



COLEGIO DE ABOGADOS
DE CHILE A.G.

**COMISIÓN DE DIVERSIDAD
E INCLUSIÓN DEL COLEGIO
DE ABOGADOS**



Informe sobre diversidad e inclusión y nueva constitución

LA PROTECCIÓN DE LAS FAMILIAS

por Ana Luz del Río

Chile está desarrollando el proceso político y jurídico más importante de los últimos años a través de la discusión de la nueva constitución.

Como Comisión de Diversidad e Inclusión del Colegio de Abogados queremos colaborar con este proceso mediante el desarrollo de insumos que promuevan el debate.

Se le pidió a algunos integrantes preparar un documento de estudio sobre algunas áreas temáticas relevantes desde la perspectiva de la diversidad e inclusión y que deberían ser discutidos en el nuevo texto constitucional.

Cada documento representa la opinión del autor, sin constituir la opinión de la Comisión de Diversidad e Inclusión o del Colegio de Abogados.

Este texto forma parte de estos documentos para el debate.

Este capítulo fue preparado por Ana Luz Del Río. Abogada de la Universidad de Chile y Coach Ontológica. Socia de Del Río Abogados y de Empoderarte consultores. Miembro de la Comisión de Abogadas y de Diversidad e Inclusión del Colegio de Abogados. La autora de este texto agradece el apoyo de Sofía Chateau y Sofía del Solar, estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

1. Concepto de familia en el contexto jurídico nacional

El Artículo 1° de la Constitución Política de la República vigente prescribe que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. En el mismo artículo se señala que es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, y propender al fortalecimiento de ésta.

En el Artículo 19 N°10 inciso tercero del mismo cuerpo normativo, se establece que son los padres quienes tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos, y el Estado debe otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.

La actual Constitución reconoce la relevancia de la familia y le otorga protección, recogiendo el lugar central que tiene dentro de nuestra sociedad. Muchas constituciones latinoamericanas, tales como la de Ecuador, Nicaragua, Colombia, Perú, Brasil, entre otras, reconocen a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad que regulan.

Ante la omisión de una definición constitucional de la familia, cabe preguntarse: ¿Qué es lo que se entiende como familia para el ordenamiento legal?

La OMS -Organización Mundial de la Salud- define la familia como “Un conjunto de personas que conviven bajo el mismo techo, organizadas en roles fijos (padre, madre, hermanos, etc.) con vínculos consanguíneos o no, con un modo de existencia económico y social comunes, con sentimientos afectivos que los unen y aglutinan”.

Por su parte, en el Sistema Interamericano, Artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se señala que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad. “Aplicando el principio jurídico de que no se puede distinguir donde la ley no distingue, se debe entender que la Convención establece una protección general para todas las familias, independientemente de cuál sea su composición. En todo caso, corresponde a la legislación nacional establecer las regulaciones particulares, sin detrimento del derecho esencial establecido en este instrumento internacional”².

En nuestra legislación, la doctrina está dividida respecto a la interpretación que se le da al concepto de familia en la constitución. “Podemos desprender que el sentido que los

² BADILLA, A. E. El derecho a la constitución y la protección de la familia en la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Editorial Porvenir, San José, 1996. p. 109.

constituyentes quisieron darle al concepto de familia está basado en una concepción naturalista y por lo tanto se refiere a una definición de familia que tiene como base el matrimonio”³. La existencia de esta estrecha relación entre la familia y el matrimonio, definido en el artículo 102 del Código Civil como un contrato solemne entre un hombre y una mujer, deja afuera a todas las familias no monogámicas y no heterosexuales.

Esta interpretación tradicional o conservadora, “supone un rechazo a las tendencias sociológicas contemporáneas, tolerantes e inclusivas”⁴, restringiendo el concepto de familia a hombre-mujer-matrimonio, como lo indica el artículo 102 del Código Civil, excluyendo a todas las otras familias que no se definen por la existencia del vínculo matrimonial heteronormado. Si bien es cierto existe la familia biparental integrada por el padre y la madre, unidos en matrimonio con uno o más hijos en común, esa no es la única, tampoco es la mayoritaria. Observando la realidad chilena actual, la familia definida por el vínculo matrimonial existente entre padres de distinto sexo representa un tipo muy restringido de familia que no comprende a las familias monoparentales, integradas por la jefatura del hogar y sus hijos o hijas, ni al extenso monoparental, conformado por la jefatura de hogar y sus parientes. Hoy la familia está conformada por la jefatura de hogar, sus parientes y no parientes, puede haber presencia de un cónyuge, hijas e hijos de la jefatura de hogar. Existen familias unipersonales donde el hogar está conformado por una persona y sin núcleo, son el o la jefa de hogar sin parientes.

Tabla: Tipos de hogar según censo

Tipo Hogar	Censo 2002		Censo 2017	
	N	%	N	%
Total	4.141.427	100,0	5.651.637	100,0
1. Unipersonal	480.647	11,6	1.004.161	17,8
2. Hogar Nuclear Monoparental	400.171	9,7	717.732	12,7
3. Hogar Nuclear biparental sin hijos	383.566	9,3	716.248	12,7
4. Hogar Nuclear biparental con hijos	1.575.981	38,1	1.626.370	28,8
5. Hogar Compuesto	132.057	3,2	142.666	2,5
6. Hogar Extenso	908.209	21,9	1.073.151	19,0
7. Hogar sin Núcleo	260.796	6,3	371.309	6,6

³ GARCÍA A, N. El concepto de familia en la constitución. Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2009. p. 152.

⁴ VIERA ÁLVAREZ, C; BASSA MERCADO, J; FERRADA BÓRQUEZ, J. C. La Constitución Chilena. Una revisión crítica a su práctica política. LOM ediciones, 2015. p. 37.

Resulta interesante observar el cuadro del Instituto Nacional de Estadísticas que sistematiza la información del censo del año 2017, que está organizado de acuerdo al concepto de hogar y no de familia. Como se puede apreciar, los hogares conformados por familias biparentales representan el 41,5% de las familias censadas, sin considerar que no contamos con el dato de cuántas de esas uniones son matrimoniales. Es decir, más del 50% de las familias en Chile no son consideradas como tales, ya que, “las agrupaciones humanas unidas en base a vínculos afectivos y no formalizadas en matrimonio, desde la perspectiva histórico-constitucional no constituirían familia”⁵.

