

¿En qué esta la familia en el derecho del siglo XXI? El camino hacia un pluralismo jurídico familiar* /

Where is family under the law of the twenty-first century? The road towards family legal pluralism

* Recibido: 15 de marzo de 2016. Aceptado: 20 de mayo de 2016.

TLA-MELAU, revista de Ciencias Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México / issn: 1870-6916 / Nueva Época, año 10, núm. 41, octubre 2016/marzo 2017, pp. 222-240.

RESUMEN

La presente investigación jurídica tiene como objetivo analizar desde una perspectiva panorámica el presente de la familia en el derecho occidental del siglo XXI, con particular énfasis en el derecho chileno y latinoamericano. Para este fin, se propone analizar los principales factores que dan cuenta de la transición de un modelo centrado en la familia, a un sistema de carácter individualista donde la familia se conforma como una herramienta para el desarrollo de la personalidad. Desde esta mirada, se presenta la idea de un pluralismo jurídico familiar, cuyo paradigma acoge la noción de un derecho de familia amplio, sustentado en la existencia y reconocimiento de diversos fenómenos jurídicos. Esto permitirá armonizar situaciones de conflicto normativo, y facilitará la tarea encomendada al Estado de garantizar el bien común.

PALABRAS CLAVE

Derecho de familia, modelos familiares, pluralismo jurídico.

ABSTRACT

This legal research aims to analyze from a panoramic perspective where does the concept of family rest under western law in the XXI century, with particular emphasis on Chilean and Latin American law. That is why it is necessary to analyze the main factors that account for the transition from a family-centered model to an individualistic system where the family is seen as an instrument for the development of personality. From this perspective, the idea of a family legal pluralism is presented, whose paradigm welcomes the notion of a broad family law, based on the existence and recognition of various legal phenomena. This will allow to harmonize the different situations of normative conflict, and will facilitate the task entrusted to the State to guarantee the common good.

KEYWORDS

Family law, family models, legal pluralism.

* Profesor investigador en la Universidad de Tarapacá, Sede Esmeralda, Iquique, Chile. (acsinozac@uta.cl)

Este artículo se enmarca dentro del Proyecto Mayor de Investigación Científica y Tecnológica de la Universidad de Tarapacá, Chile, uta, 2017, Código 6715-17, adjudicado por el autor en calidad de investigador principal.

1. A modo de introducción: algunas consideraciones sobre la familia en el derecho de nuestros tiempos /
2. Deconstrucción y construcción del orden jurídico familiar para el siglo XXI /
3. La recepción de las bases para un pluralismo jurídico familiar amplio en el derecho actual /
4. Conclusiones

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA FAMILIA EN EL DERECHO DE NUESTROS TIEMPOS

La familia es la forma en que naturalmente se organiza el hombre en sociedad, la respuesta del Estado se restringe a reconocerla, protegerla y fortalecerla, ofreciendo una estructura jurídica asociada principalmente a los efectos económicos y personales que los lazos familiares generan.¹ Desde finales del siglo XX hasta nuestros días, la discusión respecto a qué se entiende por familia en el contexto de lo jurídico ha tomado una renovada intensidad.

Lo precedente ha centrado la atención de distintas áreas de las ciencias sociales, como la sociología o la antropología; ambas, desde su enfoque, destacan que ni la familia ni el matrimonio son producto de ninguna autoridad, sino que el poder público suele reconocerlos mediante la elaboración de normas jurídicas, las reglas seguidas inconscientemente en el hábito, el uso y la costumbre, esto con el fin de elevarlos, dotándolos de un perfil cultural identificatorio generalmente expresado en los diversos sistemas jurídicos.²

En este sentido se destaca la circunstancia de que la familia, si bien se manifiesta como producto natural de la existencia humana, no se limita únicamente a ello, sino que alcanza el carácter de una obra moldeada por la cultura, a la que concurren la religión, las costumbres y el derecho. Mediante su institucionalidad, se conducen factores biológicos y psíquicos sujetos a regulación. Bajo esta concepción nace la histórica idea de que la sociedad es un reflejo del estado de la familia, y estas serán la fuente de la prosperidad social.³

¹ Platón colocaba la regulación del matrimonio y las estructuras familiares como el primer objetivo de todo legislador. Platón, *Las Leyes, Epinomis, El Político*, México, Porrúa, 1998, pp. 18-19.

² Señala Konig que la antropología moderna postula que las nociones estructurales que componen la familia se encontraban configuradas antes de todo orden humano como un legado de la horda. Así, se asimila un remoto origen a la naturaleza animal de nuestra especie. Konig, René, *La familia en nuestro tiempo, una comparación intercultural*, Madrid, Siglo XXI, 1974, p. 6.

³ Recasens destaca que la motivación principal de la familia bajo cualquier expresión a lo largo de la historia ha sido la necesidad de cuidar, alimentar y educar a la prole frente a la lentitud del ser humano de encontrarse en condiciones de valerse por sí mismo. Recasens Siches, Luis, *Sociología*, México, Porrúa, 1960, pp. 466-467.

La relevancia de esta discusión no es menor, en cuanto la familia tiene un origen natural previo a todo orden y autoridad y, por tanto, parece irradiar todo su efecto en la comunidad sólo a partir de su reconocimiento como institución en el derecho. En este sentido, Russell postulaba con claridad: “en las sociedades civilizadas, la familia es el producto de una institución legal”.⁴ Desde esta mirada, el concepto jurídico de familia asigna estatutos, concede derechos, restringe libertades e impone obligaciones. Todo esto lo realiza mediante el derecho de familia.

Considerando estos factores, será posible apreciar que la idea de familia se conforma inevitablemente como una relación de carácter tridimensional. De tal forma, se presenta como: *a)* una institución natural, presente en todos los seres vivos que pueblan la tierra; *b)* una entidad con contenido y connotación moral, elemento distintivo de la humanidad; y *c)* una institución con delimitación legal, aspecto que define los alcances de sus efectos en la colectividad, siendo el derecho quien le otorga una forma perceptible para fines generales del vivir en sociedad.⁵

Teniendo como base lo anterior, podemos concluir que la necesidad de un estatuto que regule las uniones afectivas-sexuales se encuentra asentada en la historia como un enunciado ineludible de la civilización. Se manifiesta como una expresión de la costumbre, la moral y la religiosidad de cada época.⁶ El derecho ha debido dar una respuesta en cada tiempo, teniendo presentes las realidades y los principios superiores, muchas veces contradictorios entre sí.⁷

⁴ Rusell, Bertrand, *Matrimonio y moral*, Madrid, Cátedra, 2001, p. 141.

⁵ En este sentido, Savigny indica que la familia viene a completar la naturaleza imperfecta del hombre, permitiendo la unión de sexos diferentes y complementarios; además, mediante la reproducción se permite la perpetuidad del individuo y de la especie. Savigny, Friedrich, *Sistema de derecho romano actual*, Madrid, F. Góngora y Compañía Editorial, 1878, pp. 228-244.

