

## FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO DE FAMILIA EN CHILE

*Carolina Salas Salazar\**

**Resumen:** Hoy en día la norma constitucional provoca un cambio en el contenido del Derecho, una modernización de las distintas disciplinas jurídicas, que comprendemos a partir de la noción de irradiación de los derechos fundamentales. En este trabajo me ocupo de revisar el impacto que esta visión provoca al Derecho de Familia en Chile, lo que es sinónimo de liberalización, actualización y cambios en la interpretación de estas normas civiles, los que son dirigidos por el principio de la dignidad humana.

**Palabras Claves:** Constitución. Derecho de Familia. Principios constitucionales. Derechos fundamentales. Interpretación constitucional.

### CONSTITUTIONAL FOUNDATIONS OF FAMILY LAW IN CHILE

### FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA NO CHILE

**Resumo:** Atualmente, a norma constitucional altera o conteúdo do Direito, uma modernização das distintas disciplinas jurídicas, que compreendemos a partir da noção de irradiação dos direitos fundamentais. Neste trabalho, ocupo-me de revisar o impacto que esta visão provoca ao Direito de Família no Chile, o que é sinônimo de liberalização, atualização e mudanças na interpretação dessas normas civis, que são dirigidas pelo princípio da dignidade humana.

**Palavras-chave:** Constituição. Direito de família. Princípios Constitucionais. Direitos Fundamentais. Interpretação Constitucional

---

\* Profesora de Derecho Constitucional de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica del Norte, sede Coquimbo. Doctora en Derecho por la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Correo electrónico: <csalas@ucn.cl>.

## 1 La familia como objeto de protección constitucional

### 1.1 Introducción del concepto de familia en el constitucionalismo

Antes de la transición del Estado liberal de Derecho al Estado social de Derecho el concepto de familia era estudiado, analizado y regulado exclusivamente por el Derecho Privado. En efecto, las constituciones liberales del siglo XIX sientan principios y derechos fundamentales que vinculan al Estado frente al individuo, dejando al Código Civil la regulación de materias propias de las relaciones entre particulares.

La referida transición es de una especial relevancia, ya que a partir de ella, y por contraste, se puede apreciar el proceso evolutivo del modelo constitucional. Merece tomarse en cuenta que el Estado liberal de Derecho (o Estado burgués de Derecho) surgido de las revoluciones norteamericana y francesa, se erigía sobre una concepción del individuo capaz de lograr su bienestar por medio del desarrollo pleno de sus capacidades naturales. “Los individuos sólo deben contar consigo mismo para realizar su destino”<sup>1</sup>. Los llamados derechos naturales o libertades individuales buscaban conservar la esfera de autonomía del individuo frente a las injerencias del Estado, intervenciones que eran comunes en el régimen monárquico. Es por ello que en el Estado liberal de Derecho, el Estado pasa a ser el sujeto pasivo de tales derechos y libertades, debiendo cumplir con una “obligación de abstención u omisión, que consistía en dejar libre al titular en el ejercicio de su derecho, en no crearle impedimentos, en no turbarlo”<sup>2</sup>. Desde esta perspectiva, el individuo solo requería espacios de libertad configurándose así un “Estado abstencionista o mínimo”<sup>3</sup> que solo se permitía supervisar la libre competencia y garantizar la seguridad jurídica.

---

<sup>1</sup> Hauriou, André (1971). **Derecho constitucional e Instituciones políticas**, Barcelona: Ariel, p. 210.

<sup>2</sup> Bidart Campos, Germán (1991). **Teoría general de los derechos humanos**, Buenos Aires: Astrea, p. 315.

<sup>3</sup> Id. ib., 319.

Otro factor a tener presente es que por aquel entonces, en Europa, la Constitución no era entendida como una norma fundamental, sino más bien como un instrumento político que determinaba el funcionamiento y la relación entre los órganos constitucionales. No se le concebía como una norma jurídica aplicable directamente, sino que debía ser desarrollada por la Ley que emitiese el parlamento. Las normas constitucionales no tenían entonces eficacia frente a los legisladores, que se encargaban de regular el Derecho Privado.

En este contexto se desarrollan los grandes códigos civiles que regulaban lo concerniente a la propiedad, los contratos, la responsabilidad civil y la familia en el marco de las relaciones intersubjetivas. El Derecho privado se consolida así como el “Derecho constitutivo de la sociedad burguesa, junto al cual el Derecho constitucional tenía una importancia secundaria”<sup>4</sup>. Así, la relación entre el Derecho Público y el Derecho Privado es en realidad prácticamente inexistente. Es más, es posible evidenciar una “notable influencia del Derecho privado sobre el Derecho constitucional”<sup>5</sup>.

Las constituciones de fines del siglo XVIII y las del siglo XIX, se fundamentan sobre la base de la libertad y la igualdad. Y bajo esta misma óptica se genera la codificación y el desarrollo del Derecho Privado. Sin embargo, con el advenimiento del constitucionalismo social la relación entre el Derecho Privado y el Derecho Público efectúa un viraje de relevancia. Esta nueva etapa del constitucionalismo que se inicia en la primera posguerra, va a ser caracterizada por la inclusión de los derechos sociales. Ello se fundamenta en un cambio de perspectiva respecto del derecho a la igualdad y el rol del Estado. La igualdad pasa a ser concebida ahora no solo en su dimensión formal (como igualdad de derechos), sino también desde una perspectiva material. Si con el liberalismo individualista las personas estaban igualmente capacitadas y dotadas para alcanzar su desarrollo y autorrealización, en esta nueva etapa ya no se conciben los derechos de un “hombre abstracto”, sino que se tomará en cuenta la ubicación

<sup>4</sup> Hesse, Konrad (1995). **Derecho constitucional y derecho privado**, Madrid: Civitas, p. 38.

<sup>5</sup> Hesse, Konrad (1995), 40

de la persona dentro de un contexto fáctico determinado, y hablaremos de un “hombre situado”. En este sentido, el Derecho será determinado de acuerdo a la posición y las necesidades específicas de la persona, lo que puede ser fácilmente graficado con la protección que se estableció para el obrero, para el cual se desarrolló una legislación especial que lo tutelaba frente a la relación con los empleadores<sup>6</sup>.

Consecuencia de ello es que el Estado ya no será configurado con un aparato administrativo abstencionista o mínimo, sino que se comienza a perfilar y vislumbrar lo que más adelante se conocerá como el Estado de bienestar. Con ello la estructura estatal no solo tenía que respetar la esfera individual de libertad de las personas, sino que también asumió la remoción de los diferentes obstáculos a la igualdad material y a la libertad. Para ello, era necesario el reconocimiento de los derechos sociales, como los derechos laborales, a la seguridad social, a la educación, a la salud, entre otros; derechos que se concretizan ya no por medio de la abstención del Estado, sino por su acción dirigida a implementarlos, por el “deber de protección”<sup>7</sup> que se traducirá en las diferentes prestaciones que tendrá que efectuar a fin de concretizarlos.

En esta nueva etapa de reconocimiento de las nuevas dimensiones del rol que cumple el Estado, también se aprecia el reconocimiento de espacios de la vida social o comunitaria como la familia. Estos espacios son reconocidos como ámbitos intangibles para el Estado, en cuanto son anteriores al mismo, y se configuran como ámbitos en donde “el individuo se hace persona”<sup>8</sup>. Así surge el reconocimiento y protección de la institución natural y fundamental de la sociedad.

