

LEPIN MOLINA, CRISTIÁN (2017): *Derecho Familiar Chileno* (Santiago, Thomson Reuters) 535 pp.

Es curioso comprobar que nuestra doctrina civil, en un marco de general escasez de textos dedicados a una disciplina jurídica, haya sido sin embargo pródiga en materia de Derecho de Familia. Ya Claro Solar en sus *Explicaciones* dedica los primeros tomos a la regulación del matrimonio y la filiación. Más adelante Alessandri completará lo que Claro no alcanzó a examinar, con su tratado sobre la sociedad conyugal y el patrimonio reservado.

Pero otros autores asumieron la tarea de redactar textos específicamente sobre el Derecho de Familia. Manuel Somarriva, primero en unos apuntes publicados por la Secretaría de Estudiantes, Extensión y Bienestar de la U. de Chile, y más tarde ya como un libro editado en 1936 por Nascimento, da a la luz su obra justamente con el título *Derecho de Familia*. Al dictarse la ley N° 10.271, que reformó sustancialmente esta materia, aparece en 1954 el libro de don Enrique Rossel Saavedra, que se titula *Manual de Derecho de Familia*. Pocos años después, en 1959, la editorial Universo de Valparaíso publica tres volúmenes del *Curso de Derecho Civil* de Fernando Fueyo, todos dedicados al Derecho de familia. Un Manual que ha sido muy exitoso es el publicado en 1971 por el profesor Ramón Meza Barros, esta vez por la Editorial Jurídica de Chile.

Quien tomará la posta en esta tradición sería el profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Concepción, don René Ramos Pazos, el que en dos tomos publica en 1993 otro *Manual*, que vería siete ediciones, hasta su lamentable fallecimiento el 2013.

En esta trayectoria de ilustres juristas que han dedicado sus esfuerzos a la regulación jurídica de las relaciones en la familia, tenemos que inscribir ahora al profesor Cristián Lepin Molina, que nos entrega este nuevo libro, que además viene a unirse a su monografía sobre la compensación económica publicada por la Editorial Jurídica de Chile en 2010, y a múltiples obras colectivas y a la *Revista de Derecho de Familia* que han sido editadas gracias a su trabajo de dirección y coordinación.

La labor emprendida en esta ocasión por el profesor Lepin no era para nada fácil, porque compendiar en un solo volumen una parte significativa del Derecho de Familia presenta serias dificultades, como la abundante legislación, muchas veces fragmentada y con serios problemas técnico-jurídico, una ingente jurisprudencia con poca coherencia entre los fallos de las distintas Cortes y la inusitada velocidad de los cambios legislativos, cuya última expresión se encuentra en la ley N° 20.830, de 2015, sobre Acuerdo de Unión Civil, que es casi una “Ley de Matrimonio Civil espejo”.

A las dificultades reseñadas, hay que agregar el impacto de la llamada “constitucionalización del Derecho”, la influencia de los tratados internacionales, y de la jurisprudencia de las Cortes Internacionales que cada vez más se pronuncian en temas de Derecho de Familia.

Por si todo lo anterior fuera poco, hay que tener en cuenta que se trata de una materia muy sensible, que toca de cerca nuestras propias experiencias vitales y en las que se pro-

ducen controversias por las diferentes concepciones antropológicas y morales que subyacen a la normativa y a la jurisprudencia sobre la familia.

El autor ha salido airoso en esta empresa pues nos proporciona un libro jurídico de buena factura, con un estilo claro y conciso como lo requiere el estudiante y también el abogado en el foro o el juez en la judicatura. Explica las materias exponiendo lo que la doctrina y la jurisprudencia han ido asentando, con un buen apoyo bibliográfico y sin abrumar al lector con sus propias teorías u opiniones personales. Cuando estas se expresan, aparecen expuestas de manera sobria y ponderada.

Un aspecto novedoso del libro es su sistematización. La parte primera compone una especie de introducción al concepto de familia y a las funciones que se asignan al Derecho en su regulación. La segunda parte funda la familia en la “relación de pareja”, exponiendo el matrimonio, el acuerdo de unión civil y las convivencias de hecho. Al final de esta última parte se analizan los efectos patrimoniales del Derecho de Familia, reuniendo la regulación del derecho de alimentos, de los bienes familiares, la compensación económica y la responsabilidad civil en las relaciones de familia.

Sin duda, se echa de menos el tratamiento de la filiación. Quizás hubiera debido explicitarse esto en la portada del libro para no confundir a los lectores, dado el título omnicomprendivo de la obra. Esperamos que el profesor Lepin pueda en un futuro próximo completar la obra con una segunda parte dedicada a las relaciones de paternidad, maternidad y filiación.

