

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / N° 11 / 1993

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1993

RECUERDO DE JORGE MILLAS



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
1993

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL.
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL N° 11
1993

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades y Escuelas de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Universidad de Valparaíso, Universidad de Concepción, Universidad Diego Portales, Universidad Adolfo Ibáñez, Universidad Andrés Bello, Universidad Finis Terrae, Universidad de Las Condes, Universidad Católica del Norte y Universidad de Talca.

ISSN — 0716 — 7881

Diseño gráfico: Allan Browne Escobar.

Impreso en EDEVAL,
Errázuriz 2120 - Valparaíso.

ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
1993

RECUERDO
DE JORGE MILLAS

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1991 - 1993)

Antonio Bascuñán Valdés, Jorge Correa Sutil, Andrés Cuneo Macchiavello, Jesús Escandón Alomar, Fernando Quintana Bravo, Nelson Reyes Soto, Agustín Squella Narducci, Juan Enrique Serra H. y Hugo Tagle Martínez.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspondencia puede ser dirigida a la Casilla 211-V, Valparaíso.

En la asamblea general de socios correspondiente a 1993, se eligió al siguiente nuevo Directorio por el período 1993-1995: Antonio Bascuñán, Jorge Correa, Jesús Escandón, Pedro Gandolfo, Fernando Quintana, Nelson Reyes, Juan Enrique Serra, Agustín Squella y Aldo Valle.

PRESENTACION

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social presenta su Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 11, correspondiente a 1993.

Hemos titulado este nuevo número del Anuario "Recuerdo de Jorge Millas", puesto que en 1992 se cumplieron diez años de la muerte del destacado filósofo chileno, socio fundador en 1981 de nuestra Sociedad e integrante de su primer directorio. Con ese motivo, en el mes de abril de 1992, la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, en conjunto con la Universidad de Chile, organizaron un acto en memoria de Jorge Millas, que tuvo lugar en el Salón de Honor de esa casa de estudios superiores. Intervinieron en ese acto el Rector de la mencionada universidad, Jaime Lavados, el presidente de nuestra Sociedad, y el filósofo y profesor Humberto Giannini.

La primera sección del presente Anuario reproduce precisamente el texto de las tres intervenciones antes aludidas.

Sigue luego una sección de Estudios, en la que el lector podrá encontrar diversos trabajos de interés.

La sección denominada Documentos reproduce un trabajo del sacerdote y profesor de Filosofía del Derecho, Rafael Gandolfo, quien impartió la asignatura en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. Rafael Gandolfo estuvo también vinculado hasta su desaparecimiento al Instituto de Filosofía de esa misma universidad. A continuación se reproduce un comentario del profesor Ismael Bustos a tres obras de Ronald Dworkin. Se incluye también la versión escrita de las palabras pronunciadas por el presi-

dente de nuestra Sociedad, Agustín Squella, con motivo de conferirse a Ronald Dworkin, en diciembre de 1993, la calidad de Socio Honorario de la corporación. En esta misma sección se agrega un trabajo del profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba, sobre Violencia y Justicia.

Se incluye una Sección titulada In Memoriam, con un trabajo del profesor José F. Palomino M.

El volumen concluye con la sección Recensiones, en la que se contiene una importante cantidad de reseñas de libros de evidente interés.

Este y los restantes números del Anuario de Filosofía Jurídica y Social pueden ser solicitados a la Casilla 211-V, Valparaíso, Chile.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
Abril de 1994

EN RECUERDO DE JORGE MILLAS

ESTUDIOS

LA FAMILIA Y EL DERECHO:
UNA APROXIMACION CRITICA

CHRISTIAN ALFARO MUIRHEAD *

Introito.

En primer término, cúpleme agradecer al doctor Miguel Angel Solar y, por su intermedio, a los miembros del Departamento de Salud Pública de la Universidad de la Frontera, el habernos invitado a exponer, al inicio de este seminario, en una breve charla, sobre la difícil relación Familia y Derecho, dentro de un contexto de varias otras exposiciones encaminadas a fijar, en definitiva, un enfoque global, de carácter interdisciplinario, de las familias existentes hoy en Chile, de cara al tercer milenio.

Pues bien, debiera, por otra parte, quizás, excusarme ante ustedes, del modo un tanto abstracto y formulario con el que hemos accedido al tratamiento de este cometido. Es claro que aquí nos hemos ocupado de las "cuestiones de fundamentación con preferencia a las de suyo más recortada y ceñidamente dogmáticas" (1). Todos ustedes saben, algunos de oídas, otros por experiencia propia, cuán confundidos aparecen ante la faz de nuestra experiencia una

* Magistrado. Miembro del Instituto de Estudios Judiciales.

