

HERNÁN CORRAL TALCIANI, *Familia y Derecho* (Santiago, Universidad de los Andes, 1995).*

En esta obra, se recogen varios trabajos presentados por el autor en diferentes sedes. Es una labor en el que se busca dar una respuesta a diversas cuestiones de actualidad relativas a la familia desde la óptica del derecho natural.

Tiene una gran virtud: logra alejarse de una visión demasiado positivista del derecho, confirmando que el verdadero jurista, conocedor de que el derecho no es solamente norma escrita, tiene mucho que decir a la sociedad acerca de la verdad del matrimonio y de la familia.

El tema, como bien lo advierte el autor, es variado: la naturaleza del matrimonio y del vínculo matrimonial, los "matrimonios de hecho", los hijos, la procreación artificial y los derechos de los hijos, la educación como derecho y deber de la familia. También aprovecha las situaciones concretas de la legislación chilena para profundizar las diferentes cuestiones, dando así respuesta a los problemas concretos.

En el capítulo primero, titulado "Familia, derecho y naturaleza: en busca de un concepto", el autor constata como ni los legisladores —que no han estudiado la familia en sí, sino que se han ocupado más de los fenómenos relacionados con la familia como el matrimonio, la filiación, la patria potestad, etc.— ni la doctrina jurídica han logrado dar una noción unitaria o esencial de la familia. En efecto, hay diversas orientaciones: hay conceptos que subrayan, como elemento esencial, las relaciones conyugales y de parentesco; algunas ponen el acento en la presencia de la autoridad como elemento de cohesión de la familia; otras individualizan el elemento esencial de la familia en los vínculos de afecto y de solidaridad familiares. Finalmente, afirma que tampoco la legislación —habla de la chilena, pero pensamos que se puede decir de cualquier legislación positiva— da una noción unitaria de la familia.

En seguida, teniendo en cuenta los fines de la familia: natural, espiritual y económica, indica cuáles son las características esenciales de la noción de familia y da una definición esencial de ella: "es aquella comunidad que, iniciada o basada en la unión permanente de un hombre y una mujer destinada a la realización de los actos humanos propios de la generación, está integrada por personas que viven bajo la autoridad directiva o las atribuciones de poder concedidas a una o más de ellas, adjuntan sus esfuerzos para lograr el sustento propio y el desarrollo económico del grupo y se hallan unidas por un afecto natural derivado de la relación de pareja o del parentesco de sangre, el que las induce a ayudarse y auxiliarse mutuamente" (pp. 11-12). Aunque estamos de acuerdo con el autor, quizás sea una noción demasiado rica y exigente para decirse esencial.

* Se publica, con la autorización del autor, el comentario que apareciera en la Revista *Ius Ecclesiae. Rivista Internazionale di Diritto Canonico* (Pontificio Ateneo della Santa Croce). La traducción del texto italiano ha sido elaborada por Luis X. Miquel Aguayo, y revisada por el autor.

Después de haber dado la noción de familia, el autor pasa a individualizar su tipología y naturaleza jurídica. Respecto a esta última, analiza la antigua discusión entre familia como persona jurídica, institución u órgano. Está de acuerdo con gran parte de la doctrina civilista que afirma que la familia no requiere de personalidad jurídica. Sin embargo, a nuestro parecer esta es una cuestión que debe ser profundizada, sobre todo teniendo en cuenta la reciente orientación del magisterio pontificio en relación con la centralidad y soberanía de la familia. Si, como lo afirma el autor, la familia es también institución —una institución natural, que sólo en un segundo momento es regulada por el derecho—, sería conveniente que en algunos ámbitos se le reconociera personalidad jurídica. Sería, en fin, un órgano en el sentido de tener miembros que cumplen diferentes roles en su interior.

Hechas estas consideraciones, el autor pone de relieve el hecho de que es imposible saber y determinar qué es la familia sin tener en cuenta el derecho natural y el matrimonio como realidad natural sobre la cual se funda la familia. Concluye este capítulo con un análisis de la noción de familia en la Constitución chilena, afirmando que la Constitución considera como núcleo fundamental de la sociedad la familia edificada sobre la unión personal de los cónyuges en el matrimonio (p. 30).