2. Matrimonio/familia y la comunidad LGBTIQ+

Existen diversos tipos de unión que pueden generar una familia además del matrimonio, como la unión de derecho civil, o la unión de hecho. La población perteneciente a la comunidad LGBTIQ+, actualmente en Chile no puede contraer matrimonio, siendo imposible para ésta la conformación de una familia, según la aplicación de nuestro ordenamiento legal, toda vez que el actual Artículo 102 del Código Civil “contiene una definición de matrimonio que incorpora la diferencia de sexos entre sus contrayentes como de uno de los elementos que permite definir la institución”⁶, siendo entendido por la doctrina como un elemento esencial, y que sin éste, no habría matrimonio.

Desde la tradición jurídica romana, canónica y francesa, “el matrimonio fue considerado como la unión entre hombre y mujer reconocida por la ley, que tiene como finalidad la perpetuación de la especie; esta figura se basa en un modelo de heterosexualidad normalizado en la sociedad”⁷. La heterosexualidad es la regla que se aplica a todos los seres humanos, asumiendo que es lo natural, lo normal.

La realidad es otra, por lo que se hace necesario “el reconocimiento de sexualidades no heteronormativas, y la redefinición del concepto tradicional de familia”⁸. El argumento que se sostiene respecto al matrimonio hombre-mujer se funda en una mirada canónica y conservadora que no satisface ya las necesidades de regulación y protección a todas las familias que existen en el país.

⁵ VIERA ÁLVAREZ, C; BASSA MERCADO, J; FERRADA BÓRQUEZ, J. C. La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política. LOM ediciones, 2015. p. 38.

⁶ ARANCIBIA OBRADOR, M. J; CORNEJO AGUILERA, P. El Derecho de familia en Chile: Evolución y nuevos desafíos. Ius et Praxis, 2014, vol. 20, n°1.

⁷ Centro de Estudios Constitucionales SCN. El matrimonio igualitario desde el activismo, la academia y la justicia constitucional. Editorial Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, México, 2017. p. 173.

⁸ Ídem, p. 174.

En Brasil, Colombia, México y Estados Unidos el matrimonio igualitario esta fundamentado en el derecho a la igualdad y a la no discriminación.

Islandia	2010
Dinamarca	2012
Uruguay	2013
Nueva Zelanda	2013
Francia	2013
Brasil	2013
Reino Unido ¹	2013-2014
Luxemburgo	2014
Irlanda	2015
Estados Unidos	2015
Colombia	2016
Finlandia	2017

En Chile, que el matrimonio igualitario no sea legal sólo perpetua la discriminación estructural y sistemática a las parejas homosexuales, afectando directamente el derecho a la igualdad de estas personas, siendo discriminadas por su orientación sexual y su identidad de género. Y no solo les afecta con respecto al matrimonio, sino que también genera efectos en el ámbito filiativo.

Hoy la familia biparental heteronormada no representa ni protege a todas las familias existentes. Estamos dejando desprotegidas a todas las demás familias por la falta de reconocimiento legal. Si declaramos que para la sociedad la familia es el núcleo fundamental, debiéramos dar reconocimiento y protección a todas ellas, independiente del tipo de unión en base a la cual se crea o de quien la conforma.

3. Familias y Derecho a la Identidad

El derecho a la identidad ha sido definido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como: “El conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del

desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez”⁹.

La falta de reconocimiento legal a las familias no heterosexuales atenta contra el derecho a la identidad y a la posibilidad de desarrollarse y realizarse como individuo dentro de la sociedad. Esto perjudica a las parejas homosexuales con respecto a la imposibilidad de conformar una familia con hijos e hijas, sumado a la dificultad de acceder a la adopción. Además, sin un reconocimiento al matrimonio igualitario, los hijos no se benefician con la presunción de filiación matrimonial, así como tampoco con respecto a la regularización de la herencia, derechos de seguridad social, entre otros, vulnerando el interés superior del niño, principio reconocido tanto nacional e internacionalmente.

3.1. Artículo 19 de la Constitución Política de la República

Los derechos y deberes constitucionales están consagrados en los numerales del Artículo 19 de la Constitución, los que analizaremos en relación al concepto de familia. Según señalamos, existe una protección constitucional de la familia y se ha consagrado el deber de propender a su fortalecimiento, conforme establece el Artículo 1° inciso quinto del mismo texto.

El numeral 2 del artículo 19, señala el principio de igualdad, conforme al cual todas las familias deberían estar protegidas bajo el precepto del artículo 1, sin importar las causas generadoras de estas, debido a la prohibición de establecer diferencias arbitrarias. En mérito de esto, es posible sostener que “la protección de la familia es respecto de una concepción amplia de ella en virtud del principio de igualdad consagrado en la Carta Fundamental”¹⁰.

Actualmente no se está poniendo en práctica esta igualdad declarada, quedando protegidas y reconocidas solamente las familias amparadas por el matrimonio entre un hombre y una mujer: dada esta interpretación restrictiva de la ley los niños nacidos en familias homoparentales quedan desprovistos de derechos que legítimamente les corresponden, incurriendo en una discriminación arbitraria e ilegal, en contravención al principio de igualdad consagrado en la Constitución y en tratados internacionales vigentes y obligatorios para el país.

⁹ Cfr. Caso Gelman vs. Uruguay, párr. 122; Caso Fornerón e Hija Vs. Argentina, párr. 123, y Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285, párr. 116.

¹⁰ GARCÍA A, N. El concepto de familia en la constitución. Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2009. p. 64.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas prescribe que la legislación nacional no debe establecer “regulaciones que puedan ser restrictivas para familias monoparentales u otras y, especialmente, para aquellas encabezadas por mujeres en condiciones de pobreza”¹¹.

Vinculado con el principio de igualdad, se reconoce el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia, señalado también en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). El derecho a contraer matrimonio no puede ser ejercido actualmente en nuestro país por una parte de la población que no se identifica con la heterosexualidad, la que es discriminada por su orientación sexual, privándoles el derecho a definir su propia familia, interfiriendo así con el derecho a la identidad, ya que los vínculos familiares y sociales constituyen a una persona, incurriendo por esta vía el Estado de Chile en un incumplimiento a instrumentos internacionales y a la Carta Fundamental.

El numeral 4 del artículo 19 asegura a todas las personas respeto y protección de su vida privada y a la honra de la familia. El no permitir el acceso al matrimonio a todas las personas independiente de su orientación sexual, impide la libre determinación familiar, dejando en total desprotección a parte importante de la población. “Dado que la familia es una realidad prejuzgada no le corresponde al Estado definir ni determinar cómo ha de vivirse la experiencia familiar. La soberanía de la familia exige respeto”¹². El Estado debería proteger a la familia, como lo indica este numeral, garantizando a todas las personas que puedan decidir cómo y con quien formar su núcleo familiar.