1. Teoría y Realidad del Derecho; Un viaje a Chile desde el Japón pasando por Europa. José Llompart. S.J. Prólogo de Manuel de Rivacoba y Rivacoba y Agustín Squella Narducci; p. 10, Edeval, 1989.

serie importante de nociones, valores, afectos u odiosidades, que traen consigo aparejadas ideas anclares como las de derecho, moral, religión, justicia, estado, matrimonio, ilegitimidad, etcétera. Con todo, se trataba de alcanzar una máxima comprensión de la institución jurídica de la familia con una así no menos intensa profundidad de las no pocas variables que una consideración regida por los principios de la autenticidad obligábanos, pues, a abordar.

La transición, de otra parte, no sólo atraviesa nuestras nociones y certezas por razones puramente locales, episódicas o de pintoresquismo insular-meridional al que somos tan aficionados los chilenos. Aquélla es, qué duda cabe, de orden universal.

Nuestro tema, de un modo u otro, debía hacerse cargo, así fuera mínimamente, de ambas situaciones; y, en lo posible, hacerlo también con un mínimo de coherencia y trabazón internos.

I

La relación derecho y familia, más allá del reconocimiento positivo que hace el Código Civil de la existencia de las llamadas obligaciones meramente naturales⁽²⁾, nos sitúa de lleno en el problema, de enorme trascendencia, que en una reflexión cardinal de la Ciencia Jurídica tiene la vinculación del Derecho y la Moral. Cualquiera, pues, reconoce como una cuestión evidente que el derecho y la moral se sitúan, objetivamente, en el mundo normativo, en la dimensión del deber ser de las cosas, esto es, como una dimensión sino opuesta, completamente diferente, al ser de ellas mismas. Las normas jurídicas o morales, en tanto que pertenecientes al deber ser de las cosas del mundo, no resultan, pues, realmente inteligibles sólo a partir de un principio del todo diverso del de causalidad o de indeterminación como formas de acceder al conocimiento del mundo físico, natural o social. Allí se accede racionalmente al conocimiento de las normas a partir del principio de imputación⁽³⁾; esto es, a partir úni-

2. El art. 1.470 señala que: son obligaciones naturales las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas, autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas.

3. Hans Kelsen: Teoría Pura del Derecho. Ed. Universitaria de Buenos Aires, 1960 (1934).

camente del reconocimiento indiscutible de la libertad del hombre, en su dicotomización progresiva y permanente con el reino de la necesidad.

Por otra parte, la relación conocimiento y verdad, a los propósitos de este trabajo, no tiene por qué entenderse como divorciada de aquella que vincula las nociones o conceptos de existencia y realidad, en sus significaciones más simples o elementales.

He aquí, entonces, como vamos desbrozando los conceptos de norma, derecho, moral, deber ser, conducta libre o libertad de la conducta⁽⁴⁾.

Podemos asumir que la libertad en definitiva, se traduce en la facultad de obrar del hombre en relación a una opción clara y transparente de valores y jerarquías debidos, precisamente, en su sentido deontológico. Atendamos, en consecuencia, a algunos pares de conceptos que nos permitan ir adentrándonos en la materia: conducta y valor; necesidad y libertad; derecho y moral; imputabilidad y sanción; Derecho y Estado; Sociedad y Estado; en suma, y para la ocasión que aquí nos convoca: Familia y Derecho.

Ahora, situados en el problema del epígrafe de esta exposición, a la luz de los elementos o conceptos que simplemente han sido enunciados precedentemente, la relación familia y derecho se nos aparece como un problema más bien vicario en relación a aquellos que se insinúan o despliegan en torno a dichas dicotomías.

En efecto, la familia como ente social y ético que se constituye o se ha constituido en la historia de las sociedades, es un ente intermedio entre los individuos y el Estado. Como quiera que los primeros nacen, se desarrollan, existen, se reproducen y mueren no sólo en su dimensión natural, sino que, y esto es lo que aquí importa, en su proyección y existencia espiritual; en tanto que entes morales, responsables éticamente en tanto que libres o deviniendo tales, suponen y requieren de un organismo que los comprenda pues en ambas significaciones. A partir del individuo y su responsabili-

4. Idem., p. 29, Kelsen dice: "El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación, es decir, la condición de una consecuencia específica" (recompensa, penitencia o pena).

dad, la construcción máxima de su eticidad se encuentra en el Estado. Para decirlo en breve: si el individuo es a la familia lo que la sociedad al Estado, ambas eticidades, la de la familia y la del Estado, descansan en la responsabilidad ineludible del individuo y, la responsabilidad máxima de éste se descubre y despliega pues en la figura ética del Estado, mediado tan solo por la familia. La función de la familia, desde el punto de vista de la intelección de los problemas jurídicos que estamos analizando cumple, a todas luces, una función vicaria de la relación Individuo-Estado.