El capítulo segundo, "La convivencia sin matrimonio: ¿Familia de hecho?" es un estudio sobre la realidad y la regulación jurídica de las uniones de hecho y las semejanzas y diferencias de estas con la unión matrimonial. Entre las uniones afectivas no matrimoniales distingue la simple unión libre, el concubinato y la convivencia *more uxorio*. En seguida se pregunta: ¿es familia la unión de hecho? Para dar una respuesta considera diversos elementos. Por una parte, afirma que la familia en sí misma no es solamente hecho, sino también derecho. Por lo tanto, una relación que nace fuera de todo vínculo jurídico, cual es el vínculo matrimonial, no puede ser calificada como familia. Otro elemento a considerar es que para los ordenamientos jurídicos la familia en sentido absoluto es aquella que nace de una relación reconocida como matrimonial por el derecho. Si falta esta exclusividad de la familia fundada sobre el matrimonio —como está sucediendo en muchas legislaciones—, habrá que trabajar para subrayar la naturalidad de la familia y defender su especificidad frente a estas nuevas concepciones.

Luego nuestro autor procede a realizar un análisis de la variadísima tipología de las relaciones familiares de hecho: características, estructura, grupos que no cabrían en la tipología —relaciones fundadas sobre la simple amistad, uniones homosexuales, uniones polígamas, uniones incestuosas—, problemas de coexistencia entre familia de hecho y familia matrimonial, noción de familia de hecho. Después de estas consideraciones analiza el interesante problema de la denominación de este tipo de relaciones. No está de acuerdo con la denominación utilizada por la doctrina italiana de familia de hecho, y menos aún con la francesa de familia natural. Afirma que "puede visualizarse un defecto común en todas estas expresiones, cual es, el que al conceptualizar de partida a la comunidad de hecho como familia, sugieren erróneamente la idea de que tiene una plena identidad con la familia matrimonial" (p. 53). Por esto propone usar en el campo técnico-jurídico términos que eviten esta confusión: relaciones familiares de hecho, grupos familiares no matrimoniales o grupos familiares de hecho.

Indudablemente, frente a la realidad de las uniones de hecho y de las relaciones que de ellas nacen, el derecho y la sociedad deben dar una respuesta. El autor indica tres orientaciones en la legislación: la indiferencia legal, la equiparación con la familia matrimonial y la vía intermedia que oscila entre un extremo y el otro. Confirma que cualquiera sea la regulación, se debe siempre defender la especificidad de la familia matrimonial. Se podrían atribuir consecuencias jurídicas a las relaciones familiares de hecho, pero con esto no se afirma que sean equiparables a realidades completamente diferentes. Aclarado este principio esencial pasa a estudiar los efectos jurídicos que nacen de las relaciones familiares de hecho en los ordenamientos positivos: en lo relativo a los hijos, los convivientes y los terceros.

Concluye con algunas consideraciones de política legislativa. Rechaza la idea de que se pueda establecer un estatuto jurídico de la familia de hecho, y da dos motivos muy válidos: por una parte, se desnaturalizaría la institución familiar, vaciándose de sentido una realidad que forma parte de la cultura occidental, cual es la familia entendida en su sentido real y natural; por otra parte, se actuaría contra la voluntad de aquellos que han constituido esa relación de hecho, que tiene como elemento esencial justamente la ajuridicidad y la facticidad. Indica algunos criterios a seguir en la disciplina de estos fenómenos y en la defensa del más débil: "primero, determinar qué grupos pueden ser considerados de carácter fáctico-familiar; segundo, rechazar la pretensión de otorgar a estos una normativa jurídica equiparable a la matrimonial; y, tercero, dar cobertura legal a aquellas relaciones interpersonales originadas en esas agrupaciones" (pp. 71-72).

Son criterios que debieran ser aplicados en cualquier sistema jurídico. El problema no es solamente de denominación: uno de los medios de desnaturalizar a la familia es modificar el sentido de los términos. Si decimos "esto es familia", aplicando el término a realidades que no son tales, aun cuando tengan algún elemento en común, se corre el riesgo de olvidar el término original, el analogado principal del cual esas realidades —que no eran propiamente familia— tomaron en préstamo el término. De la simple disciplina legal se pasará a la inculturalización de una visión del hombre y de la familia que no serán ya adecuados a la verdad del hombre. Aquí radica la importancia de tener en cuenta lo dicho por el autor.

