



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO



JORNADA

FAMILIAS E INFANCIAS EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN



PALABRAS DE BIENVENIDA
Pablo Ruiz-Tagle, Decano Facultad de Derecho Universidad de Chile

MESA 1: DERECHO DE FAMILIAS EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN
EXPONEN:
Carlos Peña, Profesor Universidad de Chile y Universidad Diego Portales
Macarena Sáez, Profesora American University
Maricruz Gómez de la Torre, Profesora Universidad de Chile
MODERA:
Fabiola Lathrop, Universidad de Chile

MESA 2: DERECHO DE LA INFANCIA Y DE LA ADOLESCENCIA EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN
EXPONEN:
Charlotte Milling, Coordinadora Macrozona 4 Alianza Mi Voz Cuenta
Miguel Cillero, Presidente Centro Iberoamericano de Derechos del Niño (CIDENI)
Camilo Morales, Coordinador Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Infancias,
Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile
MODERA:
Vanesa Jabbaz, Universidad de Chile

16 DE DICIEMBRE / 16:00 HRS / VÍA ZOOM
ACTIVIDAD GRATUITA / INSCRIPCIONES: tinyurl.com/y46sqwcc

CONSULTAS E INFORMACIONES: extensionprivado@derecho.uchile.cl

ORGANIZAN:



Este documento contiene algunas de las exposiciones presentadas en la Jornada “Familia e Infancias en la Nueva Constitución”, coordinada por los profesores del Departamento de Derecho Privado, don Gabriel Hernández y doña Fabiola Lathrop, celebrada el día 16 de diciembre de 2020.

Tabla de contenido

Carlos Peña. <i>Familia y constitución. Notas para el debate</i>	4
Macarena Sáez. <i>Familia legal, familia social y la nueva Constitución</i>	12
Maricruz Gómez de la Torre. <i>La familia en la nueva Constitución</i>	18
Camilo Morales. <i>La participación de la niñez en el proceso constituyente</i>	23

Familia y constitución. Notas para el debate

Carlos Peña¹

Uno de los problemas habituales que el diseño legal ha de resolver, es el de la función que desempeñan, o han de desempeñar, las reglas frente de la realidad social. Las reglas ¿han de seguir a la realidad que de hecho es posible constatar, siendo fiel en lo posible a ella procurando regular las consecuencias que produce o, en cambio, las reglas deben guiar a la realidad social tratando que coincida con un modelo al que se juzgue moralmente mejor o socialmente beneficioso? ¿El derecho debe *seguir* o *guiar*?

Ese tipo de preguntas son especialmente relevantes tratándose de la familia y las relaciones afectivas. Las reglas constitucionales ¿deben regular a la familia de facto o deben conducirla hacia un modelo que, por razones morales o políticas, se juzgue mejor al que, de hecho, se produce en la sociedad?

Las líneas que siguen formulan algunas ideas para responder esas preguntas. Para ello intentan dilucidar tres cuestiones que siendo conceptualmente distintas están, sin embargo, relacionadas. La primera es la evolución sociológica de la familia ¿qué fisonomía ha poseído la familia y cuál ha llegado, en la sociedad contemporánea, a poseer? La segunda es relativa a la evolución de la familia y las reglas que la regulan en el caso de Chile ¿Las reglas legales en Chile han sido fieles a esa evolución? La tercera consiste en extraer orientaciones normativas, si bien generales, a partir de las consideraciones anteriores.

(I)

Un vistazo a la literatura muestra que la familia ha poseído una variada fisonomía dependiendo de múltiples factores que configuran su entorno. A fin de dar un vistazo a la evolución que esa fisonomía ha experimentado, es posible presentar tres tipos ideales. Los tipos ideales son formas idealizadas de realidades empíricas que se han dado históricamente. Por supuesto ninguno de esos tres tipos ideales posee una estricta contrapartida empírica; aunque la realidad de la vida familiar puede caracterizarse según qué rasgos ideales predominan en él.

Se encuentra, ante todo, la familia como una comunidad de supervivencia, una forma de asociación para reproducir la vida y asegurar su sustento material. En este tipo de familia no existe, propiamente, una separación con los roles ocupacionales y, por el contrario, ellos se mezclan promiscuamente con las posiciones en la familia. No hay en otras palabras separación entre el hogar y la unidad productiva. Funciones que hoy se han entregado a

¹ Profesor de Derecho Civil, Universidad de Chile, Universidad Diego Portales. Rector de la Universidad Diego Portales

agencias especializadas -como sustentar la vejez, el trabajo, la educación, entregadas a la seguridad social, la industria o la escuela respectivamente- pertenecían de manera predominante a esta comunidad de vida. La familia así entendida es un segmento de la vida social en el que se resumen múltiples funciones. La idea de la familia como erigida en torno al amor o el compromiso afectivo, no es propia de esta forma de vida familiar. Tampoco lo es la adolescencia, un fenómeno en cuyo derredor se organiza hoy parte importante de la vida familiar. En la sociedad preindustrial no existe esa moratoria de la adultez que hoy llamamos adolescencia.

Puede afirmarse que esa forma de vida familiar es propia de una sociedad con baja diferenciación².

Si bien en la literatura legal no se encuentran análisis de esta forma de vida familiar (aunque algunos atisbos es posible advertir en obras que intentan describir el tránsito de lo tradicional a lo moderno, como la de H. Maine³) en los textos de la pandectística de mediados del XIX parece estar presente la idea de la familia como una comunidad sustantiva, un todo orgánico separado de la individualidad que sería, en cambio, propia del contrato. Así ocurre por ejemplo en la obra de Savigny quien funda el moderno derecho de familia sobre la idea que la familia se organiza en torno al estatus y debe ser expresiva del espíritu del pueblo. Las obligaciones de familia, expresa Savigny, “abrazan entero al individuo”, su contenido no es arbitrario sino que se “funda en la naturaleza” y en ellas se encuentra “el germen del estado”⁴. No es difícil ver en ese tipo de observaciones surgidas en la transición hacia lo moderno (y antecedidas por algunas otras de Puffendorf) la forma en que la dogmática jurídica concibe aún hoy a la familia.

En la sociedad moderna adquiere preeminencia un segundo tipo ideal, al que suele denominarse familia nuclear. Se trata de la familia que se expande en la segunda posguerra y se divulga en la cultura de masas, especialmente en el cine. El modelo de la familia nuclear es la familia americana. Se trata, explica un autor⁵, de un grupo cuyos miembros se aíslan o independizan de sus ascendientes (la llamada “familia de orientación”) y en cambio establecen relaciones bilaterales con sus descendientes. Este tipo de familia es dependiente de la división sexual del trabajo, la que, por su parte, se organiza en derredor del género (una definición de rol que descansa sobre el sexo). Así el padre-esposo desempeña roles ocupacionales y sustenta materialmente la vida de la familia. La relación bilateral hacia los descendientes es reforzada por la transmisión de la propiedad mediante alguna forma de

² La diferenciación se refiere al proceso por el cual las estructuras simples se dividen en componentes funcionalmente diferentes, que se vuelven relativamente independientes unos de otros, y luego se recombinan en estructuras más complejas en las que las funciones de las unidades diferenciadas son complementarias. Un ejemplo clave en el desarrollo de la sociedad industrial en todas partes es la diferenciación ... de la unidad de producción económica del hogar de parentesco. Vid. Parsons, T. Youth in the context of American society. *Daedalus*, 1962, 91, 97-123 103.

³ Vid. *Ancient Law*, Oxford University Press, 1959, p. 140

⁴ F. K. Savigny, *Sistema de derecho romano actual*, Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1879, Tomo I Libro Segundo, Capítulo I, LIII, pp. 262 y ss

⁵ Vid. Talcott Parsons y Roberto Bales, *Family Socialization and Interaction Process*, Routledge, 1956, cap. I.

herencia. Desde el punto de vista de sus funciones la familia nuclear es una agencia primaria de socialización (es decir, vinculada con el sistema de la personalidad) y es vista como el cobijo emocional de la vida moderna. La familia nuclear establece relaciones con compromiso afectivo (a diferencia del mercado donde la relación sería afectivamente neutra); particularista (es decir, descansa en características personales de sus miembros y no en rasgos que cualquiera podría, en principio, satisfacer); difusa (esto es, no centrada en ninguna característica particular sino en el conjunto de la personalidad); y adscrita (sin consideración al desempeño)⁶.