---

<sup>6</sup> De hecho desde una perspectiva liberal este tipo de legislación podía ser concebida como contraria a la libertad contractual de las partes. Así lo estimó la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), que declaró inconstitucional una ley del Estado de Nueva York que imponía un máximo de 10 horas diarias de trabajo para aquellas personas que trabajaban en los hornos de las panaderías.

<sup>7</sup> El que fue desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán a partir de la sentencia del caso *Lüth* en 1954.

<sup>8</sup> Baldessarre, Antonio (2004). **Los derechos sociales**, Lima: Universidad del Externado de Colombia, p. 97.

A esta nueva situación debe sumársele otra característica que tendrá sus orígenes también en la primera pos guerra, a partir de la cual se reconocerá en Europa un valor normativo a la Constitución (Austria y España). En efecto, esto se manifiesta con la implementación de los primeros tribunales constitucionales, instituciones que en realidad solo terminarán por asentarse en Europa en la segunda pos guerra, es decir, con la consolidación de la primacía de la Constitución y el reconocimiento de su valor normativo.

De la falta de correspondencia anotada entre el Derecho Privado y el Derecho Público a lo largo del siglo XIX, en el siglo XX sí se llega a concretar una relación entre ambas disciplinas jurídicas. Para empezar, una institución del derecho civil como es la familia, es recogida por normas fundamentales, como lo fue en la Constitución de Weimar en donde se plasman garantías del matrimonio; de la familia; de la patria potestad y un mandato de igualación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales. En palabras de Hesse con este reconocimiento dichas garantías van a desarrollar una “función de guía, de directrices”<sup>9</sup>, asegurándose que:

[las] citadas garantías resultaban una prohibición de que el legislador ordinario aboliera como tales los institutos de Derecho Privado garantizados. Tal aseguramiento era de enorme importancia práctica, porque los fundamentos del Derecho Privado garantizados ya no resultaban indiscutibles<sup>10</sup>.

Con la consolidación de la supremacía de la Constitución en la segunda mitad del siglo XX y el desarrollo de la jurisprudencia constitucional que en muchos casos desarrolla, extrayendo los contenidos de las cláusulas constitucionales se patentiza la influencia del Derecho Público sobre el Derecho Privado, que a su vez resulta ser un medio para su desarrollo<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Hesse, Konrad (1995) 48.

<sup>10</sup> Id., ib., 50.

<sup>11</sup> Id., ib., 84-85.

Fernández Sessarego describió desde una perspectiva civilista el fenómeno de la relación entre el Derecho Público y Derecho Privado. Así, escribió en 1992 que el “derecho civil de nuestra época va dejando atrás el lastre de un individualismo totalizador y abstracto y de un patrimonialismo desorbitado. Con toda razón esta disciplina trata de sacudirse del justo epíteto que se dirigía, hasta hace poco tiempo, a los códigos civiles de ser los códigos de los “propietarios”<sup>12</sup>. Para agregar luego:

La existencia de normas civiles-constitucionales sólo denota la unidad del ordenamiento jurídico y la importancia que ha adquirido en nuestros días la protección de los derechos fundamentales. Es decir, que las instituciones civiles recogidas por los textos constitucionales más recientes constituyen esencialmente parte integrante del derecho civil. Las normas que abreviadamente se designan como civiles-constitucionales son normas “materialmente civiles encerradas formalmente en la carta Constitucional”<sup>13</sup>.

Como se aprecia la relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Privado es actualmente de talante dialéctico, originándose una dinámica de retroalimentación. Siendo la Constitución el orden sobre el cual debe desarrollarse toda la actuación del Estado y la sociedad, es inevitable y más bien deseable tal desarrollo, ya que por una parte, la norma fundamental asegura y garantiza institutos propios del Derecho Privado; y por otra, “el desarrollo de las relaciones privadas y de los ámbitos vitales garantizados por los derechos fundamentales”<sup>14</sup> solo sería posible con la propia regulación detallada proporcionada por el legislador.

---

<sup>12</sup> Fernández Sessarego, Carlos (1992). **Protección jurídica de la persona**, Lima: Universidad de Lima, p. 44.

<sup>13</sup> Id., ib., 65.

<sup>14</sup> Hesse, Konrad (1995) 85.

La constitucionalización de la familia a nivel comparado debe ser ubicada en la Carta Fundamental de Alemania de 1919. En su artículo 119 establecía: “El matrimonio, en tanto que fundamento de la vida social familiar y del mantenimiento y crecimiento de la nación, está bajo la protección especial de la Constitución. Se basa en la igualdad jurídica de ambos sexo. [...] Las familias numerosas tienen derecho a asistencia social compensatoria”. En la misma tónica, la Constitución española de 1931 establecía en su artículo 43: “La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos [...]” y actualmente el Texto de 1978 en el artículo 39.1 proclama que “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”. La Constitución italiana de 1947 establece en su artículo 29 que: “El matrimonio se regulará en base a la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la ley en garantía de la unidad familiar.” Y en su artículo 31: “La República estimulará, con medidas económicas y otras providencias, la formación de la familia y el cumplimiento de sus obligaciones, con particular atención en relación a las familias numerosas”.

En el ámbito latinoamericano, la Constitución mexicana de 1917 en su artículo 4 señala que “El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia”. Asimismo, la Constitución peruana de 1993 en su artículo 4 profesa la protección de la familia y la promoción del matrimonio, para luego en el artículo 5 garantizar la protección de las uniones de hecho. También tenemos a la Constitución colombiana, que en su artículo 42 establece que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”.

Como podemos observar de estas breves referencias, los constituyentes contemporáneos recogen esta institución brindándole una jerarquía constitucional. De esta forma, se reconoce a la familia “como estructura independiente e intangible para el Estado”<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Baldessarre, Antonio (2004) 93-94.

## 1.2 Concepto de familia<sup>16</sup>

No obstante la referencia constitucional del concepto familia, su definición no es de fácil concreción.

La diversidad cultural y los diversos contextos sociales que imperan en diferentes tiempos y lugares son factores que determinan la compleja labor que implica recrear hoy en día una definición general del concepto familia. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos había advertido esto en su Observación General N° 19 -sobre la protección de la familia, derecho al matrimonio e igualdad de los esposos- explicando que la definición del concepto familia varía “de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto”<sup>17</sup>. No obstante, en dicho documento de 1990 se exhorta a que los Estados partes expongan una definición de la familia, indicando además si es que existe más de una concepción de familia (nuclear o extendida) y cuál es el grado de protección con el que cuentan. De igual modo se hace referencia a otros tipos de familia como las parejas de hecho o las familias monoparentales, solicitando que se indique las medidas legislativas o políticas nacionales por las que se reconoce o tutela a estos tipos de familia.

Como es posible apreciar, el concepto de familia ha surcado diversas etapas, configurándose de distinta manera en cada una de ellas. Las familias de la etapa preindustrial asentaban sus relaciones

---

<sup>16</sup> La familia es un concepto que, antes de ser jurídico, es sobretodo sociológico. Desde esa perspectiva, Anthony Giddens explica que una familia “es un grupo de personas directamente ligadas por nexos de parentesco, cuyos miembros adultos asumen la responsabilidad del cuidado de los hijos”; de acuerdo con el autor, se puede hablar de “familia nuclear”, que consiste “en dos adultos que viven juntos en un hogar con hijos propios o adoptados” y de “familia extensa”, en la cual, “además de la pareja casada y sus hijos, conviven otros parientes, bien en el mismo hogar, bien en contacto íntimo y continuo”. Giddens, Anthony (1998). **Sociología**, Madrid: Alianza Editorial, p. 190.

