

LA FAMILIA EN LOS 150 AÑOS DEL CÓDIGO CIVIL CHILENO*

HERNÁN CORRAL TALCIANI**

RESUMEN: La regulación de la familia que estableció Andrés Bello a partir de los modelos del derecho castellano y el Código francés, experimentó sucesivas reformas, las que no obstante, hasta fines del siglo XX, no afectaron la fisonomía de la familia que el autor del Código chileno había concebido originalmente. Sin embargo, las reformas de los últimos años han modificado seriamente las instituciones en que se funda el Derecho de familia planteando un desafío en orden a discernir la identidad jurídica de la familia y que nos sugiera nuevo y más adecuado modelo jurídico.

Palabras clave: Derecho de Familia, Código Civil, matrimonio.

ABSTRACT: Andrés Bello legislated upon family from the models existing in Spanish law and in the French Code. His framework underwent several reforms, though none of those affected family as designed by the author of the Chilean Civil Code, much unlike the late reforms, which critically modified the existing Family law institutions. These reforms challenge us to find out the legal identity of family and to build up a new and more appropriate legal framework.

Key words: Family law, Civil Code, Marriage.

I. DE LA FAMILIA CASTELLANA A LA FAMILIA CODIFICADA

Si echamos una rápida mirada a la regulación de la familia en el Código Civil de Bello, podemos advertir que en esta materia, como en otras, el codificador hizo una síntesis entre la legislación castellana vigente y la concepción del matrimonio institucional y burgués establecido por el Código napoleónico.

No siguió al Código francés, sino al Derecho vigente al mantener la remisión a las normas canónicas en todo lo referido a los requisitos, celebración, nulidad y disolución del matrimonio. Tampoco lo siguió al rechazar el divorcio vincular y establecer el matrimonio como un contrato que se celebra por toda la vida de los cónyuges.

El Código francés no fue el modelo seguido en materia de regímenes de bienes. El Código Civil chileno, al establecer como régimen único y legal el de sociedad conyugal, simplificó y clarificó las normas que ya se aplicaban en Chile del derecho castellano.

* El texto corresponde al comentario que realizara el autor a la exposición del profesor Luis Díez-Picazo y Ponce de León, en el Simposio Internacional de Derecho Civil "El Código Civil chileno. Vigencia y proyección de sus instituciones fundamentales en conmemoración de los 150 años de su promulgación. Visita del profesor Luis Díez-Picazo y Ponce de León", organizado por la Universidad de Valparaíso, y realizado en Valparaíso los días 17 y 18 de octubre de 2005.

** Decano y profesor de Derecho Civil. Universidad de los Andes.

En otras materias, Bello adoptó, si bien con matices de originalidad, la regulación del *Code* que establecía una familia fuertemente jerarquizada, basada en el poder del varón, que ostenta sobre la mujer (potestad marital) y sobre los hijos nacidos en matrimonio (donde distinguió la autoridad paterna de la patria potestad). En materia de investigación de la paternidad, dejó de lado los criterios castellanos más indulgentes con los hijos, y negó prácticamente dicha posibilidad. Solo el reconocimiento era capaz de producir el vínculo filial. Los hijos ilegítimos podían legitimarse por posterior matrimonio de los padres, pero en cuanto tales no gozaban de los mismos derechos que los legítimos, en materia de alimentos o derechos sucesorios. El Código distinguió además los hijos de dañado ayuntamiento (nacidos de uniones ilícitas como las incestuosas, adulterinas y sacrílegas), los hijos naturales (reconocidos por el padre o la madre con el propósito de otorgarles tal calidad) y los hijos ilegítimos con derecho a alimentos necesarios (los que resultaban de un cierto reconocimiento tácito por no concurrir el padre a citaciones para confesar paternidad)¹.

Es un hecho que esta regulación gozó de amplia aceptación social, pues no se tienen noticias de que se hayan presentado dificultades o críticas en su aplicación. Por lo demás, en sus diseños fundamentales perduraría por más de un siglo.