El capítulo tercero, "Naturaleza del vínculo matrimonial y Legislación propuesta sobre nulidad y divorcio", comienza con algunas premisas acerca de la naturaleza y origen del vínculo conyugal, del consentimiento matrimonial y la naturaleza del matrimonio. En seguida enfrenta el problema concreto de Chile, donde el divorcio en cierto sentido ha sido introducido a través de la nulidad fraudulenta, llamada por el autor "divorcio a la chilena": sería una forma de hacer declarar la nulidad del matrimonio por defectos de forma a causa de la incompetencia del funcionario civil. El fraude consiste en aprovechar la posibilidad dada por la ley de contradecir la prueba documental de la celebración con declaraciones testimoniales de las cuales constaría que el verdadero domicilio de los contrayentes no era aquel del lugar donde se había celebrado el matrimonio, por tanto el funcionario sería incompetente y el matrimonio nulo por defecto de forma. Se advierte aquí la problemática de la forma del matrimonio como requisito *ad validitatem*.

Después del análisis de los diferentes proyectos de ley de divorcio de modelo europeo (1991 y 1993), el autor propone varias modificaciones a la

legislación chilena, que a nuestro parecer son de interés general. Una primera propuesta alternativa a la ley de divorcio es la reformulación de la disciplina de la nulidad matrimonial por parte del legislador. Otras posibilidades, teniendo en cuenta la situación real del país y lo difícil que es detener la introducción del divorcio, son la aprobación del divorcio en forma restringida, o la reglamentación del llamado "divorcio opcional", según el cual habrían dos formas para contraer matrimonio: una disoluble y la otra indisoluble. Esta posibilidad ha sido presentada en algunos países y rechazada por los legisladores. El autor admite que es difícil que sea aprobada una ley en este sentido, dado que serían pocos aquellos que aceptarían contraer un matrimonio que desde el comienzo se dice disoluble. Quienes más han criticado esta posibilidad han sido los divorcistas, que se dieron cuenta del peligro que había detrás: el divorcio habría quedado como una posibilidad solamente para las pocas personas que hubieran celebrado un matrimonio disoluble.

Después de una evaluación de los efectos negativos de la legislación divorcista en los países donde ha sido introducida, propone otras soluciones o vías menos dañinas para la familia y que responden a la necesidad de defenderla. Entre estas soluciones indica: la reforma de la institución de la separación conyugal, con suficientes garantías para los cónyuges y para la prole; la reforma del sistema en relación con las causales de nulidad de matrimonio; la eliminación del matrimonio civil obligatorio y el pleno reconocimiento al matrimonio celebrado según el rito religioso con todas sus características intrínsecas y el reconocimiento civil de las sentencias de nulidad canónica.

El capítulo cuarto, "¿Igualdad de lo desigual? Equiparación jurídica de los hijos legítimos e ilegítimos", está dedicado al problema del reconocimiento de los hijos habidos fuera del matrimonio y a sus derechos respecto de los hijos legítimos. Hace una comparación entre el Código de Bello, la normativa vigente y las más recientes propuestas legales.

La filiación en el Código de Andrés Bello había encontrado un difícil equilibrio entre la necesidad de defender la familia y la defensa de los derechos de los más débiles. Distinguía claramente entre hijos legítimos e hijos naturales o habidos fuera del matrimonio. Entre estos últimos distinguía entre naturales, o habidos fuera del matrimonio pero espontáneamente reconocidos, y simplemente ilegítimos. Los naturales podían ser legitimados y tenían derecho a exigir alimentos y a heredar del padre o de la madre. Los ilegítimos sólo tenían derecho a alimentos. En la legislación chilena actualmente en vigor, se admite más ampliamente la indagación de paternidad y se conceden más derechos a los hijos naturales, pero distinguiendo siempre su posición de la de los hijos legítimos.

En los últimos años ha habido diversos proyectos para equiparar hijos legítimos e ilegítimos. Contra estos proyectos, el autor afirma que igualdad no es identificación. Lo que es desigual no puede ser tratado como si fuera igual. Por otra parte, esta equiparación causaría un grave daño a la familia y a su estabilidad. El autor admite que es necesaria una reforma al estatuto de los hijos naturales o ilegítimos, pero señala que se debe tener en cuenta la defensa de la familia. El tratamiento diferenciado en atención a realidades que son realmente diferentes no es contrario al principio de igualdad.

