

Igualdad y relaciones familiares

Paulina Veloso *

“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”¹.

1. INTRODUCCIÓN

Para tratar la temática, primeramente discurriremos sobre el concepto de igualdad, para mostrar que ésta es una construcción histórica y que sólo hace algunas décadas se incorpora en dicha idea a la mujer. Seguidamente mostraremos la relación y la evolución que ha habido en el derecho de familia respecto del principio de igualdad, dejando en evidencia que la incorporación de la igualdad en este ámbito ha sido más bien tardía. Aquí transcribiremos un largo debate sobre el punto, ocurrido en el seno de la Comisión que elaboró la actual Constitución Política de Chile, el que muestra una visión conservadora. Lo haremos no sólo porque esa ha sido la concepción dominante en la materia, y aunque está en retirada, aún existen vestigios, al menos, en la legislación chilena, sino porque en ese debate queda claro una debilidad argumentativa, que estimamos es propia de dicha posición. En efecto, en tercer término, sostendremos que el distinto estatuto de la mujer en relación al hombre, en la familia, tiene como *explicación el fenómeno de la discriminación*, esto es, se trata de una distinción, exclusión o restricción que tiene por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales, basada en el sólo hecho de ser mujer, esto es, por pertenecer a ese sexo; y sustentada en prejuicios y estereotipos transmitidos culturalmente. Por consiguiente, sostendremos que el fundamento de tal distinción no es racional, no es posible justificarla de acuerdo a la razón. En consecuencia, en cuarto término, afirmaremos que quiebra el principio de igualdad, la discriminación en la familia contra la mujer o contra los hijos que nacen fuera del matrimonio de sus padres, y, consiguientemente, la rechazamos. *Dado que quien sostenga que hay razones para discriminar, le corresponde probarlas y fundamentarlas, nos limitaremos a sostener nuestro planteamiento fundado en los derechos humanos*. Es decir, simplemente daremos un golpe en la mesa: estamos por los derechos humanos y, en consecuencia, postulamos la igualdad entre hombre y mujer al interior

* Profesora de Derecho de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

1. Bobbio, Norberto, *Igualdad y Libertad*, Ediciones Paidós, 1993.

de la familia. Por otra parte, diremos que en la actualidad no basta, por parte del Estado, de abstenerse de discriminar; sino que debe hacer algo más para avanzar en la igualdad; la responsabilidad estatal implica, a nuestro juicio, una política activa en el tema. Ese es uno de los retos interesantes en el derecho de familia.

Respecto de los hijos, al igual que de los cónyuges, estimamos que no hay razones que justifiquen discriminar; en este caso, en virtud de haber nacido fuera del matrimonio de sus padres. En otro orden, diremos que ha habido un cambio radical en punto a las nuevas características de la relación padres e hijos. No hay propiamente una relación de jerarquía, por lo menos, en los términos más clásicos; los hijos son también sujetos de derecho, personas dignas de consideración y respeto. Qué pueden y qué deben imponer los padres a los hijos, apoyado en su autoridad, es un tema complejo y cuyos límites y deslindes están en construcción.

En conclusión, nuestra propuesta se inscribe en una perspectiva del derecho de raíz democrática y liberal, sustentada fuertemente en un derecho civil moderno que *privilegia a la persona y sus derechos fundamentales*. Desde esa óptica respondemos a las interrogantes sobre la igualdad en el orden familiar.

2. SOBRE LA IGUALDAD

Parece pertinente, antes de referirme al tema de la igualdad en relación a la familia o, más precisamente, al derecho de familia, compartir con ustedes a qué alude la idea de este principio. Acudo para ello a los estudiosos del tema. El jurista español Francisco Laporta² sostiene que en virtud del principio de igualdad los seres humanos deben ser tratados como iguales, a menos que haya criterios relevantes para un tratamiento diferenciado. Si bien las normas pueden tomar en cuenta las diferencias humanas para llevar a cabo diferencias paralelas en las consecuencias normativas, el principio de igualdad trata precisamente de determinar cuándo está justificado establecer diferencias en el tratamiento normativo y cuándo no. En consecuencia, el “núcleo de la idea de igualdad estriba en determinar qué desigualdades son relevantes y cuáles no; qué desigualdades justifican que se nos trate de manera diferente y cuáles, sin embargo, deben ser canceladas y no tomadas en consideración”. Es decir, el núcleo del principio de igualdad queda establecido en términos de la razón suficiente que justifique el trato desigual. El análisis de esta justificación se realiza aplicando el denominado “test de razonabilidad”. Es interesante a este respecto la coincidencia de los criterios utilizados por los distintos tribunales encargados de analizar casos que involucran el principio de igualdad. La Corte Suprema de Estados Unidos ha sostenido que “los tribunales deben enfrentar y resolver la cuestión acerca de si las clasificaciones (diferenciadoras) establecidas en una ley son razonables a la luz de su finalidad”³; el Tribunal Constitucional Federal de Alemania en la jurisprudencia sobre la igualdad tiene como hilo conductor la frase: “La máxima de la igualdad es violada cuando para la diferenciación legal o para el tratamiento legal igual no es posible encontrar