De lo hasta ahora escrito debemos destacar los capítulos dedicados al Acuerdo de Unión Civil y a la responsabilidad civil en las relaciones familiares. Respecto del AUC se exponen sus principales caracteres como un segundo estatuto de convivencia, que, sin embargo, no soluciona los problemas de las uniones de hecho, que seguirán siendo abordados por la vía jurisprudencial.

Muy logrado nos parece el capítulo referido a la responsabilidad civil por incumplimiento de deberes familiares, aunque su conclusión de que las reglas de la responsabilidad extracontractual se apliquen sin ninguna modulación o adaptación al ámbito de la familia, pueda revelarse excesiva, aunque, por otro lado, resulta congruente con la forma en la que conceptualiza esta institución humana básica, y a la que luego nos referimos.

Resulta imposible en el marco de una reseña como esta dar cuenta detallada de los múltiples problemas y análisis que contiene un libro que alcanza a más de 500 páginas. Preferimos expresar algunas reflexiones que nos ha suscitado su lectura, porque sin duda un libro se aprecia no solo por el contenido y los problemas que esclarece, sino por cómo hace pensar al lector.

La primera de estas reflexiones es el desconcierto en el que se encuentra el jurista, y más aún el legislador, en una época en la que se ha perdido la noción de la identidad de la familia, es decir, la realidad natural que desde Aristóteles viene considerándose como la célula social fundamental.

La cercanía del Derecho de Familia con las concepciones éticas ha producido que las actuales corrientes que rechazan el cognitivismo moral, y asumen de un modo u otro una moral relativista, procedimental o derechamente escéptica, ha tenido un impacto profundo en la regulación de la familia. Frente a la desaparición de un referente antropológico, fun-

dado en la naturaleza humana y la realidad de la relación conyugal y filial, se señala que ya no existe un modelo de familia sino una diversidad de familias, que dependen de la autonomía de las personas y ante las cuales el Estado debiera permanecer neutral.

El profesor Lepin asume esta posición desde el título de la obra, que ya no es el Derecho de Familia tradicional sino un “Derecho Familiar”, para así “incluir los distintos tipos de relaciones familiares” (p. 41). El autor afirma la existencia de diversos tipos de familia, como la matrimonial, la convivencial, la monoparental y la ensamblada (pp. 31-32), pero queda la duda de por qué estas realidades son consideradas “familia”. Solo se pueden distinguir las formas que puede adoptar una cosa, si se posee un concepto aunque sea notional de ella.

Frente a la incapacidad para identificar un concepto que, con Finnis, podríamos llamar focal, de familia, un jurista como el profesor Lepin se ve forzado a adoptar una perspectiva positivista, que a veces es positivismo normativo (el Derecho es lo que dicen las normas promulgadas formalmente por quienes tienen el poder) y en otras sociológico (el Derecho es lo que dicen las prácticas sociales).

Así, dado que el legislador ha creado un estatuto de convivencia no matrimonial, este ha de ser incluido sin más en la definición de familia (p. 27). ¿Por qué? Porque el legislador lo ha dicho o, al menos, parece haberlo dicho. Es más, la simple convivencia sin formalización también debe ser incluida en la definición de familia, ya que la jurisprudencia le ha reconocido ciertos efectos jurídicos.

El autor advierte la precariedad de estas definiciones tomadas de lo que dicen las normas positivas, y desde ya señala que debería establecerse un régimen jurídico para otros modelos familiares como las familias monoparentales y las ensambladas. Pero tampoco puede cerrar la puerta a otras “formas” de familia que lleguen a tener algún apoyo en la realidad social. Y aquí asume la perspectiva del positivismo sociológico: la ley no debe sino recoger lo que determine una práctica social más o menos extendida, cualquiera sea la valoración axiológica o de bien público que ella merezca. Lepin escribe que es consciente “de que se trata de una institución [la familia] que corresponde a una realidad social, por lo que resulta ser esencialmente dinámica”, y que si bien es necesario definirla para efectos doctrinales, ello se hace “en el entendido de que la definición o concepto que esbozamos será solo representativa del estado actual de la institución” (p. 26). Pero, si es así, surge de inmediato la pregunta: ¿y cuál es esa institución?, ¿qué es lo que permanece de ella para que se la pueda reconocer a través de los cambios sociales?

Pensamos que la visión que intenta prescindir de un concepto esencial de familia para dar cabida a una pluralidad indefinida de formas familiares, termina por identificar la base de la familia en una mera relación entre individuos con independencia de que constituya esa comunidad que es digna de protección jurídica por los bienes públicos que genera: el amor y la solidaridad conyugal, la procreación y la educación de los hijos, la transmisión de la cultura y la socialización de las nuevas generaciones, que podríamos indicar como el núcleo o médula del concepto de la familia.