A modo de conclusión, el autor afirma que una reforma en sentido igualitario no es necesaria ni conveniente e iría en desmedro de la obligación

constitucional de defender y promover la familia. No obstante ello, es necesaria una reforma de la legislación a fin de dar una mayor asistencia a los hijos habidos fuera del matrimonio, ampliando la posibilidad de la investigación de la paternidad, aun a través de la investigación biológica. En cualquier modo se debe encontrar un equilibrio entre la defensa de la persona individual y la exigencia del bien común y de defensa de la familia como estructura esencial de la sociedad.

Ya el título del capítulo quinto: "Derecho al hijo o derechos del hijo: Técnicas de procreación artificial", muestra claramente el problema. Las técnicas de procreación artificial parecen corresponder a una visión de la filiación de corte egoísta, en el sentido que ve al hijo más como un derecho de los padres, en virtud del cual estaría permitido el uso de cualquier medio para tenerlos. Contra esto el autor habla más de los derechos del hijo, fundando su discurso sobre dos principios. Uno constitucional, en cuanto la Constitución chilena –al igual que otras constituciones latinoamericanas– habla claramente de la protección del *nasciturus* (Art. 19, 1: La ley protege la vida del que está por nacer). El otro, de orden fundamental, la dignidad de la persona y el respeto a la vida del embrión que debería tener un estatuto de protección.

La situación es compleja y el autor afirma que debe ser profundizada desde el punto de vista médico, jurídico y ético. Indica las diversas situaciones problemáticas e intenta darles respuesta a la luz de las normas éticas y de la legislación vigente en Chile. Entre las realidades que son consecuencia de las técnicas de procreación artificial y que exigen una adecuada regulación jurídica, indica: la destrucción y manipulación del embrión, la procreación artificial en parejas unidas en matrimonio, la procreación artificial en parejas no casadas, la procreación artificial con participación de terceros (donación de gametos y maternidad de sustitución), el anonimato del tercero interviniente, la procreación *post mortem* y la procreación en mujer sola. Todas estas situaciones exigen una cuidadosa disciplina jurídica que tenga en cuenta los principios ya indicados.

El autor concluye de este modo sus consideraciones: "Una amplia reflexión sobre la trascendencia de la dignidad del ser humano, de todo el hombre, y de todos los hombres, podrá permitirnos articular respuestas jurídicas coherentes y fructíferas a los desafíos planteados por las ciencias médicas en materia de reproducción humana. Donde falte el sentido de lo humano, y del valor intangible de la persona, no será posible evitar que los descubrimientos y los avances tecnológicos terminen avasallando al mismo ser que pretendían servir. El progreso de la humanidad debe marchar por caminos humanos" (p. 163).

El capítulo sexto, "Libre investigación de la paternidad o maternidad y derecho a conocer la identidad del progenitor", comienza con una pregunta: la filiación, ¿es una realidad o una categoría jurídica? El autor confronta la consideración realista de la relación biológica con la noción formalista del reconocimiento jurídico. Afirma que la filiación es una realidad prejurídica, contra las teorías formalistas que centran la relación de filiación en el reconocimiento y en la voluntad de la persona considerada "padre" por el ordenamiento jurídico. Teniendo en cuenta lo dicho, utiliza dos términos para distinguir entre padre biológico –progenitor– y el padre jurídico –padre–. Generalmente corresponden, pero hay situaciones en las cuales son personas distintas: en la adopción y en algunos casos de fecundación artificial; en

otros casos está simplemente el problema de desconocimiento del propio progenitor: hijos ilegítimos no reconocidos.