3.2. Tratados internacionales ratificados por Chile que tienen relación directa con el concepto de familia

En Chile los tratados internacionales, tienen una importancia fundamental y han permitido aplicar la normativa de manera vanguardista y visionaria en aquellas materias en que la legislación nacional se ha ido quedando obsoleta. El Artículo 5 de la Constitución actual, dispone: “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.” De esta forma, se genera una relación de supra constitucionalidad de los tratados internacionales de DDHH ratificados por Chile¹³. Resulta vital entender que éstos están

¹¹ BADILLA, A. E. El derecho a la constitución y la protección de la familia en la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Editorial Porvenir, San José, 1996. p. 110.

¹² Departamento de derecho Público de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Conceptos fundamentales para el debate constitucional. Ediciones Universidad Católica de Chile, 2021. p. 93.

¹³ García Acuña, Natalia. 2009. *El concepto de familia en la constitución*. Santiago, Chile: Universidad de Chile - Facultad de Derecho. <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/106913> . Pg. 58 – 71.

por sobre la legislación nacional y su aplicación es un imperativo para nuestros tribunales de justicia. A continuación enunciamos los Tratados Internacionales que Chile ha ratificado y los mandatos que debieran incidir en nuestro sistema jurídico nacional¹⁴:

3.2.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos

Sobre el concepto de familia

Artículo 16.3: “*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad*”.

3.2.2. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos

Sobre la protección de la familia

Preámbulo: “*Los Estados Parte en el presente Pacto, Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables [...]*”

Sobre el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la familia

Artículo 17: “*1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. [...]*”

Sobre el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia

Artículo 23: “[...] *2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello. [...]*”

3.2.3. Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre

Sobre el concepto de familia, la constitución y la protección

¹⁴ Ídem.

Artículo VI: *“Toda persona tiene derecho a constituir una familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”*

3.2.4. Convención Americana de Derechos Humanos.

Sobre la concepción de familia y su protección.

Artículo 17.1 *“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.”*

Sobre la protección de la Honra y de la Dignidad.

Art 17. 2: *“[...] 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas de su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a sus honra o reputación.[...]”*

3.2.5. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Sobre la concepción de la familia, la protección maternal y de la infancia.

Artículo 10: *“Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen que:*

b) Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para sus constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. 1-. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social. 2-. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición.”

Sobre la protección familiar:

Artículo 11: *“1. Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda*

adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Parte tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento...”

3.3. Tratados internacionales ratificados por Chile que tienen relación indirecta con el concepto de familia

Es importante señalar tratados que tienen importancia fundamental en temas de familia, como los derechos de la infancia o la no discriminación a la mujer. En este sentido, los tratados que Chile tiene ratificados son:

3.3.1. Convención de Derechos de los NNA (Niños, Niñas y Adolescentes)

Esta convención, tiene 4 principios fundamentales, que inciden en la constitución y la protección de la familia: “la no discriminación, el interés superior del niño, su supervivencia, desarrollo y protección, así como su participación en decisiones que les afecten.

3.3.2. La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)

La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, busca garantizar el derecho a la no discriminación, proteger a la mujer e incluye la protección de la posición social de la mujer en la familia.

3.4. Pronunciamiento de Comités, Cortes y Comisiones Internacionales

El derecho internacional y los tratados han transitado desde concepciones más conservadoras sobre la familia y matrimonio, a nuevas regulaciones que han recogido las necesidades regulatorias actuales. A nivel internacional, existen variados pronunciamientos desde comités de tratados, comisiones y cortes internacionales, a saber:

3.4.1. Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

En el caso *Hendricks vs. Netherlands*, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas dejó en claro que la familia sobrevive a la separación y el divorcio, a los propósitos del artículo

23 (1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Posteriormente, esto fue reforzado por el Comité de la CDN¹⁵.

3.4.2. Comité de los Derechos de los Niños

El Comité reconoció que “familia” aquí se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño¹⁶.

3.4.3. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido que la convención americana de DDHH, no conceptualiza a la familia de una forma restringida ni tampoco busca proteger un concepto tradicional.

En suma, se ha señalado reiteradamente que, el concepto de familia no se reduce a un orden matrimonial, limitada y estereotipada, sino más bien a la diversidad de lo que puede ser conformado como una familia¹⁷.

La CIDH también se ha referido a que el Art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, pero, no indica específicamente a qué tipos de familias hace referencia. De este modo, se debe entender que la Convención establece una protección generalizada para las familias, sin importar la composición de ésta.

En consecuencia, tras la garantía que establece la convención, la legislación nacional no podrá establecer distinciones, restricciones o exclusiones en cuanto al concepto de familia, dado a que sería una discriminación que contradice la normativa del tratado¹⁸.

3.4.4. Sistema Europeo de Derechos Humanos

¹⁵ Espejo Yaksic, Nicolas. Ibarra Olgún, Ana María. 2020. *La constitucionalización del derecho de familia*. Ciudad de México, México. Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Pg. 27.

¹⁶ Ídem.

¹⁷ Ídem.

¹⁸ BADILLA, Ana Elena. El derecho a la constitución y la protección de la familia en la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Editorial Porvenir*; San José, 1996, pg. 3.

El sistema europeo de DDHH, en su evolución dogmática y jurisprudencial, ha abandonado el concepto tradicional de la familia, buscando incluir otras relaciones familiares con relación a la convivencia¹⁹.

3.5. Derecho comparado latinoamericano sobre concepto de familia en la constitución

3.5.1. Constituciones latinoamericanas y concepto de familia

En Latinoamérica, se pueden reconocer tres modelos principales de cómo abordan constitucionalmente los Estados la familia: (i) un modelo *restrictivo*: consagra la concepción de familia desde un concepto de familia natural, *para éste* sólo hombres y mujeres son reconocidos entre sí como aptos para contraer matrimonio y formar familia; (ii) un modelo *intermedio*, en la cual la carta magna entrega protección a todas las formas de familia, pero se limita a reconocer solamente el matrimonio entre un hombre y una mujer; (iii) Y, un modelo amplio, donde la constitución ampara una protección integral de la familia, manteniendo espacio para todos los tipos de familia, matrimonio o relaciones civiles²⁰.