<sup>17</sup> Observación General N° 19. Protección de la familia, derecho al matrimonio e igualdad de los esposos (artículo 23), 39° período de sesiones, 1990.

sobre la producción, sea esta agrícola o artesanal. La familia era concebida como una unidad económica. Se trataban de familias numerosas en donde la figura del padre de familia era alrededor de la cual giraba el resto del grupo familiar. Con el advenimiento de la filosofía individualista y su plasmación política en la revolución norteamericana y francesa, así como la revolución industrial, se configura un tipo de familia nuclear en un espacio de amor y afectos. Se ha dicho al respecto que la diferencia entre esta familia y la medieval era el sentido de pertenencia que aparecía en esta última, distinguiéndose de esta forma la “unidad domestica de la comunidad que la rodea” y que “sus miembros se sentían partícipes de un clima emocional que debía protegerse de la intrusión ajena, por medio de la privacidad y el asilamiento”<sup>18</sup>.

Se ha hecho referencia en doctrina también a la familia moderna, que se funda en el amor romántico, dejando finalmente de lado el rol de unidad de producción que alguna vez tuvo. En este contexto, la idea de la autonomía del individuo estaba asentada en cada una de las partes del matrimonio, razón por la cual la unión matrimonial era vista como un contrato entre el hombre y la mujer<sup>19</sup>.

Es de precisar que en los casos recién señalados el matrimonio era el acto que daba origen a la familia. Cabe aquí hacer mención al derecho canónico, que tanta influencia tuvo y tiene aun en nuestra concepción del matrimonio. Si bien en una primera etapa (I Concilio de Toledo, 400 D.C.) el derecho canónico consentía el matrimonio presunto, con el Concilio de Trento de 1563, este tipo de matrimonio quedó prohibido, estableciéndose el matrimonio ante la iglesia como requisito para el reconocimiento de la unión<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Gil Dominguez, Andrés et al. (2006). Derecho Constitucional de Familia, Tomo I, Bueno Aires: Ediar, p. 59.

<sup>19</sup> Id., ib., 60.

<sup>20</sup> Brossert, Gustavo A. (1999). Régimen jurídico del concubinato, 4ta ed. y 1era reimpression, Buenos Aires: Astrea, p. 13. Para tal caso se exigía que la ceremonia fuera pública y con la presencia de testigos.

A partir de la segunda mitad del siglo XX, una serie de cambios sociales relevantes como la migración a las grandes ciudades, el ingreso de la mujer al mundo laboral, los patrones consumistas, la liberación sexual, la explosión demográfica, la legalización del divorcio y su alta incidencia provocó que la familia variara en su configuración. Se habla por lo tanto de una familia contemporánea o post moderna, cuyos elementos se fundan en la flexibilización de instituciones, la tolerancia y el pluralismo<sup>21</sup>.

A propósito de esto, se ha referido a una pluralidad de estructuras familiares e inclusive se han ensayado tipologías de familias, siendo algunos tipos de familia la monoparental, anaparental, reconstituidas, homoafectivas, paralelas, geriátrica, entre otras. A pesar de esta variedad de tipos, estaremos de acuerdo en que es un concepto universal, así lo señala Inglehart, la familia:

[...] es un concepto simple y tan universal como podría ser. Sin embargo, sabemos que se refiere a una familia nuclear en Noruega – y a una muy pequeña – mientras que en Nigeria puede incluir un pueblo completo y a veces dos o tres. Pero cualquiera sea el contenido operacional que se le asigne, la familia es muy importante para la gente en forma universal. A pesar de las diferencias en la definición operacional, el concepto tiene un significado esencial (un “core meaning”) en todas la sociedades<sup>22</sup>.

A pesar de lo complejo que puede resultar, y de la pluralidad de estructuras que hoy en día puede apreciarse, se han ensayado algunas definiciones del concepto de familia. En el ámbito latinoamericano resalta

---

<sup>21</sup> Gil Domínguez, Andrés et al. (2006) 63.

<sup>22</sup> Inglehart, Ronald et al. (2004). **Human Beliefs and Values**. A cross cultural sourcebook based on the 1999-2002 values surveys, Buenos Aires: Siglo XXI, p. 351.

el concepto de familia establecido en el Plan Nacional de Apoyo a la Familia del Estado peruano, en donde se ha dicho que la familia es el medio vital para preservar y transmitir valores culturales, siendo “el primer ámbito para promover la equidad y la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y para la niñez, la tercera edad y las poblaciones en situaciones de pobreza extrema, discriminadas y excluidas”<sup>23</sup>. Ya no se concibe por consiguiente a la familia como entidad cuya especial y exclusiva función era la generación de seres humanos.

En la jurisprudencia internacional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a propósito de los derechos indígenas e interpretando el artículo 17 de la Convención<sup>24</sup>, ha seguido un concepto sociológico, apegado a la cultura de cada país, estableciendo que la Convención en su Art. 17 reconoce a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad, que debe ser protegida por la sociedad y el Estado. En este sentido, señala que el concepto de “familia”, aunque universal, varía en su estructuración real según las culturas, y así ocurre en distintas culturas indígenas americanas. Así lo reconoció la Corte a petición de la Comisión, en una decisión sobre reparaciones cuando

---

<sup>23</sup> Plan Nacional de Apoyo a la Familia 2004-2011, aprobado por el Decreto Supremo N.º 005-2004-MIMDES publicado el 15 de septiembre de 2004. En Córdova Flores, Álvaro (2008). “La perspectiva constitucional de la familia en la jurisprudencia del tribunal constitucional” en **Gaceta del Tribunal Constitucional**, Nº 10, abril-junio.

<sup>24</sup> *Artículo 17. Protección a la Familia*: 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

decidió quiénes eran los sucesores de las víctimas de una violación al derecho a la vida y a la integridad personal. En el caso de los *Saramacas*<sup>25</sup>, la Corte aceptó la posición de la Comisión en el sentido de que se tomara en cuenta la estructura familiar de los cimarrones (maroons) de los cuales los Saramacas forman parte; y que es esencialmente una estructura matriarcal, donde la poligamia es común, y donde el cuidado de la descendencia recae en el grupo comunal organizado según la línea matrilineal. La Corte sostuvo que la evidencia ofrecida llevaba a la conclusión que el derecho nacional surinamés de familia no era efectivo para los *Saramacas*, quienes lo desconocen y adhieren a sus propias reglas. Más aún, sostuvo que los *Saramacas* no llevan sus conflictos de familia a las cortes nacionales, sino que los resuelven de acuerdo a sus usos e instituciones. Por otra parte, indicó la Corte, en el caso particular, el Estado había reconocido la existencia del derecho consuetudinario Saramaca. En consecuencia las reparaciones fueron asignadas de acuerdo a este principio, reconociendo que el principal grupo de familiares es el “bee” compuesto por los descendientes de una mujer en particular, y por consiguiente la compensación por cada víctima se adjudicó a cada uno de los “bees” que le correspondían, cuyo titular debía distribuirlos entre sus miembros.