⁶ Esta conjunción se reflejará en todos los tiempos de la humanidad, en esta línea señalaba Petit respecto al matrimonio citando la definición de Modestino hacia finales de la época clásica romana, “es la unión del hombre y la mujer, implicando igualdad de condición y comunidad de hechos divinos y humanos”. Señala el autor que en la evolución del derecho romano la estructura del matrimonio sufrió la influencia de las costumbres de cada tiempo, el culto privado del matrimonio perdió su importancia, y la manus, cada vez más en desuso, acabo por desaparecer. Esta cuestión se reflejará en la definición de la *justa nuptiae*, en las institutas de Justiniano, ya no hace alusión al factor de comunicación con lo divino. Petit, Eugene, *Tratado de derecho romano*, México, Porrúa, 2007, p. 104.

⁷ Así ha señalado la Corte Suprema chilena: “es necesario recordar que el derecho de familia se configura, como un área del derecho que excede de la mera sistematización jurídica de las relaciones familiares, pues a estas les concede una categoría de relevancia institucional justificada en el reconocimiento del contenido valórico que lo caracteriza, fundado no sólo en su fuente normativa constitucional y convencional específica aplicable en Chile, sino también en el reconocimiento que nuestro ordenamiento hace de una serie de valores y costumbres decantadas históricamente, que giran alrededor de la noción de familia y la dinámica de sus relaciones sostenidas por el vínculo sanguíneo y el afecto mutuo de sus miembros”. Corte Suprema de Chile, considerando séptimo causa rol núm. 1555-2016, 17 de mayo, 2016.

2. DECONSTRUCCIÓN Y CONSTRUCCIÓN DEL ORDEN JURÍDICO FAMILIAR PARA EL SIGLO XXI

La dinámica de las estructuras familiares, como los paradigmas asociados al matrimonio a través de los tiempos, presentan un estado de constantes fluctuaciones, pero lo que diferencia nuestros tiempos de periodos pasados es la celeridad con que se modifican los roles al interior de la unidad familiar. Esto se manifiesta en los patrones que guían las relaciones de pareja y en la diversidad de estructuras familiares existentes.⁸ Este fenómeno se presentará como contrapunto, frente a las ideas reinantes en la doctrina del siglo pasado.⁹

Durante el último decenio, el tratamiento jurídico de la familia ha cambiado sus paradigmas. En primera línea, se observa un giro desde el ámbito público al resguardo del interés privado; se produjo una reprivatización de los fenómenos familiares bajo una mirada mucho más inclusiva de las familias en la sociedad actual.¹⁰ Paralelamente, esta rama del derecho desarrollará un proceso de constitucionalización; con ello se alude a la ordenación de la Constitución en materias históricamente reguladas por ley, materializando con ello el rol de jerarquía que ejerce la carta superior, e irradiando todo su efecto asociado a la injerencia de los derechos fundamentales de las personas a todas las áreas del derecho.

Por otra parte, la presencia del individualismo en el contexto del derecho de familia ha resignificado las medidas de protección que adoptan los sujetos frente a los problemas de pareja. Esto modifica las tendencias al momento de asumir una determinada estructura familiar. Este factor promoverá la búsqueda de modelos familiares que disminuyan los riesgos asociados a las rupturas, con el fin de reducir los costos vinculados con una separación. Lo anterior explicará al mismo tiempo el interés renovado que existe en la actualidad por modelos como las uniones libres o de hecho.¹¹ También permitirá explicar los fenómenos actuales de disminución en las tasas matrimoniales

⁸ Glendon, M. Ann, “Derecho y familia”, *Estudios Públicos*, núm. 76, 1999, pp. 142-143.

⁹ Al respecto, Gacto Fernández destacaba la estabilidad y larga duración de las instituciones familiares: “si tenemos en cuenta que las instituciones familiares, como manifestaciones sociales con vocación de estabilidad, forman parte de esos fenómenos de larga duración cuya lentitud evolutiva nos transmite una apariencia de quietud y de permanencia que parece excluir la posibilidad de cambios”. Esta concepción sobre la familia es imposible de sostener en el siglo xxi. Gacto Fernández, Enrique, “Sobre el modelo jurídico de la familia en el siglo xix”, *Revista Historia, Documentos e Instituciones*, núm. 25, 1998, p. 219.

¹⁰ Carbonell nos habla de la “posmodernización de familia”, haciendo referencia a que ya no existe un modelo único de familia que actúa como paradigma para que los ciudadanos sean juzgados por sus pares, sino que los modelos de entrada, permanencia y salida de la vida familiar son considerados un asunto privado. Carbonell, José, Carbonell, Miguel y González, Nuria, *Las familias del siglo xxi: una mirada desde el derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 8-9.

¹¹ Resulta destacable el caso mexicano. Dentro de una pluralidad de modelos jurídicos para regular la vida en pareja, históricamente las uniones libres ocuparon el último lugar, después del matrimonio civil y religioso, del matrimonio sólo civil y del matrimonio sólo religioso. Sin embargo, en la actualidad los índices de uniones libres han aumentado; se sitúan en el segundo lugar sólo después del matrimonio civil y religioso.

y el aumento en los índices de divorcio y separación, cuestiones finalmente asociadas con la caída en las tasas de natalidad.¹²

Lo precedente convergerá en la idea de valorar regímenes sin comunidad o con comunidad restringida, de tal forma que mientras menos cosas en común tenga la pareja, se podrá recurrir sin mayores complejos a deshacer el vínculo y comenzar nuevamente.¹³ Esto justificará, además, que uno de los factores principales de los que se está ocupando el derecho de familia moderno radique en la regulación de los efectos que trae asociada la alta presencia de familias reconstruidas o ensambladas. Esta preponderancia del interés individual en la pareja dentro del contexto de la familia jurídica, sin embargo, se encuentra sujeta a límites que encuentran su fuente en los valores y principios establecidos en los cuerpos constitucionales de cada ordenamiento. La doctrina ha destacado estos principios: *a)* interés superior del niño; *b)* principio de no discriminación e igualdad; *c)* principio de identidad; *d)* solidaridad; *e)* interés familiar.¹⁴

Otro efecto de este proceso de reorientación de la familia será la unificación de los conceptos sociológicos y jurídicos, miradas que durante un largo tiempo parecían disociadas. Así, podemos entender que la familia, desde un concepto sociológico, históricamente aparece como una agrupación de personas reunidas bajo un vínculo de carácter sexual, filiación o descendencia común. Desde el pensamiento jurídico, el concepto aparecía vinculado únicamente con la institución matrimonial; a partir de ello, se generaba una estructura de más o menos derechos.¹⁵ En la actualidad, ambas visiones se entremezclan bajo una idea amplia e integradora respecto a lo que se debe entender por familia.