2. Laporta, Francisco, “El Principio de igualdad: introducción a su análisis”, *Sistema*, n° 67, páginas 3-31. En Acción de inconstitucionalidad ejercida por Defensoría del Pueblo ante Tribunal Constitucional de Perú, N° 019-96-I/TC. 19.12.96.

3. *McLaughlin v. Florida*, 379 U.S. 184, 191 (1964).

una razón razonable, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna otra forma, sea concretamente comprensible, es decir, cuando la disposición tiene que ser calificada de arbitraria”⁴; la Corte Europea de Derechos Humanos ha dicho que “una diferenciación es discriminatoria si carece de justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un fin legítimo o si carece de una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido”⁵.

La Corte Constitucional de Colombia ha sentenciado que: Una vez que se ha determinado la existencia fáctica de un tratamiento desigual y la materia sobre la que él recae, el análisis del criterio de diferenciación se desarrolla en tres etapas, que componen el test de razonabilidad y que intenta determinar:

- a. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual.
- b. La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución.
- c. La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.

Agrega dicha sentencia: que la teoría jurídica alemana, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha mostrado cómo el concepto puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad.

Respecto del concepto de proporcionalidad señala que comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios) y la proporcionalidad, en sentido estricto, entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.

En el caso concreto del principio de igualdad, el concepto de proporcionalidad significa, por tanto, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es 1) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; 2) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y 3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato⁶.

Desde otra perspectiva y siguiendo las distinciones expresadas por el jurista italiano Norberto Bobbio, el concepto de “igualdad”, alude a nociones de significados diferentes. En efecto es posible diferenciar los conceptos de la “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”⁷.

4. BverfGE 1, 14 (52). Citado por Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, página 391.

5. Corte Europea de Derechos Humanos, *Arrêt Marckx c. Bélgica*, 13 junio de 1979.

6. Corte Constitucional de Colombia, N° de Sentencia: C-022/96, 23 de enero de 1996. En Comisión Andina de Juristas, *Derechos fundamentales e interpretación constitucional*, Serie: Lecturas sobre Temas Constitucionales 13, Lima, 1997, páginas 515 y siguientes.

7. Bobbio, Norberto, *Igualdad y Libertad*, Paidós, I.C.E./U.A.B., España, 1993, páginas 70 y siguientes.

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 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 en 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 supone igualdad en el punto de llegada.

Ahora bien, hay convicción internacional -así ha quedado recogido en los diversos tratados de derechos humanos-⁸ que las diferencias entre los seres humanos de raza, sexo, ideológicas, religiosas, así como de nacimiento, más concretamente el hecho de nacer dentro o fuera del matrimonio entre sus padres, *se estiman todas cuestiones o circunstancias irrelevantes para los efectos de establecer diferencias jurídicas*. Si un estatuto legal diferencia en virtud de cualquiera de dichas circunstancias (sea, entre otras, en razón de sexo o nacimiento), puede calificarse de discriminación arbitraria porque no es justificable, no es racional ni proporcional. Y, en consecuencia, viola el principio de igualdad.

Este punto, en la actualidad, lo entendemos pacífico, puesto que es casi unánime en la doctrina ilustrada que no se justifiquen tratamientos diferenciados en función del sexo, la raza o el nacimiento. El hecho que se

8. El principio de igualdad se encuentra consagrado en diversos textos jurídicos internacionales.

haya recogido este punto en textos internacionales de derechos humanos no es más que la explicitación de un tal consenso en la materia.

Ahora bien, en verdad, el principio de igualdad, como sabemos, viene siendo desarrollado desde antiguo en la filosofía y en el derecho; sin embargo, *sólo hace algunas décadas, cuando se habla de igualdad, se está refiriendo también a la mujer*. Ello obliga a examinar la cuestión más detenidamente, lo cual, por cierto, no es factible acometer en profundidad en esta presentación.

