

**ANUARIO  
FILOSOFÍA  
JURÍDICA y  
SOCIAL**

---

**N°40**

**Primer semestre 2024**



SOCIEDAD CHILENA DE  
FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

---

Es muy grato para nosotros presentar un nuevo número del Anuario de Filosofía Jurídica y Social de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social. En esta oportunidad presentamos un volumen que surge de la sexta versión del seminario *Escritores abogan por sus libros* el cual fue celebrado el 18 de noviembre de 2022. La pretensión de dicho seminario es generar una instancia de discusión entre investigadores consagrados y nóveles de diversas áreas del derecho y la filosofía con el fin de revisar las ideas que se van desarrollando en el contexto jurídico hispanohablante.

En dicha oportunidad, la discusión giró en torno al libro *La protección de la vida privada y familiar. Sexualidad, reproducción y violencia* de Silvina Álvarez, publicado por la editorial Marcial Pons en 2021. En la obra, la autora propone discutir acerca de la manera en que los órdenes jurídicos liberales modernos tratan la distinción entre lo público y lo privado, invitando a reflexionar acerca de su plausibilidad a partir de mostrar varias de sus consecuencias para nociones como familia y autonomía, así como para la forma en que se trata la vida sexual de las personas en diversos ámbitos de los sistemas jurídicos occidentales.

Esa variedad temática fue discutida en el seminario del que acá se da cuenta. En la instancia participaron Paula Vásquez (Universidad Austral de Chile), Juan Pablo Cox (Universidad Adolfo Ibáñez) y Yanira Zúñiga (Universidad Austral de Chile) quienes, representando diversas disciplinas jurídicas, trataron lo propuesto por Álvarez desde distintas perspectivas.

Paula Vásquez centra su análisis en la forma en que se estudia la toma de decisiones cuando se reflexiona acerca de la comprensión de la autonomía desde una perspectiva liberal. Ello lo aplica a un par de problemas éticos que han generado gran discusión en las últimas décadas dentro de los sistemas jurídicos occidentales: la gestación por sustitución y el rol del principio de interés superior del niño, niña o adolescente como límite a las decisiones.

Por su parte, Juan Pablo Cox analiza el tratamiento de la noción de consentimiento desarrollada en el libro, en especial en su tratamiento jurídico-penal. Por una parte, muestra su acuerdo respecto al tratamiento que la autora del libro hace del concepto (en especial, de su noción robusta y gradualista) a la vez que presenta un análisis crítico de algunos efectos que puede tener su aplicación dentro los

---

sistemas jurídicos occidentales contemporáneos al pensar en la regulación penal del mismo. Especial atención pone el autor en las posibles tensiones que puede haber entre la forma en que se propone interpretar las interacciones de carácter sexual y algunos principios del derecho penal liberal que deberían regular las políticas de criminalización y el debido proceso.

El último comentario corresponde al de Yanira Zúñiga, quien se centra en la fundamentación filosófico-política de varias de las tesis propuestas en el libro. Para esto toma como punto de partida la obra de Virginia Woolf *Un cuarto propio* y, con ello, revisa la forma en que los feminismos han puesto en duda categorías que parecen pacíficas dentro del pensamiento jurídico a la vez que reivindican ciertos derechos y formas de interpretar las instituciones jurídicas existentes. Un caso paradigmático sería, precisamente, la distinción entre público y privado puesta bajo análisis en *La protección de la vida privada y familiar* de Álvarez.

Este número del anuario cierra con dos textos. El primero es la respuesta de Silvina Álvarez a los comentarios, varios de los cuales fueron adelantados en el seminario celebrado en 2022 y que ahora se presentan con mayor profundidad. El segundo corresponde a un colofón escrito por Susan Turner (Universidad Austral de Chile) quien centra su análisis en los efectos de las discusiones propuestas dentro del seminario en el derecho constitucional, prestando especial atención a los debates que se desarrollaron en Chile durante los procesos constituyentes de los últimos años. Consideramos que estos dos últimos textos muestran la fecundidad de la conversación propuesta por Silvina Álvarez en su libro, acogida generosamente por quienes participaron del seminario.

Queremos manifestar nuestra profunda gratitud a todas las personas que contribuyeron con la sexta edición del seminario *Escritores abogan sus libros* y con la preparación de este número del Anuario de Filosofía Jurídica y Social y a quienes hacen posible que se publique este número, en especial, a la colaboración de Fran Sandoval y Paula Lagos. Así también, queremos agradecer expresamente a los académicos y académicas que nos confían sus trabajos, por su generosidad para discutir y la paciencia que nos han tenido.

**Sebastián Agüero (Universidad Austral de Chile)**

**Sebastián Figueroa Rubio (Universidad Autónoma de Madrid)**



# ANUARIO N°40 · 2024

---

**Las técnicas de  
reproducción humana  
asistida en Chile:  
reflexiones en torno a la  
autonomía y sus conflictos**

**Páginas 7-31**



## **LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN CHILE: REFLEXIONES EN TORNO A LA AUTONOMÍA Y SUS CONFLICTOS**

**Paula Vásquez Rodríguez**  
Universidad Austral de Chile  
paula.vasquez@uach.cl

### **RESUMEN**

En el presente comentario se revisa el capítulo V sobre reproducción del libro *La protección de la vida privada y familiar* de Silvina Álvarez. En él, la autora critica el enfoque liberal de la comprensión de la autonomía en la toma de decisiones reproductivas y propone avanzar hacia una concepción de autonomía relacional, en la cual sea relevante el contexto que envuelve la toma de decisiones. A partir de estos planteamientos, este trabajo pretende reflexionar en torno a cómo podrían regularse las técnicas de reproducción humana asistida en Chile en clave de autonomía relacional. Por último, se analizan dos situaciones problemáticas, en las cuales se genera un conflicto de derechos que involucran la autonomía reproductiva: (1) el de la gestación por sustitución y (2) el del interés superior del niño, niña o adolescente como límite.

### **PALABRAS CLAVE**

autonomía, derechos reproductivos, técnicas de reproducción humana asistida, gestación por sustitución

## **ASSISTED HUMAN REPRODUCTION TECHNIQUES IN CHILE: REFLECTIONS AROUND THE AUTONOMY AND ITS CONFLICTS**

### **ABSTRACT**

This commentary reviews chapter V about reproduction of the book *The protection of private and family life* by Silvina Álvarez. In this chapter, the author criticizes the liberal approach to the understanding of autonomy in reproductive decision-making and proposes moving towards a conception of relational autonomy, in which the context surrounding decision-making is relevant. Based on these approaches, this paper aims to reflect on how assisted human reproduction techniques could be regulated in Chile in terms of relational autonomy. Finally, two problematic situations are analyzed, in which a conflict of rights involving reproductive autonomy is generated: (1) that of surrogate gestation and (2) that of the best interest of the child or adolescent as a limit.

### **KEYWORDS**

autonomy, reproductive rights, assisted human reproduction techniques, surrogate gestation

## I. INTRODUCCIÓN

Silvina Álvarez (en adelante la autora) nos presenta en su libro *La protección de la vida privada y familiar: sexualidad, reproducción y violencia* una nueva forma de concebir lo privado y lo público. Ambas esferas de la vida de las personas han sido tradicionalmente construidas para operar de manera excluyente y opuesta, concibiéndose lo privado en función de lo público. De esta manera, la vida privada y familiar ha sido históricamente relegada a una posición de subordinación, viéndose desprovista de atención y protección por parte del derecho. La asunción de que los individuos actuamos con plena autonomía y el retraimiento de la interferencia estatal en el ámbito privado ha traído como consecuencia que se reproduzcan injusticias y desigualdades en el seno de la familia, las que afectan, particular y fundamentalmente, a las mujeres.

Para superar estas distorsiones, la autora propone repensar la distinción público-privado cambiando el enfoque en el estudio de las experiencias que tienen lugar en la vida privada y familiar. Para ello ha puesto en el centro del análisis los intereses y necesidades de las mujeres, ejercicio de suyo necesario, pues todavía existe una tendencia a su invisibilización, la que, desde el punto de vista jurídico, se ha traducido en un tardío reconocimiento de derechos fundamentales específicos y en una insuficiente tutela frente a situaciones de violencia y discriminación.

En esta línea, el libro profundiza en tres aspectos de la vida privada e íntima que resultan particularmente relevantes para las mujeres: sexualidad, reproducción y violencia en las relaciones de pareja. A grandes rasgos, este estudio nos acerca a cuál ha sido y cuál debería ser el tratamiento que se les ha dado a estos aspectos desde la vereda de los derechos humanos, visibilizándose que, si bien se desarrollan en el marco de lo privado, la protección y garantía que requieren necesariamente tiene también una proyección en lo político y lo público.

En el presente trabajo me dedicaré a comentar el capítulo V sobre reproducción. En él, la autora trata, en primer lugar, el origen y desarrollo de los derechos reproductivos, dando cuenta de su especial configuración: (1) como derechos de libertad (autonomía reproductiva) en doble vertiente, una negativa y otra positiva. La primera protege la decisión de no procrear, comprendiendo así el derecho a la anticoncepción y al aborto, mientras que en su faceta positiva se concretan en la decisión de procrear, la cual comprende, por supuesto, el cuándo (en qué

momento y con qué espaciamiento), el cuánto (número de hijas e hijos) y el cómo (si se hará uso o no de técnicas de reproducción asistida —en adelante TRA—); pero, además, se conforman (2) como derechos sociales. De modo que, una vez que se ha tomado la decisión de procrear o no, en el resguardo de la intimidad, esta se despliega en el ámbito público, pues para garantizarla efectivamente y de manera igualitaria, se requieren del Estado las prestaciones necesarias para su materialización.

Luego, el capítulo nos invita a poner en tela de juicio el enfoque liberal de la comprensión de la autonomía en la toma de decisiones reproductivas. La idealización del sujeto racional y la maximización de la autonomía como el valor principal y regente en materia reproductiva no permite dar cuenta de los contextos relacionales en los que las personas toman sus decisiones, lo cual tiene consecuencias importantes, en especial, para las mujeres. En este orden, la autora profundiza en la fragmentación del proceso reproductivo que se ha producido con el acceso a las TRA, imbricándolas con las concepciones sobre autonomía y cuestionando, con enfoque de género, el impacto que ellas pueden tener en los modelos de maternidad y en la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA).

En definitiva, el capítulo en comentario nos presenta el panorama contemporáneo de los derechos reproductivos, planteando interesantes reflexiones teóricas que permiten delinear con mayor precisión cuáles son sus contornos y sus impactos en las garantías y tutela que debe proporcionar el derecho para su protección. Además, considero que la autora realiza un valioso aporte, desde el feminismo, a la discusión acerca del uso de TRA como opción reproductiva, abriendo el debate a temas que no son para nada de fácil consenso y que además tienen múltiples implicancias éticas y morales.

En el derecho privado y en específico en el derecho de familia, la regulación de las TRA es todavía un desafío. Particularmente en Chile no existe una regulación integral en materia de TRA, salvo algunas normativas a nivel administrativo, lo cual ha generado que estas se realicen de manera oficiosa. Lo anterior suscita problemas tanto desde el punto de vista médico, como desde el jurídico, provocando desigualdades en el acceso a las técnicas e incertidumbre respecto a las relaciones filiativas de las niñas y niños que nacen producto de su aplicación.

En este contexto, en el cual la discusión respecto de la regulación de las TRA en Chile resulta sumamente atingente —y urgente—, en este trabajo se intentará concretizar algunos de los planteamientos teóricos de la autora, a fin de evaluar su integración dentro de una posible futura normativa.

Partiendo de mi propia ausencia de certezas absolutas en el tema, en el presente comentario plantearé algunas reflexiones en torno a cómo se pueden regular las TRA resguardando la autonomía y me enfocaré luego en dos problemáticas que entroncan la autonomía con otros derechos: la gestación por sustitución y la protección de los derechos de los NNA.

## II. LA (DES)REGULACIÓN DE LAS TRA EN CHILE

A continuación, presentaré el escenario jurídico general en el que se enmarcan las TRA en Chile a fin de contextualizar la discusión. Como se anunciaba, en nuestro país no existe actualmente un estatuto integral sobre TRA. Si bien han existido varios intentos por legislar en la materia, lo cierto es que ninguno ha prosperado (Jarufe, 2022). Existen, sin embargo, algunos procedimientos regulados administrativamente referidos a cuestiones de fertilidad para evitar embarazos, infecciones de transmisión y violencia sexual, así como una guía para el estudio y tratamiento de la infertilidad que la trata en un sentido médico clásico (Lathrop, 2022).

Esta regulación parcial y atomizada resulta insuficiente, pues deja fuera importantes tópicos relacionados con el uso de TRA y que resultan ser los más problemáticos. Así, por ejemplo, no existe normativa sobre donación de óvulos, espermios y embriones, ni claridad respecto a la exigencia de registro de donantes ni menos en cuanto a su anonimato. Tampoco se regula qué ocurre con el destino de embriones criopreservados ante un eventual conflicto o con la implementación —y en qué condiciones— del diagnóstico genético preimplantacional.<sup>1</sup> En consecuencia, hoy en día sabemos que las TRA se desarrollan a nivel clínico con el único control proveniente de la autorregulación médica (Rodríguez y Fernández-Arrojo, 2022; Espada, 2017). Este vacío resulta problemático, pues otorga a los prestadores y equipos de salud una amplia discrecionalidad, lo que, en la práctica, genera que

---

<sup>1</sup> Una discusión contemporánea sobre estos temas desde el punto de vista jurídico, médico y bioético puede verse en Zegers *et al.*, 2022.

se tomen decisiones oficiosas sobre delicados temas tales como las condiciones de acceso a las TRA (Zúñiga, 2022).

Por otro lado, en materia filiativa la situación no es menos complicada. La única disposición normativa en el derecho civil referida a la filiación de las hijas e hijos nacidos producto de las TRA es el artículo 182 del Código Civil, según el cual:

La filiación del hijo que nazca por la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, quedará determinada respecto de las dos personas que se hayan sometido a ellas. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta.

Esta redacción es prácticamente nueva, ya que fue así establecida por la Ley N.º 21.400 que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo y que entró en vigencia en marzo de 2022. Con anterioridad a esta ley, el artículo 182 del Código Civil disponía: “el padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el ‘hombre’ y la ‘mujer’ que se sometieron a ellas” (las comillas simples son mías).

Si bien la modificación constituye un gran avance, pues se deja atrás la interpretación tradicional de esta disposición que consideraba que solo regulaba la situación filiativa específica de la hija o hijo nacido mediante una TRA heteróloga a la que se había sometido una pareja heterosexual (Corral, 1999), la verdad es que deja más preguntas que certezas. Por una parte, el nuevo texto, al recoger la voluntad procreacional, sin importar el género e identidad de género de las partes (Lathrop, 2022), soluciona en alguna medida el problema que enfrentaban las parejas lesbomaternales que se sometían a una TRA, reconociendo la filiación de la hija o del hijo respecto de la madre no gestante. Sin embargo, todavía hay oscuridad respecto de la situación de parejas gays que deseen someterse a una TRA para tener una hija o hijo genéticamente propio, ya que la única manera es mediante la gestación por sustitución. Entonces ¿qué situación genera el silencio del legislador respecto a estos casos? ¿Qué ocurre con la filiación de las niñas y niños que nacen de un vientre subrogado? Por otro lado, se suscita otra serie de interrogantes: ¿dónde consta la voluntad procreacional de las partes que se someten a las TRA? ¿Se presta un consentimiento informado? ¿Qué sucede si quien recurre a la TRA es una mujer o un hombre solo? (Jarufe, 2022; Lathrop, 2022).

### III. LAS POSTURAS FRENTE A LAS TRA Y DISCUSIONES SOBRE LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA

Las TRA surgen como respuesta frente a la infertilidad entendida como un problema médico (Bladilo *et al.*, 2017). En sus orígenes, la infertilidad es entendida como una “condición”, para luego ser reconocida como una “enfermedad”, debido al severo impacto que genera en la salud de la persona afectada, en su familia y en su relación con el entorno (Zegers, 2022). Luego, en 2017, se incorpora en el concepto de infertilidad el “impedimento funcional de una persona, ya sea como individuo o con su pareja” y se agrega que la infertilidad genera discapacidad como impedimento funcional (Zegers *et al.*, 2017). Con ello, se abre el acceso a las TRA a personas que, sin estar enfermas, ven limitada su capacidad procreativa, independientemente de que se trate de parejas heterosexuales, homosexuales o personas solas (Zegers, 2022).

La incipiente diversificación en el acceso a las TRA ha sido reflejo de la incorporación de una perspectiva de derechos humanos en la materia. Especial relevancia ha tenido, a este respecto, el conocido caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* (Serie C N.º 257, 28 de noviembre de 2012), en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la fecundación *in vitro*. En dicha sentencia pueden identificarse algunos estándares en materia de TRA, de los cuales debería servirse una eventual regulación estadual. En consecuencia, esta debería promover y proteger: el derecho a la vida privada y al libre desarrollo de la personalidad, siendo la maternidad parte del libre desarrollo de las mujeres (párr. 143); la protección de la familia entendida de la manera más amplia y del derecho a fundar una familia (párr. 145); la protección de la autonomía reproductiva (la decisión de ser madre o padre en sentido genético o biológico) y el acceso a servicios de salud reproductiva (párr. 146) que comprende, además, el goce de los beneficios del progreso científico (párr. 150). Por último, las TRA deben también abarcarse desde la perspectiva del derecho a la igualdad y la no discriminación (párr. 288-304).

En este estado de cosas, y en conjunto con el avance de la ciencia, las TRA han permitido acceder a la maternidad y paternidad a personas que no podían serlo de manera natural, ya sea por razones de infertilidad médica o por un impedimento funcional (Herrera, 2017). Desde esta perspectiva, no cabe duda de que han sido un factor que ha contribuido a la formación de nuevos tipos de familia que escapan

de los convencionalismos, desafiando la concepción tradicional basada en la heteronormatividad y en el binarismo. Como señala Jadue (2022), se pone en tensión el modelo hegemónico biogenético que ha imperado en la sociedad, sustentando un cambio de paradigma en cómo entendemos la familia y en cómo se genera el parentesco. En este sentido, las TRA han contribuido a la disociación entre sexualidad, concepción y filiación (Gómez de la Torre, 2007), lo que ha permitido afrontar el derecho filiativo desde otro enfoque, en el cual la filiación genética o biológica puede no coincidir con la filiación jurídica. A partir de ello se ha problematizado la primacía de la realidad genética en la determinación de los vínculos filiativos, para trasladar la atención a otros elementos afectivos, volitivos, sociales y formales que también podrían dar origen a una relación filial (Álvarez, 2019; Kemelmajer, Herrera y Lamm, 2012).

Hasta aquí, pareciera que, en consonancia con los estándares de derechos humanos, se debiera propiciar una regulación sobre las TRA, que promueva su libre acceso en cuanto opción reproductiva, en condiciones de igualdad, otorgando un marco jurídico claro que permita conocer *ex ante* las normas aplicables tanto en materia médica como filiativa, y que tome posturas frente a los temas más complejos desde el punto de vista bioético, que han concentrado las preocupaciones en esta materia. Sin embargo, la propuesta así planteada resulta incompleta, ciertamente, porque no se ha revisado, a través de un enfoque de género, tarea que emprende la autora en el capítulo sobre reproducción. Como pone de relieve Zúñiga (2022), se suele asumir que las implicancias y efectos de las TRA pueden ser analizados solo desde el lente de la bioética y de los derechos humanos, sin reparar en los vínculos que existen entre las técnicas y la igualdad de género, los que a menudo son omitidos o marginalizados en las investigaciones y en el diseño de las regulaciones.

Desde los feminismos, se ha cuestionado si tras las indudables ventajas que han representado las TRA, no existen puntos oscuros que deberían ser puestos de manifiesto y debatidos conjuntamente (Casado, 1997). Sin embargo, esta cuestión no es pacífica dentro del movimiento feminista, presentándose varias posturas al respecto, algunas contrapuestas. Así, a grandes rasgos, hay quienes defienden las TRA pues entienden que posibilitan a las mujeres una mayor autonomía reproductiva, mientras que otras alertan sobre sus peligros y las conciben como otra forma de opresión patriarcal. Otras posiciones más moderadas apelan a la necesidad de revisar el contexto en que se recurre a las TRA y las necesidades

de las mujeres involucradas.<sup>2</sup> Si bien entiendo, la postura de la autora se ubica dentro de esta última corriente, centrando su análisis en las condiciones en que las mujeres ejercen su autonomía reproductiva, comprendiendo en ello la decisión de someterse a una TRA, a continuación me permitiré reconstruir lo que considero los puntos centrales de la tesis sostenida por la autora en el capítulo V, para finalizar con algunas preguntas y reflexiones al respecto.

En primera instancia, Silvina Álvarez (2021) nos muestra la doble configuración de los derechos reproductivos, que se inserta en un proceso en el cual se pueden distinguir dos momentos: el decisional y el de concreción de las decisiones reproductivas. En la primera etapa, se presentan como derechos de libertad y en la segunda como derechos sociales. En este primer momento, en el cual las personas toman la decisión sobre reproducirse o no, la oportunidad y forma de hacerlo, la protección jurídica ha tenido lugar bajo el amparo de la protección a la vida privada y familiar, más precisamente de la mano del derecho a la privacidad o intimidad. Se configura así, como un derecho de no interferencia, en el que se tutela la autonomía de los sujetos para tomar sus propias decisiones en materias que comprometen aspectos tan íntimos como los relacionados con la decisión de ser o no ser madres o padres (2021).

En este contexto, la autora advierte que el enfoque liberal clásico con el que frecuentemente se trata la autonomía resulta insuficiente para dar cuenta de las complejidades en que se inserta la discusión sobre autonomía reproductiva de las mujeres. En primer lugar, el enfoque liberal asumiría equivocadamente que los individuos contamos con una autonomía plena y absoluta para tomar decisiones independientes y racionales, lo que deja fuera del análisis los contextos complejos y relacionales en que tienen lugar la toma de decisiones. Y, en segundo lugar, se representa la autonomía como un valor supremo, relegando la discusión acerca de cómo puede entrar en conflicto con otros valores, tales como la igualdad de género (Álvarez, 2021).

Para avanzar en un concepto de autonomía más robustecido, la autora propone que se debe situar la toma de decisiones en un determinado contexto relacional. De esta manera se pueden advertir los déficits de igualdad y, en último término, corregirlos a través de herramientas jurídicas determinadas. Al examinar la

---

2 Sobre las distintas posturas de los feminismos frente a la problemática de las TRA, véase: Fanlo (2017), Johnson (2020) y Zúñiga (2022).

autonomía reproductiva por medio de este enfoque, lo primero que se advierte es que existen asimetrías relevantes entre la reproducción de hombres y mujeres. Ante todo, la biología de ambos pone de manifiesto una relación distinta con el propio cuerpo, teniendo en cuenta su capacidad reproductiva. En la mujer, el propio sistema de ciclos reproductivos la pone en relación con dicha capacidad a lo largo de toda su vida joven y buena parte de su madurez (Álvarez, 2021). En este sentido, hay que considerar que el uso de TRA también tiene un impacto distinto en el cuerpo de las mujeres, desde que necesitan de la participación y utilización del cuerpo femenino, lo cual implica, por ejemplo, períodos largos de medicalización, tratamientos, prácticas invasivas y mayores riesgos (Álvarez, 2021).

Por otra parte, se debe tener en cuenta que la especificidad reproductiva de las mujeres ha generado potentes estereotipos en el marco de la sociedad patriarcal: mujer, madre, cuidadora, reproductora, etc. (Álvarez, 2021). Estos estereotipos, que finalmente inciden en lo que las mujeres creen que se espera de ellas, condicionan fuertemente las opciones que asumen que tienen a la hora de decidir. Es necesario, entonces, identificarlos para comprender mejor los intereses y demandas de las mujeres en este ámbito (Álvarez, 2021). A este respecto, la autora previene que la tendencia a abrir el abanico de opciones reproductivas a través de las TRA también involucra variables que influyen en el ejercicio de la autonomía (Álvarez, 2021). De esta manera, la opción de recurrir a una TRA, y su correspondiente visibilización en el mercado, funciona como un incentivo a la maternidad, reforzando el anhelo de procreación en torno al estereotipo de mujer basado en modelos de maternidad que ubican el cuidado de las hijas e hijos en el centro aspiracional de sus vidas (Álvarez, 2021).

En la misma línea, la autora hace hincapié en que las decisiones de las mujeres a menudo se toman considerando las oportunidades que el entorno les ofrece. En este sentido, la elección o el interés de las mujeres por la maternidad se vincula directamente al contexto de oportunidades que ellas perciben como posibles, como pueden serlo las oportunidades y desafíos laborales o profesionales. Ante la falta de estos, la maternidad puede representarse como “la opción” posible (Álvarez, 2021). En definitiva, la decisión de las mujeres de ser madres, y de recurrir a una TRA para serlo, debe ser situada en el contexto que la rodea, teniendo en cuenta los aspectos sociales, culturales y laborales. Según la autora, “el diseño legal que regule las oportunidades reproductivas de las mujeres

entrañará mayor o menor autonomía según las circunstancias y el significado que dichas oportunidades asuman” (Álvarez, 2021, p. 162).