¹² Una buena manera de resumir estadísticamente estos cambios es con el análisis de los hijos nacidos fuera del matrimonio o de uniones consensuales, cuyas cifras en Latinoamérica se han elevado de 16.8% hace 30 años a 38.9% en la última ronda censal. El fenómeno de aumento resulta homogéneo para toda la región; sin embargo, en sus detalles presentan diferencias entre países. Se destaca en este sentido: de 20.4% en Chile a más de 55% en Colombia, Panamá y el Perú, mientras que Cuba y Venezuela se encuentran próximas a este nivel, con 50.1% y 49.3% de nacimientos en uniones consensuales, respectivamente. Los datos son elevados pero menores en países como Argentina, con 38.5%, Brasil, con 40.5%, Ecuador, con 38%, Costa Rica, 32.7%, México, 25% y Uruguay, 25.2%. Mientras que, en los países europeos, los que poseen el porcentaje más alto de nacimientos no matrimoniales son actualmente Islandia (66%), Estonia (59%) y Suecia (54%). Castro Martín, Teresa, “Maternidad sin matrimonio en América Latina: análisis comparativo a partir de datos censales”, *Notas de Población*, núm. 93, 2010, pp. 37-76.

¹³ Beck-Gernsheim, *La reinvencción de la familia, en busca de nuevas formas de convivencia*, Barcelona, Paidós, 2003, pp. 55-60.

¹⁴ Krasnov, Noemí, “El derecho de familia en el proyecto de Reforma Código Civil y Comercial 2012 en Argentina”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, núm. 1, 2014, p. 317.

¹⁵ En este sentido señalaban los hermanos Mazeaud: “Disolución y disgregación que no afectan más que a la única familia en el sentido exacto de la palabra: a la familia legítima. Quienes viven en concubinato y sus hijos naturales no forman una familia; porque, a falta de un vínculo jurídico, entre aquellos, este grupo no está dotado de ninguna permanencia. La separación de quienes viven en concubinato no es sino un hecho que pone término a ese otro hecho que era la vida en común”. Mazeaud, H., *Lecciones de derecho civil*, parte 1, tomo 4, Buenos Aires, Editorial Jurídicas Europa-América, 1959, p. 373.

Mediante estos cambios, el derecho de familia prácticamente se ha vaciado de sus elementos basales. Basta observar la institución matrimonial que pareciera no tener continuidad con el matrimonio de antaño.¹⁶ Así, hoy en día resulta común la idea de un matrimonio disoluble. Existe un amplio reconocimiento a la autonomía de la voluntad, ha desaparecido el poder del marido sobre la mujer, se eliminaron todos los conceptos que favorecían a los hijos matrimoniales, se han asumido las uniones de hecho como institución jurídica, y el matrimonio y otras uniones homosexuales avanzan de manera consolidada en su reconocimiento.

Esta reestructuración del modelo jurídico de familia se ha materializado bajo la permanente sombra del discurso de una familia en crisis.¹⁷ Durante este proceso, la mirada se focalizó en el progresivo ocaso de la institución matrimonial, por esencia cuna de la familia jurídica. De esta manera, la noción de la familia en crisis pareciera asomar como un escudo que promueve más bien la resistencia frente a los inevitables cambios. Resultará central para este enfoque la oposición a la individualidad, promoviendo a la familia como unidad autónoma de imputación jurídica. A partir de ello, se proyectará la familia como una entidad con garantías propias, independiente de los individuos que concurren a integrarla.¹⁸ En este camino, Viladrich justifica el carácter de sujeto social de la familia, asignándole el rol de titular de derechos fundamentales; con la salvedad de que esta concesión no estará dirigida a toda unión afectiva, sino a los afectos que se desarrollan exclusivamente dentro del matrimonio.¹⁹

En este contexto, se justificará la visión protectora de la familia matrimonial promovida en los sistemas legales occidentales durante el siglo pasado. Esta idea se cimentó en gran parte en los atributos de duración, estabilidad y

¹⁶ En este sentido, García Cantero nos destaca respecto a las últimas modificaciones al régimen matrimonial español, que este nuevo derecho pareciera no tener vinculación con el pasado, resaltando lo inédito y lo escaso de los precedentes comparativos. García Cantero, Gabriel, “Vértigo ante el abismo”, *Revista Chilena de Derecho de Familia*, núm. 1, p. 11.

¹⁷ El surgimiento y fortalecimiento de dos fenómenos sociales resultará elemental para esta presunta crisis. En primer lugar, se encuentra el aumento sustantivo de las uniones no matrimoniales con la consecuente disminución de los matrimonios en la mayoría de las realidades nacionales. Este proceso culminará a fines del siglo xx, con la inserción de estatutos jurídicos destinados a regular estas uniones, sin distinción de sexo, y con reconocimiento del carácter de familia de estas parejas. En segundo lugar, se encuentra el reconocimiento generalizado en los ordenamientos jurídicos occidentales del divorcio como causal de término.

¹⁸ Esta posición se mantiene a la fecha en el Código de Familia Boliviano que en su artículo 2, expresa como criterio rector: “Los jueces y autoridades, al resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, tendrán en cuenta el estado o condición de las personas como miembros del grupo familiar y concederán prevalencia al interés que corresponde a la familia sobre el particular de sus componentes y de tercero”. Este principio se presentó en su momento como un obstáculo a la autonomía de los individuos y dificultó, por ejemplo, los procesos de divorcio.

¹⁹ Indica que la única unión que goza de verdadera identidad es el matrimonio y que son inseparables ambos conceptos. Sólo ese modelo goza del carácter de familia soberana. Viladrich P., “La familia soberana”, *Revista Ius Canonicum*, núm. 34, 1994, pp. 427-440.

eficacia que se le reconocen a la unidad familiar en el cumplimiento de funciones estratégicas para la comunidad. Este enfoque se alimentará vinculando el interés del Estado como elementos primordiales de todo orden jurídico.²⁰

Desde esta perspectiva, se pretenderá un estado de transición controlado frente a la rápida evolución social. La cuestión resultará compleja al intentar definir quién controla lo desechable y lo permanente en cada tiempo. Este es un factor determinante al enfrentar toda modificación normativa. La experiencia muestra que, en defensa de la tradición, muchas veces se han justificado vulneraciones a derechos fundamentales sobre parte de la población que no comparte una determinada ideología.²¹

Estas nociones que modelaron el derecho de familia sólo tendrán cabida cuando se proyectan desde un plano asimétrico los fines del Estado, respecto a los fines propios de los ciudadanos, y en la medida en que se posicione el interés del Estado sobre el de los individuos que integran, crean y legitiman su soberanía. En este proceso, se sumerge el fin básico de la organización colectiva, perdiéndose el sentido de lo primario.²²

Esta visión resulta insostenible en nuestros tiempos. La doctrina política y social que guía los actuales sistemas democráticos ha movido su centro de atención; considerando esencial la obligación del poder público de garantizar la dignidad de cada individuo. A esto se le ve como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual se reconoce como un valor objetivo. Dentro de ello se encuentra la garantía fundamental de elegir el modelo de familia en que los sujetos perfeccionarán su proyecto de vida.²³

²⁰ Según D'agostino, este estado de transición debe ser guiado, de tal manera que el cambio no signifique la eliminación de los precedentes, es decir "que cambie lo que debe cambiar, pero permanezca firme lo que deba permanecer". D'agostino, Francesco, *Filosofía de la Familia*, Navarra, Universidad de Navarra - Ediciones Rialph, 2006, pp. 21-24.

