

NUEVOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DE FAMILIA EN FUNCIÓN, PRINCIPALMENTE, DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL QUE EMANA DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

PAULINA VELOSO VALENZUELA
Universidad de Chile

I.

En el Derecho de familia más que en ningún otro ámbito del Derecho Civil, se han producido profundos cambios, desde la época del Derecho Romano, hasta el punto que -como dice el profesor Roberto de Ruggiero- aquí parece haberse roto el tenue hilo que liga el Derecho moderno con el antiguo, dicho esto en contraposición a lo que ocurre en el ámbito del Derecho patrimonial. Por lo demás, también hubo modificaciones importantes durante la época del Derecho Romano.

Sostenemos, en este texto, que los cambios producidos en las últimas décadas, son tan profundos, afectando en lo esencial los principios que inspiraron los códigos civiles decimonónicos, que es perfectamente posible hablar de un nuevo paradigma en el Derecho de Familia occidental. Aquí intentaremos mostrar, muy introductoriamente, la dirección de estas modificaciones a partir, de una parte, del Código Civil chileno que, en su época, reflejaba las concepciones vigentes, y de otra, considerando los principios y derechos consagrados en textos internacionales de Derechos Humanos.

II.

Estos cambios, como acabamos de decir, no sólo se observan en relación a ese período pretérito sino que ellos han continuado operando en el presente siglo y se extienden con vigor y aceleramiento en los tiempos actuales.

Ello es patente al observar que muchas de las ideas gruesas que gobernaban la materia al dictarse los Códigos Civiles decimonónicos, han sido reemplazadas por otras y las que no han sufrido modificaciones son y han sido fuertemente cuestionadas, frente a las tendencias del Derecho Comparado, por una parte y, por otra, vis a vis el Derecho que emerge de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

(Desde 1855 a la fecha, se han dictado numerosas leyes complementarias y modificatorias del Código Civil en materia de familia. La Ley de Matrimonio Civil, de 10 de enero de 1884, y la de Registro Civil, de 17 de julio de 1884, que secularizaron el matrimonio; las leyes sobre adopción: Ley 5343, de 6 de enero de

1934, sustituida por la Ley 7.613, de 21 de octubre de 1943 y la Ley 18.703, del 10 de mayo de 1988; el D.L 328 de 29 de abril de 1925, reemplazado por la Ley 5.521, de 19 de diciembre de 1934, que incorpora la institución de los bienes reservados de la mujer casada; la Ley 5.750, de 2 de diciembre de 1935, sobre filiación; la Ley 7.612, de 21 de octubre de 1943, modificatoria de diversas normas; la Ley 10.271 que introduce innovaciones en regímenes matrimoniales y filiación natural; la Ley 18.802 de 9 de junio de 1989, que modifica situación jurídica de la mujer casada; la Ley 19.335 del 23 de septiembre de 1994, sobre un nuevo régimen de bienes).

En definitiva, hoy son otras las ideas fuerza, las ideas matrices, que gobiernan el Derecho de Familia y respecto de las cuales estimamos que es necesario discutir, analizar y, en fin, sistematizar, aun con mayor profundidad.

III.

En efecto, a la dictación del Código Civil chileno, en 1855, puede afirmarse que las ideas determinantes o bases fundamentales del Derecho de Familia eran las siguientes:

1. Matrimonio religioso e indisoluble;
2. Incapacidad relativa de la mujer casada;
3. Existencia de la potestad marital y consiguiente subordinación de la mujer al marido;
4. Inmutabilidad del régimen económico entre los cónyuges;
5. Preponderancia del marido en la administración del régimen de bienes;
6. Patria Potestad exclusiva del padre y con poderes absolutos;
7. Filiación matrimonial fuertemente favorecida.
8. No reconocimiento jurídico de las familias de hecho.
9. No tratamiento jurídico diferenciado de la violencia intrafamiliar.
10. Adulterio como figura tipificada discriminatoriamente contra la mujer.

Casi todos estos principios constituían las ideas matrices del Derecho de Familia en Occidente.

Pero quizá uno de los elementos más distintivos o que caracterizan la familia y que está presente en varias de las ideas apuntadas, tal cual se concibió en los códigos civiles antiguos, *es la idea de autoridad del pater y consiguientemente la idea de subordinación de la mujer y de los hijos.*

En el texto sobre La Familia de los hermanos Mazeaud, edición 1959, se da como concepto de Familia: *“La familia es la colectividad formada por las personas que, a causa de sus vínculos de parentesco o de su calidad de cónyuges, están sometidas a la misma autoridad: la del cabeza de familia”*. En el desarrollo del concepto, estos autores destacan dos criterios: el de autoridad y el de legitimidad. Este último para resaltar que: *“La familia jurídica es, pues, una agrupación particular: la agrupación fundada sobre el matrimonio. Es la familia legítima. Esta es la única “familia”. Lo que a veces se llama la “familia natural” no constituye jurídicamente una familia.”* Estos criterios y particularmente el de autoridad se han repetido frecuentemente en los conceptos contenidos en los textos de Derecho de Familia en el ámbito comparado.

Los mismos autores, en un texto más reciente, de 1976, haciéndose cargo de las nuevas tendencias, definen a la familia como: *“El grupo formado por las personas*

que, en razón de sus vínculos de parentesco o de su calidad de cónyuges, están sometidas a la misma comunidad de vida y en la cual los cónyuges, aseguran en conjunto la dirección moral y material". Reflejando claramente esta evolución el autor español J.L. Lacruz Berdejo señala: "En nuestro tiempo la familia, perdida la fórmula de institución patriarcal para pasar a la de una asociación igualitaria de varón y mujer para la crianza de los hijos si los hay y la convivencia en todo caso, es un grupo unido por vínculos de sangre y afecto que procrea, educa, prepara los alimentos, vive en común y cuyos miembros útiles contribuyen al sostenimiento de todos con el producto de su actividad." (Manual de Derecho Civil, Bosch, Barcelona 1979, p.214).

Al respecto, los catedráticos españoles Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, en el volumen de Derecho de Familia, exponen: "En las exposiciones tradicionales del Derecho Civil era frecuente hasta hace no mucho tiempo considerar la familia como grupo sometido a un criterio de jerarquía: las relaciones jurídico-familiares son -se decía- relaciones de supra y de subordinación, en las cuales uno de los sujetos está colocado bajo la potestad y la dependencia jerárquica del otro. Que las mujeres estén sujetas a su marido como al Señor se lee en una de las epístolas de San Pablo, y se ha venido hablando en las leyes de autoridad o potestad marital. En su redacción primitiva nuestro Código Civil establecía la obligación de los hijos de obedecer a los padres y tributarles respeto y reverencia siempre."

Continúa el mismo texto: "En el Derecho de los últimos tiempos los criterios estrictamente jerárquicos han ido declinando y han ido siendo sustituidos por criterios igualitarios y asociativos..." (Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones, Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, sexta edición, editorial Tecnos, Madrid, 1994).

En realidad diversos autores han proporcionado un concepto de familia, desde un punto de vista jurídico, subrayando cada uno distintos aspectos. Nos interesa remarcar aquí el tema de la Autoridad y consecuencial Subordinación como criterio fundamental que estaba en la base del Derecho de Familia, reflejado muchas veces en el propio concepto de Familia, y que, de alguna manera, aún persiste así en la legislación civil chilena.

