

ANUARIO N°40 · 2024

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

Páginas 87-105

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

Susan Turner Saelzer¹
Universidad Austral de Chile
sturner@uach.cl

RESUMEN

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

PALABRAS CLAVE

familia, Constitución, autonomía, intervención estatal

ATTEMPTS TO ESTABLISH A NOTION OF FAMILY IN THE CHILEAN CONSTITUTION

ABSTRACT

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

KEYWORDS

family, Constitution, autonomy, public intervention

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

I. INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

II. LA FIJACIÓN CONSTITUCIONAL DEL CONCEPTO DE FAMILIA

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

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

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

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

2.1 La propuesta de modificación constitucional de 2018

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.3 Anteproyecto de la Comisión Experta de 2023

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.4. Propuesta de nueva Constitución del Consejo Constitucional

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

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

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

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

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

El art. 13 contenía dos numerales:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. CONCLUSIÓN

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

BIBLIOGRAFÍA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