²¹ Prueba de ello, han sido los constantes cambios promovidos en el matrimonio en Latinoamérica, gran parte de ellos encontrará su causa en la colisión del régimen jurídico interno con instrumentos internacionales de protección de derechos humanos. Así, observamos las modificaciones que en el derecho occidental debieron mejorar la situación de desventaja de la mujer frente a los regímenes patrimoniales en el matrimonio, la situación del matrimonio indisoluble, o bien la situación de los hijos nacidos fuera del matrimonio.

²² En este sentido, Kant nos habla de imperativos categóricos como aquellos argumentos que son válidos para todo ser racional, y "que representase una acción por sí misma, sin referencia a ningún otro fin, como objetivamente necesaria". Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Puerto Rico, Pedro Rosario Barbosa, 2007, pp. 28-31.

²³ Este derecho aparece consagrado en un número importante de Constituciones a partir de mediados del siglo xx. Así, la Constitución de Alemania de 1949 en su artículo 2.1 señala: "Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otra ni atente contra el orden constitucional o la ley moral". De la misma manera, la Constitución Colombiana de 1993 indica: "Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico". En la misma línea, la reciente Constitución ecuatoriana del 2008 establece en el artículo 66.5: "Se reconoce y garantizará a las personas: El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás".

El predominio en nuestros días de esta última posición terminará por socavar las bases del derecho familiar decimonónico.²⁴ No obstante, compáramos la idea de que frente a un conflicto entre ambos intereses, mientras no estén comprometidos derechos fundamentales de los miembros que integren la familia, la preferencia en caso de tensión se dará a la familia como grupo intermedio prioritario, en atención a la obligación del Estado de fortalecerla y protegerla.²⁵

Entrado el siglo xxi, podemos señalar que este proceso de transformación de las conductas familiares encuentra su origen en la mutación de las características estructurales del modelo social. Esto es consecuencia del surgimiento de una sociedad globalizada y liberalizadora. Las causas que darán inicio a este fenómeno son multifactoriales: desde la incorporación de la mujer en términos de progresiva igualdad a la vida pública, el control y nuevas formas de reproducción humana, los cambios en los roles de hombre y mujer, hasta la pérdida de relevancia de la religión formal predominante.²⁶ Una cuestión particular y novedosa dentro de este cambio estará marcada por la demanda de normatividad de la afectividad de las minorías y su voluntad de someterse al orden familiar establecido. Todas estas circunstancias conllevan la necesidad de incorporar en los ordenamientos normativos la regulación de nuevos modelos de uniones afectivas.

Durante esta transición, se irá descifrando que la crisis no se sitúa en las instituciones, sino en la fragmentación de un modelo de vida de una época. Con ello, lo que cambiará serán las costumbres existentes en la comunidad, las que cederán frente a la necesidad de una sociedad más justa, equitativa y democrática. Todo esto tutelado bajo la premisa que la familia es una herramienta primaria para la felicidad humana, fin último del derecho.²⁷

²⁴ En este camino, Puig Ferriol ha señalado que la familia no puede considerarse como una unidad en sí misma, pues carece de personalidad jurídica para actuar como sujeto de derecho. De esta manera, sólo puede percibirse como una herramienta al servicio de las personas que integran el núcleo familiar, en cuyo seno se forma la personalidad de los individuos. En parte alude a que la pertenencia a una familia no puede significar la pérdida de derechos de sus miembros. Este argumento justifica la posibilidad de que el poder público pueda intervenir en las funciones familiares, justamente para evitar que el grupo familiar dañe los derechos fundamentales de las personas. Puig Ferriol, Lluís, “Constitución y Protección de la familia”, *Cuadernos Constitucionales de la Catedra Fadrigue Furió Ceriol*, núm. 40, 2002, pp. 183-184.

²⁵ Debemos destacar en la actualidad como una posición intermedia, aquella que vislumbra una dualidad simétrica entre estas dos posiciones. De esta manera, se desarrolla la noción de derechos familiares individuales frente a derechos sociales para la familia como institución jurídica. En este orden, ambos derechos se encuentran consagrados como fundamentales. Ello obliga tanto a particulares como al poder público. Desde esta perspectiva, destacan como derechos sociales de la familia, entre otros: a) el derecho a existir y ser reconocida jurídicamente; b) derecho a un ingreso familiar suficiente para su sustento; c) derecho a la intimidad familiar; d) derecho a la vivienda digna y suficiente. Pese a estar emparentados con los derechos básicos de los individuos, se propone la titularidad de estos derechos subjetivos por parte de la unidad familiar. Chávez Ascencio, M., “Derechos familiares fundamentales”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 32, 2002, pp. 185-201.

²⁶ Descenso en el número de matrimonios religiosos, baja en el número de personas cristianas, entre otros.

²⁷ Figueroa Yáñez, Gonzalo, *Persona, pareja y familia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995, pp. 65-95.

Esto se reflejará en el surgimiento de nuevos principios que en nuestros tiempos tutelan las relaciones familiares, materializándose con su incorporación en los diversos sistemas legales. Entre estos podemos destacar: *a)* la igualdad en los miembros de la pareja; *b)* la no discriminación de los miembros de la familia; *c)* la inclusión de otros modelos familiares; *d)* la inclusión y ocupación de las uniones entre parejas del mismo sexo.

Esta nueva orientación incentivará, entre otras cosas, la implementación de un conjunto de medidas de control para limitar el poder público. En esto encontrará su fundamento el derecho, para sostener su división histórica entre un derecho público y otro privado.²⁸ En este último lugar ubicamos al derecho de familia.²⁹ Esto contribuirá decididamente a definir sectores en que los individuos no podrán ser legítimamente coaccionados, definiendo espacios de plena libertad.³⁰ Todo lo anterior confluye en que la atención primaria del derecho respecto a la familia no puede justificarse únicamente en las funciones estratégicas que cumple como unidad intermedia para el poder. Por el contrario, su propósito consistirá en promover y fortalecer su naturaleza de fuente principal del desarrollo espiritual y material para los individuos.