El anhelo de reforma solo vino a sentirse cuando se agudiza la controversia entre conservadores y liberales, a fines del siglo XIX, en el conflicto que culminaría con la dictación de las llamadas leyes laicas.

II. LA GRAN REFORMA DEL SIGLO XIX: LA SECULARIZACIÓN DEL MATRIMONIO

La gran reforma del siglo XIX al diseño del Código de la familia es la secularización formal del matrimonio operada por la Ley de Matrimonio Civil de 1884.

Decimos que se trató de una secularización formal, porque la nueva regulación solo impuso la celebración obligatoria del matrimonio ante el Oficial del Registro Civil, pero reguló los requisitos o impedimentos matrimoniales, el divorcio no vincular y la nulidad del matrimonio siguiendo fielmente las normas del Derecho canónico de la época.

Curiosamente la causal de nulidad fundada en la incompetencia del Oficial del Registro Civil que, a partir de 1925, comenzaría a ser utilizada como válvula de escape a la indisolubilidad que se mantiene, fue copiada de las normas de competencia de los párrocos establecidas por la legislación eclesiástica².

¹ Una comparación entre el *Code* y el Código de Bello en esta materia puede verse en Corral Talciani, Hernán, "La familia en el Código Civil francés y en el Código Civil chileno", en Corral, H. y Henríquez I. eds., *El Código Civil francés y el Código Civil chileno de 1855. Influencias, confluencias y divergencias. Escritos en conmemoración del bicentenario del Código Civil francés*, Cuadernos de Extensión Jurídica (U. de los Andes) 9, Santiago, 2004, pp. 51-67.

² El Derecho canónico vigente disponía que era competente el cura párroco del lugar donde la mujer tuviere su domicilio al menos con un mes de anterioridad al matrimonio. Cfr. SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Evolución del Código Civil chileno*, Nascimento, 1955, p. 79.

De esta manera, la Ley de 1884 no determinó un cambio de fondo en la regulación de la familia³. Solo a comienzos del siglo XX comenzarían a propiciarse reformas al Código Civil que comenzaron a modificar el diseño legal original, aunque todavía manteniendo la estructura fundamental del modelo de familia.

Debe mencionarse como uno de los pioneros de estas reformas a don Luis Claro Solar, el más importante de los tratadistas del Código Civil. Como senador presentaría en 1915 un proyecto de ley para modificar el Código en materia de familia y en beneficio de la mujer, y que vendría a hacerse realidad recién en 1925.

III. LAS REFORMAS DEL SIGLO XX QUE MANTIENEN EL MODELO INSTITUCIONAL

A) MEJORÍA DE LA POSICIÓN JURÍDICA DE LA MUJER CASADA

La primera gran corriente de reformas legales al Código sobre la familia es aquella que busca mejorar la situación y los derechos de la mujer, y sobre todo la de la mujer casada en sociedad conyugal. Así, por el D.L. 328, de 29 de abril de 1925, perfeccionado por la Ley N° 5.521, de 19 de diciembre de 1934, se establece la independencia de la mujer para gestionar los bienes que adquiriera como producto de su trabajo, profesión u oficio, y el derecho de optar entre mantener ese patrimonio, renunciando a los gananciales de los bienes sociales administrados del marido, o aceptar estos pero colacionando los bienes reservados a los sociales. Nadie puede dudar de la importancia de esta mejoría del régimen de sociedad conyugal que le ha garantizado su subsistencia hasta el día de hoy.

La misma reforma (D.L. 328 y Ley N° 5.521) otorga a la madre la patria potestad en subsidio del padre, que inexplicablemente el Código le había negado. Más tarde, la Ley N° 10.271, de 2 de abril de 1952, estableció varias restricciones al marido como administrador de la sociedad conyugal y exigió para los actos dispositivos más importantes el consentimiento de la mujer. Finalmente, con la Ley 18.802, de 9 de junio de 1989, se suprimió la incapacidad relativa de la mujer casada y la potestad marital que se le atribuía al marido como representante legal de aquella. Con todo, la sociedad conyugal siguió siendo administrada ordinariamente por el varón en calidad de "jefe" de dicha sociedad, si bien sus poderes de gestión sobre los bienes sociales y sobre los bienes propios de la mujer fueron nuevamente disminuidos al condicionarse su ejercicio a la autorización de la mujer.