El Código Civil chileno de 1855 es tributario de una concepción que considera al hombre superior, y por consiguiente es el jefe, el que decide, el dueño de la mujer, la autoridad respecto de los hijos. El texto del Código Civil francés, a la época de su dictación, las opiniones de sus autores y gestores, así como el texto del Código Civil chileno, incluso, en parte, actualmente, y de todos los de la época, son un reflejo nítido de esta concepción. Nada más decidor a este respecto que las palabras de Napoleón ante el Consejo de Estado: "La naturaleza ha hecho de nuestras mujeres nuestras esclavas... el marido tiene el derecho de decir a su mujer: señora, usted no saldrá. Señora, usted no irá a la comedia. Señora, usted no verá a tal o cual persona. Es decir: señora, usted me pertenece en cuerpo y alma".

Por lo demás esta visión de superioridad del varón y supeditación de la mujer a sus designios, es la misma que existía en la ideología dominante al momento de dictarse en Chile la Constitución Política de 1980, actualmente vigente. En efecto, a propósito de la discusión producida en torno al concepto de igualdad ante la ley, se vertieron las siguientes opiniones: El señor Guzmán señala: "Es evidente que la cabeza de la familia debe ser el hombre, el padre o el marido" (sesión 93 del 5 de

diciembre de 1974). En la misma sesión el señor Ortúzar expresa: "...tal vez como una derivación de esto puede tener cabida también el problema de la capacidad de la mujer casada-, porque es evidente que la igualdad no puede ser absoluta, ya que en toda organización, en toda célula familiar tiene que haber un jefe que no puede ser otro que el marido o el padre. La autoridad marital, la autoridad paternal, la patria potestad deben mantenerse..." En la sesión siguiente, N° 94 del 12 de diciembre de 1974, el señor Ortúzar señala: "Que desconoce hasta qué punto podría afirmarse que va en perjuicio de la mujer el consignar que el marido es el jefe del hogar, y aunque podría sostenerse que ello va en perjuicio de la mujer, a su juicio, se establece en beneficio de ella, puesto que la mujer es un ser naturalmente débil y debe apoyarse en la autoridad del marido". En la sesión 95 del 16 de diciembre de 1974, continuando con el debate en el punto, el señor Ortúzar expresa: "Partiendo de la base que la familia debe tener un jefe, incuestionablemente que éste debe ser el hombre. Por lo demás, el temperamento y la constitución de la mujer requieren, precisamente, de la autoridad del hombre. Está probado, en el hecho que la mujer ama al hombre que realmente es capaz de ejercer en forma justa, por cierto, su autoridad, así como los hijos requieren de la autoridad del padre y el pueblo de la autoridad del gobernante".

IV.

Ciertamente, y así se evidencia en el Derecho Comparado, de estas ideas matrices es muy poco, o nada, lo que perdura. Ello es lo que permite proponer una sistematización de las nuevas ideas que subyacen y fundamentan el actual Derecho de Familia.

Se remarca como hecho ordenador de los cambios el que la lógica de la Autoridad y Subordinación, respecto de los cónyuges, ha cedido a la de la Igualdad y Cooperación.

Lo que es necesario apuntar no es el hecho de los cambios sino la profundidad y la dirección de ellos.

V.

Podría sostenerse que la legislación civil chilena está en etapa de *transición*. No hay aún instalado en dicha legislación, en plenitud, un nuevo Derecho de Familia. Subsisten ideas antiguas e instituciones añejas.

En efecto: el matrimonio es indisoluble (salvo en cuanto se utiliza la nulidad del matrimonio reemplazando el divorcio vincular); la mujer casada en el régimen de sociedad conyugal, en la medida que no puede administrar ni los bienes sociales ni los bienes propios, sigue siendo incapaz; el marido es el "jefe" de la sociedad conyugal; la patria potestad la ejerce el padre legítimo y sólo en su ausencia le corresponde a la madre legítima; existe un estatuto filiativo fuertemente discriminatorio; no existe normativa que reconozca a las familias de hecho.

Sin embargo, hay propuestas legislativas, con ideas nuevas e instituciones modernas, que se tramitan en el Parlamento; y hay un cierto debate en torno a algunos temas relevantes del Derecho de Familia, lo cual es natural en una etapa, como la actual, de transición.

Y de otra parte, el Estado de Chile tiene la obligación de transformar la legislación civil, en el ámbito del derecho de familia, para hacerla acorde y cumplir con sus compromisos asumidos a nivel internacional, al haber ratificado los tratados internacionales de Derechos Humanos, en particular, los relativos a la mujer. En

este aspecto puede incluso afirmarse que el Derecho de Familia, en Chile, está obligadamente en transición.

En los otros países americanos, en cambio, ya está, aunque probablemente, no en plenitud, instalado un nuevo Derecho de Familia.

VI.

El fenómeno de los cambios en esta temática en el ámbito comparado es mucho más un fenómeno explicable desde la sociología que desde la dogmática jurídica.

En efecto, la familia, siendo una unidad básica de la sociedad, sufre los avatares, influencias y cambios de ésta. Por esto -aunque sea una perogrullada que con frecuencia se olvida- se afirma que la familia de hoy no es la del siglo XIX, ni la del XVIII, tampoco la de la década del 50.

La familia conyugal, esto es, la conformada por un matrimonio y sus hijos, de constitución voluntaria y *fundada en la relación afectiva* de los cónyuges, es relativamente nueva en la historia.

Existen también otros fenómenos, de reciente data, como la jefatura de hogar femenina, asociada a familias conformadas por una madre y sus hijos.

La conformación de esta nueva realidad familiar, donde el afecto o amor pasa a ser central (y el número de miembros está más limitado) fue un largo proceso, cuyo comienzo podemos situarlo en la disolución del mundo medieval, que germina en el siglo XVIII y se consolida entre mediados del siglo XIX y el XX.

Nada más que con el propósito de mostrar, aunque sea en pincelada, los hechos de la vida social que han influido en las transformaciones más recientes que han afectado a las familias, en cuanto a sus integrantes y al tipo o naturaleza de relaciones al interior de ellas, cabe mencionar: los cambios en las formas de producción: la familia deja de ser una unidad de producción y pasa a ser un espacio afectivo; la creciente urbanización o disminución de la ruralidad; la incorporación creciente de la mujer al mundo del trabajo remunerado, la mujer deja de estar sólo en el ámbito de lo privado; los movimientos emancipadores de la mujer que ponen el acento en la igualdad; la conquista del derecho a voto de la mujer y su creciente participación en la cosa pública; la posibilidad para cada mujer de controlar la natalidad y por consiguiente el surgimiento de la sexualidad de la mujer como cuestión separada de la procreación; la distinta naturaleza de las relaciones con los hijos; la creciente autonomía de la mujer; la introducción de un nuevo actor al interior del hogar y con fuerte presencia: la televisión masificada en un mundo globalizado; los cambios culturales asociados a estos fenómenos; en otro orden, la separación de la Iglesia y del Estado, que origina como resultado la secularización del matrimonio. Todo lo referido ocurre además a gran escala y, con distinta intensidad, en todo el mundo.

El Derecho, sin embargo, se mueve a un velocidad bastante menor, si bien todos los cambios normativos producidos son reflejos de realidades y concepciones nuevas; ocurre que no siempre el Derecho se adecua oportunamente; los tiempos de maduración son, a veces, bastante lentos.

La relación entre la norma jurídica, la realidad social a que se refiere y da cuenta, y las valoraciones implícitas, constituye una triple perspectiva de análisis de suyo interesante en la temática de familia, que aquí no abordamos, sin perjuicio de anotar que esta área del derecho es una de aquellas en las que los tres ámbitos han estado, en ocasiones, muy distantes. Afirmamos que la realización plena del derecho se produce cuando la vigencia (derecho vigente/ dogmática jurídica), la eficacia

de la norma (cumplimiento/ sociología jurídica) y la legitimidad de ella (valoración/ filosofía del derecho) se sitúan en un proceso dinámico de concordancia, proceso desde luego siempre abierto y que nunca puede darse definitivamente por concluido.

VII.