A propósito de esto último, y en vista de que mi objetivo es precisamente intentar incorporar la perspectiva de la autora en una eventual regulación sobre TRA, surge un primer cuestionamiento que, advierto, es muy intuitivo: ¿es realmente posible, en la sociedad actual, que sigue defendiendo un modelo patriarcal, sostener que las mujeres tomamos decisiones autónomas? ¿Determina el contexto la agencia de las mujeres para decidir sobre su maternidad o su no maternidad? O, dicho de otro modo, ¿cuál es el estado de cosas en el cual se consideraría que una decisión es realmente autónoma? ¿Cuál es el umbral que se debe alcanzar? ¿Se pueden establecer, por ejemplo, algunas condiciones mínimas? Dejo abiertas estas preguntas a la autora. Por ahora me interesa señalar que encuentro algunas luces al respecto en la parte conclusiva del capítulo, en el cual la autora señala que es necesaria una legislación garantista y estable que refuerce el contexto de elección y toma de decisiones en la esfera privada y familiar, que lejos de poner en cuestión la capacidad de las mujeres para la toma de decisiones, refuerce y respalde sus elecciones e intereses importantes (Álvarez, 2021).

Partiendo, entonces, de la idea de que las mujeres contamos con la capacidad para decidir de forma autónoma, no se trata, entonces, de diseñar la regulación de las TRA desde un punto de vista paternalista de las decisiones y elecciones de las mujeres en materia reproductiva. Dicho esto, considero relevante rescatar los cuestionamientos que plantea la autora respecto a las TRA, y que podrá ella luego rectificar, complementar y profundizar, pues una futura regulación que se considere “integral” debería hacerse cargo de las tensiones que produce el uso de las técnicas dentro de los feminismos. La experiencia nos ha enseñado a las mujeres a mantenernos en constante alerta frente a la posibilidad de retrocesos en relación con nuestros derechos. Ello implica analizar con un enfoque de género crítico las normas y prácticas que a simple vista pueden parecer neutrales e incluso instintivamente beneficiosas.

Sobre esto último es posible construir un punto de partida. El análisis y cuestionamiento, en este caso, de las TRA, requiere de un diálogo que involucre a distintos actores, llámese especialistas, académicas y académicos, autoridades y a la sociedad civil en general. Pero esta discusión debe tener como principales interlocutoras a las mujeres, que desde sus experiencias, expectativas, intereses

y preocupaciones contribuyan al diseño de la legislación. Ello se hace necesario desde que se ponen de relieve las asimetrías que existen entre mujeres y hombres en materia reproductiva, y en específico en el uso de TRA, donde los cuerpos con capacidad de gestar se vuelven una condición *sine qua non* para la ejecución de cualquier modalidad de procreación médicamente asistida (Zúñiga, 2022). Como bien apunta la autora, son además las mujeres quienes cargan con los mandatos y estereotipos en torno a la maternidad. Ello se traduce, en Chile, en que sean ellas quienes asuman como cuidadoras principales de las hijas e hijos, tarea que no es reconocida por el Estado y que se les carga como algo propio de su naturaleza, lo que muchas veces significa una doble jornada laboral (Álvarez, 2021).

Otra cuestión importante de destacar es que la autora deja en claro que no existe una relación directamente proporcional entre asegurar o proteger la autonomía reproductiva e incrementar o promover el acceso a las TRA. Si se observa únicamente el número de alternativas u oportunidades jurídicas disponibles el análisis solo se agota en lo cuantitativo, pero no toma en consideración todos los conflictos que las nuevas opciones reproductivas propician (Álvarez, 2021). En este sentido, si lo que se quiere es construir una regulación que resguarde la autonomía, esta debe ir acompañada de cambios más amplios y profundos, también desde la esfera pública, que se ocupen de los estereotipos y adscripción de roles que históricamente se han asignado a las mujeres, del significado cultural de la maternidad y de la relación entre cuidado y vida laboral, por ejemplo (Álvarez, 2021).

Por último, y me parece urgente tener esto presente en el caso chileno, promover las opciones reproductivas de las mujeres con vistas a la maternidad no solo implica comprometerse con la regulación de las TRA. Si se quieren proteger los derechos reproductivos, debe existir igualmente un compromiso con la vertiente de libertad negativa que entrañan. De manera que, si se toma en serio esta tarea, la decisión de no ser madre también debe ser amparada por el derecho. Ello implica otorgar acceso a una educación sexual integral, en primera instancia, el acceso a métodos anticonceptivos y de emergencia y, por supuesto, al aborto. En este sentido, cabe recordar que no solo bastaría con que el Estado se abstenga de interferir en la etapa decisional, por ejemplo, no penalizando el aborto, sino que va más allá y abarca la concreción de la decisión, configurándose como un derecho prestacional o social.

## IV. CONFLICTOS ENTRE AUTONOMÍA Y OTROS DERECHOS

A continuación, me referiré brevemente a dos casos problemáticos en los cuales la autonomía reproductiva se enfrenta con otros derechos: con la igualdad, en el caso de la gestación por sustitución, y con los derechos de los NNA. Por razones de extensión y en cuenta del objetivo del presente comentario, mi intención será solo dejar planteadas algunas reflexiones para continuar la discusión desde el punto de vista de la autora y en ningún caso presentar un estado de la cuestión que abarque los fructíferos y dedicados trabajos doctrinales y académicos al respecto.

### 4.1. La gestación por sustitución

Si bien la autora solo realiza algunas referencias puntuales respecto a la gestación por sustitución durante el capítulo, sin adentrarse en la discusión sobre la conveniencia de su legalización (2021),<sup>3</sup> me parece interesante ahondar en su postura. Justamente, porque, como señala Baccino, es probablemente el tema más controversial en el ámbito de las TRA, en la que las posturas más opuestas se enfrentan y raras veces encuentran puntos de común acuerdo (2022). Resulta ser, además, el caso paradigmático donde se confrontan autonomía e igualdad, por lo que, creo podría resultar clarificador para concretizar la propuesta de la autora en orden a cómo podría considerarse el contexto en la regulación del ejercicio de la autonomía.

Como ya se ha adelantado, en Chile no existe regulación respecto a la gestación por sustitución. Sin embargo, sabido es que las personas recurren a ella, ya sea dentro del país o en el extranjero. El debate sobre la licitud y la necesidad de regulación de esta práctica toma fuerza en 2018 cuando se judicializa el primer caso ante los tribunales de familia, en el cual se resolvió acerca de la filiación de dos niñas nacidas mediante este procedimiento (Lathrop, 2022).

A falta de normativa, la doctrina privatista se ha dedicado a revisar la licitud de los pactos de gestación por sustitución a la luz de la teoría general del acto jurídico sin llegar a un consenso (Lathrop, 2022). Lathrop (2022) reconstruye las posturas de distintos autores que se han pronunciado al respecto, las cuales, a modo de

---

3 Nota N.º 12.

resumen: o defienden la ilicitud de los acuerdos de gestación por sustitución aludiendo que adolecen de nulidad absoluta (Corral, 2013; Gómez de la Torre, 2020 y Rodríguez, 2019); o bien se han abierto a su regulación en el caso del pacto altruista (Albornoz, 2020; Barcia, 2020).

Sin embargo, en el plano filiativo es donde la gestación por sustitución despliega sus efectos más rupturistas. Esta práctica desafía el clásico principio de la filiación por naturaleza: *mater semper certa est*, configurándose como una hipótesis de maternidad disociada, donde la cadena de elementos que tradicionalmente se entendían reunidos en una sola mujer (aporte genético, concepción, embarazo, parto y cuidado) se rompe, apareciendo cada uno en forma escindida (Turner, 2003). De esta manera, se pone en entredicho la norma según la cual la maternidad queda determinada por el parto (artículo 183 del Código Civil), pues en el caso en comento, quien pare a la hija o hijo no tiene la intención de ser madre, sino que es la comitente quien ostenta la voluntad procreacional. Ante la desregulación, ¿qué pasa con la filiación de la niña o niño que ha nacido producto de esta práctica? Es claro que por más que se sostenga la ilicitud del pacto, la hija o hijo no desaparece, sino que será necesario resolver su situación filiativa en consideración a su interés superior.

Los tribunales de familia se han enfrentado a este dilema, habiéndose dictado a la fecha cuatro sentencias favorables en causas sobre impugnación y reclamación de maternidad, privilegiando la voluntad procreacional reconocida en el artículo 182 del Código Civil, a pesar, como se dijo, de que dicha norma no se refiere expresamente a la gestación por sustitución y más bien se refiere a las TRA heterólogas sin pretender tener efectos generales (Lathrop, 2022). Los fallos ponen de relieve cómo en estos casos se tensiona el derecho privado con lo público, pues aplican directamente el derecho internacional como parte del bloque constitucional de derechos fundamentales. En particular, razonan sobre el interés superior del NNA, el derecho a la identidad, al derecho a fundar una familia y a la libre autodeterminación reproductiva de las personas involucradas.<sup>4</sup>

---

4 Las sentencias cuentan con rol reservado. Sin embargo, a fin de dar contexto, la primera fue pronunciada por el Segundo Juzgado de Familia de Santiago con fecha 8 de enero de 2018; la segunda fue dictada también por el Segundo Juzgado de Familia de Santiago con fecha 3 de diciembre de 2018; el tercer fallo corresponde al Cuarto Juzgado de Familia de Santiago, de fecha 1 de octubre de 2019; y, por último, el más reciente corresponde al Segundo Juzgado de Familia de Santiago de fecha 21 de julio de 2021.

Ante esta incipiente realidad surge la necesidad de contar con una normativa que otorgue uniformidad y seguridad jurídica, a fin de que la situación que se viene analizando no se resuelva caso a caso vía judicial. La pregunta es, en el entendido de que el derecho legitima las prácticas que regula (Casado, 1997), ¿se debe prohibir expresamente o se debe permitir la gestación por sustitución? Y en este último caso, ¿de qué manera? Por supuesto, no pretendo aquí dar respuestas a estas interrogantes, más bien me importa destacar que el centro neurálgico de la discusión será hacer conversar las distintas concepciones sobre autonomía reproductiva, si es que ello es posible.

Al respecto, hay que repetir que se enfrentan posturas muy disímiles. Enfocándome en el capítulo en comento, la autora cita a Woliver para referirse a la fragmentación del proceso reproductivo (2021), quien advierte que existe una intención en separar la maternidad del proceso gestacional, considerando el cuerpo de la mujer como un receptor o recipiente de material biológico-genético, reflejando una traslación del modelo masculino de reproducción y paternidad (Woliver, 1995). Con este enfoque, señala Shanley, también citada por la autora (2021), se ignora la relación que se configura entre la madre-gestante y el feto, y el peculiar tipo de imbricación que esta relación y su especial dimensión corporal y psicológica tiene en relación con la toma de decisiones de la mujer-madre-gestante (Shanley, 2001).

Hay quienes, sin embargo, ven con optimismo esta fragmentación. Lamm, por ejemplo, sostiene que la gestación por sustitución pone en tela de juicio la maternidad tradicionalmente entendida que siempre estuvo al servicio del patriarcado (2022). La ecuación entre gestar-parir-cuidar se rompe, actuando a favor de la libertad y la autonomía de las mujeres, pues contradice el famoso “instinto maternal” que, a pesar de carecer de sustento científico, se les atribuye como inherente, del mismo modo que el rol de cuidadoras, el cual se basa en una supuesta inclinación biológica de la mujer por los cuidados (Lamm, 2022). A juicio de Lamm, resulta sorprendente que se ponga en duda la capacidad de consentir libremente sobre cuestiones que tienen que ver con la reproducción de las mujeres o personas gestantes, pues además podría reforzarse el estereotipo relativo a la imprevisibilidad de sus decisiones, fortaleciendo la heteronorma (2022).

Si interpreto bien lo que la autora intenta plasmar en sus cuestionamientos sobre la autonomía, la postura liberal de Lamm no sería compatible con la autonomía relacional. A propósito, la autora señala que es relevante advertir los sesgos de

género y clase que pueden encerrar los pactos de gestación por sustitución, pues si se sitúan en su contexto, mayoritariamente son mujeres con menos recursos quienes gestan, con el consecuente esfuerzo físico y psíquico que conlleva el embarazo, riesgos y estigmas sociales (Álvarez, 2021). En esta línea, Baccino ha advertido que no es lo mismo legislar en un país desarrollado que en uno en vías de desarrollo, porque la autonomía de la mujer no es igual en unos u otros, al ser diferentes los contextos, también lo serían las prioridades (como, por ejemplo, la de alimentar a las hijas e hijos propios y hacer lo que sea para lograrlo) (2022). ¿Cuáles son, entonces, las variables que se deben tener en cuenta al legislar sobre gestación por sustitución? ¿Se puede prevenir de antemano la vulneración de la autonomía de las mujeres gestantes estableciendo, por ejemplo, ciertos requisitos para la validación del pacto?

#### **4.2. Los derechos de los NNA como límite a la autonomía reproductiva**

Por último, quisiera aludir a la relación entre la autonomía reproductiva de los padres y los derechos de la hija o del hijo nacido a través de una TRA para plantear algunas reflexiones y prevenciones. Justamente porque, en gran medida, al analizarse las problemáticas de las TRA, se hace desde el punto de vista de la pareja que se somete a ella o desde la perspectiva del tercero (Turner *et al.*, 2020). Pero, nuevamente, si queremos una regulación integral, esta debe considerar a la hija o hijo y sus derechos e intereses dentro de la ecuación. Desde luego, estos últimos entroncan con varias problemáticas de difícil consenso (piénsese en el anonimato del donante o de la gestante, el estatuto legal de embrión, requisitos en el acceso a TRA, entre otros), por lo que se hace necesario abordar la regulación desde el derecho de la infancia y la adolescencia, conciliando, a su vez, la perspectiva de género y los demás derechos e intereses involucrados.

Sobre el tema, la autora sostiene que la autonomía de las personas debe valorarse desde la posición de dependencia o mayor vulnerabilidad en la que ellas se encuentren, antes que desde el ideal de autonomía plena (Álvarez, 2021), de manera que esta última sí admite limitaciones al no ser un derecho absoluto. En este sentido, la autonomía reproductiva bien podría encontrar un contrapeso en el interés superior del NNA (en adelante ISN), el cual se debería considerar desde el momento mismo de la toma de decisiones reproductivas (la autora advierte, en todo caso, citando a Shanner [2021], que ello no implica considerar a los embriones

o fetos como titulares de derechos [2000]). Al respecto, se apunta que algunos procesos de reproducción asistida podrían entrar en conflicto con los intereses de las niñas y niños por nacer, tales como el anonimato del donante de gametos y la ausencia de controles de idoneidad o aptitud parental o marental (Álvarez, 2021).

Me referiré, en primer lugar, al anonimato del donante de gametos. En Chile, en el contexto de ausencia de regulación legal y autorregulación de los centros, la mayoría de las donaciones se realiza de manera anónima, utilizándose prioritariamente, en el caso de donante de espermios, donaciones de bancos extranjeros (Jadue, 2022). En la práctica, cada centro de fertilidad conserva una base de datos con toda la información de donantes y receptores, documentos de consentimiento informado y los que acreditan la práctica, manteniendo la privacidad de las partes involucradas (Villarroel, 2022).

En este escenario, la discusión se ha volcado hacia la posibilidad de que la hija o hijo nacido mediante la TRA acceda a la información de su donante, la cual guarda relación directa con su derecho a la identidad. A modo de resumen, se han propuesto las siguientes opciones: (1) permitir a la hija o hijo conocer los datos del donante con todas las consecuencias jurídicas de la determinación de su maternidad o paternidad (por ejemplo, Corral, 2010); (2) preservar el anonimato total del donante; y (3) dos soluciones intermedias: según la primera, el nacido o nacida solo podría conocer datos biogenéticos del donante, mientras que la segunda opción admite que pueda conocer la identidad, sin ninguna otra consecuencia jurídica (Turner *et al.*, 2020). Frente al silencio de ley, esta última podría intentarse como una acción judicial autónoma y específica —y no como una acción de reclamación de la filiación— cuyo objeto solamente sería satisfacer el interés y derecho del hijo a construir su propia identidad (Corral, 2010).

A mi parecer, una futura regulación sobre las TRA debería pronunciarse en contra del anonimato del donante por constituir un caso en el que los intereses de los adultos ceden ante el derecho de la hija o hijo a saber y a conocer sus orígenes como parte de su identidad. Ello no implica, en ninguna circunstancia, efectos jurídicos derivados de la filiación, pues la fuente en estos casos es la voluntad procreacional y no la correspondencia biológica o genética. Los estudios científicos y las recomendaciones internacionales también apuntan en esta dirección. En el pasado, la mayoría de las clínicas que ofrecían tratamiento con gametos de donantes alentaban a los futuros padres a olvidarse de ese tratamiento una vez

logrado el embarazo, por ser innecesario y potencialmente dañino (Herrera y Lamm, 2014). Incluso la Sociedad Americana de Medicina Reproductiva (ASRM), en 1993, sugería que los padres no contaran a sus hijas o hijos que habían nacido por donación de gametos, cambiando este criterio en 2004, afirmando que las niñas y los niños deben saber cómo han sido concebidos (Baccino, 2022).

Una vez que se revela el origen, la pregunta acerca de la identidad del donante surge, encontrándose aún con resistencias por parte de los involucrados (donante y padres). Sin embargo, ello podría cambiar si se reduce la incertidumbre que produce una falta de legislación clara, si disminuye el estigma —que estimo va en retirada— respecto a la infertilidad y las TRA, y si existe un acompañamiento a los padres, que se muestran dudosos frente a los efectos que podría tener una revelación de la identidad del donante. Para ello sería útil mirar la experiencia comparada y los estudios que se han llevado a cabo. Por ejemplo, en 2017 un estudio recopiló la información de los primeros 10 años del levantamiento del anonimato en USA (Schieb *et al.*, 2017, citado en Baccino, 2022) y demostró que la mayoría de los nacidos y nacidas de donantes querían saber cómo era el donante como persona, para completar la imagen que se habían creado de él, pero que el rol que ocupaba en sus vidas era únicamente el rol de donante y no pretendían sustituir a sus padres o madres (Baccino, 2022).

Además, cabe preguntarse si hoy en día, con el nivel de globalización y tecnología que hemos alcanzado, es siquiera posible el anonimato. La aparición de test genéticos directos al consumidor, como por ejemplo Ancestry.com, 23andMe u otras plataformas han permitido a más de 26 millones de personas en el mundo encontrar vínculos genéticos cercanos o lejanos, además de conocer más sobre sus genes y potenciales enfermedades, por lo que el anonimato es una cuestión que ya no se puede prometer ni asegurar (Baccino, 2022; Jadue, 2022). En este escenario, la reflexión debiera encaminarse hacia cuestionarse y replantearse el rol que atribuimos a la genética en las relaciones filiativas.

Por último, plantearé algunas prevenciones respecto a cómo podría el ISN utilizarse como una barrera de acceso a las TRA si se llegan a establecer controles de idoneidad parental o marental. En Chile, el ISN se instaura como un principio del sistema filiativo con la reforma de la Ley N.º 19.585 de 1998,

consagrándose expresamente en el artículo 222 del Código Civil,<sup>5</sup> en consonancia con lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño (artículo 3.1°).<sup>6</sup> Pero, lo cierto es que la Convención no define ni enumera indicador alguno que facilite la concreción práctica del ISN, dejando su interpretación abierta a la persona, institución u organización encargada de su aplicación, lo cual ha sido fuertemente criticado por parte de la doctrina, que ha abocado sus esfuerzos en definir sus alcances (Ravetllat y Pinochet, 2015). Más recientemente, la Ley N.° 21.430 sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, publicada el 15 de marzo de 2022, señala que el ISN es “un derecho, un principio y una norma de procedimiento, que se basa en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta” (artículo 7) y añade, a modo de ejemplo, algunas circunstancias que deberán ser tomadas en consideración para determinarlo.

A pesar de estos esfuerzos que, si bien otorgan un marco para su aplicación y delimitan la discrecionalidad, el ISN sigue tratándose de un concepto jurídico indeterminado de textura abierta, por lo que, tiene un significado susceptible de ser apropiado simbólicamente (Zúñiga, 2018). Esto ha quedado demostrado en las discusiones sobre matrimonio entre personas del mismo sexo en Chile, en la cual gran parte del debate se centró en la conveniencia de que dos mujeres o dos hombres formaran una familia, compartiendo la crianza de un niño o niña. Se presumía que lo “tradicional” es el entorno óptimo para el desarrollo infantil saludable y que lo contrario era privarlos del derecho a tener un padre y una madre, contrariando así el ISN. Ello puede desmentirse con literatura científica sobre crianza y desarrollo infantil en las nuevas formas de familia, las cuales controvierten de manera contundente estos supuestos (Imrie y Golombok, 2022). Sin embargo, nuevas discusiones están a medio camino y se advierten los mismos patrones, tal es el caso de la posibilidad de que una persona sola recurra a una TRA y la fecundación *post mortem*. En ambos casos se ha sostenido que ello iría en contra del ISN por condicionar a la hija o hijo a tener un solo padre o madre.

Lo que quiero decir es que, por supuesto, el ISN debe ser una consideración primordial a la hora de regular las TRA y sus efectos sobre los NNA, lo que podría

---

5 “La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades”.

6 “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

llevar a la conclusión de que es necesario instaurar un control de idoneidad previo sobre las aptitudes parentales o marentales. Sin embargo, se debe tener especial cuidado en que este control no se convierta en una barrera de acceso que impida a las personas someterse a una TRA basándose en criterios discriminatorios, tales como su sexo, orientación sexual, identidad de género, estado civil o condición de discapacidad, por ejemplo. Más si observamos que, en su trayecto jurídico, el ISN ha sido utilizado tanto por posturas a favor de la mantención del orden social de género, como por los partidarios de su subversión, soliendo inclinarse más por los primeros (Zúñiga, 2018). En definitiva, en el contexto actual, no puede darse por sentado ningún avance en derechos, por lo que conviene ser escépticos y cuestionarse constantemente qué hay detrás de una postura que alega defender el ISN por sobre otros derechos.

## **V. A MODO DE CONCLUSIÓN**

Para terminar, quisiera destacar nuevamente lo valioso del trabajo de la autora, ya que, la perspectiva que aporta el libro y, en particular, el capítulo que se analizó sobre reproducción constituye un importante insumo para el debate que hoy está teniendo lugar en nuestro país, en el que muchas veces se omiten, deliberadamente o no, las implicancias de género.

Desde mi lugar, transparente que emprendo esta discusión con entusiasmo, pero aun intuitivamente, por lo que, mi trabajo deja más preguntas que respuestas. En este sentido, mi intención ha sido, más bien, plantear algunas reflexiones en torno a cómo integrar la tesis sobre autonomía de la autora en una futura regulación sobre TRA, destacando lo que considero pueden ser las situaciones más conflictivas. La invitación a la autora es a continuar la discusión a partir de estos planteamientos, a profundizar sobre las implicancias de las TRA en la vida de las mujeres y a concretizar cómo puede regularse en esta materia sin perder de vista la concepción de autonomía relacional. En definitiva, considero que resultará valioso hacer conversar lo tradicionalmente privado con lo público.

## BIBLIOGRAFÍA

Albornoz, L. (2020). Reconocimiento de maternidad biológica en casos de maternidad subrogada: un análisis en hipótesis de subrogación no remuneradas. En H. Cárdenas (Ed.), *Jurisprudencia crítica II. Comentario de fallos 2018-2019* (pp. 175-180). Rubicón.

Álvarez, R. (2019). *Daños en las relaciones familiares y el derecho a la identidad en la filiación*. Thomson Reuters.

Álvarez, S. (2021). *La protección de la vida privada y familiar. Sexualidad, reproducción y violencia*. Marcial Pons.

Baccino, G. (2022). Donación reproductiva de gametos y embriones: revelación de la identidad de las y los donantes. ¿Cómo proteger el mejor interés de las personas nacidas y de sus familias? En F. Zegers, R. Figueroa, F. Lathrop y H. Kaune (Eds.), *Hacia una legislación que regule las técnicas de reproducción médicamente asistida en Chile* (pp. 231-239). Ediciones Universidad Diego Portales.

Barcia, R. (2020). Análisis crítico de dos fallos sobre generación por sustitución o subrogación. En H. Cárdenas (Ed.), *Jurisprudencia crítica II. Comentario de fallos 2018-2019* (pp. 153-174). Rubicón.

Bladilo, A., De la Torre, N. y Herrera, M. (2017). Las técnicas de reproducción humana asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 39(11), 1-29. <https://doi.org/10.35487/rius.v11i39.2017.293>

Casado, M. (1997). Reproducción humana asistida: los problemas que suscita desde la bioética y el derecho. *Papers. Revista de Sociología*, 53, 37-44. <https://doi.org/10.5565/rev/papers.1893>

Código Civil [CC]. 14 de diciembre de 1855 (Chile).

Convención Internacional de los Derechos del Niño. 20 de noviembre de 1989.

Corral, H. (1999). Determinación de la filiación y acciones de estado en la reforma de la Ley N° 19.585. *Revista de Derecho Pontificia*

*Universidad Católica de Valparaíso*, 20, 39-109. <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewArticle/431>

Corral, H. (2010). Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos. *Revista Ius et Praxis*, 16(2), 57-88. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122010000200003>

Corral, H. (2013). Maternidad subrogada: sobre la pretensión de formalizar la filiación perseguida mediante la adopción o la recepción de su práctica en el extranjero. En M. Gómez de la Torre (Dir.), *Técnicas de reproducción humana asistida. Desafíos del siglo XXI: una mirada transdisciplinaria* (pp. 165-188). Abeledo Perrot-Thomson Reuters.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) versus Costa Rica. Serie C N.º 257. (28 de noviembre de 2012).