B) OPCIONALIDAD EN MATERIA DE RÉGIMENES DE BIENES

Una segunda serie de reformas ha tendido a diversificar los estatutos de las relaciones económicas entre los cónyuges. En primer lugar, se abrió paso como régimen alternativo a la sociedad conyugal susceptible de originarse por convención el de separa-

³ Sin embargo, generó una fuerte resistencia en la población. Ello motivó que se sancionara con penas de multa y presidio a quienes contraían matrimonio religioso sin celebrar matrimonio civil (art. 43 ley N° 4.808, de 10 de febrero de 1930). Los problemas se disiparían al imponer la Iglesia Católica, como criterio práctico y general, la realización del acto civil antes de la celebración del matrimonio canónico.

ción total de bienes. El Decreto-Ley 328 y la Ley N° 5.521 permitieron que se pactara la separación en las capitulaciones anteriores al matrimonio. La Ley N° 7.612, de 21 de octubre de 1943, permitió dicho pacto durante la sociedad conyugal mediante una convención matrimonial que pasó a regularse en el art. 1723 del Código. La Ley N° 10.271, finalmente, posibilitó el pacto en el acto del matrimonio, sin otra solemnidad de dejar constancia de él en la inscripción del matrimonio en el Registro Civil.

La evolución se cierra con la Ley N° 19.335, de 23 de septiembre de 1994, que introduce como segundo régimen alternativo convencional el de participación en los gananciales en su modalidad crediticia, que posteriormente, en virtud de una edición del texto refundido del Código, es agregado como nuevo título XXII-A al libro IV del Código, dividiéndose el art. 1792, en 27 nuevos preceptos.

La multiplicidad de opciones es, sin embargo, restringida por esta ley por medio de un estatuto protector de la vivienda familiar que se aplica como régimen primario, independientemente del régimen de bienes elegido por los cónyuges.

C) MEJORÍA DE LOS DERECHOS DE LOS HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO

Una tercera corriente de reformas legales realizadas en este período dice relación con la mejoría de la situación de los hijos naturales o ilegítimos.

Por una parte, se facilita la investigación de la paternidad por vía judicial, primero para obtener alimentos (Ley N° 5.570, de 2 de diciembre de 1935⁴) y luego para lograr la calidad de hijos naturales (Ley N° 10.271, de 2 de abril de 1935). Por otro lado, se incrementan los derechos de los hijos: se suprimen así las categorías de hijos de dañado ayuntamiento, permitiendo su acceso a la calidad de hijos naturales (Ley N° 5.570), se facilita la legitimación por subsiguiente matrimonio que permite el paso de hijo natural a la calidad de legítimo (Ley N° 10.271, Ley N° 18.802, Ley N° 19.089), y se incrementan los derechos alimenticios y los sucesorios de los hijos naturales, aunque en este último caso sin llegar a igualar la porción de los hijos legítimos (Ley N° 10.271).

D) INTRODUCCIÓN DE LA FILIACIÓN ADOPTIVA

Por último, hemos de mencionar como reforma a la estructura de la familia del Código la introducción legal de la adopción. Primero, como una forma de contrato de familia que no genera estado civil (Ley N° 5.343, de 6 de enero de 1934, sustituida por la Ley N° 7.613, de 21 de octubre de 1943), y luego como relación análoga a la filiación legítima (Ley N° 16.346, de 20 de octubre de 1965, sobre legitimación adoptiva). Más tarde, se añadiría a las anteriores la adopción simple, pasando la legitimación adoptiva a denominarse adopción plena, con la Ley N° 18.703, de 10 de mayo de 1988. Es de notar, que en todas estas leyes cuando se establece un vínculo filiativo se atribuye exclusivamente la posibilidad de la adopción a los matrimonios.