Un aspecto relevante será el fortalecimiento de la doctrina actual de los derechos humanos. Ésta reafirmará la discusión respecto de los bienes individuales que han de ser garantizados y promovidos por parte de todo Estado. El poder público será quien vele por el cumplimiento efectivo y el seguimiento permanente del bien común. De lo contrario, su actuar se conformará como un mero ejercicio impositivo sustentado en la fuerza, cuestión que lesionaría la dignidad de la persona humana y terminará por influir decididamente en el derecho de familia.³¹

Desde esta perspectiva y según nuestro parecer, el objeto principal del derecho de familia de nuestros días consistirá en conformarse como una herramienta efectiva para el pleno desarrollo de las personas en sociedad, permitiéndoles completar su naturaleza, facilitándoles las vías para su

²⁸ Sobre la discusión respecto a la naturaleza jurídica de derecho privado o público de las normas del Derecho de Familia, véase Gúzman Brito, A., *El derecho privado constitucional de Chile*, Chile, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001, pp. 15-23; Cornejo Chávez, H., “Derecho familiar peruano”, *Gaceta Jurídica Editores*, 1999, pp. 21-35.

²⁹ Tal como señalan Chávez de Fariás y Rosenvald, la familia es la relación más privada de la que se ocupa la ciencia jurídica. Chaves De Fariás, C. y Rosenvald, N., *Direito das famílias*, Río de Janeiro, Edición Lumen Juris, 2008, p.15.

³⁰ En este sentido señalaba Hayek: “Durante los dos siglos desde que se produjo la desaparición del absolutismo monárquico y hasta que en el mundo surgió la democracia ilimitada, la restricción del poder gubernamental fue siempre prioritario objetivo de todo el esfuerzo constitucional. Los principales mecanismos que paulatinamente se establecieron al objeto de obligar que los gobiernos pudieran hacer uso arbitrario de sus facultades fueron: la separación de poderes, la soberanía o supremacía de la ley, el principio de que el gobierno también debiera quedar sometido a la ley, la separación del derecho público del privado y el respeto al proceso judicial”. Hayek, F. A., *Derecho, legislación y libertad*, Unión Editorial, 2008, pp. 176-179.

³¹ Santiago, Alfonso, “El concepto de bien común en el sistema constitucional argentino. El personalismo solidario como techo ideológico de nuestra Constitución”, *Revista Colección*, año 7, núm. 12, p. 239.

perfeccionamiento y la extensión del propio ser. Este paradigma no resulta ser discrecional para el Estado; por el contrario, se conforma como una obligación ineludible, emanada desde las bases de la institucionalidad fijada en el mandato constitucional. Vale la pena destacar que con ello, además, se garantiza que el Estado pueda cumplir con su deber de satisfacer el bien común.³²

Cualquiera que sea la posición que se asuma, podemos indicar que en la elección del modelo de familia que se fije en cada ordenamiento, además de acoger las costumbres y la ética sexual, se deberá plasmar un debido equilibrio entre la protección a la institución como unidad intermedia preferente, y los derechos de los individuos que integran la comunidad.³³ Este reconocimiento amplio de la garantía primaria del derecho al libre desarrollo de la personalidad permite conformarse en la actualidad como un resguardo para la protección de diversas expresiones familiares. Esto se conformará, a su vez, como una oportunidad que bajo una interpretación normativa amplia permitirá resolver un abanico extenso de confrontaciones normativas.

3. LA RECEPCIÓN DE LAS BASES PARA UN PLURALISMO JURÍDICO FAMILIAR AMPLIO EN EL DERECHO ACTUAL

Tal como resaltó Carbonnier, la noción de sistema jurídico, si bien aparece generalmente asociada a un territorio geográfico, no resulta esencial para definir un fenómeno como jurídico. El elemento determinante radica en el factor humano, es decir, el hombre asociado con otros. De esta manera, distintos sistemas jurídicos pueden sobreponerse en un mismo espacio territorial. En esto se resume aquello a lo que se ha denominado pluralismo jurídico.

Entendemos que en un mismo espacio jurídico existen distintos grupos intermedios que se relacionan y generan estructuras normativas de distinta

³² Así la Constitución Política chilena en su artículo 1 inciso 3, señala: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

³³ En este sentido, señala Roca Trías “una exacerbación de la protección a la familia como grupo, podría llevar a una hipertrofia, en el sentido de que se arriesga a la sobreprotección de la familia como un grupo que debería resistir cualquier propuesta legislativa, en una línea parecida a los viejos planteamientos italianos de principios del pasado siglo. Pero también se puede advertir que la exaltación de la protección los individuos, sin tener en cuenta si se hallan o no insertos en un grupo familiar lleva a otro peligro: el del individualismo, con la inmediata consecuencia de la inutilidad de la familia como medio protector de los derechos de los individuos que forman parte de ella. Tan mala es una cosa como otra”. Roca Trías, Encarna, “Familia y Constitución”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 10, 2006, p. 208.

naturaleza con sus propias particularidades.³⁴ Hoy en día, este paradigma ha comenzado a mirarse desde una perspectiva amplia, asumiendo la posibilidad de reconocer no sólo a la sociedad global la facultad de creación de normas jurídicas, sino también a otros grupos particulares.³⁵

Entonces, una concepción pluralista del derecho admite una coexistencia de sistemas jurídicos de igual o distinta naturaleza. Estos pueden provenir del mismo Estado, como ocurre en las estructuras federales; pero también de sistemas jurídicos de naturaleza diferenciada, tales como el orden jurídico internacional, o de fenómenos infrajurídicos que abarcan una amplia extensión, desde grupos minoritarios con características de nación, grupos corporativos, hasta la familia como entidad colectiva. Esto dependerá en gran parte de la manera como se conciba el derecho.³⁶

Uno de los grandes desafíos que enfrenta el derecho moderno consiste en armonizar las manifestaciones jurídicas que expresan muchas veces prácticas contrarias al derecho estatal. Muchos de estos sistemas no reconocidos mantienen una realidad al margen; no pueden garantizar su plena eficacia, pero a su vez afectan la eficacia del derecho estatal, pues producen una falta de cumplimiento de la norma.

Esta realidad no resulta ajena para el derecho de familia en nuestros tiempos, en cuanto desde mediados del siglo XX mediante la inclusión de diversos tratados de protección de los derechos humanos y un enfoque pluralista que predomina en el derecho, la regulación de la familia ha abandonado viejos cimientos para promover principios rectores como el de igualdad y libertad.³⁷

³⁴ Carbonnier, Jean, *Sociología jurídica*, Madrid, Tecnos, 1982, pp. 115-124.