Frente a estas situaciones el autor indica tres problemas: la investigación de paternidad o de maternidad; el derecho a conocer la identidad de los progenitores del adoptado y el derecho de este a conocer su condición y, si es posible, la identidad de sus padres biológicos; finalmente, el problema de la paternidad en los casos de fecundación artificial mediante la intervención de terceras personas. El autor da varias soluciones que compartimos. En lo relativo a la adopción, pensamos que cualquiera sea la solución legal, es necesario actuar con mucha prudencia a objeto de evitar las injerencias, crisis, arrepentimientos tardíos de los padres biológicos, que irían en desmedro de la estabilidad de la relación padre-hijo necesaria para un adecuado desarrollo del niño. En lo relativo a la fecundación artificial mediante donación de espermatozoides, nuestra opinión es que un pretendido derecho al conocimiento del progenitor biológico podría ser causa de graves problemas. Estamos de acuerdo en que se trata de problemas de difícil solución, en cuanto tienen ya un origen torcido. Piénsese en los problemas de parentesco, impedimentos matrimoniales, problemas sucesorios, etc. Cualquiera sea la solución, pensamos que se debe tener en cuenta también la dimensión social de las relaciones familiares. Son relaciones que en principio tienen un origen biológico, pero al mismo tiempo tienen un fuerte contenido social y jurídico que no debe ser olvidado. En la solución de los casos específicos se debe también tener en cuenta esto.

En el séptimo y último capítulo, "Familia y educación: responsabilidades jurídicas", el autor considera la familia como entidad educativa y las relaciones entre Estado y familia en el desarrollo de esta tarea. Después de una premisa sobre la educación y la persona humana, analiza los diversos contenidos y los responsables de la educación de los hijos, subrayando la insustituible presencia de la familia como primer y principal educador. Entre otros, desarrolla los siguientes argumentos: responsabilidad y responsables en el proceso educativo; derecho y deber de la familia de educar; derecho de los padres de educar a sus hijos: titularidad del derecho, contenido, límites, duración; deber de los padres de educar a sus hijos: obligación, contenido, duración, sanciones.

Luego defiende la prioridad del derecho de los padres y la subsidiariedad del Estado, cuya acción se concreta en los siguientes roles: normativo y de supervisión, subsidiario y de corrección, de protección y promoción. En lo relativo a la educación sistemática en los centros de enseñanza, el autor espera una mayor participación de los padres en la gestión de estos centros y propone dos medios para promover esta presencia de los padres: los incentivos financieros por parte del Estado para el desarrollo de los centros escolares en los que efectivamente los padres cumplan un papel de real participación y la participación directa de los centros de padres en la elaboración de los planes de estudio.

Concluye con una reflexión: más allá del simple legalismo que pretendería resolver los problemas de la real participación de los padres en la educación de sus hijos, señala que la cuestión realmente importante es la toma de conciencia por parte de los padres de su derecho y deber de ocuparse de la educación de sus hijos, sin dejarla completamente en las manos del Estado o de las entidades educativas. Las reformas legislativas son

importantes, pero sin un cambio en la actitud de los padres cualquier reforma legal será insuficiente.

Como ya hemos dicho al comienzo de esta recensión, la obra que ahora tenemos entre las manos es un trabajo realmente interesante, que muestra cómo, para dar una respuesta a las diversas cuestiones que se presentan al jurista, no es suficiente un amplio conocimiento de la técnica jurídica sino que también es necesario tener una sólida formación humanista, histórica y ética. Frente a los problemas de gran alcance que se han presentado al jurista en nuestros tiempos, que debe legislar sobre la familia y las relaciones familiares –pensamos en problemas como el divorcio, la filiación, el aborto, la fecundación artificial– se deben encontrar principios que permitan construir sobre cualquier terreno, para poder indicar soluciones válidas para cualquier análisis de tipo jurídico, social o ético. A nuestro parecer, el autor ha enfrentado con éxito los diferentes problemas. Aun cuando no compartamos algunas de las propuestas técnicas elaboradas, estamos totalmente de acuerdo sobre los fundamentos de su discurso. Finalmente, pensamos que esta obra tiene otro gran mérito: su procedencia. En muchos países de América Latina recién ahora el legislador se ha planteado alguno de los problemas que en Europa son ya antiguos y consolidados: aborto, divorcio, filiación. Por esto, países como Chile tienen una gran ventaja que esperamos no sea malgastada: pueden conocer las consecuencias, tantas veces negativas, que algunas de estas legislaciones contrarias a la familia han tenido en la sociedad europea y americana del norte, y podrían valorarlas, evitando incurrir en los mismos errores.

Héctor Franceschi F.