Lo anterior importa así precisar por cuanto, sin desconocer ni deslegitimar una visión diferente de las cuestiones que aquí nos ocupan, como ser por ejemplo una particular visión religiosa o teológica de las mismas, no es infrecuente que, a partir de excelsas figuras o momentos a que su desbrozamiento en el espíritu por lo regular invitan, se orienten luego, imperceptiblemente, el conjunto de nociones arriba expuestas, por cauces de orden místico imposibles de seguir en su senda discursiva. El problema del derecho y las familias tórnase así, pues, ininteligible en cuanto problema típico del deber ser de los individuos, ahorrándonos trechos inmensos, salvándolos mediante vuelos en el vacío, para situarnos sin remedio, con grave daño, dolor e intolerancias, inopinadamente, en el mundo del ser más allá del ser que nos es aquí, siempre, familiar a todos y cada uno de nosotros.

Sin darnos cuenta, pues, se pretende no pocas veces llevarnos, inaladamente, en medio de discursos y anatemas que exigen, autoritariamente, sacarnos del principio de imputación (libertad) para ubicarnos de lleno ya no en una causalidad o indeterminación a escala humana sino que, muy por el contrario, fuera de ella. Con todo, Hegel resuelve magistralmente este problema en la noción del Espíritu Absoluto. Este, a su turno, no se identifica desde ningún punto de vista con las formas vulgares o corrientes de entender la religión, el arte y la filosofía; incluso, y esto es digno de tenerse en cuenta, en su versión popular de aquellas manifestaciones del espíritu⁽⁵⁾.

5. G. W. F. Hegel: *Filosofía del Derecho*, con una introducción crítica de K. Marx. Ed. Claridad, Argentina, 5ª ed. en castellano, tomada de la italiana de Benedetto Croce y G. Gentile. —Hans Küng: *La encarnación de*

II

Nuestra actual Constitución Política del Estado, en su artículo 1º, tras la reproducción de una norma de la célebre Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, cuyo autor fuera Thomas Jefferson hace más de 200 años, aquella que proclama que los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos; inmediatamente, a continuación, prescribe que se tendrá como una de las bases de la institucionalidad el principio que declara que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad⁽⁶⁾. Asimismo,

Dios. Introducción al pensamiento de Hegel como prolegómenos para una cristología futura. Ed. Herder, Barcelona, 1974. —Heidegger: *La Phénoménologie de l'esprit de Hegel*. Cours de 1923-1944. Ed. Gallimard, 1984. Este curso corresponde al semestre de invierno de 1930-31, dado en la U. de Freiburg I. Br. —Garauy: *El pensamiento de Hegel*. Seix Barral, Barcelona, 1974; *El método de Hegel*, Ed. Leviatán, Argentina, 1985. —Jean Hyppolite: *Génesis y Estructura de la Fenomenología del Espíritu de Hegel*. Ed. Península, Barcelona, 1974. —Georg Wilhelm Friedrich Hegel: *Werke 7, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse mit Hegels eigenhaendlichen Notizen und den mündlichen Zusaetzen*. Suhrkamp Verlag, Frankfurt, 1978. —Walter Faufmann: *Hegel*, Alianza Universidad, 1972. —Herbert Marcuse: *Razón y Revolución*. Hegel y el surgimiento de la teoría social. Alianza Editorial, 2ª edic., 1972. —Ernst Bloch: *Sujeto-Objeto. El pensamiento de Hegel*. Fondo de Cultura Económica, México, 2ª edic. en castellano, 1985. —Hegel: *Enciclopedia de las Ciencias Filosóficas*. Juan Pablos Editor, México, 1974. —Carla Cordua: *El Mundo Etico, Ensayos sobre la esfera del hombre en la filosofía de Hegel*. Ed. Anthropos, 1989, España. —Amelia Valcárcel: *Hegel y la Etica. Sobre la superación de la "mera moral"*. Ed. Anthropos, 1988, España. —Edición francesa de la filosofía del derecho de Hegel. Gallimard, 1983.