Asimismo, la Corte ha desarrollado el concepto de “familia extensa”, con el fin de ampliar la protección al interés superior del niño consagrado en la Convención de Derechos del Niño<sup>26</sup>. A este respecto, el Tribunal estima que el término “familiares” debe entenderse en sentido amplio, que abarque a todas las personas vinculadas por un parentesco

---

<sup>25</sup> CIDH. Caso *Aloebotoe y otros*. Reparaciones. Sentencia de 10 de septiembre de 1993, serie C, N° 15. En esta etapa del caso el asunto controvertido pasaba por determinar quiénes eran los sucesores de las víctimas, para reconocerles el derecho a exigir la indemnización de perjuicios al Estado de Suriname. A propósito de ello, la Corte decide aplicar la costumbre indígena para determinar los conceptos de hijos, cónyuge y ascendientes, de acuerdo con los principios generales que rigen la sucesión.

<sup>26</sup> OC 17/2002, de 28 de agosto, solicitada por la Comisión de Derechos Humanos.

común<sup>27</sup>, especialmente cuando se trata de asuntos que deciden sobre la separación familiar y para ello hace suyas la doctrina establecidas en las Directrices de Riad<sup>28</sup>, señalando que el Estado debe tener especial cuidado de no incurrir en intromisiones arbitrarias en las relaciones familiares de un menor de edad.

En esta misma línea interpretativa, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el fallo de admisibilidad del caso de Karen Atala<sup>29</sup>, considera *prima facie* que los alegatos presentan cuestiones relacionadas con un trato diferenciado dado por la Corte Suprema de Justicia de Chile y su ex cónyuge a la Sra. Atala en el fallo de tuición de sus hijas, siendo la orientación sexual el factor decisivo para otorgar la tuición definitivamente al padre, lo que en principio, carece de objetividad y razonabilidad en el juicio de tuición, y no cumplió con un fin legítimo, en contravención de los parámetros internacionales de derechos humanos. Adicionalmente, la Comisión estima que el fallo de la Corte tiene un impacto desproporcionado y atentatorio a los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención, lo que se traduce en una intromisión arbitraria en las relaciones familiares de las presuntas víctimas.

Por otra parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos no contempla – a diferencia del Pacto de San José– la protección

---

<sup>27</sup> Doctrina reiterada por lo demás por la Corte, en *Caso Trujillo Oroza. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92, párr. 57; *Caso Bámaca Velásquez. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 34; y *Caso Villagrán Morales y otros. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 68.

<sup>28</sup> Directriz N° 14: [c]uando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad por ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función, se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción, que en la medida de lo posible deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el “desplazamiento” de un lugar a otro”.

<sup>29</sup> Fallo de admisibilidad N° 42/08, de 23 de julio de 2008.

expresa a la familia, no obstante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha construido toda una doctrina proteccionista de la familia a partir de una interpretación amplia del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), la que principalmente se configura para tutelar el desarrollo, sin intromisiones de terceros, de la personalidad de cada individuo en las relaciones con sus semejantes, en donde se incluyen las relaciones familiares, buscando con ello proteger un espacio en donde se desenvuelve libremente la individualidad de las personas<sup>30</sup>, concibiéndose así un derecho al desarrollo personal<sup>31</sup>.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a propósito de la determinación del contenido del derecho a la vida privada “familiar”, ha recogido un concepto material de familia, es decir, “cualquier convivencia en la que se creen vínculos afectivos y materiales de dependencia mutua sea cual sea su grado de formalización o incluso el sexo de sus componentes, puede ser considerada “vida familiar” protegida por el Convención por alejada que resulte de los parámetros de la familia tradicional basada en el matrimonio”<sup>32</sup>. Así, destaca su sentencia de 13 de junio de 1979, en la que el Tribunal expresamente negó que la protección dada por el artículo 8 CEDH a la vida familiar pudiera limitarse a la familia matrimonial, haciendo un llamamiento al reconocimiento legal de las relaciones familiares extramatrimoniales.

También ha sido objeto de constante preocupación el concepto de intimidad familiar y el TEDH ha delimitado este aspecto tan importante de la vida privada de las personas en lo que a su proyección social se refiere. En este sentido, el concepto de intimidad familiar se ha construido a partir de aquellos aspectos relacionados a los hijos, su

---

<sup>30</sup> SSTEDH de 22 de octubre de 1981, caso *Dudgeon*; de 24 de febrero de 1998, caso *Botta*; y, de 2 de agosto de 2001, caso *N.F v. Italia*.

<sup>31</sup> “A right to identity and personal development”. STEDH de 28 de enero de 2003, caso *Peck*.

<sup>32</sup> Santolaya Machetti, Pablo (2005). “Derecho a la vida privada y familiar: un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad”. En Santolaya Machetti, Pablo / García Roca, Francisco Javier (coord.) **La Europa de los derechos**: el Convenio Europeo de Derechos Humanos, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 487-508.

formación y convivencia, y a los problemas de residencia de los extranjeros y lo que conforma su familia<sup>33</sup>.

Para ello el Tribunal ha determinado un concepto de familia que ha evolucionado con el tiempo, así en un primer momento, entendió que la familia estaba conformada por la pareja casada con o sin hijos, para luego avanzar hacia una definición más abierta, comprendiendo que no es necesario estar casados para conformar una familia e incluso, relacionándolo con el artículo 12 del CEDH, ha estimado que pueden formar una familia una pareja de personas del mismo sexo<sup>34</sup>. Como es posible apreciar, el TEDH fundamenta el concepto de familia en un criterio material; esto es, en la existencia efectiva y real de una vida familiar; en un concepto de familia de hecho, sin importar, por ejemplo, el grado de formalización de la unión de pareja o el sexo de sus componentes<sup>35</sup>.

De acuerdo con lo anterior, el TEDH ha consentido en la protección de una noción amplia de esfera privada de las personas, la que involucra el desarrollo y consolidación de sus lazos familiares. En este sentido, la Corte Europea ha establecido que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida familiar<sup>36</sup>; y que aun cuando los padres estén separados de

---

<sup>33</sup> Caso *Mehem*, de 26 de septiembre de 1997.

<sup>34</sup> Caso *Mikulic*, de 7 de febrero de 2002; caso *Salgueiro da Silva Mouta*, de 21 de diciembre de 1999.

<sup>35</sup> Ya que el artículo 8 CEDH no distingue entre familia legítima o familia natural y ha extendido la protección que este precepto dispensa a cualquier relación en la que de hecho se generan lazos de mutua dependencia, equivalente a lazos familiares. Es posible advertir este criterio en las sentencias de los casos *Marckx v. Bélgica*, de 13 de junio de 1979; *Keegan v. Irlanda*, de 26 de mayo de 1994; *Kroon y otros v. Países Bajos*, de 27 de octubre de 1994.

<sup>36</sup> Eur. Court H.R., *Case of Buchberger v. Austria*, Judgment of 20 December 2001, para. 35; Eur. Court H.R., *Case of T and K v. Finland*, Judgment of 12 July 2001, para. 151; Eur. Court H.R., *Case of Elsholz v. Germany*, Judgment of 13 July 2000, para. 43; Eur. Court H.R., *Case of Bronda v. Italy*, Judgment of 9 June 1998, Reports 1998-IV, para. 51; y Eur. Court H.R., *Case of Johansen v. Norway*, Judgment of 7 August 1996, Reports 1996-IV, para. 52.

sus hijos la convivencia familiar debe estar garantizada<sup>37</sup>. Las medidas que impidan ese goce constituyen una interferencia en el derecho a la vida privada familiar<sup>38</sup>. El mismo Tribunal señaló que el contenido esencial de este precepto es la protección del individuo frente a la acción arbitraria de las autoridades públicas. Una de las interferencias más graves es la que tiene por resultado la división de una familia.