Las cuestiones interesantes de analizar y responder son:

1) La igualdad hombre-mujer debe ser jurídicamente en todo o sólo en algunos aspectos;

2) Si es sólo en algunos aspectos, cuáles serían ellos, y cuál sería el fundamento de los estatutos diferenciados.

Desde luego, en el ámbito de los derechos ciudadanos, sólo en este siglo, y en Chile desde 1949, la mujer tiene derecho a voto. Hasta esa fecha no se alegaba que en esta materia había una violación a la igualdad de derechos, principio que, por lo demás, estaba consagrado en la propia Constitución Política. Es decir, la igualdad no se aplicaba a la mujer. Hoy, en cambio, en el ámbito de los derechos ciudadanos y de la política hay acuerdo sobre que sería una transgresión a la igualdad no reconocer el derecho a voto de la mujer.

Ahora bien, en punto a la efectividad de los derechos ciudadanos, particularmente en cuanto a ser elegidas o designadas en cargos políticos, es claro, de acuerdo a las cifras, que no hay igualdad de facto. No todos observan, sin embargo, la necesidad de que desde el derecho se asuma una actitud activa en la materia. Este es el punto clave de discusión actual respecto a la igualdad hombre-mujer en la cosa pública. (Nosotros sólo trataremos del tema referido al ámbito privado de la familia).

Es posible concluir, entonces, que el concepto de igualdad está históricamente determinado. La evolución que, sólo insinuaremos, es notable, aunque, ciertamente, en Chile, en este desarrollo, aún hay aspectos pendientes.

3. DERECHO DE FAMILIA E IGUALDAD

Ahora bien, la familia, tanto la de hecho como la de *iure*, ha estado, en general, organizada en base a un criterio y vínculo de jerarquía. No es la igualdad, sino la jerarquía y la subordinación, las ideas que han presidido, por largo tiempo, dicha institución.

En los códigos civiles antiguos se concibió como uno de los elementos más distintivos o que caracterizaban a la familia *la idea de autoridad del pater y consiguientemente la 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”⁹.

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 (...)”¹⁰.

En definitiva, el tema de la autoridad y consecencial subordinación era un 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*, quizás, la más atrasada de Latino América. (Por ello puede ser de interés centrarnos en este punto y sobre todo en el tipo de argumentación que ha sustentado esta normativa).

En efecto, afirmamos que el Código Civil Chileno (1855) es tributario de una concepción que considera al hombre superior y, por consiguiente, lo proclama “jefe”; el marido tiene derechos sobre la persona de su mujer, además que sobre sus bienes; es a él a quien le corresponden las decisiones importantes y los hijos están especialmente sometidos a su autoridad. (En algunos de estos aspectos ha habido modificaciones recientes, en las Leyes 18.802 de 1989 y 19.585 de 1998).

El texto del Código Civil Francés, a la época de su sanción, 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 decisivo a este respecto que las palabras de Napoleón

9. Berdejo, Lacruz, *Manual de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1979, página 214.

10. Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, “Sistema de Derecho Civil”, vol. 4, *Derecho de familia, Derecho de sucesiones*, sexta edición, Tecnos, Madrid, 1994, página 31.

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. Es muy ilustrativo recurrir a las actas de la discusión de entonces porque ella da respuesta, desde la visión del constituyente de 1980, a los puntos que es necesario dilucidar, esto es, en qué aspectos debe haber igualdad, y cuáles serían los criterios y fundamento de la desigualdad, si así se estimare.

En efecto, a propósito de la discusión producida en torno al concepto de igualdad ante la ley, a raíz de una propuesta de incluir la consagración de igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, se vertieron las siguientes opiniones: “El señor Silva Bascuñán expresa que le parece que la Constitución debe consagrar un impedimento al legislador para que entre el hombre y la mujer no haya otras distinciones que aquellas que derivan directamente de la naturaleza, porque tendrá que hacerlas entre el hombre y la mujer. La misma Constitución seguramente dará las bases para alguna distinción; pero lo grave es hacer distinciones que no estén basadas en la naturaleza (...)” (Sesión 93 del 5 de diciembre de 1974, página 24).

