



EL CONCEPTO DE FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN

Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Natalia García Acuña

Profesor Guía: Pablo Ruiz-Tagle Vial

Santiago, Chile

2009

INDICE

	Página
INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO I.	
CONCEPTO DE FAMILIA	13
1.1 Etimología	13
1.2 Funciones	13
1.3 Hogar- grupo familiar – familia	15
1.4 Clasificación	16
CAPÍTULO II	
REVISIÓN DEL CONCEPTO DE FAMILIA EN LA HISTORIA DE LA SOCIEDAD OCCIDENTAL.	
RELACIÓN MATRIMONIO-LEGITIMIDAD-FAMILIA	19
2.1 Antecedentes	19
2.2 Costumbre, derecho y legitimidad	21
2.3 Matrimonio, Status y Legitimidad	22
2.4 La Importancia del Afectio Maritalis	23
2.5 La jurisdicción eclesiástica	24
2.6 Matrimonio y consentimiento	26
2.7 Reforma y secularización	27

2.8. El matrimonio como contrato	29
2.9. Siglo XX	30
2.10. Desafíos contemporáneos	36
CAPÍTULO III	
LA CONSTITUCIÓN CHILENA Y EL TRATAMIENTO QUE SE LE DA A LA FAMILIA	39
3.1. Tratamiento conferido a la familia en las Constituciones anteriores	39
3.2. Actual Constitución y su relación con los Tratados Internacionales ratificados por Chile	57
3.2.1 Familia núcleo fundamental de la sociedad	57
3.2.2 .Familia como grupo intermedio	59
3.2.3. Derecho preferente y deber de los padres de “educar a sus hijos”	60
3.2.4 Derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos	62
3.2.5. Protección estatal de la familia y deber de propender a su fortalecimiento	63
3.2.6. Respeto y protección a la vida privada y a la honra de la familia	65
3.2.7. Inviolabilidad del hogar	66
3.2.8. Derechos relacionados con el concepto de familia en Tratados Internacionales ratificados por Chile	67
3.2.8.1. Derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia	67
3.2.8.2. Protección de los niños privados de su medio familiar	68
3.2.8.10. Derechos del Niño- Deber de cuidado de la familia	68
3.2.8.11. Igualdad y no discriminación por nacimiento	69
CAPÍTULO IV	
DOCTRINA	71
4.1 Visión conservadora de la familia	71

4.1.1. Sergio Diez	71
4.1.2. Hernán Corral Talciani	72
4.1.3. Enrique Evans de la Cuadra	74
4.1.4. Alejandro Silva Bascuñán	75
4.2. Javier Barrientos Grandon: Las causas generadoras de la familia	77
4.3. Gloria Baeza Concha y Marco Antonio Navarro Galaz: Familia estructurada normalmente	79
CAPÍTULO V	
ANÁLISIS DEL CONCEPTO DE FAMILIA EN LATINOAMÉRICA	81
5.1. Lineamientos generales de la familia en las Constituciones Latinoamericanas	81
5.2. Concepción de familia en las Constituciones Latinoamericanas	83
5.3. Familia, base de la sociedad y protección	86
5.4. Protección social de la familia	88
5.5. Familia y educación	90
5.6. Derecho a la intimidad y honra personal y familiar	93
5.7. Derecho a la familia	94
5.8. De la planificación familiar	96
CAPÍTULO VI.	
PROYECTOS DE LEY Y DE REFORMA CONSTITUCIONAL ACTUALMENTE EN EL CONGRESO RELACIONADOS CON EL CONCEPTO DE FAMILIA	98
6.1. Reforma constitucional que sustituye el inciso quinto del artículo 1° de la Constitución Política de la República	98

6.2. Modifica el artículo 31 de la ley N° 19620 sobre adopción de menores, por parte de matrimonios extranjeros no residentes en Chile	99
6.3. Proyecto de ley que establece un régimen legal para las uniones de hecho	102
6.4. Proyecto de ley fomento de la no discriminación y contrato de unión civil entre personas del mismo sexo	104
6.5. Proyecto de ley que establece regulación para las uniones de hecho	110

CAPÍTULO VII.

LEYES RELACIONADAS CON EL CONCEPTO DE FAMILIA	112
7.1. Código Civil	112
7.1.1. Artículo 132 Código Civil: Sobre el adulterio	112
7.1.2. Artículos 135 inciso primero y 1749 Código Civil: Administración de la sociedad conyugal	113
7.1.3. Artículo 141 y siguientes: De los bienes familiares	114
7.1.4. Artículo 234 Código Civil: Facultad de corregir a los hijos	115
7.1.5. Artículo 236 Código Civil: Derecho-Deber de los padres de educar a sus Hijos	115
7.1.6. Artículo 321 Código Civil: Alimentarios	115
7.2. Ley 19.585 modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de Filiación	116
7.2.1. Igualdad de los hijos	116
7.2.2. Derechos y deberes entre padres e hijos	117
7.2.3. Consentimiento del cónyuge de persona que tiene cuidado personal de hijo no nacido de ese matrimonio	118
7.3. Ley 19.947 sobre Matrimonio Civil	118

7.4. Ley N° 4.808 sobre Registro Civil	120
7.5. Ley 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias	121
7.6. D.F.L 150 sobre Sistema Único de Prestaciones Familiares y Sistema de Subsidios de Cesantía para los trabajadores de los sectores privado y público	121
7.7. Ley 19.284 establece normas para la plena integración social de personas con discapacidad	123
7.8. Ley Educación Primaria Obligatoria DFL 5291	123
7.9 Ley n° 19.688 que modifica la ley n° 18.962, Orgánica Constitucional de Enseñanza, en lo relativo al derecho de las estudiantes que se encuentren embarazadas o que sean madres lactantes de acceder a los establecimientos educacionales	124
7.10. Código del trabajo	125
7.10.1. Normas sobre alimentación del hijo	125
7.10.2 Normas sobre condicionamiento por estado de embarazo	125
7.10.3 Descanso maternidad	125
7.10.4 Descanso paternidad	125
7.10.5 Fuero maternal	126
7.10.6 Fuero de los adoptantes	126
7.10.7 Permiso por enfermedad del hijo menor de un año	126
7.10.8 Derecho trabajador(a) que tiene cuidado personal o medida de protección a favor de un menor de edad	126
7.10.9 Permiso del trabajador en caso de nacimiento o muerte de un hijo o muerte del cónyuge	127
7.10.10 Permiso del trabajador por accidente o enfermedad grave del hijo menor de 18 años	127
7.10.11 Salas cunas	127

7.11. Ley nº 19.532 crea el Régimen de Jornada Escolar Completa Diurna y dicta normas para su aplicación	128
7.12. Ley nº 16.618 de Menores	139
7.13 Ley Nº 18.962 Orgánica Constitucional de Enseñanza (10.03.1990)	130
7.14. Ley 19.335 establece Régimen de Participación en los Gananciales, y modifica el Código Civil, la Ley de Matrimonio Civil, el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales que indica	132
7.15. DL 3.500 Pensiones	132
7.16. D.L 869 que establece Régimen de Pensiones Asistenciales para inválidos y ancianos carentes de recursos	134
7.17. Ley 20.084 establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal	134
7.18. D.L 2.465 crea el Servicio Nacional de Menores y fija el texto de su Ley Orgánica	135
7.19. Ley 19.023 crea el Servicio Nacional de la Mujer	136
7.20. Ley 18.020 establece Subsidio Familiar para personas de escasos recursos y modifica normas que indica	137
7.21. Ley Nº 20.066 establece Ley de Violencia Intrafamiliar	138
7.22. Ley Nº 19.949 establece un sistema de protección social para familias en situación de extrema pobreza denominado "CHILE SOLIDARIO"	138
7.23. Ley Nº 18.600 establece normas sobre deficientes mentales	139
7.24. Ley Nº 19.620 dicta normas sobre Adopción de Menores	139
7.25. Código Penal	142
7.26. Análisis del concepto de familia en las leyes chilenas	141

CAPÍTULO VIII

ANÁLISIS RESPECTO DEL CONCEPTO DE FAMILIA INVOLUCRADO EN EL FALLO SOBRE CUIDADO PERSONAL DE LAS MENORES LÓPEZ ATALA	143
8.1. Los hechos	143
8.2. Concepto de familia involucrado	147

CAPÍTULO IX

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ACERCA DEL CONCEPTO DE FAMILIA	151
9.1. Primer criterio: Familia matrimonial –no matrimonial	152
9.1.1. Rol 289 sobre proyecto de ley que dicta normas sobre adopción de menores	152
9.1.2 Rol 318 sobre proyecto de ley que regula el derecho de visita a los hijos sometidos a la tuición de uno de los padres	154
9.1.3. Rol 329 sobre proyecto que modifica la ley 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias	155
9.1.4 Rol 409 sobre proyecto de ley que establece un sistema de protección social para familias en situación de extrema pobreza denominado “CHILE SOLIDARIO”	157
9.1.5. Rol 663 modificación ley 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias	159
9.1.6. Rol Nº 698 Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad respecto de trabajadora que goza de fuero maternal sujeta a contrato de plazo fijo	162
9.1.7. Rol Nº 818 Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad del inciso segundo y quinto del artículo 2 de la ley Nº16.271 sobre Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones	167

9.1.8. Tabla 2 Criterio concepto de familia matrimonial/amplio	175
9.2 Segundo criterio: “Grupo familiar”	177
9.2.1 Rol 191 sobre proyecto de ley sobre Violencia Intrafamiliar	177
9.2.2 Rol 192 sobre proyecto de ley que modifica ley de menores respecto al Maltrato de Menores	179
9.2.3. Rol Nº 349 sobre Proyecto de Ley de normas adecuatorias del sistema legal chileno a la reforma procesal penal	180
9.3 Tercer criterio: Familia y educación	185
9.3.1. Análisis ROL Nº 308 sobre Proyecto de Ley que modifica Ley 18.962 Orgánica Constitucional de Enseñanza, sobre estudiantes embarazadas	185
9.3.2. Análisis rol Nº 139 Proyecto de Ley sobre Educación Parvularia que modifica Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza	186
9.3.3. Rol Nº 410 Sobre requerimiento para que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de las normas que indican del Proyecto de Ley que modifica el Régimen de Jornada Escolar Completa Diurna y otros cuerpos legales	188
9.3.4. ROL Nº 465-03.006 Sobre requerimiento decreto supremo 181 que modifica D.S 177 que reglamenta los requisitos de adquisición y pérdida del reconocimiento oficial del estado a los establecimientos educacionales de enseñanza básica y media	199
9.3.5. Rol Nº 0422.10-004 Proyecto de Ley que modifica el Régimen de Jornada Escolar Completa Diurna y otros cuerpos legales	212
9.3.6. Rol 771-07 Sobre Requerimiento de tres disposiciones del Proyecto de Ley contenido en el Boletín Nº 3953-04 -que introduce modificaciones al Decreto con Fuerza de Ley Nº 2, de 1998, del Ministerio de Educación -que	

aprueba el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley sobre Subvención del Estado a Establecimientos Educativos	214
9.3.7. Rol Nº 1022 sobre Proyecto de Ley que establece una subvención preferencial para niños y niñas socioeconómicamente vulnerables	216
9.4 Cuarto criterio: Protección a la esfera privada de la familia	219
9.4.1. Rol Nº 389 Sobre Proyecto de Ley que crea la unidad de análisis financiero y modifica el Código Penal en materia de lavado y blanqueo de activos	219
9.4.2. Rol nº 433.01-005 sobre Proyecto de Ley que sustituye la Ley Nº 19.366 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas	221
9.4.3. Rol Nº 460.12-005 sobre Proyecto de Ley que establece como obligatoria la declaración jurada patrimonial de bienes a las autoridades que ejercen una función pública	223
9.5. Rol 408 sobre proyecto de ley que establece una nueva Ley de Matrimonio Civil	227
9.6. Tabla 3: Análisis de fallos y derechos constitucionales invocados	229
9.7. Análisis Jurisprudencia Tribunal Constitucional acerca del concepto de Familia	235
CONCLUSIONES	237
BIBLIOGRAFÍA	241

INDICE DE TABLAS

	Página
TABLA 1: Evolución constitucional del concepto de familia	44
TABLA 2: Criterio concepto de familia matrimonial/amplio	175
TABLA 3: Análisis de fallos Tribunal Constitucional y derechos constitucionales Invocados	229

INTRODUCCIÓN

La familia como grupo social siempre está en constante evolución. Diversas ramas de las Ciencias Sociales se han dedicado a profundizar e investigar los diferentes alcances de este fenómeno.

En nuestro país durante las últimas décadas, en el área del derecho, respecto al concepto de familia que consagra nuestra Constitución, se ha centrado la discusión respecto de si la familia aludida en la Carta Fundamental es aquella de origen matrimonial. La doctrina nacional que aboga por un concepto de familia basada en el matrimonio fundamenta su postura en un análisis genético o histórico de la Constitución, recurriendo constantemente a las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución. Frente a lo anterior encontramos una realidad de la sociedad chilena distinta hoy en día, en la cual se constituyen familias, cuyos orígenes son de la más variada índole: basadas en el matrimonio, en relaciones estables no legalizadas o en filiación natural o adoptiva en los diversos estratos sociales. Pues bien, estas familias, reconocidas en las otras Ciencias Sociales ¿Gozan de la protección de nuestra Carta Fundamental? Es interesante destacar que la discusión se centra hoy en día respecto a si la familia tiene o no como causa generadora el matrimonio, dejándose fuera un análisis que parte desde el punto de vista de la igualdad en las relaciones familiares, estén ellas basadas o no en el matrimonio, como lo ha realizado una incipiente parte de nuestra doctrina.

Como resultado de lo descrito en el párrafo precedente, el objetivo de esta investigación es, ubicándonos en el tiempo y espacio actual, revisar el concepto de familia que contiene nuestra Constitución en base a análisis de

fallos del Tribunal Constitucional como elemento medular y una comprensión de la dinámica familiar a través del tiempo, su consagración en nuestro derecho constitucional y en un análisis sistémico de nuestra actual legislación, vinculándolo con los cambios de la sociedad actual.

Para tener un marco de estudio adecuado comenzamos nuestra investigación con la revisión del concepto de familia en si, y cuales son las funciones y características de la familia que nos puedan conducir a un concepto de familia amplio. Después revisaremos en la historia occidental el papel que ha jugado la familia, en especial la relación matrimonio-legalidad-legitimidad-familia. Luego se realizará un breve repaso en la evolución del concepto de familia en la historia constitucional chilena para comprobar si existe una evolución sistemática y coherente del concepto de familia. Posteriormente pasamos a la actualidad, para conocer que es lo que establece la Constitución y los Tratados Internacionales respecto a la familia, su protección, derechos y deberes consecuenciales a ella. Desde ahí conoceremos las diferentes posturas que existen en la doctrina nacional al respecto. También investigaremos como algunas Constituciones latinoamericanas tratan el concepto de familia, con el fin de establecer un paralelo entre nuestro país y sus pares latinoamericanos. Expondremos también las leyes vigentes y los proyectos de ley actualmente en el Congreso que tienen relación con la familia, para mostrar los avances legislativos en la materia y conocer cuales son los criterios imperantes en el Congreso respecto a la temática familiar.

CAPÍTULO I: CONCEPTO DE FAMILIA

1.1 Etimología

Existen diversas teorías acerca del origen de la palabra familia. Una primera teoría señala que la palabra familia provendría del sánscrito: de los vocablos dhá (asentar) y dhaman (asiento, morada, casa), de acuerdo a esta teoría en un principio la palabra familia, designaba la casa doméstica y en un sentido más restringido, los bienes pertenecientes a esa casa. Una segunda postura se inclina por un origen osco de la palabra, dividiéndose las opiniones, para unos vendría del vocablo *fames* o *famel*, que quiere decir hambre, la conexión entre ambas palabras sería que en la familia se satisface dicha necesidad. Para otra vertiente el origen se encontraría en el término *famulus*, con el cual se designaban a los que moraban con el señor de la casa en especial a los esclavos. Por último algunos autores vinculan el vocablo *famulus* con el verbo osco *faamat*, que significa habitar y sostienen que éste a su vez provendría del sánscrito *Vama* (hogar, habitación). Familia entonces según lo anterior significaría en sus orígenes, el hogar, comprendido por la mujer, los hijos, y los esclavos domésticos.¹

1.2 Funciones

Para aproximarnos a un concepto de familia es primordial conocer las funciones de ellas, entre las cuales existe consenso:

1-. Función de formación de la identidad personal

¹ CORRAL TALCIANI, Hernán. Concepto y reconocimiento legal de la familia de hecho. Revista Chilena de Derecho. 17(s/n): 35-85, 1990.

- 2-. Núcleo básico de la socialización primaria.
- 3-. Sustrato de la reproducción, entendida no sólo como fenómeno biológico sino cultural.
- 4-. Unidad económica de consumo, dependiente del mercado para la satisfacción de sus necesidades básicas.

Existe una quinta función que agrega la doctrina cercana al ius naturalismo: Función moral y espiritual, que implica el cuidado común entre los integrantes de la familia y la educación de los hijos si es que los hubiere.

“La familia es el núcleo de la organización social donde convergen, por así decir, la naturaleza y la cultura; aquélla como arreglo biológico en el orden de la reproducción de la especie y ésta como arreglo histórico en el orden de la socialización humana.”²

Tomando a la familia como grupo social que es, encontramos entre sus características ciertos rasgos que la identifican como un grupo social distinto y esencial a la vida humana y con ciertas funciones que le son insustituibles (ISIS 1994). Es “núcleo primario por cuanto posibilita , mantiene, transmite y proyecta vida, constituyéndose en una estructura fundante de la sociabilidad humana, resultado de una experiencia de género y de una convivencia intergeneracional , de la cual se recibe la vida y en que ésta es sólo posible con otros” (definición de David Popnoe)³

² R. Salinas, La institución familiar en Chile tradicional, citado en “La problemática del divorcio y en especial su tipología”. Tesis para obtener el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales Manuel Antonio Matta. Universidad de Chile. Año 2003. 220pp.

³ ZILIANI, Maria Eugenia. “La noción de familia en la mente infantil: un estudio evolutivo en dos contextos familiares”. Tesis para optar al grado de Doctor en Psicología de la Universidad Autónoma de Madrid. Enero 1998, p.41

Se ha otorgado una definición del concepto de familia por la Comisión Nacional de la Familia que se le considera amplia por distintos sectores de las ciencias sociales, y es, dentro de la investigación que realizamos, la definición más idónea y completa:

“La familia es un grupo social, unidos entre si por vínculos de consanguinidad, filiación (biológica o adoptiva) y de alianza, incluyendo las uniones de hecho cuando son estables”.(C.N.F 1993)

El Consejo Nacional de la Familia además agrega “La familia requiere el encuentro, la relación y el vínculo afectivo entre un hombre y una mujer y hacia los hijos que surgen de su relación. Es una experiencia de relaciones entre géneros y de convivencia intergeneracional” Especificando de esta forma que la formación de la familia se basa en la comunión –no necesariamente matrimonio- estable e íntima entre un hombre y una mujer, frente a lo cual se plantea la interrogante de que una alianza afectiva perdurable en el tiempo, entre personas del mismo sexo, ¿Podría constituir una familia?

L.F Lira de la Unicef agrega acerca de la familia: “[...] cuyas relaciones se caracterizan por su intimidad y duración” (UNICEF 1978)⁴

1.3 Hogar- grupo familiar -familia

Un punto interesante que encontramos en las estadísticas censales y encuestas se refiere a que en ellas se trabaja con el concepto de hogar y no con el de familia como unidad de recolección de datos. De lo anterior se

⁴ MUÑOZ, MÓNICA Y OTRO “ La realidad de la familia en Chile hoy : Principales cambios y tendencias . Perspectiva Sociológica” . Apuntes de clase de Diplomado Familia, Realidad y Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile. 2005.

desprende una clasificación de hogar entre los familiares, no familiares y unipersonales⁵

El hogar no se restringe al núcleo familiar, pues incluye a todos los miembros que aportan sus recursos y capacidades para llevar a cabo las tareas de producción y consumo necesarias para su mantenimiento cotidiano. Razones demográficas, culturales, económicas o afectivas, determinan distintas formas de organización de los hogares. De ahí nace el concepto de *grupo familiar*, que se refiere a aquella familia que forma un hogar, para diferenciarlo de grupos no familiares que comparten un hogar como sería un convento o un internado.

Se perciben como conclusiones derivadas de estudios que tienen como fuente al censo chileno de 2002, el reconocimiento de una variedad de formas de organización de los hogares familiares, no como un proceso de desorganización o descomposición familiar, sino como una agrupación que busca cubrir las necesidades específicas de organización frente a determinadas circunstancias.⁶

1.4 Clasificación

a-. Composición:

a.1 Elementos : Parentalidad, conyugalidad, consanguinidad.

⁵ Los integrantes del hogar, en sus diversas clasificaciones, enfrentan en común la satisfacción de sus necesidades básicas y comparten una residencia. . ZILIANI, María Eugenia. Ob. Cit. pp 78, 79.

⁶ SERNAM, INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS, .Mujeres chilenas : Tendencias en la última década (censos 1992-2002). Realizada por la consultora Rosa Bravo Rojas .Primera parte: Hogares y familias. 2004. En <http://www.sernam.cl/estudios/abstracts/MujChilenas1.pdf>.

La conjugación de estos elementos tienen como consecuencia la diferenciación en dos grandes ramas de la familia:

a.1.1 Familia nuclear: La cual está integrada por una pareja adulta con o sin hijos o por uno de los miembros de la pareja y sus hijos. Este tipo de familia a su vez puede ser:

- **Simple** : Compuesta por una pareja sin hijos.
- **Monoparental** :Integrada por uno de los padres y uno o más hijos
- **Biparental** : Integrada por el padre y la madre , con uno o más hijos en común.
- **Reconstituída** (también conocida como ensamblada): Es la familia compuesta por una pareja en la cual uno o ambos integrantes de ella tienen hijos de una unión anterior.

a.1.2 Familia extensa: Corresponde a aquélla que está integrada por una pareja sin hijos y por otros miembros, parientes o no.

Se subclasifica en:

- **Simple:** Integrada por una pareja sin hijos y por otros miembros parientes o no.
- **Monoparental:** Integrada por uno de los miembros de la pareja, con uno o más hijos, y por otros parientes.
- **Biparental:** Integrada por el padre y la madre, con uno o más hijos en común y por otros parientes.

-Compuesta (o amplia): Integrada por una pareja o uno de los miembros de ésta, con uno o más hijos, y por otros miembros parientes o no parientes.

b-. Ciclo familiar:

Otra clasificación de la familia apunta al **ciclo familiar** a través del cual la familia cambia su composición y enfrenta distintas tareas bajo diversas modalidades.

c-. Tipos de unión de pareja como causa generadora de la familia:

Una clasificación importante para nuestra investigación es aquella que se funda en la distinción que se realiza en la unión de pareja : si es unida por vínculo matrimonial o no . Así encontramos:

c.1 Matrimonial: Es la compuesta por un matrimonio, con o sin descendencia que deriva de éste.

c.2 De hecho: Es la familia formada por la unión de un hombre y una mujer sin vínculos de matrimonio, con o sin descendencia.

d-. Identificación sexual de la pareja

Respecto a la identificación sexual de la pareja que forma una familia se distingue la familia cuyas cabezas forman una:

d.1 Unión homosexual

d.2 Unión heterosexual.

e-. Filiación

Desde el punto de vista de la filiación podemos distinguir, sin perjuicio de la combinación de ellas, aquellas familias de:

e.1 Filiación natural: matrimonial y no matrimonial.

e.2 Filiación adoptiva.

CAPÍTULO II

REVISIÓN DEL CONCEPTO DE FAMILIA EN LA HISTORIA DE LA SOCIEDAD OCCIDENTAL. RELACIÓN MATRIMONIO-LEGITIMIDAD - FAMILIA

2.1. Antecedentes.

En el derecho de familia, se hace insoslayable enfrentar el problema de la compleja relación entre los hechos que ocurren en el ámbito del derecho y las prácticas sociales generalizadas ⁷. Según Otto Kahn-Freund, “Aquí más que en ningún otro caso, ha de entenderse el derecho como fruto de determinadas fuerzas sociales y como una fuerza que a su vez repercute en la sociedad, en los hábitos y convicciones de la gente”⁸

La autora del libro “Derecho y Familia”⁹ Mary Ann Glendon plantea que la familia y el matrimonio son instituciones prejurídicas. En la actualidad se tiende a creer que el matrimonio es anterior a la familia, siendo que es esta última la institución primaria. El matrimonio entendido en el sentido de una relación heterosexual altamente individualizada, es según se dice, apenas detectable en algunas de las sociedades humanas más simples y en otras es visto como irrelevante para la formación de la familia.¹⁰ Es útil especialmente en las culturas contemporáneas en que el matrimonio y la procreación están cada

⁷ Lo que los autores franceses denominan “*mentalites*”

⁸ Otto Kahn-Freund, citado por Aidan R. Gough en “Book Review” (1974). p.118.

⁹ Mary Ann Glendon. Capítulos 1 y 7 del libro *The transformations of the family law*. The University of Chicago Press, 1989. Reproducidos en castellano con la debida autorización. Traducción Centro Estudios Públicos bajo el título “Derecho y Familia”. Tomaremos estos capítulos como base de esta sección.

¹⁰ Una mayor profundización acerca de los diversos tipos de familia se desarrolla en el acápite 1.4.

vez más diferenciados, distinguir entre la familia como grupo social que incluye más personas que los partícipes del matrimonio -si lo hay- y el matrimonio, que puede coincidir o no con la existencia de una familia. Decir que la familia es la institución primaria, puede ser, pese a todo, engañoso a menos que se especifique que las familias existen en una multiplicidad de formas.¹¹

Es importante, por tanto, no olvidar que existen diferencias legales y sociales entre los conceptos de “familia”, y “matrimonio” según sean imaginadas y elaboradas en el derecho y, como ellas son imaginadas y vividas en la sociedad.

Se puede observar así dos sistemas dinámicos que se relacionan entre sí: el conjunto de leyes que afectan a la familia y los patrones de conducta que constituyen la realidad familiar en una época y lugar determinados.