³⁵ El derecho como un producto social siempre tuvo una naturaleza pluralista, la concepción monista que predomina la realidad jurídica es el resultado de un proceso reaccionario asociado directamente con la formación de los Estados nacionales que se construyen tras la disolución de las sociedades medievales. Previo a ello, existió históricamente un reconocimiento de diversos ordenes normativos como la Iglesia, el imperio, los feudos, cofradías. Uno de estos centros de producción jurídica fue la familia. El Estado moderno se conformará de un dialogo limitado y poco armonioso de estos centros de producción jurídica. Por diversas razones, se mantendrá la primacía de algunos, como el caso del derecho de la Iglesia que descansará hasta nuestros días en áreas de relevancia como el derecho de familia, mientras que otros sectores serán invisibilizados, pasando el nuevo Estado a monopolizar la producción jurídica. Sánchez-Castañeda, Alfredo, "Los orígenes del pluralismo jurídico", en Oscar Alba (coord.), *Pluralismo jurídico e interculturalidad*, Bolivia, Comisión de Justicia de la Asamblea Constituyente, pp. 30-31.

³⁶ Bobbio nos habla del concepto largo de derecho como aquel que entiende más allá de las normas de origen estatal. Señala que un concepto restringido de derecho se contradice con el uso natural de la palabra *derecho*, la cual incorpora tanto al sistema jurídico canónico como a la estructura normativa internacional. Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, Bogotá, Temis, 1987, p. 11.

³⁷ El artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, reconoce el derecho de los hombres y de las mujeres a "casarse y fundar una familia", sin distinción por motivos de raza, nacionalidad o religión. También la Convención Americana sobre Derechos Humanos del año 1969, en su artículo 17 número 2, señala: "Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención". De la misma manera se pronuncia el artículo 23 de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 21 de diciembre de 1965.

Estos alcances ya han sido reconocidos a nivel jurisprudencial por tribunales internacionales.³⁸

En esta orientación, la búsqueda de una ponderación para la fijación de un orden jurídico familiar se manifestará en el reconocimiento de una pluralidad de modelos familiares para las diversas formas que tienen las personas de alcanzar sus propios fines, transitando de la idea de un modelo único como el de antaño, a un modelo múltiple basado en el respeto y la tolerancia.³⁹ Actualmente, esto representa la posibilidad de acoger distintos fenómenos familiares, reconociendo expresiones minoritarias muy diferenciadas, que se extienden desde la familia homosexual, familia de composición múltiple o poligámica, hasta la familia no matrimonial. Proponemos que este fenómeno, interpretado de manera extensa, permite resolver una serie de conflictos existentes en los ordenamientos jurídicos actuales.

Podemos señalar que hoy la familia en el derecho se proyecta desde un concepto abierto, cuya tutela jurídica se plasma como una noción móvil, desarrollada de la mano de cada grupo humano. Promueve el paradigma de un pluralismo jurídico en el contexto de la familia. Esta idea se fortalecerá con un reconocimiento cada vez mayor de la autonomía de la voluntad, y facilitará la posibilidad de autorregulación de las relaciones familiares por parte de la pareja, generando estructuras jurídicas cada vez más particularizadas.⁴⁰ Frente a esta pluralidad, el derecho se presenta imparcial, pues no caben preferencias de un modelo sobre otro. Así, cada individuo acude en un espacio cada vez más amplio a las herramientas jurídicas para lograr el desa-

³⁸ Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ratificado que la familia protegida por la Convención no se limita a la de base matrimonial. Así en el caso *Atala Ríffo vs. Chile*, del 24 de febrero del 2012; de la misma manera, en *Fornerón vs. Argentina*, del 27 de abril del 2012 se argumenta: “Este tribunal ha dicho anteriormente que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo de la misma”.

³⁹ La relación entre derecho de familia y pluralismo jurídico no resulta novedosa en algunos sistemas jurídicos. Por ejemplo, el derecho de familia de la India se ha caracterizado históricamente por el acogimiento de una gran diversidad de formas. Esto se encuentra vinculado directamente con la pluralidad de culturas y con las diversas realidades que conviven bajo un mismo sistema normativo. Lo anterior ha llevado a que el derecho acoja diversas estructuras matrimoniales, las cuales se diferencian en cuestiones elementales como la edad de capacidad para el matrimonio. Véase en este sentido Francavilla, Domenico, “Las reformas en el derecho de familia de India: el matrimonio de niños entre derecho hindú tradicional e intervención estatal”, *Revista de Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia*, núm. 23, 2012, pp. 25-44.

⁴⁰ Como un ejemplo de la actual injerencia del principio de la autonomía de la voluntad podemos destacar las recientes modificaciones legales en Latinoamérica que privatizan las solicitudes de divorcio de mutuo acuerdo, desjudicializándolas y poniéndolas en sede notarial. Así, por ejemplo, Cuba, mediante Decreto Ley 154/1994 del 6 de septiembre; Colombia, con la Ley 962/2005 de 8 de julio y el Decreto 4436 de 28 de noviembre del 2005 del Ministerio de Justicia e Interior; Ecuador, con la Ley 2006-62, reformatoria a la ley notarial ecuatoriana, publicada en el Registro Oficial, núm. 406, del 28 de noviembre de 2006; en Brasil, la Ley 11411/2007 de 4 de enero, que establece divorcio consensual por vía administrativa; en Perú, la Ley 29227/2008, de 15 de mayo, que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y el divorcio. Por su parte, México, mediante su Código Civil Federal del año 2000, otorgó competencia a un funcionario administrativo denominado juez encargado del registro civil.

rollo de su proyecto de vida.⁴¹ De esta manera, este siglo nos presentará un derecho de familia con bases renovadas. Su sustento resulta ser esencialmente liberalizador, como reflejo de una sociedad pluralista, tolerante e integradora.

Un claro ejemplo de este cambio de paradigma lo encontramos en el artículo 231.1 del reciente Código Civil de Cataluña, que se refiere a esa heterogeneidad con la que se concibe a la familia jurídica en el siglo XXI: “la familia goza de la protección jurídica determinada por la ley, que ampara sin discriminación las relaciones familiares derivadas del matrimonio o de la convivencia estable en pareja y las familias formadas por un progenitor solo con sus descendientes”. Los elementos esenciales de este sistema se reflejarán en los siguientes aspectos: *a)* restricción en la intrusión de los poderes públicos en intereses considerados exclusivamente particulares; *b)* la protección pública primaria a la familia sin distinción; *c)* la protección de los derechos básicos de los individuos, que se presentan como una barrera tanto para particulares como para los sectores públicos o privados; y *d)* la existencia de estatutos diferenciados para modelos de familias diversos.

Este cambio no ha sido pacífico; en su transitar ha concitado confrontaciones de diversa índole. En la actualidad se exhibe como un ámbito jurídico en desarrollo con diferentes matices. En lo religioso, se presentará una alta resistencia a los cambios con una férrea defensa de las diferentes concepciones sobre la familia. Sin embargo, esta posición resultará debilitada por los procesos de secularización que han atravesado los sistemas occidentales. Ello sentará las bases para un nuevo orden jurídico familiar de carácter pluralista que en nuestros tiempos se ha plasmado en las distintas Constituciones nacionales, irradiando su efecto a todo el sistema jurídico.