Con relación al interés superior del niño, también ha establecido que las autoridades poseen (en algunos casos) facultades muy amplias para resolver lo que mejor convenga al cuidado del niño<sup>39</sup>. Sin embargo, no hay que perder de vista las limitaciones existentes en diversas materias, como el acceso de los padres al menor. Algunas de estas medidas constituyen un peligro para las relaciones familiares. Debe existir un balance justo entre los intereses del individuo y los de la comunidad, así como entre los del menor y sus padres<sup>40</sup>. La autoridad que se reconoce a la familia no implica que ésta pueda ejercer un control

<sup>37</sup> Eur. Court H.R., *Case of Ahmut v. the Netherlands*, Judgment of 27 November 1996, Reports 1996- VI, para. 60; Eur. Court H.R., *Case of Gül v. Switzerland*, Judgment of 19 February 1996, Reports 1996-I, para. 32; y Eur. Court H.R., *Case of Berrehab v. the Netherlands*, Judgment of 21 June 1988, Series A no. 138, para. 21.

<sup>38</sup> Eur. Court H.R., *Case of Buchberger v. Austria*, Judgment of 20 November 2001, para. 35; Eur. Court H.R., *Case of Elsholz v. Germany*, Judgment of 13 July 2000, para. 43; Eur. Court H.R., *Case Bronda v. Italy*, Judgment of 9 June 1998, Reports 1998-IV, para. 51; y Eur. Court H.R., *Case of Johansen v. Norway*, Judgment of 7 August 1996, Reports 1996-III, para 52.

<sup>39</sup> Eur. Court H.R., *Case of Buchberger v. Austria*, Judgment of 20 November 2001, para. 38; Eur. Court H.R., *Case of K and T v. Finland*, Judgment of 12 July 2001, para. 154; Eur. Court H.R., *Case of Elsholz v. Germany*, Judgment of 13 July 2000, para. 48; Eur. Court H.R., *Case of Scozzari and Giunta*, Judgment of 11 July 2000, para. 148; Eur. Court H.R., *Case of Bronda v. Italy*, Judgment of 9 June 1998, Reports 1998-IV, para. 59; Eur. Court H.R., *Case of Johansen v. Norway*, Judgment of 7 August 1996, Reports 1996-III, para. 64; y Eur. Court H.R., *Case of Olsson v. Sweden (no. 2)*, Judgment of 27 November 1992, Series A no. 250, para 90.

<sup>40</sup> Eur. Court. H.R., *Case of Buchberger v. Austria*, Judgment of 20 November 2001, para. 40; Eur. Court H.R., *Case of Elsholz v. Germany*, Judgment of 13 July 2000, para. 50; Eur. Court H.R., *Case of Johansen v. Norway*, Judgment of 7 August 1996, Reports 1996-III, para 78; y Eur. Court H.R., *Case of Olsson v. Sweden (no. 2)*, Judgment of 27 November 1992, Series A no. 250, para. 90.

arbitrario sobre el niño, que pudiera acarrear daño para la salud y el desarrollo del menor<sup>41</sup>. Estas preocupaciones y otras vinculadas con ellas determinan el contenido de varios preceptos de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 5, 9, 19 y 20).

Esta concepción amplia en la protección de la familia, también incluye la adopción y ejecución de decisiones reproductivas con el fin de crear una familia, tal como lo ha mencionado en las sentencias de los casos *Evans v. Reino Unido*<sup>42</sup>; *Dickson v. Reino Unido*<sup>43</sup> y *S.H y otros contra Austria*<sup>44</sup>, en donde ha estado presente una faceta particularmente importante para la existencia e identidad de los individuos.

En definitiva, para la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el concepto de “vida privada” es un término muy amplio que abarca, entre otras cosas, los aspectos de una identidad física y social de los individuos, en donde ha incluido el derecho a la autonomía personal; al desarrollo personal y a establecer y desarrollar las relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior. A través de esta interpretación, incorpora además hoy en día el derecho de respetar las decisiones personales que convierten en padre o madre a una persona<sup>45</sup>.

## **2 La protección constitucional de la familia en Chile**

### **2.1 Concepto constitucional de familia en Chile**

El capítulo 1º de la Constitución de 1980, está destinado a contener los fundamentos de las instituciones sociales y políticas chilenas, y tienen una gran trascendencia puesto que enmarcan el contenido no

<sup>41</sup> Eur. Court. H.R., Case of Buchberger v. Austria, Judgment of 20 December 2001, para. 40; Eur. Court H.R., Case of Scozzari and Giunta v. Italy, Judgment of 11 July 2000, para. 169; y Eur. Court H.R., Case of Elsholz v. Germany, Judgment of 13 July 2000, para. 50; y Case of Johansen v. Norway, Judgment of 7 August 1996, Reports 1996-IV, para. 78.

<sup>42</sup> STEDH, de 10 de abril de 2007.

<sup>43</sup> STEDH, de 4 de diciembre de 2007.

<sup>44</sup> Application 57813/00 y a la fecha se encuentra pendiente el fallo de la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo.

<sup>45</sup> Vid. STEDH de 10 de abril de 2007, p. 18.

sólo de los restantes capítulos de la Carta, sino del Ordenamiento Jurídico en su conjunto, ya que allí encontramos los cimientos o principios filosóficos y políticos que fundamentan el conjunto de valores e ideas que inspiran la organización y actuación tanto del poder estatal, como de la sociedad civil.

En las bases de la institucionalidad se reconoce a las personas como centro de todo el sistema constitucional chileno, así como también a las relaciones sociales que ésta va generando a lo largo de su existencia, es así que el artículo 1º habla expresamente de las personas, de la familia (en tanto primera sociedad necesaria que conforma un ser humano) y de las asociaciones intermedias o cuerpos intermedios, que son el resultado de relaciones voluntarias que buscan satisfacer en parte las necesidades que cada cual tiene a lo largo de su existencia.

Esta norma es el resultado de la evolución constitucional posterior a la Segunda Guerra Mundial, principalmente obedece a la inspiración humanista que implantó la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH). Junto a lo anterior, y debido a la estrecha relación que tiene este concepto con los valores de la libertad, igualdad y dignidad allí reconocidos, podemos afirmar también que la organización de nuestra sociedad obedece a la inspiración liberal del siglo XVIII, que dejó su huella imborrable en nuestra historia republicana.

En ese contexto, los valores consagrados en el inciso primero del artículo 1 son un verdadero faro que orienta y guía la actuación de los órganos estatales, ya que al ser un límite material al poder, consiguientemente, forman parte de la ideología del Estado de Derecho, participan de la fuerza vinculante de la Constitución y requieren de una interpretación finalista de la norma fundamental. Si además relacionamos los valores superiores, con la dignidad humana; los demás principios constitucionales y con los derechos fundamentales, podemos afirmar que en Chile se configura un Estado material de Derecho, lo que implica evidenciar que la Constitución no puede reducirse a un texto formal interpretable según los parámetros de una hermenéutica formalista, muy por el contrario, ella requiere ser interpretada desde su dimensión valorativa.