El vínculo entre la familia y la esfera pública del trabajo se efectúa a través de uno de sus miembros que ocupa a la vez un rol familiar y otro ocupacional. Desde el punto de vista simbólico, por su parte, en la familia nuclear culmina el amor romántico y se la concibe como la forma privilegiada de ejercicio de la sexualidad. Vista desde el punto de vista institucional, ella se organiza en torno al matrimonio y la filiación.

En la sociedad contemporánea, en fin, gana presencia un tercer tipo de familia que ha merecido amplias descripciones. Se la ha llamado familia “posfamiliar” o patchwork. Se trata de la familia concebida como una “relación electiva” fundada en la alianza y la parentalidad, ambas erigidas, sin embargo, desde la voluntad. Ha contribuido a la aparición de esta forma de vida familiar, la extrema diferenciación social que ha entregado cada vez más temprano la socialización primaria a la escuela; los cambios en la división sexual del trabajo que han incorporado a la mujer al mercado y creado incentivos (como observó Becker⁷) para postergar la maternidad; la posibilidad del “deseo frío” que permite procrear sin sexualidad; y los procesos de individuación que hacen depender las relaciones personales de la mera subjetividad. Estos cambios han producido radicales transformaciones en la esfera de la intimidad y han hecho de la familia un tipo de relación que se ha especializado en la esfera emocional de sus miembros, en el lugar de realización del amor romántico.

Por supuesto, y como ya se dijo, los anteriores son figuras típico-ideales que no encuentran una exacta contrapartida empírica; pero permiten orientarse en las familias de facto atendiendo a los rasgos que en cada caso predominan. Es probable que cada familia reúna en distintas proporciones algunos de esos rasgos, de manera que su caracterización debe atender a los que predominan. En esta materia es útil el principio de Tolstoi: Todas las familias felices se parecen unas a otras, pero cada familia infeliz lo es a su manera. En términos sociológicos, sabemos cuál es la familia normal, pero en los hechos todas se apartan de alguna forma de esa regla.

⁶ Parsons y Bales caracterizan las relaciones sociales en base a lo que denominaron “variables pautas”: afectividad-neutralidad afectiva; particularista-universalista; difusividad-especificidad; adscripción-desempeño. Una relación social afectiva, particularista, difusa y adscrita sería una relación familiar según este modelo. Una relación de mercado en cambio sería neutra afectivamente, universalista, específica y centrada en el desempeño.

⁷ *A Treatise on the Family*, Harvard University Press, 1993.

Dicho lo anterior, debemos ahora examinar cómo ha evolucionado el derecho de familia en Chile.

(II)

Antes de examinar la forma en que han evolucionado las reglas, quizá sea útil revisar a grandes trazos en qué forma se ha producido en Chile la evolución que los tipos ideales que acabamos de ver insinúan.

¿Qué cambios ha experimentado la familia en Chile a la luz de la modernización iniciada a fines del XX ?

a) La familia se ha hecho más pequeña, se ha encogido. Esto es lo que en la sociología de la familia, como acabamos de ver, se ha descrito como el paso desde la familia extendida o tradicional a la familia nuclear y de esta a las diversas formas de familia u hogar monoparental. Este es un proceso que es posible apreciar perfectamente en el caso de Chile. El fenómeno de la familia nuclear es, a estas alturas, relativamente viejo (algo que se verifica examinando en los censos el número de miembros del hogar) ; pero sumado al deterioro de otros grupos primarios de pertenencia (el barrio, la iglesia) se traduce en formas de anomia, por decirlo así, que presionan sobre el Estado. El resultado es que la familia tiende a juridificarse y el contencioso familiar a explotar.

b) Junto con encogerse la familia, se amplía el espacio a disposición de ella. A comienzos de siglo y hasta los años setenta en Chile, existía una muy importante diferencia entre las familias burguesas –llamémoslas así- y las familias obreras o populares. En la ciudad y en el campo –no es fácil imaginarlo hoy día- la vivienda familiar es una habitación donde se duerme al calor del fuego. La intimidad es una “intimidad ampliada” que se define como la esfera ocupada por los miembros de la familia (pero todavía no aparece la “intimidad individual o en pareja”). La literatura (basta leer a Edwards Bello o Manuel Rojas) describe el fenómeno para el Chile de la primera mitad del XX. Es difícil imaginar hoy día lo que esta distribución del espacio podía significar. Todos los actos íntimos (el aseo, la vida sexual) son realizados a la vista o en la presencia física de los restantes miembros de la familia. Como es fácil comprender, el misterio de lo sexual es un problema que surge recién con la ampliación del espacio familiar.

c) El matrimonio se ha hecho más inestable, más frágil y al mismo tiempo menos apetecido (aunque la evidencia indica que vivir en pareja sigue siendo deseado muy intensamente lo que muestra –sugieren datos del PNUD- que la familia ya no es vista como consecuencia natural del matrimonio). Un indicador de este fenómeno, para el caso de Chile, lo constituye la tasa de nulidades matrimoniales (número de nulidades por cada mil matrimonios) que creció en un breve lapso. Mientras en 1980 era de 35,7, en 1998 se empinaba cerca de 85,3 por cada mil (www.sernam.cl/basemujer/index.htm). En el caso del matrimonio, y al revés de lo que ocurre con las nulidades, la tasa descendió desde 7,7 en 1980 a sólo 4,6 en 1999

(por cada mil habitantes). Se trata de cifras extremadamente altas (si se las compara con el caso de países que admiten el divorcio⁸).

d) Por lo mismo que las separaciones y el divorcio (y antes las nulidades) se han hecho más normales –ya forman parte de la experiencia familiar de casi todos- las parejas, insinúa la literatura, comienzan a adoptar comportamientos de “autoprotección” contra los quiebres, sea por la vía de *postergar el matrimonio* (la propensión a casarse es cada vez más tardía), sea por la vía de *disminuir el número de hijos*, postergar la maternidad o *entrar al mundo del trabajo* (que, por su parte, aumenta el costo alternativo de tener hijos produciéndose así un círculo vicioso como lo muestra, por ejemplo, Becker⁹). Las cifras de nuevo, para el caso de Chile, ponen de manifiesto el fenómeno que menciono.

e) Las separaciones (incluyendo en ellas las nulidades y las rupturas definitivas) se “normalizan”, por decirlo así, ya no merecen la repulsa, se hacen públicas e incluso se recogen en los registros. Para decirlo de otra manera, puede afirmarse que la vida en pareja se desinstitucionaliza, se hace indócil a las regulaciones estatales y a las normas.

f) Una consecuencia de todo lo anterior, es el surgimiento de lo que se ha llamado, como se subrayó antes, el “parentesco electivo”. Tradicionalmente el parentesco está atado al matrimonio y a la familia de origen (la familia de orientación). La normalización de las rupturas y el surgimiento de las familias sucesivas (lo que con término inevitablemente peyorativo se ha llamado “familias patchwork”) hacen del parentesco un vínculo que sigue las inclinaciones, las elecciones del sujeto de que se trata. Igualmente, la familia y el parentesco pierden simetría. Como se ha sugerido¹⁰ una familia rota es simbólicamente asimétrica para quienes formaron parte de ella. Si Pedro y María tuvieron dos hijos y luego se divorciaron y les preguntamos cuál es su familia, es probable que el relato que los padres y los hijos hagan de cuál es su familia sea muy distinto. El fenómeno es consecuencia de la separación entre conyugalidad y filiación.

g) La reproducción –atada desde siempre a la sexualidad y tradicionalmente al matrimonio- se independiza de ambos e incluso de la heterosexualidad en lo que se ha llamado el “deseo frío” es decir el uso de técnicas de reproducción asistida.

El proceso que se acaba de relatar, ha sido descrito, como se advirtió en la primera parte, para todas las sociedades que se modernizan, se encuentra vinculado a las transformaciones de la intimidad¹¹ y el yo¹², y también es posible constatarlo para el caso de Chile.