Es por las razones anteriormente expuestas que en este capítulo se analizará la evolución de la familia en Occidente, observando como es entendida y percibida por la comunidad a través del tiempo. Además, desde otro ángulo se abordará la intervención del derecho, y la influencia ejercida por éste en la concepción de familia que se tiene en determinada época. Nos centraremos en la figura del matrimonio, como ejemplo claro de como costumbre y ley interactúan entre si.

¹¹ Hay diversas causas que originan una familia aparte del matrimonio: la filiación, la adopción y las relaciones afectivas. Ver acápite 4.2

2.2. Costumbre, derecho y legitimidad

Es importante hacer la distinción entre el matrimonio como institución legal y como institución social, lo que tiene por consecuencia que ciertas representaciones imaginarias que operan dentro del derecho puedan en ocasiones afectar la forma como la comunidad percibe y experimenta al matrimonio, lo que nos conduce a la dicotomía “legalidad”- “legitimidad”

La “legalidad” consiste en la obediencia al conjunto de leyes vigentes en un Estado concreto. Por otro lado, la “legitimidad” la podemos entender como un “sentimiento jurídico”, es decir, la norma de derecho es apreciada y cumplida por la ciudadanía; aquí la norma se justifica, y busca un fundamento en la comunidad. Según Bidart Campos, existen tres tipos de legitimidad, para efectos de nuestro estudio, sólo nos detendremos en las dos últimas:

- 1-. Legitimidad filosófica.
- 2-. Legitimidad legalizada.
- 3-. Legitimidad sociológica o empírica

La llamada legitimidad legalizada alude a aquélla que es recogida por el derecho positivo de un Estado, por un sistema de legalidad impuesto (con o sin coincidencia con el sistema de valores que maneja la sociedad). Mientras que, la llamada legitimidad sociológica o empírica, ha de tener en cuenta otras pautas culturales además de las legales, puesto que se entiende aquí la legitimidad como aquélla aceptada socialmente en función de como se ve o se representa en cada sociedad un concepto.¹²

¹² Como ejemplo gráfico de la diferenciación de legitimidad legalizada y legitimidad sociológica, encontramos años atrás, que nuestro Código Civil en los títulos XII, XIII y XIV de su Libro Primero, realizaba la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos. En la categoría legal de hijos ilegítimos –que no sería coincidente a la legitimidad sociológica o empírica – encontrábamos a niños y jóvenes que vivían con padres que no estaban bajo vínculo matrimonial alguno. En nuestra legislación gracias a la ley 19.585 se eliminó la diferenciación entre hijos legítimos e

2.3. Matrimonio, status y legitimidad.

La distinción entre matrimonio legítimo y otras uniones que, aunque no eran reprobadas, tenían un *status* inferior aparece no sólo en los sistemas más primitivos sino también en el derecho romano y el derecho civil de muchas naciones del continente europeo, en el lapso de tiempo que va hasta los inicios de los tiempos modernos.

Desde una perspectiva sociológica, la significación del matrimonio legítimo radica en que posibilita que la familia opere como una institución que otorga *status*.

En culturas o grupos sociales donde el matrimonio es sencillamente la decisión de las partes de vivir juntas y criar a los hijos en común, y donde el matrimonio no implica intercambio alguno de posesiones; la relación de pareja tiende a ser disuelta simplemente por la deserción o separación de las partes. En la medida que el matrimonio se hace más complejo, generalmente en relación con patrimonios importantes en juego, se suele complicar el procedimiento para su disolución. Tal complejidad, radicaría en la relevancia que se le da al matrimonio tanto en jerarquización como a la vinculación con la propiedad.

ilegítimos, suprimiéndose las desventajas para aquéllos que habían nacido fuera del matrimonio. Se incluyó la nomenclatura de hijos "matrimoniales" y "no matrimoniales" para el sólo efecto de reflejar una realidad ineludible, pues todos los hijos son iguales ante ley y por lo tanto gozan del mismo status jurídico. Este cambio legislativo ilustra como el derecho se legitima a través de plasmar en leyes los cambios que ocurren en una sociedad determinada.

2.4.-La importancia del *affectio maritalis* en Roma.

En la época de la última República romana y en la Roma Imperial, el matrimonio era para los romanos, como para otros pueblos de la antigüedad, una cuestión de facto más que de iure¹³: se asumía que dos personas estaban casadas no por la circunstancia de que hubiesen tomado parte en alguna ceremonia, sino porque vivían de hecho como marido y mujer.

El derecho romano aceptaba como matrimonio lo que consuetudinariamente se hubiera postulado como tal. Originalmente, sin importar como hubiese comenzado el matrimonio, éste dejaba siempre a la esposa bajo el control legal (*manus*) del marido. En tiempos de la última República se dio paso al matrimonio libre y consensual, (sin *manus*), en el que el matrimonio comenzaba simplemente cuando hombre y mujer comenzaban una vida en común, siempre que existiera el *affectio maritalis*, el cual consistía en considerarse entre sí como marido y mujer. Si cesaba el *affectio maritalis* el matrimonio llegaba a su término; esto ocurría tanto en el caso de que las partes de mutuo acuerdo se separaban o cuando uno de los esposos abandonaba el hogar y notificaba al otro de su decisión.

En conclusión, a fines de la era romana, el derecho poco tenía que ver con la institución social del matrimonio. La idea de regular legalmente la constitución del matrimonio, el comportamiento en él y su disolución era desconocido y la legislación de los emperadores cristianos había intentado de modo muy limitado controlar legalmente la disolución del matrimonio, aceptando todos ellos implícitamente la premisa de que el vínculo podía disolverse.

¹³ H.F Jolowicz, Historical Introduction to the Study of Roman Law (1967), Mary Ann Glendon Ob. Cit p. 113.

2.5. La jurisdicción eclesiástica

Tras el desmembramiento del Imperio Romano de Occidente en el siglo V d.C., la Iglesia cristiana quedó no sólo intacta sino que se volvió más fuerte. A pesar de la gran influencia que la Iglesia ejerció sobre el poder secular, la sujeción de los asuntos conyugales a la jurisdicción eclesiástica y la consolidación de la doctrina de la indisolubilidad del matrimonio requirieron ambas, de varios siglos¹⁴. El vínculo matrimonial siguió reglamentado por normas sociales (la edad justa para casarse, la elección de las partes y la descendencia legítima). La jurisdicción eclesiástica sobre el matrimonio se impuso sólo muy gradualmente y, en buena medida, en un proceso de compromiso con las prácticas de la comunidad y adaptación a ellas, e incluso de incorporación a las mismas, involucrándose muy lentamente en la formación del matrimonio, por ejemplo, con la bendición del matrimonio por un sacerdote, práctica que siglos después se convirtió en un requisito.

Durante la edad media, se pasó paulatinamente de la costumbre de intercambiar promesas matrimoniales en el portal de la Iglesia a prescribir estas ceremonias con el carácter de públicas.

La aspiración de la Iglesia a la jurisdicción exclusiva sobre las causas maritales y la idea novedosa de que el matrimonio era indisoluble estuvieron ambas íntimamente relacionadas con el concepto cristiano de que el matrimonio era no sólo una institución natural y un contrato entre los esposos, sino a la vez un sacramento, esto es, un canal de la gracia divina.

La norma de que una pareja debía intercambiar consentimiento en presencia de un sacerdote para que el matrimonio fuera válido, apareció recién

¹⁴ Ob. Cit Mary Ann Glendon p. 164-173

en el siglo XVI. Desde el Concilio de Trento (1545-1563) en adelante, se confirma el consentimiento como elemento central del matrimonio, el cual le daba el valor de sacramento; pues eran los propios contrayentes quienes oficiaban de ministros del sacramento, y no la presencia de un sacerdote.

La idea de la indisolubilidad del matrimonio no prendió fácilmente en el mundo antiguo, la Iglesia hubo de luchar contra hábitos sociales fuertemente arraigados. Los anglosajones, los francos y otras tribus germanas, además de los romanos habían permitido el divorcio. Los matrimonios eran susceptibles de disolución -sin intervención de ningún juez- por mutuo consentimiento o por el repudio unilateral, a veces mediante el pago de una multa. Significa esto que la familia que coexistiera bajo este tipo de matrimonio, dependía de la decisión de los actores. Así, durante siglos, debido a que la Iglesia sólo tenía poder sobre los cristianos, se vio forzada a ejercer un alto grado de tolerancia, y hasta cierto punto incluso aceptó el divorcio y las nuevas nupcias.

La jurisdicción eclesiástica sobre las causas matrimoniales y las bases de un sistema de derecho canónico se establecieron en Francia y Alemania a fines del siglo décimo y en Inglaterra a mediados del duodécimo.

La doctrina del matrimonio sacramental proveyó, la base teórica para la reafirmación de la autoridad eclesiástica sobre un área de la vida que previamente no había estado sujeta a ningún tipo de control oficial sistemático, manteniéndose estrictamente en el área de “lo privado”. La idea de que la regulación del matrimonio o las sentencias relacionadas con disputas matrimoniales podían o debían quedar a cargo de la comunidad política y secular no fue considerada seriamente hasta el siglo XVI y el advenimiento de la reforma protestante.

La jurisdicción obtenida por los tribunales eclesiásticos respecto del matrimonio, fue nuevo en la historia del hombre. El sistema normativo del derecho canónico, formulado y organizado sistemáticamente al estilo del derecho surgido con el Imperio Romano, no gozó de inmediata aceptación en la vida social, pero tuvo con el tiempo efectos perdurables y de gran alcance en todo el derecho de familia de Occidente¹⁵, efectos que han subsistido hasta hoy.”¹⁶

Lo anteriormente señalado puede dar respuesta a porqué el matrimonio quedó sometido a alguna forma de regulación oficial, cómo fue elaborado interpretativamente por las normas legales y cómo llegó a ser legalmente indisoluble. Hay abundante evidencia de que el matrimonio fue considerado, de manera generalizada, como un asunto básicamente privado incluso después de que se estableciera la jurisdicción eclesiástica y la norma de indisolubilidad quedara consolidada en el derecho canónico.

Una vez consolidada la norma de la indisolubilidad, se hizo necesario enumerar con todo detalle que tipo de uniones no eran susceptibles de disolución y fuera de las cuales todo intercambio sexual era considerado ilícito. De esta forma el matrimonio hubo de ser definido como nunca antes.

2.6. Matrimonio y consentimiento.

Poco a poco la preocupación del mundo secular por resguardar el patrimonio de los respectivos cónyuges en matrimonios validados sólo por el

¹⁵ En Chile con la nueva ley de matrimonio civil podemos observar respecto a los requisitos del divorcio su similitud con los establecidos para la separación en el derecho canónico, conocida como de “lecho y techo”.

¹⁶ Ob. cit. Mary Ann Glendon p.169

consentimiento y el potencial de abuso, especialmente en el caso de abundantes bienes materiales en juego, hace que se instalen requisitos para darle validez al consentimiento: así, el Concilio de Trento establece el consentimiento paterno como requisito del matrimonio eclesiástico y el *Decreto Tametsi* (1564) dispone que ningún matrimonio es válido si no cuenta con la presencia de un sacerdote y otros testigos. Pero al parecer, el *decreto Tametsi* y todas sus contrapartidas en el orden secular tuvieron escasa incidencia en las prácticas matrimoniales en otros sectores fuera de los pudientes.

En muchos lugares, quienes buscaban una justificación legal para el control paterno de la unión conyugal hallaron un mayor eco para sus propuestas en las autoridades seculares. Luego de que Martín Lutero condenara los matrimonios clandestinos porque posibilitaban que extraños, sin la aprobación previa de los padres, se insertaran por esta vía en familias acaudaladas y obtuvieran parte de su patrimonio, se hizo obligatoria en las bodas la presencia de un ministro.¹⁷ De esta manera la decisión de constituir un matrimonio queda condicionada a decisiones parentales, al servicio de resguardar que los bienes materiales o posesiones quedaran a resguardo.

2.7. Reforma y secularización.

La indisolubilidad jurídica tiene su origen en el carácter sacramental del matrimonio; entre los siglos XVI y XVIII la Iglesia vio menoscabada en gran parte de Europa Occidental su jurisdicción sobre el matrimonio, transfiriéndose ésta a los nuevos estados emergentes. Aquí, los gobiernos seculares en vez

¹⁷ En Francia la validez del matrimonio pasó a depender del consentimiento de los padres mediante la Ordenanza de Blois de 1579 y durante el siglo XVII el derecho galo prosiguió de varias otras formas.

de crear cuerpos legales nuevos, adoptaron gran parte del conjunto de normas del derecho canónico, modelando las nuevas leyes de divorcio a partir de las reglas eclesiásticas que regían la separación de “lecho y techo”. Los reformadores, quienes rechazaban la idea de que el matrimonio fuese un sacramento, pero daban por sentado que las regulaciones del matrimonio secular debían conformarse a las enseñanzas cristianas, reinterpretaron las enseñanzas cristianas para permitir el divorcio, entendiéndolo como un castigo a la grave violación a los deberes conyugales y en especial al adulterio, aunque gradualmente introdujeron otras causas.

Es importante el tomar conciencia acerca de la manera en que el movimiento de Reforma transfirió en muchos sitios, los asuntos matrimoniales a la esfera jurisdiccional del Estado secular, pues nos permite entender como adquirió su forma original buena parte del derecho (relativo a la celebración y disolución del matrimonio)¹⁸

Con respecto a la interrogante de como fue que el derecho secular llegó a regular, una materia en la que el derecho canónico y el derecho romano se habían abstenido, esto es la organización y el comportamiento en el seno familiar, se puede establecer que este cuerpo del derecho se originó en dos movimientos no ligados a la corriente reformadora, aunque estos últimos pavimentaron el camino:

- 1-. Aparición del pensamiento humanista e individualista
- 2-. Estado absolutista.

¹⁸ Ob. Cit Mary Ann Glendon p.175

2.8. El matrimonio como contrato

Para la jurisdicción eclesiástica el consentimiento era esencial para la existencia del matrimonio. Martín Lutero y John Locke hacían hincapié en la faceta del matrimonio como un contrato civil, lo cual resultaba atractivo para los revolucionarios galos que buscaban terminar con todo vestigio de la jurisdicción eclesiástica. Este enfoque contractual permite sentar las bases para el divorcio por mutuo consentimiento y para la regulación estatal no sólo de la celebración y disolución del contrato matrimonial, sino de su contenido.

Muchos de los códigos de la época buscaban regular los más ínfimos detalles de la más íntima de las relaciones, de un modo desconocido en el derecho romano y eclesiástico. En ocasiones estos extremos de juridización buscaban algunos intereses específicos del Estado, como por ejemplo, el de aumentar la población. En otras ocasiones estaban al servicio de los grupos dominantes en la sociedad – como cuando se reforzaba el control familiar sobre los matrimonios -.¹⁹ Jean Carbonier acuñó el término panjuricidad (*panjurism*) para describir este *ethos* legal impregnado de la noción de que todo es derecho.²⁰

En las culturas occidentales, la tendencia ha sido tratar los asuntos de familia en principio, con sujeción a las leyes del Estado Secular; de esta manera se pueden identificar dos variantes: aquella que intenta establecer mecanismos

¹⁹ Así el Código Prusiano de 1794 se pronunciaba sobre asuntos como el momento en que podía declinarse la relación sexual íntima, aquél en que la ausencia del esposo quedaba excusada , e incluso la edad en que el bebé podía ser atendido en el lecho de sus padres. Ob cit. Mary Ann Glendon p.176

²⁰ En Francia la propensión a la reglamentación jurídica posibilitó el desarrollo de dos instituciones: la ceremonia obligatoria del matrimonio y el registro público del estado civil. Desde el país galo la ceremonia civil se difundió a todo el mundo, al menos como una forma opcional de contraer matrimonio. Asimismo Francia proveyó el modelo para los sistemas de registro laico del estado civil que ahora se emplean en todo el mundo.

legales que se correspondan con los patrones de creencias o de comportamiento ampliamente compartidos por los grupos y subgrupos de los que se compone la sociedad (Inglaterra y Francia entre otros países europeos) y otra que adopta un enfoque alternativo en base a lo que algunos denominan la *ideología de la tolerancia* (Estados Unidos y Suecia), el derecho secular de familia en estos últimos países, se abstiene por lo general, de intentar articular una moral común, limitándose a definir los actuales límites externos de la diversidad permisible en los asuntos familiares, al tiempo que deja el máximo espacio para la libre elección y evita cualquier juicio de valor aparte de los que propicien la libertad individual.

2.9. Siglo XX

Los procesos de secularización de la jurisdicción matrimonial vinieron a coincidir con ciertas tendencias dentro del pensamiento jurídico que habrían de llegar a su punto cúlmine en el siglo XIX. Las reglas legales, que a menudo no eran sino la resolución temporal de intereses en conflicto, adquirieron vida propia. Paralelamente, comenzó a asimilarse cada vez más la noción de *legitimidad* a la de *legalidad*²¹

Esta idea de que el derecho puede conferir legitimidad no es en modo alguno evidente por sí misma. El comportamiento familiar en el seno de las sociedades pre-modernas, como revisamos en los apartados anteriores, estuvo largo tiempo inspirado por nociones de legitimidad, incluidas en las costumbres, las convenciones y la religión. Siglos después de que las normas legales entraran en escena, ellas eran expresión de ideas sobre la vida familiar de origen consuetudinario y religioso. Sin embargo, igual que la costumbre puede

²¹ Para un concepto de legitimidad y legalidad véase apartado 2.2

convertirse en derecho, el derecho puede a su vez adquirir, hasta cierto punto, la fuerza de la tradición. Todo lo anterior se puede resumir en lo que señala Daniel Lev: *“En los sistemas legales los conceptos y estructuras desarrollados en una época se convierten a partir de allí, en mitos que transforman en principios y hábitos asuntos que una vez fueron cuestiones de intereses y poder”*.²²

En la primera mitad del siglo XX, los sistemas que configuran el derecho de familia occidental compartían entre sí varios supuestos comunes. El derecho concerniente a las relaciones domésticas estaba organizado en torno a una concepción unitaria de familia, el matrimonio confería status social a los cónyuges y a los hijos. La familia orbitaba en torno al matrimonio, el cual duraba hasta la muerte de alguno de los contrayentes, salvo alguna causa grave. Otro de los principios que inspiraba era la solidaridad familiar y la vida en comunidad por sobre la personalidad e intereses de los integrantes de la familia. Respecto a los roles: el marido-padre era la figura predominante en la toma de decisiones y debía cubrir las necesidades materiales de la familia; por otro lado la esposa-madre debía velar por el hogar y los hijos. Respecto al matrimonio, la procreación y la crianza se consideraban sus objetivos básicos. Las relaciones sexuales eran exclusivas entre los cónyuges por lo menos respecto de la esposa. Se daba por supuesto que el matrimonio, la procreación y el divorcio tenían lugar en categorías legales; respecto a los hijos ilegítimos casi no tenían existencia legal. Tras los anteriores supuestos se colige la idea de que el Estado podía y debía reglamentar la formación de la familia, su organización y disolución, a la luz de ciertas ideas compartidas acerca del matrimonio y la vida familiar. Al mismo tiempo existía el principio legal de que el Estado debía

²² Daniel S. Lev, “Colonial Law and the Genesis of the Indonesian State (1985), pp57,69. Ob.cit. Mary Ann Glendon p. 178-179

abstenerse de traspasar el umbral en que funcionaba la familia, especialmente en lo relacionado a la crianza.²³

Es importante destacar que el relato de los sistemas legales de Occidente acerca de la vida familiar variaba de un país a otro en sus énfasis y detalles y estaba , en todas partes , bastante más próximo a las ideas y el comportamiento de las clases medias que a las concepciones y conductas de los sectores más pobres o acaudalados.

En la actualidad observamos como los anteriormente citados supuestos acerca de la familia han cambiado en especial desde la década del 60´ en adelante; pero ya anteriormente, sus cimientos evidenciaban algunas resquebrajaduras. Así, las tendencias individualistas, igualitarias y secularizadoras, que desde el siglo XVIII fueron cobrando influencia creciente en los sistemas legales de occidente, después de haber sido tendencias sociales al margen, se convirtieron en la corriente dominante dentro del derecho de familia. Dichas tendencias legales captaron y formalizaron múltiples facetas de los desarrollos sociales y económicos que habían socavado gradualmente un supuesto que era la esencia misma del derecho de familia decimonónico: la idea de que la familia y el matrimonio eran dos factores cruciales para la estabilidad económica y la posición social de un individuo. Hoy en día la riqueza, el poder y la posición de que goza un individuo están cada vez menos determinadas por la pertenencia a una familia y cada vez más por su propia actividad dentro de la fuerza laboral o dicho en términos negativos, por su relación dependiente del Estado. Por cierto que la familia sigue ejerciendo una influencia decisiva en las proyecciones de vida de sus integrantes, pero dicha

²³ Un punto interesante de comparación en lo que respecta al Chile del siglo XXI, tiene que ver con que el Estado a fin de resguardar intereses superiores, no relacionados con las llamadas "instituciones de orden público" sino con el fin de preservar derechos fundamentales, ha traspasado este umbral de privacidad de la esfera doméstica familiar; un ejemplo de ello es la modificación del artículo 234 del Código Civil al eliminar al empleo de castigo físico en la crianza de los hijos.

influencia opera, para la mayoría de la gente, en forma indirecta, principalmente por medio de las ventajas psicológicas y de las ventajas materiales que la familia es capaz de ofrecer a sus integrantes en materia de educación, dado que esta última posibilita, a su vez, el acceso a posiciones privilegiadas de status. Sin embargo al modificarse el rol de la familia en la determinación del bienestar personal y el status, toda una forma de percibir el mundo ha cambiado. El individualismo es lo que prima, el derecho de familia trata al matrimonio como una instancia que interesa ante todo, a los individuos implicados. En estos tiempos en que los hijos no aportan ya al nivel que una vez lo hicieron, como ayudantes de la empresa familiar, generando ingresos adicionales o bien operando como un dique de contención frente al desamparo que trae consigo la vejez , la relación paterno-filial se ha vuelto inestable e intensa, en una forma que parece también nueva. “Desde el punto de vista de la sociología la familia moderna se basa [...] en relaciones no estructuradas y fundamentalmente personales, dependientes del mundo exterior para la satisfacción de buena parte de sus necesidades. Y esto repercute cada vez más en el orden interno de la familia”.²⁴

La faceta de cercanía y camaradería del matrimonio contemporáneo se traduce, a nivel jurídico, en la posición más ventajosa que ha adquirido el cónyuge dentro de la legislación que regula las donaciones y sucesiones, mientras que su fragilidad se refleja en la moderna legislación del divorcio, en la cual la terminación del vínculo se ha transformado casi en un asunto de derechos.²⁵

²⁴ René Köning. "Sociological Introduction" (1974), p 30 .Ob cit Mary Ann Glendon p. 182 .

²⁵ Idem Mary ann Glendon p. 182 .

En el siglo XX cuando el derecho comenzó a tener cada vez más en cuenta a ciertos grupos sociales que antes había descuidado y estos grupos comenzaron a su vez a tener en cuenta al derecho, la aparente discrepancia entre el derecho en si y las tradiciones existentes se hizo mayor. Desde esta perspectiva se entiende porqué el derecho de familia tenía una aplicación tan restringida hasta fecha relativamente reciente.

El derecho de familia, al igual como tuvo que tener en cuenta tiempo antes la mayor importancia de los bienes personales, cuando la tierra dejó de ser la forma básica de riqueza, debió adaptarse a la significación, de múltiples y nuevas formas de propiedad derivadas del trabajo asalariado en grandes organizaciones públicas o privadas, o de la dependencia de ellas. A medida que variaron la importancia relativa de la familia, el trabajo y las prerrogativas gubernamentales para garantizar la seguridad económica, hubo también cambios en las formas de concebir las relaciones familiares.

Respecto a la intervención estatal en el siglo XX, existe una relación entre el incremento de esta intervención y la pérdida de las funciones de la familia, dentro de este punto llama la atención el hecho de que muchas tareas antiguamente desarrolladas por la familia, han sido asumidas por organismos externos, y aunque no obstante la familia ha compartido sus funciones con otros entes sociales, la diferencia radica en que hoy en día tales instituciones pueden ser entidades burocráticas lejanas – grandes sistemas educacionales, organismos de asistencia social , por ejemplo- en lugar de los vecinos , benefactores, la escuela o la parroquia de la localidad .

Al variar la naturaleza de la interdependencia entre las familias y los sistemas de apoyo externo, el derecho privado relacionado con los vínculos

domésticos tiende a perder terreno o se fusiona con una amplia gama de leyes y programas públicos que atañen a la familia.²⁶

En el caso de Inglaterra, Estados Unidos, Francia y la ex Alemania Occidental la porción del derecho público y administrativo que atañe a la familia tiende a cobrar mayor importancia para las familias de escasos recursos, en tanto el derecho de familia tradicional (relativo al sustento, la propiedad marital y la herencia) y el derecho tributario inciden en la vida de la gran mayoría de la clase media. Sin embargo el derecho que regula las relaciones domésticas ha adquirido, en todos lados, un carácter más público y administrativo, al concentrarse en lo que John Eekelarr denominara su función “protectora” y “correctiva”, resolviendo disputas relacionadas con la pensión alimenticia y los hijos o reaccionando ante problemas de abuso y negligencia familiar.

En el proceso de suprimir la regulación en ciertas áreas de la vida familiar, y a la vez dejar algunas otras sujetas a nuevas formas de intervención oficial, el derecho ha tendido a focalizarse ante todo en los individuos. Se encuentra presente la tendencia del derecho y de los programas sociales a fragmentar a la familia en sus componentes individuales y a tratar a sus miembros como individuos separados e independientes. Así encontramos una relación directa del individuo–ciudadano con el Estado sin necesidad de intermediarios, como resultado existe una tendencia a convertir a los individuos, antes que a la unidad familiar, en el sujeto principal del derecho de familia. Las tendencias individualistas son apoyadas además por la necesaria adecuación de estas normas a la Constitución y a los tratados internacionales.

²⁶ Esta fusión se refleja claramente en los países benefactores más avanzados. Así en Suecia existe una progresiva declinación del derecho de familia, al ir integrándose con el derecho relativo a la asistencia social.

La ley niega implícitamente la importancia de la intersubjetividad humana al fortalecer las tendencias individualistas, haciendo caso omiso – como antaño lo hacía el derecho – a la realidad en la que operan la mayoría de las familias, como por ejemplo la situación de las madres con sus hijos pequeños en hogares intactos o que se han dividido.