Nos interesa en esta exposición, nada más que poner de relieve algunas ideas que podría afirmarse forman parte de un emergente Derecho de Familia, que surge - entre otras razones- como efecto del obligado cumplimiento que los Estados deben hacer de los tratados de Derechos Humanos, particularmente los relativos a la mujer, que ellos han ratificado. Es decir, desde fuera de los Estados, pero concurriendo cada uno con su voluntad, se imponen modificaciones. Es el desarrollo de los Derechos Humanos, que es parte del derecho público (en la clásica división de los órdenes normativos) que permea e influye el derecho privado (las legislaciones civiles).

Estas convenciones ideológicamente corresponden a una concepción de la familia y de la mujer, en su rol familiar y social, que se hace cargo de las transformaciones sociales, políticas y culturales ya mencionadas.

Doy por supuesto implícito el principio internacional según el cual un tratado en vigor es obligatorio para las partes contratantes y debe ser cumplido por ellas; al mismo tiempo que ningún Estado puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. (Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados).

Otra cuestión, atinente a este trabajo, cuyo estudio no obstante corresponde más propiamente a otra disciplina, el Derecho Internacional Público, es lo relativo a la jerarquía en el Derecho Interno de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

Un gran número de juristas chilenos, especialistas en el tema, sostiene que los tratados de Derechos Humanos vigentes en Chile tendrían rango o jerarquía constitucional, o, en todo caso supra legal; basados en el texto del artículo 5° de la Constitución Política. Este precepto dice a este respecto: “ El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

VIII.

Más allá de la jerarquía en el derecho interno de los Estados, todos los tratados internacionales de Derechos Humanos, unos más otros menos, han ejercido una influencia decisiva en el Derecho contemporáneo.

Desde la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, se comienza a plasmar en instrumentos internacionales, la conciencia universal del reconocimiento de la igualdad esencial de la persona humana y del principio de no discriminación; queda consagrado el pluralismo político y se reconoce el valor de la persona humana en su dignidad e inviolabilidad.

Ellos serán un norte en el constitucionalismo moderno, que influye de manera muy trascendente en la legislación civil de los países, particularmente en la temática de los estatutos filiativos discriminatorios y en lo relativo a la incapacidad jurídica de la mujer.

IX.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, de Naciones Unidas, Cedaw (Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34-180, de 18 de diciembre de 1979. Decreto Supremo N° 789 D.O 9-12-1989), constituye un tratado internacional de Derechos Humanos ratificado por Chile y que se encuentra vigente, cuyo texto limita el ejercicio de la soberanía originando el deber de respetar y promover los derechos que se encuentren garantizados en dicho tratado, por parte del Estado, refiriéndose en variados tópicos a los temas que tradicionalmente ha reglamentado el Derecho de Familia.

Conviene anotar que la voluntad estatal en el sentido de cumplir con dicho Tratado, en el caso de nuestro país, ha sido reiterada en el plano internacional. También, por lo demás, se ha señalado así en nuestro derecho interno. En efecto, v.g. la Ley 19.023 del 3 de enero de 1991 que crea el Servicio Nacional de la Mujer, en su artículo 2° señala que a ese organismo le corresponderá, entre otras, la siguiente función: “g) Evaluar el cumplimiento de las políticas, planes y programas aprobados, a fin de garantizar el cumplimiento de la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ratificada por el Gobierno de Chile;”. De otra parte, recientemente el Parlamento chileno ratificó la enmienda al párrafo 1 del artículo 20 de la Convención (Cedaw). Todo lo cual muestra indubitadamente el interés del Ejecutivo y el Parlamento por cumplir con dicho Tratado.

Esta Convención ha sido considerada la Carta de Derechos Humanos de las mujeres y actualmente ha sido ratificada por 160 Estados. (Mayo de 1997).

Fue elaborada en un largo proceso, cuyo inicio podría fijarse en el año 1975, en que comienza la década de la Mujer de Naciones Unidas y se realiza la Primera Conferencia Mundial sobre la Mujer en la Ciudad de México, tiene como fuentes explícitas: la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966, la Declaración sobre la Eliminación de la discriminación contra la mujer del año 1967.

Ella se dicta “...al comprobar que a pesar de estos diversos instrumentos las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones...” (Preámbulo del Cedaw párrafo 5°).

De otra parte, gran número de Conferencias Mundiales, entre otras, las de la Mujer en Copenhague en 1980, en Nairobi en 1985 y en Beijing en 1995, vienen a reiterar y enriquecer los conceptos e ideas contenidas en dicha Convención; y gran número de resoluciones de Naciones Unidas y también de la Organización de Estados Americanos, hacen mención al Cedaw.

De manera que puede afirmarse que esta Convención, instalada en el ámbito internacional con gran profusión, contiene ideas respecto de las cuales hay un gran acuerdo internacional.

X.

Intentaremos aquí, fundamentalmente, a partir de esta Convención Internacional, mencionar, nada más que de manera inicial, algunas ideas y conceptos normativos que se desprenden de dicho Tratado y consiguientemente obligan a los Estados; y que contribuyen -a nuestro juicio- a conformar las nuevas ideas matrices de un De-

recho de Familia moderno. Haremos, en algunos casos, referencia a otras Convenciones Internacionales ratificadas por Chile, en especial a la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, de la OEA, denominada también Convención de Belem do Para, de reciente data, y que, de alguna manera, viene a reiterar puntos de vista ya asumidos en el Cedaw. (Esta última aún no ha sido publicada en el Diario Oficial).

Se agrega, además, que estas convenciones han sido firmadas por Chile durante Gobiernos de distinto signo; además la Convención de la OEA fue aprobada en el Parlamento por unanimidad; todo lo cual muestra esta voluntad estatal inequívoca de someterse a dichos textos, de la cual hemos hablado.

XI.

1) La primera observación es que el tratado, como, por lo demás, ocurre con cualquier otro texto normativo, tiene implícita una idea, una determinada concepción valórica de lo que ella trata, en este caso, de la familia.

2) Interesa entonces, dilucidar los elementos configurativos e ideas que del Tratado se desprenden y que participan, en el Derecho Internacional, de las nuevas concepciones respecto del Derecho de Familia, para lo cual es necesario interpretar dicho Tratado.

Para dicha interpretación es necesario recurrir a las normas sobre el particular contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Esto es, un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. (Art.31 de la Convención de Viena). La mención del objeto y fin del tratado, implica que debe siempre interpretarse en favor del individuo (principio pro hominis), y al mismo tiempo, conlleva una interpretación amplia y dinámica, adecuándose a los tiempos en que la interpretación se efectúa. Hay abundante jurisprudencia internacional sobre estas materias.

3) El documento se coloca en el punto de considerar a la familia como célula básica de la sociedad.

Hay en esto una absoluta concordancia con la Declaración de Derechos Humanos y otros textos internacionales.

4) La perspectiva desde la cual el documento se ubica es la del *cambio*. Partiendo de la idea que, en algún sentido, la familia actual y de antes ha jugado un rol potenciador de la discriminación de género.

“Reconociendo que, para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer, es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia,” (Cedaw. Preámbulo, párrafo 14)

Y, de otra parte, el Tratado referido obliga a los Estados a inmischirse en el ámbito del estatuto familiar; ahora, no desde la lógica de la subordinación, inspirada en el código napoleónico, sino desde otra lógica: la de la igualdad y no discriminación.