Al igual que en el sistema internacional y de forma interconectada, los estados y sus ordenamientos jurídicos domésticos tienen o tuvieron, concepciones conservadoras que han ido evolucionando con el tiempo. Natalia García en su tesis sobre El concepto de familia en la constitución señala: “*se pasa de un modelo de autoridad y subordinación a un modelo de igualdad y cooperación, lo cual se plasma en la relación de los cónyuges al interior de la familia y, por otro lado, la relación de los hijos con sus padres en la cual los primeros actúan como sujetos de derechos*”²¹.

En consecuencia, los Estados Latinoamericanos han tendido a dar un vuelco a la estructura familiar y su trato en las respectivas constituciones, desarrollando aspectos como: (i) El reconocimiento de familias de hecho vinculadas a la idea de igualdad, (ii) la familia como base de la sociedad, (iii) la igualdad consagrada a nivel constitucional del hombre y la mujer dentro de la familia, (iv) el tratamiento de los hijos como sujetos de derecho modificándose la concepción tradicional jerárquica entre padres e hijos, (vi) un estado con una actitud activa del derecho,

¹⁹ Espejo Yaksic, Nicolas. Ibarra Olgún, Ana María. 2020. *La constitucionalización del derecho de familia*. Ciudad de México, México. Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Pg. 29.

²⁰ Ibis. Pg. 22.

²¹ García Acuña, Natalia. 2009. *El concepto de familia en la constitución*. Santiago, Chile: Universidad de Chile - Facultad de Derecho. <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/106913> . Pg. 83-98.

necesaria para promover y asegurar la igualdad de todos los integrantes de la de familia y en general, protección de la familia en diversas áreas²².

3.5.2. Derecho comparado constitucional de Latinoamérica

Se señalan algunos preceptos constitucionales importantes de países de Latinoamérica:

3.5.2.1. Ecuador

Sobre la concepción familiar y familia como base de la sociedad

Artículo 37: *“El Estado reconocerá y protegerá a la familia como célula fundamental de la sociedad y garantizará las condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Ésta se constituirá por vínculos jurídicos o de hecho y se basará en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. Protegerá el matrimonio, la maternidad y el haber familiar. Igualmente apoyará a las mujeres jefas de hogar.”*

Sobre la protección social de la familia

Artículo 35: *“El trabajo es un derecho y un deber social. Gozará de la protección del Estado, el que asegurará al trabajador el respeto a su dignidad, una existencia decorosa y una remuneración justa que cubra sus necesidades y las de su familia [...]”*

Artículo 36: *“El trabajo del cónyuge o conviviente en el hogar, será tomado en consideración para compensarle equitativamente, en situaciones especiales en que aquél se encuentre en desventaja económica. Se reconocerá como labor productiva, el trabajo doméstico no remunerado.”*

Artículo 39: *“Se reconocerá el patrimonio familiar inembargable en la cuantía y condiciones que establezca la ley y con las limitaciones de ésta [...]”*

Artículo 42: *“El Estado garantizará el derecho a la salud, su promoción y protección, por medio del desarrollo de la seguridad alimentaria, la provisión de agua potable y saneamiento básico, el fomento de ambientes saludables en lo familiar, laboral y comunitario [...]”*

Derecho a la familia

²² Ídem.

Artículo 49º: *Los niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado les asegurará y garantizará el derecho a [...] tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria [...]*”

Derecho a la planificación familiar

Artículo 39: *“Se propugnarán la maternidad y paternidad responsables. El Estado garantizará el derecho de las personas a decidir sobre el número de hijos que puedan procrear, adoptar, mantener y educar. Será obligación del Estado informar, educar y promover los medios que coadyuven al ejercicio de este derecho.”*

3.5.2.2. Colombia

Sobre la familia como base de la sociedad

Artículo 5: *“El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de las personas y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”*

Artículo 42: *“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.”*

Derecho a la familia

Artículo 44: *“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella [...]*

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”

Derecho a la planificación familiar

Artículo 42 inciso 6: *“La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos”*

3.5.2.3. Perú

Sobre la protección social de la familia

Artículo 7: *“Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa”*

Artículo 24: *“El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual.”*

Derecho a la planificación familiar

Artículo 6º: *“La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido el Estado asegura los programas de educación y la información adecuado y el acceso a los medios, que no afectan la vida o la salud [...]”*

3.5.2.4. México

Sobre la no discriminación

Artículo 4: *“El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.”*

Sobre la protección social de la familia

Artículo 4 inciso 5: *“Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar su objetivo.”*

3.5.2.5. Paraguay

Sobre la familia como base de la sociedad

Artículo 49:” *La familia es el fundamento de la sociedad. Se promoverá y se garantizará su protección integral [...]”*

Sobre la protección social de la familia

Artículo 59: *“Se reconoce como institución de interés social el bien de familia, cuyo régimen será determinado por ley. El mismo estará constituido por la vivienda o el fundo familiar, y por sus muebles y elementos de trabajo, los cuales serán inembargables”*

Derecho constituir familia

Artículo 50: *“Toda persona tiene derecho a constituir familia, en cuya formación y desenvolvimiento la mujer y el hombre tendrán los mismos derechos y obligaciones.”*

Derecho a la planificación familiar

Artículo 55: *“La maternidad y paternidad responsables serán protegidas por el Estado, el cual fomentará la creación de instituciones necesarias para dichos fines.”*

Artículo 61: *“El Estado reconoce el derecho de las personas a decidir libre y responsablemente el número y la frecuencia del nacimiento de sus hijos, así como a recibir, en coordinación con los organismos pertinentes, educación, orientación científica y servicios adecuados en la materia.”*

3.5.3. Conclusiones sobre las constituciones latinoamericanas

En consecuencia, tras un análisis de derecho comparado se pueden establecer los siguientes puntos²³:

- Existe una tendencia latinoamericana guiada por los tratados internacionales, sobre reconocer a la familia como la base de la sociedad, que requiere protección estatal.
- El Estado debe otorgar protección a las familias.
- Se da énfasis a un derecho a la familia, que tiende a priorizar al niño como sujeto de derechos.
- Se establece en diversas constituciones el derecho a la planificación familiar.

En la Constitución chilena actual, si bien se reconoce a la familia como la base de la sociedad, y se declara una protección a la familia, no existe un compromiso en cuanto a los derechos sociales respecto de los cuales se garantiza tal protección como lo hacen algunas las constituciones estudiadas. Tampoco se hace mención al derecho a la familia ni al derecho a la planificación familiar.

²³ Ídem.

A nivel latinoamericano se puede observar un avance en cuanto al derecho familiar albergado por la constitución, aunque persisten rasgos de conservadurismo. Dada la amplitud de los conceptos contenidos en la constitución, su interpretación por vía jurisprudencial, de forma paulatina, ha permitido, en aplicación de principios y tratados internacionales que el concepto de familia vaya evolucionando.