⁸ Beck-Gernsheim, *Reinventing the Family: In Search of New Lifestyles*, Polity, 2002, p. 11.

⁹ Vid. Gary Becker *The Economic Approach of Human Behavior*, The University of Chicago Press, 1976, p. 195

¹⁰ Beck-Gernsheim, cit. pp. 35 y ss

¹¹ Anthony Giddens, *The Transformation of Intimacy: Sexuality, Love, and Eroticism in Modern Societies*, Stanford University Press, 1992.

¹² Anthony Giddens, *Modernity and Self-Identity: Self and Society in the Late Modern Age*, Stanford University Press, 1991.

¿Qué ha ocurrido en medio de todo este proceso con el derecho de familia en Chile?

El principal efecto de ese proceso es que “los conceptos ya no cuadran”. Los conceptos, el lenguaje que usamos, suelen ser la expresión de una experiencia estable. Los nombres de clases (conjunto de cosas que suponemos comparten una misma propiedad definitoria), por ejemplo, suponen que los criterios de pertenencia a la clase de que se trata están ya definidos. Pero de pronto, si se incorporan nuevos miembros a la clase de que se trata (porque comparten algunas propiedades definitorias) surge el problema de cómo denominar al conjunto. Algo de eso ha ocurrido con la familia. Las transformaciones que ha experimentado la estructura familiar provoca que nos sintamos incómodos o perplejos con el lenguaje que usamos para referirnos a ella. La primera reacción es, por supuesto, rechazar que las nuevas realidades pertenezcan al conjunto o la clase previamente definida (“eso no es una verdadera familia”; “eso no es verdaderamente un matrimonio”). El problema conceptual se agudiza cuando usted piensa que los conceptos –al menos algunos de ellos– expresan realidades esenciales de la condición humana. Si usted piensa (como ocurre con una cierta versión del pensamiento católico) que lo que hoy día llamamos matrimonio es la expresión de una condición antropológica esencial, entonces usted no sólo sentirá que los conceptos “no cuadran”, usted sentirá que los conceptos están siendo mal empleados, engañosamente utilizados, para pasar, por decirlo así, gatos por liebres.

De otra parte –y junto a ese fenómeno de incomodidad con el lenguaje– surge todavía el problema –que subrayamos al inicio– de si el derecho de familia ha de seguir los cambios que la familia, en los hechos, experimenta, o si, en cambio, ha de guiarlos.

El derecho de familia, especialmente en las sociedades modernas, se encuentra muy relacionado a ese conjunto de experiencias con las que configuramos nuestra identidad y nuestro ser más íntimo. Por lo mismo, respecto del derecho de familia se plantea –de manera más aguda que en otras áreas del derecho– el problema de si debe tener una función expresiva de la cultura que en cada caso se haya configurado o si, en cambio, debe tener una función más bien directiva de esa misma cultura. Las reglas del derecho de familia ¿deben reflejar con fidelidad los cambios en la sensibilidad y la afectividad humana, por ejemplo, los cambios en la pareja, o, en cambio, deben procurar guiar esa misma sensibilidad conforme a criterios éticos o de política pública independientes? Si uno revisa el derecho de familia en Chile se encuentra, me parece a mí, con el hecho que en nuestro país (por múltiples factores que sería largo enumerar, pero uno de los cuales parece ser el peso de la tradición católica) hemos acentuado hasta fines del siglo XX la función directiva del derecho de familia, en otras palabras, las reglas del derecho de familia se han usado para intentar inducir, o para que persista, un cierto tipo de vida familiar (precisamente la que vincula matrimonio, familia, reproducción, sexualidad, parentesco y filiación). Nuestra legislación de familia ha sido históricamente *más perfeccionista que expresiva* de las relaciones sociales.

Hacia la década del noventa –y luego de reconstituido el régimen democrático– la perspectiva cambió de manera radical. Comenzó a ganar presencia en el ámbito público una nueva

perspectiva o punto de vista para apreciar la realidad de la familia. En términos generales, este punto de vista (de manera exactamente opuesta al anterior) reivindica para el derecho de familia un papel más expresivo de las relaciones sociales y un amplio reconocimiento a la diversidad que esas relaciones muestran en los hechos.

Con todo, me parece que el fenómeno no sólo puede ser descrito como un cambio de perspectiva en el papel que se asigna al derecho de familia. También existe una cierta forma de concebir la familia que es distinta a la que tradicionalmente era hegemónica. Mientras la visión tradicional acentúa el papel de los vínculos familiares y el valor que ellos poseen en sí mismos (como vimos esta fue la posición de la dogmática moderna, uno de cuyos ejemplos es Savigny) en la década de los noventa en Chile comienza a tener popularidad un punto de vista que pone el acento en el papel y el lugar que cabe al individuo y a su autonomía en la familia. Con algo de exageración puede decirse que mientras tradicionalmente la familia es vista como un espacio más cercano a la naturaleza que a la cultura, los nuevos puntos de vista tienden a acercarla al espacio convencional de la democracia. El obvio problema que posee este punto de vista es que al acentuarse el papel del individuo autónomo, se debilita la dimensión de vínculo que la familia posee. El problema del punto de vista más tradicional, por su parte, es que acentúa *una versión* del vínculo tratando como inexistentes o disvaliosas a los demás.

Hoy día –como es posible apreciar al ver la evolución legislativa- el matrimonio se ha independizado de la filiación y, en gran medida, de la propiedad. Puede carecer, también, de dimensión económica (como ocurriría si los cónyuges se casan bajo el régimen de separación) y, en los hechos, no establece parentescos involuntarios y socialmente relevantes, sino electivos. Restan, sin embargo, y sigue siendo regla general en el derecho comparado, los vínculos entre matrimonio y heterosexualidad. Lo que, en una palabra, parece haber ocurrido, es que el matrimonio se ha aislado como institución. Se ha hecho más frágil, es cierto; pero el conjunto de sus efectos atinge, desde el punto de vista legal, nada más que a los partícipes directos.

Sobre la base de esos antecedentes, estamos ahora en condiciones de explorar una respuesta a la tercera cuestión planteada al inicio ¿cómo debiera regularse la familia en una futura carta constitucional?

(III)

A la luz de lo que se acaba de explicar, no parece posible, y tampoco sensato, corregir la realidad que se acaba de describir intentando conducirla hacia un modelo único que se juzgue mejor o socialmente más beneficioso. Un intento como ese -el de sujetar o modelar un profundo proceso de diferenciación social- sería inútil. Hoy la familia es muy frágil y dependiente de la subjetividad; pero ello es expresión de la función de cobijo emocional que está llamada a cumplir. Es la función especializada que la familia cumple -y no una crisis moral- la que la hace extremadamente frágil. Su fragilidad deriva de las funciones que ella hoy cumple. Si antes la familia constituida en torno al matrimonio era clave en la transmisión

de la propiedad y la legitimidad de los hijos y la socialización primaria de los niños, eso ya hoy no es estrictamente así. Hoy la familia es el refugio emocional de las asperezas de la vida competitiva e impersonal. Esa es su virtud y de ahí deriva su extrema fragilidad (como lo advirtió tempranamente Flaubert a través de Emma Roualt, el personaje de Madame Bovary).

Lo que cabría hacer entonces es reconocer la vida familiar de facto (en la que se expresan importantes bienes jurídicos como la autonomía) pero cuidando corregirla cuando ella lesione derechos de terceros.

Para ello debiera reconocerse el derecho a la vida privada y familiar; el derecho a fundar una familia y contraer matrimonio; y el derecho a no ser discriminado. Se trata de tres principios que la práctica jurisprudencial europea ha mostrado como suficientes para acoger la diversidad familiar con pleno respeto de los derechos fundamentales. La privacidad concebida como esfera de autogobierno personal (y no como derecho a la opacidad) permite acoger normativamente diversas formas de vida familiar según lo pone de manifiesto la jurisprudencia europea; el derecho a contraer matrimonio permite que la conyugalidad, en las diversas formas que hoy reviste, pueda ser reconocida por el estado. Si la decisión de fundar una familia y qué familia fundar pertenece a la esfera de la privacidad entendida como autogobierno personal, el derecho a contraer matrimonio es propio del derecho al reconocimiento de la propia forma de vida y en este sentido expresa un cierto derecho a la publicidad. El derecho a no ser discriminado, en fin, evita que el estado maltrate a un individuo atendiendo a cualidades adscritas o decisiones que están en el centro de su proyecto de vida.