5) Se parte del supuesto que el Estado tiene, fundamentalmente a través del Derecho, responsabilidades y rol determinante en cuanto a caracteres predominantes de la familia -organización de ella y tipo de relaciones entre sus integrantes- que se constituya en la sociedad. Sin perjuicio de ello creemos necesario anotar que el rol

que la Convención le otorga al Estado, de acuerdo con nuestra lectura, dice relación más bien con la aplicación de uno de los principios que conforman una concepción liberal denominado de la “autonomía de la persona humana”, según el cual el Estado debe permanecer neutral respecto de los planes de vida individuales e ideales de excelencia que cada uno sustente, limitándose a diseñar instituciones y adoptar medidas para facilitar la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de excelencia que cada uno sustente. En cambio, creemos que no se inscribe la Convención en un enfoque perfeccionista, contrapuesta a ésta, según la cual es misión del Estado hacer que los individuos acepten y lleven a cabo ciertos ideales de excelencia humana homologados y, en consecuencia, que el derecho deba regular todos los aspectos importantes de la vida humana. Las concepciones tradicionales del Derecho de Familia, claramente, transgredían el principio de autonomía en relación a la mujer. (Ver en Introducción al Análisis del Derecho de Carlos Santiago Nino, Editorial Ariel, Barcelona, 4a edición, 1991).

6) Este tratado así como la Convención de la OEA referida, parten del supuesto de que la discriminación, incluso la violencia contra la mujer, tienen una raíz en la familia, no sólo como transmisora cultural sino también en cuanto a su estructura y organización.

Desde luego ambas Convenciones participan de la idea de que la discriminación contra la mujer es una realidad social que trasciende el Derecho.

“...la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres.” (Convención de Belem do Para. Preámbulo párrafo 3º.)

7) Claramente en ellas se asume la complejidad de la temática de la discriminación. Por ello además de los cambios legislativos a que están obligados los Estados, se exige asumir programas y políticas activas con el propósito de lograr la igualdad. La Convención se hace cargo de que la discriminación contra la mujer es un fenómeno de profunda raíz cultural, que tiene ocurrencia, con mayor o menor intensidad, en todas las sociedades, y por consiguiente la obligación de los Estados tiene dos elementos que a este respecto se pueden considerar:

a) Los Estados no sólo se obligan a no discriminar, sino a tomar todas las medidas adecuadas para que en ninguna esfera, incluida la familiar, se discrimine;

b) Los Estados se obligan a realizar todas las medidas apropiadas para eliminar prácticas consuetudinarias, usos, costumbres, prejuicios, que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

Las Convenciones tienen presente tres ámbitos que tienen que ver con la socialización de los individuos y con la transmisión cultural: la familia, la escuela y los medios de comunicación.

“Los Estados Partes...convienen... Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;” (Cedaw art.2 letra f).

“Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o

superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.” (Cedaw art.5°).

“El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: b.- el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en concepto de inferioridad o subordinación.” (C. de Belem do Para art.6°).

“Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, ...en la esfera de la educación... y en particular para asegurar...

b) La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza;” (Cedaw art.10 c).

“ Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para: modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer;” (C. de Belem do Para art.8 letra b).

Ahora bien, la idea de los “patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres”, del “concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino”, y de los “prejuicios”, todos los cuales en ambas Convenciones los Estados se comprometen a eliminar o modificar, tiene que ver con el papel que la sociedad, “la cultura”, *también el Derecho*, le han asignado al hombre y la mujer en la sociedad y en la familia, asociado a una valoración distinta para hombres y mujeres. Algunos autores consideran a la separación entre lo público, propio del varón, y lo privado, propio de la mujer, a que me referiré más adelante, parte de estos prejuicios y roles estereotipados.

A este respecto la educadora venezolana y magister en Psicología Virginia Olivo de Celli, ha escrito: “Los prejuicios u opiniones preconcebidas y tendenciosas contra alguien, son definidas por Allport como antipatías basadas en generalizaciones falsas e inflexibles que pueden ser sentidas o expresadas, y dirigirse hacia un grupo total o hacia un individuo por ser miembro de ese grupo... La internalización del prejuicio sexista hace posible la formulación de religiones, teorías sociales y políticas a base del supuesto de la inferioridad del sexo femenino. Los estudiosos acerca de las tendencias del prejuicio, inicialmente realizados alrededor de los de carácter étnico y religioso, han observado la relación entre éste y la discriminación, en la medida que la discriminación o tratamiento desigual dado a ciertos individuos es el producto de ser miembro de un grupo determinado, por ejemplo sexo femenino, y se asienta en una actitud hostil con componentes motivacionales, cognitivos y conductuales.” “Otra relación extremadamente significativa es la que existe entre el prejuicio y los estereotipos o aspectos cognitivos relacionados con esa actitud...” “Los procesos de discriminación, exclusión o autoexclusión son naturales cuando se parte de creencias prejuiciadas acerca del potencial personal, el que no se relaciona con la competencia, la preparación o la experiencia, sino con la identidad sexual.

De acuerdo a lo que se sabe hoy, es necesario limitar las consecuencias que se derivan de haber nacido varón o hembra a las demostrables, o dicho de otra manera, eliminarle al rol hembra y al rol varón todo lo que está demostrado que no le es inherente, a fin de permitirle al ser humano (varón o hembra) desarrollar su potencial personal, sin estereotipos y prejuicios que le limiten en la búsqueda de su autorrealización...” “Lo único inherente al rol hembra, derivado de su identidad sexual, es la maternidad; unido a este rasgo distintivo está el cuidado y protección al hijo recién nacido, característica por cierto que nos separó de la animalidad y nos hizo humanos en la lejana prehistoria. Dar a luz, alimentar al recién nacido y protegerlo en sus primeros tiempos son, pues, tres características femeninas que aceptamos y reivindicamos. Lo demás son asignaciones históricas y socialmente reales que constituyen hoy una rémora para el desarrollo social requerido por un mundo en crisis...” “...los estereotipos sexuales limitan las posibilidades de crecimiento y realización personal de las mujeres, en primer término, y determinan una rigidez en los varones que dificulta su compromiso afectivo en las relaciones de pareja, así como en las de padre-hijo”. (En Igualdad y Autonomía de Virginia Olivo de Celli; Revista Nueva Sociedad julio/agosto 1985).

El Derecho, como ya dijimos, históricamente ha considerado, en sus puntos de partida, muchas veces, una visión estereotipada del hombre y de la mujer. Las opiniones vertidas con ocasión de la discusión producida en la elaboración de la Constitución Política de Chile del año 1980, cuyo contenido ideológico explica parte de las normas del Derecho de Familia vigente en Chile, pueden ilustrar esa visión .

Sin recurrir al derecho de familia, el concepto de culpa, por ejemplo, clave en materia patrimonial, alude al “buen padre de familia”. La idea de correcta dirección del hogar, de jefatura del hogar, de participación en los negocios, como cuestión privativa del hombre, está allí implícita. Ciertamente es que el silencio en relación a la mujer, en esta norma, no es simple olvido; hay detrás, una concepción estereotipada de lo que son los roles del hombre y la mujer en la sociedad y en la familia.

8) El concepto de discriminación contra la mujer, contenido en el Cedaw, permitirá afirmar, que según ese concepto, en distintas épocas se ha discriminado a la mujer en el Derecho.