3.6. Cómo los Tribunales chilenos han abordado el reconocimiento de la familia

Tal como reconoce la Jueza Macarena Rebolledo en su documento, “Desafíos para la judicatura en el reconocimiento de las familias”, el año 2012 marca un antes y un después en el rol de la judicatura en lo que dice relación con el reconocimiento de las familias.

El fallo de la CIDH “Atala Riffo y Niñas vs. Chile del año 2012”, en que sus argumentos incidieron sobre el concepto de familia, el interés superior del niño, la no discriminación por motivos sexuales y la no reducción de la mujer a un rol doméstico. En la sentencia, la CIDH declaró que no existe un modelo único de familia y que, por tanto, resultaba una visión limitada de la Corte Suprema de Chile, hablar de familia estructurada normalmente para referirse a la familia nuclear y familia excepcional para señalar a la familia originada por una relación homosexual.

En ese punto, ratificó que es parte de la libertad individual y el derecho a la vida privada y familiar escoger un determinado comportamiento sexual, por lo que es condenable la discriminación por ese motivo.

Agregó que una diferente orientación sexual no puede considerarse como un daño válido a los efectos de prejuzgar el interés superior del niño. Señaló, asimismo, que el interés superior del niño se debe evaluar en el caso de guarda y cuidado “a partir de comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del menor, y por los daños y riesgos reales y no especulativos o imaginarios; por lo que no debe amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual”.

Consideró también que constituye un acto discriminatorio y de vulneración a la libertad exigirle a la mujer que condicione su comportamiento al rol social de ama de casa y cuidadora de sus hijos, renunciando a su vida privada.

El fallo señaló a los jueces y juezas, su deber de realizar un control de convencionalidad, que ya había sido señalado en el fallo de Almonacid Arellano vs Chile.

¿Qué sucede, a casi 10 años de este fallo en la jurisprudencia respecto a diversas materias que se relacionan con la familia?

a. Con respecto al matrimonio igualitario:

El actual Artículo 102 del Código Civil consagra la imposibilidad de que parejas del mismo sexo contraigan matrimonio, lo que constituye una discriminación estructural en razón de su orientación sexual y una violación del derecho fundamental de las personas al disfrute de la vida familiar, que debe ser desterrada de nuestro ordenamiento jurídico. La ley N°20.830 del año 2015 que crea el acuerdo de unión civil, significó un avance decisivo a la protección jurídica de relaciones afectivas estables y permanentes de las parejas del mismo o distinto sexo. Sin embargo, se ha puesto de manifiesto, que esta figura adolece de ciertas deficiencias, en especial ha sido criticada por no garantizar adecuadamente el derecho a la vida familiar. Así la consagración positiva del derecho a formar una familia es insuficiente si no genera mecanismos de acceso efectivo para ella. En particular, la posibilidad de tener hijos e hijas, la calidad social y jurídica de tales, no ha sido reconocida integralmente para las parejas del mismo sexo que optan por ejercer la parentalidad.

En dos ocasiones, las partes afectadas han accionado ante el Tribunal Constitucional, con el fin de que se declare la inconstitucionalidad del artículo que restringe el matrimonio. En ambos casos ha sido rechazada. Las razones para el segundo rechazo se distinguieron por su pobreza argumentativa, prejuicios e ignorancia en materia de DIDH, sin hacer referencia a la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la orientación sexual, desde el fallo Atala hasta la opinión consultiva de la misma Corte. (OC-24, de 24 de noviembre de 2017)

Por otro lado, el Movilh (movimiento de liberación homosexual) recurrió a la CIDH, y se llegó a una conciliación con el Estado chileno, en la que éste se obligaba a presentar un proyecto de ley en ese sentido, sin embargo, con el cambio de gobierno cambió el criterio de cumplimiento, y el actual gobierno sostiene que cumple sólo presentando el proyecto (lo que hizo el gobierno de Bachelet) pero no defendiéndolo e instando por darle tramitación efectiva y rápida. Hoy está en tramitación.

b. Respecto a la causal de homosexualidad:

El numeral cuarto del artículo 54 de la ley de matrimonio civil, en cuanto establece como causal de divorcio culpable la circunstancia de incurrir alguno de los cónyuges en conducta homosexual, en las causas sobre divorcio por culpa, también se ha concurrido al tribunal constitucional, quien rechazó el primer requerimiento, pero como ya vimos, el último requerimiento, fue acogido, lo que sin duda es un avance, a pesar del desprestigio del tribunal

constitucional. Se requiere que la constitución consagre no sólo la igualdad, sino la prohibición de discriminación. Con fecha 16 de agosto de 2021 se publicó en el Diario Oficial la eliminación de esta causal.

c. El Matrimonio y la familia:

El matrimonio no es la única forma de afectación a las familias de la diversidad. Los tribunales de Chile han visto a través del tiempo cómo la conformación de las familias ha ido cambiando. A los juzgados llegan distintas familias en búsqueda de la protección legal: mujeres u hombres con hijos o hijas, abuelos y sus nietos, hermanos que viven solos, matrimonios sin hijos que buscan uno, hijos sin padres que esperan por ellos, matrimonios juntos o separados, convivientes, familias reconstituidas o ensambladas, y también parejas del mismo sexo, e hijos de familias lesbo u homoparentales. Ellos llegan a los tribunales, como todas las familias, buscando un reconocimiento del cuidado personal, queriendo que se les regulen las visitas, que exista un papel que diga que lo que viven está protegido por el derecho, en igualdad a las parejas heterosexuales, y con los mismos derechos de los hijos que viven en esas familias.

A la espera de la ley que haga efectiva las Convenciones Internacionales en materia de igualdad, los tribunales nacionales han ido enfrentando el tema de las familias homo y lesboparentales, considerando el principio de inexcusabilidad, que les impide a los Tribunales sustraerse de las controversias planteadas y a los mandatos del derecho internacional de los derechos humanos. Chile ha contraído frente a la comunidad internacional compromisos que obligan a ajustar su legislación a dichos principios, pero mientras esto no ocurra, los jueces – como representantes del Estado - igualmente son obligados por las Convenciones Internacionales de derechos humanos y por la obligación de realizar un control de convencionalidad ex officio.