Pero, por supuesto, un derecho de familia así concebido arriesga el peligro de dañar o afectar derechos de terceros. Cuando se concibe a la familia como una relación electiva, cabe preguntarse si subiste en ella algo que, como diría Savigny, escape a la voluntad. Y la respuesta a esa pregunta es que sí, que hay algo de esa índole y se trata de los hijos. Fundado en esta realidad entonces la anterior fisonomía del derecho de familia debe ser corregida por un principio perfeccionista: el interés superior del niño. El interés superior del niño es el principio corrector de las relaciones familiares concebidas, como ocurre en las sociedades contemporáneas, como relaciones electivas. Este principio es perfeccionista puesto que no alude al interés que el niño tiene o siente, sino al interés que él debería tener. En otras palabras, el interés superior del niño es un interés normativo, contenido en una regla paternalista que supone que el derecho o una autoridad del mismo, debe discernir, a la luz de la totalidad del derecho vigente, que es mejor en cada caso para el niño, niña o adolescente. La dogmática del derecho infantojuvenil es la que desarrolla este aspecto que, como se ve, es clave en el derecho de familia contemporáneo.

Familia legal, familia social y la nueva Constitución

Macarena Sáez Torres*

Chile tiene la oportunidad de repensar su contrato social y el rol que el marco normativo constitucional debe tener en la protección de la familia. Me voy a referir a la tensión entre la familia regulada y la familia vivida y a algunos fenómenos en Latinoamérica (y el mundo en general) a partir de la segunda mitad del siglo XX que han hecho que la institución de la familia haya cambiado de manera muy radical, lo que hace necesario repensar la regulación de la misma y las razones para dicha regulación.

1. La tensión innegable en el derecho entre la familia legal y la familia social.

Cuando hablamos de familia, no todos tenemos una misma idea de a qué nos estamos refiriendo. Hablamos de las familias con las que vivimos y las familias por las cuales vivimos o con las cuales aspiramos a vivir.¹ Esta distinción se refiere a la diferencia entre las familias reales y las familias ideales que aspiramos tener. La regulación del derecho de familia a nivel comparado, y Chile no es una excepción, muestra esta constante tensión: Por una parte, un derecho de familia que prescribe cómo deben ser las familias, otorgando derechos a un grupo específico que cumple con ciertas normas e ignorando la existencia de núcleos a los que niega el carácter de familia legal, o castigando a las personas que no cumplen con el rol esperado dentro de la familia legal. Por otro lado, hay un derecho de familia que se basa en las familias reales, las que son inevitables, las nuestras. Este derecho de familia se encarga de proteger a las personas cuando las familias han fallado.

En la primera vertiente, nos encontramos con un sistema de normas que da primacía a la familia matrimonial, heterosexual, jerarquizada, con reglas que primero negaban el divorcio, o sistemas que, sin negarlo, lo hacían extremadamente complejo.² Hoy esta función del derecho de familia prescriptivo se refleja en las reglas que incluyen la institución del divorcio culpable, donde, por ejemplo, el adulterio no es sólo causal de divorcio, sino que tiene un impacto en la distribución de la propiedad marital o en la posibilidad de uno de los cónyuges de recibir pensión de alimentos por parte del otro. Se refleja también en el derecho que aun niega la existencia de las familias del mismo sexo y en el que niega derechos patrimoniales a

* Profesora de Derecho y Directora Académica del Centro de Derechos Humanos y Derecho Humanitario, American University Washington College of Law.

¹ Alison Diduck se refiere a “families we live by” y “families we live with”. Alison Diduck, *Law’s Families*, 2003, 27.

² Chile es el penúltimo país en aprobar una ley de divorcio en 2005. Dejando a Filipinas y al Vaticano como las únicas jurisdicciones que hasta el año 2020 mantienen el vínculo matrimonial indisoluble por divorcio. Esto no significa que en los países que regulan el divorcio la disolución del vínculo matrimonial sea fácil. En la mayoría de los países del mundo los procesos de divorcio exigen una causal de divorcio culposo. El divorcio no culpable, incluso por acuerdo mutuo de las partes, exige un tiempo de separación física que puede llegar a ser de hasta dos años.

la conviviente de años, quien cuidó a su pareja hasta su muerte pero que no puede heredar porque hay una esposa legal que nunca estuvo, pero que viene a reclamar “lo que es suyo”.

Cuando el derecho actúa de esta manera, prescribiendo el funcionamiento de una familia ideal, el derecho determina quién es el jefe de familia, quién administra la propiedad, quién manda y quién obedece. En la segunda vertiente, el derecho se enfrenta a las familias reales, las que no entran en el concepto “ideal”: Familias uniparentales, parejas del mismo sexo, padres de sexualidades diversas, personas no adultas (NNA) de sexualidades diversas, padres no biológicos, núcleos en los que hay violencia, etc. Esta es la constante tensión, entre un derecho armado a la medida de un concepto rígido y pequeño de familia y una sociedad en la que las relaciones de familia son complejas, dinámicas y atienden a razonamientos diversos. Es la tensión entre la aspiración (de algunas personas) y la realidad de la mayoría de las personas.

Frente a un nuevo proceso constitucional, cabe preguntarse si juega la Constitución algún papel en reforzar el compromiso con el modelo “ideal” o si debe mostrar un compromiso con la protección de las familias como “realidad social”, parafraseando a la Corte Suprema de México.³

El derecho que regula la familia es interesante porque la familia ha sido tradicionalmente el espacio pensado en los extramuros del derecho y de lo “público”.⁴ Es el espacio alrededor del cual se construye lo “privado”. En los países herederos de las tradiciones política y jurídicas europeas las mujeres no votaron hasta principios del siglo XX y en Chile hasta casi mediados del siglo XX. Esta falta de representatividad política se justificaba entre muchas razones, porque las mujeres no necesitaban estar en lo público pues eran representadas fuera de su familia por el jefe del hogar. Ya sea el padre o el marido. El hecho que no hubiese un nombre legal para la violencia doméstica hasta los ochenta o noventa, es otro ejemplo de la familia como núcleo ubicado en la frontera entre lo público—donde operan las personas bajo la ficción de ser seres autónomos y solos y que participan en (mas o menos) igualdad de condiciones—y lo privado como un espacio que no opera bajo principios de justicia, sino bajo el principio de obediencia al jefe de familia, con una estructura rígida donde cada persona ocupa un papel específico. Un rol que no es elegido, sino impuesto, ya sea por Dios, por la comunidad, por el derecho o por todos ellos en una combinación que no se puede desagregar fácilmente.

Al mismo tiempo que el derecho regula ciertos aspectos de la familia y deja fuera ciertos núcleos a los que niega el carácter de familia legal, la familia opera como concepto no legal: es concepto económico, social y antropológico y a veces estos coinciden entre si y coinciden con el concepto legal de familia pero a menudo son conceptos divergentes. La pregunta entonces es si el derecho debe marcar la realidad o si el derecho debe estar marcado por la

³ Acción de inconstitucionalidad 2/2010, Pleno de la Suprema Corte de Justicia [SCJN], Novena Época, 10 de Agosto de 2010.

⁴ JANET HALLEY & KERRY RITTICH, *Critical Directions in Comparative Family Law: Genealogies and Contemporary Studies of Family Law Exceptionalism*, American Journal of Comparative Law, Vol 58, pag. 753.

realidad y en este segundo caso, cuáles son los límites de la convergencia entre la familia legal y la familia social.