⁴ Cinco años antes, la Ley N° 4.808, de 10 de febrero de 1930, había dispuesto que si, a petición del padre o madre, se dejaba constancia de su nombre en la partida de nacimiento del hijo, este hecho permitía al hijo ilegítimo reclamar alimentos.

IV. EL DEBATE SOBRE LA FAMILIA EN LAS POSTRIMERÍAS DEL SIGLO XX Y ALBORES DEL SIGLO XXI

Como puede observarse, en las últimas décadas del siglo XX, la concepción de la familia del Código Civil de Bello se mantiene en sus líneas fundamentales. Las modificaciones más importantes a ese diseño ha sido la imposición del matrimonio civil obligatorio, el establecimiento de una mayor autonomía de la mujer casada, y un incremento de los derechos de los hijos extramatrimoniales.

Se deja sentir en estos años, sin embargo, un intenso debate sobre la estructura tradicional de la familia, construida sobre el matrimonio indisoluble, monogámico e institucionalizado. Es un debate que nos llega del resto del mundo occidental donde desde los años 60, se comienza a producir una fuerte presión mediática, ideológica, política y cultural, para sustituir los principios o paradigmas del Derecho de Familia que habían perdurado durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX. Influyen en este cambio los tratados internacionales que incursionan en materias familiares, como la *Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, la *Convención de los Derechos del Niño*, y las nuevas Constituciones de la posguerra.

Ya no se trata de establecer reformas legales, sino una nueva comprensión jurídica de la familia. En suma, esta nueva visión denuncia que la familia ya no puede ser una institución, de orden público, indisponible para las partes, con una identidad objetiva, conectada estrechamente con los conceptos de legitimidad y normalidad, y debe pasar a ser un término elástico y amplio capaz de recubrir una enorme gama de asociaciones o relaciones de carácter afectivo-sexual. Se habla así de que ya no existe un modelo único de familia, sino un sistema plural de formas diversas de familia, todas igualmente valorables. La familia pierde fisonomía propia y llega a ser un instrumento en función de los intereses individuales de sus integrantes. La introducción del divorcio sin causal (el *non fault divorce*) a partir de la década de los 70, contiene una forma muy expresiva de esta nueva concepción ideológica de la familia: el interés individual del que desea romper el compromiso matrimonial prima por sobre toda otra consideración (bien público, bienestar de los hijos, frustración y pobreza del otro cónyuge, etc.).

En el fondo, la reacción –en sí misma justa– contra el formalismo de lo que podríamos llamar el “matrimonio burgués” de la época codificadora⁵, llega al extremo opuesto de desintegrar la familia en un individualismo hedonista que solo valora la unión familiar en términos de funcionalidad (si sirve para satisfacer los intereses o derechos individuales), no como comunidad de personas con valor *per se*.

⁵ El matrimonio de los códigos decimonónicos deja de centrarse en la relación de justicia que nace del consentimiento mismo del hombre y la mujer que deciden compartir sus vidas, para focalizarse en la recepción legal y estatal de dicho consentimiento. La moral burguesa verá además en el matrimonio legal una especie de cobertura institucional de las relaciones sexuales y procreativas, sin tener en cuenta que lo decisivo para juzgar su dignidad o indignidad no son las formas legales, sino el acto personal de entrega y compromiso que representan. En esto el puritanismo de antaño llega a coincidir en sus fundamentos con el liberalismo sexual de nuestros tiempos: ambos niegan que la sexualidad tenga por sí misma una dimensión de justicia. Cfr. CARRERAS, Joan, *Las bodas: sexo, fiesta y derecho*, Rialp, Madrid, 1998, pp. 117-118.

Las reformas realizadas al Código Civil en materia de familia en los últimos seis años están marcadas, ya no por el interés de perfeccionar la normativa del Código, sino por una tensión entre estas dos formas de concebir la familia y, por ende, el matrimonio y la filiación. Diríamos, sin embargo, que todas las nuevas leyes han sido el resultado de un compromiso o transacción entre estas dos posturas, sin que hasta el momento pueda decirse que haya primado una sobre la otra.

Veamos, de qué forma, se han producido estas reformas de transacción⁶.