“El señor Guzmán manifiesta el deseo de que se profundice un poco este concepto de igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, porque distingue dos planos que son diferentes: la situación de un hombre y una mujer absolutamente independientes entre sí frente al ordenamiento jurídico, por una parte, y la vinculación que tiene el hombre respecto de la mujer y ésta respecto del hombre en la familia, y la posición en que esa vinculación se encuentra respecto del ordenamiento jurídico. A su juicio, son dos realidades bastante diferentes que no se deben confundir. Es evidente que la cabeza de la familia debe ser el hombre, el padre o el marido” (Sesión 93, página 24)

“Por otra parte, cree que en la relación con los hijos hay que considerar las medidas que se adopten en la legislación de una manera extraordinariamente pragmática, atendida la idiosincrasia del país. Por ejemplo, es evidente que, al menos en Chile, la vinculación de la familia respecto de los hijos parece ser mucho más fuerte por parte de la madre que del padre (Sesión 93, página 24).

En la misma sesión el señor Ortúzar expresa: “Está plenamente de acuerdo en el sentido de que ante esta igualdad se debe ser muy cuidadoso al establecerla, especialmente en lo que diga relación con la familia - y 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 (...)” (Sesión 93, página 24).

Por su parte, el señor Evans “expresa que, al proponer un precepto respecto de la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, pensó que había un campo en que la situación no puede ni podrá ser jamás de absoluta igualdad jurídica y es en el campo de las relaciones de familia”.

Continúa el señor Evans: “Cree que si la Constitución estableciera que no se hará distinción entre el hombre y la mujer en el acceso a la educación, a la cultura, al trabajo -y dentro del trabajo, en el nivel de remuneraciones- a la salud, a la seguridad social, etcétera, se daría sin duda un gran paso en la consolidación de un precepto que estima necesario en nuestro ordenamiento jurídico”. “Comprende que en el campo del derecho de familia siempre existirá la potestad preferente, por así decirlo, del padre sobre los hijos, y la autoridad marital” (Sesión 93, página 26).

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”.

El señor Guzmán dice: “Respecto del problema de la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, cree que hay dos posibilidades: una, que se contemple dentro de la redacción propuesta la frase “ni distinciones injustas -injustificadas- en razón de sexo”, y la otra, que se establezca un inciso especial para consagrar la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, pero señalándose que el hombre y la mujer gozan de iguales derechos sin perjuicio de las distinciones que el ordenamiento jurídico pueda realizar en consideración a la diferente naturaleza de uno y otro” (Sesión 94, página 28). Más adelante manifiesta: “desea dar a conocer lo que sería su pensamiento en este problema, y aun cuando, posiblemente, no sea el mejor, él consagraría el siguiente precepto: “El hombre y la mujer gozan de iguales derechos, sin perjuicio de las distinciones que impongan sus diferencias naturales o el carácter de familia” (Sesión 94, página 33).

En la sesión 95 del 16 de diciembre de 1974, continuando con el debate en el punto, el señor Ortúzar “manifiesta que le agrada la redacción propuesta por el señor Guzmán. No sabe, sin embargo, si convendría precisar un poco más las distinciones, como aquellas que emanan de la naturaleza del sexo, del matrimonio y de la familia, para no señalarlas, en términos que pudieran parecer el día de mañana, muy generales antes los ojos de las mujeres ya que se dice que la igualdad es “sin perjuicio de las distinciones que impongan sus diferencias naturales”. En el fondo, señala, la redacción del precepto refleja lo que se quiere establecer, pero su preocupación es de imagen, la que, en este caso, se debe cuidar, ya que en este sentido hay inquietudes en el sexo débil por saber cual será el criterio de la Comisión”(Sesión 95, página 7).

El señor Ovalle interviene “para decir que en su opinión, esa norma transformaría en inconstitucionales varias disposiciones del Código Civil, como por ejemplo, aquellas en virtud de las cuales la mujer le debe obediencia al marido, etcétera” (Sesión 95, página 7).

El señor Evans “señala que esta norma estaría comprendida en la excepción y, en consecuencia, sería una distinción legítima” (Sesión 95, página 7).

Los señores Ortúzar y Evans “preguntan al señor Ovalle si, en su criterio, las siguientes disposiciones del Código Civil serían inconstitucionales: la que establece que la mujer debe respeto y obediencia al marido; la que establece que debe seguirle a donde quiera que traslade su residencia; la que le confiere al marido la administración de los bienes; la que establece la calidad de

relativamente incapaz; a lo que el señor Ovalle responde que son inconstitucionales, ya que esas decisiones deberán ser tomadas de común acuerdo, pues si no, marido y mujer no serían iguales” (Sesión 95, página 10).