Espada, S. (2017). Las principales tensiones de una futura regulación de las técnicas de reproducción asistida en Chile: especial referencia a la filiación. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 11(39), 59-83. <https://doi.org/10.35487/rius.v11i39.2017.298>

Fanlo, I. (2017). Derechos reproductivos y libertad de las mujeres. Observaciones sobre el debate feminista. *Revista de Derecho Privado Bogotá*, 32, 29-52. <https://doi.org/10.18601/01234366.n32.02>

Gómez de la Torre, M. (2007). *El sistema filiativo chileno*. Editorial Jurídica de Chile.

Gómez de la Torre, M. (2020). Sobre la necesidad de una regulación legal de la maternidad subrogada. En H. Cárdenas, (Ed.), *Jurisprudencia crítica II. Comentario de fallos 2018-2019*. (pp. 145-152). Rubicón.

Herrera, M. (2017). Técnicas de reproducción humana asistida: conceptualización general. *Diccionario Enciclopédico de la Legislación Sanitaria*. <https://salud.gov.ar/dels/entradas/tecnicas-de-reproduccion-humana-asistida-conceptualizacion-general>

Herrera, M. y Lamm, E. (2014). De identidad e identidades. El derecho a la información y el derecho a conocer los orígenes de niños nacidos de reproducción humana asistida heteróloga. *La Ley*, (155), 5-12. <http://hdl.handle.net/11336/36112>

Imrie, S. y Golombok, S. (2022). El impacto de las nuevas formas de familia en la crianza y el desarrollo infantil. En F. Zegers, R. Figueroa, F. Lathrop y H. Kaune (Eds.), *Hacia una legislación que regule las técnicas de reproducción médicamente asistida en Chile* (pp. 88-143). Ediciones Universidad Diego Portales.

Jadue, T. (2022). Quiénes son las donantes de óvulos. Criterios de selección y algunas reflexiones. En F. Zegers, R. Figueroa, F. Lathrop y H. Kaune (Eds.), *Hacia una legislación que regule las técnicas de reproducción médicamente asistida en Chile* (pp. 218-230). Ediciones Universidad Diego Portales.

Jarufe, D. (2022). Efectos jurídicos de la donación de gametos y embriones en el ámbito de la filiación. En F. Zegers, R. Figueroa, F. Lathrop y H. Kaune (Eds.), *Hacia una legislación que regule las técnicas de reproducción médicamente asistida en Chile* (pp. 240-267). Ediciones Universidad Diego Portales.

Johnson, M. C. (2020). Las TRHA y los debates en la academia feminista sobre reproducción: relaciones de poder y tecnología. *Feminismo/s*, (35), 263-289. <http://hdl.handle.net/10045/107621>

Kemelmajer, A., Herrera, M. y Lamm, E. (2012). Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino: Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida. *Derecho privado Argentina; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Dirección Técnica de Formación e Informática Jurídico-Legal*, 1, 3-45. <http://hdl.handle.net/11336/217418>

Lamm, E. (2022). La gestación por sustitución como deconstrucción de la “maternidad” que sostiene al patriarcado. Más argumentos desde los feminismos. En Zegers, F., Figueroa, R., Lathrop, F., Kaune, H. (Eds.), *Hacia una legislación que regule las técnicas de reproducción médicamente asistida en Chile* (pp. 321-341). Ediciones Universidad Diego Portales.

Lathrop, F. (2022). La gestación por subrogación en Chile. En F. Zegers, R. Figueroa, F. Lathrop y H. Kaune (Eds.), *Hacia una legislación que regule las técnicas de reproducción médicamente asistida en Chile* (pp. 342-375). Ediciones Universidad Diego Portales.

Ley 21.430 de 2022. Sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia. 06 de marzo de 2022. D.O. N.º 11.

Ley N.º 19.585 de 1998. Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. 13 de octubre de 1998.

Ravetllat, I. y Pinochet, R. (2015). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el derecho civil chileno. *Revista Chilena de Derecho*, 42(3), 903-934. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000300007>

Rodríguez, M. S. (2019). Ilícitud y fraude en la maternidad subrogada: problemas éticos y legales sin solución. En A. Mondaca y C. Aedo, C. (Eds.), *Estudios de derecho de familia IV*. (pp. 409-420) Thomson Reuters.

Rodríguez, M. S. y Fernández-Arrojo, M. (2022). La intención de procrear y el interés superior del niño en el contexto de la reproducción asistida. *Revista Chilena de Derecho*, 49(1), 27-53. <https://doi.org/10.7764/R.491.2>.

Schieb, J., Ruby, A. y Benward, J. (2017). Who requests their sperm donor's identity? The first ten years of information releases to adults with open-identity donors. *Fertility and Sterility*, 107(2), 483-493. <https://doi.org/10.1016/j.fertnstert.2016.10.023>

Shanley, M. L. (2001). *Making Babies, Making Families. What matters Most in an Age of Reproductive Technologies, Surrogacy, Adoption, and Same-Sex and Unwed Parents*. Beacon Press.

Shanner, L. (2000). Procreation. En A. M Jaggar y I. Young (Eds.), *A Companion to Feminist Philosophy*. Blackwell.

Turner, S. (2003). La maternidad disociada. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXIV, 441-455. <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewArticle/542>

Turner, S., Molina, M., y Momberg, R. (2020). Técnicas de reproducción asistida: una perspectiva desde los intereses del hijo. *Revista De Derecho*, 11, 13–26. <http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/2908>

Villarroel, C. (2022). Ovodonación y embriodonación. Fundamentos biológicos y uso en Chile. En F. Zegers, R. Figueroa, F. Lathrop y H. Kaune (Eds.), *Hacia una legislación que regule las técnicas de reproducción médicamente asistida en Chile* (pp. 205-217). Ediciones Universidad Diego Portales.

Woliver, L. (1995). Reproductive Technologies, Surrogacy Arrangements, and the Politics of Motherhood. En Fineman, M. y Karpin, I. (Eds.), *Mothers in Law. Feminist Theory and the Legal Regulation of Motherhood* (pp. 346-359). Columbia University Press.

Zegers, F. (2022). La Infertilidad y el acceso a las técnicas de reproducción médicamente asistida (TRA) como un problema de salud pública en Chile. En F. Zegers, R. Figueroa, F. Lathrop y H. Kaune (Eds.), *Hacia una legislación que regule las técnicas de reproducción médicamente asistida en Chile* (pp. 14-30). Ediciones Universidad Diego Portales.

Zegers, F., Adamson, G. D., Dyer, S., Racowsky, C., de Mouzon, J., Sokol, R., Rienzi, L., Sunde, A., Schmidt, L., D. Cooke, I., Leigh, J. y der Poel, S. (2017). The International Glossary on Infertility and Fertility Care. *Human Reproduction*, 32(9), 1786-1801. doi:10.1093/humrep/dex234

Zegers, F., Figueroa, R., Lathrop, F., Kaune, H. (2022). *Hacia una legislación que regule las técnicas de reproducción médicamente asistida en Chile*. Ediciones Universidad Diego Portales.

Zúñiga, Y. (2018). Cuerpo, Género y Derecho. Apuntes para una teoría crítica de las relaciones entre cuerpo, poder y subjetividad. *Revista Ius et Praxis*, 24(3), 209-254. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000300209>

Zúñiga, Y. (2022). La reproducción asistida desde la perspectiva de la igualdad de género. En F. Zegers, R., Figueroa, F., Lathrop y H. Kaune (Eds.), *Hacia una legislación que regule las técnicas de reproducción médicamente asistida en Chile* (pp. 182-203). Ediciones Universidad Diego Portales.



# ANUARIO N°40 · 2024

---

**Dimensiones jurídico-  
penales de una  
concepción comunicativa  
y gradualista del  
consentimiento**

**Páginas 35-50**



## **DIMENSIONES JURÍDICO-PENALES DE UNA CONCEPCIÓN COMUNICATIVA Y GRADUALISTA DEL CONSENTIMIENTO**

---

**Juan Pablo Cox Leixelard**  
Universidad Adolfo Ibáñez  
juan.cox@uai.cl

### **RESUMEN**

---

El texto celebra la tesis defendida en la obra de Silvina Álvarez en orden a considerar una concepción robusta y gradualista del consentimiento y argumenta que dicha posición, fuertemente conectada con la también gradualista reconstrucción de la noción de autonomía, se aviene mejor con una concepción performativa. Seguidamente, se repara en que la percepción del consentimiento como reciprocidad y su conexión con las tesis del consentimiento afirmativo entraña riesgos regulativos en el plano jurídico-penal.

### **PALABRAS CLAVE**

---

consentimiento, autonomía, comunicación, violación

## **CRIMINAL DIMENSIONS OF A SCALAR AND COMMUNICATIVE CONCEPTION OF CONSENT**

---

### **ABSTRACT**

---

The text celebrates the thesis defended in Silvina Álvarez's work in order to consider a robust and scalar conception of consent, and argues that this position, strongly connected with the also gradualist reconstruction of the notion of autonomy, is better suited to a performative conception. Next, it is noted that the perception of consent as reciprocity and its connection with the thesis of affirmative consent entails regulatory risks to the criminal law.

### **KEYWORDS**

---

consent, autonomy, communication, rape

Las líneas que siguen representan un esfuerzo por dialogar con el magnífico libro *La protección de la vida privada y familiar. Sexualidad, reproducción y violencia* de Silvina Álvarez. Más específicamente, con su capítulo IV titulado “Sexualidad”. En ese apartado, la autora despliega múltiples reflexiones asociadas a la sexualidad y el consentimiento, abarcando buena parte de las cuestiones nucleares que en la discusión jurídico-penal sobre el moderno derecho penal sexual se han venido produciendo en las últimas décadas. La claridad expositiva que caracteriza al texto, la comprensión que allí se exhibe de problemas complejos, detectando con elegancia las hebras a partir de las cuales construir un argumento amplio que los abarque conjuntamente, en fin, la ausencia de estridencias y la mesura que cruza su indagación, son todos factores que invitan a una conversación. En esos términos la recojo y espero estar, siquiera parcialmente, a la altura.

Casi a mi pesar, paso a restar tensión dramática de inmediato: comparto buena parte de los sugerentes planteamientos de Álvarez. Por supuesto, esto puede desilusionar a potenciales lectores y lectoras, que no encontrarán aquí un enfrentamiento abierto entre posiciones estrictamente opuestas, sino más bien contrapuntos acotados, orientados a intentar perfilar de mejor manera, y desde una perspectiva jurídico-penal, las tesis defendidas en el texto. Concretamente, mi interés está situado en el consentimiento como mecanismo de transformación de posiciones jurídicas y el enfoque de mis planteamientos responde a mi formación disciplinar: desde el derecho penal transito hacia un espectro de consideraciones más amplio. Dado que el capítulo que comento aborda explícitamente ciertas repercusiones penales de los planteamientos desarrollados, creo que mi aproximación es perfectamente complementaria con la allí asumida.

Inicialmente sintetizaré los argumentos centrales del capítulo analizado (I) recordando que el contexto que los ilumina está referido a una cierta concepción del sexo y el género, pero sobre todo del marco en el que se ha desplegado la sexualidad (II). En la medida en que sobre estas cuestiones existe un consenso amplio, seré especialmente breve. Luego abordaré una esquemática reconstrucción de los modelos regulativos del derecho penal sexual moderno, incluyendo una brevísima consideración dogmática y político-criminal asociada (III), para a continuación dar cuenta de ciertos rasgos de la noción de consentimiento (IV). Refiriéndome al sentido de la práctica punitiva estatal, sostendré que un modelo del consentimiento afirmativo parece inadecuado, siendo preferible adoptar uno negativo bajo un esquema de hipótesis diferenciadas que además garantice el

tratamiento independiente de las estructuras de violación (V). Si logro expresar con claridad mis planteamientos debiera poder notarse que, pese al común mar de fondo que los cobijan, en los márgenes se distancian de los defendidos por Silvina Álvarez en su libro.

I. La tesis central del capítulo que comento expresa una defensa de una concepción gradualista del consentimiento (Álvarez, 2021), perfectamente correspondiente con la también gradualista y relacional concepción de autonomía que se sustenta (Álvarez, 2021)<sup>1</sup> y que termina plasmándose en una comprensión de las relaciones sexuales anclada en la noción de mutualidad (Álvarez, 2021).<sup>2</sup> Este abanico de factores permite nutrir de sentido su referencia a un consentimiento robusto, en la línea modernamente desarrollada por O'Neill de la indeleble formulación kantiana del imperativo de los fines (Álvarez, 2021).

En otro plano, en el texto se postula una concepción comunicativa del consentimiento (así, en la p. 122, apuntando a que representa la “manifestación libre y genuina [...] de la intención de una persona”), aunque luego, al hilo del análisis de las aportaciones de Hurd (una férrea defensora de las tesis actitudinales), esa tesis parece explicarse en razón de consideraciones probatorias, que recomendarían adoptar las posiciones que en la discusión angloamericana se rotulan como performativas, no obstante primariamente el consentimiento referiría a un estado mental (Álvarez, 2021).<sup>3</sup>

II. El marco en el que se insertan las reflexiones sobre el consentimiento recién esbozadas viene dado por la sexualidad (Álvarez, 2021), en unos términos tales que se engarza muy adecuadamente con las nociones de vida privada e intimidad, ejes del libro. Insisto, este es un libro espléndido. Mirando bajo su mejor luz la literatura más renombrada del canon y aportando siempre agudas precisiones, Álvarez comprende a la sexualidad como culturalmente teñida (2021), lo que le permite explicitar aquello que desde antaño se vislumbra: en ella se juega el poder y la sumisión de las mujeres (aquí, conforme con MacKinnon). En la estela de las luminosas evidencias aportadas al debate por Pateman y Nussbaum (Álvarez,

---

1 En conexión con los planteamientos de Gauthier.

2 Ahora, de la mano de las posiciones célebremente defendidas por Lacey, y compatible con la aproximación visible en los últimos trabajos de Gardner: p. 129, que traslada el eje analítico desde el consentimiento hacia el consenso como reciprocidad.

3 Por cierto, la tesis de Álvarez (2021) se distancia de la de Hurd en orden a que asume, en correspondencia con su anclaje relacional, la imposibilidad de reducir el consentimiento a un estado mental aséptico o aislado, y más bien lo inserta en un flujo.

2021), en efecto, asume que la delimitación histórica-social-cultural determina que la aproximación y vivencia de la sexualidad sea distinta en hombres y mujeres (Álvarez, 2021), como consecuencia de los diversos roles que unos han forjado y a otras se les han asignado. Esto repercute en el apartado tercero del capítulo (Álvarez, 2021), de la mano de un análisis del modo en que se comunica y ejecuta el consentimiento (Álvarez, 2021), que toma muy en cuenta estas asimetrías y los correspondientes mitos construidos a su alrededor (precisando, de paso, la muy influyente tesis de Pineau) (Álvarez, 2021).

Entre este marco analítico y las concepciones que del consentimiento se defienden y resumió en el apartado anterior, se aprecia una sólida coherencia, que brinda un gran poder explicativo y también persuasivo. En esto juega un papel muy significativo el que la autora no opere mostrándonos un producto teórico ya acabado que podamos tomar o dejar, sino que nos hace partícipes de su rico proceso reflexivo. Así, en vez de una prestidigitadora que nos sorprende, abrumándonos con una habilidad que no somos capaces de seguir, Silvina Álvarez nos hace protagonistas de su derrotero y nos guía con amabilidad y sin rastros de pedantería. Como lector agradezco este talante del libro, el cual, por desgracia, no es especialmente frecuente.

III. En el plano de la regulación jurídico-penal, y desde los modelos ilustrados, el consentimiento es una piedra angular de los planes legislativos. Abandonado el modelo del derecho común, en el que la legitimidad de los comportamientos sexuales venía dada por su correspondencia con el canon del orden natural y racional y, en el que correlativamente, la presencia o ausencia de consentimiento desempeñaba un rol muy marginal,<sup>4</sup> los delitos sexuales se han venido concibiendo básicamente como interacciones no consentidas.

Desde la decisión ilustrada de Feuerbach (1841)<sup>5</sup> se asumió regulativamente una protección asimétrica de la libertad sexual, en la que solo los menoscabos a su dimensión de exclusión configurarían algún delito sexual, conminado severamente, y en cambio menoscabos a su dimensión de realización darían cuenta de un delito

---

4 El modelo del derecho común, profundamente influido por la teología moral escolástica, ofrecía una aproximación represiva de la sexualidad, en la que la disposición a desplegarla, incluso por parte de adultos, no avalaba su corrección moral o jurídica (De Aquino [1994] para la concreción del modelo; Foucault [2014] para una célebre versión de la *hypothèse répressive*).

5 Es bien sabido que, en su tratado de derecho positivo, Feuerbach concreta pero también altera su propio presupuesto abstracto de la pena proporcionada, que había formulado un año antes en su *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*. Así, en el *Lehrbuch* especifica a los delitos sexuales como delitos de desplazamiento.

contra la libertad, conminado mucho menos intensamente. Así, con diferencias aquí irrelevantes, las regulaciones surgidas durante el movimiento codificador y ampliamente modificadas bajo el reformismo del último tercio del siglo pasado concibieron a los delitos sexuales como involucramientos no consentidos en distintas clases de interacciones sexuales. La ausencia de consentimiento operaba, empero, como una condición necesaria pero no suficiente de la tipicidad: los supuestos de hecho de las disposiciones legales incluían referencias a determinadas modalidades comisivas, que debían entenderse como canalizaciones de la falta de consentimiento. Se trataba, de esta forma, de modelos de ausencia de consentimiento reglada o tasada, que requerían su estricta configuración bajo esa forma para la afirmación de la tipicidad, no bastando la pura inexistencia de acuerdo o anuencia.

Este rodeo contextual lo hago para clarificar que esos modos comisivos terminaban delimitando la fisonomía de los delitos. Por ejemplo, en Alemania, los modos comisivos de la violación fueron, hasta 2016, estrictamente coactivos: solo la penetración genital valiéndose de fuerza o intimidación podía subsumirse en el tipo de violación del § 177 StGB (Müttig, 2010). Y hasta 1997 se requería, para dicha subsunción, que la persona carnalmente accedida no fuera la cónyuge del penetrador, pues se asumía la cláusula Hale (al igual que en Estados Unidos, tesis incluso favorecida en el *Model Penal Code*. En Francia, por ejemplo, la intensa discusión jurisprudencial se zanjó recién con la ley de 4.4.2006, que modificó el artículo 222-22 CP: puntos muy visibles de la discusión en Borillo, 2009). Mientras en España el escenario era similar en cuanto a la imagen coactiva de la violación, en Chile el panorama fue considerablemente más amplio en el plano legal, aunque la doctrina y la jurisprudencia se encargaron de ofrecer una reconstrucción estrecha de esas modalidades (Cox, 2019). En uno y otro caso era fácil advertir que la legislación y su interpretación cuajaba en un notorio desconocimiento de la agencia sexual femenina, en términos que su libertad de exclusión sexual pesaba bastante menos que la libertad sexual de realización de los varones (Cox, 2018): el contexto asimétrico de dominación y sumisión que ha impregnado la sexualidad es una mancha que tiñe más allá de lo que vemos en un primer vistazo y puede ser potenciado por las propias víctimas. (Sobre el fenómeno de la *surobésance*, con una clara dimensión política, Gros, 2019).

En parte contra esas consecuencias han reaccionado las reformas que pueden apreciarse ahora por doquier, mediante la incorporación de “modelos del

consentimiento”, esto es, de programas regulativos en los que la ausencia de consentimiento cuenta como condición necesaria y suficiente de la tipicidad objetiva. Estos cambios son sensibles a las consideraciones sobre la sexualidad que Álvarez reseña tan bien y que resumí apresuradamente en el punto II, y responden a una evolución cuyo primer eslabón implica abandonar el modelo coactivo, al tiempo que el segundo supone hacer lo propio con el modelo tasado.

Que las legislaciones exijan la concurrencia de una determinada modalidad de falta de consentimiento, como sigue haciéndose en Chile, o que se satisfagan con su ausencia, como ocurre, entre otras partes, en el Reino Unido, Alemania, Suecia o recientemente en España, no altera que ese elemento pase a integrar la descripción del supuesto de hecho. En efecto, la disposición legal pertinente<sup>6</sup> incluye la concreta descripción de la modalidad requerida o de la pura ausencia de consentimiento como un factor que compone el denominado tipo objetivo del delito, de manera tal que debe ser conocido por el autor para que pueda imputársele subjetivamente.<sup>7</sup> En este punto discrepo (en los márgenes) de la afirmación de Álvarez (2021), en orden a que, si una parte ha expresado de alguna manera su negativa, no se admiten ulteriores interpretaciones sobre sus estados mentales que pudieran alterar ese escenario, siempre y cuando se hubiera estado en posición de conocer dicha negativa. Esto es curioso porque la imputación subjetiva aquí relevante se predica respecto del acusado, y entonces es en relación suya que habrá que determinar si plausiblemente erró sobre la presencia de consentimiento, para lo que, indagar en estados mentales de la posible víctima, es *prima facie* irrelevante. En otras palabras: la defensa de un acusado no debiera exhibir interés por indagar en los estados mentales de quien denuncia, y por eso la exclusión de esa posibilidad erra el blanco: por supuesto que no es no. La pregunta pertinente aquí no es si la relación fue consentida o no, sino que si puede imputársele al acusado el conocimiento de su ausencia, bajo el patrón de atribución subjetiva de responsabilidad. A menos que lo que se quiera sea abandonar el régimen doloso de la imputación ordinaria, reconocer la posibilidad de un error de tipo es irrenunciable.<sup>8</sup> Por supuesto, una afirmación negativa es un

---

6 Para el caso de la violación, el artículo 1(1) SOA del Reino Unido, el § 177 StGB alemán, el Ch. 6 § 1 y 2 del CP sueco o el nuevo artículo 178 del CP español, entre otros tantos ordenamientos que adoptan el modelo.

7 Dicha inclusión determina, además, que la ausencia de consentimiento deba ser probada por la acusación: es un elemento objetivo del tipo o, en la tradición angloamericana, un elemento de la ofensa. Sobre esto, con mucha claridad y vinculándolo con la definición de consentimiento, Bergelson (2014) y, en líneas amplias, Green (2020).

8 Y de allí la clásica paradoja sobre una violación sin violador (rape without rapist) expuesta por Husak y Thomas (2001). Abordar posibilidades de imputación imprudente, como en Noruega (para el consentimiento) o Bélgica (para la edad), puede ser una medida adecuada para lograr finalidades punitivas más amplias.

poderosísimo indicio para excluir dicha posibilidad, pero no ostenta un carácter absolutamente impeditivo.

Tal vez seguir aquí a Hurd (Álvarez, 2021) es un doble paso en falso. Por una parte, porque la concepción del consentimiento que se defiende no prejuzga definitivamente el régimen de imputación subjetiva (y en Hurd la referencia a la *mens rea* es deudora de su comprensión sobre el consentimiento como un estado mental), y por otra, porque la tesis actitudinal sustentada por Hurd es reconocidamente problemática en el mundo jurídico-penal. En efecto, en su famoso artículo de 1996 entremezcla (muy significativamente) los planos jurídico y moral en unos términos que bajo el estándar europeo continental del moderno derecho penal resultan difíciles de aceptar. Así, pese a que analiza la posición del consentimiento en la configuración de un ilícito (Álvarez, 2021), apela en definitiva a consideraciones referidas a la moralidad de los actos involucrados para sostener su evaluación, desentendiéndose de su significación jurídico-penal (Hurd, 1996). Al hilo de su análisis de las relaciones sexuales, con una cuádruple muda que no expresa su anuencia, queda en evidencia que su tesis actitudinal no tiene repercusión jurídico-penal y, en cambio, sí moral (Hurd, 1996):<sup>9</sup> sería ese estado mental el que transformaría la moralidad de la conducta de otra persona. Posición que, por cierto, se rechaza en el texto que comento (Álvarez, 2021). Más allá de la plausibilidad de la tesis,<sup>10</sup> desde el punto de vista legal, la transformación que interesa primariamente es la que determina variaciones en la posibilidad de atribuir responsabilidad, y está antes vinculada a la específica regulación que a nuestras percepciones morales, que son aquí solo marginalmente relevantes.<sup>11</sup>

En su texto, Álvarez (2021) ofrece un colofón argumentativo que justificaría no calificar las negativas ni indagar en si efectivamente son genuinas manifestaciones de falta de conformidad con la interacción sexual. Se trataría, indica, de una consideración garantista que aquí se impondría y que, por lo demás, estaría

---

9 La facilidad con la que distribuye valoraciones morales es, por lo demás, impactante.

10 Tadros ha sido muy elocuente negándola, precisamente porque la magia moral a la que alude Hurd poco indica sobre el sentido de aquello que debe concurrir para calificar un hecho en determinada dirección (2016). Comentando un caso asimilable propuesto por Bergelson, Green nos recuerda no soslayar el estado mental del hipotético agresor, que habitualmente queda fuera de consideración (2020).