6. William W. Van Alstyne señala: "Uno de los aspectos que yo creía era algo que hacía que nuestra Constitución fuera algo muy especial es lo que se denomina un gobierno federal, muy diferente del que ustedes tienen. Pero eso ha sido muy imitado por otros países y Canadá entre otros, lo ha adoptado. El resultado es que algunos asuntos se entregan a la decisión de cada estado, provincia o cantones, como en Suiza y muchas disposiciones legales, sobre un mismo tema, no son idénticas en todos los estados. Por ejemplo, vuestra Constitución atribuye gran importancia a la familia, en uno de sus primeros artículos. Y lo más extraño es que los requisitos para contraer matrimonio o cuáles son los criterios aplicables al divorcio y a la adopción de menores no han sido nunca objeto de leyes aprobadas por nuestro Congreso, de manera general. Todo el derecho de familia, según la estructura federal

en su artículo 19, conjuntamente con establecer la inviolabilidad del hogar y el respeto y protección a la honra de la familia de las personas; prescribe, en su artículo 26, que ninguna ley, esto es, norma alguna de inferior rango que aquéllas, podrá afectar estos derechos en su esencia. Por último, dicha disposición primera señala, imperativamente, que es deber del Estado dar protección a la familia.

Con todo, la familia, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, es esencialmente una organización social y ética. Ella no aparece expresamente definida en el conjunto de disposiciones del Código Civil. No obstante, existen disposiciones aisladas que, de alguna manera, proveen los elementos jurídicos indispensables que autorizarían su caracterización legal⁽⁷⁾. Por último, la familia en Chile no es persona jurídica, pues entre nosotros no existe el Consejo de Familia que sí se encuentra establecido en la legislación civil de otros países.

Ahora bien, esta institución ético-social en tanto que normatividad del orden moral de nuestra sociedad, recorre a todo nues-

de nuestra Constitución, no se encuentra mencionado en disposiciones que indiquen explícitamente qué es lo que el Congreso puede hacer al respecto, ya que se considera que es algo que le compete a los diversos estados de la Unión. En consecuencia, cuando uno se mueve de un estado a otro, incluso distancias cortas, el derecho de familia varía. Lo mismo puede decirse de la ley sobre contratos, de los cuasi delitos, del derecho penal, el hurto, etc. No existen disposiciones genéricas en las leyes aprobadas por el Congreso". Alstyne, Varas, Mikva, Curplido, Murt y Cea, en *Constitución y Desarrollo Social*, p. 3; Universidades de Chile, Católica de Santiago y Diego Portales; edición patrocinada por el Instituto de Estudios Judiciales, 1988. Jefferson, sus escritos políticos. Ed. Diana, México, 1965. T. Mommsen: "La familia romana no ha sido nunca absorbida por el Estado, como en las leyes de Licurgo. Según uno de los principios más ciertos y más notables de la primitiva Constitución romana, el Estado puede cargar de cadenas a un ciudadano y aun decapitarlo, pero no puede quitarle su hijo ni su heredad, ni aun imponerle un tributo. Ningún pueblo ha sido poderoso en el círculo de sus derechos políticos como el pueblo romano. En ninguno han vivido los ciudadanos, con tal que no fuesen delincuentes, en una tan completa independencia los unos respecto de los otros y aun en relación al Estado". *Historia de Roma*, tomo I, De la Fundación a la República. Ed. Aguilar, serie especial Premios Nobel (correspondiente al de 1902).

7. Artículos 42, 815, 988, 989, 990, 991, 992 y 993, del Código Civil.

tro ordenamiento jurídico privado. Desde luego, a ella se refieren prácticamente la mayoría de las normas contenidas en el Libro I del C. C., en disposiciones relativas al matrimonio; a las obligaciones y derechos entre los cónyuges; a la filiación y sus clases; a los derechos y deberes entre los padres y los hijos; a la administración de los bienes de estos últimos por sus padres o patria potestad; a los alimentos que se deben por ley a ciertas personas; y, en general, a las tutelas y curatelas. Asimismo, las normas del título XXII referidas al régimen patrimonial del matrimonio del Libro IV y todo el Libro III, de la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos; en especial las normas relativas a la sucesión intestada y, por lógica, aquellas concernientes a la testamentaria, nos resultarían completamente incomprensibles si no los viéramos en relación con la significación preponderantemente patrimonial de la familia según los parámetros normativos y culturales de aquel Libro I ya indicado.