El señor Evans “manifiesta que esas disposiciones no serían inconstitucionales, porque fluyen de las “características de la familia”. El señor Ortúzar refuta al señor Ovalle, “advierde que no participa de esa opinión. Estima que el marido es el jefe natural de la familia y que en consecuencia debe ser él quien debe llevar la responsabilidad del hogar”(Sesión 95, página 10).

El señor Ortúzar expresa que: “Todo organismo, toda organización, por pequeña que sea, debe, necesariamente, tener una cabeza visible. De otra manera, imperaría en ella tal anarquía, que podría conducir a la disolución de esa organización. Partiendo de la base que la familia debe tener un jefe, incuestionablemente de que este 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” (Sesión 95, página 11).

El señor Evans señala que “este precepto del Código Civil, está destinado a los casos de excepción, en que hay conflicto y en que alguien tiene que decir la última palabra. Y, obviamente, en cualquier sociedad del mundo, hoy día esta última palabra la dice el hombre. Pero, aun así, la legislación civil es tan sabia, que siempre termina entregando herramientas de protección a la mujer. Aun en este precepto, el Código Civil le da a la mujer el derecho de recurrir a la justicia cuando de la decisión del marido resulte un peligro para su vida o la de sus hijos” (Sesión 95, página 11).

En la sesión N° 95 se aprueba el siguiente texto:

“La igualdad ante la ley. En Chile no hay clase ni grupo privilegiados.

El hombre y la mujer gozan de iguales derechos, sin perjuicio de las distinciones que se deriven de sus diferencias naturales o que establezca el legislador fundado en las características de la familia.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer discriminaciones arbitrarias”¹¹.

Finalmente el texto constitucional que entró a regir sólo contempla los incisos 1° y 3°.

En definitiva, lo que puede concluirse de este debate, es que, desde la perspectiva del redactor de la Constitución Política de 1980, texto jurídico vigente en Chile:

- 1) Debe reconocerse, en principio, igualdad jurídica entre el hombre y la mujer en diversos aspectos, pero no al interior de la familia;
- 2) El fundamento de un estatuto diferenciado de la mujer en relación al hombre al interior de la familia, derivan de las diferencias en “la naturaleza” de la mujer y en las “características de la familia”.

11. Toda la discusión transcrita tiene actualidad, al menos en Chile, no sólo porque es bastante reciente (años 1974 y 1975), sino porque la argumentación es del mismo tipo, con matices, que la que los sectores más conservadores han planteado en el Parlamento a propósito de los cambios en el estatuto filiativo, años 1996-1998, y los cambios constitucionales para establecer expresamente la igualdad jurídica entre hombre y mujer, años 1995-1999. Véase actas.

- 3) Las diferencias que el legislador nacional establecía entre el hombre y la mujer, sea aquella que decía que la mujer “debe respeto y obediencia al marido”(*); que “debe seguirle a donde quiera que traslade su residencia”(*); la que le confiere al marido la administración de los bienes; la que establecía la calidad de relativamente incapaz(*)¹², se estiman legítimas porque derivan de las características de la familia. (o bien de la naturaleza de la mujer).
- 4) Respecto a la “naturaleza de la mujer”, que permitiría estos estatutos diferenciados, se señala: “que la mujer es naturalmente débil, y debe apoyarse en la autoridad del marido”. También se dijo que: “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”.

Afirmamos que, en verdad, en un tipo de argumentación como la transcrita, no hay nada de racional. No hay fundamento lógico a tales aseveraciones. La idea que tal diferenciación se fundamenta en la naturaleza de la mujer, en realidad, nada dice. Es una forma de esconder la discriminación, ya que aquella afirmación, que parece, por cierto, muy seria y profunda, permite diferenciar en lo que le plazca, a quien haga la discriminación. Por lo demás varios de los aspectos que, entonces, se consideraban de la naturaleza de la mujer o derivado de las características de la familia, fueron derogados, lo cual es una muestra más de la debilidad de tal sustentación. La explicación de que se considere que es obvio que “el jefe debe ser el hombre” y a la mujer se le señale como “el sexo débil”, sólo es posible encontrarla, a nuestro juicio, en un pensamiento o ideología *discriminatoria*, esto es, basada en *prejuicios y estereotipos*¹³.

Esta ha sido la concepción dominante, por largo tiempo, en Chile, y en todo el mundo; y su raíz explicativa, reiteramos, es la discriminación, esto es, una distinción, exclusión o restricción que tiene por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales, basada en el solo hecho de ser mujer, esto es, por pertenecer a ese sexo; sustentada en prejuicios y estereotipos transmitidos

12. (*) Estas normas fueron derogadas por Ley 18.802 del año 1989.