Ejemplos de la divergencia entre la familia legal y la familia social los vemos todos los días partiendo por la rigidez de la familia matrimonial en un país donde históricamente los índices matrimoniales y, por ende, los de hijos nacidos dentro del matrimonio han sido consistentemente bajos.⁵ Hay muchas razones para explicar la “ilegitimidad”, pero parece estar bastante comprobado que en Chile los índices de aumento en los matrimonios se dio sólo por algunas décadas a partir de los años sesenta y que el establecimiento de la libreta de familia, durante la presidencia de Eduardo Frei Montalva, tuvo algo que ver con dicho aumento.⁶ Hoy en Chile nuevamente los hijos nacidos fuera del matrimonio son más que los nacidos al interior del matrimonio y Chile sigue la tendencia mundial de un aumento en la cohabitación, una entrada mucho más tardía al matrimonio y una disminución (con algunas excepciones) del número de matrimonios.⁷ El matrimonio, además, sigue siendo una institución que aumenta o disminuye dependiendo de los niveles educacionales y socioeconómicos.⁸ Este es solo un ejemplo que es importante resaltar por la centralidad del matrimonio legal en el derecho chileno y su contraste con la realidad histórica.

2. La familia como realidad social ha cambiado y el derecho se ha quedado atrás

La institución de la familia ha experimentado cambios profundos a partir de la segunda década del siglo XX:

1. El sistema interamericano y el sistema universal de derechos humanos que comienza a codificarse a partir de fines de los años cuarenta genera dos efectos muy importantes:

a) el primero es la centralidad de la persona como sujeto que puede sentarse a la mesa en igualdad de condiciones con el Estado y exigir la protección de unos derechos reconocidos por el Estado a nivel internacional. El derecho internacional deja de ser solo la rama que regula las relaciones entre estados para además ser la rama del derecho que se ocupa de regular y velar por el respeto de ciertos derechos individuales *por parte* de los Estados, incluido el derecho a la igualdad y no discriminación, que será la base para ir construyendo progresivamente un nuevo modelo estatal. Al poner a la persona en el centro de los tratados y compromisos internacionales, el derecho comienza a perder la posibilidad de tratar a ciertos grupos como unidades independientes de los seres que las conforman. La familia, de esa manera, no puede ser una unidad con funciones predeterminadas que puede ser protegida como un núcleo separado de los individuos que la conforman si dicho tratamiento presupone funciones desiguales para cada uno de sus miembros. Es decir, si bien el derecho

⁵ Ver Ximena Valdes S, Familias En Chile: Rasgos Históricos y Significados Actuales de los Cambios, CEPAL, 2004, p. 5.

⁶ Id. p. 8.

⁷ <https://ourworldindata.org/marriages-and-divorces>

⁸ Teresa Castro Martín, Clara Cortina, Teresa Martín García, Ignacio Pardo, *Maternidad sin matrimonio en América Latina: Análisis comparativo a partir de datos censales*, Notas de Población N° 93, CEPAL, 2011, 52.

internacional otorga un estatus especial a la familia, esta no puede entenderse como una unidad que oprime a algunos de sus integrantes en beneficio de otros integrantes o del núcleo mismo.

b) El segundo efecto es el reconocimiento muy temprano en el derecho interamericano de las familias reales, al introducir diferencias importantes con el sistema universal de derechos humanos: La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) incluye una cláusula de protección a la maternidad, muy acorde con los discursos relacionados con la mujer trabajadora y en armonía con los instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Al mismo tiempo, la cláusula de protección a la familia de la DADDH, no menciona el matrimonio y no debemos olvidar que la DADDH es anterior a la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Luego, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), que se redactó bajo el modelo de la Convención Europea de Derechos Humanos y al Pacto de Derechos Civiles y Políticos, incluye una línea de protección que no se incluyó en el sistema universal ni en el europeo: la igualdad entre hijos legítimos e ilegítimos. Estas inclusiones a los textos base del sistema interamericano dan cuenta de un marco interamericano que reconoce la protección a la familia pensando en la realidad de Latinoamérica.

2. La tecnología cambia radicalmente la función reproductiva. A partir de los años sesenta, por primera vez es posible para las mujeres comenzar a pensar en la maternidad como una elección de vida y no como un destino inevitable. A esto se unen los avances en la medicina y la farmacología por los que la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) deja de ser un método altamente peligroso para las mujeres y pasa a ser un procedimiento que cuando se practica de manera adecuada, es de bajo riesgo para la salud y vida de la mujer embarazada. Los anticonceptivos y el aborto seguro le dieron la posibilidad a muchas mujeres de decidir no ser madres.⁹ Las técnicas de reproducción asistida, le dieron la posibilidad a hombres y mujeres de decidir ser padres. Estos avances han contribuido a separar la parentalidad con las relaciones de pareja y a “des-biologizar” la parentalidad. Con ello, la obstinación del derecho por tratar a la familia como un núcleo biológico basado en la existencia de un hombre-padre (idealmente esposo) y una mujer-madre (idealmente esposa) se vuelve altamente ineficiente.
3. La secularización de la sociedad hace que haya menos tabúes. Hay menos presión social para casarse como requisito a la convivencia íntima y las parejas eligen con mayor frecuencia cohabitar antes de casarse.
4. Los avances en la psicología hacen entender mejor la niñez y comienza una nueva era en el derecho internacional para proteger a niñas, niños y adolescentes (NNA) como sujetos de derecho y no como objetos de protección. Se desarrollan conceptos como la autonomía progresiva de la niñez y el principio del interés superior de NNA. Cuando dicho principio comienza a regir todos los casos y causas que involucran NNA, ya no

⁹ El desarrollo de la ciencia ha permitido mayor precisión y seguridad en la IVE pero el acceso a procedimientos seguros se ha visto enfrentado a un movimiento supranacional de oposición a su legalización. Este no es el tema de esta reflexión, pero hay que desatacar que las mujeres que no tienen acceso a IVE segura y legal no pueden gozar del derecho a la igualdad. Son tratadas como instrumentos y no como personas en sí mismas, y son obligadas a aceptar un destino impuesto por otros.

podemos pensar que la certeza de la familia biológica prima por sobre la familia social.

5. El reconocimiento de la centralidad de la persona hace también que surjan con mayor fuerza las conciencias identitarias y la lucha por el reconocimiento de la diversidad, sexual, racial, étnica, entre otras. Así, no solo las instituciones propias del derecho de familia deben adaptarse a nuevos núcleos formados por personas del mismo sexo o personas de sexualidades diversas, sino que debe también reconocer las relaciones familiares que se forman de acuerdo a las culturas y tradiciones de grupos y pueblos originarios.

A los avances anteriores, se unen otros cambios paulatinos como es el caso del aumento de hombres interesados en tomar responsabilidades domésticas y de cuidado de dependientes. Aun hay una diferencia abismante entre hombres y mujeres cuando hablamos de funciones domésticas, pero la brecha va muy lentamente disminuyendo.

3. La familia como realidad social en la nueva Constitución

Es indudable que los modelos de familia han cambiado y el principio de igualdad nos ha llevado al reconocimiento de distintos núcleos familiares. El derecho no puede negar los cambios descritos y aferrarse a una idea de familia elitista que difícilmente existió masivamente en Chile y que sin duda hoy deja fuera a muchas personas cuyos modelos familiares no encajan en la visión reducida, jerarquizada y elitista del derecho chileno. Lo que no ha cambiado, sin embargo, es la importancia de la familia como espacio de desarrollo y protección de las personas. Muchas personas quieren tener hijas e hijos (biológicos y no biológicos) y la mayoría de las personas sigue formando núcleos afectivos con la intención de construir proyectos de largo plazo. Al mismo tiempo, tampoco ha cambiado, lamentablemente, la violencia al interior de las familias.

La Constitución debe, por lo tanto, reconocer la importancia de la familia, sin utilizar una definición específica de ella. El lenguaje constitucional debe ser lo suficientemente amplio para proteger diversos núcleos familiares, en la medida que estos se basen en el respeto por la igualdad de cada persona que la integra, sin distinción de sexo, género, raza, etnia, religión u otra condición social. Una Constitución que protege a la familia debe reconocer expresamente la jerarquía constitucional de los tratados internacionales en derechos humanos soberanamente suscritos, debe proteger la autonomía progresiva de las personas no adultas y reconocer el derecho de las personas de vivir en familias como espacios libres de violencia.