Junto a las corrientes dominantes hay por supuesto contracorrientes en las cuales los reformadores, especialmente en el mundo romano-germánico, han plasmado ciertas tendencias a mantener los ideales ampliamente aceptados dentro del derecho de familia acomodándolos, pese a todo, en mayor o menor medida, a las necesidades y anhelos de quienes no comparten esos ideales o no pueden vivir en conformidad a ellos. Así se ha apreciado el uso ocasional de la instancia legislativa como una oportunidad para el diálogo social. En los sistemas jurídicos continentales se tiende a ver los derechos como naturalmente aparejados a ciertas responsabilidades ya que el individuo suele ser percibido dentro de un contexto social. Pareciera al mismo tiempo, que en los sistemas romano-germánicos hay un mayor reconocimiento de que el sistema jurídico, junto a otras fuerzas sociales, puede contribuir a su modo y con las restricciones del caso, a la edificación de ese universo de significados dentro del cual se configuran las creencias, los sentimientos y las actitudes.²⁷

2.10. Desafíos contemporáneos.

Pese a que el sistema legal ha desplazado su foco de atención de la familia al individuo, la sociedad descansa hasta hoy en la primera y espera aún que ella juegue un papel crucial en el cuidado de los niños y jóvenes, los ancianos, los enfermos, los discapacitados graves y los necesitados. Incluso en los Estados benefactores más avanzados, las familias de todos los niveles

²⁷ *Ibíd.* p.187-188

socioeconómicos son un recurso fundamental para el Estado, ya que comparten con los organismos públicos en múltiples formas y en mayor o menor grado, el peso de la dependencia. La relación entre Estado y familia en esta perspectiva se orienta hacia objetivos materiales de necesidades de apoyo y de tipo economicista.

Históricamente la mayoría de los programas de asistencia social se desarrollaron sobre la premisa de que los individuos debían recibir ayuda estatal sólo cuando su familia era incapaz de cuidar de ellos. Dicho supuesto cambió en forma gradual. La capacidad de la familia para llevar a cabo esas tareas que la sociedad le encarga, se ha visto alterada por los cambios en la estructura familiar, en los índices de participación femenina, en la fuerza laboral y en el carácter mismo de la dependencia. La familia moderna de dos proveedores con hijos, y en particular la familia de un único progenitor, que debe lidiar con sus miembros dependientes, ha de descansar en mayor medida en sistemas de apoyo externo. El problema de la ayuda familiar está ligado a varias otras cuestiones problemáticas y relacionadas con la política demográfica, con la igualdad de géneros y con la política laboral.

La gran mayoría de los países del Occidente están tratando de definir un concepto de igualdad entre los sexos que tenga en cuenta el papel de la mujer en la procreación y la crianza, sin que ello signifique perpetuar su subordinación. Pese al hecho de que esa noción igualitaria ha sido una de las influencias transformadoras más poderosas dentro del derecho de familia moderno, los problemas fundamentales que aún queda por resolver dentro del derecho de familia y la política familiar son los que se relacionan con la situación de las mujeres que están criando sus hijos, puesto que ellas soportan la carga de otras funciones hogareñas y trabajan al mismo tiempo en oficios en

que su paga, su status y su propia seguridad son inferiores a los de la mayoría de los trabajadores varones.

Se han puesto en marcha modificaciones en la legislación interna de los países para robustecer a la mujer en sus variados roles sociales puesto que de esta forma actualmente se está protegiendo a la familia, que a nuestro entender, es un grupo social en constante evolución al cual las leyes deben dar el margen discrecional para autovalerse por si mismas.

En la actualidad el derecho de familia en diversos sistemas legales occidentales ha encontrado lineamientos generales en común que se traducen en el repliegue progresivo de la reglamentación oficial relativa a la constitución del matrimonio, a su disolución y al manejo de la vida familiar, y por otro lado con una normativa creciente de las consecuencias económicas y sobre los hijos, además de la reglamentación de la cohabitación formal e informal. Han surgido nuevas imágenes jurídicas respecto a los roles y relaciones familiares, las que son similares entre sí.

Principalmente desde el siglo XX, muchas normas tradicionales del derecho de familia han sido incoherentes con los derechos incluidos en diferentes Cartas Fundamentales o con las Convenciones Internacionales, en especial en lo relativo a la igualdad en las relaciones familiares, por lo cual hay un proceso de adecuación de la legislación interna con aquellas normas emanadas de la Constitución y los Tratados internacionales. Se percibe un cambio en la relación del Estado con la familia, eliminándose regulaciones donde antes había un mayor control del Estado y, por otro lado, intensificando su intervención en otras áreas.

CAPÍTULO III

LA CONSTITUCIÓN CHILENA Y EL TRATAMIENTO QUE SE LA DA A LA FAMILIA

3.1 Tratamiento conferido a la familia en las Constituciones anteriores

En este apartado mostraremos cual ha sido el desarrollo del concepto de familia en las Constituciones anteriores a la actual, partiendo por la de 1822 hasta la de 1925.

3.1.1. Constitución 1822

Artículo 9: "Todo chileno debe llenar las obligaciones que tiene para con Dios y los hombres siendo virtuoso, honrado, benéfico, buen padre de familia, buen hijo, buen amigo, buen soldado, obediente a la Constitución y a la ley y funcionario fiel, desinteresado y celoso."

Artículo 14: (Capítulo II de los Ciudadanos)

"Son ciudadanos:

Todos los que tienen la calidades contenidas en el artículo 4^o con tal que sean mayores de veinticinco años o casados y que sepan leer y escribir, pero esta última calidad no tendrá lugar hasta el año 1833."

3.1.2 Constitución 1823

Artículo 258 (Título XXII Moralidad Nacional)

"Se establecerán cuatro fiestas cívicas en el año, decoradas de toda la pompa exterior e incentivos heroicos posibles, en cuyos días serán también honrados y premiados los que se hayan distinguido en las virtudes análogas a aquella fiesta. Ellas se dedicarán: (...)

2-. A la justicia, **al amor y respeto filial** y a la sumisión a los magistrados.

3.1.3. Constitución 1828

Artículo 1º: (Capítulo I de la Nación)

“La nación chilena es la reunión política de todos los chilenos naturales y legales. Es libre e independiente de todo poder extranjero. En ella reside esencialmente la soberanía y el ejercicio de ésta en los poderes supremos con arreglo a las leyes. **No puede ser el patrimonio de ninguna persona o familia.**” (El énfasis es nuestro)

Artículo 7 (Capítulo II De los Chilenos)

“Son ciudadanos activos:

1º Los chilenos naturales que habiendo cumplido veintiún años o antes si fueren casados o sirvieron en la milicia, profesen alguna ciencia, arte o industria o ejerzan un empleo o posean un capital en giro o propiedad raíz de que vivir.”

Artículo 28: (Capítulo VI Del Poder Legislativo)

“Para ser elegido diputado se necesita:

1º Ciudadanía en ejercicio

2º **Veinticinco años cumplidos siendo soltero o antes siendo casado**

3º Una propiedad, profesión u oficio de que vivir decentemente.” (El énfasis es nuestro)

3.1.4 Constitución de 1833

Artículo 8:

“**Son ciudadanos activos** con derecho a sufragio: los chilenos que habiendo cumplido **veinticinco años, si son solteros, y veintiuno, si son casados**, y sabiendo leer y escribir tengan alguno de los siguientes requisitos [...]” (El énfasis es nuestro)

En agosto de 1888 se realizó una reforma a la Constitución en la cual se señala que son ciudadanos los chilenos mayores de veintiún años eliminándose el requisito del matrimonio. ²⁸

Artículo 12 :

“La Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

1-. La igualdad ante al ley. En Chile no hay clase privilegiada.

5-. La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción de las que pertenezcan a particulares o comunidades, y sin que nadie pueda ser privado de la de su dominio, ni de una

²⁸ UNIVERSIDAD DE CHILE .En: Fuentes documentales y bibliográficas para el estudio de la Historia de Chile. Colecciones documentales en texto completo, documentos, textos constitucionales chilenos, reformas a la Constitución de 1833. Referencia electrónica:http://www.historia.uchile.cl/CDA/fh_article/0,1389,SCID%253D10742%2526SID%253D417%2526PRT%253D10717%2526JNID%253D12,00.html. [consulta: 8 enero 2007]

parte de ella por pequeña que sea, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial; salvo el caso en que la utilidad del Estado , calificada por una ley , exija el uso o enajenación de alguna; lo que tendrá lugar dándose previamente al dueño la indemnización que se ajustare con él , o se avaluare a juicio de hombres buenos .”

Respecto a la inviolabilidad de la propiedad no se le relaciona con el hogar ni con la familia.

La ley de 13 de agosto de 1874, reforma las causales de suspensión y pérdida de la ciudadanía, la adquisición de la nacionalidad y las garantías constitucionales (modifica el derecho de petición y se agregan los derechos de reunión y de asociación y la libertad de enseñanza). De este modo se incorpora el derecho a la Libertad de Enseñanza

Artículo 12.

“La Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

6º [...] (inciso 5)La libertad de enseñanza.”

3.1.5. Constitución 1925

Se señala que ésta propenderá a la conservación de la familia

Artículo 10 nº1:

“La igualdad ante la ley. En Chile no hay clase privilegiada.”

Artículo 10 nº4:

“**El Estado propenderá** a la conveniente división de la propiedad y a la **constitución de la propiedad familiar** .” (El énfasis es nuestro)

Artículo 10 Nº 7º:

“La libertad de enseñanza.

La educación pública es una atención preferente del Estado.

La educación primaria es obligatoria.

Habrá una Superintendencia de educación pública a cuyo cargo estará la inspección de la enseñanza nacional y su dirección bajo la autoridad del Gobierno”

Con la introducción de la ley 17398 de 1971 que se refiere al pacto de garantías democráticas que realizó el gobierno de Allende por solicitud de la Democracia Cristiana, en materia de educación se modifica el actual artículo ya que se elimina de la Constitución la disposición relativa a que la educación es una atención preferente del Estado y también la existencia de la Superintendencia de Educación, quedando sólo en el texto constitucional lo relativo a la libertad de enseñanza.

"La educación es una función primordial del Estado, que se cumple a través de un sistema nacional del cual forman parte las instituciones oficiales de enseñanza y las privadas que colaboren en su realización, a los planes y programas establecidos por las autoridades educacionales" (Artículo 10 N° 7 inc. 3°).

"La educación que se imparta a través del sistema nacional será democrática y pluralista y no tendrá orientación partidaria oficial. Su modificación se realizará también en forma democrática, previa libre discusión en los organismos competentes de composición pluralista" (Artículo 10 N° 7, inc. 6°).

"El personal académico es libre para desarrollar las materias conforme a sus ideas, dentro del deber de ofrecer a sus alumnos la información necesaria sobre las doctrinas y principios diversos y discrepantes" (Artículo 10 N° 7 inc. 12).²⁹

Artículo 10 N°12:

*"La **inviolabilidad del hogar**.: La casa de toda persona que habite el territorio chileno sólo puede ser allanada por un motivo especial determinado por la ley y en virtud de orden de autoridad competente." (El énfasis es nuestro)*

Artículo 10 N°14 :

*"La protección al trabajo, a la industria y a las obras públicas de previsión social, especialmente en cuanto se refieren a la habitación sana y a las consideraciones económicas de la vida, **en forma de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar, adecuado a la satisfacción de sus necesidades personales y a las de su familia**. La ley regulará esta organización." (El énfasis es nuestro)*

Según el profesor Silva Bascuñan, en la Constitución de 1925 existe un rechazo al individualismo y la comprensión de una convivencia nacional, en la cual la sociedad organizada en el Estado constituya un agente activo preocupado de facilitarla y de velar por el interés de todos y particularmente del

²⁹ SILVA BASCUÑAN, Alejandro y OTRO. En I. Artículos de doctrina derechos humanos en la constitución de 1925. Revista Ius et Praxis v.9 n.1 Talca 2003. Referencia electrónica: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000100013&script=sci_arttext. &pid=S0718-00122003000100013&Ing=es&nrm=iso. ISSN 0718-0012. [consulta: 8 enero 2007]

de quienes están más desprovistos de medios. Claro Ejemplo de lo anterior se contempla en el recién citado N° 14 del art. 10³⁰

Artículo 18:

“En las causas criminales no se podrá obligar al inculpado a que declare bajo juramento sobre hecho propio, así como tampoco a sus ascendientes, descendientes, cónyuge y parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive.”

³⁰ Ibíd.

TABLA # 1: EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DEL CONCEPTO DE FAMILIA

TÓPICOS	Constitución 1822	Constitución 1823	Constitución 1828	Constitución 1833	Constitución 1925	Actual Constitución
VIRTUDES PÚBLICAS EN RELACIÓN A LA FAMILIA	Artículo 9: "Todo chileno debe llenar las obligaciones que tiene para con Dios y los hombres siendo virtuoso, honrado, benéfico, buen padre de familia, buen hijo, buen amigo, buen soldado, obediente a la Constitución y a la ley y funcionario fiel, desinteresado y celoso."	Artículo 258 (Título XXII Moralidad Nacional) "Se establecerán cuatro fiestas cívicas en el año, decoradas de toda la pompa exterior e incentivos heroicos posibles, en cuyos días serán también honrados y premiados los que se hayan distinguido en las virtudes análogas a aquella fiesta. Ellas se dedicarán: 2-. A la justicia, al amor y respeto filial [...]"				

TABLA # 1: EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DEL CONCEPTO DE FAMILIA

TÓPICOS	Constitución 1822	Constitución 1823	Constitución 1828	Constitución 1833	Constitución 1925	Actual Constitución
CIUDADANÍA Y STATUS MATRIMONIO	<p>Artículo 14: (Capítulo II de los Ciudadanos) "Son ciudadanos: Todos los que tienen la calidades contenidas en el artículo 4° con tal que sean mayores de veinticinco años o casados y que sepan leer y escribir, pero esta última calidad no tendrá lugar hasta el año 1833."</p>		<p>Artículo 7 (Capítulo II De los Chilenos) "Son ciudadanos activos: 1° Los chilenos naturales que habiendo cumplido veintiún años o antes si fueron casados o sirvieron en la milicia, profesen alguna ciencia, arte o industria o ejerzan un empleo o posean un capital en giro o propiedad raíz de que vivir."</p>	<p>Artículo 8 : "Son ciudadanos activos con derecho a sufragio: los chilenos que habiendo cumplido veinticinco años, si son solteros, y veintiuno, si son casados, y sabiendo leer y escribir tengan alguno de los siguientes requisitos [...] "</p>		

TABLA # 1: EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DEL CONCEPTO DE FAMILIA

TÓPICOS	Constitución 1822	Constitución 1823	Constitución 1828	Constitución 1833	Constitución 1925	Actual Constitución
CIUDADANÍA Y STATUS MATRIMONIO			<p>Artículo 28: (Capítulo VI Del Poder Legislativo) “Para ser elegido diputado se necesita: 1º Ciudadanía en ejercicio 2º Veinticinco años cumplidos siendo soltero o antes siendo casado 3º Una propiedad, profesión u oficio de que vivir decentemente.”</p>	<p>*En agosto de 1888 se realizó una reforma a la Constitución en la cual se señala que son ciudadanos los chilenos mayores de veintiún años eliminándose el requisito del matrimonio.</p>		

TABLA # 1: EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DEL CONCEPTO DE FAMILIA

TÓPICOS	Constitución 1822	Constitución 1823	Constitución 1828	Constitución 1833	Constitución 1925	Actual Constitución
PROPIEDAD FAMILIAR					<p>Artículo 10 n°4: “El Estado propenderá a la conveniente división de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar.”</p>	

TABLA # 1: EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DEL CONCEPTO DE FAMILIA

TÓPICOS	Constitución 1822	Constitución 1823	Constitución 1828	Constitución 1833	Constitución 1925	Actual Constitución
LIBERTAD DE ENSEÑANZA					<p>Artículo 10 N°7: “La libertad de enseñanza. La educación pública es una atención preferente del Estado. La educación primaria es obligatoria. Habrá una Superintendencia de educación pública a cuyo cargo estará la inspección de la enseñanza nacional y su dirección bajo la autoridad del Gobierno”</p>	<p>Artículo 19 n° 11 “La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales. La libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional. La enseñanza reconocida oficialmente no podrá orientarse a propagar tendencia político partidista alguna.</p>

TABLA # 1: EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DEL CONCEPTO DE FAMILIA.

TÓPICOS	Constitución 1822	Constitución 1823	Constitución 1828	Constitución 1833	Constitución 1925	Actual Constitución
LIBERTAD DE ENSEÑANZA					<p>Artículo 10 N° 7 inciso 3°: Por reforma constitucional de la ley 17.398 se modifica este numeral, sustituyéndose por: "La educación es una función primordial del Estado, que se cumple a través de un sistema nacional del cual forman parte las instituciones oficiales de enseñanza y las privadas que colaboren en su realización [...]"</p>	<p>Artículo 19 N° 11 inciso 4: "Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos."</p>

TABLA # 1: EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DEL CONCEPTO DE FAMILIA

TÓPICOS	Constitución 1822	Constitución 1823	Constitución 1828	Constitución 1833	Constitución 1925	Actual Constitución
LIBERTAD DE ENSEÑANZA					<p>Artículo 10 N° 7 inciso 6°: "La educación que se imparta a través del sistema nacional será democrática y pluralista y no tendrá orientación partidaria oficial. Su modificación se realizará también en forma democrática, previa libre discusión en los organismos competentes de composición pluralista"</p>	

TABLA # 1: EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DEL CONCEPTO DE FAMILIA

TÓPICOS	Constitución 1822	Constitución 1823	Constitución 1828	Constitución 1833	Constitución 1925	Actual Constitución
LIBERTAD DE ENSEÑANZA					Artículo 10 N° 7 inciso 12: "El personal académico es libre para desarrollar las materias conforme a sus ideas, dentro del deber de ofrecer a sus alumnos la información necesaria sobre las doctrinas y principios diversos y discrepantes"	
DERECHO A LA EDUCACIÓN					Artículo 10 N°7 : La educación pública es una atención preferente del Estado. La educación primaria es obligatoria.	Artículo 19 N°10 : "El derecho a la educación. La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida.

TABLA # 1: EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DEL CONCEPTO DE FAMILIA

TÓPICOS	Constitución 1822	Constitución 1823	Constitución 1828	Constitución 1833	Constitución 1925	Actual Constitución
DERECHO A LA EDUCACIÓN					<p>Artículo 10 N°7 : (incisos 2° y 3°) La educación pública es una atención preferente del Estado. La educación primaria es obligatoria.</p>	<p>Artículo 19 N°10 “El derecho a la educación. La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida. Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho. El Estado promoverá la educación parvularia...”</p>

TABLA # 1: EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DEL CONCEPTO DE FAMILIA

TÓPICOS	Constitución 1822	Constitución 1823	Constitución 1828	Constitución 1833	Constitución 1925	Actual Constitución
PROTECCIÓN FAMILIA					<p>Artículo 10 N° 14: “La protección al trabajo, a la industria y a las obras públicas de previsión social, especialmente en cuanto se refieren a la habitación sana y a las consideraciones económicas de la vida, en forma de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar, adecuado a la satisfacción de sus necesidades personales y a las de su familia. La ley regulará esta organización.”</p>	<p>Artículo 1° inciso 5: “Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”</p>

TABLA # 1: EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DEL CONCEPTO DE FAMILIA

TÓPICOS	Constitución 1822	Constitución 1823	Constitución 1828	Constitución 1833	Constitución 1925	Actual Constitución
INVIOLABILIDAD DEL HOGAR				<p>Artículo 12 N° 5:</p> <p>“La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción de las que pertenezcan a particulares o comunidades [...]”</p>	<p>Artículo 10 N°12:</p> <p>“La inviolabilidad del hogar: La casa de toda persona que habite el territorio chileno sólo puede ser allanada por un motivo especial determinado por la ley y en virtud de orden de autoridad competente.”</p>	<p>Artículo 19 N° 5:</p> <p>“La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y los documentos interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”</p>

TABLA # 1: EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DEL CONCEPTO DE FAMILIA

TÓPICOS	Constitución 1822	Constitución 1823	Constitución 1828	Constitución 1833	Constitución 1925	Actual Constitución
RESPECTO A LA INTIMIDAD FAMILIAR						Artículo 19 N° 4: “El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia”
FAMILIA: NÚCLEO FUNDAMENTAL DE LA SOCIEDAD						Artículo 1° inciso segundo: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”

TABLA # 1: EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DEL CONCEPTO DE FAMILIA

TÓPICOS	Constitución 1822	Constitución 1823	Constitución 1828	Constitución 1833	Constitución 1925	Actual Constitución
SUPRESIÓN DE OBLIGACIÓN DE DECLARAR EN CONTRA DE PARIENTES					<p>Artículo 18: “En las causas criminales no se podrá obligar al inculcado a que declare bajo juramento sobre hecho propio, así como tampoco a sus ascendientes, descendientes, cónyuge y parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive.”</p>	<p>Artículo 19 N° 7 letra f): “En las causas criminales no se podrá obligar al inculcado a que declare bajo juramento sobre hecho propio; tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de éste sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley”</p>

3.2 Actual Constitución y su relación con los Tratados Internacionales ratificados por Chile.

A diferencia de las Constituciones anteriores, encontramos el capítulo I llamado “Bases de la Institucionalidad”, en la cual se establecen, según la mayoría de la doctrina nacional, los principios orientadores de la Carta Fundamental.

No olvidemos que gracias a la reforma constitucional introducida en 1989 al artículo 5 de la Constitución encontramos más normativas acerca de la familia en los tratados de derechos humanos ratificados por Chile.

Las disposiciones en las cuales la Carta Fundamental se refiere a la familia en forma expresa son:

3.2.1. Familia núcleo fundamental de la sociedad (artículo 1 inciso 2)

“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”

3.2.1.1 Tratados Internacionales relacionados con el concepto de familia como núcleo fundamental de la sociedad.

3.2.1.1.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948:

En su artículo 16.3 expresa:

“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad”

3.2.1.1.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

En su inicio reitera idénticamente el texto citado de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

3.2.1.1.3 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre:

En su artículo VI expresa que la familia es:

“[...] elemento fundamental de la sociedad”

3.2.1.1.4. Convención Americana sobre Derechos Humanos:

En su artículo 17.1 reitera lo expresado en el tema por la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Se agrega la protección que se le otorga a la familia por parte del Estado y la sociedad:

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

Respecto al análisis que importa la caracterización de la familia en la Constitución como elemento fundamental de la sociedad, algunos autores como Barrientos Grandon lo interpretan de una manera literal recurriendo a la Real Academia de la Lengua Española, por lo cual familia significaría “el principio y cimiento en que estriba y sobre el que descansa la sociedad” de tal forma que constituye “raíz, principio y origen”³¹ Sostiene el autor que la familia no sólo es el principio de la sociedad, sino también el núcleo que le garantiza su sostén y

³¹ BARRIENTOS GRANDON, Javier y NOVALES ALCAZAR Aranzazu. Nuevo derecho matrimonial chileno. Santiago. Chile. Editorial Lexis Nexis, 2004. p 13.

mantenimiento, de modo que en ella se ve a un cuerpo que, por si mismo, está destinado a la conservación de la sociedad.

3.2.2 .Familia como grupo intermedio (Artículo 1º inciso 3)

“El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”

Aunque existen diversos tipos de familia según sean sus causas generadoras, es indiscutible que una sola persona no forma una familia, pues es un grupo el que la forma, el cual estructura y organiza la sociedad. En vista de lo anterior es que se presenta la familia también como grupo intermedio según lo establecido en el artículo primero inciso tercero de la Constitución que reconoce y ampara a aquellos grupos y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

La familia hay que distinguir, no es como cualquier grupo intermedio, ya que debido a su carácter de núcleo fundamental de la sociedad se diferencia del resto. Así el profesor Silva Bascuñan expone: “Con estas expresiones se reconoce indirectamente que hay en la sociedad muchos otros núcleos, varios de los cuales están mencionados y considerados en el texto de la Carta, como quedará expresado más adelante, de modo que lo que aquí se afirma es que entre tales núcleos la familia es el fundamental”³²

El Estado reconoce, ampara y le garantiza a la familia su “adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”. Lo anterior está

³² SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional . Tomo IV, (9), p.35. Igual posición sostienen los profesores Enrique Evans, Sergio Diez , Javier Barrientos, Mario Verdugo, entre otros .

vinculado a la posición del Estado quien de acuerdo al principio de subsidiariedad, prohíbe la intromisión estatal en los ámbitos que le son propios a la familia, pues según señala Mario Verdugo, “el principio de subsidiariedad constituye un derecho de las sociedades intermedias a realizar por su esfuerzo e iniciativa (autonomía) la consecución de sus fines específicos, subordinados al bien común.”³³ . Así este principio se plasma en nuestra Constitución con:

-El derecho preferente y deber de los padres de “educar a sus hijos” (artículo 19 número 10 inciso 3)

-El derecho de los padres a “escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos” (art 19 número 11 inciso 4)

3.2.3. Derecho preferente y deber de los padres de “educar a sus hijos”. (artículo 19 N°10 inciso tercero)

“Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho”

Este inciso está dentro del numeral 10 del artículo 19, dedicado al derecho a la educación. La Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza N° 18.962 en su artículo 2 inciso segundo se encuentra ligado a este concepto referido a la preferencia que tiene los padres, y por lo tanto la familia, en cuanto al poder de decisión y el deber de educar a sus hijos :

Artículo 2 inciso 2 Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza:

³³ VERDUGO, Mario Y OTROS. Derecho Constitucional. Editorial Jurídica de Chile. Tomo I 1999. p 112

“La educación es un derecho de todas las personas . Corresponde, preferentemente , a los padres de familia el derecho y el deber de educar a sus hijos”.

La L.O.C.E reconoce explícitamente a la familia como primera educadora, puesto que al referirse al propósito de la educación parvularia en el inciso primero del artículo 6 bis³⁴, establece: “Es favorecer de manera sistemática oportuna y pertinente, aprendizajes relevantes y significativos en los párvulos, apoyando a la familia en su rol insustituible de primera educadora”

La L.O.C.E toca un tema importante al diferenciar educación formal e informal, pues señala en su artículo 4 inciso final que esta última “se obtiene en forma no estructurada y sistemática”, entre otras fuentes del “núcleo familiar”.