Quizá es en el contexto étnico donde la noción de pluralismo jurídico familiar ha tenido mayor repercusión. Debemos destacar que la inserción y reconocimiento de una pluralidad de formas familiares durante los últimos veinte años, acompañado de la existencia de un bloque internacional de derechos humanos para los pueblos indígenas, ha promovido los requerimientos de poblaciones originarias de las distintas naciones que fueron sometidas a procesos de colonización.

Dentro de sus reivindicaciones, una de las más relevantes ha sido el respeto por su diversidad e identidad cultural. Esta reivindicación de carácter transversal ha permitido generar cambios en los ordenamientos jurídicos nacionales, cuyas bases son en su mayoría de inspiración exclusivamente

⁴¹ En esta línea se refiere Tapia, cuando señala que la antigua función didáctica del derecho de familia ha sido desplazada por una visión terapéutica, cuyo fin será asegurar una neutralidad frente a sus súbditos más que dirigir sus vidas íntimas. Tapia, Mauricio, “Constitucionalización del derecho de familia(s) el caso chileno: Las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 8, 2007, p. 2.

occidental, invisibilizando correlativamente la relevancia para la identidad cultural que reportan los modelos familiares de los diversos pueblos.⁴²

Esto se particulariza respecto de las parejas que recurren a sus formas ancestrales para organizar la familia, asociado a modelos de convivencia afectiva fuera del matrimonio. Sobre esta entidad se sustentan preferentemente los derechos de familia latinoamericanos, lo cual produce una marginación o una asimilación de estas estructuras consuetudinarias y las vacía de su contenido cultural. Las tensiones generadas por esta realidad se presentan de manera particular en el derecho de familia chileno, lo cual produce una situación de desprotección de la población indígena.⁴³ En esta línea, las respuestas otorgadas por el poder público aún no revisten de una adecuada técnica legislativa.

En el caso de Chile, la actual Ley Indígena 19.253, en su artículo 4, asume una línea asimilacionista. Asigna un estatuto económico a todas las uniones indígenas que se produzcan dentro del territorio nacional sin distinción. Esta respuesta es completamente ajena a su contexto cultural y muy cercana a las nociones occidentales provenientes del derecho matrimonial. Su propuesta señala: “Se entenderá que la mitad de los bienes pertenecen al marido y la otra mitad a su cónyuge, a menos que conste que los terrenos han sido aportados por sólo uno de los cónyuges”. Lo anterior contradice el sentido de las directrices que vienen de la misma ley en su artículo 7 y del propio Convenio 169 en su artículo 8, las cuales imponen el deber de respetar las manifestaciones propias de cada comunidad, expresadas en su propio derecho consuetudinario indígena.

Tampoco la reciente regulación estatutaria de la convivencia no matrimonial mediante la ley 20.830 del año 2015 se presenta como una solución. Se asumió un modelo de carácter declaratorio, en el que los convivientes civiles para someterse a sus efectos deben realizar un acto de manifestación

⁴² El derecho a la identidad cultural ha sido incorporado en diversos instrumentos jurídicos. Como derecho humano se remonta a la Carta de Banjul (1981) que estableció este derecho en su artículo 22.1. Posteriormente, la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (1986) definió conceptualmente el derecho cultural como derecho a la identidad; complementa el enfoque de los instrumentos de derechos humanos la Declaración de Naciones Unidas de los Pueblos Indígenas, documento no vinculante que luego de 22 años de tramitación vio la luz. No obstante, el convenio 169 sobre pueblos indígenas de la OIT, ratificado por Chile luego de 18 años de tramitación el 14 de octubre de 2008 y que entró en vigencia a partir del 15 de septiembre del 2009 es el de mayor relevancia.

⁴³ Las estadísticas nos muestran datos significativos sobre la manera en que la población indígena en Chile estructura su vida familiar. En este tenor, el censo del año 2002 aporta referencias sobre la población indígena chilena de 15 años y más. Refleja que más de la mitad de este segmento no asume la institución matrimonial como estructura familiar. Por el contrario, la población no indígena registra una mayor adhesión hacia el régimen matrimonial, alcanzando 46.4%; mientras que la población indígena sólo llega a 41.4%. Además, esta información permite relacionar el porcentaje de población no indígena que declara conformar su familia al margen del matrimonio: 8.7%. En la población indígena, este porcentaje se eleva a 12.1%. Estadísticas Sociales de los Pueblos Indígenas en Chile, *Censo 2002*, Santiago de Chile, Instituto Nacional de Estadísticas - Programa Orígenes, 2005, pp. 47-55.

de voluntad ante notario, sin entregar una solución a las convivencias que se mantendrán al margen de esta situación, para quienes la situación sigue inalterable y fuera de toda regulación. En este escenario se ubican las convivencias de las comunidades indígenas.

Cabe recordar que este contexto sitúa al Estado en un incumplimiento frente a la estructura internacional de protección de derechos humanos. Paradójicamente, un punto en controversia ha sido la discusión dogmática respecto a la legitimidad de los límites que se establecen al respeto a la identidad cultural familiar y su resistencia bajo la idea de que muchas de sus formas contravienen los derechos humanos de sus integrantes. Como propuesta a esta discusión, se ha planteado la idea de abrir un diálogo intercultural que replantee el concepto de la universalidad de los derechos humanos, esto bajo la noción de la creación de un núcleo duro de derechos absolutamente esenciales e irrenunciables, es decir universales, diferenciados de otros que no son exigibles y se aplicaran en forma particular teniendo presente la diversidad cultural del planeta.⁴⁴

Este aspecto cobra relevancia en el caso de Chile, primero por tratarse de un país plurinacional y luego porque se encuentran vigentes los instrumentos internacionales de mayor relevancia en materia indígena. Bajo un paradigma de reconocimiento de un pluralismo jurídico familiar, pudiese salvarse esta antinomia aplicando un régimen económico distinto a estas uniones basadas en sus propias costumbres que conforman su identidad cultural, esto mediante una interpretación normativa amplia que reconozca un sistema jurídico diferenciado. Esta cuestión es posible a partir del mandato que el propio convenio 169 realiza.

Esta técnica ha comenzado a ser reconocida y utilizada por nuestros tribunales nacionales respecto a otras materias, salvando de manera armónica y respetuosa estos contrapuntos, pero aún de manera insuficiente. Sin embargo, marcan una línea frente a la pasividad del legislador.⁴⁵ Si bien esta práctica suple vacíos o permite resolver antinomias, pareciere indispensable el reconocimiento a nivel constitucional del carácter pluralista del Estado. Esta cuestión ya se ha realizado en un número importante de países.⁴⁶ Ha

⁴⁴ Talavera, Pedro, “Diálogo intercultural y universalidad de los derechos humanos”, *Revista IUS*, año 5, núm. 28, 2011, p. 37.