Las constituciones tienen un contexto en el cual se escriben pero luego ganan vida propia y su texto puede ir hacia lugares inimaginados. Algunas veces, la dirección que toma un texto es trágica, y otras, es muy positiva. La Segunda Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos reconoce el derecho a portar armas y a formar milicias. Hoy, Estados Unidos sufre de un problema único en el mundo de violencia por armas de fuego y tiene un mercado descontrolado de armas, protegido en una disposición constitucional arcaica que no

pretendía proteger el derecho a portar armas semiautomáticas en las ciudades. La Constitución sudafricana, en cambio, nace de la experiencia traumática del apartheid y se construyó pensando en la protección de la dignidad humana. Ese texto constitucional permitió la protección de las personas de sexualidades diversas, incluso del matrimonio igualitario, mucho antes que otros países. Esta es la experiencia de la Constitución colombiana de 1991 también.

La Constitución chilena se escribe en el contexto de un estallido social que dejó al descubierto una desigualdad muy visible que por años se trató de negar, enfocándose en un modelo macroeconómico que nunca tuvo como objetivo lograr la igualdad. La constitución chilena vigente, y el derecho de familia, han sido escritos pensando en familias de clase media alta cuyas necesidades económicas ya están cubiertas, y bajo la ilusión de un jefe de familia proveedor y justo. Este es el problema de instituciones escritas por personas (mayoritariamente hombres) que vienen de experiencias similares y ven la realidad desde espacios de privilegio. Es tiempo que pensemos las instituciones desde la perspectiva de las familias y de las personas que no tienen sus necesidades básicas cubiertas y de quienes han sido invisibles para el Estado. El lenguaje constitucional debe ser lo suficientemente abierto para proteger núcleos familiares que no logramos visualizar ahora, pero debe asegurar que todas las personas puedan vivir las vidas que elijan en igualdad de condiciones (esto incluye a las mujeres y su derecho a decidir su propio plan de vida), en ambientes libres de violencia y con acceso a salud, educación, vivienda y jubilación, de manera que nadie deba quedarse en una familia a la fuerza, solo para poder acceder a techo y comida.

No sabemos cómo se van a comportar las personas ni los tipos de núcleos familiares que primarán en 50 años, pero cualquiera sea el modelo social, la Constitución debe asegurar la igualdad al interior de la familia, la protección de NNA con primacía de su interés superior y el reconocimiento de su autonomía progresiva. Asimismo, debe asegurar las condiciones para el bienestar material de todas las personas.

La familia en la nueva Constitución

Maricruz Gómez de la Torre Vargas¹

La familia es una realidad prejurídica, históricamente dinámica. El Derecho no la crea sino la reconoce y regula mientras evoluciona. Como dice el aforismo, “los hechos preceden al Derecho”.

A través del tiempo, la familia presenta fisonomías distintas, en cuanto está directamente vinculada con las sociedades en las cuales se forja. Su noción y contenido son el reflejo de la evolución social.

Desde esta visión analizaré si debemos definir a la familia o familias en la Nueva Constitución o entregar solo contenidos, lineamientos y principios a su respecto.

La mayoría de las Constituciones y Declaraciones, Pactos o Convenciones de Derechos Humanos (DDHH) emplean la expresión familia sin especificar su contenido. Utilizan un concepto abierto y plural, adaptable a los presupuestos culturales de su momento histórico. Destacan el papel fundamental de la familia en la sociedad y en la formación de los hijos, reconociéndoles y asegurándole una adecuada protección.

Las convenciones internacionales de DDHH hablan de lo que se ha dado en llamar el derecho a la vida familiar. Así se establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y, por ello, toda persona tiene derecho a fundar una familia y todo niño tiene derecho a crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad.

Por su parte, la Constitución vigente señala que “*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad*”, y que *es deber del Estado darle protección*. A manera de garantía consagra *el respeto y protección a la honra de la familia*. En consecuencia, reconoce la existencia de la familia, y la eleva a la categoría de núcleo fundamental de la sociedad. Esta visión está acorde con lo señalado en los distintos instrumentos de DDHH². Asimismo, el Estado tiene el deber jurídico de proteger a la familia y propender a su fortalecimiento, lo que obliga a todos sus poderes a dictar normas que integren un estatuto para esos efectos y para garantizarlos por vía judicial.

Previo al análisis de la familia actual, debemos advertir que la sociedad ha experimentado

¹ Profesora Titular Derecho Civil, Coordinadora Académica Magíster en Derecho de Familia (s), Infancia y Adolescencia, Facultad de Derecho Universidad de Chile.

² Declaración de Derechos Humanos, 10.12.1948; Convención Americana sobre DDHH 22.11.1969; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16.12.1966; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 16.12.1966; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer, 03.09.1981; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 03.05.2008.

profundos cambios, que han provocado un remezón en las distintas instituciones del derecho de familia. Hoy se separa matrimonio de filiación, concepción de sexualidad y se disocia gestación de maternidad. Además, dos mujeres pueden consensuar su participación en el nacimiento de un hijo/hija. Una puede asumir la concepción y la otra la gestación y así queda cuestionado el sistema binario de la filiación.

Lo dicho implica que la visión de la familia unívoca, identificada con el matrimonio, ha sido superada. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que el modelo de matrimonio heterosexual y monogámico consagrado en la legislación es compatible con la idea de familia como núcleo fundamental de la sociedad, aunque no descarta que otras formas de matrimonio sean igualmente compatibles.³

Hoy existen diversas formas de constituir familia: por matrimonio, por convivencia civil o por unión de hecho. Estas convivencias, a su vez, pueden ser de distinto sexo o del mismo sexo. También pueden constituir familia no solo las nucleares con o sin hijos, sino las monoparentales, ampliadas o ensambladas/reconstituidas. Estas distintas formas han alcanzado legitimación social, pero hay una gran discusión respecto a los grados de protección a que pueden aspirar.

La visión de la o las familias en la nueva Constitución debe cumplir con principios o garantías como la diversidad o el derecho a la diferencia, la igualdad y no discriminación, el desarrollo de la personalidad y de la intimidad y el interés superior del niño.

El principio de diversidad ampara la pluralidad de las distintas formas de constituir vida familiar, respetando los diferentes proyectos de vida y convicciones morales, sin establecer un modelo de familia ni de relaciones familiares.

El principio de igualdad y no discriminación implica que todos somos iguales ante la ley, es decir, el ordenamiento jurídico debe tratar de manera semejante a todas las personas que se encuentren en una misma situación. Esto significa que el Estado no debe establecer diferenciaciones arbitrarias o discriminatorias. Cualquier distinción, exclusión, restricción que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada se considera discriminación. En consecuencia, las parejas heterosexuales y las de un mismo sexo deben tener un tratamiento similar, pues su convivencia configura una familia.

El derecho a la privacidad o a la vida privada implica una esfera reservada, en la que el Estado o terceros no pueden interferir. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la decisión de ser padre o madre es parte del derecho a la vida privada e incluye aspectos

³ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 2435, 10.04.2014.

relacionados con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental y, por cierto, los derechos reproductivos de las personas.⁴

Por su parte, el derecho al libre desarrollo de la personalidad es la facultad que tiene toda persona para adoptar un proyecto de vida y desarrollarse en la sociedad, decidiendo cómo quiere ser y qué quiere ser, sin interferencia ajena. La Corte Interamericana de DDHH ha señalado que “se desprende del reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad y de la protección del derecho a la vida privada, el derecho a la identidad, el cual se encuentra en estrecha relación con la autonomía de la persona y que identifica a la persona como un ser que se autodetermina y se autogobierna, es decir, que es dueño de sí mismo y de sus actos”.⁵ Así, el Estado no debe interferir en las formas de vida que adopten las personas, siempre que no atenten contra los DDHH.

El interés superior del niño consiste en garantizar al niño, niña y adolescente el ejercicio de sus derechos fundamentales y el disfrute pleno y efectivo de los derechos y garantías que surgen de su calidad de persona humana, los que deben ser respetados en las resoluciones que dicten los jueces, en las medidas que tomen los organismos públicos y privados y en el ejercicio de la autoridad de los padres.