Son diversas las causas en que los Tribunales por esta vía se han pronunciado:

- En la sentencia del Primer Juzgado de Familia de Santiago que entregó el cuidado personal de una niña de dos años a su madre de crianza. Su pareja, había fallecido de un cáncer fulminante, tras cinco años de relación con ellas, siendo la niña criada por ambas desde el primer día de nacimiento, no existía padre legal y lleva los apellidos de ambas. Se establece ante el tribunal un acuerdo con los abuelos, para que se mantenga el cuidado personal en la madre de crianza. El acuerdo fue aprobado por el tribunal en virtud de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, sin embargo, dicho acuerdo se realizó en una causa de nombramiento de curador, por cuanto las familias habían intentado distintos procedimientos que no se les aplicaban, al tratarse de un “tercero”.

- La sentencia del juzgado de familia de San Miguel, en que en una causa de medida de protección, se entrega el cuidado provisorio de una niña de 5 años, a la ex pareja mujer de su madre. En este caso la niña tiene padre biológico y legal. La requirente ha estado a cargo de la niña desde hace 4 años y 9 meses, viviendo ambas en su domicilio.
- La sentencia que se pronuncia sobre la posibilidad de discutir una relación directa y regular entre un niño y la ex conviviente mujer de su madre biológica.

Los tribunales no pueden decirles a esos niños que no tienen derecho a relacionarse o a ser cuidados por sus familias, mientras no exista ley, y no hablamos de la familia legal, sino de la real.

El acuerdo de unión civil tampoco trae la igualdad de derechos ni a los contrayentes ni a los hijos si sus padres o madres son del mismo sexo: hace un par de años una pareja de convivientes civiles, ante el viaje que realizaría la madre biológica quiso dejar protegida a los hijos comunes - engendrados por una de ellas, sin padre biológico y apellido de ambas - y celebraron una transacción sobre cuidado personal, sin embargo, no fue aprobada por el tribunal, ya que se trataba de un tercero.

Se considera un gran avance lo ocurrido el mes de julio del año 2020, en que el Registro Civil de Chile, acatando 2 fallos judiciales, inscribió por primera vez a dos hijos con sus padres, en que un fallo de un juzgado civil reconocía la filiación extranjera de dos hijos respecto a sus 2 padres hombres, (la acción era un tema registral) y el fallo del tribunal de familia de Santiago – caso Attilio- en que se determina la filiación de un niño, con respecto a sus dos madres (acción de reclamación de maternidad). A partir de este caso, se han interpuesto varias acciones del mismo tenor.

Macarena Rebolledo reconoce que lo anterior constituye un gran avance y al mismo tiempo mantiene la desigualdad:

- *“nos muestra que mientras no tengamos una ley, que regule la filiación en cualquier tipo de familia, y al ser necesario, por tanto, que las familias recurran a los tribunales, estamos negando el acceso a la justicia en sentido amplio, toda vez que el acceder a estos procedimientos requieren tiempo e ingresos, lo que necesariamente es una medida de desigualdad”²⁴.*

²⁴ Rebolledo Macarena. Jueza de Familia. Magíster en Derecho Público y Master en Derecho y Género “Desafíos desde la Judicatura para el reconocimiento de las Familias” Julio 2021.

Sobre esto quiero mencionar dos situaciones ocurridas, una, la adopción que actualmente solo está contemplada para matrimonios o personas solas, lo que ha significado que en algunos casos se han adoptado niños por parejas del mismo sexo, y sólo uno de ellos aparece como padre o madre, dejándolo por tanto en la desprotección, porque se le priva de los derechos que cualquier otro niño tiene. Otro alcance es el de acceso a la justicia en sentido amplio de las personas de la diversidad, hace algunas semanas se falló un caso en Santiago, en que dos mujeres lesbianas, migrantes y debido a la falta de recursos, debió recurrir a una técnica de reproducción “artesanal o casera” no médicamente asistida, a través de un donante conocido, que luego sin el consentimiento de ellas, reconoció al niño, y nuevamente vemos como la falta de acceso, unido al concepto de interseccionalidad (migrantes, de la diversidad, sin recursos), y sin leyes que regulen, dejan a las familias más vulnerables.

- *La necesidad de acreditar que se es “una buena madre”*

Se requiere el reconocimiento constitucional a todas las formas de familia, sin acotarlas a un modelo fijo, sino variable y flexible.

Se requiere asimismo una regulación integral de las técnicas de reproducción asistida.

d. Dentro de la diversidad también tenemos que referirnos a las personas trans:

Tenemos una ley de identidad de género, que está en vigencia hace más de un año, donde surge el problema de las personas trans que tienen hijos, y al hacer el cambio, pasan a ser hijos de dos madres o dos padres.

Un hecho importante dentro de este tema lo marcó la negativa del Registro Civil de consignar el cambio de nombre y sexo registral en los certificados de nacimientos de los hijos e hijas de quienes hacen el cambio, lo que implica una transgresión a las normas y principios, ya que precisamente al tratarse de una categoría sospechosa, requiere una justificación razonada que explique esa diferencia, no bastando la mera enunciación del principio de “interés superior del niño” para justificarlo, y así lo señaló recientemente la Corte de Apelaciones de Iquique al obligar al Registro Civil a cumplir registro ordenado.

Sin embargo, vemos distintas sentencias, por un lado, los hijos e hijas de personas trans solteras que al ir al Registro Civil, este no realiza el cambio en los certificados de los hijos e hijas, arrojándose la representación del interés superior de ese niño o niña, incluso aunque ese hijo o hija sea adulto o adulta. Y por otro lado las personas trans casadas que recurren a un tribunal de familia, obtienen también el cambio en los certificados de sus hijos e hijas, como debería ser.

Además la actual ley de identidad de género, impide a las personas trans casadas hacer su cambio sin ponerle término a su matrimonio, precisamente porque no existe el matrimonio igualitario, lo que es vulneratorio a su derecho a armar familia. El matrimonio debería terminarse por las mismas causales que afectan a todas las personas, sin distinción de su identidad de género u orientación sexual.

Por último, es necesario el reconocimiento de su identidad de género a los menores de 14 años, que deben recurrir a los tribunales civiles con la antigua ley de cambio de nombre, para ejercer su derecho. También es importante incluir a las personas no binarias.