13. “La palabra “discriminar”, en su acepción popular, se entiende como “establecer una distinción a favor o en contra de una persona o cosa sobre la base del grupo, clase o categoría a la que la persona o cosa pertenece, más bien que según sus propios méritos” (Conforme *Random house dictionary of the english language*). Se ha definido a la discriminación como “el trato diferencial de los individuos a quienes se considera como pertenecientes a un grupo social determinado”, Williams, R., *The reduction of intergroup tensions*, página 39. Se trata de la expresión manifiesta del prejuicio, es el trato de carácter categórico a un miembro de un grupo por ser miembro de dicho grupo, y por suponerse que es de un tipo particular, Simpson Kinger, *Racial and cultural minorities*, página 18. En cambio, el prejuicio es un término que se ha aplicado a generalizaciones categóricas basadas en datos inadecuados y sin atenderse suficientemente a las diferencias individuales. Desde el punto de vista psicológico, se refiere a un tipo de hostilidad en las relaciones entre personas dirigida contra un grupo de personas o contra cada uno de los miembros de un grupo; suele cumplir una función irracional específica para el que la sustenta, Ackerman - Jahoda, *Anti-semitism and emotional disorder*, páginas 3 y 4. El prejuicio puede considerarse, pues, como el estado mental que da lugar a la práctica de la discriminación”, Kiper, Claudio M., *Derechos de las minorías ante la discriminación*, Hammurabi, Buenos Aires, 1998, página 33.

culturalmente, y afirmada en cientos de años de historia. Ahora bien, la explicación de la discriminación, en términos sintéticos, se encuentra, finalmente, en la trama del poder; quien detenta el poder -de la manera como el hombre, en general, lo ha ejercido en relación a la mujer- no requiere explicar o fundamentar lógica ni racionalmente la razón de la discriminación. Simplemente puede hacerlo. Las explicaciones, aunque sean poco aceptables, inadecuadas, absurdas, ilógicas, da lo mismo, valdrán. Es finalmente un tema de poder.

La *discriminación al interior de la familia*, en contra de la mujer, tiene una enorme importancia porque *aquél es el lugar privilegiado de reproducción social, de transmisión de los patrones y pautas socioculturales de conducta*. Ello muestra, por consiguiente la responsabilidad del Derecho, en punto a la discriminación, al interior de la familia.

Ciertamente, y así se evidencia en el Derecho Comparado, de las ideas antes transcritas es muy poco, o nada, lo que perdura. Los cambios en el derecho de familia son radicales. (Pero, hay que decirlo, aunque en general, en el mundo se ha avanzado, la discriminación contra la mujer, dentro y fuera de la familia, sigue siendo un fenómeno actual).

Se remarca como hecho ordenador de los cambios, en el derecho, 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. Respecto de Chile, podría sostenerse que la legislación civil 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: la mujer casada en el régimen de sociedad conyugal (que es el régimen legal o supletorio de la voluntad de las partes, consiguientemente es el régimen mayoritario, más del 70% de los matrimonios), en la medida que no puede administrar ni los bienes sociales ni sus bienes propios, sigue siendo incapaz; y el marido es el “jefe” de la sociedad conyugal (artículo 1749 Código Civil), según los términos de la ley.

Pero no sólo el derecho de familia trasunta una idea estereotipada del hombre y la mujer. El concepto de culpa (artículo 44 Código Civil), 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. Cierto 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.

Sin embargo, recientemente se ha modificado el estatuto filiativo, pasando de un régimen profundamente discriminatorio a un estatuto igualitario. En el nuevo texto legal, que entró a regir en octubre de 1999, se consagran como ideas matrices: la igualdad jurídica de los hijos, sin consideración a si han nacido dentro o fuera del matrimonio de sus padres; el derecho a la identidad que tiene toda persona, es decir a conocer quienes son sus progenitores biológicos; y la supremacía del interés superior del menor.

De otra parte hay propuestas legislativas que se discuten en el Parlamento (régimen legal del matrimonio; adopción, divorcio), y existe 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 otro lado, 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.

Sin embargo, cabe observar que 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 de los siglos XIX y 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 fuerte presencia ideológica de las concepciones que afirman los derechos humanos y su reconocimiento explícito en relación a la mujer en diversos tratados internacionales; la introducción de un nuevo actor al interior del hogar y con fuerte presencia, esto es, 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 una 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 lentos¹⁴.