“A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.” (Cedaw Parte I art. 1°).

a) Se trata de “...toda distinción, exclusión o restricción *basada en el sexo*...”. Las discriminaciones pueden tener otras causas; aquí se refiere a la discriminación basada en el sexo, esto es, por el hecho de ser mujer.

b) Dice la norma: “...*Toda* distinción...”, con la palabra *toda* se quiere subrayar que se pretende abarcar cualquiera distinción.

c) Dice la disposición que: “...la expresión “discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga *por objeto o por resultado* menoscabar o anular...”; de modo que la discriminación puede ser, llamémosla, “intencional” (...que tenga por objeto menoscabar o anular...), o

bien simplemente tiene como "...resultado..."; en esa palabra está la idea que cualquiera haya sido la intención, si tiene como resultado menoscabar o anular..., será discriminatorio. En el ámbito del derecho laboral y en el derecho de familia es frecuente encontrar distinciones que tienen como resultado menoscabar o anular los derechos humanos y las libertades fundamentales de la mujer; y en muchos casos, la intención, incluso, ha sido la de "proteger" a la mujer;

d) Establece la disposición que esta discriminación contra la mujer puede darse "...en las esferas política, económica, social, cultural y civil o *en cualquier otra esfera*". Con esta última frase es claro que no se restringe al ámbito de lo público allí expresado, sino que también admite como posible la discriminación en el ámbito privado.

e) El art.1 dice: "...la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular... por la mujer, *independientemente de su estado civil*... La alusión al estado civil tiene el propósito de remarcar que ni aún el estado civil, esto es, el matrimonio de la mujer, constituye una causal que justifique o permita la discriminación. Es importante esta frase aclaratoria, por cuanto, son muchas las legislaciones, como la chilena, que han restringido los derechos de la mujer por el hecho del matrimonio.

9) La igualdad entre hombre y mujer y la no discriminación contra la mujer, en toda esfera, son los principios rectores de la Convención.

Particularmente, la igualdad al interior de la familia, es la idea principal en cuanto al estatuto jurídico y al tipo de relación que se propone impulsar en ese ámbito.

9.1) Por consiguiente hombre y mujer deben tener igual capacidad jurídica en todos los aspectos: adquisición, disposición y administración de bienes, derecho a elegir apellido, profesión y ocupación, con independencia del estado civil;

"Los Estados Partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar y le dispensarán un trato igual en todas las etapas de procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales" (Cedaw, art.15 N°2).

"Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: h) los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso." (Cedaw art. 16 letra h).

"Los Estados Partes adoptarán...: g) Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación;" (Cedaw art.16 letra g).

9.2) Del mismo modo los Estados deberán asegurar igual responsabilidad, derechos y deberes respecto de los hijos;

"Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos..." (Cedaw art.16 letra d).

"Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custo-

dia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional...” (Cedaw art.16 letra f).

La idea de “igualdad” entre el hombre y la mujer está reiteradamente expresada en esta Convención. (Cedaw Preámbulo párrafos 1, 2, 3, 4, 6, 8, 11, 12, 14. Artículos 1, 2, 3, 4, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 23) y en demás textos internacionales.

“...igualdad de los derechos del hombre y la mujer...” parr.1; “...todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...” parr.2; “...obligación de garantizar al hombre y la mujer la igualdad en el goce de todos los derechos...” parr.3; “...igualdad de derechos entre el hombre y la mujer...” parr.4; “...igualdad de derechos...” parr.6; “...promoción de la igualdad entre el hombre y la mujer...” parr. 8; “... contribuirán al logro de la plena igualdad entre el hombre y la mujer...” parr.11; “...la máxima participación de la mujer, en igualdad de condiciones con el hombre...” parr.12; “...para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer...” parr. 14.(Todos párrafos del Preámbulo del Cedaw).

“...sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer...” art.1; “Consagrar... el principio de la igualdad del hombre y de la mujer...” “...los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre...”art.2 a) y c); “...garantizar el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades en igualdad de condiciones con el hombre” art.3; “...medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer...” “...objetivos de igualdad de oportunidad y trato.” art.4; “...garantizarán, en igualdad de condiciones con los hombres...” art.7; “...para garantizar a la mujer, en igualdad de condiciones con el hombre...” art.8; “...otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para...” art.9; “...a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación...” art.10; “...en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres...” “...El derecho a igual remuneración...y a igualdad de trato” art.11; “...otras esferas de la vida económica y social a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos...” art.13; “...para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres...” art.14; “Los Estados Partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley.” “...le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos...” art.15 N° 1 y 2; “...los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares...asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres...” art.16; “...logro de la igualdad entre hombres y mujeres...” art.23. (Todos artículos del Cedaw).

El principio de igualdad estaba ya consagrado en términos generales en otros textos jurídicos internacionales.

El art.1º de la Declaración Universal de Derechos del Hombre dice: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y de conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica, en su art.24 se lee: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se lee en su art.3º: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”.

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su art.3º, se dice: Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.”

Siguiendo las distinciones expresadas por el jurista italiano Norberto Bobbio, esta Convención, en el concepto de “igualdad”, comprende las nociones de “igualdad frente o ante la ley”, la “igualdad en la ley”. la “igualdad jurídica”, la “igualdad en los derechos”, la “igualdad de oportunidades”, y la “igualdad de hecho o de facto”. (Igualdad y Libertad. Norberto Bobbio, Paidós I.C.E/U.A.B, España 1993).

En efecto, la “igualdad frente y en la ley” significa la exclusión de toda discriminación arbitraria, ya sea de parte del juez (igualdad frente a la ley), ya del legislador (igualdad en la ley); y por discriminación arbitraria se entiende una discriminación no justificada, es decir, no razonable ni proporcional. La discriminación basada en el sexo, que es una característica adscrita de la persona, no voluntaria, no está justificada, no es razonable.

La igualdad en los derechos (o de los derechos) significa algo más que la mera igualdad frente a la ley como exclusión de toda discriminación no justificada: significa gozar igualmente, por parte de los ciudadanos, de algunos derechos fundamentales constitucionalmente garantizados.

Por igualdad jurídica se entiende habitualmente la igualdad en ese particular atributo que hace de todo miembro de un grupo social, también del infante, un sujeto jurídico, es decir, un sujeto dotado de capacidad jurídica. Mientras la igualdad en los derechos tiene un ámbito más vasto que la igualdad frente a la ley, la igualdad jurídica tiene un ámbito más restringido.

El principio de igualdad de oportunidades apunta a situar a todos los miembros de una determinada sociedad en las condiciones de la competición de la vida, o en la conquista de lo que es vitalmente más significativo, partiendo de posiciones iguales. Haciendo una comparación con el juego o competencia, se trata de que todos los jugadores tengan al inicio, el mismo número de cartas, el mismo número y tipo de piezas de ajedrez, que los corredores partan de la misma línea, que los estudiantes en exámenes puedan servirse de los mismos libros, o todos desconozcan el tema que tengan que desarrollar. En analogía, en la competición de la vida, la carrera debe correrse por todos desde el mismo punto de partida, lo cual puede significar, entonces, mejorar los puntos de partidas de algunos, que por consideraciones de sexo, económicas, sociales o de otro tipo, no están en el mismo punto. El principio de igualdad de oportunidades no asegura, sin embargo, igualdad en el punto de llegada.

La expresión igualdad de derecho se usa en contraposición a igualdad de hecho, y corresponde normalmente a la contraposición entre igualdad formal e igualdad sustancial o material. Esta última, se refiere, casi siempre, a la igualdad respecto de los bienes materiales o igualdad económica. También la igualdad de facto hace alusión a la igualdad en la realidad, en la vida misma, vis a vis la igualdad de jure que es la explicitada en la ley. La igualdad de facto puede suponer, en ciertos aspectos, igualdad en el punto de llegada.

Todas las Conferencias Mundiales sobre la Mujer se han desarrollado teniendo como idea central y protagónica, el concepto de igualdad, desarrollándolo en sus múltiples aspectos. “Igualdad, Desarrollo y Paz” ha sido el objetivo y lema en todas ellas y también en el denominado Decenio de la Mujer de Naciones Unidas (1975-1985).

Ahora bien, en verdad, el principio de igualdad viene siendo desarrollado desde antiguo en la filosofía y en el derecho; sin embargo, sólo hace algunas décadas, cuando hablamos de igualdad nos estamos refiriendo también a la mujer. Además es claro que el concepto mismo de igualdad es ambiguo, y sus contornos son imprecisos; no es nítido qué debemos entender por igualdad cuando se alude a ella. Ello obliga a examinar la cuestión más detenidamente, lo cual, por cierto, no es factible acometer en esta presentación.