11 Por de pronto, una tesis como la de Hurd debiera llevar a concluir, jurídico-penalmente y desde una perspectiva estrictamente material, que, si el estado mental de la persona es concurrente con la interacción, entonces y aunque nada exprese, el acometimiento que padece representaría, también materialmente, una tentativa inidónea, pues se trataría de un acto incapaz de menoscabar el bien jurídico bajo la concepción dominante de la lesividad. No quiero introducir aquí la variable del riesgo típicamente relevante/jurídico penalmente desaprobado como factor de la imputación objetiva de la conducta, pues se concentra en puntos muy vinculados con la teoría general del delito que nos alejarían del núcleo de esta discusión.

asociada a evitar riesgos de indefensión de la presunta víctima (Álvarez, 2021). En materia penal, empero, las garantías afloran en primerísimo lugar como prerrogativas de los (potenciales) acusados frente al poder punitivo estatal, que es comprendido como una fuente de riesgos necesitada de control. Aquí parecen especialmente gravitantes las garantías dimanantes de los principios de legalidad formal y de culpabilidad material (como proporcionalidad retrospectiva). Precisamente, una comprensión garantista referida a la práctica del castigo exige no clausurar la opción de devaluar, desde la perspectiva del imputado, el peso que una negativa manifestada genera en su representación de los hechos.<sup>12</sup> Por supuesto, “su” representación de los hechos es un constructo intersubjetivo y depurarlo de los sesgos masculinizantes que han guiado las pautas de corrección social imperantes es imprescindible: por escasos que sean los casos en que la falsa creencia sea razonable,<sup>13</sup> descartarla de entrada implica abandonar una regla nuclear de los sistemas jurídicos. Por lo demás, la carga de la prueba pesa sobre la acusación.

IV. En el fragor de las reformas, aceleradas en todo el mundo por casos tristemente célebres y por la presión organizada por lograr cambios que faciliten superar un amargo estado de cosas,<sup>14</sup> tiende a evaporarse la distinción analítica entre la concepción de consentimiento que se defiende y la específica fisonomía que adopte la legislación que consagra un modelo estructurado sobre su pura ausencia.

En cuanto al consentimiento, sigo la sobrecogedora expresión de Fraisse: “*le consentement est un acte intime, mais jamais solitaire*” (2017, p. 17) —que sea un acto íntimo, pero jamás solitario, parece corresponderse muy bien, además, con la tesis defendida en el capítulo que comento—. Con esto marco mi posición escéptica frente a las tesis actitudinales, que lo perciben como un estado mental. En la intensa discusión angloamericana se ha puesto especial atención en esclarecer lo que denominan ontología del consentimiento, reconociéndose muy significativamente dos extremos, marcados por las posiciones actitudinales y las performativas, y un amplio espectro intermedio cubierto por variaciones que con mayores o menores énfasis se sitúan entre ellas.<sup>15</sup>

---

12 Estoy consciente de que aquí se vuelve crucial reparar en los mitos y confusiones destacados por Pineau (1989), con cuyo análisis, por lo demás y en líneas generales, concuerdo. Esos mitos son abordados por Álvarez (2021).

13 Así, Baron (2018, pp. 429), aunque respecto del caso de Anna Stubblefield, que obedece a otro paradigma.

14 Sobre esto Hörnle (2015) y ella misma para abordar problemas presentes y futuros (2021).

15 Dentro de cada posición extrema es posible reconocer, también, múltiples variantes. Paradigmática es la discusión entre Hurd y Alexander, que no les ha impedido reunir fuerzas contra las posiciones performativas

La concepción relacional de la autonomía y el consentimiento que defiende tan ilustradamente Silvina Álvarez (deudora de su también notable libro de 2018), se aviene mucho mejor con una concepción performativa o comunicativa. Ello es muy visible en sus referencias a que este es una manifestación —libre o genuina— de una intención (2021) o de una voluntad (2021), en términos que en el ámbito jurídico se lo identificaría con acciones o una “conducta observable” (2021, p. 124). Por lo demás, su defensa del consentimiento como un engranaje inserto en el juego de las relaciones sexuales comprendidas bajo el prisma de la mutualidad y la reciprocidad, en las que el consentimiento se construye en función del contexto y los estados mentales de los demás (2021), no puede ser correctamente configurado como un acto estrictamente interno.<sup>16</sup>

Reparar en la función que el sistema jurídico le asigna al consentimiento en tanto poder de transformación normativa, desaconseja identificarlo con un estado mental. Entregar la distribución y modificación de nuestras posiciones jurídicas,<sup>17</sup> esto es, del haz de derechos y obligaciones que ostentamos y nos debemos al interior de una comunidad a los vaivenes de estados mentales, no necesariamente expresados, es altamente implausible como representación del modo en el que operan los engranajes del sistema jurídico (Mañalich, 2009). En efecto, bajo una concepción actitudinal habría de asumirse que un puro estado mental entraña la anulación situacional de la respectiva norma de conducta inferida como hipótesis invertida de la descripción del supuesto de hecho formulada en la disposición.<sup>18</sup> En un escenario así, no me parece que la preferencia por un modelo comunicativo del consentimiento descansa o esté ligado a “la necesidad y dificultad probatoria asociada a nociones que, como esta, refieren a un estado mental del sujeto” (Álvarez, 2021, p. 124). La comunicación no representa, a mi juicio, un factor adicional que se agrega al consentimiento para facilitar su prueba: es un componente de la noción jurídica (jurídico-penal) de consentimiento.

---

de Dougherty (Alexander et al., 2016). Entre los muchos defensores de tesis performativas es posible reconocer autores igualmente conspicuos: por todos, Wertheimer (2013). Por contrapartida, en el escenario europeo continental la discusión ha sido escasa, y recientemente se aprecia un interés que en todo caso reproduce las coordenadas de la polémica en la tradición angloamericana: Vavra (2020).

16 Que el consentimiento interno es un oxímoron debiera alertarnos sobre lo inconveniente de seguir la nomenclatura propuesta por Schulhofer (1998) para denotar los actos cubiertos por las prohibiciones penales: dado el posible desacoplamiento entre los actos deseados y los consentidos, y entre sus opuestos, aludir a unwanted sex para describirlos es terreno fértil para equívocos profundos.

17 Un análisis del consentimiento en relación con la estructura conceptual propuesta por Hohfeld en Dsouza (2021), con antecedentes en Dsouza (2014).

18 Quizá las palabras, nuevamente, nos pueden ayudar. Que en la discusión angloamericana este asunto se ventile bajo el rótulo de “ontología del consentimiento” debiera servirnos como alerta metodológica. La tarea conceptual y dogmática no está aquí orientada a descubrir la sachlogische Strukturen del consentimiento, como si de una labor arqueológica se tratara. Antes bien, está dirigida a (re)construir una noción que sea operativa bajo las reglas descriptivas y adscriptivas que integran el diseño del modelo punitivo en funcionamiento.

Lo que fuera, seguramente lo distintivo del texto en este punto no debe asociarse con esta discusión por momentos excesivamente centrada en detalles que abonan una cierta circularidad. No. Creo que, en cambio, conviene reparar en que en el libro se despliega aquí una argumentación muy convincente en pos de articular una noción densa de consentimiento. Vuelvo sobre mi comentario inicial: como lector agradezco la impresionante capacidad de la autora para exponer con precisión y pulcritud sus ideas. Dado que además estas son sofisticadas y exhiben una genuina concepción y no una pura yuxtaposición de la inabarcable información que circunda este tópico, solo puedo expresar mi sincera admiración. Quisiera agregar, con todo, que en la configuración de un concepto robusto de consentimiento veo un cierto riesgo para el adecuado funcionamiento del derecho penal bajo su comprensión actual.

Por supuesto, el riesgo que vislumbro no está asociado a la paradoja que implica que, en el marco de un libro que se hace cargo de la necesidad de un verdadero reconocimiento de la agencia de las mujeres en el ámbito de la sexualidad, la reproducción y la violencia, se recurra, aunque sea lingüísticamente, a una noción kantiana de consentimiento. En efecto, como en *El extraño caso del Dr. Jekyll y Mr. Hyde*, en Kant convive el maestro de la famosísima formulación del imperativo de los fines, imbricada a su turno con la bifurcación entre dignidad y precio que ha iluminado por siglos la teorización occidental sobre múltiples aspectos de nuestro modo de estar en el mundo, con el autor severo que atribuye el cuerpo moral a los varones, quienes detentarían la razón y representarían lo sublime, y confina a las mujeres al mundo de la imaginación, pues encarnarían la belleza y carecerían de virtud genuina. Entre unos y otros no habría una pura diferencia de géneros (*Geschlecht*), sino de especie (*Gattung*), avalando y reformulando, estética y moralmente, una bifurcación entre humanidades cuyos devastadores efectos se perciben hasta hoy (Kant, 2012 [1764]).<sup>19</sup> Sé que no es en este sentido que se recoge aquí su legado, y por eso esto no pasa de ser una diatriba. El riesgo al que apunto está, en mi percepción, en otra parte.

---

19 La inclusión en la tercera crítica (1913[1790]) de la imaginación como facultad, y sus relaciones con el gusto y sobre todo con la sensibilidad y el entendimiento hacen difícil precisar su alcance y el modo en el que esta bifurcación de géneros/especies se proyecta. El desarrollo que años después ofrece en su filosofía práctica no logra remover la desconfianza: Kant (1920 [1797], §§ 24 y ss.) establece que, si bien hay entrega, opera bajo la conversión recíproca en cosa: *Denn der natürliche Gebrauch, den ein Geschlecht von den Geschlechtsorganen des anderen macht, ist ein Genuß, zu dem sich ein Teil dem anderen hingibt. In diesem Akt macht sich ein Mensch selbst zur Sache (§ 25)*. Por lo demás, la temprana tesis de Kant (1764) es luego visible en la obra filosófico-jurídica de Hegel: en sus Principios de la filosofía del derecho brinda un tratamiento del matrimonio que representa una precisa puesta en funcionamiento de las premisas kantianas (2004).

La robustez que busca Álvarez (2021) la encuentra, en buena medida, en la idea de consenso como reciprocidad. El respeto y la consideración mutua que nos debemos debiera decantar en una comprensión de la sexualidad como participación conjunta (Álvarez, 2021). De la mano de O'Neill sostiene que el sentido genuino del consentimiento implica "tomar en cuenta a la otra persona, sus propósitos, deseos o intereses [...]" (p. 121), en términos tales que para conocer las intenciones del otro en un contexto de intimidad habrá que "activar habilidades morales para el respeto, la consideración y, tal vez, la generosidad, la compasión o el amor" (p. 122).<sup>20</sup> Aquí resuenan las palabras de Fraise, para quien el consentimiento funge como un decir, pero sobre todo como un sentir juntos, significativamente distinto de aceptar o ceder (Fraise, 2017). Por supuesto, esta imagen del consentimiento calza muy bien con la concepción relacional de la autonomía y favorece tomar en consideración la gradualidad que cabe reconocer respecto de uno y otra, aspecto fundamental a la hora de diseñar las reglas y sobre todo al momento de aplicarlas.<sup>21</sup>

No es evidente, empero, que una versión así de robusta del consentimiento pueda y deba operar en toda su extensión en el campo jurídico-penal aquí pertinente.

V. Conceptualmente, no cabe reconocer una irrestricta conexión entre la noción de consentimiento que se defiende y el específico modelo regulatorio del derecho penal sexual que se adopte. Pero sí cabe sostener que, mientras más exigente sea el umbral que deba satisfacerse para considerar concurrente un consentimiento válido, mayor será la presión correlativa por incluir un modelo del consentimiento afirmativo como eje legislativo. Esta es, intuyo, la opción favorecida en el texto. Aunque no se explicita en esos términos,<sup>22</sup> la imagen robusta de un consentimiento basado en la mutualidad y la reciprocidad, que considera los deseos e intenciones del otro debiera, en fin, "dar cabida a una mejor protección de la libertad sexual, basada en una adecuada indagación en los intereses y preferencias de los

---

20 Con nota a O'Neill.

21 En este punto, solo me cabe lamentar que en el texto no se explore con algo más de detalle el rol que el engaño debiera desempeñar en la validez del consentimiento (en la p. 139, nota 19 se menciona muy escuetamente, aunque tengo claro que no es el objeto del libro... pero no puedo desconocer que me hubiera gustado conocer la opinión de su autora). Si en la tradición angloamericana puede apreciarse mayor disposición a incluirlo como factor de incriminación (Dougherty, 2013), en la tradición europea continental el escepticismo es considerable (Vavra, 2018; Eisele, 2019).

22 Asumo que la misteriosa expresión de Álvarez (2021) respecto de que "superado el 'no es no' [...] hay que desentrañar las cuestiones en torno al 'sí es sí'" (p. 120) no materializa, por sí misma, que se decante por este último como horizonte regulativo. Por lo demás, no aprecio por qué habría de considerar superada la fórmula del consentimiento negativo, y tampoco logro detectar por qué habría que concluirlo a partir de las cavilaciones inmediatamente previas de la autora, que apuntan, en cambio, a otorgar una cierta función de clausura a la negativa. En realidad, allí mostraba puramente que si la negativa cierra el espacio del cuestionamiento, el sí no lo logra (sobre esto último estoy plenamente de acuerdo).

participantes en las relaciones sexuales” (Álvarez, 2021, p. 145). Esta perspectiva, a su turno, se enmarcaría en un proyecto amplio de adopción de medidas pedagógicas y de cambio de pautas relacionales (Álvarez, 2021). Esta es, precisamente, la estrategia que predominó en Suecia para la adopción y posterior implementación de un modelo del consentimiento afirmativo en 2018 (Wegerstad, 2021). Tiendo a discrepar de la conveniencia de seguir estas pautas y plasmar un sistema del “(solo) sí es sí”.

Quizá ha sido Tatjana Hörnle quien, desde la óptica jurídico-penal, ha resumido mejor las razones más poderosas para oponerse y que podrían sintetizarse en el colapso de la distinción entre el plano moral y el plano jurídico: el deber de monitorear y evaluar las intenciones y reacciones de la otra persona puede ser considerado un deber moral en el marco de una relación de amor y cuidado mutuo (Hörnle, 2018), pero el sexo no está restringido a ese tipo de relaciones, y deja entrever un potente moralismo querer reconducirlas a ese registro.<sup>23</sup> Es obvio que la legislación encarna compromisos morales, pero las consecuencias de diseñar la regulación penal a partir de la identificación de modos moralmente correctos de desplegar la sexualidad que sintetizan ideales de vida buena y cuidado de sí han marcado muy desfavorablemente la historia del derecho penal sexual. Entre lo moralmente inaceptable y la aspiración moralmente perfeccionista existe un amplio espectro de opciones. El modelo del consentimiento negativo parece reflejar adecuadamente el estándar de los deberes que pueden exigirse bajo amenaza de pena.

No debe perderse de vista que lo que está en juego aquí no es solo la valoración de la interacción sexual llevada a cabo. En efecto, no se trata solo de indicarle a quien se ha desentendido del sentir de su *partenaire* que ha sido desconsiderado, sino de imputarle responsabilidad penal por uno de los crímenes más detestables que puedan reconocerse en cualquier sistema jurídico, para seguir la fórmula de Feinberg (1987). Con esa perspectiva a la vista, fijar el umbral típico en la desconsideración frente a negativas expresas, comunicadas por cualquier medio, no parece una restricción punitiva desmesurada.<sup>24</sup>

---

23 Los riesgos para garantías materiales y procedimentales básicas que al alero de algunas coordinadas del movimiento *#Me Too* se han podido reconocer, también han sido evaluadas por Hörnle (2021). Por supuesto, esos riesgos, que también se nutren de un fuerte sentido moral, deben canalizarse sin renunciar al innegable valor del movimiento y al poder emancipatorio que ha supuesto.

24 Desde una perspectiva dogmática, además, el modelo del consentimiento negativo calza mejor con la consideración de la norma de conducta como habilitante de un reproche jurídico-penal en función de la identificación precisa —bajo legalidad— de un estándar de comportamiento. El modelo del consentimiento afirmativo construido sobre la preocupación por el otro plantea, en términos considerablemente más difusos, dicho estándar

Por supuesto, la adopción de un modelo tal debe preocuparse de establecer un sistema escalonado de infracciones, estando a la base el caso de interacción puramente no consentida, pero debiendo considerarse hipótesis calificadas por la concurrencia de factores agravantes. Esto no solo es coincidente con la concepción gradual de la autonomía y el consentimiento, sino que también evita tácticas judiciales de acomodo fácil a la inercia cultural que fomenta la impunidad, y disminuye sensiblemente la banalización de los casos especialmente graves (Cox, 2019). Un modelo así concebido debe también, en mi opinión, reservar hipótesis aisladas para la violación, que resguarden también su *nomen iuris* como piedra simbólica para los acusados, las víctimas y la comunidad (Cox, 2019). No desconozco que plantear en este tiempo un modelo así puede ser impopular, en la medida en que adheriría a posiciones no suficientemente evolucionadas y progresistas. Con todo, confío en que da cuenta de una opción plausible que ayuda a controlar los riesgos moralizantes, que suelen traducirse en una representación desconfiada de la sexualidad que termina generando una excesiva restricción de la libertad de realización en aras a lograr garantizar la libertad de exclusión. Desprovista del sentido místico que le atribuyó, hago mía aquí la fórmula de Hölderlin: pero donde hay peligro, crece lo que nos salva (Hölderlin, 1808, p. 79).<sup>25</sup>

---

y, por tanto, desdibuja los contornos del específico deber, repercutiendo así en la precisión de la prohibición. Sobre esto, Hörnle (2018).

25 Wo aber Gefahr ist, wächst/Das Rettende auch, en su poema Patmos.

## BIBLIOGRAFÍA

Alexander, A., Hurd, H. y Westen, P. (2016). Consent does not require communication: a reply to Dougherty. *Law and Philosophy*, 35, 655-661. <http://www.jstor.org/stable/44980859>

Álvarez, S. (2021). *La protección de la vida privada y familiar. Sexualidad, reproducción y violencia*. Marcial Pons.

Baron, M. (2018). Sexual consent, reasonable mistakes, and the case of Anna Stubblefield. *Ohio State Journal of Criminal Law*, 15(2), 429-449. <http://hdl.handle.net/1811/85821>

Bergelson, V. (2014). The meaning of consent. *Ohio State Journal of Criminal Law*, 12, 171-180. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3228804>

Borillo, D. (2009). *Le droit des sexualités*. Presses Universitaires de France.

Cox, J. P. (2019). El *nomen iuris* 'violación' como demanda reivindicativa. Notas sobre la necesidad de reconocimiento de la agencia sexual de las mujeres. *Ius et Praxis*, 25(3), 307-332. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122019000300307>

Cox, J. P. (2018). Entre la revolución y la ilusión. La regulación jurídico-penal del sexo como campo de batalla. *Política Criminal*, 13(26), 657-681. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992018000200657>

De Aquino, T. (1994). *Suma de teología* (Vol. IV, parte II-II, L. Gómez Becerro, Trad.). Biblioteca de Autores Cristianos.

Dougherty, T. (2013). No way around consent: a reply to Rubinfeld on 'Rape-by-deception'. *The Yale Law Journal Online*, 123, 321-334.

Dsouza, M. (2021). The power to consent and the criminal law. *UCL Research Papers*, 4, 1-27. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3787374>

Dsouza, M. (2014). Undermining prima facie consent in the criminal law. *Law and Philosophy*, 33(4), 489-524. <https://doi.org/10.1007/s10982-013-9188-z>

- Eisele, J. (2019). Dreizehnter Abschnitt. Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung (§ 174-§ 184j). En A. Schönke y H. Schröder (Eds.), *Strafgesetzbuch*. C. H. Beck.
- Feinberg, J. (1987). *The moral limits of the criminal law. I. Harm to others*. Oxford University Press.
- Feuerbach, P. J. A. (1841). *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*. George Fridrich Heyer's Verlag.
- Foucault, M. (2014). *Histoire de la sexualité, I. La volonté de savoir*. Gallimard.
- Fraisse, G. (2017). *Du consentement*. Seuil.
- Green, S. P. (2020). *Criminalizing sex. A unified liberal theory*. Oxford University Press.
- Gros, F. (2019). *Désobéir*. Flammarion.
- Hegel, G. W. F. (2004). *Principios de la filosofía del derecho* (Trad. J. L. Bernal). Editorial Sudamericana.
- Hölderlin, F. (1808). *Patmos*. Leo Freiherrn von Seckendorf (editor).
- Hörnle, T. (2021). Evaluating #MeToo: the perspective of criminal law theory. *German Law Journal*, 22, 833-846. <https://doi.org/10.1017/glj.2021.34>
- Hörnle, T. (2018). Rape as non-consensual sex. En A. Müller y P. Schaber (Eds.), *The Routledge handbook of the ethics of consent* (pp. 235-246). Taylor & Francis.
- Hörnle, T. (2015). Warum § 177 Abs. 1 StGB durch einen neuen Tatbestand ergänzt werden sollte. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (4), 206-216.
- Hurd, H. (1996), The moral magic of consent. *Legal Theory*, 2(2), 121-146. <https://doi:10.1017/S1352325200000434>
- Husak, D. y Thomas III, G. (2001). Rapes without rapists: consent and reasonable mistake. *Noûs*, 35, 86-117. <https://doi.org/10.1111/0029-4624.35.s1.4>

Kant, I. (2012), *Beobachtungen über das Gefühl des Schönen und Erhabenen*. Im Insel-Verlag. (Trabajo original publicado en 1764).

Kant, I. (1920), *Die Metaphysik der Sitten. Erster Teil. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*. Grossherzog Wilhelm Ernst Ausgabe. (Trabajo original publicado en 1797).

Kant, I. (1913), *Kritik der Urteilskraft*. Druck und Verlag von Georg Reimer. (Trabajo original publicado en 1790).

Mañalich, J.P. (2009). *Nötigung und Verantwortung. Rechtstheoretische Untersuchungen zum präskriptiven und askriptiven Nötigungsbegriff im Strafrecht*. Nomos.

Müttig, Ch. (2010). *Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung (§ 177 StGB) Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1870*. De Gruyter.

Pineau, L. (1989). Date rape: a feminist analysis. *Law and Philosophy*, 8(2), 217-243. <https://doi.org/10.1007/BF00160012>

Schulhofer, S. (1998). *Unwanted sex: the culture of intimidation and the failure of law*. Harvard University Press.

Tadros, V. (2016). *Wrongs and Crimes*. Oxford University Press.

Vavra, R. (2020). *Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen*. Nomos.

Vavra, R. (2018). Täuschungen als strafbare Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung? *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 12, 611-618.

Wegerstad, L. (2021). Sex must be voluntary: sexual communication and the new definition of rape in Sweden. *German Law Journal*, 22 (5), 734-752. <https://doi.org/10.1017/glj.2021.32>

Wertheimer, A. (2013). *Consent to sexual relations*. Cambridge University Press.

# ANUARIO

## N°40 · 2024

---

**De la teoría de las esferas  
separadas a un cuarto  
propio**

**Páginas 53-70**



## DE LA TEORÍA DE LAS ESFERAS SEPARADAS A UN CUARTO PROPIO<sup>1</sup>

**Yanira Zúñiga Añazco**

Universidad Austral de Chile

yzuniga@uach.cl

<https://orcid.org/0000-0002-0589-3552>

### RESUMEN

El texto examina las contribuciones de Silvina Álvarez al estudio y comprensión de las implicancias y desafíos del régimen de la intimidad desde el punto de vista del género, a la luz de las precursoras contribuciones de la escritora Virginia Woolf en su conocido ensayo *Un cuarto propio*.

### PALABRAS CLAVE

intimidad, Virginia Woolf, género, mujeres

## FROM THE THEORY OF SEPARATE SPHERES TO A ROOM OF ONE'S OWN

### ABSTRACT

The text examines Silvina Álvarez's contributions to the study and understanding of the implications and challenges of the regime of intimacy from a gender point of view, in light of the pioneering contributions of the writer Virginia Woolf in her well-known essay "A Room of One's Own".

### KEYWORDS

privacy, Virginia Woolf, gender, women

<sup>1</sup> Este artículo se enmarca en el Proyecto Fondecyt N°1210585, denominado *El rol de la familia en el sistema sexo-género ¿estabilización o transformación?*, del que su autora es investigadora responsable.

## I. INTRODUCCIÓN

*Un cuarto propio* (o *Una habitación propia*, en otras traducciones al español) es un ensayo de Virginia Woolf, publicado en 1929, gestado con ocasión de una conferencia sobre mujeres y literatura que dictara un año antes, en Newham. En este ensayo, la escritora inglesa no solo acomete la tarea de describir, con una lucidez salpicada a ratos de ironía punzante, la devaluación de la imagen femenina en las letras y la histórica asfixia a la que los talentos creativos de las mujeres han sido sometidos; ofrece también una reflexión sobre las condiciones materiales que propician la creación como fuente de autorrealización femenina. De esa reflexión —que se mueve entre la observación, la crítica y la propuesta— emerge la tesis de Woolf: las mujeres precisan un cuarto propio y medios materiales (entre otros, los medios económicos de subsistencia que cifra en 500 libras) suficientes para desarrollar su intelecto, creatividad y sus otros talentos. A contracorriente de las (pre)ocupaciones feministas de la época, volcadas por entonces en las luchas sufragistas, Woolf se enfoca en el espacio privado o íntimo. Anticipa, así, una rebelión intimista que solo adquirirá forma y protagonismo en la teoría y *praxis* feministas décadas después, en el último tercio del siglo XX, de la mano del emergente feminismo radical y de su crítica a la dicotomía público-privado.