Luego, a la familia también se refieren una serie importante de leyes especiales, complementarias del Código Civil, como son, por ejemplo, la Ley de Matrimonio Civil de 1884⁽⁸⁾, el Decreto

8. Historia del Matrimonio en Chile. En nuestro país la historia de la legislación sobre matrimonio se divide en dos épocas separadas por la dictación de la ley sobre Matrimonio Civil de 10 de enero de 1884. Durante el primer período todo lo relativo a la celebración del matrimonio, a sus condiciones de validez, a los impedimentos y prohibiciones para celebrarlo y a las causales de disolución estaba entregado a la jurisdicción de la Iglesia Católica. El legislador civil se encargaba de reglamentar sus efectos y consecuencias. No obstante lo dicho, la ley civil siempre se reservó el derecho de establecer algunos impedimentos que resultaban obligatorios para la autoridad eclesiástica. Desde el 10 de enero de 1884 se inicia el segundo período de la historia legislativa, que se caracteriza por el establecimiento del matrimonio civil reglamentado por la ley del Estado en todos sus aspectos y consecuencias. La evolución legislativa, hasta llegar a este estado, es la siguiente: Hasta 1820 regían en Chile las Leyes de Partidas, que prescribían que el matrimonio se celebraría ante el cura de la respectiva parroquia y establecían los impedimentos y prohibiciones para celebrarlo (Partidas I y IV). El 9 de septiembre de 1820 se dictó un Senado Consulto que exigía 24 años de edad para el hombre y 22 para la mujer, como mínimo para contraer matrimonio. Si se tenía menos edad era necesario obtener el permiso de los ascendientes; en lo demás, regía el matrimonio católico. El 24 de agosto de

Nº 2.531 del M. de Justicia, del año 1929, que aprobó el Reglamento sobre aplicación de la Ley de Protección de Menores; la Ley de Educación Primaria Obligatoria de 1930 (Decreto Nº 5.291); la Ley de Adopción Simple, Nº 7.613, de 1943; la Ley de Estados An-

1844 se dicta una ley estableciendo una forma de matrimonio para los no católicos. Según esta ley, los que profesen religión distinta a la católica pueden casarse concurriendo ante el cura párroco y dos testigos. Basta expresar ante él y los testigos el deseo de contraer matrimonio para que, sin necesidad de otra ceremonia, queden legalmente casados. La ley prescribía que el cura párroco debería inscribir el matrimonio en sus registros, así como los hijos nacidos de tales matrimonios. Aun cuando ésta era una manera de establecer una especie de matrimonio laico, encontró en su aplicación serias dificultades, pues la Iglesia era reacia a celebrarlo; aparte de ello, no solucionaba el problema de los matrimonios entre un no católico y un católico. La situación se mantuvo hasta la dictación del Código Civil. El Código establece dos formas de matrimonio: una para los católicos y otra para los que no lo son. La celebración del matrimonio católico, sus formalidades y requisitos internos son de resorte exclusivo de la Iglesia Católica (arts. 117 y 103 del Código Civil, hoy derogados). La ley civil se limitó a establecer en el artículo 104 (derogado) un impedimento de afinidad, y en los artículos 128 y 126 impedimentos de "segundas nupcias". No obstante el exagerado respeto del legislador por el matrimonio católico, la Iglesia protestó de esta incipiente reglamentación. El artículo 118 (derogado) establecía el matrimonio para los no católicos, que es sensiblemente la misma expresión contenida en la ley de 1844, pero se omitía la obligación de los curas párrocos de anotar estos matrimonios en sus registros. Desde este punto de vista, el Código Civil es una regresión con respecto a la ley de 1844. La situación expuesta se mantuvo hasta la dictación de la Ley de Matrimonio Civil, de 10 de enero de 1884, que lleva las firmas de don Domingo Santa María y de don José Ignacio Vergara. La dictación de esta ley es el resultado de un conflicto entre el gobierno liberal y las autoridades eclesiásticas, que alcanzó su punto cúlmine en los años 1884 y 1885. Sus momentos culminantes son el rechazo que, a insinuación del clero metropolitano, se hizo de la propuesta del gobierno recaída en la persona de don José M. Taforó para el Arzobispado de Santiago. Se objetó a monseñor Taforó porque según se dijo, era hijo natural. Por esta misma época (2 de agosto de 1883), el gobierno se vio obligado a propiciar la dictación de la Ley de Cementerios Laicos, porque la autoridad eclesiástica se negaba a dar pase de sepultura a los no católicos. Según esta ley, que lleva la firma de Santa María y Balmaceda, en los cementerios sujetos a la administración del Estado o de las municipalidades no podrá impedirse, por ningún motivo, la inhumación de cadáveres de personas que hayan adquirido sepulturas de familia, o de pobres de solemnidad. La autoridad

tisociales, Nº 11.625, de 1954; la Ley Nº 14.908 de 1962 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, reguladas ya desde 1935; la Ley Nº 16.346 sobre Legitimación Adoptiva de 1965, refundida en la Ley Nº 18.703 de 1988; la Ley de Menores Nº 16.618 de 1967; Ley Nº 18.620 sobre Contrato de Trabajo y Protección de los Trabajadores; y las normas relativas al Servicio Nacional de Menores de 1979 y 1980, etcétera.