Nos parece necesario, sin embargo, plantear dos cuestiones: primeramente, que la idea de igualdad no significa identidad; es decir, la idea de igualdad no obsta al reconocimiento de la diferencia (en este caso, sexual). Más bien el principio de igualdad es un reconocimiento a la diferencia; porque se es diferente, se reclama igualdad; si los individuos fueren idénticos no se requeriría reclamar igualdad. Lo que se está diciendo es que las diferencias sexuales, entre otras características adscritas, no son relevantes para los efectos de atribuir determinados derechos. El Derecho no considera, deliberadamente, las diferencias sexuales para la determinación de la titularidad y goce efectivo de ciertos derechos. En segundo término, la idea de igualdad no obsta a la posibilidad de establecer estatutos diferenciados; siempre que esta diferenciación o discriminación no sea arbitraria, esto es, sea razonable, justificable, y proporcional. Lo cierto es que el hecho de ser mujer, es decir, nada más el sexo, no es una característica relevante que permita estatutos diferenciados. En ciertos casos, sin embargo, sí pueden ser relevantes, v.g para establecer normas relativas a la maternidad. Pero ello, no lo entendemos como excepción al principio de igualdad, sino más bien parte de lo que hoy se denomina “igualdad por diferenciación”.

Dentro del conjunto de aspectos respecto de los cuales sería necesario elucubrar en este tema, están la igualdad de oportunidades y la igualdad de facto respecto de la mujer, como verdaderos retos para todos los países. Ello trasciende las legislaciones aunque, a nuestro juicio, aún no se ha agotado lo que es posible hacer en esta área.

Más allá de las disquisiciones teóricas, no cabe duda que asistimos a un proceso histórico de avance hacia formas cada vez más igualitarias entre el hombre y la mujer, respecto del cual el derecho no es ajeno. Como dice Bobbio: “La revolución silenciosa de nuestro tiempo, la primera revolución incruenta de la historia, es la que conduce a la lenta pero inexorable atenuación, hasta la total eliminación, de la discriminación entre los sexos: la equiparación de las mujeres a los hombres, primero en la más reducida sociedad familiar, después en la más amplia sociedad civil a través de la igualdad, en gran parte demandada y en gran parte conquistada, en las relaciones económicas y políticas, es uno de los signos más ciertos e impresionantes de la marcha de la historia humana hacia la igualdad”. (Igualdad y Libertad. Norberto Bobbio. Ediciones Paidós 1993.).

10) Para acelerar la igualdad de facto, el Cedaw contempla la posibilidad que los Estados establezcan medidas denominadas de “discriminación positiva”. Cedaw, art.4 N° 1.

El objetivo, cual es, acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer, constituye el elemento identificador en este instituto, siendo fundamentales también: el carácter especial y la temporalidad.

La acción positiva, o discriminación positiva, no es contraria a la idea de igual-

dad; es un instrumento para acelerar la igualdad de facto. Se inscribe en la lógica de la igualdad de oportunidades. Es decir, se parte del supuesto que hombres y mujeres no están ubicados en la misma línea de partida, lo cual hay que corregir mediante este tipo de acciones.

Resultaría interesante discutir el concepto y alcances de la acción positiva en el ámbito del derecho civil, por ejemplo, en el régimen de bienes, en el derecho de alimentos, o en el tema de los efectos del divorcio con disolución de vínculo.

11) Respecto del matrimonio, se refiere a él como contrato; consiguientemente, requiere libre consentimiento de ambos contrayentes y existe la posibilidad de disolución del mismo.

Antiguamente y aún hoy en algunas culturas, el matrimonio se produce como parte de una transacción económica y, en todo caso, la motivación económica es el leit motiv principal; por ello son las familias las que resuelven, mediante negociación, el vínculo, incluso a edades tempranas. Aquí, en la Convención que tratamos, se reconoce implícitamente que el matrimonio es un espacio afectivo. Por ello es esencial que sea un acto consciente y voluntario entre los contrayentes.

Respecto de la disolución del matrimonio, da por un hecho que existe. Sin embargo, pareciera que allí no se consagra propiamente un derecho al divorcio.

Nada dice la Convención, ni otro Tratado de Derechos Humanos, en punto a aceptar alguna de las teorías que consideran el “matrimonio”, más allá de su origen contractual, una institución.

12) Del texto se colige que *no es imprescindible* el matrimonio para constituir una familia. Aunque de la lectura del Cedaw no puede sostenerse en forma concluyente que la denominada familia natural tiene y merece igual protección que la familia constituida sobre el matrimonio. En este punto, sí hay jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, interpretando la Convención Europea de Derechos Humanos que es fuente y análoga a la nuestra, la Convención Americana de Derechos Humanos. En el caso Marckx, la Corte Europea sostuvo que el respeto a la vida familiar asegurado por el artículo 8° de la Convención Europea, no permite distinguir entre familia legítima y familia natural, lo que además constituiría una discriminación fundada en el nacimiento, violatoria del artículo 14. Por ello, para permitir el desarrollo normal de la vida familiar de una madre soltera y de su hijo, el Estado no debe establecer una discriminación fundada en el nacimiento. (Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Marckx, 13 de junio de 1979).

La Convención dice: “Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos...” art.16 letra d).

Ahora bien, para aplicar el principio de igualdad en las uniones de hecho, se hace imprescindible un tratamiento jurídico adecuado de esta situación, que hoy en Chile no existe.

13) Una idea rectora es que para lograr el objetivo de igualdad plena se requiere cambiar la concepción de familia imperante, en particular el papel tradicional del hombre y de la mujer en la familia, y también en la sociedad;

“Reconociendo que, para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer, es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia...” Cedaw. Preámbulo párr.14

13.1) Aquí, en primer término habrá que dilucidar lo que el tratado entiende por “papel tradicional” del hombre y de la mujer en los ámbitos allí señalados;

13.2) También implícita está la idea que ese rol tradicional ha contribuido o contribuye a la discriminación contra la mujer;

13.3) Esta idea conlleva la noción que hay una armonía entre los roles que el hombre y la mujer juegan dentro de la familia y en la sociedad, y es necesario cambiar ambos;

13.4) El “papel tradicional” que se pretende cambiar hace alusión a la concepción que distingue y ubica jerárquicamente entre lo público propio del varón, y lo privado propio de la mujer. Los roles estereotipados transmitidos culturalmente y también presentes, sin duda, en el Derecho, particularmente en el Derecho de Familia, respecto de los cuales los Estados se obligan a modificar, dicen relación con los roles que desde la cultura se les asigna en forma fija a hombres y mujeres: cuidado de los hijos y ancianos y responsabilidad en el hogar, es el mundo privado de la mujer ; y trabajo fuera del hogar, responsabilidad patrimonial, mundo público, corresponde al varón. Ambas convenciones se colocan en la dirección de romper esa lógica. En el Cedaw se reclama una igual participación del varón en las responsabilidades familiares, y al mismo tiempo una igual participación de la mujer en el ámbito laboral y en la cosa pública. *No se trata, obviamente, de obligar a hombres y mujeres a asumir ambos roles, sino que exista realmente la posibilidad cierta de que hombres y mujeres puedan optar libremente de participar o no en ambas esferas.*

Es necesario anotar que por una parte, la Convención plantea a los Estados la necesidad de modificar los roles tradicionales del hombre y la mujer en la familia; y consiguientemente se pretende que el Derecho no sólo no perpetúe esos roles tradicionales sino que además fomente el cambio. Por otra parte, la Convención obliga a considerar las realidades concretas de las mujeres, como podría ser, por ejemplo, su desempeño protagónico en la esfera privada, asumiendo trabajo no remunerado, es decir, obliga a considerar esos roles tradicionales, a efectos de considerar los puntos de partida de las mujeres en relación a los hombres, en los diseños de las políticas, planes, programas y normas jurídicas para que realicen el principio de igualdad de oportunidades. En verdad, la exigencia en lo normativo es a consagrar la igualdad, y consiguientemente considerar la realidad distinta de hombres y mujeres, no para perpetuarla, sino con el objeto de lograr la igualdad real.