V. REFORMAS DE TRANSACCIÓN

A) LA LEY DE FILIACIÓN

La primera ley que establece una modificación transaccional o de compromiso es la Ley N° 19.585, de 26 de octubre de 1998, en vigor desde el 27 de octubre de 1999, que reformó el Código en materia de filiación y derechos sucesorios. Sin duda es la reforma de mayor envergadura que ha sufrido el Código de Bello en sus 150 años de historia. La ley tuvo por objeto suprimir la distinción entre hijos legítimos y naturales e igualar la condición jurídica de todos los hijos, al mismo tiempo que abrir la investigación de la paternidad o maternidad regulando la presentación en juicio de las nuevas pruebas biológicas.

La ley, por cierto, puede ser interpretada como un triunfo de la concepción individualista y minusvaloradora del matrimonio, ya que, se establece que "la ley considera iguales a todos los hijos" (art. 33 CC); norma que, aisladamente y fuera del contexto de la regulación en la que se inserta, podría interpretarse como un desinterés del legislador por las formas de uniones procreativas, sean matrimoniales o no.

Pero ello no es así. La ley es de compromiso y, si bien declara en una parte la consideración de igualdad de todos los hijos, mantiene la distinción legal entre filiación matrimonial y filiación no matrimonial (así como la filiación no determinada que sustituye a los antiguos hijos simplemente ilegítimos). Por lo tanto, la igualdad se refiere a los efectos de la filiación (derechos alimenticios y hereditarios), pero no al estado civil en sí mismo considerado, que continúa teniendo una estructura interna diferenciada (de allí las diferentes formas de determinación, de impugnación, reclamación y repudiación que se observan para los hijos matrimoniales y para los hijos no matrimoniales).

Por otro lado, incluso respecto de los derechos, el legislador previó un considerable aumento de los derechos sucesorios del cónyuge, con lo que podría decirse que favoreció indirectamente a los hijos matrimoniales que heredarán a ambos padres casados. Así, si bien mermó la relevancia jurídica del matrimonio para distribuir los derechos de los hijos, la realzó al aumentar los derechos del cónyuge sobreviviente⁷.

⁶ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, *Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pp. 409 y ss., siguiendo a Jean Carbonnier, destaca la existencia y actualidad de las leyes de compromiso en el Derecho civil contemporáneo.

⁷ La ley tiene varias otras fórmulas de transacción, como por ejemplo la que atribuye, a falta de acuerdo entre los padres, el cuidado personal de los hijos menores a la madre (art. 225 CC), pero la patria potestad al padre (art. 244); o la que renuncia a la primacía de las pruebas biológicas en favor de la posesión notoria del estado de hijo (art. 201 CC).

B) LA LEY DE ADOPCIÓN

Junto con la ley de filiación, entró en vigencia la Ley N° 19.620, de 5 de agosto de 1999, que reformó la adopción. Esta ley suprimió las adopciones que no constituían estado civil para regular únicamente una forma de adopción que solo se aplica a menores de edad y que siempre constituye el estado civil de hijo. Nuevamente podemos apreciar la tensión entre las diversas formas de concebir la familia al discutirse quienes pueden ser adoptantes.

La opción del legislador es, una vez más, de compromiso. Se reserva la adopción preferentemente para los matrimonios, sean residentes en Chile o en el extranjero. Solo a falta de ellos puede considerar hábil para adoptar una persona sola, soltera, viuda o divorciada. No se admite en ningún caso la adopción por uniones de hecho, aunque sean heterosexuales.

C) LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL

Finalmente, la última modificación ha sido la sustitución de la ley de matrimonio civil de 1884, por la Nueva Ley N° 19.947, de 17 de mayo de 2004, que aunque separa del Código, repercutió en todo su sistema matrimonial.