Este derecho-deber de los padres y su preferencia además lleva aparejado el deber del Estado de prestar especial protección al ejercicio de este derecho y de vigilar el cumplimiento de su deber.

Encontramos una concordancia entre este derecho-deber de la familia en diversos Tratados Internacionales.

3.2.3.1 Tratados Internacionales relacionados con el derecho preferente y deber de los padres de educar a sus hijos

3.2.3.1.1 Artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño:

“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención. “

³⁴ Inciso introducido por la ley 19.771 de fecha 15 de noviembre de 2001

Con el mismo propósito de respeto del Estado en la dirección y orientación de padres y madres encontramos los artículos 14,18, 27 de la Convención de los Derechos del Niño

3.2.4 Derecho de los padres de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos (artículo 19 número 11 inciso 4)

“Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos”

Este derecho se encuentra resguardado por el recurso de protección, y ha tenido un interesante desarrollo jurisprudencial en lo relativo a la negativa de los colegios para matricular a un alumno o renovarles dicha condición , ante lo cual los tribunales han fallado que se trata de un acto arbitrario e ilegal que vulnera el derecho de los padres de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos.³⁵

3.2.4.1 Tratados Internacionales relacionados con el derecho de los padres de escoger el establecimiento de enseñanza para los hijos (artículo 19 N° 11 inciso 4)

3.2.4.1.1 Artículo 13 N° 3 del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales.

“Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso de los tutores legales , de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de

³⁵ Ver fallo de la Corte Suprema de 21 de marzo de 2002 el cual señala que se ha vulnerado la garantía constitucional de los padres de escoger el establecimiento educacional para su hijo, al negársele la renovación de la matrícula, puesto que dicho derecho de elección supone continuidad y permanencia en el tiempo.

las creadas por las autoridades públicas , siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza , a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado .”

3.2.5. Protección estatal de la familia y deber de propender a su fortalecimiento (Artículo 1 inciso quinto)

“Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta...”

En cuanto a este deber del Estado de dar protección y a la vez adoptar una postura activa al propender al fortalecimiento de la familia , se ha suscitado el debate en relación a cual familia es la destinataria de tal actividad por parte del Estado .

Se armoniza este postulado con el principio de igualdad establecido en el artículo 1º inciso 1 y 19º número 2 de nuestra constitución, debido a las distintas causas generadoras de la familia, en especial a la nacida por el matrimonio o por una relación estable de convivencia. Por lo tanto siguiendo los postulados del principio de igualdad, existe la prohibición de establecer diferencias arbitrarias, lo cual se vincula con el principio de proporcionalidad que establece estatutos jurídicos distintos para diferentes situaciones, en este caso realidades familiares diversas, todo lo anterior siempre que esta distinción no se base en una distinción arbitraria. Sostenemos por tanto, que la protección de la familia es respecto de una concepción amplia de ella en virtud del principio de igualdad consagrado en la Carta Fundamental.

3.2.5.1. Tratados Internacionales que consagran la protección estatal de la familia y el deber de propender a su fortalecimiento

3.2.5.1.1. Preámbulo Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos :

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

3.2.5.1.2. Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales.

Artículo 10:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

b) Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para sus constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

1-. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

2-. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición.”

Artículo 11:

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento...”

Este deber del Estado de protección a la familia se concreta en el artículo 19º números 4 y 5 de nuestra Constitución:

3.2.6. Respeto y protección a la vida privada y a la honra de la familia (artículo 19º número 4)

“La Constitución asegura a todas las personas:

El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia.

Desarrolla el postulado anterior la ley 19.733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo que define la esfera privada de las personas entre las que se encuentra los hechos relativos a la vida sexual, conyugal y doméstica.³⁶

3.2.6.1. Tratados Internacionales en los cuales se consagra el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la familia

3.2.6.1.1. Artículo 11 Convención Americana sobre Derechos Humanos

Protección de la Honra y de la Dignidad.

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

3.2.6.1.2. Artículo 17 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

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

³⁶ Artículo 30 inciso final de la ley 19.733: “Se considerarán como pertinentes a la esfera privada de las personas los hechos relativos a su vida sexual, conyugal, familiar o doméstica , salvo que ellas fueren constitutivos de delito”

3.2.7. Inviolabilidad del hogar (artículo 19 número 5)

“La Constitución asegura a todas las personas:

La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”

A través del recurso de protección, se ha ido formando jurisprudencia en el sentido de que esta garantía se extiende también a las familias que se basan en una unión de hecho.

Encontramos un fallo interesante en este sentido, dictado por la Corte de Apelaciones de Valdivia en sentencia pronunciada el 19 de diciembre de 1997, al conocer recurso de protección interpuesto por una mujer sobreviviente a su conviviente, cuya relación duró cuarenta años, en contra de un tercero que le impidió el ingreso al que había sido su hogar en el momento de regresar del funeral de su pareja. La Corte estableció que:

“El hechos descrito importa privación del legítimo ejercicio del derecho que consagra el N° 5 del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile, que garantiza la inviolabilidad del hogar , la que debe ser entendida en relación con quienes ingresan a él como de quienes impiden el ingreso al mismo” (Considerando segundo)

3.2.8 Derechos relacionados con el concepto de familia en Tratados Internacionales ratificados por Chile.

Respecto a los Tratados Internacionales, vinculados al artículo 5º inciso 2 de nuestra Constitución, encontramos en ellos una consagración de derechos relacionados con la familia, ya sea en sus causas generadoras como es el matrimonio: derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, como también la protección que se le da a los niños privados de su medio familiar y la no discriminación de los niños por motivos de nacimiento o condición de sus padres.

3.2.8.1 Derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia.

Vinculado al principio de igualdad, se reconoce el derecho de toda persona a optar por el vínculo matrimonial y a fundar una familia, éste último derecho, según nuestra perspectiva, se refiere a las causas generadoras de la familia como la convivencia y la filiación.

3.2.8.1.1. Artículo 23 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

"[...] 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello.[...]"

3.2.8.1.2. Artículo 17 Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Protección a la Familia

"[...] 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 el principio de no discriminación establecido en esta Convención. [...]"

3.2.8.2. Protección de los niños privados de su medio familiar

El Estado en su rol subsidiario frente al deber de propender al fortalecimiento y protección a la familia, y a su vez, resguardando el Interés Superior del Niño, asume la protección de aquellos niños o adolescentes que temporal o permanentemente no tienen una familia que puedan protegerlos y cubrir sus necesidades tanto materiales como espirituales.

3.2.8.2.1. Artículo 20 Convención de los Derechos del Niño

“1.Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado [...].”

3.2.8.3. Derechos del Niño- Deber de cuidado de la familia

Este deber de cuidado se encuentra vinculado al Interés Superior del Niño -el cual procura el mayor bienestar material y espiritual posible para él- de esta forma, la familia al ser el grupo en el cual el niño o adolescente se desarrolla y encuentra protección, debe asumir un rol de cuidado en cuanto a él como individuo en pleno desarrollo de sus facultades.

3.2.8.3.1. Artículo 24 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

“1. Todo niño tiene derecho, si discriminación alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. [...].”

3.2.8.3.2. Artículo 19 Convención Americana sobre Derechos Humanos

“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”

3.2.8.4. Igualdad y no discriminación por nacimiento.

En virtud del principio de igualdad los seres humanos deben ser tratados como iguales, a menos que haya un criterio relevante para un tratamiento diferenciado. El núcleo del principio de igualdad queda establecido en términos de la razón suficiente que justifique el trato desigual. La profesora Paulina Veloso señala que existe convicción internacional respecto a que las diferencias establecidas entre las personas por el criterio del nacimiento, es decir el hecho de nacer dentro o fuera del matrimonio de los padres, “se estiman todas cuestiones o circunstancias irrelevantes para los efectos de establecer diferencias jurídicas”, y puede calificarse de discriminación arbitraria porque no es justificable, no es racional ni proporcional.³⁷

3.2.8.4.1. Artículo 2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

[...] “2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.[...]

³⁷ VELOSO PAULINA: En Igualdad y Relaciones Familiares. Referencia electrónica: islandia.law.yale.edu/sela/veloss.pdf

3.2.8.4.2 Artículo 2 Convención de los Derechos del Niño

“1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.”

CAPÍTULO IV: DOCTRINA

Una visión desde las ciencias sociales, respecto del concepto de familia, apunta a que más que buscar una definición de familia única, es mejor buscar los elementos comunes a distintas definiciones, con el objeto de descubrir características o aspectos de la familia cuya naturaleza sea más universal. Es por este motivo que analizaremos las diversas posturas que hay en la doctrina nacional respecto al concepto de familia para ver los elementos comunes y divergentes que se encuentren en la comparación de ellas.³⁸

4.1- Visión conservadora de la familia

4.1.1 Sergio Diez

Dentro de la doctrina nacional encontramos una visión conservadora por el profesor Sergio Diez, quien señala respecto del concepto de familia:

“[Es] aquella primera sociedad natural perfecta que tiene como finalidad la propagación de la especie humana sobre la base de la unión estable de un hombre y una mujer”

Elementos primordiales que se desprenden de esta definición :

- Sociedad natural perfecta, es la primera sociedad: visión iusnaturalista de la familia

³⁸ ZILIANI MARÍA EUGENIA. Ob.cit. p. 79.

- Finalidad de reproducción y perpetuación de la especie humana: basada en la religión católica apostólica y romana.

- Unión estable

- Constituida por un hombre y una mujer.

El autor reconoce su vínculo en el concepto de familia que esboza con el contenido en la Carta de los Derechos de la Familia de la Santa Sede , de fecha 22 octubre de 1983.

La anterior definición deja fuera a aquellas uniones estables de pareja que no tienen hijos por motivos de avanzada edad o esterilidad, ya que ellos no pueden cumplir con el elemento de reproducción como finalidad de la familia.³⁹

4.1.2-. Hernán Corral Talciani

Dentro de esta misma vertiente encontramos posturas que tienen como fundamento de la familia exclusivamente al matrimonio. Así uno de sus principales exponentes, el profesor Hernán Corral Talciani, postula que no es posible englobar en una sola noción todas las figuras y relaciones que son alcanzadas por el “fenómeno familiar” –nótese que también como en el caso de la referencia al grupo familiar, se usan estas denominaciones vagas, en los casos en que la familia propiamente tal no está basada en el matrimonio, dando la idea de algo que es parecido o tiene relación con la “familia propiamente tal”- proponiendo que para alcanzar una definición idónea debemos entender las finalidades de la institución familiar : “la familia cumple tres misiones y cumple tres finalidades : una natural , la de vincular al hombre y la mujer y conservar

³⁹ DIEZ, SERGIO. “Personas y valores. Su protección Constitucional”. Editorial Jurídica. 1998. p. 48-55.

así el género humano; otra económica , consistente en la obtención de alimentos para todos los familiares y techo para los que convivan; una tercera, moral y espiritual, es decir, el mutuo socorro de los familiares, la comunidad de vida entre ellos y el cuidado y educación de la prole”⁴⁰

Así el autor propone la siguiente definición de familia:

“ Familia es aquella comunidad que, iniciada o basada en la asociación permanente de un hombre y una mujer destinada a la realización de los actos humanos propios de la generación, está integrada por personas que conviven bajo la autoridad directiva o las atribuciones de poder concedidas a una o más de ellas, adjuntan sus esfuerzos para lograr el sustento propio y el desarrollo económico del grupo y se hallan unidos por un afecto natural derivado de la relación de pareja o del parentesco de sangre , el que las induce a ayudarse y auxiliarse mutuamente.”⁴¹

El autor se refiere en muchas oportunidades a la “familia de hecho” como grupo familiar para evitar una confusión con el concepto de familia que se basa en el matrimonio.⁴² Es importante tener este criterio presente a lo largo de nuestro estudio, pues en algunas leyes de nuestro ordenamiento jurídico encontramos referencia al concepto de grupo familiar más que a un concepto de familia ⁴³ , por lo tanto hay que preguntarse si grupo familiar es lo mismo que familia.

⁴⁰ LACRUZ VERDEJO, José Luis , Manual de Derecho Civil. Barcelona, Bosch. 1979, p.213 . Citado por Hernán Corral Talciani : “Concepto y reconocimiento legal de la familia de hecho” .En Revista Chilena de Derecho , vol 17 , año 1990 , p.42.

⁴¹ CORRAL TALCIANI, Hernán. Ob. cit p.44

⁴² Ídem, p 62, 71, 72 .

⁴³ Así en la ley sobre Violencia Intrafamiliar en su artículo 1º al señalar lo que debe entenderse por concepto de acto de violencia intrafamiliar establece “Se entenderá por acto de violencia intrafamiliar , todo maltrato que afecte la salud física o psíquica de quien , aun siendo mayor de edad, tenga respecto del ofensor la calidad de ascendiente , cónyuge o conviviente o , siendo menor de edad o discapacitado, tenga a su respecto la calidad de descendiente , adoptado ,

Respecto a una definición de familia de hecho el autor sostiene:

“Es aquélla que, teniendo su origen o su base en la unión no matrimonial de un hombre y una mujer con miras a la realización de los actos propios de la generación, está integrada por personas que se hallan vinculadas por un afecto natural que proviene de su relación de pareja o del parentesco existente entre ellas, y que conviven y comparten sus vidas de un modo similar o análogo a como sucede en un grupo familiar constituido por el matrimonio”⁴⁴

4.1.3 Enrique Evans de la Cuadra

El constitucionalista Enrique Evans, quien formó parte de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, se basa en una interpretación literal de la voz familia, recurriendo al diccionario para definirla: así familia es aquel “grupo de personas emparentadas entre si, que viven juntas bajo la autoridad de una de ellas”.

Estudia la oración consagrada en el artículo 1º de nuestra Carta Fundamental: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”, señalando que la Constitución reconoce la existencia de diversos núcleos en nuestra sociedad pero es la familia, aquel grupo de personas que es el fundamental

pupilo , colateral consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive , o esté bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar que vive bajo un mismo techo.” También encontramos alusión al grupo familiar en la ley sobre maltrato de menores ley 16.618 Art. 29 numeral 5 : Ordenar la suspensión de la habitación del presunto agresor de la vivienda que constituye el hogar del grupo familiar ...”

⁴⁴. CORRAL TALCIANI, Hernán. Ob cit. p 71.

frente a todos ellos, coincidiendo de esta manera, con la generalidad de la doctrina.⁴⁵

Propone que la familia como célula primaria de la sociedad garantiza bienes jurídicos derivados de dos valores: la consolidación de la pareja humana y la procreación de los hijos. Los bienes jurídicos a los que alude son:

- El derecho de fundar una familia dentro del orden jurídico vigente.
- El derecho intransferible de los padres de procrear, cuidar y educar a los hijos.
- El derecho de exigir del Estado protección física y jurídica para el grupo familiar.

4.1.4-. Alejandro Silva Bascuñán

Al analizar el concepto de familia en la Constitución, el autor aborda las diferencias del capítulo I de la Constitución: "Bases de la Institucionalidad"- en el cual se alude directamente a la familia- con el anterior capítulo I de la Constitución de 1925: titulada "Estado, Gobierno y Soberanía", la razón de este cambio explica, es debido a que el actual capítulo I "describe sin duda acertadamente la amplitud y densidad del contenido que ha querido dársele. Los vocablos que se emplean reflejan bien la sustancia preceptiva"⁴⁶

Al revisar el concepto de "familia" realiza en primer lugar una interpretación literal relacionando los vocablos "núcleo" y "fundamental", de acuerdo a lo que establece el diccionario.

⁴⁵ EVANS DE LA CUADRA, Enrique. Los Derechos Constitucionales. Editorial Jurídica de Chile. Tomo I. 1999. pp 117-118

⁴⁶ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional". Editorial Jurídica. Tomo IV: Bases de la Institucionalidad, Nacional y Ciudadanía. Justicia Electoral. 1997. 2ª edición.

Respecto a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, señala que el texto constitucional se refiere a la existencia de varios núcleos en la sociedad, pero que la familia es el fundamental, en este punto coincide con Evans y Barrientos Grandon.

“Si la familia ha tenido y tiene hoy diversos orígenes , indiscutiblemente la fuente primordial de su fundación , de su objetivo y de sus cualidades más características en beneficio de la perfección de sus integrantes , es el matrimonio.”⁴⁷

Silva Bascuñán hace referencia al tratar el matrimonio al Código de Derecho Canónico , específicamente a su artículo 1055, a las Encíclicas Casti Conubii , a la Constitución Apostólica Gaudium et Spes y a la Exhortación apostólica Familiares Consortio.

Respecto al deber del Estado de dar protección a la familia y propender a su fortalecimiento, también señala otros preceptos constitucionales que desarrollan esta idea: Artículos: 19 N°4, N°5, N°7 letra f, N°10 inciso tercero, N°11 inciso cuarto.

Existe un párrafo digno de destacar en su Tratado de Derecho Constitucional al referirse al concepto de familia pues señala: “[...] debe adoptar todas las medidas que estén a su alcance que propendan a robustecer las diversas familias y a sus integrantes” (*Pág.* 38). A propósito del párrafo recién citado este autor reconoce los factores reales en los cuales se desarrolla la familia actualmente, expresa que “numerosos hogares nacen y viven en forma de una unión que no se estructura en base al matrimonio”.

⁴⁷ *Ibíd.* p. 36.

Nuevamente se utiliza el término hogar cuando se hace referencia a familias no matrimoniales.

4.2.- Javier Barrientos Grandon: Las causas generadoras de la familia

Una visión interesante de conocer es la que proponen Javier Barrientos Grandon y Aránzazu Novales Alquézar,⁴⁸ pues abordan el enfoque que se le da a la familia según sean sus causas generadoras. Esta apreciación parte desde el análisis histórico que se hace respecto del matrimonio como “base principal de la familia”, planteando la interrogante de si el texto constitucional consideró al matrimonio como la única causa posible de familia⁴⁹.

Los autores señalan que a partir de la introducción de las reformas filiativas de la ley 19.585, ha nacido una jurisprudencia reciente respecto al concepto de familia constitucional, que no sólo abarcaría a aquélla fundada en el matrimonio, sino también a la no matrimonial. Así encontramos que la Corte de Apelaciones de Antofagasta en el considerando 29 de su sentencia del 17 de abril de 2003 señala que:

“La Constitución Política de la República establece en su artículo primero que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, concepto constitucional que no admite discriminación entre familias matrimoniales y no matrimoniales, estando integrada la familia nuclear por una pareja adulta con o sin hijos, lo que ha llevado al ordenamiento jurídico a no discriminar entre los nacidos tanto dentro como fuera del matrimonio”

⁴⁸ BARRIENTOS GRANDON, JAVIER Y OTRO. Ob.cit p. 472.

⁴⁹ Ibíd. p.15-16.

De igual forma encontramos en la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de 28 de octubre de 1999 luego confirmada por la Corte Suprema el 8 de noviembre de 2000, en su considerando séptimo lo siguiente :

“Nuestra legislación civil no excluye la existencia de la convivencia, tan es así que en las normas previsionales se le han reconocido derechos a la convivencia. Además nuestra Constitución Política de la República, en su artículo 1º reconoce que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Y un hombre, una mujer y un hijo en común que viven juntos en un hogar, constituyen, sin ninguna duda, una familia, la que es necesario proteger cuando el jefe de familia ha fallecido”

En el mismo sentido de las sentencias precedentes, la Corte de Apelaciones de Concepción en el considerando 9º de su sentencia del 4 de diciembre de 2000, confirmada por vía de casación por la Corte Suprema en sentencia del 5 de marzo de 2002, declaraba:

“Que la relación de convivencia por largos años del actor [...] con [...], fruto del cual nacieron dos hijos, todos los cuales conformaban una familia y un hogar normal y las estrechas relaciones de parentesco y afección [...]”

Así encontramos al matrimonio como causa generadora de la familia -la nueva Ley de Matrimonio Civil la señala como la base principal de la familia , como algunos autores sostienen, “principal” no significa única- pero también otros hechos o actos jurídicos que la forman :⁵⁰

⁵⁰ Un tipo de clasificación de familia apunta a sus causas generadoras . Ver en este capítulo el apartado 4.2

- La adopción como causa de la familia: en la cual encontramos la que se forma entre una persona soltera y el adoptado, según cumplan con los requisitos de la ley 19.620.
- La procreación como causa de la familia: en casos de filiación determinada por uno de los padres y el hijo.
- La convivencia afectiva como causa de la familia: dentro de las cuales se encuentran las convivencias afectivas homosexuales y heterosexuales.

4.3-. Gloria Baeza Concha y Marco Antonio Navarro Galaz: Familia estructurada normalmente

Los profesores Gloria Baeza y Marco Antonio Navarro⁵¹ realizan un análisis de la sentencia sobre cuidado personal de las menores López Atala, y en este contexto plantean que la familia como célula básica de la sociedad es la instancia de socialización primaria donde la persona humana inicia su relación con sus semejantes y debe ser tratado con igual dignidad que ellos. Plantean la idea de bienes familiares, definiéndola como las condiciones que permiten el desarrollo integral del menor. Ligando este concepto con la sentencia en estudio señalan que en un juicio de tuición lo importante es discernir cual de las partes está en mejores condiciones para otorgar los referidos bienes familiares. Lo importante a dilucidar para estos autores es si dentro de nuestro ordenamiento jurídico es posible privilegiar un “modelo tradicional de familia” sobre otro. Entonces ¿Cuál es la familia tradicional? Plantean que si el concepto de familia no se encuentra determinado, la declaración y deber del Estado de proteger a la familia y propender a su fortalecimiento carecería de

⁵¹ BAEZA CONCHA, Gloria y OTRO. Derecho de los menores a vivir en una familia normalmente constituida. Revista Chilena de derecho. 31 (3):575-592. 2004

sentido y no sería factible en la práctica. La familia tradicional sería – basándose en una interpretación propia de los Tratados Internacionales y en los planteamientos de cierta parte de la doctrina nacional – la que tiene como base el matrimonio y concluyen que es aquélla la protegida por la Constitución.⁵²

⁵² Ver apartado 3.2 en el cual se estudian los Tratados Internacionales relacionados con el concepto de familia

CAPÍTULO V

ANÁLISIS DEL CONCEPTO DE FAMILIA EN LATINOAMÉRICA

El objetivo del presente capítulo es establecer los grandes avances de las Constituciones latinoamericanas en cuanto a su concepción de familia, la cual va íntimamente ligada al establecimiento de una sociedad más igualitaria, pluralista y democrática; traspasando profundamente todo lo anterior con una concepción armónica de los Derechos Humanos.⁵³

5.1 Lineamientos generales de la familia en las Constituciones latinoamericanas

Señala la profesora Paulina Veloso que los cambios en las legislaciones latinoamericanas son radicales y obedecen más bien a fenómenos explicables desde el punto de vista de la sociología más que desde la dogmática jurídica. De esta manera hay un hecho ordenador de los cambios al interior de la familia: se pasa de un modelo de autoridad y subordinación a un modelo de igualdad y cooperación, lo cual se plasma en la relación de los cónyuges al interior de la familia y por otro lado, la relación de los hijos con sus padres en la cual los primeros actúan como sujetos de derechos.⁵⁴

En estrecha concordancia con lo establecido en el párrafo precedente, han aparecido nuevos cambios al interior de la estructura familiar, que en gran

⁵³ Este Capítulo se basa en un trabajo de investigación, realizado por quien suscribe, en el Diplomado “Familia, Realidad y Derecho” de la Pontificia Universidad Católica de Chile en el año 2005.

⁵⁴ VELOSO VALENZUELA, Paulina. Ob. Cit.

cantidad de países latinoamericanos se han plasmado a nivel Constitucional, dentro de los cuales podemos encontrar los siguientes aspectos:

1-. Reconocimiento de familias de hecho vinculadas a la idea de igualdad.

2-. Familia como base de la sociedad.

3-.Igualdad consagrada a nivel constitucional del hombre y la mujer dentro de la familia.

4-. Tratamiento de los hijos como sujetos de derecho modificándose la concepción tradicional jerárquica entre padres e hijos.

5-. La concepción de familia conyugal fundada en la relación afectiva.

6-. Jefatura de hogar femenina. la que es asociada a familias conformadas por una madre y sus hijos.

7-. Número de miembros de la familia más limitado, con un Estado que vela y resguarda el derecho de los padres para que la opción de planificación familiar sea hecha en forma libre y responsable.

8-. Estado con una actitud activa del derecho, necesaria para promover y asegurar la igualdad de todos los integrantes de la de familia.

9-. Protección de la familia en diversas áreas.

A partir de la enumeración anterior realizaremos un análisis de algunas Constituciones latinoamericanas y su comparación con el modelo chileno

Los países incluidos en el análisis comparado son los siguientes:

1-. Brasil

2-. Argentina

3-. Paraguay

4-.Uruguay

5-. Perú

6-. México

7-. Colombia

8-. Ecuador.

Los tópicos de comparación son los siguientes:

1-. Concepción de familia: de hecho – matrimonial

2-. Familia: Base de la sociedad y protección

3-. Protección social de la familia

4-. Familia y educación

5-. Derecho a la intimidad personal y familiar

6-. Derecho a la familia

7-. De la planificación familiar

5.2 Concepción de familia en las Constituciones Latinoamericanas.

Es interesante observar como algunas Cartas Fundamentales hacen alusión a la familia basada en una relación de convivencia afectiva de forma directa:

5.2.1. Ecuador

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

Artículo 38: La unión estable y monogámica de un hombre y una mujer , libres de vínculo matrimonial con otra persona , que formen un hogar de hecho , por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley , generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio , inclusive en lo relativo a la presunción legal de paternidad y a la sociedad conyugal . ”

La Constitución del Ecuador es rica en contenido respecto al concepto de familia, puesto que iguala a la familia matrimonial y de hecho respecto de sus derechos y obligaciones, sin perjuicio de establecer que protegerá al matrimonio, puesto que el reconocimiento de diversas familias no obsta a proteger a la institución del matrimonio, clave en el desarrollo de cualquier sociedad.

5.2.2. Colombia

Capítulo II de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales

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

Inciso 6 : [...]" La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos "

Es interesante destacar que al señalar el derecho a la planificación familiar no hable de cónyuges sino que de pareja, y que al señalar que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad establezca que su constitución además del matrimonio se realiza por la sola voluntad de conformarla, abarcando de esta forma un concepto de familia mucho más amplio fundado en el afecto más que en un vínculo legal.