Cabe, ciertamente, la pregunta, en orden a si en aquellos países en que ya se han producido los cambios en el Derecho de Familia, asumiendo lógicas igualitarias y no discriminatorias, el Derecho vigente está, en verdad, al menos, en un punto neutro en cuanto a los roles estereotipados del hombre y de la mujer y consiguientemente, por lo menos, desde el Derecho se está remarcando distancias con el rol tradicional del hombre y de la mujer en la familia y en la sociedad.

14) Respecto de los hijos:

14.1 Se consagra para la mujer igual derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, el intervalo entre los nacimientos y acceso a la información, educación y medios que permitan ejercer estos derechos; esto es, se reconoce el

derecho a planificar la familia; (Cedaw art.16 letra e).

Este derecho tiene que ver con dos aspectos:

A) La separación entre la sexualidad y la reproducción. Algunos autores sostienen que una vez que esta posibilidad, la de controlar la fertilidad, entra en la historia humana, se producen los efectos de la mayor trascendencia respecto a la evolución de la familia. El profesor de la Universidad de Chile, Gonzalo Figueroa, lo caracteriza en los siguientes términos: “Desde la promulgación del Código Civil y de las leyes sobre el matrimonio y sobre la relación entre cónyuges... la humanidad ha afrontado acontecimientos imprevisibles en la época en que esos cuerpos legales se dictaron, entre ellos la revolución industrial... Agréguese la posibilidad que alcanzó la mujer de controlar su fertilidad, lo que significó un vuelco espectacular en las relaciones intersexuales.” (Persona, Pareja y Familia; Gonzalo Figueroa Yáñez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, pag.67).

B) Este derecho humano apunta en la dirección de la “autonomía” de la mujer; ella puede decidir su destino y particularmente puede comenzar a construir su proyecto propio.

(“La Transformación de la Intimidad” Anthony Giddens; “La Historia Natural de la Familia”, Ralph Linton).

14.2 Se consagra el principio de la responsabilidad compartida del padre y de la madre en la educación y cuidado de los hijos. Esta es otra noción clave relacionada con la idea de modificar el papel tradicional de hombre y mujer dentro de la familia; (Cedaw art.16 letras c), d) y f))

“...y conscientes de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación, sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto”. (Cedaw. Preámbulo parr.13).

“Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos...” art.5 letra b).

14.3 En cualquier caso, el interés de los hijos debe ser la consideración primordial. En esto hay absoluta concordancia con la Convención sobre Derechos del Niño, año 1990. (Cedaw art. 5 b), art.16 letras d)y f).

14.4 Está contenida la idea de que es necesario, desde el Estado, crear las condiciones o tomar las medidas adecuadas para que los padres puedan combinar las obligaciones para con la familia, en que ambos son responsables, con las responsabilidades del trabajo remunerado y la participación en la vida pública, donde ambos deben tener la posibilidad cierta de participar. Este es un precepto fundamental en cuanto está dirigido a romper la lógica que lo privado es el ámbito exclusivo de la mujer y lo público exclusivo del hombre. Puesto que la mujer puede participar en el trabajo remunerado y en la vida pública en condiciones de igualdad con el varón, éste debe poder compartir con la mujer la vida familiar. Para que esto sea posible, el Estado debe, entre otras cosas, fomentar el suministro de servicios sociales, en particular una red de servicios destinados al cuidado de los niños;

“Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;” (Cedaw art.11 letra c).

14.5 Se dispone que desde el Estado, se deben tomar las medidas apropiadas para garantizar una determinada educación familiar, en los términos aquí expuestos. art.5 letra b).

14.6 Desde luego está implícita la idea de que al interior de la familia hoy no están garantizados estos intereses;

14.7 En este punto corresponde también señalar que diversos tratados de Derechos Humanos, obligan a los Estados a no hacer discriminaciones respecto de los hijos, en cuanto hayan nacido dentro o fuera del matrimonio de sus padres. Es decir, se prohíben los estatutos filiativos discriminatorios. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 10 N°3; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art.26; Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 17 y 24.

La Convención Americana, que es la más explícita en la materia, señala en su Art.17 N°5. “La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.”

En Chile, aún existe un estatuto filiativo discriminatorio, aunque se discute en el Parlamento un proyecto de ley del Ejecutivo que lo modifica en la orientación que venimos señalando.

15. Respecto a la maternidad se desprenden los siguientes aspectos:

15.1 El reconocimiento de la importancia social de la maternidad; (Cedaw. Preámbulo parr.13; art.5 letra b).

15.2 La necesidad de educar al interior de la familia sobre este punto; art.5 letra b).

15.3 La necesidad de que el papel de la mujer en la procreación no sea causa de discriminación contra la mujer. Actualmente, muchas veces, es causa de discriminación; Cedaw. Pream. parr. 13;

15.4 En particular, los Estados deben tomar medidas adecuadas para impedir que la maternidad y el embarazo sean causa de discriminación laboral; Cedaw, art.11 N°2.

15.5 Al mismo tiempo, se establece la necesidad de proteger a la mujer por razón de embarazo; este es el único aspecto donde se dispone la necesidad de protección. En esto hay que tener en cuenta la evolución de la normativa laboral en el derecho comparado, siguiendo las resoluciones y tratados de la OIT, en cuanto plantean la necesidad de distinguir la función de padres, respecto de la cual la normativa que se dicte considerará que debe poder ser asumida en forma compartida por ambos sexos, de la función reproductora, la que sólo puede asumir la mujer, y respecto de la cual se requieren algunas normas protectoras.

“La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad, no se considerará discriminatoria.” Cedaw, art.4 N°2.

16. Respecto de lo que se excluye del Derecho, por ser de naturaleza privada o íntima de los cónyuges.

En este punto, hay una clara inflexión en cuanto a que “lo privado” no autoriza, en ningún caso, a aceptar, desde el Derecho, la vulneración de los derechos esenciales de la persona. Por consiguiente, se sanciona la violencia al interior de la familia, sea física o psicológica. Hoy aparece como evidente la necesidad de la tutela jurídica allí, sin embargo, no es muy lejana aquella creencia de que era legítima la violencia en el ámbito familiar, manifestada en aquella frase: “...le pego porque es mi mujer... o porque son mis hijos...”. El Derecho permitía esta convicción, o, al menos, guardaba silencio, al ser un asunto interno e íntimo de la pareja.

En la Convención de la OEA, para prevenir, sancionar y castigar la violencia contra la mujer; y en la ley chilena que sanciona la violencia al interior de la familia; ambas del año 1994, el Derecho se inmiscuye en lo “privado”. El fenómeno de la violencia en la familia, no es nuevo. *Lo nuevo es que se le considere jurídicamente*. Por lo mismo, hay muchos tópicos jurídicos de interés en esta nueva problemática para el derecho. Entre otros, falta un análisis en profundidad sobre el fenómeno de la violencia contra la mujer en relación a los límites del derecho.