Sin duda hay en la ley un elemento que puede resultar eficaz para minar la consistencia jurídica de la alianza conyugal: la admisión del divorcio sin causa (o por mero cese de la convivencia). No obstante, si se observa el conjunto de la nueva legislación se puede apreciar que nuevamente el legislador, arriesgando la coherencia lógica y dando vida a lo que en otro escrito he llamado una ley paradójica⁸, ha aprobado un texto con dos caras. Mirando la regulación del divorcio pareciera dar la impresión de que ha optado finalmente por la tesis individualista y desinstitucionalizadora. Pero, en el resto del articulado parece claramente concebir la familia fundada sobre el matrimonio como compromiso jurídico serio y respetable. Por de pronto, mantiene la clásica definición de matrimonio de Bello que sigue afirmando que es un contrato solemne 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 de auxiliarse mutuamente (art. 102). Además, señala expresamente que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad (repetiendo el texto constitucional) y que la base principal (es decir, típica y paradigmática) de la familia es el matrimonio (art. 1). Por otro lado, se avanza hacia un reconocimiento de la unidad del consentimiento matrimonial otorgando efectos civiles al matrimonio religioso que es ratificado e inscrito en el Registro Civil⁹, y se incorporan como soluciones a las rupturas matrimoniales alternativas y excluyentes del divorcio, las de separación judicial y de nulidad matrimonial (para la cual se aceptan causales semejantes a las del Código de Derecho Canónico de 1983). Una muestra de que la ley, entre las dos formas de entender el matrimonio (divorciable o indisoluble) prefiere esta última, la proporciona el art.

⁸ Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, “Una ley de paradojas. Comentario a la Nueva Ley de Matrimonio Civil”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2 (2004), pp. 259-272

⁹ Se deroga la infortunada norma de la Ley de Registro Civil, ley N° 4.808, de 10 de febrero de 1930, art. 43, que penalizaba el contraer vínculo religioso sin celebrar matrimonio civil. Ya Somarriva, M., ob. cit., pp. 54-55, señalaba que la norma era criticable tanto desde el punto de vista doctrinario como práctico.

91, que dispone que si se ejercen conjuntamente una acción de divorcio y una acción de nulidad, el juez debe resolver primero la cuestión de la validez¹⁰.

Estas leyes de compromiso, sin embargo, no han cerrado el debate entre las posiciones antagónicas sobre lo que debe entenderse por familia ni sobre cuáles deben ser las funciones actuales del Derecho de Familia, y en particular de la legislación civil sobre las relaciones familiares.

Al conmemorarse este aniversario de la promulgación del Código Civil, como sociedad y como juristas, se nos presentan serios desafíos sobre la regulación de la familia. Creo poder simplificar las opciones que se abren en un futuro próximo en las tres que se refieren en la sección siguiente

VI. LOS DESAFÍOS ACTUALES DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE FAMILIA

A) LA TESIS RESTAURACIONISTA: EL RETORNO AL MODELO BURGUÉS DE FAMILIA

Una fórmula que podría plantearse es la sugerida por la añoranza del pasado. Volver al modelo institucionalista de familia y de matrimonio, donde priman las formas legales, las funciones públicas desarrolladas por el grupo familiar y se ponen en sordina los intereses de realización personal de sus integrantes, en especial de la mujer y de los hijos.

Me parece que esta opción no solo es inviable históricamente, sino que tampoco es deseable como prototipo o modelo familiar.

B) DESINTEGRACIÓN DEL CONCEPTO JURÍDICO DE FAMILIA. “DE LA FAMILIA A LAS FAMILIAS”

La segunda fórmula es la que, en general, ha seguido o está siguiendo la legislación comparada de los países occidentales. Se trata de relativizar el concepto de familia, negando que tenga una identidad propia e independiente de los deseos subjetivos de los integrantes. Más que un mayor pluralismo que nos haría pasar de un modelo único de familia a un sistema plural de diversas formas de familia, esta opción implica el desplazamiento del modelo de familia fundado en el matrimonio, como compromiso jurídico heterosexual y abierto a la procreación, hacia otro modelo, también único (no plural), pero fundado ahora en la estructura de pareja, sea homosexual o heterosexual, sea conviviente o no conviviente. Este oscurecimiento de los perfiles de la familia como realidad comunitaria amenaza con convertir la legislación familiar en algo sin objeto, pues donde todo puede ser familia, en realidad nada lo es. En las últimas XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil argentinas (22 al 24 de septiembre de 2005), algunos ponentes llegaron a proponer que debía protegerse no solo la vivienda familiar del matrimonio o la unión de hecho sino también la de la “familia unipersonal” (?).