- e. Necesitamos una constitución que consagre expresamente el Derecho de la Mujer a vivir una vida libre de violencia:

El que si bien está consagrado en Convenciones Internacionales ratificadas por Chile, a raíz de la dispar interpretación del artículo 5° de la actual constitución, unida a la falta de capacitación de los operadores de justicia en el derecho internacional de los ddhh, ha llevado a su escasa o nula aplicación en algunas materias, y en algunos casos a su mera mención en los fallos, sin ningún desarrollo. Si la constitución lo establece, en materia de derecho de familia por ej, podremos argumentar mejor la violencia que no es tan evidente, la violencia económica, la violencia psicológica, la violencia vicaria, en materia penal les otorgará un marco más claro para apreciar la prueba, y los hechos en causas de violencia contra mujeres y niñas, o para poder defender a mujeres que han reaccionado a esa violencia, pero también implicará que otras garantías -como la presunción de inocencia – deberán ser leídas obligatoriamente, de una manera cuidadosa con los derechos de las mujeres.

En materia laboral, en las causas de acoso, tutela laboral y desafuero por maternidad, tendremos mejores argumentos. En causas civiles, podremos desarrollar de manera más completa la violencia obstétrica. El derecho a vivir una vida sin violencia sería un mandato expreso para el juez de no revictimizar, de no perpetuar estereotipos, de ser proactivo además en la prevención, erradicación, castigo, y en un aspecto muy dejado de lado, la reparación. Si podemos ver la violencia, ya que un mandato constitucional nos obligará a hacernos cargo de ella, podremos indemnizarla, y si no se ve, los demás intervinientes podrán esgrimirla en sus alegatos y recursos, como derecho positivo, sin estar al azar, de que quien juzga esté capacitado en el tema.

La consagración constitucional de ese derecho, trae aparejada la incorporación de toda la teoría feminista que sustenta ese derecho.

- f. Una Constitución que reconozca los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, incluye el derecho a decidir la interrupción voluntaria del embarazo, a través de un aborto

seguro y a cargo del Estado, no sólo despenalizando, sino garantizando, y esto se extiende a todos los cuerpos gestantes (hombres trans y no binarios):

Implica acceso a anticonceptivos, esterilizaciones voluntarias sin cuestionamiento, educación sexual, etc. Esto va unido a políticas públicas para hacerlos efectivos, y esas políticas públicas que se plasman en programas, las necesitamos en tribunales, en las medidas de protección a NNA, a víctimas de delitos sexuales, a víctimas de violencia etc., lo que en definitiva permitiría, cumplir el mandato de reparación.

g. Se deben reconocer también las labores de cuidado:

Las políticas del Estado social no han sido neutras desde el punto de vista del género, siendo utilizadas frecuentemente como un medio para promover un modelo de familia nuclear heterosexual, bajo el esquema varón/ proveedor-mujer/cuidadora; y para fortalecer una conexión estructural entre empleo y ciudadanía. Esta conexión implica una concepción masculinizada del trabajo en la que la retribución económica o de mercado se vuelve un indicador de lo valioso, y deja fuera, entonces, el trabajo gratuito que realizan las mujeres en los hogares y en otros espacios de la vida social (Lewis, 1997). Según la OIT, a nivel mundial, las mujeres ejecutan el 76,2% del total de horas de trabajo no remunerado de cuidados, es decir, más del triple que los hombres.

Recordemos que, todavía, cuando se mide la actividad económica de un país el trabajo de cuidado no remunerado no se suma al cálculo del PIB, aún cuando las labores de crianza y cuidado de enfermos y ancianos son cruciales para el crecimiento de un país. Por ello, la economía feminista ha desarrollado varios modelos de contabilización monetaria que revelan que el trabajo doméstico representa entre un quinto y un tercio del PIB de los países, haciendo más fuerte aún la demanda moral por una compensación económica y simbólica.

¿Qué impacto tendría el reconocer que el cuidado es un trabajo, y no un acto de amor, como hasta ahora?. El costo de los cuidados de personas con discapacidad, o adultos mayores deberían ser asumidos por el Estado, o subvencionados por él, y dejar de asumir en los hogares, que las mujeres cuidan a sus padres, madres, suegros, hermanos adultos con discapacidad. Al momento de fijar las pensiones alimenticias es posible darle un valor económico a la actividad de cuidado, en la compensación económica, en el daño emergente (si el cuidado es asumido por un familiar), en las jornadas de trabajo. Y contribuiría además a visibilizar la violencia económica constante contra la cuidadora, con frases que habitualmente se escuchan en tribunales, como “mantenida”.

En las pensiones alimenticias, no significa fijar pensiones más altas, sino darle un valor económico a la actividad de cuidado que realiza generalmente la madre, y dejar de decir que ella

no aporta, cuando sólo se realiza dicho cuidado, lo que se ve incrementado con hijos con discapacidad, o problemas de aprendizaje, por ejemplo.

h. Y muy relacionado con lo anterior, ¿qué pasaría si se consagrara un Ingreso Básico Universal? ¿Cómo afectaría a las familias?

Se trata, en términos generales, de un pago en efectivo que se transfiere de cuentas públicas a privadas, a lo largo de toda una vida, sin precondiciones, exigencias o exámenes de ingresos, para cubrir el mínimo de subsistencia socioculturalmente definida. Un Ingreso Básico Universal compensaría a las mujeres que, aun realizando un trabajo asalariado, dedican una jornada complementaria (la invisible doble jornada) a tareas de cuidado.

Un Ingreso Básico Universal con perspectiva de género ayudaría a dignificar el trabajo de cuidado, además de funcionar también como una herramienta para subvertir los roles de género incentivando a que los hombres puedan también optar por el trabajo de cuidado. La profesora Alejandra Zúñiga Fajuri, ha señalado que Ingreso Básico Universal feminista será aquel que permita que el ingreso básico de los niños (pensión alimenticia) sirva también como prestación económica, o como salario, para quien se ocupe de su cuidado de modo que, aunque casi siempre es la madre, el padre podría eventualmente preferir asumir esa tarea —ahora, indirectamente remunerada— en vez de tener que realizar un trabajo extenuante y mal pagado. De este modo, el Ingreso Básico Universal de las personas sujetas al cuidado de otros sería administrado por quien los cuida, constituyéndose en una recompensa económica indirecta para quienes asumen esa responsabilidad y mejorado los incentivos para que también los padres asuman el cuidado de sus hijos, enfermos y ancianos.

El reconocimiento de un Ingreso Básico Universal en una nueva Constitución permitiría mejorar sustancialmente la calidad de vida y la valoración social del trabajo de cuidado, contribuyendo al desarrollo de un nuevo pacto social en el que mujeres y hombres podrán ver garantizado su “derecho a la existencia” y, además, subvertir sus clásicos roles de género reconociéndose, económica y simbólicamente, el aporte que las cuidadoras(es) hacen a la sociedad.

