traumáticas de los conflictos entre sus miembros.

8. HACIA UN NUEVO DERECHO DE FAMILIA

Es obvio que no puede pretenderse en esta materia un simple regreso a las categorías y reglas de ordenamientos antiguos que, con sus defectos y virtudes, pertenecen a otras épocas históricas. Las tentaciones a la añoranza o al quietismo son evidentemente nefastas por anacrónicas. Además, la visión puritana y legalista del matrimonio que imperó en el siglo XIX tampoco puede ser recomendada como ideal de institucionalidad familiar.

Es necesario un esfuerzo mayor que nos ayude a discernir soluciones propias para nuestro tiempo, manteniendo y profundizando los aportes indudables que los cambios recientes del Derecho de Familia han realizado en los últimos años. En este sentido, una mejor comprensión de la individualidad de las personas, de su autonomía, libertad y responsabilidad personal, así como una más profunda intelección de las consecuencias del principio de igual dignidad de todos los seres humanos, debieran ser considerados como una contribución positiva al desenvolvimiento de las funciones familiares. Aparece así superada la visión un tanto formalista de la familia burguesa, que ponía el acento en lo institucional y en lo externo más que en la realidad personal implicada en la familia. De alguna manera, las personas eran consideradas meros instrumentos para la realización de fines institucionales, como la procreación y la educación de la prole.

Pero urge evitar el error inverso, que es el de instrumentalizar la comunidad familiar, para hacerla un mero contexto fugaz y moldeable donde los individuos buscan realizar anhelos de felicidad individual. Este es el peligro que acecha al actual Derecho de Familia en el mundo occidental. Debiéramos ser capaces de superar la dicotomía entre amor y Derecho en que parece fundarse este riesgo de nueva instrumentalización, mediante una reflexión más serena y reposada sobre la naturaleza misma del ser humano y el trasfondo ético de su libertad. La reinención del sentido del matrimonio como confluencia armónica entre lo erótico y lo jurídico parece ser una clave fundamental en esta tarea. Un abandono, tanto de la idea del matrimonio-institución legal, como la del matrimonio-contrato, y su reemplazo por una concepción del matrimonio-comunidad interpersonal podría ser la clave para enfrentar los nuevos desafíos de la vida en familia en el siglo XXI. Como escribió en su momento el pensador Wojtyła, hoy S.S. Juan Pablo II, “El amor solo puede durar en cuanto unidad en la que el ‘nosotros’ se manifiesta, no cuando no es más que una combinación de dos egoísmos en los cuales lo que se manifiesta son dos ‘yoes’. La estructura del amor es la de una comunidad interpersonal”¹⁵.

En el Derecho comparado existen indicios de que los estragos sociales que han provocado (en unión con otros factores) las normativas familiares adoptadas en los últimos treinta años,

¹⁴ Errázuriz, C. J., ob. cit., p. 1034.

¹⁵ WOJTYLA, Carol, Amor y responsabilidad, Plaza & Janes, Barcelona, 1996, p. 109.

están urgiendo a reformular el rol de las leyes en el ámbito familiar. En 1997 se aprobó en Luisiana (EE.UU.) una nueva ley, la *Covenant Marriage Act*, por la cual se establece un nuevo tipo de matrimonio optativo que, si bien no es absolutamente indisoluble, resulta más estable al excluir la aplicación del divorcio por mera voluntad. Es sintomática la fórmula que la ley obliga a pronunciar a los consortes que quieren contraer esta forma de matrimonio: "*We do solemnly declare that the marriage is a convenat between a man and a woman who agree to live together as husband and wife for so long as they both may live... we understand that a Covenant Marriage is for life. If we experience marital difficulties, we commit ourselves to take all reasonable efforts to preserve our marriage, including marital counseling*" (s. 273)¹⁶. Pareciera que la fórmula de Andrés Bello que define el matrimonio como un contrato por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente y por toda la vida con el fin de vivir juntos, de procrear y auxiliarse mutuamente (art. 102 del Código Civil chileno) no es tan anticuada como algunos pretenden.

Más que reproducir las reglas y pautas legales que otros países adoptaron en los años setenta y ochenta y que hoy, en los comienzos de un nuevo siglo, revelan sus desaciertos y fracasos, el desafío de los legisladores y juristas chilenos parece residir en observar cuidadosamente el panorama que ofrece el Derecho comparado, aguzar la imaginación, la creatividad y la sabiduría, y lograr así plasmar paulatinamente un sistema jurídico en el que justicia, amor, sexo, matrimonio y familia sean realidades que, lejos de autoexcluirse y repelerse, confluyen de modo armónico en pro de la felicidad de las personas y de la consistencia de la organización social.

¹⁶ La *Covenant Marriage Law* ha sido también aprobada en el Estado de Arizona (1998).