A su turno, el sistema jurídico penal, en su título VII, se refiere a los crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, tipificando el aborto, el abandono de niños y personas desvalidas, los delitos contra el estado civil de las personas, como la inducción al abandono del hogar de los menores o suposición de parto, el rapto, la violación, el estupro, el incesto, la corrupción de menores y otros actos deshonestos, el adulterio, el amancebamiento, la bigamia y, más adelante, el parricidio, uxoricidio, infanticidio y las lesiones entre parientes como agravante especial de los delitos de este tipo, etcétera.

Por su parte, del deber de asistencia o ayuda mutua que se deben los cónyuges entre sí, se sigue la prohibición de entablar un cónyuge contra el otro la acción penal (art. 17 del Código de Procedimiento Penal) y la circunstancia de que no están obligados a declarar como testigos (arts. 360 Nº 2 del Código de Procedimiento Civil y 201 del C. de P. P.). También, en este orden de consideraciones se fundan las eximentes de responsabilidad del conyuge en ciertos delitos, la atenuan o agravan (arts. 10, Nº 5; 11, Nº 4; 13, 390 y 489 del Código Penal). Asimismo, este cuerpo normativo, en su art. 352, castiga con la pena de presidio de 5 a 10 años, al que abandonare a su cónyuge, enfermo o imposibilitado, si el abandonado sufre lesiones graves, o la muerte, a consecuencias del abandono.

eclesiástica respondió a esta ley dictando un decreto execratorio de los cementerios. Ante esta actitud, el gobierno reaccionó enérgicamente, creando un Registro de Defunciones y obligando a los párrocos a llevarlo y proponiendo el proyecto de matrimonio civil, que fue ley de la República el 10 de enero de 1884. Págs. 21 y ss. Manual de Derecho de Familia, Enrique Rossel Saavedra. Quinta edición actualizada, Ed. Jurídica, agosto de 1983. También, ver Manual de Derecho de Familia, de Ramón Meza Barros, 2 tomos, Ed. Jurídica de Chile, 1979.

Por último, cabe hacer notar que el Código del Trabajo, anterior al D.L. N° 2.200, de 1978, en su art. 290, establecía que la indemnización por accidente del trabajo y que ocasionara la muerte del accidentado, a falta de cónyuge, ascendientes o descendientes legítimos o ilegítimos, cedía en favor de las personas que vivían a expensas de la víctima, "sean parientes o no". Es decir, la concubina, figura nada desdorosa en la época de Roma, la que se menciona una sola vez en el art. 280 del Código Civil e introducida en nuestra legislación por la ley N° 10.271, de 1954, y a quien ha querido referirse también en este caso el legislador, sin mencionarla, tenía derecho, pues, a esta indemnización por accidentes del trabajo (véase, además, los arts. 43 y ss. de la ley N° 16.744, de 1968, y la historia relativa al pago de montepíos de los empleados de la Administración Pública, etc.).

III

Como puede apreciarse de una exposición panorámica general de las disposiciones jurídicas relacionadas, directamente, con la institución de la familia en nuestro ordenamiento, aquella acusa, de un modo evidente, el desgarramiento interno, su carácter contradictorio consigo misma de dicha institución.

Ello, por lo demás, no puede ser de un modo diferente. Existen y coexisten en nuestra realidad, diferentes tipos de familias. Desde el punto de vista de la distribución de los ingresos existen familias que se ubican, pues, dentro del 10% de las personas que por sí solas perciben el 47% aproximadamente del Ingreso Nacional; y, otras, que se ubican en el 50% de la población (ya por este hecho han perdido indefectiblemente su calidad de personas) que perciben el 17% de esos ingresos⁹. Se sabe y reitera que en Chile, hoy, existen 5.000.000 de pobres y, dentro de este total, 1.200.000 seres humanos son indigentes absolutos. De otra parte, la familia media chilena, en tanto que ente moral, sea perteneciente o no al "sector marginal", es diferente de la familia mapuche o aymará.

9. Alvaro Díaz: El Capitalismo Chileno en los 90: Crecimiento Económico y Desigualdad Social. Taller de Reflexión de PAS, N° 1, Serie Documentos de Análisis, julio 1991, p. 19.

También, desde un punto de vista educacional, las familias difieren en Chile grandemente entre sí y, por supuesto, en relación con las normas fundamentales consagradas en las disposiciones civiles más características. Por último, en su composición por edades, las familias responden, también, de modos muy distintos a las exigencias normativas del derecho en nuestro país.