Me ha parecido que la precursora reflexión de Virginia Woolf sobre la intimidad (así entiendo yo su metáfora del cuarto propio) puede servir como inspiración y brújula para examinar el trabajo de Silvina Álvarez. Como otros autores y autoras de este volumen, tengo el honor de comentar uno de los capítulos del último libro de la Prof. Álvarez, titulado *La protección de la vida privada y familiar. Sexualidad, reproducción y violencia*. En concreto, el capítulo primero dedicado a la distinción público-privado.

El ensayo de Woolf y el trabajo de Álvarez antes referido tienen varios aspectos en común. En primer lugar, apuestan por visiones complejas y multidimensionales de la intimidad. Ambas autoras asumen que la gramática de “lo íntimo” se expresa, atraviesa y trasciende las fronteras de *lo familiar* y *lo privado*. En segundo lugar, las dos asumen que la significación y formas históricas de la intimidad están condicionadas por el orden social de género, lo mismo que su potencial emancipador. Dado que las mujeres han sido sistemáticamente desposeídas de los beneficios asociados a la intimidad, a diferencia de los hombres, esta ha operado más como una jaula que como un espacio de liberación. Sin embargo —y

en tercer lugar— ambas defienden una concepción ideal de la intimidad en la que, purgada de sesgos de género y dotada de condiciones que hagan plausible su ejercicio universal, deviene un requisito esencial para la autorrealización femenina.

## II. LA INTIMIDAD COMO UN CUARTO PROPIO

Según Virginia Woolf, las condiciones que permiten alcanzar el “estado mental que se necesita para liberar lo que se tiene en el cerebro” (2008, p. 38) son, en general, escurridizas, pero en el caso de las mujeres a menudo devienen inalcanzables. Esas condiciones son de dos tipos: de carácter negativo y de carácter positivo.

Las primeras se traducen en un espacio libre de contaminaciones o perturbaciones. Una psique del escritor o escritora exenta de emociones negativas posibilita, según Woolf, el despliegue óptimo de su creatividad. En sus propias palabras:

La mente del artista para lograr el esfuerzo prodigioso para liberar la obra entera e intacta que se halla en ella requiere ser incandescente. [...] No debe haber obstáculos en ella, ningún cuerpo extraño inconsumido. [...] Todo deseo de protestar, predicar, pregonar un insulto, sentar una cuenta, hacer al mundo testigo de una dificultad o una queja, todo esto ha ardido en su mente y se ha consumido. Su poesía mana, pues, de él libremente, sin obstáculo. (2008, p. 42)

Sin embargo, cuando se trata de las mujeres, las dificultades para alcanzar ese estado mental se multiplican exponencialmente. A la hostilidad de un mundo que las considera, por el solo hecho de no ser hombres, mentes inferiores, se suma una especie de fuerza centrífuga que las predestina, quiéranlo o no, al matrimonio, un contrato tan inevitable como innegociable, desposeyéndolas, según Woolf, de la capacidad de elegir proyectos alternativos. Sin la facultad de escribir el guion de sus vidas, incapaces de dominar la proyección pública de sus seres, las mujeres son, entonces, presa fácil de toda clase de odios, miedos, frustraciones y perturbaciones. A menudo, sus mentes son invadidas por estas “malas hierbas” que no dejan florecer su talento (2008).

A su juicio, las novelas inglesas escritas por mujeres eran comparables a las manzanas picadas en un vergel, unas y otras portaban un defecto que las llevaba

regularmente a corromperse: la introyección de la pobre opinión o expectativa ajena, lo cual llevaba a sus autoras a escribir “lo que” y “cómo” se suponía que debían escribir las mujeres. Según Woolf, en la novelística femenina inglesa, las relaciones y las figuras femeninas se presentaban de una manera achatada, disminuidas por el efecto jibarizador de las miradas masculinas (2008). En la figura de Charlotte Brontë, Woolf encarna la idea del talento femenino corroído por el ambiente hostil. De ella dice: “hay [en su obra] una acidez, resultado de la opresión, un sufrimiento enterrado que late bajo la pasión, un rencor que contrae aquellos libros, por espléndidos que sean, con un espasmo de dolor” (2008, p. 54).

Viniendo de quien tenía por propósito declarado revalorizar la imagen femenina, dicha afirmación resulta, a primera vista, desconcertante. Sin embargo, más que una crítica, es una reflexión sobre el efecto corrosivo de la opresión de género en “la integridad del novelista”, es decir, en su capacidad para construir un artefacto imaginario inmune a la contaminación ambiente (Woolf, 2008). De ese efecto corrosivo solo se librarían unas pocas autoras. Aquellas que, haciendo gala de una resiliencia fuera de serie, lograban deshacerse de la amargura y “escribir como mujeres” (Woolf, 2008, p. 55),<sup>2</sup> sin renegar de la voz femenina, mostrando en qué consiste ser mujer en una sociedad adversa.

Es altamente probable que esta reflexión tenga un componente existencial. Durante toda su vida —a la que ella misma puso término— Woolf fue perseguida por una honda melancolía cuyas causas, según estudios recientes, serían biomédicas y sociales, incluyendo experiencias de abuso sexual en su adolescencia.<sup>3</sup> Quizás por eso, el esfuerzo por desembarazarse de un dolor, a la vez individual y colectivo, por trascender a la cólera<sup>4</sup> y encontrar una voz genuinamente femenina se transformó en una empresa que dejó una visible impronta en su obra. En varias de sus novelas ese esfuerzo despunta bajo una forma mestiza; inicia como un relato intimista enhebrado a partir de la cotidianidad femenina para progresivamente adquirir un carácter subversivo.

---

2 Woolf ofrece dos ejemplos de la literatura del siglo XIX: Jane Austen y Emily Brontë (hermana de Charlotte).

3 Esa melancolía, a menudo referida en su diario de vida, forma parte de un conjunto mayor de síntomas que encuadran con un trastorno del espectro bipolar, al que pueden haber contribuido antecedentes familiares de patologías mentales, como vivencias traumáticas al interior de su familia, como el acoso sexual por parte de hermanastros (Figuroa, 2005).

4 En un pasaje de *Un cuarto propio*, Woolf se reprende con severidad a sí misma al descubrirse garabateando un dibujo inspirado en la evocación de la imagen de un autor que considera sexista. “La cólera me había arrebatado el lápiz mientras soñaba. Pero ¿qué hacía allí la cólera? Interés, confusión, diversión, aburrimiento, todas estas emociones se habían ido sucediendo durante el transcurso de la mañana, las podía recordar y nombrar. ¿Acaso la cólera, la serpiente negra, se había estado escondiendo entre ellas?” (2008, p. 25).

Por ejemplo, en *Tres Guineas*, publicada en 1938, Woolf elabora un discurso pacifista enraizado en la experiencia femenina. Ahí deplora la pulsión bélica a la que califica como una característica del sexo masculino. Sostiene que las mujeres no han podido decidir sobre la guerra y la paz dada su posición social marginal. Confinadas al hogar, predestinadas a ser esposas —única profesión que siempre ha estado abierta a ellas— no han podido usar la fuerza de las armas, ni la del dinero, ni predicar sermones ni negociar tratados (1999). Sin sumarse al optimismo sufragista, Woolf pone en duda que el recién adquirido derecho a voto pueda cambiar sustantivamente ese estado de cosas. Observa que las nuevas profesiones a las que lograban acceder las mujeres educadas, una vez legalizado su derecho a ganarse la vida, quedaban regidas también por las lógicas patriarcales que reinan en el mercado de trabajo y la política. Para nuestra autora, la búsqueda femenina de la justicia, la libertad y la igualdad solo podía hacerse, por consiguiente, desde fuera de la sociedad masculinizada; desprendiéndose y cuestionando los valores dominantes<sup>5</sup> y sustituyéndolos por otros, más propios del mundo de las “extrañas” (como califica a las mujeres). Dado que la vida privada y la vida pública están inseparablemente ligadas, la transformación no puede, en su opinión, anclarse en un sola de estas esferas. Debe ser, en cambio, transversal.

Para que la mente de una escritora sea genuinamente libre —inmune a la esclavitud intelectual o a la adulteración, como dirá en *Tres Guineas* (Woolf, 1999)— ella debía ser preservada de interferencias externas. En particular, de las perturbaciones ambientales y de la angustia derivada de la subsistencia. Si bien la creadora de *Orlando* es consciente de que el camino de la escritura encuentra diversos escollos que obstruyen los pasos de cualquiera que decida emprenderlo, las dificultades materiales que las mujeres históricamente han debido enfrentar han sido titánicas. Equivalen, retomando la imagen anterior, a una caminata cuesta arriba y con el viento en contra.

Para echar a volar la imaginación, las mujeres requieren un espacio material propicio para aislarse o ensimismarse —un cuarto propio— lo cual les ha sido históricamente esquivo. El espacio doméstico o familiar no ha reunido habitualmente esas condiciones. Como recuerda Woolf, “[para las mujeres], tener una habitación propia ya no digamos una habitación tranquila y a prueba de sonido era algo

---

5 En *Un cuarto propio*, a propósito de los libros escritos por hombres, Woolf ya había subrayado su carácter ideológico. “No solo celebran virtudes masculinas, imponen valores masculinos y describen el mundo de los hombres; la emoción, además, que impregna estos libros es incomprensible para una mujer” (2008, p. 73).

impensable aun a principios del siglo diecinueve, a menos que los padres de la mujer fueran excepcionalmente ricos o muy nobles” (2008, p. 39). Las familias de clase media no contaban a la época más que con una sola sala de estar, común a todos los miembros de la familia, de manera que si una mujer quería escribir debía hacerlo ahí, bajo el escrutinio y la censura de los ojos ajenos (2008). Aun cuando algunas lograban aislarse mentalmente de la distracción ambiente y conseguían escribir, casi todas esas afortunadas no tenían hijos (un dato que es remarcado por Woolf), y permanecían normalmente presas del temor y la vergüenza de ser descubiertas. El chirrido de la puerta alertaba a Jean Austen, quien solía, según Woolf, esconder el manuscrito de *Orgullo y Prejuicio* como si se tratara de algo pecaminoso (2008).

El efecto censorador de los ojos ajenos fue un aspecto central en la reflexión intelectual de Woolf sobre la condición femenina. Las mujeres —sentencia— “están tan terriblemente acostumbradas a vivir escondidas y refrenadas que se esfuman a la primera ojeada observadora que les echan” (2008, p. 61). Ese potencial inquisidor se redobra al interior de los hogares debido a la cercanía, y la jerarquía que recorre y estructura los vínculos familiares. De ahí la importancia de que las mujeres dispongan de un espacio libre de interferencia y escrutinio dentro del hogar; un “pestillo para poder pensar por sí mismas” (2008, p. 75).

Como puede apreciarse, Woolf fue pionera en teorizar sobre la intimidad al interior de los espacios y relaciones familiares, tanto en términos psicológicos como materiales. La metáfora del *cuarto propio* remite, así, a un espacio dual compuesto de, por un lado, un subespacio mental o psíquico, libre de cargas emotivas negativas y, por el otro, un subespacio físico, a salvo de las distracciones.

Estar libre de perturbaciones implica, para Woolf, estar libre específicamente de la preocupación por la propia subsistencia. Los talentos de las mujeres, más o menos extraordinarios, podrían florecer si, además, disponían de recursos económicos suficientes. “Démosle una habitación propia y quinientas libras al año, dejémosle decir lo que quiera y omitir la mitad de lo que ahora pone en su libro y el día menos pensado escribirá un libro mejor” (2008, p. 68) —dirá— después de todo “los genios no florecen en las clases obreras” (2008, p. 37).

La preocupación de la escritora inglesa por la independencia económica recorre su obra. La enuncia y perfila en *Un cuarto propio* y la retoma y refina en *Tres*

*Guineas*. La independencia económica es concebida en su obra como una condición para liberar la mente femenina de las ataduras de la amargura y democratizar tanto lo privado como lo público, lo individual como lo colectivo. De ahí el júbilo que expresa en el primer texto frente a la expectativa de una herencia:

Tengo asegurados para siempre la comida, el cobijo y el vestir. Por tanto, no sólo cesan el esforzarse y el luchar, sino también el odio y la amargura. No necesito odiar a ningún hombre; no puede herirme. No necesito halagar a ningún hombre; no tiene nada que darme. De modo que, imperceptiblemente, fui adoptando una nueva actitud hacia la otra mitad de la especie humana. Era absurdo culpar a ninguna clase o sexo en conjunto. (2008, p. 30)

Llegados a este punto, vale la pena aclarar que, aun cuando la propuesta feminista de Virginia Woolf se vertebra sobre una reivindicación de una cultura femenina desarrollada bajo la égida de “lo privado-familiar”, no se trata, en rigor, de una propuesta esencialista o culturalista. Como observa Míguez (2020), en el trabajo de Woolf las mujeres tienen fuerza no por ser mujeres, sino por ser las protagonistas de una historia de desprendimiento y desvinculación de lo masculino; al emanciparse de las deudas y otros compromisos ínsitos a la dominación/sujeción su intelecto se libera, germina entonces, la crítica y se posibilita su expansión personal. Por consiguiente, lo que le (pre)ocupa a nuestra autora no es la lucha entre lo masculino y lo femenino, ni la superioridad de una cultura respecto de la otra. El combustible de su obra es, más bien, la inclusión de “las extrañas”,<sup>6</sup> de lo que está “afuera” o en los bordes en lo que está “adentro” y que, por estarlo, constituye el perímetro y el parámetro de todo.

Coherente con ello, la noción de intimidad en Woolf, el núcleo de su “cuarto propio”, no es enteramente material ni físico, tampoco es estrictamente patrimonial, ni se localiza solo en lo individual. No se satisface solo con dotar a alguien de un lugar geográfico reservado o que caiga bajo la esfera de su dominio. Su noción de intimidad reenvía a un espacio, mitad material, mitad inmaterial, que reúne ciertas características precisas (libertad, paz y quietud),<sup>7</sup> idóneas para potenciar el despliegue de una genuina libertad individual. Un espacio, erguido sobre pilares económicos que le sirven de apoyo, donde el cuerpo y el intelecto femeninos

6 Esa terminología la utiliza en *Tres Guineas* para referirse a las mujeres educadas, las mujeres críticas.

7 “No debe chirriar ni una rueda, no debe brillar ni una luz” dice Woolf (2008, p. 75).

pueden desnudarse. El “cuarto propio” es, en suma, un espacio al abrigo de la perturbación y corrosión externas, un remanso para la depuración y fortalecimiento de la subjetividad femenina, un motor para enfrentar un mundo adverso con nuevos bríos transformadores.

Tan sugestiva contribución de la escritora inglesa a la discusión sobre la intimidad de las mujeres y su relación con lo privado y la familia merece ser debidamente tomada en cuenta por los estudios jurídicos. Hoy, más que antes, requerimos enfoques complejos, dúctiles y divergentes que nos ayuden a capturar adecuadamente la diversidad de relaciones al interior de dicho trinomio, que nos provean de categorías para refinar su análisis y realizar matices.

La vorágine de la realidad nos obliga a abandonar la aproximación que por siglos ha dominado el acercamiento jurídico a lo privado, la familia y la intimidad. Esa aproximación ha invisibilizado las especificidades de género y aplanado la capacidad del pensamiento jurídico de ofrecer teorías que miren el mundo con un lente crítico de doble graduación. Un lente que, en lugar de concebir a la familia como un espacio natural, ideal o insular, la muestre como un rizoma multiforme, cuyas yemas florecen de manera asimétrica, según las condiciones ambientales. Un lente capaz de mirar el conjunto y, a la vez, concentrarse en las experiencias, vivencias y sufrimientos de las mujeres.

La pandemia nos ha ofrecido abultada evidencia que reafirma la necesidad ética y política de poner a la familia en el centro de una reflexión innovadora que tome nota de los complejos y ubicuos vínculos sobre los que se asienta la familia. Como es sabido, durante buena parte de este aciago periodo las familias, a lo largo del mundo, debieron confinarse en el espacio privado. Las diferencias culturales o de desarrollo tecnológico entre los diversos Estados, no impidieron que el Covid-19 permeara transfronterizamente las estructuras familiares. Pero, ello acaeció no de una manera idéntica sino diferenciada, en función de la geografía política de esos espacios; aquello que Rita Segato ha denominado la “politicidad” de la “casa adentro” (2020). En el caso de las familias pobres, el hacinamiento, es decir, la falta de una mínima segregación al interior de los hogares, generó un efecto catastrófico, tanto desde la perspectiva sanitaria, como económica y social. Desde el punto de vista epidemiológico, las personas más afectadas fueron ancianos/as, cuya mortalidad aumentó significativamente. Pero desde otros ángulos, las mujeres aparecen como las principales afectadas. Al asumir el cuidado de sus

hijos sufrieron más que los hombres la pérdida de empleo y, por extensión, la precariedad económica, además de absorber una gran sobrecarga de trabajo con sus respectivos impactos físicos y psicológicos. Mujeres y niñas sufrieron también más violencia doméstica, incluyendo formas de violencia sexual.

Es verdad que, en contraste con las familias pobres, las familias acomodadas — las cuales disponen de metros cuadrados suficientes para el desarrollo de la vida familiar e individual de sus integrantes— sufrieron ostensiblemente menos en términos sanitarios. No obstante, los impactos asociados a los factores de género, desde el punto de vista del resguardo de su bienestar, fueron también significativos, aun cuando fueran distintos. Las mujeres de hogares adinerados resultaron afectadas por el incremento de la violencia de género, pero se beneficiaron de mayor estabilidad en el empleo. Muchas de ellas, eso sí, enfrentaron mayores perturbaciones que las habituales al verse obligadas a realizar sus actividades profesionales al interior de sus hogares. La productividad científica de las mujeres académicas e investigadoras (un tipo de escritoras del saber científico), por ejemplo, cayó abruptamente durante la pandemia (por todos, Reboiro del Río, 2022). Ellas publicaron menos, especialmente en puestos de autoría clave que requieren mayor número de horas dedicadas a investigación y ese efecto se acusó entre las que eran madres. El aislamiento social multiplicó la dificultad de las mujeres profesionales, en general, para conciliar el trabajo doméstico con el trabajo remunerado, volviéndose extremadamente borrosos los límites entre los tiempos personales, familiares y de ocio (Undurraga y Hornickel, 2021).

En síntesis, si bien hombres y mujeres, al interior de sus familias, debieron confinarse siguiendo restricciones sanitarias relativamente similares, los primeros se las arreglaron para sustraerse de la mayor parte de las actividades domésticas y de cuidado, las cuales debieron ser asumidas íntegramente por las segundas, sin posibilidades de descarga. El confinamiento impidió que las mujeres echaran mano de sus redes familiares femeninas o externalizaran esas labores mediante la contratación de otras mujeres, habitualmente más pobres o vulnerables. Por consiguiente, ni las mujeres adineradas ni las pobres dispusieron, en realidad, de “un cuarto propio” en los términos que propone Virginia Woolf. Es decir, de un espacio de intimidad que actúe verdaderamente como refugio protector y emancipador.

### III. LA DISTINCIÓN PÚBLICO-PRIVADO O LA TEORÍA DE LAS DOS ESFERAS

Me propongo, como ya adelanté, utilizar el enfoque desarrollado por Virginia Woolf para examinar el trabajo de Silvina Álvarez. Pretendo, entonces, poner a conversar a una novelista/ ensayista con una jurista. Imagino que a más de alguien tal propósito le parecerá sorprendente. Sin embargo, creo que ese diálogo es posible y que, de hecho, hay condiciones ideales para que sea fluido. De entrada, observo paralelismos entre los planteamientos de ambas autoras. Por ejemplo, una y otra se distancian de la formulación canónica de la teoría de las dos esferas y adoptan, en su reemplazo, una mirada reconstructiva de la intimidad permeada por la crítica feminista. Además, me parece que hay algunos elementos de la obra de la primera que podrían aportar al esfuerzo que, con solvencia, emprende la segunda.

El objeto declarado del primer capítulo del libro de Álvarez es precisar el concepto y la extensión de las ideas de público y privado, y defender una noción de privacidad o intimidad distinta de la esfera privada; más específica, más circunscrita y, al mismo tiempo, más útil para abordar los problemas e intereses femeninos. Creo que Álvarez desarrolla satisfactoriamente ese objetivo. Su trabajo abunda en delimitaciones y precisiones conceptuales cuyo efecto es identificar, reconstruir y revisar críticamente la constelación de dualidades alrededor de las cuales orbita la reflexión jurídica sobre lo privado, la familia y la intimidad.

Su ejercicio, a la vez genealógico y cartográfico, es revelador. Muestra que la *doxa* jurídica tradicional ha sido dominada por una tendencia al terraplanismo. La geografía curva e irregular en la que se asienta ese trinomio, modulada por placas tectónicas superpuestas y en constante tensión, ha sido sustituida por una teoría —la teoría de las dos esferas— que asume la existencia de dos espacios contiguos perfectamente bien delimitados (lo público y lo privado), cuyos bordes, tan nítidos como inconmensurables, tendrían la asombrosa cualidad de nunca intersectarse.

Como lo hace habitualmente la crítica feminista, Álvarez (2021) reconstruye la genealogía de esta teoría remontándose al pensamiento liberal ilustrado. Muestra cómo los orígenes de constitución de lo privado, como una esfera residual y subordinada a lo público, entroncan con el propósito del pensamiento ilustrado de divorciar la razón de la emoción, de purgar la política de las pasiones. Lo privado devino, así, en el espacio por antonomasia de las emociones; un territorio ocupado

en permanencia por una figura arquetípica —la mujer— y enraizado en la familia. A partir de ahí, la esfera privada, en la que se ha localizado tradicionalmente a la familia, ha sido concebida como el reino de la autonomía, considerada un espacio que cobija intereses, acciones y relaciones vitales para la autorrealización ética. Vida privada, intimidad y familia se volvieron así conceptos coextensivos, piezas de un mismo paraguas que comparte una única armazón y cuya tela tiene por fin evitar interferencias externas.

La reconstrucción genealógica que Silvina Álvarez hace de esta verdadera estirpe de conceptos muestra con claridad que, las demarcaciones espaciales a las que la teoría y la práctica jurídicas se han apegado con un entusiasmo furibundo suelen ser forzadas, borrosas e inestables. La supuesta oposición entre lo privado y lo público ignora la red de vasos comunicantes entre ambas esferas, caracterizada por valores (autonomía personal, dignidad, igual respeto y estatus) y fines (neutralizar asimetrías de poder) comunes. También ignora los impactos que la irradiación de las herramientas de protección iusfundamental ha tenido en el régimen contemporáneo de la familia y no permite dar cuenta adecuadamente de este fenómeno.

En efecto, el influjo de los derechos ha posibilitado que en la regulación actual de la familia coexistan dos tendencias. Una que reconoce una creciente capacidad decisional a las personas en su establecimiento y configuración, y otra que acepta el intervencionismo estatal incremental; una orientada hacia la “privatización” de la familia y otra hacia su “publicación”. Es decir, esa regulación familiar eminentemente paradójica, que oscila entre la autonomía y la heteronomía, y que da origen a un sistema mixto. Desde la perspectiva de la teoría de las dos esferas, lo anterior es evidentemente disruptivo.

La reconstrucción que presenta Silvina Álvarez tiene varios méritos. Cultiva una visión de conjunto, transdisciplinar, que ha brillado por su ausencia en los estudios jurídicos tradicionales sobre la familia. Esta última ha sido objeto de atención habitual por parte de los iusprivatistas y, en contraste, ignorada por los iuspublicistas. Álvarez pone de relieve que no es necesario suscribir las críticas feministas (a menudo consideradas militantes o seudocientíficas) para abandonar la teoría de las dos esferas. Hay otras razones que justifican corregir el desenfoque que tal aproximación produce. Entre otras, las de consistencia interna.

Puede graficarse este aporte específico de Álvarez recurriendo a un par de imágenes. Si abandonamos la idea del carácter insular de la familia (que postula que esta integra, aunque distante, un archipiélago de relaciones privadas, lejano y opuesto a la esfera pública) y se la reemplaza, en cambio, por la figura de un rizoma de relaciones en el que cada una de sus partes tiene funciones distintas y se rige, por consiguiente, por lógicas diversas, la contradicción que conlleva la teoría de las dos esferas desaparece.

Ese cambio de enfoque permite capturar, además, las transformaciones sacionormativas que han operado sobre la familia, descritas en el texto de Álvarez, así como otras no tratadas ahí. Por ejemplo, el rol de la familia en la mantención del modelo de Estado social. La familia es la más importante de las tres grandes fuentes históricas de absorción de riesgos sociales (además, del Estado y del mercado) de manera que toda colectivización de dichos riesgos implica, por definición, una “desfamiliarización” de su gestión y una responsabilización social. Dicho de otra manera, el futuro de la protección social está enlazado inseparablemente a las familias que se han vuelto más diversas, fragmentarias e inestables; y donde las mujeres ya no solo asumen los roles tradicionales de cuidado sino también funciones de proveedoras. En este sentido, Gøsta Esping-Andersen (2016) advierte que el nuevo equilibrio familiar igualitario de género requiere, no solo que las instituciones sociales (como el mercado laboral y el estado de bienestar) se vuelvan “amigables con las mujeres” (Esping-Andersen, 2016, p.11), sino también que los hombres se adapten a estas nuevas condiciones, en particular, compartiendo por igual las tareas domésticas y la crianza de los hijos.