El impacto de un ingreso de estas características garantizaría la vida de NNA, y de alguna manera los tribunales de familia dejarían de ser el mecanismo que perpetúa la violencia económica, lo que quedó en evidencia con el cobro del 10% de retiros de fondos previsionales. Que el estado pague y luego el estado cobre, es una manera de garantizar derechos. Actualmente este cobro lo asume la mujer, pero no sólo el cobro, sino el no pago, la ausencia de alimentos, el tiempo, el desgaste del cobro, y la presión y violencia asociada (los tribunales vieron muchas causas de violencia intrafamiliar derivadas del cobro del 10%).

4. Conclusión

El derecho regula la mayor parte de las relaciones que ocurren entre los individuos y entre éstos y los órganos del Estado en la sociedad. Resulta fundamental que dicha regulación se haga cargo de las necesidades y requerimientos de las personas, permitiendo el goce de sus derechos sin otra limitación que aquella que el mismo ordenamiento disponga, por razones determinadas, sin incurrir en privaciones, perturbaciones o amenazas del libre y pleno ejercicio de los mismos, permitiéndoles alcanzar sus más altas posibilidades.

Las normas de control social, debieran adaptarse y estar en sintonía con la sociedad en la que se aplican, incorporando valores y necesidades en constante evolución. Los cambios culturales, van generando nuevas necesidades y el derecho debe dar respuesta a éstas, de manera de evitar que se vuelva obsoleto y pierda eficacia.

El concepto de familia ha cambiado desde la creación de normas sustantivas que la regulan sin mayores cambios desde hace 100 años. Ante esta realidad mundial y nacional, el derecho cumplirá su función si logra adaptarse, y permite que todas las familias existentes y las futuras encuentren protección normativa.

Este dinamismo y capacidad de adaptación con respecto a las nuevas familias se ve sustentado en la importancia de la familia, el interés superior del niño, en el derecho a la igualdad y en el derecho a la identidad.

Ante el escenario de definir una nueva constitución, estimamos importante realizar una re conceptualización de lo que debe entenderse como familia en el proyecto de la nueva constitución. La Constitución deberá recoger los principios de derecho internacional y lo prescrito en diversos tratados internacionales analizados, así como pronunciamientos de organizaciones internacionales y las actuales tendencias de derecho comparado donde el concepto de familia ha ido evolucionando paulatinamente, dejando atrás la visión conservadora y poco representativa de la familia concebida a partir del matrimonio entre un hombre y una mujer.

Vimos como a nivel global, se ha ido desarrollando un concepto de familia más amplio, concentrándose específicamente en un concepto jurídico funcional de familia o de vida familiar, que considera especialmente el interés superior de NNA, el derecho a la identidad y a la no discriminación de quienes se constituyen hoy como familias.

El concepto de familia que debe plasmarse en la nueva constitución debe poder abarcar varios estados o posiciones sociales objetivas asociadas a ella. Entre ellos, la familia nuclear (padres e

hijos dependientes), parentesco (personas relacionadas por sangre o por matrimonio o unión civil) u hogares (un grupo de personas que comparten alojamiento)²⁵.

Es importante que la constitución no se limite solamente a su conceptualización, sino que también incorpore su protección efectiva como un derecho humano garantizado y establezca los mecanismos a través de los cuales las personas puedan ejercer de manera efectiva esta garantía, debiendo el estado cumplir un rol activo en la protección familiar.

Asimismo, creemos importante regular de manera efectiva una serie de derechos que derivan de la protección familiar y permiten garantizar el interés superior del niño y resguardar a la familia como núcleo basal de la sociedad, dejando la mera declaración actual de que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad:

- El derecho a la familia, donde prima el interés superior del niño, niña o adolescente, enfatizando su protección y pleno desarrollo.
- El derecho a la planificación familiar, que corresponde a la organización familiar.
- El derecho a la no discriminación interna del núcleo familiar, generando igualdad de condiciones y de coparentalidad entre los NNA y los adultos que la conforman.
- El derecho a la protección familiar, el que debe concentrarse en una serie de derechos sociales garantizados para las familias.
- El derecho a la determinación familiar, el cual se refiere al sentido de la elección personal sobre la formación familiar, aceptando una diversidad de familias como: Familias maritales, familias monoparentales, familias homoparentales, familias adoptivas, familias cuidadoras, parentescos de relaciones consanguíneas u hogares de convivencia constante y cotidiana.

Profundizando en un análisis estructural, el académico David Fabio Esbozar, sostiene que el proceso de constitucionalización, particularmente en el ámbito latinoamericano, se sustenta en tres elementos comunes: “ *i. Una progresiva precisión en torno a las nociones implícitas en las normas constitucionales relacionadas con la vida familiar; ii. la incorporación de una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos (que incluyen disposiciones pertinentes para la regulación de la vida privada y familiar) y a los que se ha reconocido jerarquía constitucional; y iii. el desarrollo de jurisprudencia en la materia, emanada de los órganos*

²⁵ Espejo Yaksic, Nicolas. Ibarra Olgún, Ana María. 2020. *La constitucionalización del derecho de familia*. Ciudad de México, México. Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Pg. 21.

nacionales competentes para llevar a cabo el control de constitucionalidad (sea este difuso, concentrado o mixto)”²⁶.

Para finalizar, creemos que hoy existen una serie de derechos y principios que se encuentran incorporados tanto en la Constitución de la República como en Tratados Internacionales que sustentan y fundamentan el respaldo y protección que se les debe otorgar a todas las familias que existen y funcionan como una unidad afectiva, sin importar quienes la conforman o el tipo de unión que tengan. Resulta impresentable en un Estado de Derecho actual, que el núcleo fundamental de nuestra sociedad, la familia, sea tratado desde una visión valórica o religiosa y no como un derecho humano. Christian Viera Álvarez, Doctor en Derecho señala: “No es razonable que el concepto de familia se restrinja a la definición conservadora, representada por el binomio familia/matrimonio. Los fundamentos de este nexo son propios de creencias (religiosas) más que postulados razonables. (...) Puesto que la aconfesionalidad del Estado es un principio básico del Estado contemporáneo, no puede la constitución argumentar sobre la base de una doctrina religiosa. Por tanto la concepción de familia debe ser interpretada de una manera amplia, respetando la pluralidad de convicciones religiosas y aceptando que, en la práctica, existen realidades familiares que no necesariamente coinciden con la propuesta católica”²⁷.

²⁶ Ibis. Pg. 9.

²⁷ VIERA ÁLVAREZ, C; BASSA MERCADO, J; FERRADA BÓRQUEZ, J. C. La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política. LOM ediciones, 2015. p. 42.