Considerado, pues, el Estado en su eticidad, sobre todo en punto a la cuestión acerca de cómo comprende o expresa la vivencia de la institución social de la familia, no podemos sino convenir en aquel principio que, por reducción, llega a afirmar y sostener que las sociedades tienen el derecho que se merecen. Más allá de toda probidad en el juicio o del cinismo en su formulación, ello, a partir del Derecho y del Estado es así indefectiblemente.

De otra parte, es posible que a partir de consideraciones diferentes de las nuestras, la situación de las familias en relación con los ordenamientos jurídicos en los que se desenvuelven, en los países postindustriales¹⁰, sea justamente lo contrario, lo inverso de lo que aquí ocurre. Allá, el derecho expresa una existencia bastante tenue del grupo social al que nos estamos refiriendo y, sin embargo, no es difícil imaginar cómo esa ausencia en el Estado, en su dimensión ética, sea sentida con parecida fuerza a como aquí, entre nosotros, exige su reconocimiento real y no puramente programático-normativo. Allá, las familias se extinguen o subyacen en la abundancia de medios y recursos materiales. Aquí, nuestras familias viven y sobreviven, en su significación que nos es más propia, en medio de la escasez y pobreza más indignas.

Tal vez sea aquello una de las causas más inmediatas, desde el punto de vista de la eticidad en el mundo contemporáneo, de la fuerte y progresiva mundialización o internacionalización del derecho y del estado moderno. Como quiera que los modos de existencia de las familias apuntan a cuestiones que muy poco tienen que ver con el capricho histórico de las sociedades y de los hombres, o, lo que es lo mismo, con las vicisitudes culturales del ser humano en

10. Peter Berger: El Matrimonio y la Construcción de la Realidad. Se trata de una interesante consideración ideal-típica de la familia nuclear de las sociedades industriales modernas. Revista de Estudios Públicos, N° 43, Invierno de 1991 (original, junio 1964).

el mundo de siempre, de ayer y de hoy. En la actualidad, pues, se vive de un modo universal, quizás, el reacomodo de esa institución ética en el espacio que le es propio y con la intensidad total que su misma naturaleza exige: el universo completo del hombre, toda vez que éste, más allá de la diversidad, es uno y el mismo de siempre, aquí y acuyá, en relación desde luego con su dimensión deontológica, la más humana estrictamente hablando⁽¹¹⁾. Sobre este fenómeno, el modo y la fuerza con que el concepto e idea de las familias empuja a la interconexión del derecho y del Estado en el mundo de hoy, esto es, su configuración ética dentro del orbe mismo del actual orden mundial, es muy probable, que no seamos conscientes de ello en absoluto, no obstante los indicios que, en otras áreas, asumen el carácter de evidencias completas y definitivas.

En suma, el concepto de las familias, en cuanto a la superación de su desgarró, conflicto y recomposición internos, supone la configuración del mundo como la Aldea Global de Marshall Mc Luhan o la superación, cuando menos tendencialmente, de la dicotomía de F. Fukuyama que distingue, así con la más fría y lúcida de las sonrisas, entre pueblos históricos y post-históricos⁽¹²⁾.

Lo que se quiere significar, pues, que la modernidad viene, debe venir, y que, ojalá, venga luego y se instale de una vez por todas, coherentemente, entre nosotros, con su cortejo de negativida-

11. E. Fuchslocher, en su obra *Derecho de Menores*, tomo II, p. 18, dice:

Históricamente considerada, aún en sus más variadas formas y conceptos, la familia la encontramos constituida desde los tiempos más primitivos, puesto que el hombre, siendo un ser eminentemente sociable, no cabe considerarlo en un aislamiento, desmentido por la observación atenta de los hechos, en el que no sería posible realizar ninguno de los fines humanos sin ella; dondequiera y como quiera que se le estudie, ofrécese al observador formando parte, con uno u otro carácter, ya como miembro principal, ya como factor secundario y subordinado, de esa comunidad natural y afectiva que todas las edades conocieron y todas las civilizaciones han respetado y enaltecido, porque en ella descansa y se asegura la perpetuación de la especie. Edeval, 1970.

12. Francis Fukuyama: ¿El fin de la historia?, *Revista de Estudios Públicos* N° 37, Verano de 1990. Debate sobre el fin de la historia, *Revista Universitaria de la U. C.* N° 33, 2ª entrega, 1991. La crisis de los autoritarismos, septiembre, *Revista de Ciencias Políticas* N° 27, Universidad de Chile, 1991.

des hegelianas, incluso como escuela y proceso real de libertad. La modernidad implica universalización. El Estado actual, o los Estados devenidos universales, suponen o requieren de su base racional ineludible: la familia moderna que no es ni la miseria de familia del norte, ni la familia en la miseria que es la nuestra. El concepto, con todo, yace aquí: en lo que está quedando del tercer mundo.