5.2.3. Paraguay

Capítulo IV De los derechos de la familia

Artículo 49: De la protección de la familia

"La familia es el fundamento de la sociedad. Se promoverá y se garantizará su protección integral. Ésta incluye la unión estable del hombre y de la mujer, a los hijos y a la comunidad que se constituya con cualquiera de sus progenitores y sus descendientes"

Artículo 51 inciso 2: Del matrimonio y de los efectos de las uniones de hecho.

"[...] Las uniones de hecho entre el hombre y la mujer, sin impedimentos legales para contraer matrimonio, que reúnan las condiciones de estabilidad y singularidad, producen efectos similares al matrimonio, dentro de las condiciones que establezca la ley"

Acá el constituyente si bien reconoce a nivel supralegal las uniones de hecho, basándose en la realidad en toda su amplitud puesto que reconoce dicho vínculo de facto, se basa en este mismo motivo al establecer que produce efectos similares al matrimonio pero no iguales a éste

Artículo 52: De la unión en matrimonio.

“La unión en matrimonio del hombre y la mujer es uno de los componentes fundamentales en la formación de la familia”

En concordancia con el artículo 51, reconoce al matrimonio como esencial en la familia sin perjuicio de que existen realidades diferentes. El constituyente tiene en cuenta el principio de la realidad y si bien resalta la familia matrimonial, basado en el principio fundamental de la igualdad establece, como veremos en el próximo artículo, garantías que propugnen la igualdad de oportunidades entre los diferentes tipos de familia.

Artículo 53 inciso 3: De los hijos.

“La ley reglamentará la ayuda que se debe prestar a la familia de prole numerosa y a las mujeres cabeza de familia”

Destacamos en este artículo, que al establecer la ayuda estatal a familias donde la mujer es cabeza de familia, se está reconociendo un tipo da familia que se asocia a aquélla monoparental compuesta por una madre y sus hijos.

5.2.4. Perú

Título I Capítulo II de los Derechos Sociales y Económicos

Artículo 4: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

La forma de matrimonio y las causas de separación y de disolución son regulados por la ley.”

Artículo 5: “ La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable “

El Perú es claro en el sentido de reconocer a la familia matrimonial como instituto natural y fundamental de la sociedad. Sin embargo, reconoce realidades diferentes como el hogar de hecho al cual le atribuye en su aspecto económico un status igual, en cuanto sea aplicable, a la familia matrimonial .

5.3. Familia, base de la sociedad y protección

5.3.1. Paraguay

Capítulo IV: De los derechos de la familia.

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

5.3.2. Colombia

Título I: De los principios fundamentales

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

Título II: De los derechos, las garantías y los deberes

Capítulo II: De los derechos sociales, culturales, económicos y culturales

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

5.3.3. Ecuador

Capítulo IV Sección Tercera

Artículo 37: “El Estado reconocerá y protegerá a la familia como célula fundamental de la sociedad y garantizará las condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines [...]”

5.3.4. Perú

Capítulo II De los derechos sociales y económicos

Artículo 4: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad [...]”

5.3.5. Estados Unidos Mexicanos

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

5.3.6. Argentina

Artículo 14 bis inciso 3: “[...] El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes, jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia, la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.”

Es indudable que existe una tendencia a nivel latinoamericano acorde a los Tratados internacionales de reconocer a la familia como base de la sociedad y destinataria de la protección estatal. En el mismo sentido nuestra Constitución en su artículo 1 inciso 2º, dispone que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, y en el inciso final del mismo artículo, consigna como deber del Estado dar protección a la familia y propender al fortalecimiento de ella.

5.4- Protección social de la familia

5.4.1. Ecuador

Artículo 34 inciso segundo: “El Estado estimulará los programas de vivienda de interés social”

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

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

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

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

5.4.2. Colombia

Artículo 50: “Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará esta materia”

Artículo 51: “Todos los colombianos tiene derecho a vivienda digna [...]”

5.4.3. Paraguay

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

5.4.4. Brasil

Título II: De los derechos y deberes fundamentales,
Capítulo II: De los derechos sociales

Artículo 6: “Son derechos sociales la educación, la salud, el trabajo, el descanso, la seguridad, la previsión social, la protección de la maternidad y de la infancia, y la asistencia a los desamparados, en la forma de esta Constitución”

Artículo 7: “Son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros que tiendan a la mejora de su condición social:

IV: El salario mínimo, fijado en ley y unificado para toda la nación, capaz de atender sus necesidades vitales básicas y las de su familia como vivienda, alimentación, educación, salud, descanso, vestido, higiene, transporte y seguridad social, con reajustes periódicos que preserven el poder adquisitivo, quedando prohibida su afectación a cualquier fin .

XII: El salario familia para sus dependientes.

XVIII: La licencia de embarazo sin perjuicio del empleo y del salario, con una duración e ciento veinte días.

XIX: La licencia de paternidad, en los términos fijados en la ley .

XXV: La asistencia gratuita a los hijos y personas dependientes desde el nacimiento hasta los seis años de edad en guardería y centros preescolares.”

5.4.5. Estados Unidos Mexicanos

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

5.4.6. Perú

Título I: De la persona y de la sociedad
Capítulo II: De los derechos sociales y económicos

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

Artículo 23: “El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan [...]”

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

5.4.7. Argentina

Artículo 14 bis (inciso 3): “El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes, jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”

Se muestra claramente una tendencia que realza el rol activo que debe tener el Estado para la protección de la familia en los más diversos aspectos sociales. En comparación con aquellas Constituciones latinoamericanas, nuestra Constitución no tiene alusiones en el aspecto social y en forma concreta de protección a la familia, sin embargo en variadas disposiciones legales encontramos una protección a la familia en el ámbito social, considerada aquélla en un sentido amplio.⁵⁵

5.5 Familia y educación

5.5.1. Uruguay

Artículo 68 inciso 3: “Todo padre o tutor tiene derecho a elegir para la enseñanza de sus hijos o pupilos, los maestros e instituciones que desee”

⁵⁵ Ver Capítulo VII: Leyes relacionadas con el concepto de familia

5.5.2. Perú:

Título I De la persona y sociedad

Capítulo II De los derechos sociales y económicos

Artículo 13: “[...] los padres tienen el derecho y el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo”

5.5.3. Estados Unidos Mexicanos

Artículo 4 inciso 6: “Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado promoverá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez “

Artículo 31: “Son obligaciones de los mexicanos:

I-. Hacer que sus hijos o pupilos concurren a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación preescolar, primaria y secundaria, y reciban la militar, en los términos que establezca la ley [...]”

5.5.4. Brasil:

Título II De los derechos y garantías fundamentales

Capítulo III De la educación, de la cultura, y el deporte

Artículo 205: “La educación es un derecho de todos y deber del Estado y de la familia, será promovida e incentivada con la colaboración de la sociedad, tendiendo al pleno desarrollo de la persona, a su preparación para el ejercicio de la ciudadanía y a su cualificación para el trabajo”

Artículo 208: El deber del Estado con la educación se hará efectivo mediante la garantía de:

IV: Atención en guarderías y centros preescolares a los niños de cero a seis años de edad [...]

3°: Corresponde al Poder Público censar a los educandos en la enseñanza fundamental, convocarlos y velar, junto a los padres y responsables por la frecuencia en la escuela.”

5.5.5. Paraguay

Artículo 53: De los hijos.” Los padres tienen el derecho y la obligación de asistir, alimentar, de educar y de amparar a sus hijos menores de edad. Serán penados por la ley en caso de incumplimiento de sus deberes de asistencia alimentaria.

Los hijos mayores de edad están obligados a prestar asistencia a sus padres en caso de necesidad.

La ley reglamentará la ayuda que se debe prestar a la familia de prole numerosa y a las mujeres cabeza de familia.

Todos los hijos son iguales ante la ley [...]"

Artículo 54: De la protección al niño. "La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia el abuso, el tráfico y la explotación. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores.

Los derechos del niño , en caso de conflicto , tienen carácter de prevaleciente "

Artículo 75: De la responsabilidad educativa. "La educación es responsabilidad de la sociedad y recae en particular en la familia, en el Municipio y en el Estado"

5.5.6. Colombia

Artículo 67 inciso 3 : "El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación que será obligatoria entre los cinco y quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica "

Artículo 68 inciso 4: "Los padres de familia tendrán derecho de escoger el tipo de educación para sus hijos menores [...]"

5.5.7. Ecuador

Título III: De los derechos garantías y deberes.

Capítulo IV: De los derechos económicos, sociales y culturales

Sección octava: De la educación

Artículo 66 inciso 1°: "La educación es derecho irrenunciable, deber inexcusable del Estado, la sociedad y la familia [...]"

Artículo 67 inciso 2°: "El Estado garantizará la libertad de enseñanza y cátedra, desechará todo tipo de discriminación, reconocerá a los padres el derecho de escoger para sus hijos una educación acorde a sus principios y creencias [...]"

Artículo 68 inciso 1°: "[...] los padres de familia, la comunidad, los maestros y los educandos participarán en el desarrollo de los procesos educativos"

Al igual que nuestra Constitución, en la cual se establece el derecho y deber preferente de los padres de educar a sus hijos (artículo 19 N° 10) y el derecho de los padres de escoger el establecimiento de enseñanza para sus

hijos (artículo 19 N° 11), en los países analizados se establece un claro derecho – deber de los padres en cuanto a la educación de los hijos: deber en cuanto a proporcionarles la educación mínima según la legislación aplicable y derecho en cuanto a la libertad de escoger el tipo de educación que crean más acordes a los valores que propugna cada familia en particular, contando con la adecuada protección por parte del Estado para ejercer este derecho y cumplir con el deber correlativo.

5.6 Derecho a la intimidad y honra personal y familiar

5.6.1. Ecuador

Título 1: De los derechos fundamentales

Capítulo 2: De los derechos civiles

Artículo 23: Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

8-. El derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad personal y familiar. La ley protegerá el nombre, la imagen y la voz de la persona [...]"

5.6.2. Colombia

Título II: De los derechos, garantías y los deberes.

Capítulo I: De los derechos fundamentales.

Artículo 15: "Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en los bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas [...]"

Capítulo II De los derechos sociales, económicos y culturales.

Artículo 42 inciso 2: "[...] La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables"

5.6.3. Estados Unidos Mexicanos

Artículo 16: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, que funde y motive la causa legal de procedimiento [...]”

5.6.4. Perú

Título I De la persona y la sociedad

Capítulo I Derechos fundamentales de la persona.

Artículo 2º: Toda persona tiene derecho:

6- A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

7- Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias.^b

En la Constitución Chilena se consagra el derecho a la protección de la vida privada y a la honra de la persona y su familia (artículo 19 N° 4) y además la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada (artículo 19 N°5) .Así de esta manera al comparar nuestra Constitución con las regionales encontramos una tendencia en común respecto al resguardo de la intimidad familiar y de esta manera hacer efectiva la protección de la familia que la mayoría de las Cartas Fundamentales establece .

5.7 Derecho a la familia

5.7.1. Colombia

Título II De los derechos, las garantías y los deberes.

Capítulo II: De los derechos sociales, económicos y culturales.

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

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

5.7.2. Paraguay

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

5.7.3. Ecuador

Capítulo IV De los derechos económicos, sociales y culturales **Sección quinta. De los grupos vulnerables**

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

Es importante detenernos en este derecho puesto que nuestra Constitución explícitamente no lo establece al igual que sus pares latinoamericanas. Los países que sí lo hicieron dieron un gran paso respecto a constituir una sociedad más igualitaria, puesto que se colige de dichas disposiciones que se considera al niño como sujeto de derecho y no como un objeto de él , el Estado por su parte, asume un rol activo en propender a que el niño acceda a una familia puesto que va en directa relación a la consideración de ella como fundamento de la sociedad y por lo tanto de ser el lugar en que por primera vez todas las personas, sin distinción alguna gocen de la plenitud de sus derechos .

La Constitución del Paraguay consagra constitucionalmente el derecho que tiene toda persona a constituir una familia, estableciendo un tratamiento igualitario del hombre y la mujer al interior de ella, lo cual conlleva una concepción amplia de la familia y un establecimiento expreso de la igualdad en las relaciones familiares.

5.8-. De la planificación familiar

5.8.1. Ecuador

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

5.8.2. Paraguay

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

Artículo 61: De la planificación familiar y de la salud materno infantil. “El Estado reconoce el derecho de las personas a decidir libre y responsablemente el número y la frecuencia del nacimiento de sus hijos, así como a recibir, en coordinación con los organismos pertinentes educación, orientación científica y servicios adecuados en la materia.”
Se establecerán planes especiales de salud reproductiva y salud materno infantil para la población de escasos recursos”

5.8.3. Estados Unidos Mexicanos

Artículo 4º inciso 2º: “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre , responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos ...”

5.8.4. Perú

Artículo 6º: “La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a

decidir. En tal sentido el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afectan la vida o la salud [...]"

5.8.5. Colombia

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

Las cinco Constituciones analizadas en este capítulo, dan muestras claras de ir en la avanzada de la protección de la familia basándose en un concepto amplio de ella. Encontramos a un Estado activo que en la mayoría de los casos no sólo reconoce el derecho de las personas –no se habla de cónyuges- a decidir respecto a la planificación familiar de una forma responsable y libre, sino que también se compromete a establecer políticas de apoyo a las decisiones de toda persona que ejerza este derecho. Nuestra Constitución en este punto no establece derecho alguno relacionado con la materia.

A modo de síntesis, lo que buscamos fue exponer las similitudes y diferencias en las tendencias dentro del espectro constitucional latinoamericano. Creemos que Chile, si bien establece una protección a la familia como fundamento de la sociedad que es, no se compromete en lo social como lo hace en la mayoría de las Constituciones latinoamericanas analizadas, para garantizar de un modo concreto y real a la familia.

Queda el desafío pendiente de ir a la par de las Constituciones más avanzadas en cuanto a la protección de la familia, las cuales siempre conllevan un concepto amplio de familia, lo que les permite establecer un abanico integral de protección a nivel constitucional.

CAPÍTULO VI

PROYECTOS DE LEY Y DE REFORMA CONSTITUCIONAL ACTUALMENTE EN EL CONGRESO RELACIONADOS CON EL CONCEPTO DE FAMILIA

6.1. Reforma constitucional que sustituye el inciso quinto del artículo 1° de la Constitución Política de la República.⁵⁶

Boletín N°3863-07

Artículo único: Reemplácese el actual inciso quinto del artículo primero de la Constitución Política, por el siguiente:

"Son deberes del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propendiendo al fortalecimiento de ésta y reconociendo el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer; promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional."

Las motivaciones de este proyecto de ley expresadas en sus respectivos considerandos, reconoce que existen en la actualidad distintas interpretaciones en relación a la protección que la Constitución chilena da a la familia y a "la institución matrimonial tal y como la actual legislación la ampara y reconoce, es decir la que se produce entre un hombre y una mujer". Mencionan que se ha planteado –por otros- la pretensión de extender dicha protección constitucional de la familia a uniones entre las personas del mismo sexo. En el proyecto se considera que el matrimonio es el acto fundante principal de la familia y que es un elemento central de dicha unión, de esta forma se señala que: "merece ser explicitado más allá de toda duda que el matrimonio es constitucionalmente reconocido y lo es como la unión entre un hombre y una mujer."

⁵⁶ FECHA DE INGRESO: 11-05-2005. INICIATIVA: Moción. CÁMARA DE ORIGEN: Cámara de Diputados. ETAPA: Primer trámite Constitucional. SUB ETAPA: Primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia.

Este reconocimiento a nivel constitucional y ya no sólo legal del concepto de matrimonio responde a la validez que en Chile se les da a matrimonios contraídos en el exterior, ya que de esta manera se protegería al matrimonio que reconocen las leyes chilenas.

Es interesante relacionar estos argumentos con los expuestos a propósito del boletín N° 3283-18 que contiene el proyecto de ley de Fomento a la no discriminación y contrato de unión civil entre personas del mismo sexo, en lo relativo a los aportes científicos que apuntan a la concepción sobre el carácter natural de la homosexualidad, expresando el citado proyecto lo siguiente:” Es importante aclarar e insistir que tales antecedentes se aportan sólo para demostrar que los estudios científicos avalan la igualdad de condiciones emocionales entre personas homosexuales y heterosexuales y que en ningún caso implica que el movimiento homosexual, o este proyecto, esté avalando o posibilitando la adopción de menores.” Importante es destacar que el mencionado proyecto de ley fue elaborado precisamente por el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Movilh)

6.2. Modifica el artículo 31 de la ley N° 19620, sobre adopción de menores, por parte de matrimonios extranjeros no residentes en Chile.⁵⁷

Boletín N° 3847-18

Artículo único: Para agregar un nuevo inciso segundo, pasando el actual inciso segundo y tercer a ser tercero y cuarto respectivamente.

“El Juez solo podrá otorgar la adopción de un menor a un matrimonio extranjero no residente en Chile cuando se trate de cónyuges de diferente sexo.”

⁵⁷ FECHA DE INGRESO: 20-04-05. INICIATIVA: Moción. CÁMARA DE ORIGEN: Cámara de Diputados. ETAPA: Primer Trámite Constitucional. SUB ETAPA: Primer informe Comisión Familia. URGENCIA ACTUAL: Sin urgencia. TIPO PROYECTO : Proyecto de ley

Se desprende del análisis de los considerandos respectivos de este proyecto de ley, que se toma en él por evidente, que nuestra legislación reconoce como familia a la que nace del matrimonio definido en el Código Civil en su artículo 102.⁵⁸

Se alude a que el fin primordial de la ley es el Bien Superior del Menor. Además se señala a España como un país que avanza en la legalización de uniones de pareja homosexuales como fruto del gobierno socialista de ese país.

Se aduce que jamás la legislación debe permitir que un menor chileno pueda ser adoptado por cónyuges del mismo sexo ya que fundamentan que se atentaría contra el sentido natural y obvio del concepto de familia consagrado en el artículo 1° de la Constitución Política de la República, además señalan, existiría una vulneración del derecho natural de todos los niños a crecer dignamente con el referente de las figuras insustituibles del padre y madre.⁵⁹

Por oficio N° 72, de fecha 25 de mayo de 2005, se remitió informe del proyecto de ley en estudio elaborado por la Corte Suprema, de acuerdo a lo establecido en el artículo 74 de la Constitución Política de la República, acordándose informar favorablemente el proyecto expresando lo siguiente :

“[...]Teniendo presente que la adopción existe para acompañar a un niño que se encuentra privado de familia y que este procedimiento tiene por objeto el interés superior del adoptado y que la familia sustituta le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen (artículo 1 °

⁵⁸ Artículo 102 del Código Civil: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.

⁵⁹ En un sentido similar, sentencia en caso López Atala dictado por la Corte Suprema, en su considerando vigésimo, respecto del derecho de los niños a vivir en una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio. Para una mayor profundización de este aspecto ver Capítulo VIII

de la Ley N° 19.620) y que la filiación adoptiva imita a la naturaleza, en sus alcances y limitaciones, por cuanto no puede ir más allá de lo que ella misma impide o no permite a fin de adaptarla y asemejarla a la filiación biológica, esta Corte Suprema no tiene reparo alguno que formular al proyecto de ley referido.

En apoyo del informe favorable, la Corte Suprema señala que se pueden citar las disposiciones contenidas en el inciso segundo del artículo 1 ° de la Constitución Política de la República y el artículo 1° de la Ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil, que reconocen a la familia como núcleo fundamental de la sociedad y que el matrimonio es la base principal de la familia, y sin omitir la definición del mismo contenida en el artículo 102 del Código Civil y lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 18 de la citada Ley N° 19.947, en cuanto ordena al oficial civil, ante quien se celebra el matrimonio, preguntar a los contrayentes "[...] si consienten en recibirse el uno al otro como marido o mujer [...]", esto es, reafirmando que el matrimonio es un contrato solemne entre un hombre y una mujer. En este mismo sentido el artículo 80 de la Ley referida señala en su inciso primero segunda parte "[...] Así, el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad con las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno, siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer [...]"

6.3. Proyecto de ley que establece un régimen legal para las uniones de hecho

Boletín N° 3494-07^{60 61}

En este proyecto de ley, se parte del fundamento de que el Estado tiene por finalidad promover el bien común de sus habitantes. Se hace referencia a la realidad actual en la cual siendo la familia el núcleo fundamental de la sociedad, muchas de ellas no encuentran su origen en el matrimonio. Lo que se busca con este proyecto de ley no es una equivalencia en los derechos derivados del matrimonio respecto a los cónyuges, sino los que resulten más indispensables en el ámbito patrimonial y respecto al resguardo y protección de los hijos. Se recalca la importancia de las múltiples relaciones y consecuencias derivadas de ellas que se dan entre las partes convivientes, referidas a deberes de socorro y ayuda mutua, a la comunidad de bienes que se forman y a la disposición y destinos de éstos a través de la sucesión por causa de muerte.

Actualmente este proyecto de ley se encuentra archivado en atención a lo dispuesto en el artículo 36 bis inciso 2 del Reglamento del Senado.⁶²

⁶⁰ INGRESO: 7 de abril de 2004. INICIATIVA: Moción. CÁMARA DE ORIGEN: Senado. ETAPA: Archivado de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 36 bis inciso 2 del Reglamento del Senado TIPO PROYECTO: Proyecto de ley. AUTORES: José Antonio Viera Gallo Querney, Ricardo Nuñez Muñoz.

⁶¹ En el 2° Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia y Reglamento del Senado referente al proyecto de ley que reforma la Ley de Matrimonio Civil, El Senador Nuñez propuso incorporar en el proyecto de ley un capítulo referido a las uniones de hecho y los pactos de convivencia, idea a la que se adhirió el Senador Viera-Gallo. El senador Aburto era de la idea que por su naturaleza esta institución no puede incluirse en la ley de Matrimonio Civil ya que precisamente excluye al matrimonio. Comenta que si se desea legislar sobre este tema debe hacerlo con institucionalidad propia - ya que así lo considera la jurisprudencia en que es llamado concubinato - en un ley dedicada a este tema o derechamente incluirlo en el Código Civil. Prevalció finalmente esta segunda postura al interior de la Comisión.

⁶² Artículo 36 Bis del Reglamento del Senado:

A propuesta de la Comisión respectiva, o escuchando su parecer, la Sala acordará el archivo de los asuntos a que se refiere el inciso primero del artículo anterior que hubieren perdido su oportunidad.

Sin perjuicio de ello, transcurrido el plazo de dos años sin que la Comisión se hubiere pronunciado sobre los asuntos sometidos a su conocimiento, éstos pasarán automáticamente al

PROYECTO DE LEY
“ARTÍCULO PRIMERO:
ESTABLECE UN RÉGIMEN LEGAL PARA LAS UNIONES DE HECHO

Artículo 1.- Definición. Son uniones de hecho las constituidas por un hombre y una mujer mayores de dieciséis años, que hayan convivido de un modo público, libre y exclusivo por un período ininterrumpido no inferior a un año. No se exigirá el plazo señalado en caso de existir hijos comunes.

No podrán formar una unión de hecho quienes estuvieran imposibilitados de contraer matrimonio entre sí. Sin embargo, si el motivo fuera encontrarse uno o ambos de sus miembros ligados por un vínculo anterior no disuelto, podrán conformarla desde que haya intervenido alguna de las formas de hacer constar de un modo fehaciente el cese de su convivencia marital anterior.

La interrupción de la convivencia no implicará el cese efectivo de la misma si obedece a motivos laborales, profesionales o cualesquiera otros de la misma naturaleza.

Artículo 2.- Prueba. La existencia de una unión de hecho podrá acreditarse a través de cualquiera de los medios de prueba establecidos en la ley.

Sin embargo, la declaración jurada que efectúen ambos miembros de ella ante un Notario Público otorgará fecha cierta y hará plena prueba del inicio de la convivencia. Se presumirá que a partir de dicha fecha ésta continúa ininterrumpidamente. Al momento de la declaración los miembros de la pareja deberán efectuar un inventario simple de sus bienes.

Artículo 3.- Término de la unión de hecho. La unión de hecho se reputará terminada si cualquiera de los miembros realizare una declaración jurada en ese sentido en la misma Notaría en que se hubiera realizado aquélla a que se refiere el artículo precedente; por el matrimonio posterior de ellos, entre sí o con cualquiera otra persona; por la existencia de una declaración jurada que constituya una nueva unión de hecho o por muerte natural o presunta de alguno de sus miembros.

En caso de no haberse realizado la declaración jurada revocatoria, el término de la unión de hecho se acreditará por cualquiera de los medios que señala la ley.

Artículo 4.- Comunidad de bienes. Salvo pacto en contrario, los bienes adquiridos a título oneroso, durante la existencia de una unión de hecho y los frutos respectivos, pertenecerán a ambos miembros de ella en comunidad, por partes iguales o en la proporción que hubieran convenido.

archivo.

Lo dispuesto en los incisos precedentes no se aplicará a los asuntos que ya hubieren sido aprobados por la Cámara de Diputados. En este caso, si hubieren perdido oportunidad o hubieren transcurrido dos años sin pronunciamiento de la Comisión, ésta propondrá a la Sala que recabe el acuerdo previo de dicha Corporación para proceder al archivo.

El desarchivo procederá a petición del Presidente de la República, tratándose de asuntos de su iniciativa, o de cualquier Senador, en el caso de mociones parlamentarias. Desarchivado un proyecto, éste volverá al estado en que se encontraba al momento de archivar.

Artículo 5.- Disolución de la comunidad. La división de las cosas comunes y las obligaciones y derechos que de ella resulten se sujetarán a las mismas reglas que en la partición de la herencia.

Artículo 6.- Preferencia respecto del hogar común. Al fallecimiento de uno de los miembros de la unión de hecho, en el caso de aquéllas cuya existencia pudiera acreditarse de acuerdo a lo señalado en el inciso segundo del artículo 2, el sobreviviente tendrá derecho a que su parte en la división de los bienes de la comunidad, se entere con preferencia mediante la adjudicación a favor suyo del inmueble en que resida y que sea la vivienda principal de la pareja, así como el mobiliario que lo guarnece, siempre que forme parte de aquélla. Si el valor total de dichos bienes, excediere la parte que le correspondiere, podrá pedir que sobre aquéllas cosas que no le sean adjudicadas en propiedad, se constituya en su favor derechos de habitación y uso, según la naturaleza de los mismos, en carácter de gratuitos y vitalicios. Cesará este derecho si el beneficiario contrae un nuevo matrimonio o inicia una nueva convivencia.