Concebir a la Constitución como un sistema de valores implica la adopción de una postura valorativa que guía la convivencia social, por tanto, su reconocimiento constitucional implica la posibilidad de afirmar que éstos cuentan con la misma fuerza vinculante que las demás normas fundamentales, generando con ello consecuencias jurídicas que vinculan a los poderes públicos y a los particulares, aunque de diferente forma y gradualidad en algunos casos. Por tanto, en la práctica, los valores superiores ejercen su fuerza vinculante, tanto materialmente, por la importancia que los conceptos a que hacen referencia tienen para el Estado social y democrático de Derecho, como formalmente, por su positivación y especificación en el Texto Constitucional y la potencialidad que esto les otorga de cara a la jurisprudencia constitucional.

Por su parte, el Art. 1º, inciso segundo establece que “La Familia es el núcleo fundamental de la Sociedad”.

La familia es una institución social y jurídica, cuyas funciones son de importancia tal que no pueden considerarse como cuestión meramente privada. Esto es así puesto que la familia no es una realidad en sí misma, sino un instrumento al servicio del individuo y por ello, con un elenco de finalidades intrínsecas a ella. Este hecho no autoriza, no obstante, un intervencionismo gratuito por parte del Estado; supone, al contrario, la actuación conjunta de éste con los particulares de tal modo que la actuación pública quedaría relegada a las situaciones en que los individuos no actúan o lo hacen en forma desviada. Esta obligación del Estado, se deduce del inciso quinto del artículo 1º que señala que “Es deber del Estado...dar protección a la... familia y propender al fortalecimiento de ésta”, el que entendemos como un mandato genérico para los poderes públicos.

El establecimiento de la norma contenida en el inciso 2º del artículo 1, obedece a una inspiración humanista de la sociedad e involucra de cierta manera el amparo constitucional al desarrollo de la personalidad de los seres humanos, ya que la familia está concebida como una sociedad necesaria, primaria o básica, creada por el hombre y consustancial a la existencia del mismo, de manera tal que el individuo no puede prescindir de ella.

El pleno desarrollo de la personalidad supone, por un lado, el reconocimiento de la total auto disponibilidad de las posibilidades de actuación propias de cada hombre y mujer, sin interferencias o impedimentos externos, misión que asume el inciso primero del artículo; y de otro, la autodeterminación que surge de la libre proyección histórica de la razón humana, antes que de una predeterminación establecida por la naturaleza, cuyo contexto idóneo para desarrollarse es un ambiente de intersubjetividad, es decir, allí donde los individuos se relacionan y pueden desplegar sus personalidades, ya que sólo así es posible comprender cabalmente la dignidad de las personas como fundamento de sus derechos; como asimismo, su sentido y alcance.

Este ámbito social de desarrollo que otorga el ambiente familiar, es expresión de la naturaleza humana y de su dignidad. Así lo señala el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948: *la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad*. Asimismo, el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Coincidentemente, reconoce además el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia, si tienen edad para ello<sup>46</sup>. Junto a estos textos, encontramos también el artículo 17 de la CADH, que establece que:

La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las

---

<sup>46</sup> *El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.*

condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación [...]

En consecuencia con ello, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se han articulado conceptos tales como “familia ampliada”, consagrado en la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño; “planificación familiar”, reconocido en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; “maternidad y paternidad responsables”, establecida en la Declaración de Beijing, entre otros. Todos ellos hacen referencia a que la base para la formación de toda familia es la idea de elección, en tanto expresión de un consentimiento libre y pleno que tiene por finalidad generar un vínculo de cuidado, intimidad, cariño y compromiso entre los hijos y los padres, opción que considera e integra asimismo la noción de seres dignos, tanto de unos, como de otros.

Además, debemos añadir que el concepto de familia o núcleo familiar ha sido capaz de recoger la diversidad social y de nutrirla, tal como lo señalamos en el punto anterior, demostrando con ello que la familia ha cambiado, y cambia, con relativa rapidez y facilidad, lo que manifiesta que es la institución más adaptable en la historia de la humanidad. De hecho, la actual variedad de estructuras y grupos familiares ha llevado a sostener que la familia es una institución que perdura en el tiempo por su capacidad de adaptación, pero también porque es necesaria, cualquiera sea su conformación, para dar cobijo a los más pequeños hasta que éstos alcancen su autonomía, lo que a su vez da cuenta de que la definición actual de familia se encuentra cada vez más lejos de las concepciones formales o tradicionales y mucho más cercana a una acepción sociológica de la misma y la multiculturalidad y diversidad que nos ofrece el ambiente social actual, encuentra en el concepto o valor de la dignidad su común denominador cuando se trata de definir a la familia.

Desde esta perspectiva, y como una forma de protegerla, y de resguardar el orden social y la libertad de la misma, se decidió por el constituyente otorgar rango constitucional a la norma que protege esta institución. Se reconoce entonces que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y que ésta se constituye por vínculos tanto naturales, como jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla, lo que genera la obligación del Estado de garantizar su desarrollo y la protección de todas las formas o unidades familiares que las personas libremente decidan formar.

Retomando la cuestión de las funciones actuales de la familia, evidentemente éstas no son las mismas que las satisfechas por la institución en épocas pasadas, ya que como vimos, según qué época, la familia ha asumido diferentes roles, en función del tipo de sociedad existente, pero constituyendo en todas ellas una pieza clave. Sin embargo, aun desarrollando diferentes funciones, en un Estado constitucional como el nuestro, la familia puede identificarse con una única finalidad esencial: facilitar a sus miembros el ejercicio de sus derechos fundamentales y la promoción de los valores consagrados en la Constitución.

El Estado social y democrático de Derecho protege a la familia (cualquiera que sea su concepto...) porque se trata de una unidad de convivencia básica y nuclear en el modelo de sociedad democrática – a la que se refiere nuestras Bases de la Institucionalidad- que la Constitución disciplina y organiza, pues protegiendo a la familia, el Estado protege también a los individuos que la forman, facilitando el ejercicio de sus derechos y procurando la efectividad de la libertad; de la igualdad y el desarrollo pleno y libre de su personalidad. Desde esta óptica se justifica plenamente la intervención de los poderes públicos en un ámbito tan personal como es la familia, como garante de los derechos fundamentales de los individuos que integran el grupo familiar<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> Cámara Villar, Gregorio (2002). Familia y Constitución, en **Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario**, Univ. de Murcia, núm. 14, p. 52.

De lo dicho hasta el momento no parece haber polémica. La problemática surge a la hora de definir o delimitar el concepto familia, no dado por el Constituyente, no sin antes hacer una reflexión acerca de dicha “laguna constitucional”, si es que así podría llamársele. Aunque algunos autores han criticado la falta de concreción acerca de la “familia” en el Texto Constitucional, alegando la inseguridad jurídica y las dudas constitucionales creadas en torno a dicha institución, en mi opinión los redactores de la Constitución eligieron una fórmula muy acertada. A diferencia de otras ocasiones – como en el caso del matrimonio, en el que por exigencias sociales hemos de realizar una nueva interpretación más amplia del precepto acorde con el resto del Texto Constitucional, dando cabida a nuevas situaciones o necesidades.

La cuestión, por tanto, gira en torno a la delimitación del concepto constitucional de “familia”, tomando como punto de partida la amplia fórmula ofrecida desde nuestro Texto Constitucional. Son diversas las definiciones y las posiciones adoptadas en torno a la familia. A continuación daremos cuenta de las distintas interpretaciones doctrinales entorno a la protección constitucional de la familia, desde las más restrictivas hasta las más amplias, pasando por posturas intermedias.