El denominador común de las proclamadas nuevas formas de familia parece ser la relación afectiva sexual entre dos personas: la pareja. Es sintomático que el libro incluya el examen del matrimonio, del acuerdo de unión civil y de la convivencia de hecho, en una

segunda parte que titula precisamente “Regulación jurídica de la pareja” (p. 76). Al parecer, nada esencial separa al matrimonio, del AUC y de la simple unión de hecho: todas serían familias en cuanto “parejas”. Pero si es así, la regulación normativa se vuelve del todo incoherente: ¿por qué el matrimonio da lugar a deberes como el de fidelidad y el de cohabitación, mientras que ello no sucede en el AUC ni menos en la convivencia de hecho?, ¿por qué se entiende que un fin esencial del matrimonio es vivir juntos y procrear, mientras que nada parecido se espera del AUC ni de la unión de hecho? Al perder el sentido de la identidad de la familia, el mismo Derecho de Familia desconoce su razón de ser y se va diluyendo en la regulación de ciertas formas de asociación y expresión de los afectos, en cuanto son gratificantes y útiles para la realización individual de las personas.

Se llega entonces a la conclusión de que la familia no tiene entidad como tal y solo es valorada y regulada como instrumento o medio para la satisfacción de los intereses de las personas que la integran. Esto se afirma categóricamente en la obra que comentamos: “Estimamos –se nos dice para justificar el cambio de Derecho de Familia a Derecho Familiar– que el énfasis se encuentra en la protección de los derechos de los integrantes de la familia, es decir, de sus relaciones familiares y no en la protección de uno o más modelos de familia determinados” (p. 41). Esta idea se reitera a lo largo del libro: lo que justifica el Derecho Familiar no es la protección de la familia como tal, sino la tutela del miembro más débil de ella. Se entiende así cómo se amplía la autonomía privada, reduciéndose al mínimo las expresiones del orden público y los criterios indisponibles.

Nos preguntamos si esta forma de concebir las relaciones familiares no obedece a una especie de “neoliberalismo familiar”, en el que campea el mercado de los deseos y los derechos individuales, y en el que, por el reverso, la esfera de lo público, de lo colectivo, de lo comunitario, se encuentra cada vez más disminuido, si no ausente del todo. Pero si esto es así se justifica la duda de por qué tener un Derecho especial que tenga por objeto la familia y las relaciones de sus miembros, y bien podría sujetarse todo al Derecho Civil común, de manera que cada pareja, dúo, trío o lo que sea convenga su propio estatuto de convivencia y expresión de afectos con los criterios privados del Derecho de los contratos. En este sentido, y aunque no fuera esa la intención del autor, resulta sugerente la ausencia del tratamiento de la filiación de este “Derecho Familiar” que más bien podríamos denominar “Derecho de las Parejas”.

Una segunda reflexión, y en esto coincidimos con el autor, es cómo la legislación familiar actual va derivando de un Derecho de reglas a un Derecho de principios. Pero dudamos que esto sea un avance, y más bien nos parece un retroceso hacia una vulgarización del Derecho de Familia. El abandono de las reglas por los principios, propiciado por el neoconstitucionalismo y autores como Dworkin y Alexy, puede producir consecuencias indeseables. De partida, se incrementa la litigiosidad: como el conflicto no tiene una regla clara y determinante que lo resuelva, todo debe ser llevado al juez para que él vea cuál es el principio que va a predominar. Además, se exagera la discrecionalidad judicial en los juicios de familia, y con ello se menoscaba la igualdad ante la ley, ya que con la aplicación de principios dos casos sustancialmente iguales pueden ser resueltos de maneras diferentes, sencillamente porque lo conocieron jueces que tenían diversas opiniones sobre cómo interpretar el principio, o incluso porque el mismo juez cambió de parecer sobre cómo debía

aplicarse el principio o si esta era derrotado por otro que, a su personal juicio, tiene mayor peso.

Todo esto resulta agravado por la creciente invocación en los asuntos de familia de los derechos fundamentales previstos en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos, ya que el neo constitucionalismo propicia que los derechos fundamentales deben tratarse por los jueces como principios, sujetos a balance y ponderación.

En suma, estamos ante una obra útil para estudiantes, abogados, jueces y demás personas interesadas en el Derecho de Familia, en la medida en que se tenga presente que la exposición de las materias está vinculada a las normas de la legislación positiva, bajo la cual subyace una indefinición básica sobre qué es y cómo debiera ser la institución de la familia, para que pueda cumplir la delicada misión que le es propia.

Hernán Corral Talciani
Universidad de los Andes