Artículo 7.- Situación de los hijos. La resolución judicial, arbitral o el acuerdo que verse sobre la partición de los bienes a que se refiere el artículo precedente deberá resolver, además, en caso de existir hijos comunes, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con éstos aquél de los padres que no los tuviere bajo su cuidado.

Artículo 8.- Analogía. Las uniones de hecho serán consideradas como convivencia estable o concubinato para efecto de cualquiera ley o norma que lo requiera.

Artículo Transitorio.- Las uniones de hecho conformadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley podrán realizar la declaración jurada a que se refiere el inciso segundo del artículo 2. Tal declaración hará plena prueba de su existencia y del ingreso a la comunidad de los bienes que se adquieran con posterioridad. El inicio anterior de la convivencia y la existencia de otros bienes se acreditará conforme a las reglas generales y a las normas sobre cuasicontrato de comunidad.” [...]

6.4. Proyecto de ley: Fomento de la no discriminación y contrato de unión civil entre personas del mismo sexo

Boletín nº 3283-18⁶³

El objetivo de este proyecto de ley es regular la unión de las parejas homosexuales en Chile, basándose en los avances científicos y legales

⁶³ FECHA DE INGRESO: 10 DE JULIO DE 2003. INICIATIVA: Moción. CÁMARA DE ORIGEN: Cámara de Diputados. ETAPA: Primer Trámite Constitucional. SUB ETAPA : Primer Informe de Comisión de Familia. TIPO DE PROYECTO: Proyecto de ley. URGENCIA ACTUAL : Sin urgencia

existentes en la actualidad, teniendo siempre como fundamento los derechos humanos de las minorías sexuales. Se toma en consideración el contexto de la realidad sociocultural y jurídica chilena, “por tanto no persigue el matrimonio entre personas del mismo sexo, sino sólo asegurar un piso de estabilidad emocional patrimonial básica a los miembros de la pareja, en especial cuando una de las partes fallece. En ningún caso el proyecto afecta los valores de la familia tradicional, toda vez que sus artículos resguardan dicha institución.”

Se indica que el gran problema y diferencia entre las parejas heterosexuales y homosexuales, es que estos últimos carecen de igualdades legales y económicas, por lo tanto se alude al deber del Estado de superar estas desigualdades, al respeto de los derechos humanos y a la coherencia con diversos tratados internacionales ratificados por Chile.

El proyecto de ley se basa en los acuerdos y tratados ratificados por Chile en los cuales se garantiza la no discriminación de ninguna especie y en la no discriminación contra las minorías sexuales.⁶⁴

Se establece que el concepto de familia se ha modificado con el transcurso del tiempo en pos de las igualdades sociales. Así aluden al artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que sostiene que la “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”, ese principio se ha ampliado gracias al esfuerzo de algunos grupos e instituciones, por lo anterior expresan que la Organización de la Naciones Unidas (ONU) define a la familia como “cualquier

⁶⁴ Así se establece en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Carta Democrática Interamericana. Respecto a la no discriminación contra las minorías sexuales la encontramos consagrada en el Tratado constitutivo de la Unión Europea de 1999 artículo 13, en la Declaración Sociolaboral de 1998 del MERCOSUR, entre otras.

combinación de dos o más personas que están unidas por lazos de mutuo consentimiento, nacimiento y/o adopción o colocación y quienes, juntos, asumen responsabilidad para, entre otras cosas, el cuidado y mantenimiento de los miembros del grupo, la adición de nuevos miembros a través de la procreación o adopción, la socialización de los niños y el control social de los miembros”. La ONU explica además que esa es una definición amplia y no excluyente, y se incluye en ella a cualquier forma de familia cuyas funciones y valores se ajusten a la definición anterior. En la misma línea, la ONU indicó en la Conferencia de El Cairo sobre Población y Desarrollo, celebrada en 1994, que la “división tradicional, basada en el género, de funciones productivas y reproductivas dentro de la familia, con frecuencia no refleja las realidades y aspiraciones actuales”.

Señalan que en febrero 2003 el Parlamento Europeo, por su lado, se pronunció a favor de aplicar el término “familia” en sentido general, incluidas las parejas homosexuales, para todas las cuestiones relacionadas con derechos de libertad de residencia en el territorio de sus Estados miembros. En ese sentido, la familia fue considerada por el Parlamento Europeo como “independiente del sexo” o como “una relación duradera, sin (la necesidad de) que exista matrimonio”. También, en febrero del 2003, indican el Parlamento Europeo aprobó el reconocimiento de los derechos de parejas formadas por personas del mismo sexo para efectos de la libre circulación entre los países de la Unión Europea. El objetivo es que una pareja registrada en una determinada nación, acceda a todos los beneficios adquiridos aún cuando cambie su país de residencia.

Señalan los autores del proyecto de ley, que considerando que en las Constituciones de diversos países no se define el concepto de familia, y atendiendo a lo expresado por la ONU, no existe ningún impedimento legal para considerar a una pareja homosexual como familia, situación concordante con la

tendencia jurídica de abordar la interpretación legal en forma flexible y más amplia.”⁶⁵

Por último se enfatiza que el actual proyecto de ley busca una protección legal a las uniones de hecho, pero que no es su fin asimilarlas al matrimonio y que excluye la posibilidad a las parejas de adoptar hijos, en concordancia con el marco sociocultural que en la actualidad vive nuestro país. En apoyo del proyecto aludido se relaciona éste con la Constitución Política de la República en su artículo 1° que señala: “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, mientras en su artículo 19 sostiene que “en Chile no hay personas ni grupos privilegiados”. Por ello “la Constitución asegura a todas las personas (...) la igual protección de la ley ante el ejercicio de sus derechos”. También en el artículo 5° inciso segundo se establece que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

Proyecto de Ley de fomento de la no discriminación y de contrato de unión civil entre Personas del Mismo Sexo

Título primero Disposiciones generales

Artículo 1

La presente ley protege la existencia legal de la familia constituida entre personas del mismo sexo, cuyos miembros, que cumplan los requisitos establecidos por la ley, deseen acogerse al régimen patrimonial por ella previsto, durante su vigencia y con motivo de su disolución.

Cada vez que en lo sucesivo la presente ley se refiera a "pareja", "contrato de unión civil" o sus miembros, deberá entenderse lo contemplado en el inciso anterior.

Salvo los casos expresamente exceptuados, la presente ley no habilita a la pareja ni a sus miembros individualmente considerados a acceder a derechos y beneficios que las leyes civiles

⁶⁵ Proyecto de ley de fomento a la no discriminación y contrato de unión civil entre personas del mismo sexo en acápite 6.3 familias y legalización de las parejas homosexuales

contemplan para las personas unidas por vínculo matrimonial, ni faculta para asimilar este régimen con el de matrimonio.

Artículo 2

La orientación sexual de una persona no podrá ser considerada en ningún caso como elemento en contra para el discernimiento de guardas, regulación del régimen de visitas, ejercicio del derecho preferente de educación de los hijos, y en general cualquier derecho donde la orientación sexual pueda invocarse como elemento restrictivo para el ejercicio de tales derechos. [...]

Título tercero

De la posesión notoria

Artículo 8

Podrán acogerse a la presente ley las partes que convivieron en forma continua por un período no inferior a dos años y que se hubieran tratado como pareja en sus relaciones domésticas y sociales, siendo recibidos con ese carácter por los deudos, amigos y el vecindario de su domicilio en general.

En tal caso, podrá probarse por cualquiera de los medios de prueba.

Título cuarto

De los derechos y obligaciones

Artículo 9

Durante la vigencia y disolución del contrato de unión civil sus miembros podrán optar acogerse al régimen de comunidad establecido en el Código Civil para la sociedad, al régimen que ellos pacten en la escritura pública de celebración del contrato o en otro posterior.

Salvo disposición en contrario, la que deberá constar por escritura pública u otro instrumento indubitable, se presumirán adquiridos en forma conjunta los bienes de valor apreciable, entendiéndose por tales todos aquellos que ameriten facción de inventario.

Artículo 10

Las partes del contrato de unión civil estarán obligadas a otorgarse mutuamente socorro y asistencia.

Si uno de los miembros de la pareja es abandonado sin causa justificada y se encontrare en situación de necesidad o enfermedad tendrá derecho a solicitar alimentos según lo señalado en el título XVIII del Libro I del Código Civil, en las normas que sean pertinentes.

Artículo 11

Será plenamente aplicable a la pareja la Ley N° 19.325 que establece normas sobre procedimiento y sanciones relativos a los actos de violencia familiar.

Artículo 12

Se considerará circunstancia agravante en las conductas penales tipificadas en el Código Penal o leyes especiales que la autoridad competente deniegue, dificulte, o bien entorpezca de cualquier modo la aplicación de la presente ley, incurra en cualquier conducta discriminatoria o aduzca cualquier otro motivo en tal sentido.

Cuando la conducta sancionada constituya un delito especialmente penado por la ley, se aplicará el artículo 63 del Código Penal.

Artículo 13

En el supuesto que uno de los miembros de la pareja sea declarado judicialmente incapacitado, o se hallare ausente, y sin perjuicio de lo que señale el testamento del sujeto a guarda, el otro ocupará el primer lugar en el orden de preferencia para el discernimiento de la misma, la cual tendrá el carácter de legítima.

Sólo procederá la guarda dativa en caso que el otro miembro de la pareja no pueda asumir el cargo, caso en el cual se preferirá a los parientes consanguíneos más cercanos. En tal caso, en el discernimiento el juez señalará expresamente que el pariente designado no incurre en la causal de indignidad del N° 3° del artículo 968.

Título quinto

De la terminación del contrato de unión civil

Artículo 14

El contrato de unión civil terminará:

1.° Por declaración expresa de las partes, la cual se subinscribirá al margen de la escritura pública. No podrá solicitarse la disolución del contrato dentro del plazo de un año contado desde su celebración.

2.° Por resolución judicial en el caso contemplado en el artículo 11, la cual deberá hacer expresa mención al respecto;

4.° Con la muerte natural de uno de los contrayentes;

5.° Con la declaración de muerte presunta de uno de los contrayentes;

6.° Con la separación de hecho superior a un año, la cual se acreditará por dos testigos o instrumentos públicos ante el notario ante el cual se otorgó la escritura; sin embargo, la obligación de pagar pensión de alimentos subsistirá por dicho periodo; y

7.° Por matrimonio subsiguiente.

La autoridad competente, en los casos procedentes, deberá remitir copia dentro del plazo de noventa días de la resolución pertinente, y que deberá subinscribirse al margen de la escritura principal.

Los bienes comunes, en los casos que sean procedentes, se liquidarán en la forma y modo establecidos en la escritura pública de celebración de unión civil o en aquel que se señala en el artículo 9°. En subsidio, se aplicarán las normas de la partición de bienes.

Artículo 15

Si uno de los miembros de la pareja fallece estando vigente el contrato de unión civil el sobreviviente tendrá la condición de heredero, el cual concurrirá personalmente o representado, en iguales términos que los hijos, si los hubiere y, en caso contrario, preferirá su derecho a cualquier otro pariente.

El sobreviviente tendrá carácter de legitimario para todos los efectos legales.

Título sexto

De los efectos del contrato de unión civil

Artículo 16

El miembro sobreviviente del contrato que regula la presente ley tendrá los mismos derechos que la ley asigna al cónyuge sobreviviente en el Libro III del Código Civil.

El miembro sobreviviente será llamado a suceder con los mismos derechos y obligaciones que las personas enunciadas en el artículo 983 del Código Civil.

El miembro sobreviviente, en consecuencia debe ser considerado como asignatario forzoso según la regla tercera del artículo 1.167 del Código Civil; debe ser considerado como legitimario según lo dispone el artículo 1.182 del Código Civil.

La pareja podrá ser considerada como asignatario en la cuarta libre de mejoras y en la cuarta libre de disposición del causante según lo previsto en los artículos 1.195 y 1.184 inciso final del Código Civil.

Artículo 17

Para los efectos previstos en la Ley 16.744 y en el D.L. 3.500 la pareja del contrato de unión civil regulado en esta ley, tendrá los mismos derechos que la ley asigna al cónyuge.

Artículo 18

Para los efectos previstos en la Ley 18.469 la pareja del contrato de unión civil regulado en esta ley podrá ser incorporada como beneficiario de los contratos a que se refiere el artículo 29 de dicho cue2rpo legal.

Artículo 19

Cualquiera de los miembros del contrato que se regula en la presente ley se entenderán como personalmente afectados en los derechos del otros cuando estos sean agraviados, considerándose para tales efectos circunstancia suficiente de legitimación procesal activa la existencia del presente vínculo.

En el mismo orden de cosas, podrá ejercer la acción penal privada; la acción que persigue la responsabilidad civil por los hechos previstos y relacionados con el Título XXXV del Libro IV del Código Civil. [...]

6.5 Proyecto de ley que establece regulación para las uniones de hecho

Boletín 4153-18⁶⁶

Se fundamenta este proyecto de ley en la paulatina y dispersa normativa que existe en torno al matrimonio y en la ausencia de regulación de las uniones de hecho, realidad indiscutible en el mundo con su correlato en diversas legislaciones tanto de países europeos como latinoamericanos. Recalcan los legisladores que promueven este proyecto, el hecho de que no exista normativa de la materia, lo cual no sólo produce efectos en la relación afectiva de los convivientes, sino que también en el ámbito de las relaciones filiales y patrimoniales.

⁶⁶ FECHA DE INGRESO: Miércoles 12 de Abril, 2006. INICIATIVA: Moción. TIPO DE PROYECTO: Proyecto de ley. CÁMARA DE ORIGEN: Cámara Diputados. URGENCIA ACTUAL: Sin urgencia. ETAPA: Primer trámite constitucional. SUBETAPA: Primer informe de Comisión de Familia

El principio de igualdad, que se plasmó en la dictación de ley 19.585 al establecer igualdad de derechos para los hijos sean matrimoniales o no, debe extenderse para que también el conviviente sobreviviente reciba parte de los bienes del difunto, pues esa relación de estabilidad y comunión también entendemos que forma una familia.

PROYECTO DE LEY

Artículo 1°. La presente ley tiene por objeto regular la existencia, celebración, validez, y efectos de las uniones de hecho.

Constituye unión de hecho, la formada por un hombre y una mujer que de manera libre, han decidido tener una vida en común, poseyendo aquella un carácter de estabilidad y continuidad, con el objetivo de constituir una familia y cumpliendo los demás requisitos establecidos en la ley. [...]

Artículo 5°. Podrán acogerse a la presente ley las partes que convivieron en forma continua y no interrumpida por un período no inferior a tres años y que se hubieran tratado como pareja en sus relaciones domésticas y sociales, siendo recibidos con ese carácter por los deudos, amigos y el vecindario de su domicilio en general.

Tal circunstancia podrá probarse por cualquier medio de prueba ofrecido y rendido en conformidad a la ley.

Artículo 6°. Durante la vigencia de una unión de hecho existirá una comunidad respecto de los bienes adquiridos a título oneroso. Se presumen indivisos por mitades dichos bienes, si en el acto de adquisición o de suscripción no se dispone algo distinto.

La división de las cosas comunes y las obligaciones y derechos que de ella resulten se efectuará conforme a las reglas contempladas en el título X del Libro III del Código Civil.

Artículo 7: La unión de hecho se disuelve por:

1-Mutuo acuerdo que conste en escritura pública.

2-Voluntad unilateral de una de las partes de la unión civil, que conste en escritura pública.

3-Matrimonio posterior de una de las partes de la unión civil.

4-Muerte natural o presunta de una de las partes de la unión civil.

Artículo 8°. Se entenderá subrogado en los derechos del arrendatario de un inmueble por el solo ministerio de la ley, la parte que hubiere celebrado válidamente una unión de hecho con dicho arrendatario y que sobreviviere a su muerte cuando dicho inmueble sirva de residencia principal a la familia.

Artículo 9°. Para los efectos previstos en la Ley 16.744 y en el D.L. 3.500 la parte de la unión de hecho regulado en esta ley, tendrá los mismos derechos que la ley asigna al cónyuge.

Artículo 10°. Se entenderá como víctima y en tal calidad podrá perseguir la reparación del daño moral cualquiera de las partes de la unión de hecho, cuando, de la comisión de un delito o cuasidelito, se derive la muerte de una de las partes, considerándose para tales efectos circunstancia suficiente de legitimación procesal activa la existencia del presente vínculo.

CAPÍTULO VII

LEYES CHILENAS RELACIONADAS CON EL CONCEPTO DE FAMILIA

En este capítulo abordaremos las leyes chilenas que contienen un concepto de familia, agrupándolas según la temática y/o visión de la familia a la que aluden.

7.1. Código Civil.

7.1.1. Artículo 132 Código Civil: Sobre el adulterio.

Artículo 132: “El adulterio constituye una grave infracción al deber de fidelidad que impone el matrimonio y da origen a las sanciones que la ley prevé.
Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el varón casado que yace con mujer que no sea su cónyuge”^{67 68}

La Ley 19.335 despenalizó el adulterio, y dentro de las modificaciones que efectuó en la legislación vigente, se encuentra la realizada en esta norma, la cual establece la igualdad en las relaciones familiares respecto de las obligaciones entre marido y mujer dentro del matrimonio, por cuanto con anterioridad el adulterio –que recordemos estaba penado por la ley- sólo lo cometía “la mujer que yace con varón”, excluyendo totalmente el caso inverso.

⁶⁷ Artículo incorporado por la ley N°19.335 en su artículo 28, publicada en el Diario Oficial el 23 de septiembre de 1994.

⁶⁸ Este inciso fue modificado por el artículo único de la ley 19.422, publicada en el Diario Oficial el 13 de noviembre de 1995

7.1.2. Artículos 135 inciso primero y 1749 Código Civil: Administración de la sociedad conyugal.

Artículo 135 inciso primero: “Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, y toma el marido la administración de los de la mujer, según las reglas que se expondrán en el título *De la sociedad conyugal* [...]

Artículo 1749: “El marido es el jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra los bienes sociales y los de su mujer, sujeto, empero, a las obligaciones y limitaciones que por el presente Título se le imponen y a las que haya contraído por las capitulaciones matrimoniales.

Como administrador de la sociedad conyugal, el marido ejercerá los derechos de la mujer que siendo socia de una sociedad civil o comercial se casare, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 150.

El marido no podrá enajenar o gravar voluntariamente ni prometer enajenar o gravar los bienes raíces sociales ni los derechos hereditarios de la mujer, sin autorización de ésta.

No podrá tampoco sin dicha autorización, disponer entre vivos a título gratuito de los bienes sociales, salvo el caso del artículo 1735, ni dar en arriendo o ceder la tenencia de los bienes raíces sociales urbanos por más de cinco años, ni los rústicos por más de ocho, incluidas las prórrogas que hubiere pactado el marido [...]

Al igual que en el artículo 132, esta norma aborda la igualdad de las relaciones familiares pero en forma inversa al principio aludido, puesto que la mujer se encuentra en un rol de subordinación respecto del marido al preferirse a éste como jefe de la sociedad conyugal, quien no sólo administra dicho patrimonio sino que también el propio de la mujer.

En el régimen económico matrimonial de sociedad conyugal, permanece un sistema de jerarquía basada en la autoridad marital del hombre por sobre la mujer, por lo cual estamos en este ámbito frente a un modelo de familia patriarcal basado en relaciones de subordinación. Si bien la Ley 18.802⁶⁹, al derogar la potestad marital del hombre sobre la mujer, realizó un avance

⁶⁹ Al respecto podemos señalar que la potestad marital en el antiguo artículo 132 del Código Civil se definía como “el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer”. La Ley 18.802 derogó esta norma, y todas las consecuencias de esta autoridad como: la incapacidad relativa de la mujer casada, la representación legal de la mujer por su marido, el deber de obediencia de la mujer, la obligación de la mujer de seguir a su marido a donde quiera que traslade su residencia, la mujer tenía como domicilio legal el de su marido y el derecho del marido para oponerse a que la mujer ejerciera un determinado trabajo o industria. En Ramos Pazos. Ob. cit. Tomo I, p.127 y siguientes.

significativo en la igualdad al interior de la familia,⁷⁰ la mujer que opta por el régimen de sociedad conyugal – que en nuestra legislación a falta de pacto en contrario, es el régimen económico que opera⁷¹ - en la realidad se encuentra con una autodeterminación en cuanto a la administración de los bienes fuertemente disminuida y por lo tanto con su capacidad para realizar actos jurídicos restringida en la práctica.

7.1.3. Artículo 141 y siguientes: De los bienes familiares

Artículo 141: “El inmueble propiedad de cualquiera de los cónyuges que sirva de residencia principal de la familia, y los muebles que la guarnecen, podrán ser declarados bienes familiares y se registrarán por las normas de este párrafo, cualquiera sea el régimen de bienes del matrimonio.”

Artículo 147: “Durante el matrimonio, el juez podrá constituir, prudencialmente, a favor del cónyuge no propietario, derechos de usufructo, uso o habitación sobre los bienes familiares. En la constitución de esos derechos y en la fijación del plazo que les pone término, el juez tomará especialmente en cuenta el interés de los hijos, cuando los haya, y las fuerzas patrimoniales de los cónyuges [...]”

El beneficio que implica la declaración de un bien como familiar es importante respecto de asegurar el bienestar de los integrantes de una familia basada en el matrimonio, puesto que es requisito que la propiedad sea de alguno de los cónyuges. Un punto a considerar es que dentro de sus características se encuentra la independencia del régimen matrimonial que exista entre los cónyuges y que nada impide que subsista el bien como familiar después de la disolución del matrimonio, mientras no se le desafecte.⁷²

⁷⁰ Se estimaron legítimas en su momento las disposiciones derogadas por la Ley 18.802 pues se basaban en las características de la familia o de la naturaleza de la mujer, lo que respondía a comprender a la familia según un modelo patriarcal jerárquico y no en una familia estructurada en la comunión de afectos, que en una sociedad democrática reposa en la igualdad de integrantes que se vinculan en una relación de cooperación mutua

⁷¹ Artículo 1718 del Código Civil.

⁷² LÓPEZ DÍAZ Carlos. Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia. Santiago. Chile. Editorial Librotecnia. Tomo I. p. 307.

7.1.4. Artículo 234 Código Civil: Facultad de corregir a los hijos

Artículo 234: “Los padres tendrán la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal. Esta facultad excluye toda forma de maltrato físico y psicológico y deberá, en todo caso, ejercerse en conformidad a la Ley y a la Convención sobre los Derechos del Niño.

Si se produjese tal menoscabo o se temiese fundadamente que ocurra, el juez, a petición de cualquiera persona o de oficio, podrá decretar una o más de las medidas cautelares especiales del artículo 71 de la ley N°19.968, con sujeción al procedimiento previsto en el Párrafo primero del Título IV de la misma ley, sin perjuicio de las sanciones que correspondiere aplicar por la infracción.

Cuando sea necesario párale bienestar del hijo, los padres podrán solicitar al tribunal que determine sobre la vida futura de aquel por el tiempo que estime más conveniente, el cual no podrá exceder del plazo que le falte para cumplir dieciocho años de edad.

Las resoluciones del juez no podrán ser modificadas por la sola voluntad de los padres.”⁷³

La modificación que realiza la ley 20.286 a este artículo reivindica la igualdad en las relaciones padre e hijo al interior de la familia, poniendo como núcleo central la protección del interés superior del niño, por sobre el deber correctivo de los padres, derivado del derecho preferente a educar a los hijos consagrado en el artículo 19 N° 10 de nuestra Carta Fundamental, el cual también se encuentra normado en el artículo 236 del Código Civil.

7.1.5. Artículo 236 Código Civil: Derecho-Deber de los padres de educar a sus hijos.

Artículo 236: “Los padres tendrán el derecho y el deber de educar a sus hijos, orientándolos hacia su pleno desarrollo en las distintas etapas de su vida”

Reiteramos lo establecido en el análisis anterior del artículo 234 del Código Civil en cuanto a la igualdad en las relaciones familiares y la vinculación con el artículo 19 N° 10 de nuestra Constitución.

7.1.6. Artículo 321 Código Civil: Alimentarios

Artículo 321: “Se deben alimentos:

1° Al cónyuge

2° A los descendientes

3° A los ascendientes

⁷³ Artículo modificado por el artículo 3 de la ley 20.286 de fecha 15 de septiembre de 2008.

4º A los hermanos

5º Al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida o revocada.

La acción del donante se dirigirá contra el donatario.

No se deben alimentos a las personas aquí designadas, en los casos en que una ley expresa se los niegue.”

Este artículo tiene concordancia con el artículo 2 de la ley 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias. En relación con este deber de proporcionar alimentos, ha existido un avance en cuanto a la no distinción respecto de la filiación de los hijos para poder acceder a este derecho gracias a la ley 19.585 que modificó los estatutos filiativos.

Desde otra arista, no se incluye al conviviente en cuanto a pareja estable que conformó una familia con el alimentante, circunscribiéndose este derecho sólo a la familia matrimonial.

7.2. Ley 19.585 modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de Filiación

La ley 19.585 dispuso la igualdad en materia de filiación, eliminando las distinciones entre hijos naturales, legítimos e ilegítimos, estableciendo en consecuencia los mismos derechos y obligaciones entre los hijos independiente de su origen. Lo anterior, dice relación con un concepto de familia amplio que aboga por la igualdad en las relaciones familiares.

Dentro de las normas que contiene la ley 19.585, las siguientes disposiciones son las que ilustran de mejor modo un concepto de familia amplio y democrático:

7.2.1. Igualdad de los hijos

Artículo 1: Introdúcense las siguientes modificaciones al Código Civil: [...]

6. Derógase el artículo 33 y agréguese, con la misma numeración, el siguiente artículo nuevo:

Artículo 33: “Tienen el estado civil de hijos respecto de una persona cuya filiación se encuentra determinada, de conformidad a las reglas previstas por el Título VII del Libro I de este Código. La ley considera iguales a todos los hijos.”

24. Introdúcense al libro I los siguientes títulos VII a X:

Título VII:

Artículo 179: “La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial.