Pero, suponiendo que nos hemos convencido (yo lo estoy) de la conveniencia de abandonar la teoría de las dos esferas; confrontados ahora a la tarea de acercamiento a las relaciones que ocurren al interior de la familia y repensar la intimidad ¿qué tanto podemos ignorar las críticas feministas sobre la función ideológica de esta distinción?

Otro de los méritos del trabajo de Silvina Álvarez es mostrar el rendimiento de las teorías feministas para abordar este asunto y justificar no solo su pertinencia para la deconstrucción del binomio público-privado, sino para repensar la intimidad. Su planteo explicativo y justificativo es acucioso y creo que llega a buen puerto. Presenta las causas por las que las mujeres permanecen hasta hoy en el epicentro de este conjunto de relaciones y devela cómo los descriptores de lo femenino

constituyen, en realidad, el núcleo semántico de la distinción público-privado, además del verdadero punto cardinal de la familia. La cadena de parejas dicotómicas que Álvarez examina a propósito de su reconstrucción genealógica (razón/emoción, autonomía/sujeción, independencia/cuidado, entre otras) son elocuentes respecto de este último aspecto.

Si la subalternidad femenina ha sido el presupuesto de la tupida red de compromisos, disponibilidad, responsabilidades, cuidados y expectativas que se tejen al interior de la dicotomía público-privado, sus elementos vertebradores (vida privada, autonomía e intimidad, entre otros) previsiblemente portan un lastre, como razona Álvarez. Una concepción de la vida pública, que tenía como protagonista al varón, requería de una concepción de la vida privada que fuera su negativo. Como tal no podía engendrar una concepción genuinamente neutra y universal de la autonomía personal. La independencia masculina se apoyaba y realizaba a costa de la dependencia femenina. No cabía, entonces, un reparto equitativo entre Emilio y Sofía.

Para sortear ese problema, lo mismo que otros tantos conceptos clave de la historia política y jurídica moderna, la autonomía se perfiló como una abstracción, una propiedad supuestamente desgenerizada e idealizada. Se la concibió como una capacidad humana de desenvolvimiento, desarraigo y de agencia, anclada en la racionalidad y el empuje. Es decir, inscrita en los atributos sociales de lo masculino. Las mujeres han sido, parafraseando a Virginia Woolf (1999), unas “extrañas” para esta concepción. Pero, aun siendo figuras espectrales, han sido las piezas maestras de este dispositivo de protección de la autonomía masculina. La cuidada reconstrucción genealógica de Álvarez revela que, en contra de lo que postula la teoría de las dos esferas, no hay verdaderos puntos cardinales de lo público y de lo privado. La más confiable coordenada de georreferenciación de lo privado es, en realidad, móvil y satelital; órbita alrededor de lo femenino. Lo público tiende a identificarse por descarte. Eso explica por qué la violencia sexual suele considerarse algo privado, aunque ocurra en espacios laborales, educacionales o, incluso, estatales.

Sostener que lo femenino demarca lo privado no equivale a decir que aquello que este espacio busca fomentar —la autonomía personal— beneficie prioritariamente a las mujeres. El patrón facilitador de la autonomía individual, al que se refiere Álvarez en su texto, está asociado a prácticas, valores y descriptores de la

racionalidad y de la agencia, eminentemente masculinos. ¿Pero qué pasa con la intimidad? Álvarez describe una evolución del concepto de intimidad que lo lleva a desanclarse de lo privado y del espacio familiar para adoptar una configuración subjetiva y ubicua. Así, la intimidad abarca un conjunto expansivo de relaciones que desbordan el ámbito de las relaciones familiares para alcanzar las comunicaciones, los datos personales, las imágenes o representaciones del sujeto, su reputación u honor, o las relaciones de confianza que puedan darse en el marco de ciertos servicios profesionales. En suma, la intimidad abarca la vida privada, pero la trasciende. Sin embargo, esta evolución tampoco parece haber tenido efectos significativos a la hora de repartir equitativamente la protección de la autonomía personal entre hombres y mujeres.

¿Cómo repensar un modelo de protección de la intimidad respecto del cual las mujeres dejen de ser extrañas? Esta es una de las cuestiones que menos desarrollo tiene en el texto de Álvarez y que, creo, puede nutrirse de otros enfoques, incluyendo el de Woolf. El influyente trabajo de Carol Gilligan, *In a different voice*, publicado originalmente en 1982, puso las bases para elucidar la fuerza de la identificación entre racionalidad y autonomía masculina. Como es sabido, ella describió el tipo de razonamiento moral que adoptan las mujeres y cómo este se aparta regularmente del paradigma de la racionalidad dominante debido a que, en lugar de ser abstracto y general, tiende a ser contextual. Y explicó cómo, al apartarse de este molde, tiende a ser degradado. ¡Cuántas veces nos hemos tropezado con este fenómeno! No calzar con el molde se traduce frecuentemente en subprotección de la intimidad. Pensemos, por ejemplo, en la manera en la que una racionalidad femenina divergente desafía las teorías del consentimiento en materia sexual y reproductiva.

Robin West (2000) ha observado, por su parte, un segundo problema de gran calado. En la teoría jurídica el sujeto de derecho se define en función de la desconexión o separación de los otros. La conexión, como experiencia y potencia, define, en contraste, el estado subjetivo, fenomenológico y existencial de las mujeres (con sus placeres, dolores, riesgos y valores). Para el derecho, un individuo, por definición, es distinto de los otros. Cada persona es singular porque está corporal y emocionalmente desconectada. La desconexión, desde esta perspectiva, es epistemológicamente anterior y superior a aquello que nos une. Sin embargo, las mujeres desafían constantemente esa narración. Están conectadas a otros y no separadas de otros corporal, simbólica y funcionalmente

a través del embarazo, el amamantamiento y el cuidado. No da lo mismo, entonces, adoptar una concepción de la subjetividad sedimentada en la separación que en la conexión. Ella determina, por extensión, cómo se conciben los derechos, la autonomía y la intimidad. El liberalismo —argumenta West— valora la separación como fuente de nuestra libertad e intenta reducir al mínimo el riesgo de aniquilación o alienación que la conexión porta. La separación, condición de la individuación, nos vuelve vulnerables frente al otro, lo que se resuelve, entonces, con más separación. Es decir, la tesis de la separación refuerza la prohibición de interferencia.

Esto puede explicar por qué cuando el patrón facilitador de la autonomía busca extenderse a las mujeres, sin mediación del enfoque de género, fracasa estrepitosamente. Resulta bloqueado, desactivado, por lo que Álvarez denomina el mandato de privacidad. En sus palabras, el mandato de privacidad “impone que, frente a los conflictos tanto conyugales como paternofiliales u otro tipo de conflictos familiares, la gestión deba ser estrictamente familiar” (2021, p. 40). Alimentado por los significados sociales que actualizan el orden de género, opera como una ley no escrita de (auto)censura de la violencia doméstica aislando a las mujeres. Hay mucha evidencia que revela que las redes de apoyo, sobre todo las femeninas, son un factor protector contra la violencia.

La combinación entre una concepción liberal de la autonomía, entendida como separación en lugar de conexión, y el mandato de privacidad, puede explicar otras importantes formas de abuso sufridas por las mujeres al interior de la familia. Es el caso de la dependencia y explotación económica. Según la socióloga francesa Christine Delphy (1974), la explotación económica de la mujer no reside tanto en la apropiación masculina del trabajo que las mujeres realizan gratuitamente en el hogar, sino en el vínculo de dependencia entre la mujer y el marido, que el régimen del matrimonio y del divorcio refuerzan recíprocamente. Para Delphy, el divorcio no independiza necesariamente a las mujeres, consolida el vínculo de explotación que crea el matrimonio y que se proyecta finalizado este: la desigual distribución del costo económico del cuidado de la prole (1974).

¿Por qué me he detenido en estas cuestiones y ejemplos específicos? Como vimos antes, a propósito de las reflexiones de Virginia Woolf, garantizar un “cuarto propio” para las mujeres supone promover condiciones psicológicas, físicas y materiales (económicas) que posibiliten que la intimidad contribuya plausiblemente

a la autorrealización personal femenina. Creo que el enfoque del cuarto propio examinado en la primera parte de este trabajo contiene elementos que pueden enriquecer un abordaje más complejo y sensible a las asimetrías de género, como el que se propone Álvarez.

En primer lugar, me parece importante el rescate de la conexión con otros. Es verdad que una forma de conexión con otros aparece tematizada en el texto de Álvarez, a partir del momento que se presta una atención transversal al rol de la familia como unidad cuidadora. Con todo, el tipo de conexión que defiende Woolf reenvía a la cultura femenina, es el encuentro con otras en beneficio de cada una y de todas. Esa clase de conexión no se opone a la conexión con otro, que subyace a la valorización del cuidado, (de hecho, las mujeres se encuentran a menudo a través de redes de cuidado, construyen solidaridad y experiencia común a través de este), pero el matiz que aquella aporta reduce el riesgo de que, al reivindicar la protección del cuidado como autorrealización individual, la elección femenina mute a un mandato de cuidar y se cuelen formas excesivas de intervención estatal. Después de todo, la relativización de la prohibición de intervención implica aceptar la intervención estatal selectiva y es importante velar porque los criterios que justifican esa intervención sean compatibles con un “cuarto propio con pestillo” (2008, 75), como dice Virginia Woolf.

No hay que perder de vista que la intervención estatal puede devenir fácilmente en intromisión y que, vehiculada mediante herramientas sutiles de disciplinamiento de la voluntad femenina, tiende a volverse invisible. Desde hace décadas, por ejemplo, feministas han denunciado que las políticas de bienestar europeas han sido usadas por los gobiernos como un medio para promover la familia nuclear heterosexual, bajo el esquema varón/proveedor-mujer/cuidadora; y para fortalecer una conexión estructural entre empleo y ciudadanía. En los Estados latinoamericanos no puede hablarse propiamente de políticas de bienestar, pero el problema es similar. Las políticas asistenciales contra la pobreza, en particular las denominadas políticas de transferencia condicionadas, han sido utilizadas para promover roles tradicionales de género. Condicionando la transferencia monetaria al cumplimiento de ciertos compromisos por parte de las familias destinatarias han reforzado el rol de las mujeres como principales responsables del buen funcionamiento del hogar y del cuidado de sus integrantes.

En segundo lugar, creo que la atención que presta la escritora inglesa a la independencia económica de las mujeres es fundamental para repensar el derecho a la intimidad menos como libertad como no interferencia y más en clave de libertad como no dominación.

Con las prevenciones antes formuladas respecto de los riesgos de la intervención estatal en esta materia, una atención a esas condiciones permite poner en el centro de la discusión la feminización de la pobreza y empalmar con otras discusiones orientadas a garantizar a las mujeres formas materiales de independencia, como las relativas a la renta básica universal.

En síntesis, como yo lo veo, una noción de intimidad radicalmente comprometida con la protección de autonomía de las mujeres requiere hacerse cargo de la manera en que la intervención estatal encuentra nuevas vías para constreñir a las mujeres a ocupar roles predeterminados impidiéndoles hacerse con el control de sus vidas; así como, de los vínculos entre pobreza, violencia y explotación femeninas.

## BIBLIOGRAFÍA

Delphy, C. (1974). Mariage et divorce: l'impasse a double face. *Les Temps Modernes*, (333-334), 1815-1829.

Esping-Andersen, G. (2016). *Families in the 21st Century*. SNS Förlag.

Figueroa, G. (2005). Virginia Woolf: enfermedad mental y creatividad artística. *Revista Médica Chile*, 133(11), 1381-1388. <http://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872005001100015>

Gilligan, C. (1993). *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*. Harvard University Press. <https://doi.org/10.2307/j.ctvj2wr9>

Míguez, A. (2020). Tres Guineas. *Revista de Letras*. <https://revistadeletras.net/virginia-woolf-tres-guineas>.

Reboiro del Río, U. (2022). COVID-19 y desigualdades de género: los efectos de la pandemia sobre las investigadoras y científicas. *Investigaciones Feministas*, 13(1), 3-12. <https://doi.org/10.5209/infe.77887>

Segato, R. (2020) *El espacio casa adentro es un espacio político*. [Archivo de Video] CLASCO TV (19 de agosto de 2020). Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=QRx5g9ykitQ>

Undurraga, R. y Hornickel, N. (2021). (Des)articuladas por el cuidado: Trayectorias laborales de mujeres chilenas. *Revista de Estudios Sociales*, (75), 55-70. <https://doi.org/10.7440/res75.2021.06>

West, R. (2000). *Género y teoría del derecho*. Siglo del Hombre Editores.

Woolf, V. (2008). *Una habitación propia*. Seix Barral.

Woolf, V. (1999). *Tres guineas*. Lumen.

# ANUARIO

## N°40 · 2024

---

**El derecho en la  
intimidad. Respuesta a los  
comentarios de Yanira  
Zúñiga, Juan Pablo Cox y  
Paula Vásquez**

**Páginas 73-84**



## EL DERECHO EN LA INTIMIDAD. RESPUESTA A LOS COMENTARIOS DE YANIRA ZÚÑIGA, JUAN PABLO COX Y PAULA VÁSQUEZ

Silvina Álvarez Medina  
Universidad Autónoma de Madrid  
silvina.alvarez@uam.es

### RESUMEN

Este trabajo quiere dialogar con los ricos y estimulantes comentarios sobre mi libro *La protección de la vida privada y familiar. Sexualidad, reproducción y violencia* realizados por Yanira Zúñiga, Juan Pablo Cox y Paula Vásquez. En particular, me refiero en primer lugar a la sugerente aportación de Zúñiga en relación con la obra de Virginia Woolf y las referencias al desarrollo de la autonomía privada de las mujeres, sus reflexiones en torno a la habitación propia y la independencia económica. El consentimiento sexual ocupa la respuesta al texto de Cox, que me lleva a profundizar en el concepto de consentimiento sexual afirmativo y su alcance frente al consentimiento sexual negativo. Por último, el trabajo de Vásquez me interpela sobre la autonomía relacional de las mujeres en el ámbito reproductivo y me lleva a realizar algunas consideraciones al respecto, así como sobre los riesgos de la respuesta institucional que propongo en mi libro.

### PALABRAS CLAVE

vida privada y familiar; espacio íntimo femenino; consentimiento sexual; autonomía relacional; autonomía reproductiva

### LAW IN PRIVACY. ANSWER TO THE COMMENTS BY YANIRA ZÚÑIGA, JUAN PABLO COX, AND PAULA VÁSQUEZ

### ABSTRACT

This paper intends to be a dialogue with the various and persuasive comments by Yanira Zúñiga, Juan Pablo Cox and Paula Vásquez, about my book on private and family life. First, I refer to the convincing contribution by Zúñiga about Virginia Woolf, women's private autonomy and the relevance of both a room of one's own and economic independence. Cox focuses on sexual consent, which allows me to explore the concept of affirmative sexual consent vis a vis negative sexual consent. Finally, Vásquez poses various issues around women's relational autonomy regarding reproductive issues, and alerts on the risks of the institutional answer I propose in my book, on which I propose further comments.

### KEYWORDS

private and family life; female intimate sphere; sexual consent; relational autonomy; reproductive autonomy

## I. INTRODUCCIÓN

Quiero comenzar estas páginas con un agradecimiento sincero por la oportunidad de presentar mi libro *La protección de la vida privada y familiar. Sexualidad, reproducción y violencia* (2021), primero, en el encuentro organizado por Sebastián Agüero y Sebastián Figueroa en el espacio *Escritores abogan por sus libros*, y ahora aquí, a través de esta respuesta a los ricos y sugerentes comentarios de Yanira Zúñiga, Juan Pablo Cox y Paula Vásquez. En el libro me muevo por distintos ámbitos de la vida privada, que resultan de especial relevancia para el derrotero de las mujeres, y exploro tanto las respuestas políticas y jurídicas que se han ofrecido tradicionalmente, como las soluciones que considero podrían ser más adecuadas para superar conflictos persistentes. Para llevar a cabo esta tarea utilizo categorías y conceptos que me parecen importantes para avanzar en diseños jurídicos innovadores, capaces de diagnosticar y resolver problemas que a veces aparecen encubiertos, silenciados o ignorados sin más.

El libro comienza con un análisis de la distinción público-privado que, como se explica, resulta clave en el diseño político y jurídico del liberalismo. De la mano de esta distinción se va configurando una categoría tradicional de espacio privado como un ámbito de acceso restringido y estricta autogestión, en el que las instituciones del Estado no deben interferir más que en casos paradigmáticos y señalados. Todo esto crea y configura lo que he denominado el “mandato de privacidad” (2021, p. 39 y ss.), es decir, una fuerte presión política, jurídica y social para que los conflictos de la intimidad no superen los estrictos confines de lo privado, no se expresen en la esfera pública y no requieran la participación de las instituciones del Estado. De la mano de esta caracterización aparece otra noción clave, la autonomía personal, que el ideario liberal ilustrado ha llevado en muchos casos a la categoría de autonomía plena: la aspiración al pleno dominio de sí mismo en un contexto de relaciones simétricas, concebidas idealmente como relaciones sin dominación. Esto ha conducido a lo que he llamado la “ilusión de autonomía plena” (2022, p. 11 y ss.).

El cuadro, muy sintéticamente descrito en el párrafo anterior, revela una teoría y unos conceptos que encajan muy bien con los principios de una sociedad patriarcal en la que las mujeres se posicionan en la vida privada y sirven de complemento a la vida pública de los varones. Sin embargo, habilitados los mecanismos para propiciar la autonomía de las mujeres en todos los ámbitos de la vida, y puesto de

manifiesto el entramado relacional y contextual que rodea la toma de decisiones, la distinción público-privado, el mandato de privacidad y la no interferencia del Estado deben ser revisados y rediseñados. Esta es la tarea que emprendo en la segunda parte del libro, al ocuparme de tres espacios importantes de la vida de las mujeres, como son la sexualidad, la reproducción y la violencia en las relaciones de pareja. Sirva esta escueta introducción para situar los comentarios de Zúñiga, Cox y Vásquez que retomaré a continuación; lejos de agotar las cuestiones que plantean las autoras y el autor, me detendré solo en algunos de sus aportes, para seguir tirando de los hilos que tejen estos entramados.

## II. LA BUENA INTIMIDAD DE VIRGINIA WOOLF

Con la vista puesta tanto en el pasado fuertemente patriarcal como en el presente condicionado por la impronta de las estructuras heredadas, pensar la intimidad de las mujeres nos confronta con una inquietud ineludible: ¿en qué consiste la buena intimidad para las mujeres? La respuesta a esta pregunta aparece de manera excepcionalmente lúcida en el artículo de Yanira Zúñiga, que recurre a la literatura de Virginia Woolf para recordarnos qué significa ser una mujer autónoma, en posesión de su entorno y su tiempo. El recurso al propio espacio, la habitación propia con pestillo y la independencia económica son el punto de partida de su análisis. Me parece muy atinado y sugerente traer aquí las reflexiones de Woolf sobre el espacio íntimo femenino, para resaltar la pertinencia y la urgencia actual de un enfoque que no ha estado en el pasado; una mirada que necesita su espacio y su tiempo de reflexión. Esto debe ser así porque se trata de una reflexión nueva, una reflexión que no se había hecho antes y que debe crearse a sí misma a partir de reconocer, en parte de descubrir, la primera persona, sin la presión fuerte de las posiciones, los roles y los estereotipos forjados en el pasado. En el ámbito jurídico, he querido reflejar esta idea al proponer la necesidad de propiciar una “reflexión jurídica originaria” (2021, p. 91 y ss.), es decir, un espacio para pensar conceptos, instituciones y soluciones no necesariamente vinculadas a las estructuras ya existentes —esto evoca también la necesidad del pestillo, que asegure un pensamiento propio y no dominado por las ideas ya asentadas. En el mismo sentido, Zúñiga subraya que el espacio propio sirve como “un remanso para la depuración y fortalecimiento de la subjetividad femenina, un motor para enfrentar un mundo adverso con nuevos bríos transformadores” (2024, p. 60); de este modo se refuerza también la genealogía femenina y feminista, la construcción de categorías y conceptos que

pueden captar una experiencia compartida— sin necesidad de que esto entrañe una deriva esencialista.

Comparto también el análisis de Zúñiga en torno a la familia, su estructura no insular sino arraigada en un espacio más amplio que es también un espacio social, institucional y público. Pero esto requiere replantear el fuerte vínculo que conecta lo familiar con las mujeres y las mujeres con lo privado. Para comprenderlo hace falta desentrañar cómo ha operado lo femenino, en tanto categoría que da forma a lo privado o, en palabras de la autora, se trata de desvelar cómo lo privado “órbita alrededor de lo femenino” (2024, p. 65). La mujer ha estado en el centro de la familia y, con ella, en el centro de la privacidad, arrastrada por un mandato que ha contribuido al vínculo fuerte entre mujer e intimidad. Esto, a su vez, ha servido para la independencia masculina en el ámbito público, siempre que, el varón político, emprendedor, trabajador, a veces curioso, viajero o científico —el varón del ideal ilustrado, en fin—, ha contado con el ancla emocional, sentimental, afectiva, cuidadora y suministradora de la mujer privada. Zúñiga ejemplifica esta división de las tareas propias de varones y mujeres con los personajes rousseauianos, Emilio y Sofía, cuya educación, como sabemos, responde fielmente a esos modelos diferenciados y relacionados por fuertes valoraciones jerárquicas, signadas por la superioridad y dominación masculinas.

Por último, quiero destacar que me parece muy acertada la reflexión que introduce Zúñiga en torno a la autonomía relacional en conjunción con el razonamiento moral femenino y su dimensión emocional. Frente a la separación (público-privado, razón-emoción), la autonomía relacional pone de manifiesto la fuerte imbricación y continuidad de las distintas esferas, así como de las distintas fuentes de motivación y decisión. Como señala Zúñiga, la separación propicia la segregación y refuerza el mandato de privacidad, incentivado también por la concepción de autonomía plena o autonomía como independencia radical. La autora propone reforzar la tesis de “la conexión con otros”, “el encuentro con otras” (2024, p. 68), al tiempo que advierte sobre los límites a una intervención institucional que podría ser excesiva o incluso atentar contra el cuarto propio. Recojo el desafío de hacer frente a los riesgos del intervencionismo estatal, que pueden verse reflejados en la feminización de la pobreza, la explotación, la trata o la violencia de género. Como analizaré más adelante, a propósito de los comentarios de Paula Vásquez, también en relación con la participación política y jurídica para la transformación del espacio privado, asumo en mi propuesta una deriva institucional que puede

pecar en ocasiones de optimismo respecto de las capacidades constructivas de las instancias estatales. En el libro que aquí comentamos, *La protección de la vida privada y familiar. Sexualidad, reproducción y violencia* (Álvarez, 2021), mi intención apunta, en primer lugar, a desvelar la necesidad de incorporar al diálogo democrático las experiencias de las mujeres, durante demasiado tiempo ausentes de la escena política.<sup>1</sup> Una vez presentes y reconocidos los intereses importantes de las mujeres, urge volver a pensar las formas de protección y garantías jurídicas, para adecuar las existentes o incluso crear nuevos conceptos e instituciones, ahora en consonancia con la transformación del espacio y los sujetos. El feminismo nace con la visibilidad de lo privado en la esfera pública; esto debería impulsarnos a diseñar formas políticas y jurídicas que propicien una intimidad comprensiva de la autonomía de las mujeres, su independencia económica y sus relaciones íntimas y públicas. Probablemente esta tarea no pueda ni deba encomendarse solo a las instituciones del Estado, aunque su desarrollo en este sentido constituirá, creo, un potente motor de cambio.

### **III. CONSENTIMIENTO AFIRMATIVO: LA FORMA DE LA SEXUALIDAD LIBRE**

Juan Pablo Cox propone, a través de argumentos incisivos y cuidadosamente desarrollados con el auxilio de herramientas de la dogmática, una revisión de la noción de consentimiento que lo lleva a decantarse en favor de la concepción del consentimiento negativo. Empiezo por el final de su artículo, donde el autor afirma los “riesgos moralizantes” (2024, p. 47) que pueden entrañar modelos del consentimiento que restrinjan en exceso la libertad, como sería el caso, desde su perspectiva, con el modelo del consentimiento afirmativo. En la estela de las tesis propuestas por Tatjana Hörnle (2018), Cox comparte que

el deber de monitorear y evaluar las intenciones y reacciones de la otra persona puede ser considerado un deber moral en el marco de una relación de amor y cuidado mutuo, pero el sexo no está restringido a ese tipo de relaciones, y deja entrever un potente moralismo querer reconducirlas a ese registro. (pp. 238 y ss.)