¹⁰ Aunque por razones en parte diversas, Tapia, M., ob. cit., pp. 109 y 405, califica esta ley como “estatuto de compromiso”.

Esta manera de enfrentar la familia es una política pública que se muestra claramente contraria a los valores de amor conyugal, estabilidad, solidaridad y bienestar de las personas y de los hijos, como lo muestran las estadísticas realizadas en las sociedades que llevan más tiempo desarrollándolas (por ejemplo, Estados Unidos). Siempre puede discutirse que estos males sociales no son atribuibles a la ley, sino al cambio de las costumbres y de las percepciones morales que determinaron las reformas legislativas. Pero es claro que se trata de un proceso bidireccional: el derecho es influido por la sociedad, pero a su vez las leyes influyen, contienen un efecto orientador, en las conductas sociales.

El argumento que a veces se ofrece sin mayor reflexión de que las leyes deben obedecer la realidad social es poco plausible tratándose de materias de políticas públicas como esta. Claramente el legislador debe tomar en cuenta lo que sucede en la sociedad antes de regular pero no puede excusarse de realizar un juicio valorativo sobre dicha realidad de manera de tener que elegir entre una regulación que estimule y apoye dicha realidad o la reprima o desincentive. Esto se ve claramente en las leyes, también de los últimos años, que intentan revertir la costumbre socialmente tan arraigada en las sociedades latinoamericanas del machismo, o que castigan el maltrato infantil y el abuso de menores, o las que reprimen la violencia doméstica. Nadie puede sostener que como existen estas realidades en la sociedad o en las costumbres la autoridad debe limitarse a reconocerlas y a regularlas para que se sigan reproduciendo. Lo mismo debe aplicarse a las uniones afectivo-sexuales que puedan existir en un medio social: algunas serán sancionables (como las incestuosas, las pedofílicas, las poligámicas), otras serán toleradas pero no promovidas (como las uniones homosexuales), otras podrán ser objeto de regulaciones puntuales (como los concubinatos) y otras serán incentivadas o promovidas en pro del bienestar personal y social (como las uniones estables convenidas seriamente para formar familia: los matrimonios).

C) HACIA UN NUEVO MODELO JURÍDICO: LA FAMILIA COMO COMUNIDAD DE PERSONAS

De esta manera, se abre un espacio para una tercera alternativa que requiere soluciones más creativas e innovadoras. Consiste en discernir la identidad jurídica de la familia, sin incurrir en el institucionalismo formalista del matrimonio burgués ni en el nihilismo individualista de las tesis de las "iguales formas de familia". Nuestra propuesta es partir del concepto de persona, en sus dos modalidades de existencia: como varón y como mujer. Ambos capaces de amarse no como objetos o instrumentos de satisfacción de los instintos, sino como personas dignas en sí mismas, de complementar sus identidades sexuales, de procrear y desarrollar el mejor núcleo afectivo y emocional para la venida de nuevos seres humanos. Se trata de ver como elementos complementarios y no antagónicos, la naturaleza comunitaria de la familia con el interés de desarrollo personal de sus miembros. La familia como comunidad de personas, cónyuges, padres e hijos, es la que espera emerger en la cultura y, también, por cierto, en el Derecho de Familia del siglo XXI.

Una lectura profundizada del concepto de matrimonio que Bello redactó hace 150 años en el Código Civil nos puede llevar a entender lo necesario que resulta reconocer y promover aquella comunidad natural nacida del consentimiento por el cual un hombre y una mujer se unen, de manera incondicional, para procrear y amarse mutuamente, como el fundamento de una renovada regulación personalista de la familia.

Fecha de recepción: 27 de diciembre de 2005

Fecha de aceptación: 16 de enero de 2006