La adopción, los derechos entre adoptante y adoptado y la filiación que pueda establecerse entre ellos, se rigen por la ley respectiva.

Artículo 181: “La filiación produce efectos civiles, cuando queda legalmente determinada, pero éstos se retrotraen a la época de concepción del hijo.

No obstante, subsistirán los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas antes de su determinación, pero el hijo concurrirá a las sucesiones abiertas con anterioridad a la determinación de su filiación, cuando sea llamado en su calidad de tal.

Todo lo anterior se entiende sin perjuicio de la prescripción de los derechos y las acciones, que tendrá lugar conforme a las reglas generales.

La acreditación de la filiación determinada se realizará conforme con las normas establecidas en el Título XVII.”

A partir de las modificaciones introducidas por esta ley sólo existe la clasificación de la filiación según su origen en: filiación por naturaleza, adopción y por técnicas de reproducción asistida. La primera a su vez se subclasifica en: matrimonial y no matrimonial, todas estas distinciones sólo dicen relación con el origen filiativo pues todos por tener la calidad de hijos tienen los mismos derechos y obligaciones.

7.2.2 Derechos y deberes entre padres e hijos.

Título IX: De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos.

Artículo 222: “Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres.

La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades”

Este artículo se centra en el hijo como sujeto de derecho, inserto en una familia que se fundamenta en la igualdad en las relaciones familiares y no en la autoridad y jerarquía.

Artículo 223: “Aunque la emancipación confiera al hijo el derecho de obrar independientemente, queda siempre obligado a cuidar de los padre en su ancianidad, en el estado de demencia, y en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren sus auxilios.

Tienen derecho al mismo socorro todos los demás ascendientes, en caso de inexistencia o insuficiencia de los inmediatos descendientes”

El hijo, al ser sujeto de derecho no sólo tiene derechos sino que contrae deberes recíprocos con sus padres, en el entendido de la cooperación mutua que se debe dar en una familia.

7.2.3. Consentimiento del cónyuge de persona que tiene cuidado personal de hijo no nacido de ese matrimonio.

Artículo 228: “La persona casada a quien corresponda el cuidado personal de un hijo que no ha nacido de ese matrimonio, sólo podrá tenerlo en el hogar común, con el consentimiento de su cónyuge”

En esta norma se da preferencia al vínculo matrimonial por sobre el filiativo, por lo cual se deja en desamparo al hijo en pos de la estabilidad del matrimonio, lo que entra en conflicto con el interés superior del niño, pues en el caso de que el otro padre no pueda o quiera tener su cuidado personal, se deja al hijo desvalido y a la deriva de la buena voluntad de sus otros parientes.

7.3. Ley 19.947 sobre Matrimonio Civil

Artículo 1 inciso primero: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia [...]”

Parte de la doctrina señala que este inciso dispone que la familia matrimonial no es la única base de la familia que existe, puesto que al calificarla de “principal”, la distingue de otros tipos de familia que coexisten con la citada.⁷⁴

Artículo 3: “Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil. Conociendo de estas materias, el juez procurará preservar y recomponer la vida en común en la unión matrimonial válidamente contraída, cuando ésta se vea amenazada, dificultada o quebrantada. Asimismo, el juez resolverá las cuestiones atinentes a la nulidad, la separación o el divorcio, conciliándolas con los derechos y deberes provenientes de las relaciones de filiación y con la subsistencia de una vida familiar compatible con la ruptura o la vida separada de los cónyuges.”

⁷⁴ LÓPEZ DÍAZ Carlos. Ob.cit. p. 138.

Artículo 53: “El divorcio pone término al matrimonio, pero no afectará en modo alguno la filiación ya determinada ni los derechos y obligaciones que emanan de ella.

Artículo 54: “El divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común.

Se incurre en dicha causal, entre otros casos, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos:

1º Atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos;

2º Trasgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio. El abandono continuo o reiterado del hogar común, es una forma de trasgresión grave de los deberes del matrimonio;

3º Condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, o contra las personas, previstos en el Libro II, Títulos VII y VIII, del Código Penal, que involucre una grave ruptura de la armonía conyugal.

4º Conducta homosexual.

5º Alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos, y

6º Tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos.”

Artículo 61: “Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa.”

Artículo 67: “Solicitada la separación, sea que la demanda se presente directamente o de conformidad al artículo 29, o el divorcio, el juez deberá llamar a las partes a una audiencia de conciliación especial, con el propósito de examinar las condiciones que contribuirían a superar el conflicto de la convivencia conyugal y verificar la disposición de las partes para hacer posible la conservación del vínculo matrimonial.

El llamado a conciliación tendrá por objetivo, además, cuando proceda, acordar las medidas que regularán lo concerniente a los alimentos entre los cónyuges y para los hijos, su cuidado personal, la relación directa y regular que mantendrá con ellos el padre o la madre que no los tenga bajo su cuidado, y el ejercicio de la patria potestad.”

Encontramos dos criterios en los artículos precedentemente transcritos. Por un lado, una fuerte protección al cónyuge más débil y a los hijos, realizando el legislador una discriminación positiva a favor de ellos, instaurando la compensación económica respecto del primero y una regulación total de las relaciones parentales por parte del juez si es que ellas no estaban reguladas con anterioridad. Por otro lado, se faculta al juez para que, –como amigable componedor- en la conciliación, examine las condiciones con los cónyuges para

recomponer el vínculo matrimonial, lo que demuestra una inclinación del legislador a establecer como etapa procesal la posibilidad de reconsideración de la disolución del vínculo y así preservar la familia matrimonial. Una visión distinta se plasma en la modificación de la ley N°16.618 que Crea los Tribunales de Familia por la Ley 20.286, que eliminó el trámite de la consulta de las sentencias de divorcios, lo que para parte de la doctrina atenta contra el orden público que impera en el Derecho de Familia allanando la vía para los llamados “divorcios Express”, lo que estiman, atentaría contra la estabilidad de las familias, pero en nuestra opinión, la consideramos una decisión acertada del legislador, ya que se fortalece la autonomía de la voluntad de los cónyuges como sujetos de derecho, quienes siempre tienen garantizado el debido proceso a través del recurso de apelación.

7.4. Ley N° 4.808 sobre Registro Civil⁷⁵

Título V: Medidas que favorecen la constitución legal de la familia

Artículo 51: “Los Oficiales del Registro Civil visitarán su respectiva comuna o sección, en la forma que determine el reglamento, a fin de procurar la celebración del matrimonio del hombre y la mujer que, haciendo vida marital, tengan hijos comunes.

Durante su visita, harán las inscripciones de nacimiento que procedan, denunciarán aquellos que no se hubieren inscrito en época oportuna y cuidarán que esas inscripciones se verifiquen.”

El Título V, de esta ley, titulado “Medidas que favorecen la constitución legal de la familia”, apunta a un concepto de familia matrimonial y el fomento de ésta, al procurar que los padres de familias que tienen como causa generadora la convivencia estable de los primeros se transforme en una basada en el matrimonio, otorgándole la calidad de legal a la familia matrimonial en detrimento de otros grupos familiares.

⁷⁵ Texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado en el D.F.L N° 1 de 2000 del Ministerio de Justicia.

7.5. Ley 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias.

Artículo 18: “Serán solidariamente responsables del pago de la pensión de alimenticia quien viviere en concubinato con el padre, madre o cónyuge alimentante, y los que, sin derecho para ello, dificultaren o imposibilitaren el fiel y oportuno cumplimiento de dicha obligación”

En esta norma se sanciona la convivencia, igualando la calidad de deudor solidario a la pareja no matrimonial del alimentante –sin importar la estabilidad en el vínculo de ellos- y a las personas que dificulten o imposibiliten el cumplimiento de la obligación alimenticia, a contrario sensu, la pareja del alimentante que fuere su cónyuge no tiene esta calidad de deudor de la pensión alimenticia. Encontramos que existe una discriminación arbitraria al condenar solidariamente al pago del “concubino”, al diferenciarlo del cónyuge del alimentante y asimilarlo a una persona que obstaculiza el cumplimiento de la obligación alimenticia.

7.6. D.F.L 150 sobre Sistema Único de Prestaciones Familiares y Sistema de Subsidios de Cesantía para los trabajadores de los sectores privado y público ⁷⁶

Artículo 2º letra g): “Quedan afectos al Sistema y son sus beneficiarios:

[...]g) Las personas naturales que tengan menores a su cargo en virtud de una medida de protección dispuesta por sentencia judicial.”^{77 78}

Artículo 4º: “Las trabajadoras comprendidas en las letras a), b) y c) del artículo 2º⁷⁹ tendrán derecho a una asignación maternal que será de monto igual al de la asignación familiar, la que se les pagará por todo el período del embarazo.

⁷⁶ El D.F.L 150 fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de las normas sobre sistema único de prestaciones familiares y sistema de subsidios de cesantía para los trabajadores de los sectores privado y público contenidas en los decretos leyes N° 307 y 603 ambos de 1974.

⁷⁷ Este artículo fue modificado por el que aparece en el texto por el numeral 1) del artículo primero de la ley 20.172 que introduce modificaciones a la asignación familiar.

⁷⁸ En este mismo sentido ver en este mismo acápite el punto 10.11

⁷⁹ Artículo 2: Quedan afectos al Sistema y son sus beneficiarios:

a) Todos los trabajadores dependientes de los sectores público y privado;

Su pago se hará exigible a partir del quinto mes de embarazo, previa certificación competente de tal hecho y de su control, extendiéndose con efecto retroactivo por el período completo de la gestación.

Igual derecho tendrán los beneficiarios mencionados en las letras indicadas en el inciso primero, respecto de sus **cónyuges embarazadas** que sean causantes de asignación familiar. La asignación maternal se registrará por las normas generales de la asignación familiar y las especiales que determine el reglamento.” (El énfasis es nuestro)

Artículo 7°: “Corresponderá percibir la asignación familiar y la maternal, por regla general, al beneficiario a cuyas expensas viva el causante.

Las asignaciones familiares causadas por hijos menores se pagarán directamente a la madre con la cual vivan, si ésta lo solicitare, no requiriendo para ello el consentimiento del beneficiario. Igualmente procederá el pago directo a la cónyuge, a los causantes mayores de edad o a la persona a cuyo cargo se encuentre el causante, siempre que lo soliciten, no requiriendo para ello el consentimiento del beneficiario.

Los empleadores y las entidades pagadoras de las asignaciones familiares, no podrán rechazar las solicitudes a que se refieren los incisos precedentes.⁸⁰

Se considera como beneficiarios de asignación familiar en el artículo 2 a las personas que “tienen menores a su cargo”, en virtud de una medida de protección emanada de un tribunal, ampliando de esta forma el concepto de familia, pues una persona que tenga a su cargo a un menor con este tipo de medida puede no sólo ser su padre, sino que un pariente o un tercero no familiar.

Un avance importante en el cual la ley se adecuó a la realidad del país, fue la posibilidad de que se cobrara la asignación familiar sin necesidad del consentimiento del beneficiario por parte de la madre de los hijos menores, protegiendo de esta manera el interés superior de ellos.⁸¹ Además,

b) Los trabajadores independientes afiliados a un régimen de previsión que al 1° de Enero de 1974 contemplara en su favor y entre sus beneficios el de la asignación familiar;

c) Los señalados en las letras anteriores que se hallen en goce de subsidios de cualquier naturaleza.

⁸⁰ Este artículo fue modificado por el que aparece en el texto por el numeral 2) del artículo único de la ley 20.172 que introduce modificaciones a la asignación familiar.

⁸¹ En la práctica, antes de la dictación de esta ley, ocurría muchas veces que el padre que no mantenía contacto alguno con sus hijos al momento de percibir la asignación familiar no se las otorgaba a sus destinatarios, o sea a sus hijos, puesto que éstos necesitaban su consentimiento para poder cobrarla.

encontramos que se da cobertura respecto de la asignación familiar a las mujeres embarazadas sin distinción si éstas han contraído vínculo matrimonial. Sólo existe una diferenciación en cuanto a preferencia por el modelo de familia matrimonial al otorgarle derecho a la asignación familiar a los beneficiarios que tengan cónyuges embarazadas excluyendo a la conviviente estable no matrimonial.

7.7. Ley 19.284 establece normas para la plena integración social de personas con discapacidad

Artículo 2°: “La prevención de las discapacidades y la rehabilitación constituyen una obligación del Estado y, asimismo, un derecho y un deber de las personas con discapacidad, de su familia y de la sociedad en su conjunto.

El Estado dará cumplimiento a la obligación establecida en el inciso anterior en los términos y condiciones que fije esta ley.”

Artículo 37: “El Estado, a través de sus organismos pertinentes, creará condiciones y velará por la inserción laboral de las personas con discapacidad a objeto de asegurar su independencia, desarrollo personal, ejercicio del derecho a constituir una familia y a gozar de una vida digna.”

Esta ley tiene como principio rector lo dispuesto en el artículo 1º inciso 4 de nuestra Constitución al materializar la protección que el Estado debe otorgar a la familia junto con el deber de propender a su fortalecimiento. Específicamente, este principio toma forma respecto de la obligación del Estado de prevenir y rehabilitar a las personas que sufran esta tipo de limitaciones y crear condiciones para una adecuada inserción laboral.

7.8. Ley Educación Primaria Obligatoria DFL 5291

Art. 1º: “La obligación que incumbe a los padres, guardadores y a los patrones de proporcionar la educación primaria a sus hijos, pupilos o menores a cargo de sus empleados, se cumplirá con arreglo a las disposiciones de la presente ley.

A falta de padres o guardadores, las disposiciones de esta ley se aplicarán a las personas que tengan a su cargo el cuidado de menores.”

Art. 24º: “Los padres o guardadores podrán eximir de la clase de doctrina cristiana a sus hijos o pupilos, manifestándolo al matricularlos o en seguida por escrito al Inspector Escolar.”

Esta ley tiene directa relación con el artículo 1º inciso cuarto de nuestra Carta Fundamental, referente a que el Estado debe propender al fortalecimiento de la familia, y el 19º N° 10 inciso segundo del mismo cuerpo legal en cuanto al derecho preferente y el deber de los padres de propender al fortalecimiento de la familia y la consiguiente protección del Estado de este derecho. Una clara manifestación del derecho precedentemente señalado lo encontramos en la facultad que se les otorga en el artículo 24º a los padres para decidir si el hijo recibe educación cristiana en el colegio, decisión que pertenece a la esfera íntima de la familia y en la cual el Estado se abstiene de intervenir, tomando un rol garante de la decisión de los padres.

7.9. Ley nº 19.688 que modifica la ley nº 18.962, Orgánica Constitucional de Enseñanza, en lo relativo al derecho de las estudiantes que se encuentren embarazadas o que sean madres lactantes de acceder a los establecimientos educacionales

Artículo único: “Intercálese en el artículo 2º de la ley N° 18.962, Orgánica Constitucional de Enseñanza, a continuación del inciso segundo, el siguiente inciso, nuevo, pasando el inciso tercero a ser cuarto:

”El embarazo y la maternidad, no constituirán impedimento para ingresar y permanecer en los establecimientos de educación de cualquier nivel. Estos últimos deberán, además, otorgar las facilidades académicas del caso.””

Nos remitimos al análisis efectuado en el acápite 7.3.1 en cuanto al deber del Estado de propender al fortalecimiento de la familia y dar protección a ésta, que en esta norma, se refleja en la garantía que se les otorga a las madres de familia de continuar sus estudios lo que permite una protección a familias con diversas causas de orígenes, remitiéndonos a un concepto amplio de familia,

pues generalmente las familias que comienzan a formar las madres adolescentes no tienen relación, en un principio con el vínculo matrimonial.

7.10. Código del Trabajo

7.10.1 Normas sobre alimentación del hijo

Artículo 206: “Las madres tendrán derecho a disponer, para dar alimento a sus hijos de dos porciones de tiempo que en conjunto no excedan de una hora al día, las que se considerarán trabajadas efectivamente para los efectos del pago de sueldo, cualquiera sea el tipo de remuneración.

El derecho a usar de este tiempo con el objeto indicado, no podrá ser renunciado en forma alguna.”

Artículo 203 incisos 7 y 8: “[...] El permiso a que se refiere el artículo 206 se ampliará en el tiempo necesario para el viaje de ida y vuelta de la madre para dar alimento a su hijo.

El empleador pagará el valor de los pasajes por el transporte que deba emplearse para la ida y regreso del menor al respectivo establecimiento (sala cuna) y el de los que deba utilizar la madre en el caso a que se refiere el inciso anterior.”

7.10.2 Normas sobre condicionamiento por estado de embarazo.

Artículo 194 inciso 4: “[...] Ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadoras, su permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravidez”

7.10.3 Descanso maternidad

Artículo 195 inciso primero: “Las trabajadoras tendrán derecho a un descanso de maternidad de seis semanas antes del parto y doce semanas después del él.[...]”

7.10.4 Descanso paternidad.

Artículo 195 inciso segundo y tercero: “[...] Sin perjuicio del permiso establecido en el artículo 66, el padre tendrá derecho a un permiso pagado de cuatro días en caso de nacimiento de un hijo, el que podrá utilizar a su elección desde el momento del parto, y en este caso será de días corridos, o distribuirlo dentro del primer mes desde la fecha de nacimiento. Este permiso también se otorgará al padre que se le conceda la adopción de un hijo, contado desde la respectiva sentencia definitiva. Este derecho es irrenunciable.

Si la madre muriera en el parto o durante el periodo de permiso posterior a éste, dicho permiso o el resto de él que sea destinado al cuidado del hijo, corresponderá al padre, quien gozará del fuero establecido en el artículo 201 de este Código, y tendrá derecho al subsidio a que se refiere el artículo 198.[...]”

7.10.5 Fuero maternal

Artículo 201 inciso primero: “Durante el periodo de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, la trabajadora estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 174 [...]”⁸²

7.10.6 Fuero de los adoptantes.

Artículo 201 inciso segundo: “Tratándose de mujeres o de hombres solteros o viudos que manifiesten al tribunal su voluntad de adoptar un hijo en conformidad a las disposiciones de la Ley de Adopción, el plazo de un año establecido en el inciso precedente se contará desde la fecha en que el juez, mediante resolución dictada al efecto, confíe a estos trabajadores el cuidado personal del menor en conformidad al artículo 19 de la Ley de Adopción o bien le otorgue la tuición en los términos del inciso tercero del artículo 24 de la misma ley [...]”

7.10.7 Permiso por enfermedad del hijo menor de un año

Artículo 199: “Cuando la salud de un niño menor de un año requiera de atención en el hogar con motivo de enfermedad grave, circunstancia que deberá ser acreditada mediante certificado médico otorgado o ratificado por los servicios que tengan a su cargo la atención médica de los menores, la madre trabajadora tendrá derecho al permiso y subsidio que establece el artículo anterior⁸³ por el periodo que el respectivo servicio determine. En el caso de que ambos padres sean trabajadores, cualquiera de ellos, y a elección de la madre, podrá gozar del permiso y subsidio referidos. Con todo gozará de ellos el padre, cuando la madre hubiere fallecido o él tuviere la tuición del menor por sentencia judicial.”

7.10.8 Derecho trabajador(a) que tiene cuidado personal o medida de protección a favor de un menor de edad

Artículo 199 inciso segundo: “[...] Tendrán también derecho a este permiso y subsidio, la trabajadora o el trabajador que tenga a su cuidado un menor de edad inferior a un año, respecto de quien se le haya otorgado la tuición o el cuidado personal como medida de protección. Este derecho se extenderá al cónyuge, en los mismos términos señalados en el inciso anterior. [...]”

Artículo 200 inciso primero: “La trabajadora o el trabajador que tenga a su cuidado un menor de edad inferior a seis meses, por habersele otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal del menor como medida de protección, tendrá derecho a permiso y subsidio hasta por doce semanas [...]”

⁸² Artículo 174 del Código del Trabajo inciso primero: “En el caso de trabajadores sujetos a fuero laboral, el empleador no podrá poner término al contrato sino con autorización previa del juez competente, quien podrá concederla en los casos de las causales señaladas en los números 4 y 5 del artículo 159 y en las del artículo 160.”

⁸³ El artículo 199 se refiere al subsidio de maternidad.

7.10.9 Permiso del trabajador en caso de nacimiento o muerte de un hijo o muerte del cónyuge

Artículo 66: “En los casos de nacimiento y muerte de un hijo así como en el de muerte del cónyuge, todo trabajador tendrá derecho a un día de permiso pagado, adicional al feriado anual, independientemente del tiempo de servicio. Dicho permiso deberá hacerse efectivo dentro de los tres días siguientes al hecho que lo origine.”

7.10.10 Permiso del trabajador por accidente o enfermedad grave del hijo menor de 18 años.

Artículo 199 bis incisos primero y segundo: “ Cuando la salud de un menor de 18 años requiera la atención personal de sus padres con motivo de un accidente grave o de una enfermedad Terminal en su fase final o enfermedad grave, aguda y con probable riesgo de muerte, la madre trabajadora tendrá derecho a un permiso para ausentarse de su trabajo por el número de horas equivalentes a diez jornadas ordinarias de trabajo al año, distribuidas a elección de ella en jornadas completas, parciales o combinación de ambas, las que se considerarán como trabajadas para todos legales. Dichas circunstancias del accidente o la enfermedad deberán ser acreditadas mediante certificado otorgado por el médico que tenga a su cargo la atención del menor.

Si ambos padres son trabajadores dependientes, cualquiera de ellos, a elección de la madre, podrá gozar del referido permiso. Con todo, dicho permiso se otorgará al padre que tuviere la tuición del menor por sentencia judicial o cuando la madre hubiere fallecido o estuviese imposibilitada de hacer uso de él por cualquier causa. A falta de ambos, a quien acredite su tuición o cuidado [...]”

7.10.11 Salas cunas

Artículo 203 inciso primero: “Las empresas que ocupan veinte o más *trabajadoras de cualquier edad o estado civil*, deberán tener salas anexas e independientes del local de trabajo, en donde las mujeres puedan dar alimento a sus hijos menores de dos años y dejarlos mientras estén en el trabajo. Igual obligación corresponderá a los centros o complejos comerciales e industriales y de servicios administrados bajo una misma razón social o personalidad jurídica, cuyos establecimientos ocupen entre todos, veinte o más trabajadoras. El mayor gasto que signifique la sala cuna se entenderá común y deberán concurrir a él todos los establecimientos en la misma proporción de los demás gastos de ese carácter [...] “

Las normas precedentes, nos dan cuenta de un concepto amplio de familia, pues todas propenden al fortalecimiento de ésta, (Artículo 1º inciso 4 de nuestra Carta Fundamental) incluyendo no sólo a los padres al otorgarles determinados derechos respecto a la adecuada crianza de los hijos, sino que también a las personas -que pueden ser parientes o terceros no familiares- que

tienen a cargo menores por una medida de protección⁸⁴, y, de la misma manera se incluyen a los adoptantes solteros, reconociendo de esta forma diferentes causas generadoras de la familia. Además estas normas propugnan la igualdad en las relaciones familiares al otorgar los mismos beneficios al padre y madre – sin hacer distinción de género- de los hijos recién nacidos o que sufren graves enfermedades.

Solamente encontramos un caso en que hay una preferencia por la familia matrimonial, que es aquél en el cual se le otorga permiso al trabajador por la muerte de su cónyuge.

7.11. Ley nº 19.532 crea el Régimen de Jornada Escolar Completa Diurna y dicta normas para su aplicación

Artículo 2: “Introdúcense las siguientes modificaciones al decreto con fuerza de ley Nº 2, del Ministerio de Educación, de 1996:[...]

6. Agréganse los siguientes incisos al artículo 24:

"Los sostenedores de los establecimientos educacionales regidos por este Título, eximirán total o parcialmente del pago de los valores que mensualmente se deban efectuar, a los alumnos que se determine conforme a un sistema de exención de los cobros mensuales. Las bases generales para dicho sistema de exención, contenidas en un reglamento interno, se darán a conocer a los padres y apoderados del establecimiento, antes del 30 de agosto del año anterior a su incorporación al sistema de financiamiento compartido, o al momento de requerir su acuerdo, en el caso señalado en el artículo anterior, según corresponda.

Las bases generales del sistema de exención a que se refiere el inciso precedente, deberán establecer los criterios y procedimientos objetivos que se utilizarán para seleccionar a los alumnos beneficiarios.

Con todo, a lo menos **las dos terceras partes de las exenciones se otorgarán atendiendo exclusivamente a las condiciones socioeconómicas de los alumnos y su grupo familiar [...]**” (el énfasis es nuestro).

Encontramos en esta disposición un resguardo al derecho que les corresponde a los padres de educar a sus hijos y escoger el establecimiento de

⁸⁴ En el mismo sentido, ver punto 6 de este mismo acápite en relación al artículo 2 letra g)

enseñanza de ellos, consagrados en los artículos 19 N° 10 inciso 2 y 19 N° 11 inciso 4 de la Constitución Política.

7.12. Ley nº 16.618 de Menores

Artículo 16 bis: “En aquellos casos en que aparezcan gravemente vulnerados o amenazados los derechos de un menor de edad, Carabineros de Chile deberá conducirlo **al hogar de sus padres o cuidadores**, en su caso, y entregarlo a ellos, informándoles de los hechos que motivaron la actuación policial.

Si, para cautelar la integridad física o psíquica del menor, fuere indispensable **separarlo de su medio familiar o de las personas que lo tuvieren bajo su cuidado**, Carabineros de Chile lo conducirá a un Centro de Tránsito y Distribución e informará de los hechos a primera audiencia al juez de menores respectivo.

Tratándose de la comisión de un delito de que fuere víctima un menor de edad, Carabineros deberá, además, poner los antecedentes en conocimiento del Ministerio Público de acuerdo a las reglas generales.

En todas las hipótesis previstas en este artículo en que Carabineros hubiere llevado a un menor a un Centro de Tránsito y Distribución, el encargado del Centro que reciba al menor de edad deberá conducirlo ante el referido juez, a primera audiencia, a fin que éste adopte las medidas que procedan de conformidad con esta ley.”⁸⁵ (El énfasis es nuestro)

Artículo 30: “En los casos previstos en el artículo 8°, números 7) y 8), de la ley que crea los juzgados de familia, el juez de letras de menores, mediante resolución fundada, podrá decretar las medidas que sean necesarias para proteger a los menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos.