Con respecto al grado de protección que deben tener las familias surgen las siguientes posibilidades:

Un sector, minoritario, considera que la única familia que la Constitución protege es la basada en el matrimonio. Al respecto, Soto Kloss señala que solo la familia que conforma una comunidad conyugal entre un hombre y una mujer es el sujeto que la Constitución reconoce y que es un deber jurídico protegerla y fortalecerla en su configuración, en su desarrollo y perfeccionamiento, como núcleo fundamental que es de la sociedad.⁶

Otro sector, acepta que las distintas formas de constituir familia sean protegidas, pero considera que la basada en el matrimonio debe tener una mayor protección, como lo prescribe la Ley de Matrimonio Civil al señalar que “*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia*”. Por tanto, la familia ya no es vista como consecuencia exclusiva del matrimonio. Lo confirma el debate de la Ley de Matrimonio Civil, donde se señaló que la intención no era excluir otras familias que tuvieran otro origen, sino reconocer la importancia histórica del matrimonio.

Un tercer sector sostiene que debe existir un estatuto igualitario tanto para el matrimonio como para las uniones no matrimoniales. Aquí, surge la pregunta de si deben tener iguales derechos las uniones no matrimoniales heterosexuales y las del mismo sexo. Al respecto, el

⁴Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Caso “Artavia Murillo y otros”, 28 de noviembre de 2012.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, párrafo 89.

⁶ SOTO KLOSS, Eduardo. “La familia en la Constitución Política” en *Revista chilena de Derecho*, Vol. 21 N°2, 1994, p.225.

Acuerdo de Unión Civil reguló los efectos jurídicos derivados de la vida afectiva en común. Estableció un estatuto intermedio de protección para los convivientes civiles con deberes de socorro y ayuda mutua, además reconoció que, al término de la convivencia, el conviviente civil tenía derecho a demandar compensación económica, bienes familiares y derechos sucesorios. No obstante, en materia de filiación, no equiparó a los hijos de convivientes civiles heterosexuales y los de un mismo género que nacieron durante ese Acuerdo. Solo se aplica la presunción de paternidad que otorga el artículo 184 del Código Civil a las parejas heterosexuales.

Otro sector postula que cualquier forma de convivencia en la que se crean vínculos afectivos y materiales de dependencia mutua, sea cual fuere su grado de formalización o el sexo de sus componentes, puede ser considerada “vida familiar” protegida por el derecho. Frente a esta postura, surge la pregunta sobre el límite para entender lo que es una familia. ¿Toda convivencia debe ser reconocida como familia? El profeta de Peñalolen que convivía con siete mujeres, que él las llamaba “esposas”, ¿constituyó una familia? ¿si lo fue, esta era poligámica? ¿solo debe ser protegida la familia monogámica? ¿es un principio la monogamia? Preguntas que deberán ser contestadas en el debate de la Constituyente.

Se señala que el límite está dado por los principios del Estado Democrático de Derecho. Por tanto, el Estado debería otorgar una protección igualitaria a todas las familias, en la medida en que los distintos tipos de ellas no atenten contra los principios establecidos en la Constitución y en los Instrumentos de DDHH.

Al respecto, una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado que “el concepto de familia debe recibir siempre una interpretación amplia, porque solo de esa manera pueden asegurarse efectivamente los derechos fundamentales, Así, la expresión ‘familia’ no alude únicamente a la existencia del matrimonio, ni siquiera de la cohabitación. Comprende, en general, las relaciones entre dos personas, entre padres e hijos, con exigencias mínimas de lazos de vida, vinculaciones de dependencia económica, relación directa y regular, etcétera”.⁷

En conclusión, una nueva Constitución debe reconocer a las familias y el Estado, en sus políticas públicas y en su legislación, debe adoptar una posición que respete el pluralismo ético y sociológico vigente,⁸ sin tratar de imponer una concepción de familia por sobre otras posibles. Además, debe reconocer la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos referentes a estas materias que hayan sido suscritos por nuestro país

Creo, por tanto, que se debe mantener lo señalado actualmente en la Constitución respecto a que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y agregar, que es deber Estado dar protección a las “familias”. Esto implica que una futura Constitución debe tener un concepto

⁷ Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago Rol 1293-2007 de 21.01.2013.

⁸ HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel. Familia y Derechos Humanos en Revista de Derecho de familia Vol. III, 2016, N°11 p.p.13-26

abierto y plural, adaptable a los presupuestos culturales que la sociedad tenga en un momento histórico.

La participación de la niñez en el proceso constituyente

Camilo Morales¹

Familia e infancia son categorías íntimamente relacionadas. El proceso constituyente es una oportunidad para re imaginar su relación, sus límites y sus formas de articulación en el contexto social y político actual. Esta posibilidad de discusión que ofrece la elaboración de una nueva carta fundamental debe considerar a su vez las cargas de la historia de las instituciones vinculadas a estos conceptos, pero también las leyes y, por supuesto, las políticas públicas exitosas y fallidas en la materia.

Pensar la infancia en el proceso constituyente y en la constitución, es inevitablemente un ejercicio que tensiona la visión hegemónica sobre cómo entendemos la relación entre la niñez y la familia. En los últimos años hemos sido testigos de cómo el derecho preferente de los padres a la educación de sus hijos ha sido el argumento central de un sector político para hacer obstáculo a los avances normativos que buscan consagrar el respeto y promoción de la autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en diferentes espacios de socialización. Cabe preguntarse entonces: *¿podemos imaginar a la infancia diferenciadas de la familia? ¿Podemos pensar a niños, niñas y adolescentes, más allá del contexto familiar?*

Estas preguntas, en modo alguno, tienen el propósito de oponer infancia y familia. No buscan confrontar a padres con hijos². Su objeto no está en plantear la idea de borrar o desconocer las asimetrías generacionales, las diferencias entre niños y adultos, la interdependencia entre los sujetos. Estos lugares, desde un punto simbólico, son necesarios en nuestra experiencia humana, en nuestra relación a otros.

Lo que me interesa pensar a través de este texto es la necesidad de un reconocimiento de la dignidad del otro. Me refiero a los niños, en tanto sujetos sociales, históricos y políticos (Pavez, 2012; Liebel, 2013). Considerando sus diferencias con el mundo adulto, pero también la vulnerabilidad y dependencia que los hace "objeto" de normativas y políticas que buscan protegerlos de forma integral.

Para discutir el punto anterior propongo un breve ejercicio de memoria. Hay que recordar que el estallido social tuvo en su origen, en tanto protagonistas, a las y los estudiantes secundarios. Quienes, a través de la evasión coordinada y masiva del pago del pasaje del metro, desencadenaron un proceso social y político que movilizó posteriormente a millones de chilenos y chilenas a las calles y permitió, un año después, un plebiscito histórico para iniciar la elaboración de una nueva Constitución.

¹ Psicólogo Clínico. Coordinador núcleo de estudios interdisciplinarios en infancias, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile.

² Con todo, el psicoanálisis nos enseña que es a partir de la ruptura con la propia herencia donde se juega la posibilidad de diferenciarse para construir y apropiarse de la propia historia. No se trata de una expulsión de lo familiar, sino de la integración de las huellas del otro en una nueva trayectoria subjetiva (Recalcati, 2017)

A través del salto de los torniquetes, entendido como una forma de desobediencia civil (Thoreau, 1849; Pressacco, 2010), los estudiantes secundarios interpellaron la legitimidad del modelo económico y de organización política. Una manifestación en contra de un proyecto de país que no cumplió con las promesas de una mayor democracia, igualdad, participación y desarrollo. Los estudiantes, en ese sentido, no sólo interpretaron el malestar de una ciudadanía cansada de los abusos de poder, sino que también dieron señales importantes de lo que significa una ética de la defensa de los derechos del otro (Marchant, 2019). En consecuencia, los estudiantes entran directamente al debate público a través de una acción que recoge un malestar social por el alza del pasaje, pero que permite articular progresivamente un conjunto de demandas sociales a través de la movilización masiva de la ciudadanía.

Paradójicamente, este proceso iniciado por la movilización estudiantil no los ha incluido en el itinerario constituyente. Es decir, niñas, niños y adolescentes no han sido considerados para tomar parte este proceso histórico pese a su papel crucial en la génesis del movimiento social de octubre.