Para los efectos de esta exposición, interesa señalar algunas ideas que, podría afirmarse, forman parte de un emergente Derecho de Familia, dentro de las cuales está el principio de igualdad entre cónyuges y entre los hijos. Todas estas ideas surgen - entre otras razones, como hemos señalado - 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 permea e influye el derecho privado.

Estas convenciones internacionales 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.

Podría sostenerse que los hilos conductores de los cambios ya 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, a la cual adscribimos, 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; 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

14. 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 distante. 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.

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; pero el Estado interviene en la protección de los derechos fundamentales.

En resumen y desde otra perspectiva, 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 neutral¹⁵, 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.

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. Como tampoco puede justificarse un estatuto filiativo que discrimine en mérito de la conducta de los padres.*

Nos inscribimos, como hemos dicho, en esta última posición y, consiguientemente, postulamos que el principio de igualdad debe presidir las relaciones jurídicas, hombre y mujer, al interior de la familia. De modo que cualquiera sea el régimen económico del matrimonio, supletorio, que se adopte en la ley, debe considerar y respetar este aspecto¹⁶. Ello supone, desde luego, no sólo reconocer total capacidad jurídica del hombre y la mujer, para la

15. Este punto será discutido más adelante, en cuanto se postula que el Estado tiene una obligación mayor que la neutralidad. Cierto que debe abstenerse de discriminar, pero deberá desarrollar también una política activa de promoción de la igualdad, lo cual implica discurrir sobre los conceptos de igualdad de oportunidades e igualdad de facto; esto es, igualdad en los puntos de partida y puntos de llegada.

16. El régimen económico puede ser de comunidad de ganancias, con co-administración (como en España), o administración indistinta (como en Francia o Bélgica), en ambos casos con ciertas excepciones o matizaciones, o bien, de participación en los gananciales (como en Alemania o Suiza). El régimen de separación de bienes no considera el aporte no remunerado de los cónyuges al matrimonio, lo cual es normalmente una injusticia respecto de la mujer. Es interesante la consideración de un estatuto familiar o régimen primario que tiende a la protección de un patrimonio familiar y del cónyuge que no aporta económicamente al matrimonio. Cabe observar que los regímenes económicos en Europa se

administración y disposición de los bienes, sino además reconocer que el matrimonio genera una comunidad de vida en la cual ambos aportan y deben sopesarse adecuadamente dichos aportes; particularmente el de la mujer que, muchas veces, no es remunerado. En definitiva, respecto al régimen económico deben conjugarse adecuadamente los principios de igualdad, de comunidad de vida que genera el matrimonio, considerando los aportes monetarios y no monetarios, así como la debida protección a los terceros. En la misma lógica y respecto de los hijos debe establecerse normativamente el principio de las responsabilidades familiares compartidas. Se sustenta este planteamiento nada más que en el reconocimiento de los derechos humanos como norte y base del derecho civil actual. (Por consiguiente, no se ha considerado aquí necesario fundamentar el principio de igualdad en el orden familiar. Al contrario, se postula que quien estime que deben establecerse estatutos diferenciados debe probar que se trata de una discriminación no arbitraria, esto es, razonable y proporcional).

Es claro, también, que no hay razones valederas para discriminar entre los hijos en virtud de haber nacido fuera del matrimonio de sus padres. Nos inclinamos por un estatuto filiativo igualitario. Pero la evolución del derecho respecto a los hijos apunta también a otro aspecto, cual es el de la modificación de la concepción tradicional de la relación jerárquica entre padres e hijos. Es claro que hoy los hijos no son de propiedad de sus padres; sino que son sujetos de derecho, dignos de consideración y respeto. Cuál es el contenido actual de la autoridad de los padres es tema de interés. Lo cierto es que no es la misma relación de jerarquía que existía hace algunos años. En principio, el límite de actuación de los padres, cuando los hijos no tienen voluntad para opinar, dice relación con la autonomía futura de los menores. Los padres no pueden poner en riesgo la autonomía futura de sus hijos¹⁷. Cuánto y en qué profundidad los padres pueden imponer sus preferencias respecto a las concepciones ideológicas, religiosas, conducta sexual de los hijos, etc, son aspectos opinables. (Si admitimos que el margen de imposición de los padres es limitado, entonces,

fueron modificando y adecuando a las nuevas directrices emanadas del principio de igualdad, muchas veces, consagrado en las propias constituciones políticas. A este respecto, además de los tratados de derechos humanos, cabe tener en cuenta la recomendación N° 741 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que en 1974 incitó a los Gobiernos a aplicar el principio de igualdad de los esposos en el derecho de familia, así como la resolución 37 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 1978, solicitando a los Gobiernos de los Estados miembros que tomaran las medidas necesarias para que el derecho civil no mantenga ninguna supremacía de un esposo respecto del otro. Véase Gutiérrez, Vicente Guilarte, *Gestión y Responsabilidad de los Bienes Gananciales*, editorial Lex Nova, Valladolid, 1991.