### *2.1.1 Postura conservadora: la familia matrimonial*

De un lado, el sector más conservador de la doctrina, mantiene una concepción de familia en su sentido más puramente restrictivo. Este sector identifica la familia constitucionalmente protegida con el matrimonio, eliminando así cualquier posibilidad de identificar otro supuesto de convivencia o de grupo familiar con la familia protegida en la Constitución. Según esta postura, se mantendría la existencia de dos tipos de familia claramente diferenciadas: la familia constitucional y la inconstitucional. La primera de ellas, sería la familia constitucionalmente reconocida, la única que gozaría de la protección y garantías constitucionales, aseguradas por mandato a los poderes públicos. Sin embargo, cualquier grupo familiar no constituido desde el matrimonio, sería considerado familia constitucionalmente desprotegido.

Los defensores de la misma no han logrado dar una sólida justificación a la identificación entre familia y matrimonio. Ciertamente, entre ambas instituciones jurídicas existe una vinculación indudable, siendo el matrimonio normalmente la forma tradicional y más habitual de fundar una familia. Sin embargo, dicha vinculación no es tal que pueda entenderse idénticas tales instituciones ni se deba, por lo tanto, identificarlas, dado que cada una de ellas se define de una manera, nace para una determinada finalidad, con sus características propias y su regulación específica.

Entrando en cuestiones de fondo, hay que procurar recordar que el origen de la relación es completamente distinto. En el caso del matrimonio, el origen se encuentra en un vínculo o compromiso contraído voluntariamente mediante un acto jurídico -vínculo jurídico-, por lo que mientras perdura la relación, se mantiene una situación jurídica vinculada a partir del contrato de matrimonio. En el caso de la familia, su origen igualmente se encuentra en un acto de libre voluntad, independientemente del tipo de familia que se origine – por ejercicio de un derecho, por adopción, por decisión de libre convivencia, o de otro modo –, pero a diferencia del matrimonio, ni se trata de un acto necesariamente jurídico en su origen, ni la relación familiar se mantiene en base a un vínculo jurídico sino como una situación de hecho por parte de sus miembros. Sus funciones o finalidad, también son diferentes. El matrimonio se contrae, principalmente, con la finalidad de compartir un proyecto común de vida con la persona elegida, comprometiéndose al contraer el vínculo a numerosas cargas y beneficios propios del matrimonio – ayuda mutua, fidelidad,... –; la familia, que podría definirse como “la convivencia estable entre dos personas adultas, con o sin descendencia”, en cambio, tiene como finalidad esencial facilitar a sus miembros el ejercicio de sus derechos fundamentales y la promoción de los valores consagrados constitucionalmente. Por último, en cuanto a la ruptura de la relación o vínculo, también encontramos grandes diferencias.

En el caso del matrimonio, debido al carácter de su origen, puede ponerse fin a la relación fácilmente, rompiendo el vínculo con el que se creó. No ocurre así en el supuesto de relación familiar, en cuyo

caso por tratarse de una relación originada mediante un vínculo natural, no podrá romperse de la misma manera, puesto que estos vínculos no pueden disolverse por contrato.

Por último cabe añadir, que la Constitución no se refiere expresamente al matrimonio, ni como derecho ni como institución, como lo hacen otros ordenamientos constitucionales, por tanto la perspectiva de análisis del concepto de familia se encuadra en base a los valores constitucionales establecidos en el artículo 1: libertad, igualdad, dignidad y derechos, proclamación que precede al reconocimiento del desenvolvimiento social de las personas (familia y grupos intermedios), por tanto, una interpretación teleológica y axiológica no hace relacionar inmediatamente esta carga valorativa con el modelo de estado y sociedad que se establece en la Carta, de acuerdo con los artículo 4 y 5 de la Constitución, el Estado democrático de Derecho, lo que nos hace inmediatamente concluir que no podemos asumir un concepto restrictivo de familia constitucionalmente protegida, dejando fuera a aquellas realidades no constitucionales.

### *2.1.2 Una interpretación amplia del concepto de familia*

Esta postura entiende que el concepto constitucional de familia abarca no sólo las situaciones familiares surgidas del matrimonio sino también otras que pueden nacer de situaciones de convivencia de hecho, constituyendo éstas un núcleo familiar similar al matrimonio, y se trata más bien de un concepto cultural, abierto, adaptable a las necesidades sociales que puedan existir en cada momento concreto, puesto que una sociedad plural – base del Estado democrático – acepta la coincidencia de distintas realidades familiares, en coincidencia con lo establecido por la jurisprudencia internacional antes citada. Es por ello que a mi juicio es posible argumentar a favor de una interpretación amplia y evolutiva del concepto de familia y en consecuencia con ello el mandato de protección contenido en el inciso final del artículo 1º es un mandato amplio, que obliga a la protección constitucional de aquellas realidades familiares, independiente del origen que ésta tenga. Un ejemplo de ello es la igual protección de los hijos, que se fundamenta

tanto en el principio de igualdad, como en el artículo 19 N° 2 de la Constitución.

Esta postura entiende por familia tanto a la familia de origen matrimonial, la constituida por un grupo monoparental como resultado de situaciones de viudedad, divorcio o soltería, así como la resultante a partir de uniones de convivencia extramatrimoniales entre hombre y mujer. La familia defendida por este sector doctrinal implica necesariamente un elemento intrínseco a la idea misma de familia: la “generación” o “descendencia”. No podría de otro modo otorgarse a un grupo de personas, aunque convivan en pareja de forma continuada compartiendo un proyecto común de vida, la categoría ni el tratamiento de familia, con la protección constitucional que implica. Del mismo modo, la situación creada por la persona que convive sin pareja con hijos a su cargo, es considerada familia por existir el vínculo de la descendencia – independientemente de que éste sea biológico o no –, ya que de ser vínculos de otro tipo – afectivos, económicos u otros –, no podría ser definida como tal, lo que no es exigido para el matrimonio, el que constituiría familia solo conformada por una pareja con o sin hijos, lo que nos lleva finalmente a aceptar un posible trato discriminatorio para aquellas uniones de hecho que no tengan descendencia.

### *2.1.3 Una postura más avanzada*

Dejando a un lado el concepto de familia defendido por la mayoría de la doctrina, es preciso apuntar la existencia de un importante sector minoritario que efectúa una interpretación más avanzada de la institución. Entre este sector existen, a su vez, diversas posiciones, configurándose todas ellas entorno a las cuestiones más polémicas de la familia. De un lado, cabe destacar la tesis de los defensores del concepto familia en su acepción más amplia. Así, esta tesis, partiendo de la disociación entre familia y matrimonio, defiende que aquella abarca las situaciones familiares originadas tanto en el matrimonio como en situaciones de convivencia de hecho, independientemente del signo de

estas – heterosexuales u homosexuales<sup>48</sup>. Sin embargo, esta tesis tiene el inconveniente de que no ofrece una definición precisa del concepto familia, dando pie a la incertidumbre y a la falta de certeza. De otro lado, aparecen tesis extremas, innovadoras por la radicalidad de sus propuestas si bien no tanto por su finalidad creadora o social. Así, cabe destacar tesis propuestas con el objetivo de eliminar el matrimonio, como institución inútil en nuestra sociedad actual, apostando por la unificación de ambos conceptos en uno sólo, protector de la familia.