---

1 Capítulo III, “Contexto y sujetos en la configuración de los derechos”.

Me voy a detener en esta afirmación ya que creo que está en la base de las discrepancias entre quienes defienden una concepción negativa o positiva del consentimiento. El modelo de consentimiento afirmativo suele ir asociado a un estándar de razonabilidad que requeriría una mayor comunicación con vistas a recabar o confirmar el consentimiento de la otra persona para mantener actos de índole sexual (Álvarez, 2021).<sup>2</sup> Aunque no puedo detenerme aquí para profundizar en cada uno de los conceptos involucrados en esta idea, baste con avanzar que el consentimiento afirmativo, en la medida en que entiende consentidas aquellas relaciones para las que haya existido una exteriorización clara de la voluntad de llevar a cabo el acto sexual, exige, por tanto, una mayor disposición a la comunicación con vistas a que se produzca tal exteriorización. Cabe preguntarse, entonces, si esta configuración conlleva, como apunta Cox, “riesgos moralizantes”. Estos riesgos, como aparece en la transcripción realizada más arriba, apuntan a que la comunicación podría ir ligada a un tipo de sexualidad que, incluso si fuese moralmente deseable o recomendable, no debería constituir el parámetro de imputación penal. Desde mi punto de vista, esta crítica equivoca la forma con el fondo. La comunicación gestual, corporal, verbal o de otro tipo que pueda despejar ambigüedades y arrojar claridad en relación con la voluntad de llevar a cabo actos de índole sexual —cualquiera sea su modalidad—, no parece ser más que un mecanismo para asegurar que se den las precondiciones necesarias sin las cuales una relación sexual de cualquier tipo dejaría de serlo para transformarse en un acto de violencia. Más aún, cuanto mayores sean los riesgos que se asuman en la práctica sexual —por ejemplo, porque se trate de relaciones sexuales que conlleven la perpetración de lesiones, relaciones sadomasoquistas, o de relaciones sexuales en grupo, o de relaciones sexuales entre mayores de edad que, sin embargo, presentan una diferencia significativa de edad entre quienes participan— mayores tendrán que ser las instancias de verificación de la voluntad de quienes participan y, por tanto, mayores los espacios de comunicación para chequear o corroborar la existencia de voluntad al efecto.

De tal modo, corroborar la existencia de consentimiento más allá de toda ambigüedad o silencio, no sería, como afirma Cox en otro pasaje de su artículo, cuestión “de indicarle a quien se ha desentendido del sentir de su *partenaire* que ha sido desconsiderado” (2024, p. 46); amarrar el consentimiento, hacerlo claro, está en el núcleo mismo del sexo libre; tanto es así que si no ha habido

---

2 Capítulo IV, “Sexualidad”.

consentimiento ha habido daño y la fuente de la imputación de responsabilidad está precisamente en la capacidad de autonomía que desencadena dicho daño. Los contornos del deber no están así desdibujados y el reproche jurídico-penal se corresponde con un estándar de comportamiento preciso y bien identificado, cual es el de no traspasar la línea de intimidad sexual de la otra persona a menos que esta haya consentido en que así sea. En ningún caso podría afirmarse una presunción según la cual alguien pueda tener acceso a la intimidad sexual de otra persona a menos que se exprese una negativa. Por tanto, el requisito del consentimiento afirmativo, lejos de imponer un contenido sexual específico, introduce una condición de forma sin la cual no es posible conocer el carácter consentido de los actos en cuestión.

Me gustaría comentar un par de cuestiones más a las que alude Cox. Una en relación con las garantías del proceso penal y otra sobre el error de tipo. Respecto de la primera, el autor se refiere al análisis que aparece en mi libro sobre la interpretación de las expresiones de la víctima o presunta víctima, reflexión que trae causa de un debate más amplio en torno a los estados mentales y las manifestaciones externas de los mismos. Sin entrar aquí en este debate, sostengo que, en general, el proceso penal debe enfocarse en esclarecer los hechos a partir de las manifestaciones contrastables y que los estados mentales solo son relevantes en tanto aparezcan expresados a través de exteriorizaciones suficientes. De tal modo, una negativa expresa de la víctima no debería ser susceptible de interpretarse como un consentimiento soterrado o velado, según supuestos estados mentales contrarios a la evidencia de la negativa. En definitiva, sostengo que consideraciones garantistas avalan esta interpretación de la expresión “no es no” y difícilmente pueda argumentarse en contrario. Cox responde a esta afirmación señalando que en el proceso penal “las garantías afloran en primerísimo lugar como prerrogativas de los (potenciales) acusados frente al poder punitivo estatal” (2024, p. 42). En este sentido me parece que resulta relevante apuntar los avances que en los últimos años han experimentado los derechos de las víctimas en el proceso penal en España, por ejemplo, a través del Estatuto de la víctima del delito, Ley 4/2015. Sin perder de vista que la carga de la prueba recae en la acusación y que el acusado goza de todas las garantías que se desprenden de la presunción de inocencia, resulta importante avanzar hacia un escenario que reconozca la posición de la víctima en el proceso. Sumado a esto, las peculiaridades de los delitos que tienen lugar en el ámbito íntimo hacen especialmente importante que, en materia interpretativa, las máximas de experiencia se reformulen

abandonando patrones patriarcales de dominación masculina y sumisión femenina, y refuercen la autonomía de las mujeres en el sentido de conceder a sus manifestaciones el valor comunicativo que tienen.

Relacionado con el “no es no” y la posibilidad de desconocimiento por parte del acusado de la negativa de la víctima, me parece que la posibilidad de error de tipo basada en la responsabilidad subjetiva resulta aquí muy residual. Descartados los casos marginales de desconocimiento genuino —tal vez algunos supuestos basados en consideraciones culturales, muy problemáticos en cualquier caso, como han demostrado, entre otros, los trabajos de Anne Phillips (2003) sobre defensa cultural—, queda un amplio espacio para corroborar el alcance del consentimiento, lo que nos remite a las cuestiones ya señaladas más arriba en torno a la comunicación y el consentimiento afirmativo. Sumado a esto, y de la mano del consentimiento afirmativo, aparece la necesidad de elaborar adecuados estándares de diligencia y negligencia, que puedan perfilar la imprudencia —a la que se refiere Cox en la nota 6 a pie de página—. Desde mi punto de vista, hace falta construir una nueva noción de razonabilidad en materia de delitos sexuales, que tenga en cuenta la sexualidad femenina junto a la sexualidad masculina y pueda servir para interpretar contextual e intersubjetivamente los hechos.<sup>3</sup>

#### **IV. LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA Y EL GARANTISMO INSTITUCIONAL**

El artículo de Paula Vásquez se centra en la reproducción como manifestación de la autonomía de las mujeres y como espacio de la vida privada en el que las mujeres dirimen una parte de su cuerpo y su intimidad. Comparto con la autora algunas preocupaciones y posiciones en relación con el contexto de autonomía de las mujeres y los derechos de los niños, niñas y adolescentes como límite a las decisiones reproductivas de las personas adultas. Algunos de sus comentarios apuntan a perfilar un escenario para la toma de decisiones de las mujeres en materia reproductiva que garantice la autonomía, es decir, la capacidad para realizar elecciones propias o independientes. En este sentido, como manifiesta Vásquez hacia el final de su trabajo, cabe temer que en nombre del interés superior del menor se puedan cometer excesos en la regulación, que cercenen derechos de determinados colectivos, también derechos de las mujeres. Comienzo entonces

---

<sup>3</sup> Sobre sexualidad y consentimiento sexual, véase Álvarez (2023).

por esta preocupación que me parece muy pertinente y que revela lo que me atrevo a calificar como una deriva institucional que podría rastrearse en algunas de las tesis que sostengo en mi libro. En lo que respecta a la regulación de las técnicas de reproducción asistida, aludo en mi trabajo a las innovaciones médicas para hacer posible la reproducción, incluso en situaciones que, bajo determinadas circunstancias, podrían configurar importantes riesgos para los y las menores de edad —por ejemplo, en los casos en que la única persona responsable de los cuidados es una progenitora o progenitor de avanzada edad o por tratarse de progenitores que no reúnan las aptitudes psicosociales necesarias para el desarrollo de los niños y niñas. En mi trabajo propongo la comparación entre estas situaciones y los casos de adopción, en los que la regulación asume un fuerte rol de garantía del interés superior del menor. Como sostengo allí, considero que se trata de situaciones análogas en la medida en que la maternidad o paternidad requiere para su realización en estos casos de la intervención de instituciones médicas y sociosanitarias (Álvarez, 2021).<sup>4</sup> Vásquez señala que “se debe tener especial cuidado en que este control no se convierta en una barrera de acceso que impida a personas someterse a una TRA basándose en criterios discriminatorios” (2024, p. 25). Comparto la afirmación de la autora, en la medida en que toda regulación asume riesgos en su interpretación y aplicación y requiere, por tanto, de una certera fundamentación, así como de una cuidada técnica legislativa. La ausencia de regulación, sin embargo, podría propiciar una clara desprotección de los niños y niñas, como ha sucedido en relación con otros aspectos del proceso reproductivo, específicamente con las regulaciones que contemplan el anonimato en las donaciones de gametos, que niegan el conocimiento de los orígenes biológicos y con esto el desarrollo de la propia identidad —punto en el que Vásquez coincide expresamente—.

Sobre la autonomía reproductiva de las mujeres, Vásquez plantea importantes preguntas que apuntan a despejar cuáles serían las condiciones bajo las que se podría afirmar que las elecciones reproductivas de las mujeres son genuinamente autónomas. En palabras de la autora, las preguntas a responder serían del siguiente calado: “¿cuál es el estado de cosas en el cual se consideraría que una decisión es realmente autónoma? ¿cuál es el umbral que se debe alcanzar? ¿Se pueden establecer, por ejemplo, algunas condiciones mínimas?” (2024, p. 16). Creo que la respuesta a estas preguntas debe ser respetuosa con la

---

4 Punto 2.3. Relaciones de familia y menores de edad, en capítulo V. “Reproducción”.

capacidad de toma de decisiones de las mujeres, sin dejar al mismo tiempo de reconocer las características propias de los contextos en los que dichas decisiones se gestan. La autonomía de las personas es una capacidad gradual (Álvarez, 2018) y, en tal sentido, las decisiones deben ser respetadas incluso cuando la valoración contextual o relacional lleve a considerar que el grado de autonomía de una persona no responde a situaciones óptimas o ideales de toma de decisiones. En relación con las decisiones reproductivas y el recurso a tratamientos médicos para la reproducción, sabemos que estos tienen costes muy altos para las mujeres, que se traducen en el impacto sobre sus cuerpos, el esfuerzo en la gestión de las emociones y del tiempo, el coste en términos de vida laboral y de relación, entre otros. Paralelamente, el estímulo de satisfacer objetivos de maternidad, a menudo idealizados y promovidos por la publicidad, las políticas empresariales de marketing y las fuertes campañas de divulgación de las partes interesadas, hacen que los tradicionales estereotipos de maternidad se vean reforzados y jueguen un papel importante en tales decisiones. Todo esto contribuye a que las opciones reproductivas de las mujeres estén con frecuencia sesgadas por estos factores. También en el caso de la gestación por sustitución encontramos factores diversos y complejos, que aquí no puedo desarrollar, pero que ponen de relieve la confluencia de aspectos comerciales, socioeconómicos, de identidad sexual y de género, que terminan arrojando opciones que han sido moldeadas por los contextos de elección.

Tomar en cuenta estos diversos aspectos contextuales, sociales e intersubjetivos sirve para configurar lo que se ha denominado autonomía relacional, es decir, una capacidad de toma de decisiones que, lejos de responder exclusivamente a la racionalidad del agente aislado, se construye en contextos ricos de interconexión y significados referenciales que se traducen en las opciones. Por tanto, en ningún caso debemos renunciar a afirmar la autonomía reproductiva de las mujeres, aunque al hacerlo introduzcamos las consideraciones pertinentes para desvelar que, lejos de tratarse del ejercicio de la idealizada “autonomía plena”, estamos ante una capacidad de elección y decisión fuertemente anclada en los contextos patriarcales de referencia.

## V. EPÍLOGO

Quiero finalizar reiterando mi agradecimiento a las autoras y autor por este valioso intercambio, que me ha proporcionado ideas y argumentos para seguir indagando

en las formas de la intimidad, la familia y lo privado. El derecho no ha reflexionado suficientemente sobre las mujeres, su intimidad y sus intereses importantes, y tiene pendiente un debate sostenido sobre estas cuestiones, que pueda arrojar instrumentos jurídicos más certeros en su función de protección de derechos fundamentales.

## BIBLIOGRAFÍA

Álvarez, S. (2018). *La autonomía de las personas. Una capacidad relacional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Álvarez, S. (2021). *La protección de la vida privada y familia. Sexualidad, reproducción y violencia*. Marcial Pons.

Álvarez, S. (2022). Prólogo. La ilusión de autonomía plena. En M. Cavallo y A. Ramón Michel, *Autonomía y feminismos*. Didot.

Álvarez, S. (2023). La sexualidad y el consentimiento sexual. *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (47), 349–380. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.13>

Cox, J.P. (2024). Dimensiones jurídico-penales de una concepción comunicativa y gradualista del consentimiento. *Revista de Filosofía Jurídica y Social*, (40), 35-50.

Phillips, A. (2003). When Culture Means Gender: Issues of Cultural Defence in the English Courts. *The Modern Law Review*, 66(4), 510-531. <https://doi.org/10.1111/1468-2230.6604002>

Vásquez, P. (2024). Las técnicas de reproducción humana asistida en Chile: reflexiones en torno a la autonomía y sus conflictos. *Revista de Filosofía Jurídica y Social*, (40), 7-32.

Zúñiga, Y. (2024). De la teoría de las esferas separadas a un cuarto propio. *Revista de Filosofía Jurídica y Social*, (40), 53-70.

# ANUARIO

## N°40 · 2024

---

**Los intentos de establecer  
una noción de familia en  
la Constitución chilena**

**Páginas 87-105**



## LOS INTENTOS DE ESTABLECER UNA NOCIÓN DE FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA

---

**Susan Turner Saelzer<sup>1</sup>**  
Universidad Austral de Chile  
sturner@uach.cl

### RESUMEN

---

Este trabajo revisa las propuestas de nueva Constitución que se han sucedido en Chile desde 2018 en lo que dice relación con la familia, su función social y los derechos reconocidos a sus integrantes. Además de rescatar algunas ideas comunes a todos los proyectos de reforma constitucional, se identifican otras en las que se expresa la tensión entre una concepción de familia más “privada”, en la que el énfasis está puesto en su autonomía, y una familia más “pública”, situada en el ámbito de influencia del Estado y de los cambios sociales.

### PALABRAS CLAVE

---

familia, Constitución, autonomía, intervención estatal

## ATTEMPTS TO ESTABLISH A NOTION OF FAMILY IN THE CHILEAN CONSTITUTION

---

### ABSTRACT

---

This paper reviews the proposals for a new Constitution that have been made in Chile since 2018 in relation to the family, its social function and the rights of its members. In addition to highlighting some ideas common to all the constitutional reform projects, the aim is to identify those in which the tension between the conception of a more “private” family, in which the emphasis is placed on its autonomy, and a more “public” family, situated in the sphere of influence of the state and social changes, is expressed.

### KEYWORDS

---

family, Constitution, autonomy, public intervention

---

1 Este trabajo se enmarca en el proyecto Fondecyt Regular N.°1210585 *El rol de la familia en el sistema sexo-género ¿estabilización o transformación?* en el que la autora es coinvestigadora.

## I. INTRODUCCIÓN

Cuando el profesor Sebastián Agüero me invitó a participar en esta versión del seminario *Escritores abogan por sus libros* y en la publicación de sus trabajos, me explicó el encargo como una especie de colofón para todos ellos. Inmediatamente apareció ante mis ojos la imagen de esos preciosos impresos al final de los incunables, muchas veces en letras púrpuras, que contenían ciertos datos del libro como su título, nombre del autor y de los impresores, lugar de origen y fecha de impresión, número de ejemplares de la tirada e incluso, a veces, una dedicatoria religiosa o alguna nota acerca de la perfección estética de la copia que sirvió de original de imprenta.

Hoy en día, la evolución de la cultura de los libros, de esos “cuerpos habitados por las palabras, pensamientos tatuados en la piel” (Vallejo, 2020, p. 79), ha llevado a consignar esos datos que antes contenía el colofón en la portada del libro o revista (o sencillamente, en alguna pestaña de la publicación digital). Pero, entonces, ¿qué contenido debía darle al encargo recibido?

Indagando en el uso habitual del término colofón apareció su acepción de término o epílogo. En directa relación con dicho sentido, se le suele asociar con la idea de culminación o clímax de una obra. Pues bien, quisiera dejar sentado desde ya que estoy lejos de pretender dar un “broche de oro” a este libro de Silvina Álvarez Medina (2021) y a los comentarios de Paula Vásquez Rodríguez, Juan Pablo Cox Leixelard y Yanira Zúñiga Añazco que, como ya habrá podido apreciar el lector, son brillantes en sí mismos y conforman una unidad que no requiere complementación alguna. Es por ello que, en lo que sigue, me propongo realizar un breve remate para estos textos, aportando algunas ideas a propósito de una cuestión que, planteada en el libro, reaparece en cada uno de sus comentarios: la necesidad de reformular la noción de familia para hacerla compatible con principios de equidad, justicia y realización individual de sus miembros, labor que nos llama a abrir candados “cerrados por la mera tradición, el prejuicio, o los estereotipos o todos ellos” (Casas y Valenzuela, 2020, p. 447).

Para esta labor me valdré de los recientes procesos constituyentes vividos en Chile y que, pese a su fracaso (en términos de que no se logró el objetivo de aprobar una nueva Constitución que sustituyera la vigente), permiten apreciar la dificultad que importa abordar una redefinición de familia en el plano constitucional.

El análisis se focalizará en la función reconocida a la familia dentro de la sociedad, en el derecho de los padres de educar a sus hijos y en la atribución de los deberes de cuidado de los integrantes de la familia.

Mi contribución la haré desde la vereda en la que me he desarrollado académicamente, esto es, la de la dogmática jurídica, intentando realizar una de sus funciones “latentes”, según Peña, que consiste en “optimizar el derecho positivo adecuándolo a una realidad social crecientemente diferenciada y cada vez más compleja”.

## **II. LA FIJACIÓN CONSTITUCIONAL DEL CONCEPTO DE FAMILIA**

Si alguien quisiera fundamentar que el fenómeno de constitucionalización del derecho de familia ha calado hondo en Chile, le bastaría con sacar a relucir los distintos procesos de reforma constitucional que se han sucedido en los últimos años. En ellos es posible advertir que, a diferencia de lo que ocurre en la Constitución vigente, caracterizada como una Constitución minimalista en la regulación de la familia (Esborraz, 2015; Zúñiga y Turner, 2013), los proyectos respectivos han intentado plasmar una determinada noción de familia con el objeto de que permee todo el ordenamiento jurídico familiar. Tal como ha explicado la doctrina nacional durante la década pasada,<sup>2</sup> la constitucionalización del derecho de familia le ha dado un lugar preponderante a la Constitución, lugar desde el que extiende su fuerza normativa a la interpretación y aplicación de esta rama del derecho civil.

Desde luego, la prueba del arraigo o influencia de la constitucionalización del derecho de familia nacional no apunta a la cantidad de procesos constituyentes que hayan tenido lugar, sino que es precisamente al revés: en atención a la influencia extendida que se le reconoce a la Constitución es que se pretende modificarla para que irradie al sistema legal. Y en este objetivo de plasmar constitucionalmente una noción de familia que las leyes, como instrumentos prácticos de adjudicación de derechos y obligaciones, deban seguir y en la que, al mismo tiempo, la mayoría de las personas regidas por dichas leyes se sientan representadas, ha quedado de manifiesto una disparidad profunda, “de fondo”.

---

2 Por todos, ver las referencias a estos estudios nacionales contenidas en Etcheberry (2019).

Los diversos proyectos constitucionales, si bien sitúan a la familia en una posición central dentro del entramado social, han concebido “familias” distintas en cuanto a sus miembros, a su estructura interna y a su función social. Más allá del prisma de izquierdas y derechas, de progresistas o conservadores o de cualquier otro, parece de interés analizar estas diferencias, manteniendo como idea fundamental que una constitución debe fijar horizontes políticos, pero también, debe mantenerlos abiertos de manera que pueda ser reescrita y apropiada (Jaramillo, 2022).

## 2.1 La propuesta de modificación constitucional de 2018

Durante el periodo presidencial 2014-2018 de Michelle Bachelet se desarrolló un proceso constituyente que culminó con la entrega de una propuesta de nueva Constitución (en adelante, proyecto de 2018). Por distintos motivos que no cabe aquí desarrollar, dicha propuesta no fue analizada por el Congreso Nacional y quedó relegada a ser un insumo más en las discusiones constitucionales que le siguieron.

Del proyecto de 2018 se puede destacar la adición que proponía a la ya tradicional fórmula de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, incorporando la posibilidad de que esa familia adopte distintos tipos sin perder por ello dicha función estructurante. Así, en el capítulo primero relativo a las Disposiciones fundamentales del orden constitucional, el art. 1, inciso 3°, disponía: “La familia, en sus diversas modalidades, es el núcleo fundamental de la sociedad.” A continuación, en el capítulo tercero, “De los derechos fundamentales, garantías y deberes constitucionales”, el art. 19, N.º3, incluía una mención expresa a ciertos derechos de niños, niñas y adolescentes reconocidos por tratados internacionales de derechos humanos pero ausentes en la Constitución vigente. La norma señalaba que se:

Asegura y garantiza a todos las personas como derecho directamente aplicable: 3º El derecho de los niños, niñas y adolescentes al respeto de su integridad y desarrollo moral, físico, psíquico y sexual. Igualmente, tienen derecho a ser tratados de acuerdo a su grado de madurez y autonomía progresiva en los asuntos que les afecten. El cuidado de los niños, niñas y adolescentes es un derecho de los padres o de las personas que los tengan a su cuidado, de acuerdo a la ley. Es deber del Estado, la familia y la comunidad otorgarles la debida protección para el

pleno ejercicio de sus derechos. La ley establecerá un sistema de protección y garantías de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

A su vez, el numeral 7.º, inciso primero del referido art. 19, reconocía “El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, reputándose la afectación de ambos bienes jurídicos, como patrimonialmente reparables”.

Este marco constitucional para la familia parece totalmente acorde con la inspiración declarada en el Mensaje respectivo en el sentido de, por una parte, “retomar la tradición constitucional republicana, democrática y social” (Bachelet, 2018, pp. 12, 13) chilena, pero, por otra, dotar al país de “una Constitución moderna, actualizada y acorde a los cambios políticos, sociales y culturales que el país ha enfrentado en los últimos años” (Bachelet, 2018, pp. 12, 13). En efecto, sin cambios radicales, el proyecto de 2018 introducía dos aspectos fundamentales en la noción de familia: inspirada en la igualdad, reconocía a las diversas modalidades de familia una misma posición y función jurídico social y, haciéndose cargo del interés superior del niño como principio rector, recalca la condición de sujeto de derecho de los niños, niñas y adolescentes y la autonomía progresiva de estos en el ejercicio de sus derechos, consagrando la obligación estatal de crear un sistema de protección y garantía de dichos derechos.

## **2.2 La propuesta de nueva Constitución aprobada por la Convención Constitucional en 2022**

En la propuesta de Constitución surgida del trabajo de la Convención Constitucional (en adelante, proyecto de 2022) como órgano constituyente según la ley 21.200,<sup>3</sup> se aprecia un desarrollo más extenso de la familia y de las relaciones que ella genera, especialmente en lo relativo a los derechos fundamentales y garantías relacionadas con sus miembros.

En el capítulo primero sobre “Principios Generales”, el art. 10 señalaba: “El Estado reconoce y protege a las familias en sus diversas formas, expresiones y modos de vida, sin restringirlas a vínculos exclusivamente filiativos o consanguíneos, y les garantiza una vida digna”. Por su parte, en el capítulo II denominado “Derechos

---

<sup>3</sup> La ley 21.200 que “modifica el capítulo XV de la Constitución Política de la República” fue publicada el 24 de diciembre de 2019.

Fundamentales y Garantías”, el art. 26 consagraba cinco numerales referidos a los niños, niñas y adolescentes, a saber:

Art. 26.2 El Estado tiene el deber prioritario de promover, respetar y garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes, resguardando su interés superior, su autonomía progresiva, su desarrollo integral y su derecho a ser escuchados y a participar e influir en todos los asuntos que les afecten, en el grado que corresponda a su nivel de desarrollo en la vida familiar, comunitaria y social.

Art. 26.3 Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales que permitan el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad. El Estado debe velar por que no sean separados de sus familias salvo como medida temporal y último recurso en resguardo de su interés superior, caso en el cual se priorizará un acogimiento familiar por sobre el residencial, debiendo adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar su bienestar y resguardar el ejercicio de sus derechos.

Art. 26.4 Asimismo, tienen derecho a la protección contra toda forma de violencia, maltrato, abuso, explotación, acoso y negligencia. La erradicación de la violencia contra la niñez es de la más alta prioridad para el Estado y para ello diseñará estrategias y acciones para abordar situaciones que impliquen un menoscabo de su integridad personal, sea que la violencia provenga de las familias, del Estado o de terceros.

Art. 26.5 La ley establecerá un sistema de protección integral de garantías de los derechos de niñas, niños y adolescentes, a través del cual establecerá responsabilidades específicas de los poderes y órganos del Estado, su deber de trabajo intersectorial y coordinado para asegurar la prevención de la violencia en su contra y la promoción y protección efectiva de sus derechos. El Estado asegurará por medio de este sistema que, ante amenaza o vulneración de derechos, existan mecanismos para su restitución, sanción y reparación.

A propósito de la libertad de enseñanza, el art. 41.2 señalaba que ella “comprende la libertad de madres, padres, apoderadas, apoderados y tutores legales a elegir

el tipo de educación de las personas a su cargo, respetando el interés superior y la autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes”.