En cuanto a lo que podríamos denominar una tendencia que modifica lo que es interno de la familia, de lo que es propio del Estado, los autores Díez-Picazo y Gullón, señalan: “En la familia patriarcal y jerárquica el jefe de la familia es un legislador, de manera que puede muy bien decirse que cada familia segrega su propio Derecho, al que alguna vez se ha llamado “Derecho interno de la familia”, que se crea por la vía de las órdenes o de los mandatos. El jefe es asimismo un juez, que juzga y sanciona los hechos que ocurren dentro del ámbito familiar y entre sus miembros, que no deben repercutir hacia el exterior: los trapos sucios, se ha dicho siempre, se lavan dentro de casa. La familia es un ámbito de lo privado en el sentido de que de ella están ausentes el Derecho exterior o público y los órganos públicos y se considera como un error la sumisión de los problemas de la familia a los órganos jurisdiccionales del Estado. Hoy se puede hablar de un ocaso de este tipo de concepción. Los miembros de la familia son ejecutores de funciones que la sociedad les confiere. Lejos de ser soberanos, son delegados de la sociedad y en consecuencia están sometidos a los controles de ésta...” (Texto citado).

Agreguemos que ello es, sin perjuicio de los aumentos de la esfera de la autonomía privada, también como tendencia más actual, en particular en materia de regímenes de bienes, sólo que se subraya, hoy más nítidamente, el límite que significa el respeto y garantía de los derechos esenciales de la persona.

XII

Podría sostenerse que los hilos conductores referidos apuntan en el sentido de pasar desde un modelo de familia patriarcal a un modelo de familia inserto en una sociedad más igualitaria, pluralista y democrática.

Son esenciales al primero: las nociones de potestad marital, que otorga derechos al marido sobre la persona y bienes de la mujer; la idea de incapacidad jurídica de la mujer casada, que subraya la inferioridad o subvaloración de ésta en relación al

hombre; la noción de patria potestad otorgada al padre y en que el acento está en las potestades del padre sobre el hijo y no en los derechos de éste; en que la calidad de hijo natural se obtiene producto de un acto gracioso de los padres; y un estatuto filiativo discriminatorio en razón de la existencia o no de matrimonio entre los padres; el no reconocimiento jurídico de las familias de hecho; el silencio del Derecho frente a la violencia al interior de la familia. Se trata, en fin, de un Derecho de familia basado en relaciones de jerarquía.

La familia inserta en una sociedad democrática -en cambio- se sustenta en el reconocimiento de la igualdad jurídica de hombres y mujeres; no hay superioridad jurídica de un sexo sobre el otro; los derechos de los cónyuges son recíprocos; la Patria Potestad se ejerce por ambos padres en interés de los hijos, el acento está en los derechos de éstos respecto a ambos padres; se fomentan las responsabilidades familiares compartidas; el estatuto filiativo está basado en el principio de igualdad esencial de la persona humana, consagrándose la libre investigación de la paternidad o maternidad, acogiendo así el principio de la verdad real por sobre la verdad formal; se norma y sanciona la violencia al interior de la familia; se reconoce jurídicamente a las familias de hecho; como manifestación del pluralismo jurídico, ningún modelo de vida familiar recibe la sanción plena del ordenamiento jurídico, que establece sólo unas reglas directivas muy laxas, permitiendo un mayor juego de la autonomía privada; el Estado interviene en la protección de los derechos fundamentales.

En resumen y desde una perspectiva, más bien, filosófica, puede afirmarse que: en el primer caso, el Estado decide en base a concepciones estereotipadas, que él estima justas y correctas, de acuerdo a su criterio de perfección y excelencia, los roles que corresponden a cada uno de los cónyuges; interviniendo, en general, en los planes de vida de las personas. Además, con el fin de proteger una institución que se considera valiosa: el matrimonio, se sacrifica a la mujer (privándola de facultades de administración y consiguientemente se la hace incapaz) y a los hijos que nacen fuera del matrimonio (otorgándole menos derechos que a los nacidos dentro de matrimonio); esto es, se utiliza como medio a la persona en beneficio de otros. En el segundo, en cambio, el Estado, es neutro, en cuanto los cónyuges son libres y están en condiciones de igualdad para elegir autónomamente su rol en la familia y en la sociedad, de acuerdo a sus propios planes de vida. Además se considera a las personas fines en sí mismos, no pudiendo ser utilizados sólo como medios en beneficios de otros. El Estado no es neutro, en cambio, en cuanto a su rol de defensa, garantía y promoción de los Derechos Humanos.

Por ello, el Cedaw, con el objetivo de lograr la igualdad de la mujer en relación al hombre, obliga a los Estados Partes a realizar políticas activas, incluso permite la discriminación positiva, para acelerar la igualdad de facto; y de este modo quebrar, romper la cultura discriminatoria. Es decir, los Estados deben considerar la realidad cultural, que ubica a hombres y mujeres en realidades distintas, con el propósito deliberado de transformar la praxis y cultura discriminatoria. *En esto no hay neutralidad posible.*

La idea de familia dentro de una moderna sociedad democrática se inserta en un derecho civil en el cual el sujeto central es la persona, entendida como ser humano en cuanto individualidad irrepetible. Cada ser que nace y que, como sabemos, se hace persona por el hecho del nacimiento, tiene derecho a una protección integral del sistema jurídico, sin discriminación alguna y sin que su origen pueda ser razón

para no alcanzar, incondicionalmente esa plenitud jurídica. Del mismo modo, el matrimonio en cuanto a los efectos jurídicos debe originar relaciones simétricas e igualitarias entre los cónyuges. No hay en el derecho moderno argumento alguno que pueda justificar una superioridad jurídica de un sexo sobre el otro en razón del régimen económico del matrimonio o de cualquier otro aspecto.

En esa lógica, parece que es hora de adecuar las antiguas legislaciones en la materia, revisar aquellas que han acogido la ola modernizadora democrática e igualitaria, y desde la cátedra comenzar o continuar la discusión en punto a las nuevas ideas matrices que deberían sustentar el Derecho de Familia. Pensamos que aún no está todo dicho, quedando muchos aspectos en que es necesario una mayor discusión y análisis. Sobre todo para enfrentar las nuevas problemáticas, v.g: las técnicas de fertilización asistida. El Derecho Comparado y particularmente los Tratados de Derechos Humanos, son un sustento jurídico necesario al efecto.

En nuestra opinión, en principio, algunas de las ideas nuevas (no tan nuevas para algunos países) serían:

1. Matrimonio secular y posibilidad de disolución del vínculo.
2. Reconocimiento del principio de igualdad entre los cónyuges en cuanto a sus deberes y derechos, respecto del régimen de bienes y en cuanto a los hijos.
3. Plena capacidad jurídica de ambos contrayentes, con independencia del régimen de bienes.
4. Responsabilidades familiares compartidas. Patria Potestad y Autoridad Parental compartida.
5. Única consideración respecto de los hijos: interés superior del menor.
6. Estatuto filiativo no discriminatorio.
7. Responsabilidad social de la maternidad.
8. Reconocimiento jurídico de las familias de hecho.
9. Reconocimiento jurídico con reglamentación propia del fenómeno de la violencia al interior de la familia.
10. Mutabilidad del régimen de bienes con mayor presencia del principio de autonomía privada.
11. Protagonismo de los principios de no discriminación en razón de sexo o de nacimiento.
12. Protagonismo de los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona.

No cabe duda que en el caso de Chile, aunque con ostensible atraso, el Derecho se encaminará en una dirección modernizadora. Indudablemente este tipo de eventos donde se discuten, analizan y sistematizan las nuevas ideas, con aportes tan sustantivos de distinguidos académicos, puede ser una valiosa contribución a los necesarios cambios.

Por nuestra parte, nada más, hemos pretendido, contribuir, como dijimos, sólo introductoriamente, a mostrar un nuevo paradigma del Derecho de Familia, que ya se ha plasmado legislativamente en muchos países, siendo los textos internacionales de Derechos Humanos una de las fuentes inspiradoras principales de las modificaciones.