Una de las razones que explican esta situación es que en nuestra sociedad prevalece la idea de que la niñez y la adolescencia no forman parte de la vida política, entendida ésta como la participación y la deliberación para buscar soluciones a problemas que afectan la vida en común (Bustelo, 2011). Desde una perspectiva sociocultural, hay un predominio de representaciones sociales que los consideran un proyecto de persona, un ciudadano en potencia, seres inmaduros, incapaces y cuya participación social se restringe, en el mejor de los casos, a experiencias simbólicas pero que no inciden realmente en sus vidas ni la de otros. (Alfageme et al., 2003)

En lugar de ser reconocidos como actores sociales relevantes, miembros de una comunidad política y, por lo tanto, que pueden ejercer su ciudadanía a través de instancias de deliberación (Lovera, 2017) se les ha despojado de ese valor político. Al decir de Agamben (1995), los niños han sido reducidos a la Zoe, a la vida desnuda, despojados de la vida social y política, y por lo tanto de participar en asuntos que son de su interés, pero que también son de interés de la comunidad.

En el plano institucional esto se observa en los numerosos obstáculos para avanzar en políticas públicas que garanticen la participación efectiva de los niños en tanto sujetos autónomos, con capacidad de agencia y cuyas opiniones no sólo sean escuchadas, sino que también puedan ser consideradas relevantes para la toma de decisiones al interior de la comunidad política. Pero también desde lo normativo, cuando observamos que ha sido habitual en los últimos años el rechazo a proyectos de ley como el reconocimiento constitucional de la autonomía progresiva o la ley de educación sexual integral. Ambos proyectos rechazados y que buscaban brindar una protección más integral en un contexto donde no contamos con una Ley de Garantías de los Derechos de la Niñez.

Para nuestra sociedad la infancia y la adolescencia siguen siendo objetos que hay que tutelar y normalizar pese a la difusión del enfoque de derechos (Farías, 2003). Los discursos hegemónicos imponen los imaginarios de la vulnerabilidad o de la sospecha. El primero que ve al niño exclusivamente como un sujeto de atención, cuidado y protección; un receptor pasivo de medidas y políticas públicas. Y el segundo discurso, que produce mecanismos de control, vigilancia y normalización ante la potencial amenaza que representan aquellos niños y adolescentes que, como narra crudamente Alfonso Gómez Morel en su novela autobiográfica *el Río* (1962), no fueron “debidamente” socializados, no se ajustan ideal de del proyecto social y, por lo tanto, no tienen un lugar más que en los bordes de la ciudad, a saber, las riberas del río Mapocho.

La historia de la protección de la infancia en Chile y el fenómeno social de la participación de la niñez y la adolescencia en el contexto del estallido social ponen en evidencia las fisuras normativas, institucionales y culturales que, durante los últimos 30 años, han dado lugar a un enfoque de carácter proteccionista, centrado en la vulnerabilidad y el asistencialismo, antes que en la igualdad de derechos, la emancipación y el reconocimiento de los niños como portadores de derechos que pueden interpretar y ejercer en función de su autonomía progresiva y de la evolución de sus facultades (Lansdown, 2005).

A partir de lo anterior, planteo las siguientes preguntas: *¿por qué es fundamental la inclusión de la niñez y la adolescencia en el proceso constituyente? ¿Qué implicancias tiene su exclusión de este acontecimiento social y político?*

En términos de contenidos, es necesario que una nueva carta fundamental reconozca explícitamente a NNA como sujetos titulares de derechos y, junto con eso, se establezcan las obligaciones del Estado para garantizar sus derechos fundamentales. Aquellos grupos que históricamente han sido excluidos de la comunidad política requieren de un reconocimiento especial (Duncan, 2008). La Constitución en ese sentido puede aumentar los niveles de protección y a la vez reivindicar los derechos de un grupo que representa prácticamente el 25% de la población del país (CASEN, 2017).

La relevancia de este reconocimiento es necesario situarlo además en el contexto de una institucionalidad de protección que ha estado en permanente crisis y que no ha sido capaz de avanzar hacia un sistema social que ponga en el centro el cuidado y la dignidad de la niñez a través de una política pública de carácter universal y no sólo focalizada.

En consecuencia, se requiere de un contrato social que promuevan una concepción de la niñez que supere el paradigma tutelar o de subordinación al mundo adulto. Niñas, niños y adolescentes no sólo deben ser vistos como sujetos que deben ser protegidos de riesgos y amenazas. La preeminencia de este enfoque ha terminado por restringir su autodeterminación y reducir su participación social. Los niños deben tener la posibilidad de ejercer de forma autónoma sus derechos y de participar progresivamente en la toma de decisiones propias y sobre asuntos que les afectan.

Ahora bien, el reconocimiento constitucional de la niñez no puede hacerse de cualquier forma. Se requiere que este nuevo contrato social se formule no sólo a través de la representación de los constituyentes electos, sino que también por medio de una participación ciudadana que incluya a toda la población. Desde ese punto de vista, incluir a niñas, niños y adolescentes es reconocerlos como actores sociales y ciudadanos que construyen, producen y crean significados, experiencias, saberes, en definitiva, cultura. (Vergara et al., 2015).

Tenemos mucho que aprender aún del trabajo que llevan desarrollando hace varios años investigadoras como Berry Mayal, Leena Alanen, Laura Lundy, Mónica Peña, Ana Vergara y tantas otras y otros que han dejado de ver a los niños desde la compasión y la vulnerabilidad, sino como sujetos sociales que se interesan en los asuntos públicos. Participan, transforman su contexto social y quieren incidir en él pese a las barreras y asimetrías de poder que existen para un mayor ejercicio de la ciudadanía.

En ese sentido, la participación juega un rol clave. Porque ésta, en tanto experiencia de dialogo y construcción con otros, contribuye al desarrollo de sociedades más democráticas y cohesionadas. La participación no sólo es un derecho sustantivo y un principio de la Convención, también es un derecho procesal que permite la realización y el ejercicio de otros derechos (Lansdown, 2001; Thomas, 2007). Por lo tanto, es un derecho que está interconectado con todos los derechos ya que el respeto de los derechos de la niñez implica su reconocimiento como sujetos activos que pueden contribuir a la sociedad.

Al mismo tiempo, la participación es una herramienta fundamental para dismantelar dinámicas y relaciones de poder que tradicionalmente dejan a la niñez excluida de la vida pública y de los procesos políticos de la sociedad. El ejercicio de este derecho permite entonces cuestionar el silencio en torno a la violencia y los abusos, el estatus quo y los prejuicios existentes sobre las capacidades, individuales y colectivas, de niños y niñas.

A modo de ejemplo, una experiencia de participación que se desarrolló a partir de octubre de 2019 fueron los cabildos dirigidos a niñas, niños y adolescentes. Estas instancias se conformaron de forma espontánea en distintos territorios. Fueron una invitación abierta y voluntaria para llevar a cabo espacios de encuentro entre los niños acompañados por adultos y favorecieron la expresión de experiencias, necesidades y opiniones.

Los cabildos no sólo muestran la inserción profunda de la niñez y la adolescencia en la sociedad, sino que también su interés por participar activamente en la trama de cambios sociales y políticos. Hay una demanda explícita por ser escuchados, reconocidos y tener los espacios para tomar parte en las decisiones del país.

Una nueva constitución, desde ese punto de vista, debe ser entendida como un contrato social donde participan diferentes generaciones, por lo tanto, el alcance y legitimidad del proceso y del texto que sea elaborado, requiere que todas y todos estemos representados, incluidos los niños. Marginarlos, desconociendo su capacidad de agencia y su protagonismo

sociopolítico compromete el alcance que puede tener la nueva carta fundamental en tanto pacto intergeneracional donde se integran visiones y propuestas, así como también el proyecto de sociedad que las nuevas generaciones heredarán y reformularán el día de mañana.

Esta carta abierta al futuro nos brinda la posibilidad de elaborar democráticamente un nuevo contrato social donde podamos pensar e imaginar otras infancias. Una oportunidad inédita para abrirles espacios de participación respetuosos de su diversidad y de sus propias formas de producción de significados y experiencias. Una posibilidad para desarrollar un proceso intergeneracional de escucha, diálogo y reconocimiento donde efectivamente podamos soñar con un país donde la infancia, en la palabra de Gabriela Mistral, sea la *única forma de lujo, merecedora de cualquier privilegio*.