A continuación, el art. 46 agregaba dos numerales relacionados con el trabajo: art 46.2 “Las trabajadoras y los trabajadores tienen derecho a una remuneración equitativa, justa y suficiente, que asegure su sustento y el de sus familias. Además, tienen derecho a igual remuneración por trabajo de igual valor”; y art. 46. 4 “El Estado generará políticas públicas que permitan conciliar la vida laboral, familiar y comunitaria y el trabajo de cuidados”.

El art. 51 se refería al derecho a la vivienda: “Toda persona tiene el derecho a una vivienda digna y adecuada, que permita el libre desarrollo de una vida personal, familiar y comunitaria” y el art. 70.1 al derecho a la privacidad: “Toda persona tiene derecho a la privacidad personal, familiar y comunitaria. Ninguna persona ni autoridad podrá afectar, restringir o impedir su ejercicio, salvo en los casos y formas que determine la ley”.

Por último, el art. 118.3 contenía una norma relativa a la migración: “En caso de crisis humanitaria y demás situaciones que determine la ley, el Estado asegurará la reunificación familiar y el retorno voluntario al territorio nacional”.

Las normas transcritas del proyecto de 2022 traslucen una concepción de la familia en la que se espera que en su interior también rijan principios de igualdad, justicia y respeto a los derechos fundamentales de cada uno de sus integrantes, especialmente de las mujeres y niños, niñas y adolescentes, alejándose de la idea tradicional de la familia como un espacio de autorregulación separada de los valores propios de la esfera pública, restando con ello protagonismo a la tradicional autonomía plena imperante en la vida privada y familiar (Álvarez, 2021; Casas y Valenzuela, 2022).

La prohibición de reducir las relaciones familiares únicamente a vínculos basados en la filiación o la consanguinidad da cuenta, además, de una apertura hacia la denominada socio-afectividad. Este concepto engloba las relaciones familiares basadas en un componente social y afectivo independientes del parentesco y que acoge manifestaciones de vivir en familia sustentadas en vínculos de apego significativos para la persona, los que pueden o no coincidir con vínculos parentales

(Krasnow, 2019), apartándose con ello del tradicional modelo biogenético para la delimitar la familia.

En cuanto a la educación de los hijos, el proyecto de 2022 no reconocía un derecho preferente de los padres en la determinación del contenido de dicha educación. Solo, a propósito de la libertad de enseñanza, establecía su derecho a elegir el tipo de educación a la que estarían sometidos los hijos, pero respetando el interés superior y la autonomía progresiva. Es decir, estos dos últimos principios estaban concebidos como verdaderos límites a las facultades decisorias de los padres, lo que excluye la idea de que fueran ellos mismos los que pudieran determinar, en caso de controversia, el contenido de dichos principios en el caso concreto.

Por último, resalta en este proyecto el cambio de enfoque en relación con el cuidado de los hijos. Mientras en el proyecto de 2018 se aludía a los cuidados como un derecho de los padres (art. 19, N.º3), aquí, a propósito de la conciliación de la vida familiar y laboral, se consideran los “trabajos de cuidado” (art. 46.4), es decir, el foco está situado en la carga que comprende la atención de personas que requieren algún cuidado de salud permanente y están en condición de dependencia, de niños, niñas y adolescentes, y de adultos y adultas mayores (Gatica y Martínez, 2022).

### **2.3 Anteproyecto de la Comisión Experta de 2023**

La Comisión Experta creada por la ley 21.533,<sup>4</sup> cuya tarea era proponer al Consejo Constitucional un anteproyecto de propuesta de nueva Constitución, cumplió con su misión a través de la elaboración de un texto (en adelante, anteproyecto de 2023) que contenía normas relativas a la familia en el capítulo primero “Fundamentos del Orden Constitucional” y en el capítulo segundo “Derechos y Libertades Fundamentales, Garantías y Deberes Constitucionales”.

En el primero, el art. 3.1 señalaba: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Es deber del Estado y la sociedad dar protección a las familias y propender a su fortalecimiento”.

---

4 La ley 21.533 que “Modifica la Constitución Política de la República con el objeto de establecer un procedimiento para la elaboración y aprobación de una nueva Constitución Política de la República” fue publicada el 17 de enero de 2023.

Por su parte, el art. 14 indicaba: “La Constitución reconoce y asegura el interés superior de niños, niñas y adolescentes y las condiciones para crecer y desarrollarse en su familia”.

En el segundo capítulo, el art. 16 contemplaba cuatro numerales atinentes, bajo el encabezado de “La Constitución asegura a todas las personas”:

Art 16.10 El derecho al respeto y protección de su honra y la de los integrantes de su familia.

Art. 16.11 El derecho al respeto y protección de su privacidad y la de su familia.

Art. 16.13 El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión [...] a) Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a elegir que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa, espiritual y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Art.16.23 La libertad de enseñanza [...] c) Se reconoce el derecho y el deber preferente de las familias de escoger la educación de sus hijos o pupilos, atendiendo a su interés superior.

Del análisis de estas normas del anteproyecto de 2023 resulta, entonces, que se retoma la expresión de la familia como núcleo fundamental de la sociedad contenida en el proyecto de 2018, haciéndose cargo de un reconocimiento abierto a distintos tipos de familia mediante el uso del plural “familias”. A diferencia del proyecto de 2022, no se incluyó ninguna alusión a la fuente de la pertenencia familiar, tal como la filiación o la consanguinidad.

Por otra parte, llama la atención que, a diferencia de lo que ocurría en los dos proyectos anteriores, el anteproyecto sea parco en el reconocimiento de los derechos de los niños. El art. 14 antes referido, si bien invoca el interés superior como principio rector, no ahonda en el contenido que se le deba atribuir ni en la forma en que deba establecerse para el caso concreto.

Me parece relevante destacar, además, que el texto establece, a propósito de la libertad de enseñanza, un deber preferente de las familias para elegir la educación

de los hijos (art. 16.23). A diferencia de la norma vigente de la Constitución actual (art. 19, N.º10 CPR), la titularidad de este derecho radicaba en la familia, atribuyéndole, por esta vía, la posibilidad de tener un interés distinto al de los miembros de esa familia. Por el contrario, a propósito del derecho y respeto a la honra, el anteproyecto identificaba como titulares a los integrantes de la familia y no a esta como órgano abstracto.

Además, el anteproyecto reconocía como límite al derecho deber preferente de las familias el interés superior del niño, reforzando la idea del proyecto de 2022 consistente en que el contenido de dicho interés pudiera ser invocado desde “fuera” de la familia, abriendo la posibilidad de la intervención estatal en caso de vulneración de algún derecho fundamental del hijo.

Parece haber una cierta incongruencia en establecer el interés superior del niño como límite al derecho preferente de las familias de elegir la educación de los hijos y, en cambio, no hacerlo a propósito del derecho de los padres a elegir la educación religiosa, espiritual y moral de los hijos (art. 16.13), en que, en vez de establecer un marco para el ejercicio del derecho, reafirma que la elección dependerá “de sus propias convicciones”.

La discusión acerca del contenido y extensión de la “preferencia” del derecho atribuido a la familia de elegir la educación del hijo adquiere importancia a la luz de jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional chileno. Este, en su sentencia recaída en un requerimiento de inconstitucionalidad respecto de ciertas normas del entonces proyecto de ley que “Establece un Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez” (TC, 26 de julio de 2021, rol 11.315/11.317),<sup>5</sup> hoy promulgada como ley 21.430/2022, definió a la familia “como un espacio comunitario íntimo de padres e hijos” (c. 2.º) y consideró que la posibilidad del Estado de constreñir sus espacios de libertad y autonomía era muy restringida en el ámbito educativo. Según el TC, el Estado está para servir a las personas a través de sus familias, siendo esta un ámbito ajeno a la interferencia estatal. Al hilo de esto, sostiene que el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos no puede ceder ante la autonomía progresiva de estos, entre otras cosas, demostrando una inclinación

---

5 En dicha causa se alegó que algunas frases de los artículos 11, 31 y 41 del entonces proyecto de ley infringían los artículos 1.º, inciso cuarto; 5.º, inciso segundo; 19 numerales 6.º, 10.º, 11.º y 26.º; y el artículo 66 de la Constitución Política de la República.

por la mantención de la familia tradicional, reconociéndole un espacio de autonomía que la haría menos sensible a los cambios sociales (Turner y Zúñiga, 2024).

Otro caso sometido al conocimiento del Tribunal Constitucional, en que el derecho preferente de los padres de educar a sus hijos estuvo en el centro de la discusión, fue el relativo al proyecto de ley que “Estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género” (Bachelet, 2018). En esta causa,<sup>6</sup> se alegó la inconstitucionalidad de la frase “educación no sexista” contenida en art. 12, inciso segundo, de dicho proyecto.<sup>7</sup> De acuerdo con los recurrentes, el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos y la libertad de enseñanza garantizados por la Constitución se vulneraría mediante “una interferencia excesiva del Estado en un espacio de libertad y autonomía familiar” (Diputados de la República de Chile, 2024, p.15). Esta vez, la decisión del Tribunal Constitucional fue la de rechazar el requerimiento, inclinándose por una noción de familia más abierta a los cambios sociales, al indicar que:

el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos no puede impedir que el Estado dé cumplimiento a los deberes constitucionales y legales de actuar en materia educacional que buscan materializar el derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes, y de promover su pleno desarrollo. (Cap. VII 4)

Nuevamente queda de manifiesto, en este caso, cómo la tensión entre dos visiones de familia se canaliza a través de la fuerza atribuida a la preferencia de los padres para decidir acerca de la educación de los hijos.

## 2.4. Propuesta de nueva Constitución del Consejo Constitucional

A partir del anteproyecto de 2023, el Consejo Constitucional, órgano creado por la ley 21.533, al igual que la Comisión Experta, redactó una propuesta de nueva Constitución (en adelante, proyecto de 2023) que contenía disposiciones referidas a la familia y a los derechos de sus integrantes en diversos capítulos.

---

6 En esta causa, se impugnó el art. 12, inciso segundo, del referido proyecto por vulneración del artículo 19, N.º10, inciso tercero, en relación con el artículo 19, N.º6 y 26 y art. 19, N.º11, incisos primero y cuarto, en relación con el artículo 5.º, todos de la Constitución Política de la República.

7 “Los establecimientos educacionales reconocidos por el Estado deberán promover una educación no sexista y con igualdad de género y considerar en sus reglamentos internos y protocolos la promoción de la igualdad en dignidad y derechos y la prevención de la violencia de género en todas sus formas”.

En el capítulo primero sobre “Fundamentos del orden constitucional”, el art. 1.1 prescribía: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Es deber del Estado y la sociedad dar protección a las familias y propender a su fortalecimiento”. A su vez, el art.12 agregaba que:

La Constitución reconoce y asegura el interés superior de los niños, el cual incluye las condiciones para crecer y desarrollarse en su familia. Se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad. El Estado reconoce a la familia, esto es, los padres o tutores en su caso, la prioridad en la determinación del interés superior de sus hijos o pupilos, procurando su máximo bienestar espiritual y material posible. Se protegerá especialmente a los niños contra cualquier tipo de explotación, maltrato, abuso, abandono o tráfico, todo esto de conformidad con la ley.

El art. 13 contenía dos numerales:

1. La Constitución reconoce el valor de los cuidados para el desarrollo de la vida en la familia y la sociedad. El Estado deberá promover la corresponsabilidad, así como crear y contribuir a crear mecanismos de apoyo y acompañamiento a cuidadores y personas bajo su cuidado.
2. El Estado deberá promover la conciliación entre la vida familiar y laboral y la protección de la crianza, de la paternidad y de la maternidad.

En el capítulo segundo, referido a “Derechos y libertades fundamentales, garantías y deberes constitucionales”, el art. 16 aseguraba a todas las personas “derechos y libertades fundamentales” y dentro de ellas, varios numerales aludían a la familia:

10. El derecho al respeto y protección de la honra y la de su familia.
11. El derecho al respeto y protección de la vida privada y la de su familia [...].
13. El derecho a la libertad de pensamiento de conciencia y de religión [...] a) Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a educar a sus hijos o pupilos, y a elegir su educación religiosa, espiritual y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Las familias tienen

el derecho de instituir proyectos educativos y las comunidades educativas a conservar la integridad e identidad de su respectivo proyecto de conformidad con sus convicciones morales y religiosas.

23. El derecho a la educación [...] b) Las familias, a través de los padres o en su caso de los tutores legales, tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos o pupilos, de elegir el tipo de educación y su establecimiento de enseñanza, así como a determinar preferentemente su interés superior. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho. k) Es deber de la familia y la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación.

24. La libertad de enseñanza [...] b) La libertad de enseñanza existe para garantizar a las familias, a través de los padres o tutores legales, según sea el caso, el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos o pupilos; de escoger el tipo de educación; y de enseñarles por sí mismos o de elegir para ellos el establecimiento de enseñanza que estimen de acuerdo con sus convicciones morales o religiosas. Asimismo, garantiza a toda persona la elección del establecimiento educacional de su preferencia.

26. El derecho al trabajo decente, a su libre elección y libre contratación [...] b) La ley promoverá la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el ejercicio del derecho al trabajo decente.

29. El derecho a la vivienda adecuada [...] c) El inmueble destinado a la vivienda principal del propietario, sea que la habite solo o con su familia, en su caso, estará exento de toda contribución e impuesto territorial. Las excepciones legales a esta exención solo podrán fundarse, en forma conjunta, en el alto avalúo fiscal de la vivienda principal y los ingresos del contribuyente y de su familia.

31. La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley y la igual repartición y proporcionalidad de las demás cargas públicas legales [...] b) Los gastos objetivamente necesarios para la vida, cuidado o desarrollo de la persona y su familia

se considerarán deducibles para la determinación de los tributos que correspondan.

Por su parte, bajo el epígrafe de “Deberes Constitucionales”, el art. 37.6 establecía que “Toda persona, institución o grupo debe velar por el respeto de la dignidad de los niños y de los adultos mayores. La familia tiene el deber de cuidado de todos sus miembros. El Estado ofrecerá mecanismos de apoyo y acompañamiento a la maternidad y a la crianza”.

El proyecto de 2023 conserva la fórmula general de reconocimiento y protección a las familias del anteproyecto. Con ello, sigue la tendencia de no restringir el amparo constitucional a una sola forma de familia que habían sentado los proyectos de 2018 y 2022. Sin perjuicio de esta coincidencia, se aprecia un importante viraje en lo relativo al principio del interés superior del niño. En efecto, y a diferencia de los textos anteriores, hay en el art. 12 un claro énfasis en vincular la determinación de este interés superior con los padres, de tal manera de excluir cualquier interferencia externa. Así, el referido interés superior se asocia en dicha norma con “las condiciones para crecer y desarrollarse en su familia” y los padres tienen “prioridad” para determinar su contenido.

En concordancia con el énfasis antes expuesto, en el desarrollo de los derechos y libertades fundamentales y en los deberes constitucionales se refuerza la idea de una familia más privada, en que los padres gozan de una clara preponderancia en las decisiones familiares, que mantiene a raya las intervenciones foráneas. A ellos corresponde elegir para sus hijos la “educación religiosa, espiritual y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”, “a determinar preferentemente su interés superior” y “de enseñarles por sí mismos o de elegir para ellos el establecimiento de enseñanza que estimen de acuerdo con sus convicciones morales o religiosas”, según el art. 16, N° 13, 23 y 24. Hay en todas estas normas un interés declarado en que sean los padres los que guíen la vida de sus hijos sin interferencias, reforzando la autonomía de sus decisiones.

Por otro lado, la autonomía de la familia se refuerza reconociéndole titularidad directa respecto del derecho al respeto y protección de la honra (art. 16.10) y del derecho al respeto y protección de la vida privada (art. 16.11).

En relación con las labores de cuidado al interior de la familia, el proyecto de 2023 alude directamente a ellas, enlazándolas con la vida familiar, la conciliación entre

vida familiar y laboral y la protección de la crianza, de la paternidad y de la maternidad (art. 13), reservándole al Estado una labor de promoción y apoyo para cuidadores y personas bajo su cuidado. Entonces, se radica en la familia, como entidad distinta de sus integrantes, la obligación de cuidar de todos sus miembros y en el Estado, un mero “acompañamiento a la maternidad y a la crianza” (art. 37.6).

### **III. ALGUNAS IDEAS COMUNES A LAS DISTINTAS PROPUESTAS CONSTITUCIONALES Y PUNTOS DIVERGENTES**

Pese a las diferencias entre los distintos proyectos de nueva Constitución, es posible rescatar algunas ideas que son comunes a todos ellos y otras, en las que parece concentrarse la disputa “de fondo”.

Entre las primeras, me parece relevante destacar dos. En primer lugar, que parece haber consenso en cuanto a la forma de estructurar la normativa relativa a la familia en la Constitución. Dicha estructura consiste en una declaración general acerca de la función social atribuida a la familia, contenida en el acápite inicial sobre principios o bases constitucionales, y una regulación de los derechos fundamentales reconocidos a los miembros de una familia, en el título respectivo. Pese a la crítica que ha recibido esta división entre los principios generales y los derechos fundamentales, porque reflejaría una familia escindida entre el espacio público, en su condición de unidad fundamental de la sociedad, y el ámbito privado, en lo que atañe a las relaciones internas de sus miembros (Casas y Valenzuela, 2022), este tratamiento tiene el mérito de hacerse cargo de esa especial dualidad que presenta la familia: por una parte, como ente abstracto con intereses propios y, por otra, como suma de individuos cuyos derechos e intereses conservan plena vigencia aun cuando formen parte de este conjunto.

En segundo lugar, los proyectos constitucionales tienen en común que en todos ellos existe, aunque de distintas maneras, un reconocimiento de la diversidad familiar entendida como la apertura hacia distintos tipos de familia, en oposición al monopolio tradicional de la familia fundada en el matrimonio entre un hombre y una mujer (Jaramillo, 2022). Y esto no solo es importante para la igualdad formal entre las distintas maneras en que se organiza una familia sino también para asegurar la debida igualdad de derechos entre los hijos que nacen en ellas, concretando la eliminación de la discriminación en atención al nacimiento.

Sin embargo, frente a estas ideas medianamente consensuadas entre los proyectos constitucionales, existen otros puntos que parecen concentrar las divergencias en torno a la noción de familia.

Un primer aspecto se refiere a la titularidad y extensión de ciertas funciones sociales reconocidas a la familia, tales como la crianza y la educación de los hijos y las labores de cuidado de personas que lo necesitan. Hay aquí una tensión latente entre una posición que ve en estas funciones un ámbito en el que el Estado debe tener un rol activo, mientras que, para la otra, el Estado se debe inhibir de intervenir en el ámbito privado de la familia. La discusión acerca del significado de la preferencia del derecho de los padres de educar a sus hijos refleja esta tensión y las dos sentencias divergentes del Tribunal Constitucional nacional muestran la opción entre una familia más permeable a la intervención pública y una más celosa de su autonomía.

Lo mismo ocurre con las labores de cuidado. Por una parte, la creación de un “sistema de protección integral de garantías de los derechos de niñas, niños y adolescentes” del proyecto de 2022 denota una intención de conferirle al Estado un rol mucho más fuerte en la tutela de los derechos de los niños que el mero deber de ofrecer “mecanismos de apoyo y acompañamiento a la maternidad y a la crianza” del proyecto de 2023.

Un segundo aspecto en que se percibe divergencia sustancial entre los proyectos es en la determinación del contenido del interés superior del niño. La concepción de este principio como límite a los derechos reconocidos a los padres en relación con sus hijos difiere de aquella en que el contenido de dicho interés es fijado por los propios padres. Bajo la primera, se asume la intervención estatal en la construcción y amparo del interés superior y bajo la segunda, en cambio, su determinación queda entregada, en definitiva, a la decisión autónoma de los padres del hijo.

A la luz de estos puntos en común y divergentes de los distintos proyectos constitucionales se puede constatar que varios de ellos ya han sido recogidos por el legislador nacional. En efecto, las reformas legales de la última década muestran importantes avances en materias tales como apertura a nuevas formas de familia. Así, por ejemplo, la creación de un tipo de familia basada en un pacto distinto del matrimonio, el Acuerdo de Unión Civil, según la ley 21.830/2015 que crea esta

figura legal; la consagración del matrimonio entre personas del mismo sexo en el Código Civil, según la ley 21.400/2021; o la incorporación de elementos socioafectivos en la definición de familia en la ley 21.150/2019 sobre Ministerio de Desarrollo Social y Familia.

Asimismo, muestran un diseño en que el reconocimiento del derecho preferente de los padres de educar a sus hijos se equilibra con un robusto sistema de protección estatal de los derechos de niños, niñas y adolescentes en la ley 21.430/2022 sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. Esta ley reafirma, además, el rol de principio fundamental del interés superior, especificando sus funciones dentro del ordenamiento jurídico y su contenido.

Por otra parte, y en relación con el trabajo de cuidados al interior de la familia, se aprecia un avance en lograr situar, al menos jurídicamente, en una posición de igualdad a padres y madres, a través de la eliminación de la atribución preferente del cuidado personal de los hijos a la madre en el Código Civil por la ley 20.680/2013, y en lograr su valoración monetaria a propósito de los alimentos que se deben a los hijos, según la ley 21.484/2022 sobre Responsabilidad Parental y Pago Efectivo de Deudas de Pensiones de Alimentos.

Estas reformas legales, enunciadas a modo de ejemplo, demuestran que en nuestro país el efecto irradiante de la Constitución no ha sido decisivo en materia de familia, sino que más bien ha operado un efecto parcial de la constitucionalización, en que lo que ha permeado el nivel legal han sido los tratados internacionales sobre derechos humanos, saltándose a la Constitución vigente. Los cambios han operado, entonces, gracias al silencio de nuestra Constitución minimalista.

#### **IV. CONCLUSIÓN**

A través de este breve recorrido por los textos que intentaron sustituir la Constitución chilena vigente se aprecian las dificultades que Silvina Álvarez Medina nos adelantaba en su libro, referidas ellas a la construcción de un marco de protección para los aspectos más íntimos de la vida, de esa vida privada y familiar que construimos las personas en paralelo a la vida social. La tensión entre su consideración como espacio de autonomía plena, sin injerencia de terceros o institucional y, en cambio, su tratamiento como un ámbito íntimo, pero también público, en que el ordenamiento estatal juega un rol importante, recorre el intenso proceso de reforma constitucional chileno de la última década.

## BIBLIOGRAFÍA

Álvarez, S. (2021). *La protección de la vida privada y familiar. Sexualidad, reproducción y violencia*. Marcial Pons.

Bachelet, M. (2018). *Proyecto de reforma constitucional (Boletín N° 11.617-07)*. Proyecto iniciado por mensaje. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=11617>

Casas, L. y Valenzuela, C. (2022). Constitución y Familia. En M. Cillero Bruñol, E. Valenzuela Rivera y J. P. González (Eds.), *Familias, infancia y constitución*, (pp. 427-450). Thomson Reuters.

Comisión Experta. (2023, junio). *Anteproyecto de Constitución Política de la República de Chile*. <https://www.procesoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2023/06/Anteproyecto-Constitucion-Politica-Republica-de-Chile.pdf>

Convención Constitucional de Chile. (2022). *Propuesta Constitución Política de la República de Chile*. <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/08/Texto-CPR-2022-entregado-al-Pdte-y-publicado-en-la-web-el-4-de-julio.pdf>

Diputados de la República de Chile. (2024). *Requerimiento de inconstitucionalidad del artículo 12, inciso segundo, del Proyecto de Ley sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia (Boletín N.º 11.077-07)*. Tribunal Constitucional de Chile.

Esborraz, D. F. (2015). El concepto constitucional de familia en América Latina. Tendencias y proyecciones. *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, (29), 15-55. <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n29.02>.

Etcheberry Court, L. (2019). La constitucionalización del derecho de familia en Chile. Una mirada a través del derecho a la identidad. En N. Espejo Yaksic y A. M. Ibarra Olgún (Eds.), *La constitucionalización del derecho de familia. Perspectivas comparadas* (pp. 191-227). Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Gatica Rodríguez, M. P. y Martínez Morgado, C. (2022). El trabajo no remunerado ante el derecho civil: una evaluación de tres instituciones. *Ius et Praxis*, (3), 3-21. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122022000300003>.

Jaramillo, I.C. (2022). La familia en la constitución. En M. Cillero Bruñol, E. Valenzuela Rivera y J. P. González Jansana (Ed.), *Familias, infancia y constitución*, (pp. 325-351). Thomson Reuters.

Krasnow, A. (2019). La socioafectividad en el Derecho de las familias argentino. Su despliegue en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida. *Revista de Derecho (Valdivia)*, (1), 71-94. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502019000100071>.

Peña, C. (1993). ¿Qué hacen los civilistas? *Cuadernos de análisis jurídico, Universidad Diego Portales*, (28), 11-27.

Tribunal Constitucional. (26 de julio de 2021). Sentencia rol 11.315/11.317-2021 (acumuladas).

Tribunal Constitucional. (8 de abril de 2024). Sentencia rol 15.276-2024.

Turner Saelzer, S. y Zúñiga Añazco, Y. (aceptado). Caracterización y función del concepto jurídico de familia en la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*.

Vallejo, I. (2020). *El infinito en un junco. La invención de los libros en el mundo antiguo*. Grupal/Siruela.

Zúñiga, Y. y Turner, S. (2013), Sistematización comparativa de la regulación de la familia en las constituciones latinoamericanas. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, (2), 269-301. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532013000200010>.