17. La Corte Constitucional de Colombia considera que los niños no son de propiedad de nadie, ni de sus padres ni de la sociedad, siendo su vida y su libertad de su exclusiva autonomía. En consecuencia, ante la operación de reasignación de sexo de un menor de edad, cuyos genitales fueron cercenados en un accidente, la Corte evalúa la importancia de respetar los derechos a la identidad, a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. “...*El niño no es propiedad de sus padres sino que él ya es una libertad y una autonomía en desarrollo*, que tiene entonces protección constitucional”. “La autonomía de los padres no es la de los hijos”, por lo cual la patria potestad “debe estar dirigida a la formación en el grado máximo posible de la autonomía de los menores, (...) ¿Cuáles son entonces los límites de decisión de los padres (...)?” En este caso uno de los elementos, que me parece de aplicación general, es “*la intensidad del impacto sobre la autonomía actual y futura del menor*”. Nino, Carlos Santiago, T-477/95, Corte Constitucional de Colombia, 23 de octubre de 1995, Derechos Fundamentales e Interpretación Constitucional (Ensayos – jurisprudencia), Comisión Andina de Juristas, Lima, 1997, páginas 247 y siguientes.

la decisión sobre el colegio en el que el hijo se educará, será por consiguiente, por ejemplo, un asunto que requerirá de la voluntad también de ese hijo).

Ahora bien, con el objetivo de lograr la igualdad de la mujer en relación al hombre, *pareciera que los Estados deben hacer algo más que abstenerse de discriminar en la ley*. La necesidad de realizar políticas activas, que promuevan y fomenten la igualdad, como las acciones positivas, para acelerar la igualdad de facto; y de este modo quebrar, romper la cultura e inercia discriminatoria, pareciera ser un imperativo actual¹⁸. *Después de siglos en que la sociedad y el Estado han optado por la discriminación de una manera total, pareciera que no cabe hoy simplemente la neutralidad*. Este punto, desde luego, es opinable, además que no es fácil identificar las áreas donde deberían promoverse acciones positivas, en el derecho de familia. *No obstante es hora de pensar la no discriminación e igualdad más allá de la retórica*. Y este es un punto que requiere más voluntad e inteligencia que la que hasta ahora ha tenido.

En síntesis, en nuestra opinión, en principio, algunas de las ideas que constituyen el derecho de Familia actual, fundado en los derechos humanos, y que nos permiten responder a las preguntas iniciales, 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. Reconocimiento al derecho a la identidad de toda persona.
8. Responsabilidad social de la maternidad.
9. Reconocimiento jurídico de las familias de hecho.
10. Reconocimiento jurídico con reglamentación propia del fenómeno de la violencia al interior de la familia.
11. Mutabilidad del régimen de bienes con mayor presencia del principio de autonomía privada. Sin perjuicio de las restricciones emanadas del orden público igualitario.
12. Protagonismo de los principios de no discriminación en razón de sexo y de nacimiento.
13. Reconocimiento del aporte monetario y no monetario de los cónyuges en la vida común.
14. Protagonismo de los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona.

18. Esa es la obligación que emana para los Estados partes desde la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de Naciones Unidas.

Los puntos en construcción, que requieren una reflexión más detenida y que sólo mencionamos, dicen relación con el vínculo de nuevo tipo entre padres e hijos. Ya no se puede hablar de subordinación o jerarquía; es otro el acento, es la idea del menor como sujeto de derecho que permea y condiciona aquella relación. Y de otra parte, la actitud activa, no neutra, del derecho, necesaria para promover y asegurar una igualdad de facto entre el hombre y la mujer al interior de la familia y particularmente con ocasión de la disolución del matrimonio.

No cabe duda que en el caso de Chile, aunque con ostensible atraso, el Derecho se encaminará en una dirección modernizadora.

Por nuestra parte, nada más, hemos pretendido responder a los temas de la igualdad en el orden familiar, desde el nuevo paradigma del Derecho de Familia, el que ya se ha plasmado legislativamente en muchos países, siendo los textos internacionales de Derechos Humanos una de las fuentes inspiradoras principales y sustento básico de este nuevo derecho.