Por último, cuestión importante, según se debiera reconocer, esta universalización de la idea de las familias no será obra, y ya no lo fue, de una raza, de una clase, o de alguna religión en exclusiva. Su fragua es la democracia y su estilo: la tolerancia. Su fuerza, el ethos de su realización, vendrá de aquello que señala y reconoce que todo lo real es racional y todo lo racional es real en el progresivo desarrollo y enriquecimiento de la libertad en la necesidad.

IV

Para terminar, útil es considerar la importancia que tienen, a los efectos de arrojar alguna luz efectiva en la relación familia y derecho, los procedimientos judiciales al uso en nuestro medio legal. Es allí donde prácticamente se desvela de manera significativa la cuestión de las familias y su tratamiento jurídico como, asimismo, la solución real que el aparato estatal provee a su respecto.

En Chile, los procedimientos judiciales se encuentran demasiado dispersos en orden a cautelar con relativa eficacia al grupo familiar en sus más variados tipos y niveles. Incluso, nuestro aparato judicial carece de una política de conjunto que se refiera, específicamente, al cuidado y protección de las familias, en su desarrollo completo, en sus aspectos multifacéticos e íntimamente relacionados entre sí. En suma, dada la magnitud y trascendencia de las tareas judiciales en orden a regular, en la práctica misma del derecho familiar la variedad y complejidad de casos cuya resolución jurídica la sociedad reclama, de manera cada vez más exigente, se hace necesario e impostergable la constitución, en nuestro medio, de los Tribunales de familias, encargados de los asuntos relativos a problemas matrimoniales, de los actuales juicios de nulidad y divorcio que se llevan a cabo ante la justicia civil, de todas las materias relativas a menores, alimentos en general y discernimientos a efectos crimina-

les. Incluso, podría reclamarse su intervención obligatoria u optativa, según los casos, en la etapa del sumario, en los juicios seguidos en sede penal por delitos cuyo bien jurídico fundamental consista en la protección precisa de las familias en nuestro medio.

Es más, lo anterior vale independientemente del importante y valioso rol actual de los Jueces de Menores, sobre todo a partir del ejercicio mismo de sus trascendentales facultades de imperio en el desarrollo de sus funciones jurisdiccionales. Por otra parte, la función interpretativa en el derecho de las familias puede enriquecerse enormemente en Chile siguiendo pues la senda que ya han abierto dos eminentes juristas: Carlos Cerda Fernández a partir del ejercicio de la propia función judicial y Agustín Squella Narducci, desde la cátedra de Filosofía del Derecho de varias universidades del centro del país, en colaboración, por supuesto, de una gama variada de especialistas en disciplinas tales como la Psicología, Medicina, Asistencia y Trabajo Social, Antropología, etcétera⁽¹³⁾.

13. Proyecto de Capacitación, Formación, Perfeccionamiento y Política Judicial. Documentos y materiales. Tomos I y III, años 1990 y 1991. Corporación de Promoción Universitaria.

EXPOSICION Y CRITICA DE UNA REDUCCION DEL DERECHO PENAL

JOSE LUIS GUZMAN DALBORA *

1. "El mundo contemporáneo en el que vivimos se encuentra desde hace varios decenios en crisis: esta afirmación ya se ha convertido en común, y nadie piensa en objetarla, aunque exista una diferencia de opiniones acerca de la naturaleza y de las dimensiones, en una palabra, acerca de la esencia de la crisis"⁽¹⁾. De esta suerte comienzan las reflexiones de quien fuera uno de los mejores y más penetrantes iusfilósofos de nuestro tiempo, Flavio López de Oñate, estampadas en un libro que publica durante el período de mayor dramatismo de la segunda conflagración mundial, cuando, en palabras de Guido Astuti, la crisis del Derecho asumía proporciones pavorosas y parecía indicar el fin de la civilización occidental⁽²⁾. Y,

* Profesor de Derecho Penal y de Introducción al Derecho en la Universidad de Antofagasta, Chile. Diplomado en la *Scuola di Specializzazione in Diritto Penale e Criminologia*, de la Universidad de Roma.

1. Cfr. Flavio López de Oñate: *La certezza del diritto*. Giuffrè, Milano, 1968 (segunda edición), p. 25. Hay traducción española, por Santiago Sentís Melendo y Mario Ayerra Redín: *La certeza del derecho*. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1953. Para conocer mejor el pensamiento de este autor, debe consultarse, además, su *Filosofía del Derecho*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961 (2 vols.), traducción de Alberto Bianchi.

2. *Avvertenza* a la edición de *La certezza del diritto*, cit., p. VII.