⁴⁵ Actualmente una serie de materias han sido resueltas por los tribunales chilenos aplicando el derecho consuetudinario indígena. La interpretación dada por la judicatura ha favorecido incluso su aplicación contra la ley. Un análisis en profundidad sobre esta materia en: Espinoza A., “La Invisibilidad Jurídica de la Familia Andina en el Norte de Chile”, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, Volumen XXIX, N°1, junio 2016, pp. 119-140.

⁴⁶ Ejemplo de este reconocimiento lo encontramos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. En su artículo 2, reconoce tanto el carácter pluricultural de la nación como su obligación de respetar el derecho consuetudinario indígena; también en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, en su capítulo 8 sobre derechos humanos de los pueblos indígenas; en Ecuador, la nueva Constitución del año 2008 en su artículo 1 se reconoce como plurinacional.

permitido, además, darle valor a su derecho consuetudinario en el instrumento de mayor jerarquía del sistema jurídico.

El actual reconocimiento de un pluralismo jurídico familiar nos permite incorporar en los ordenamientos distintas expresiones de cómo se estructura la familia desde una perspectiva amplia e inclusiva, otorgando una respuesta estatutaria para la regulación de cada modelo, favoreciendo con ello a la seguridad jurídica. El reconocimiento expreso de esta diversidad ha comenzado a ser incorporado en forma expresa en los ordenamientos jurídicos occidentales. Así en la nueva Constitución de Ecuador del año 2008, que en su artículo 67 indica: “Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Éstas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes”.

Además, la generalidad de los cuerpos constitucionales latinoamericanos ha sido interpretada desde el deber del Estado de proteger a la familia sin distinción, favoreciendo la noción de que el poder público no debe tener una actitud restrictiva frente a las uniones afectivas de distinta naturaleza. Con ello se establece un mandato superior de ofrecer un estatuto a toda pareja para proporcionar seguridad jurídica a quienes concurren a ellas.

Debemos comprender que el derecho siempre es un *posterius*, es decir, como ciencia social actúa sobre una realidad ya consolidada en cada tiempo, y se configura como respuesta a esa realidad respecto a asuntos para los cuales la sociedad reclama una determinada respuesta. Es por esto que la regla jurídica coincide generalmente con la cultura que existe en un espacio determinado: “La realidad siempre va, y así debe ser, por delante de la norma”. De lo contrario, el derecho será ineficaz o presentará problemas de legitimidad por el desajuste entre realidad y principios normativos, dejando de cumplir los fines que se le encomiendan.⁴⁷

Desde esta mirada, cada institución del derecho de familia deberá ajustarse a su tiempo, adecuando sus fines, encauzando debidamente sus reglas al desarrollo social desde un plano inclusivo con las diversas realidades. Ello permitirá que, en el núcleo fundamental de la sociedad, todos tengan cabida. De lo contrario, el poder público sólo entregará “respuestas muertas a preguntas vivas”.⁴⁸

En el caso de Chile, la evolución del derecho de familia suele tener un tránsito más lento que otros ordenamientos jurídicos, este transitar se explica en gran parte por la férrea resistencia a los cambios sociales. Esto encuentra

⁴⁷ Gete, Alonso y Calera M. y Solé Resina J., “Mujer y patrimonio (el largo peregrinaje del siglo de las luces a la actualidad)”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo 67, 2014, pp. 767-771.

⁴⁸ Varsi E., *Tratado de Derecho de Familia*, tomo 1, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2011, pp. 56-57.

su fundamento en la rutina de la conciencia colectiva que retarda y debilita las revoluciones intelectuales, factores promovidos en gran parte por la omnipresencia hasta nuestros días de los principios canónicos en la política nacional.⁴⁹ No obstante, este retraso se presenta como una oportunidad y trae consigo el poder de analizar los fenómenos con una mirada más amplia, teniendo presente la experiencia en el derecho comparado después de largos periodos de prueba y error.

Esto se observa en la incipiente jurisprudencia de los tribunales chilenos, que marca una línea de progreso, armonizando el orden jurídico; no obstante, pareciera no ser suficiente, teniendo presente el estado del derecho comparado de la región sobre la materia. Esto resalta la necesidad de una respuesta orgánica de mayor alcance.

4. CONCLUSIONES

Si bien la familia se expresa como un fenómeno con distintas dimensiones, su origen se encuentra en la naturaleza humana al margen del derecho. No obstante, será el derecho quien le otorgue una forma perceptible para la vida en sociedad. Podemos concluir que la discusión respecto al modelo ideal de uniones afectivo-sexuales entre personas se encuentra asentada en la historia de la humanidad, manifestándose como una expresión de la costumbre, la moral y la religiosidad de cada época.

La dinámica de las estructuras familiares, durante los últimos años, ha sido objeto de continuos cambios. Presenta una característica de inestabilidad, asociada con la modificación de las costumbres sociales respecto a la manera de conformar parejas y patrones familiares. La respuesta del derecho a estos continuos cambios ha implicado un cambio de paradigma en este sector. Propone un sistema basado en el libre desarrollo de la personalidad y en el reconocimiento de una pluralidad jurídica familiar. Con base en ello, la atención primaria del derecho respecto a la familia no puede justificarse únicamente en las funciones estratégicas que cumple como unidad intermedia. Por el contrario, su propósito consistirá en promover y fortalecer su naturaleza de fuente principal del desarrollo espiritual y material de los individuos.

En la actualidad, el orden jurídico familiar funciona sobre la base de una pluralidad de modelos familiares para las diversas formas que tienen las personas de alcanzar sus propios fines, con base en la igualdad y tolerancia. Todo esto se encuentra garantizado bajo estándares universales y de

⁴⁹ Presencia de partidos políticos de connotación cristiana en ambas coaliciones que gobiernan el país. Así, en la izquierda uno de los partidos con mayor número de militantes es la Democracia Cristiana. La Unión Demócrata Independiente postula entre sus principios la sujeción a la moral cristiana. Ambos son los partidos políticos con mayor número de representantes en el Congreso Nacional.

superioridad jerárquica dentro de la mayoría de los sistemas jurídicos del derecho occidental, y en el derecho chileno, mediante la inserción de la estructura internacional de derechos humanos.

A pesar de estas inserciones amplias aún existen sectores marginados de esta noción de pluralidad. Estos sectores de silencio jurídico han comenzado a ser acogidos jurisprudencialmente frente a la omisión legislativa. El ajuste adecuado entre pluralismo jurídico, derechos humanos y derecho de familia se presenta como una zona aún en tránsito con interesantes desafíos para el siglo xxi. Pero resulta destacable el progreso del derecho de familia moderno, el cual se proyecta desde un concepto abierto. Se presenta como una herramienta jurídica que acompaña a cada grupo humano, para favorecer el desarrollo de su proyecto de vida, protegiendo su dignidad como sujeto de derecho.