Una vez expuestas las distintas corrientes doctrinales, resultará más sencillo elaborar un concepto de la familia, lo más próximo posible a la Constitución y a la realidad social. A la hora de delimitar la familia, debe tenerse en cuenta el cambio experimentado por ésta, especialmente en las dos últimas décadas. Este cambio, admitido generalmente por la doctrina como un hecho incontestable latente en la sociedad de finales de siglo XX, ha supuesto una revolución en el Derecho de Familia tradicionalmente concebido. La familia no se concibe en la actualidad, por lo tanto, de la misma manera que hace treinta años y menos aún que hace medio siglo. Se trata pues de una institución viva, al servicio de las personas que la integran, que evoluciona al ritmo de la realidad social. Así, hace años era impensable calificar como familia a determinadas agrupaciones familiares no originadas en el matrimonio, de las que sin embargo en la actualidad no cabe duda acerca de su consideración como tal.

La Constitución, a falta de ofrecer un concepto delimitado de familia, hace una proclamación amplia de ella en la que, pese a su vaguedad, da las suficientes precisiones como para deducir qué es y qué no es familia. Es precisamente desde la regulación constitucional de familia, así como del resto de principios y valores constitucionales desde donde argumentamos la protección constitucional de un concepto de familia amplio, a voluntad del Constituyente y en sintonía con los modos de vida de la sociedad actual, a la que podríamos caracterizar con las siguientes notas: no puede identificarse con el matrimonio, ya

---

<sup>48</sup> Pérez Canovas, N., La heterosexualidad en el discurso jurídico sobre el matrimonio y la familia, en **Orientaciones**, núm. 1, págs. 83 y ss.

que familia y matrimonio no son la misma cosa; en consecuencia, existen distintos tipos de familia y no sólo la matrimonial; por último, la familia no se caracteriza por el requisito de la heterosexualidad de la pareja, debiéndose incluir como un tipo más de familia los grupos familiares cuyo tronco común es una pareja homosexual.

Todo ello significa que el mandato de protección contenido en el artículo 1 de la Constitución, es un mandato al legislador que le ordena regular y proteger lo relativo a la organización y desarrollo de la familia, teniendo en cuenta estas realidades sociológicas. Esto acarrea como consecuencias:

- 1) La reducción de la familia a la llamada familia nuclear, formada por la pareja y los hijos que conviven con ella, ahora además debiera contemplar al cónyuge divorciado y a la madre soltera con los hijos.
- 2) Los poderes familiares están sometidos cada vez más a control legal, por ejemplo en el ejercicio de la patria potestad y la tutela. Se debe avanzar hacia la disolución del sistema jerárquico y a la construcción del grupo familiar con base al reconocimiento de la igualdad de sus miembros.
- 3) Pluralismo jurídico para legislar, ya que no debe pretenderse imponer un modelo único de familia, sino que se debe admitir la coexistencia de múltiples posibilidades de los individuos, en ejercicio de su autonomía moral, que implica de parte del Estado el respeto a la forma de concebir la familia por distintas culturas, sin restringir posibilidades legales de organización conforme a creencias propias, lo que se enmarca en el precedente interpretativo contenido en la Observación General N° 19 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en orden a recomendar a los Estados el reconocimiento legal de las uniones de hecho, la protección de sus hijos, así como también de las familias monoparentales y de sus hijos.

- 4) La participación del Estado en asuntos familiares es subsidiaria, y solo procede cuando los integrantes de la familia no cumplen con sus deberes de protección y respeto entre ellos.

### **3 A modo de conclusión**

Tradicionalmente el Ordenamiento Jurídico ha organizado a la familia como una realidad social con derechos y deberes, desde la tradición matrimonial y reprimiendo o ignorando a quienes no se pliegan a esa forma de convivencia. Pero a partir de este concepto amplio de familia que hemos entregado es posible aducir que no se concibe solo una familia con base en el matrimonio, debemos entender a ésta como una alternativa más entre varias opciones.

Asimismo, este mandato constitucional de protección a la familia prohíbe la discriminación a parejas no matrimoniales o a familias extramatrimoniales; conlleva además el reconocimiento de los mismos derechos a los cónyuges y a convivientes; implica la necesidad de legitimar jurídicamente las uniones de hecho del mismo sexo; envuelve la tutela de los menores de edad desde el reconocimiento de que son sujetos de derechos; y finalmente, conlleva la adopción y ejecución de políticas públicas a favor de familias numerosas, coberturas para cuidado de hijos, asistencia a ancianos, a personas que no pueden valerse por sí mismos, conciliación del trabajo con la vida familiar, etc., todo ello desde un prisma constitucional respetuoso del principio personalista establecido en la Carta Fundamental.

### **BIBLIOGRAFÍA**

AGUILÓ REGLA, Joseph (2001). Sobre la Constitución del Estado constitucional, en **Doxa** N° 24, pp. 450 y ss.

ALONSO GARCÍA, Enrique (1984). **La interpretación de la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

BALDESSARRE, Antonio (2004). **Los derechos sociales**. Lima: Universidad del Externado de Colombia.

BASSA MERCADO, Jaime (2008). **El Estado constitucional de Derecho**. Efectos sobre la constitución vigente y los derechos sociales, Santiago: LexisNexis.

BIDART CAMPOS, Germán (1991). **Teoría general de los derechos humanos**, Buenos Aires: Astrea.

BROSSERT, Gustavo A. (1999). **Régimen jurídico del concubinato**, 4ta ed. y 1era reimpresión, Buenos Aires: Astrea.

CÁMARA VILLAR, Gregorio (2002). Familia y Constitución, en **Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario**, Universidad de Murcia, nº 14.

CARRASCO DURÁN, Manuel (1997). Interpretación de la Constitución, en **Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte**, Año 4, pp. 113-131.

CÓRDOVA FLORES, Álvaro (2008). La perspectiva constitucional de la familia en la jurisprudencia del tribunal constitucional, en **Gaceta del Tribunal Constitucional**, nº 10, abril-junio.

FAVOREU, Louis (2001). La constitucionalización del Derecho, en **Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile**, pp. 40-41.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (1992). **Protección jurídica de la persona**. Lima: Universidad de Lima.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1983). **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas.

GIDDENS, Anthony (1998). **Sociología**. Madrid: Alianza Editorial.

GIL DOMINGUEZ, Andrés et al. (2006). **Derecho Constitucional de Familia**, Tomo I, Bueno Aires: Ediar.

HAURIOU, André (1971). **Derecho constitucional e Instituciones políticas**. Barcelona: Ariel.

HESSE, Konrad (1995). **Derecho constitucional y derecho privado**. Madrid: Civitas.

INGLEHART, Ronald et al. (2004). **Human Beliefs and Values**. A cross cultural sourcebook based on the 1999-2002 values surveys. Buenos Aires: Siglo XXI.

PÉREZ CANOVAS, N (2003). La heterosexualidad en el discurso jurídico sobre el matrimonio y la familia, en **Orientaciones**, nº 1.

POZZOLO, Susana (1998). Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional, en **Doxa**, nº 21, Tomo II, pp. 339-353.

PRIETO SANCHÍS, Luis (2002). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial, en **Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial**, Lima: Palestra Editores.

SANTOLAYA MACHETTI, Pablo (2005). Derecho a la vida privada y familiar: un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad, en SANTOLAYA MACHETTI, Pablo; GARCÍA ROCA,

Francisco Javier (coord.) **La Europa de los derechos**: el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ZAPATA LARRAÍN, Patricio (2008). **Justicia constitucional**. Teoría y práctica en el Derecho chileno y comparado. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.