En particular, el juez podrá:

1) disponer la concurrencia a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación a los menores de edad, a sus padres o a las personas que lo tengan bajo su cuidado, para enfrentar y superar la situación de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes, y

2) disponer el ingreso del menor de edad en un Centro de Tránsito o Distribución, hogar sustituto o en un establecimiento residencial.

Si adoptare la medida a que se refiere el número 2), **el juez preferirá, para que asuman provisoriamente el cuidado del menor, a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que aquél tenga una relación de confianza.**

La medida de internación en un establecimiento de protección sólo procederá en aquellos casos en que, para cautelar la integridad física o síquica del menor de edad, resulte indispensable separarlo de su medio familiar o de las personas que lo tienen bajo su cuidado, y en defecto de las personas a que se refiere el inciso anterior. Esta medida tendrá un carácter esencialmente temporal, no se decretará por un plazo superior a un año, y deberá ser revisada por el tribunal cada seis meses, para lo cual solicitará los informes que procedan al encargado del Centro u hogar respectivo. Sin perjuicio de ello, podrá renovarse en esos mismos términos y condiciones, mientras subsista la causal que le dio lugar. En todo caso, el tribunal podrá sustituir o dejar sin

⁸⁵ Este artículo fue agregado por el artículo 37 de la Ley N°19.806 publicada en el Diario Oficial el 31 de mayo de 2002.

efecto la medida antes del vencimiento del plazo por el que la hubiere dispuesto.⁸⁶ (El énfasis es nuestro)

Artículo 44: “La asignación familiar que corresponda a los padres del menor la percibirán los establecimientos o personas naturales que, por disposición del juez o el Consejo Técnico de la Casa de Menores, tengan a su cargo al menor.

En el caso indicado en el inciso anterior, la asignación familiar sólo podrá pagarse a los establecimientos o personas que indique el juez de letras de menores.”

Se plasma en estas normativas el deber del Estado de dar protección a la familia, lo que converge en la protección a los integrantes de ella, puesto que en el caso de que los derechos de los hijos se encuentren vulnerados, el juez tiene la facultad de “separarlos de su medio familiar”, ocupando una terminología amplia pero a la vez ambigua para referirse a la familia. Además se dispone que en el caso de insertar al menor en un hogar sustituto se preferirá, “para que asuman provisoriamente el cuidado del menor, a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que aquél tenga una relación de confianza.”, lo cual conlleva la conformación de una familia en sentido amplio.

7.13. Ley Nº 18.962 Orgánica Constitucional de Enseñanza⁸⁷

Artículo 2º: “La educación es el proceso permanente que abarca las distintas etapas de la vida de las personas y que tiene como finalidad alcanzar su desarrollo moral, intelectual, artístico, espiritual y físico mediante la transmisión y el cultivo de valores, conocimientos y destrezas, enmarcados en nuestra identidad nacional, capacitándolas para convivir y participar en forma responsable y activa en la comunidad.

La educación es un derecho de todas las personas. **Corresponde, preferentemente, a los padres de familia el derecho y el deber de educar a sus hijos; al Estado, el deber de otorgar especial protección al ejercicio de este derecho; y, en general, a la comunidad, el deber de contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación.**

El embarazo y la maternidad, no constituirán impedimento para ingresar y permanecer en los establecimientos de educación de cualquier nivel. Estos últimos deberán, además, otorgar las facilidades académicas del caso.

Es también deber del Estado fomentar el desarrollo de la educación en todos los niveles, en especial la educación parvularia, y promover el estudio y conocimiento de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, fomentar la paz estimular la investigación

⁸⁶ Este artículo fue sustituido por el artículo 37 de la ley 19.806 publicada el 31 de mayo de 2002.

⁸⁷ Última modificación Ley 20.129 publicada el 17 de noviembre de 2006

científica y tecnológica, la creación artística, la práctica del deporte y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación. [...]"

Artículo 3°: "El Estado tiene, asimismo, el deber de resguardar especialmente la libertad de enseñanza.

Es deber del Estado financiar un sistema gratuito destinado a asegurar el acceso de la población a la enseñanza básica."

Artículo 4°: "La educación se manifiesta a través de la enseñanza formal y de la enseñanza informal.

La enseñanza formal es aquella que, estructurada científicamente, se entrega de manera sistemática. Está constituida por niveles que aseguran la unidad del proceso educativo y facilitan la continuidad del mismo a lo largo de la vida de las personas.

Se entiende por enseñanza informal a todo proceso vinculado con el desarrollo del hombre y la sociedad, facilitado por la interacción de unos con otros y sin la tuición del establecimiento educacional como agencia institucional educativa. **Se obtiene en forma no estructurada y sistemática del núcleo familiar**, de los medios de comunicación y, en general, del entorno en la cual está inserta."

Artículo 7°: "La educación parvularia es el nivel educativo que atiende integralmente niños y niñas desde su nacimiento hasta su ingreso a la enseñanza básica, sin constituir antecedente obligatorio para ésta. Su propósito es favorecer de manera sistemática, oportuna y pertinente, aprendizajes relevantes y significativos en los párvulos, **apoyando a la familia en su rol insustituible de primera educadora.**

La educación parvularia no exige requisitos mínimos para acceder a ella, ni permite establecer diferencias arbitrarias."

Artículo 11° inciso primero: "Los procesos de selección de alumnos deberán ser objetivos y transparentes, asegurando el respeto a la dignidad de los alumnos, alumnas y sus familias, de conformidad con las garantías establecidas en la Constitución y en los tratados suscritos y ratificados por Chile. [...]"

Artículo 13°: "Para lograr los objetivos generales señalados en el artículo anterior, los alumnos de la enseñanza básica deberán alcanzar los siguientes requisitos mínimos de egreso:[...]

d) **Conocer y practicar sus deberes y derecho respecto de la comunidad, en forma concreta y aplicada a la realidad que el educando y su familia viven;** [...]

(El énfasis es nuestro)

Al igual que en los puntos 8, 9 y 11 en estos artículos se protege a la familia y en específico al derecho de los padres de educar a sus hijos, resaltando a la familia en su rol de primera educadora, ocupando la nomenclatura "núcleo familiar" al referirse a ella.

7.14. Ley 19.335 establece Régimen de Participación en los Gananciales, y modifica el Código Civil, la Ley de Matrimonio Civil, el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales que indica. (23.09.1994)

Artículo 2°: “En el régimen de participación en los gananciales los patrimonios del marido y de la mujer se mantienen separados y cada uno de los cónyuges administra, goza y dispone libremente de lo suyo. Al finalizar la vigencia del régimen de bienes, se compensa el valor de los gananciales obtenidos por los cónyuges y éstos tienen derecho a participar por mitades en el excedente.

Los principios anteriores rigen en la forma y con las limitaciones señaladas en los artículos siguientes y en el párrafo 1 del Título VI del Libro Primero del Código Civil.”

Artículo 28: “Introdúcense las siguientes modificaciones al Código Civil:

3) Sustitúyese el artículo 134, por el siguiente:

“Artículo 134.- El marido y la mujer deben proveer a las necesidades de la familia común, atendiendo a sus facultades económicas y al régimen de bienes que entre ellos medie.

El juez, si fuere necesario, reglará la contribución.” “

El régimen de participación en los gananciales, tiene entre sus fundamentos la igualdad de las relaciones familiares al no subordinar un cónyuge a otro y además tiene la característica de ser un régimen flexible que se adapta a las distintas realidades familiares.

7.15. DL 3.500 Ley Pensiones (13.11.1980)⁸⁸

Artículo 5°: “Serán beneficiarios de pensión de sobrevivencia, los componentes del **grupo familiar del causante**, entendiéndose por tal, el o la cónyuge sobreviviente, los hijos de filiación matrimonial, de filiación no matrimonial o adoptivos, los padres y la madre o el padre de los hijos de filiación no matrimonial del causante.

Cada afiliado deberá acreditar ante la respectiva Administradora, la existencia de sus eventuales beneficiarios, por los medios legales pertinentes.”⁸⁹ (El énfasis es nuestro)

Artículo 6°: “El o la cónyuge sobreviviente, para ser beneficiario o beneficiaria de pensión de sobrevivencia, debe haber contraído matrimonio con el o la causante a lo menos con seis meses de anterioridad a la fecha de su fallecimiento o tres años, si el matrimonio se verificó siendo el o la causante pensionada de vejez o invalidez.

⁸⁸ Última modificación Ley 20.255 publicada en el Diario Oficial el 17 de marzo de 2008.

⁸⁹ Modificado como aparece en el texto por el artículo 85 N° 2 de la ley 20.255

Estas limitaciones no se aplicarán si a la época del fallecimiento la cónyuge se encontrare embarazada o si quedaren hijos comunes.”⁹⁰

Artículo 9°: “El padre o la madre de hijos de filiación no matrimonial de la o el causante tendrán derecho a pensión de sobrevivencia si reúnen los siguientes requisitos, a la fecha del fallecimiento:

- a) Ser solteros o viudos, y
- b) Vivir a expensas del causante.”⁹¹

Artículo 55 letra a): “Para los efectos del artículo 53, se entenderá por capital necesario el valor actual esperado de:

- a) Todas las pensiones de referencia que genere el **afiliado causante para él y su grupo familiar según los artículos 4° y 5°**, a contar del momento en que se produzca la muerte o quede ejecutoriado el dictamen que declare definitiva la invalidez y hasta la extinción del derecho pensión del causante y de cada uno de los beneficiarios acreditados.”⁹² (El énfasis es nuestro)

Artículo 72 bis inciso primero: “Cada Administradora emitirá un listado público que contenga **el nombre y grupo familiar de los afiliados** que cumplan la edad legal para pensionarse dentro del plazo de un año a contar de la fecha de su publicación o tengan un saldo en su cuenta de capitalización individual suficiente para financiar una pensión de acuerdo a lo establecido en el artículo 68. Asimismo, en dicho listado se incluirá a todos aquellos afiliados o beneficiarios que hayan presentado una solicitud de pensión. La Administradora notificará al afiliado o a sus beneficiarios la incorporación en este listado, oportunidad en la cual éste o éstos podrán manifestar su voluntad de no ser incluidos en él.”⁹³ (El énfasis es nuestro)

En esta ley se da protección a la familia y se propende a su fortalecimiento (Artículo 1° de la Constitución Política), especialmente cuando existen hijos, pues es allí donde se amplía el concepto de familia, como lo demuestra el artículo 9 en el cual se incluye en la pensión de sobrevivencia al padre o madre de hijos de filiación no matrimonial si son solteros o viudos y viven a expensas del causante, entonces la causa generadora principal es la filiación, no importando el vínculo matrimonial.

⁹⁰ Modificado como aparece en el texto por el artículo 85 N° 3 de la ley 20.255

⁹¹ Modificado como aparece en el texto por el artículo 85 N° 5 letras a) y b) de la ley 20.255

⁹² Modificado como aparece en el texto por el artículo 91 N° 43 de le Ley 20.255.

⁹³ Modificado como aparece en el texto por el artículo 1° N° 18 de le Ley 19.934 publicada en el Diario Oficial el 21 de febrero de 2004.

7.16. D.L 869 que establece Régimen de Pensiones Asistenciales para inválidos y ancianos carentes de recursos (28.01.1975)⁹⁴

Artículo 1° inciso tercero: “[...]Se entenderá que carece de recursos la persona que no tenga ingresos propios o, de tenerlos, ellos sean inferiores al 50% de la pensión mínima establecida en el inciso segundo del artículo 26° de la ley N° 15.386 y siempre que, además, en ambos casos el promedio de los ingresos de su núcleo familiar, si los hubiere, sea también inferior a ese porcentaje. Dicho promedio se determinará dividiendo el ingreso total del núcleo familiar por el número de personas que lo componen. Para este mismo efecto **se considerará que componen el núcleo familiar todas aquellas personas que, unidas o no por vínculos de parentesco, conviven en forma permanente bajo un mismo techo.** El reglamento determinará la forma de acreditar la carencia de recursos.” (El énfasis es nuestro)

Nuevamente se materializa en esta ley lo dispuesto en el artículo 1° de nuestra Constitución, al tener el Estado un rol activo en la protección y fortalecimiento de las familias más vulnerables económicamente, y es justamente cuando se hace referencia a este estrato social en que encontramos la alusión a “núcleo familiar”, el cual se define en el artículo 1° como todas aquellas personas que, unidas o no por vínculos de parentesco, conviven en forma permanente bajo un mismo techo, ocupando - al igual que en otras leyes referentes a familias carentes de recursos- una terminología vaga al hacer referencia precisamente a un concepto de familia amplio.

7.17. Ley 20.084 establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal (7.12.2005)

Artículo 14: “Libertad asistida especial. En esta modalidad de libertad asistida, deberá asegurarse la asistencia del adolescente a un programa intensivo de actividades socioeducativas y de reinserción social en el ámbito comunitario que permita la participación en el proceso de educación formal, la capacitación laboral, la posibilidad de acceder a programas de tratamiento y rehabilitación de drogas en centros previamente acreditados por los organismos competentes y el **fortalecimiento del vínculo con su familia o adulto responsable.**”

En la resolución que apruebe el plan, el tribunal fijará la frecuencia y duración de los encuentros obligatorios y las tareas de supervisión que ejercerá el delegado.

⁹⁴ Última modificación Ley 20.255 publicada en el Diario Oficial el 17 de marzo de 2008

La duración de esta sanción no podrá exceder los tres años.”

Artículo 15.- “Sanciones privativas de libertad. Las sanciones privativas de libertad consisten en la internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social y en la internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.

Estos programas de reinserción social se realizarán, en lo posible, con la colaboración de la familia.”

(El énfasis es nuestro)

En estos artículos se vincula a la familia del adolescente infractor de ley, como un eje esencial en su proceso de reinserción social y/o rehabilitación, tomando el Estado un rol activo en esta etapa velando para que su familia no pierda el rol protagónico que se le ha conferido en cuanto a la crianza de uno de sus integrantes.

7.18. DL 2.465 crea el Servicio Nacional de Menores y fija el texto de su Ley Orgánica⁹⁵

Artículo 2° N° 1 letras a) y b): “El SENAME dirigirá especialmente su acción:

1) A los niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos, cuando esta situación tenga como causa principal:

a. **La falta de una familia u otra persona legalmente responsable que se haga cargo de su cuidado personal;**

b. Acciones u omisiones de los padres o de las personas que tengan su cuidado personal”⁹⁶

Artículo 3° N° 12: “En especial, al Servicio Nacional de Menores corresponderá:

12.- Auspiciar y organizar cursos permanentes o temporales, sobre materias de su competencia, para **capacitar a padres de familia**, Juntas de Vecinos u otras organizaciones comunitarias y a personal de establecimientos públicos y privados, como asimismo congresos y seminarios a nivel regional, nacional o internacional. En el caso de congresos y seminarios de carácter internacional, deberá contar con la autorización previa del Ministerio de Justicia.”

(El énfasis es nuestro)

⁹⁵ Última modificación Ley 20.032 publicada en el Diario Oficial el 25.07.2005.

⁹⁶ Modificado como aparece en el texto por el artículo 41 N° 3 de la Ley 20.032.

El SENAME, como órgano estatal, dentro de sus funciones suple el rol que le corresponde a la familia cuando se encuentran vulnerados los derechos de los integrantes de ella niños o adolescentes, pero a la vez se preocupa de propender al fortalecimiento de ésta, como lo dispone el artículo 1 inciso cuarto de nuestra Constitución Política, al establecer la precedente ley que capacitará a los “padres de familia”, lo que implica un concepto amplio de familia al no restringir este apoyo a aquellas familias basadas en el vínculo matrimonial.

7.19. Ley 19.023 crea el Servicio Nacional de la Mujer (3.01.1991)

Artículo 2° letras b) c) d) y e): “ [...] El Servicio Nacional de la Mujer es el organismo encargado de colaborar con el Ejecutivo en el estudio y proposición de planes generales y medidas conducentes a **que la mujer goce de igualdad de derechos y oportunidades respecto del hombre**, en el proceso de desarrollo político, social, económico y cultural del país, **respetando la naturaleza y especificidad de la mujer que emana de la diversidad natural de los sexos, incluida su adecuada proyección a las relaciones de la familia.**

En especial, le corresponderán las siguientes funciones: [...]

b) Realizar y promover estudios destinados a formular diagnósticos y análisis de la realidad de la mujer y de su grupo familiar;

c) Fomentar y proponer medidas tendientes a fortalecer la familia, entregando las condiciones sociales para su desarrollo como grupo humano y el crecimiento de cada uno de sus miembros;

d) Impulsar medidas tendientes a dignificar y valorar el trabajo doméstico como un aporte indispensable para el funcionamiento de la familia y la sociedad;

e) Fomentar medidas concretas que destaquen el valor fundamental de la maternidad para la sociedad, velando por su efectiva protección [...] (El énfasis es nuestro)

Se resalta en la precedente ley, el objetivo del SERNAM de crear las condiciones para fomentar la igualdad en las relaciones familiares respecto del hombre y la mujer, dignificando la maternidad y el trabajo doméstico, resaltando a este último como indispensable para el funcionamiento de la familia y por lo tanto de la sociedad. Además se preocupa el legislador de establecer entre las funciones de este organismo estatal el estudiar la realidad familiar, propugnando un concepto dinámico de la familia como grupo inserto en un lugar y momento determinado. Por último, se hace expresa referencia en la normativa a fomentar y proponer medidas de fortalecimiento de la familia, plasmando en

las funciones del SERNAM lo dispuesto en el artículo 1º inciso cuarto de nuestra Carta Fundamental.

7.20. Ley 18.020 establece Subsidio Familiar para personas de escasos recursos y modifica normas que indica

Artículo 2 inciso final: “[...] También podrán ser causantes del subsidio familiar las madres de menores que vivan a sus expensas por los cuales perciban subsidio. En este caso, la misma madre será la beneficiaria.”⁹⁷

Artículo 3º letras a) b) y c) inciso primero: “Serán beneficiarios del subsidio familiar causado por el menor o el inválido que viva a sus expensas, en el orden de precedencia que se señala, la madre y en su defecto el padre, los guardadores o personas que hayan tomado a su cargo el menor o el inválido, siempre que cumplan con los siguientes requisitos:

- a) Haber solicitado por escrito el beneficio, en la municipalidad que corresponda a su domicilio;
- b) Letra derogada.
- c) No estar en situación de proveer por sí solo o en unión del grupo familiar señalado en la letra anterior, a la mantención y crianza del causante, atendidas las condiciones sociales y económicas del beneficiario [...].”

Artículo 3º bis: “Tendrá derecho al subsidio establecido en esta ley, la mujer embarazada que reúna los requisitos prescritos en esta norma legal.

Su pago se hará exigible a partir del quinto mes de embarazo, previa certificación competente de tal hecho por médico o matrona de los servicios de salud o de instituciones autorizadas por tales servicios, extendiéndose con efecto retroactivo por el período completo de la gestación.

Producido el nacimiento, el menor será causante del subsidio familiar en la forma indicada en los demás preceptos de esta ley, si procediere, en cuyo caso se devengará el subsidio desde el día del nacimiento.”⁹⁸

(El énfasis es nuestro)

En la presente ley a través del sistema de subsidio familiar se protege a la familia de escasos recursos y se propende a su fortalecimiento (Artículo 1º inciso 4 de la Constitución Política). Se alude a un concepto amplio de familia al establecer que son beneficiarios de subsidio familiar no sólo a los padres sino que también a las personas que “hayan tomado a su cargo al menor”.

⁹⁷ Artículo modificado por el que aparece en el texto por el artículo 1º de la ley 18.806

⁹⁸ Artículo agregado por la LEY 20.203 en su artículo 3 N°1, publicada en el Diario Oficial el 3 de agosto de 2007.

7.21. Ley Nº 20.066 establece Ley de Violencia Intrafamiliar

Artículo 5º: “Violencia intrafamiliar. Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente.

También habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida en el inciso precedente ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar.”

Esta ley es de gran importancia puesto que expresamente hace referencia a un concepto amplio de familia, al establecer como víctima de violencia intrafamiliar, al conviviente y al padre de un hijo en común.⁹⁹

7.22. Ley Nº 19.949 establece un sistema de protección social para familias en situación de extrema pobreza denominado "CHILE SOLIDARIO"

Artículo 1º: “Créase el sistema de protección social denominado "Chile Solidario", en adelante "Chile Solidario", dirigido a las familias y sus integrantes en situación de extrema pobreza, en adelante los "beneficiarios", cuyo objetivo es promover su incorporación a las redes sociales y su acceso a mejores condiciones de vida.”

Artículo 4º: “El apoyo psicosocial a que hace referencia el artículo 2º de esta ley, consiste en un acompañamiento personalizado a los beneficiarios incorporados a "Chile Solidario", por parte de un profesional o técnico idóneo, con el objeto de promover el desarrollo de las habilidades personales y familiares necesarias para satisfacer las condiciones mínimas de calidad de vida, definidas por el reglamento de esta ley, y en una estrategia de intervención destinada a fortalecer la vinculación efectiva de los beneficiarios con las redes sociales y el acceso a los beneficios que están a su disposición. La metodología de intervención será elaborada por MIDEPLAN, con arreglo a lo dispuesto en la presente ley y su reglamento.”

En esta ley se propende al fortalecimiento y a la protección de la familia en situación de extrema pobreza, materializando, como en otras leyes referidas a

⁹⁹ Nos remitidos a lo referido en el análisis del fallo del Tribunal Constitucional ROL Nº 191 acerca del Proyecto de Ley sobre Violencia Intrafamiliar , que se encuentra en el acápite 7.2.1

sectores vulnerables de la sociedad, lo dispuesto en el artículo 1º inciso 4 de nuestra Carta Fundamental.¹⁰⁰

7.23. Ley Nº 18.600 establece normas sobre deficientes mentales¹⁰¹

Artículo 1º: “La prevención, rehabilitación y equiparación de oportunidades constituyen derechos para la persona con discapacidad mental y deberes para su familia y la sociedad en su conjunto.

Es deber del Estado coordinar y controlar el desarrollo de un sistema mixto de participación pública y privada, adecuado para apoyar a las familias en el cumplimiento de las obligaciones señaladas en el inciso anterior.

El Estado deberá también velar por la prevención y el diagnóstico precoz de la discapacidad mental, además de crear, financiar y mantener sistemas de subsidio, directos o indirectos, para las personas con discapacidad mental provenientes de familias de menores recursos o para éstas, con el objeto de hacer efectivos los derechos y deberes que consagra el inciso primero.”¹⁰²

Se establece un apoyo del Estado para las familias de personas deficientes mentales, en especial para aquéllas de menores recursos. (Artículo 1º inciso 4 de nuestra Carta Fundamental)

7.24. Ley Nº19.620 dicta normas sobre Adopción de Menores¹⁰³

Artículo 1º: “La adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen.

La adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo respecto del o los adoptantes en los casos y con los requisitos que la presente ley establece.”

¹⁰⁰ Nos remitidos a lo referido en el análisis del fallo del Tribunal Constitucional ROL Nº rol 409 sobre proyecto de ley que establece un sistema de protección social para familias en situación de extrema pobreza denominado “CHILE SOLIDARIO”, que se encuentra en el acápite 7.1.4.

¹⁰¹ Última modificación Ley 20.255 publicada en el Diario Oficial el 17.03.2008

¹⁰² Artículo modificado por el que aparece en el texto por el artículo único Nº1 letras a) y b) de la ley 19.735 publicada en el Diario Oficial el 22 de junio de 2001.

¹⁰³ Última modificación Ley 20.203 publicada en el Diario Oficial el 03.08.2007.

Artículo 20: “Podrá otorgarse la adopción a los cónyuges chilenos o extranjeros, con residencia permanente en el país, que tengan dos o más años de matrimonio, que hayan sido evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneos por alguna de las instituciones a que se refiere el artículo 6º, que sean mayores de veinticinco años y menores de sesenta, y con veinte años o más de diferencia de edad con el menor adoptado. Los cónyuges deberán actuar siempre de consuno en las gestiones que requieran de expresión de voluntad de los adoptantes.

El juez, por resolución fundada, podrá rebajar los límites de edad o la diferencia de años señalada en el inciso anterior. Dicha rebaja no podrá exceder de cinco años.

Los requisitos de edad y diferencia de edad con el menor no serán exigibles si uno de los adoptantes fuere ascendiente por consanguinidad del adoptado.

Tampoco será exigible el mínimo de años de duración del matrimonio, cuando uno o ambos cónyuges estén afectados de infertilidad.

En todo caso, no podrá concederse la adopción a los cónyuges respecto de los cuales se haya declarado la separación judicial, mientras ésta subsista. En su caso, la reconciliación deberá acreditarse conforme lo dispone la Ley de Matrimonio Civil.¹⁰⁴

Artículo 21: “En caso de que no existan cónyuges interesados en adoptar a un menor que cumplan con todos los requisitos legales o que sólo les falte el de residencia permanente en Chile, podrá optar como adoptante una persona soltera, divorciada o viuda, con residencia permanente en el país, respecto de quien se haya realizado la misma evaluación y que cumpla con los mismos rangos de edad y de diferencia de edad con el menor que se pretende adoptar.

Este interesado deberá, además, haber participado en alguno de los programas de adopción a que se refiere el artículo 7º.

Si hubiere varios interesados solteros o viudos que reúnan similares condiciones, el tribunal preferirá a quien sea pariente consanguíneo del menor, y en su defecto, a quien tenga su cuidado personal.”¹⁰⁵

Con la dictación de la ley N° 19.620 de adopción, se confiere plenamente al adoptado el estado civil de hijo respecto del o los adoptantes¹⁰⁶. Además distingue entre adoptantes residentes en Chile y en el extranjero, y a quienes son matrimonios y personas solteras. Encontramos en esta ley un concepto

¹⁰⁴ Artículo modificado por el que aparece en el texto por el artículo 5 N° 1 de la ley 19.947 publicada en el Diario Oficial el 17 de mayo de 2004

¹⁰⁵ Artículo modificado por el que aparece en el texto por el artículo 5 N° 2 de la Ley 19.947 publicada en el Diario Oficial el 17 de mayo de 2004.

¹⁰⁶ Anteriormente la adopción establecida en la ley 7.613 era un contrato entre adoptante y adoptado que no generaba el estado civil de hijo, sólo creaba entre ellos los derechos y obligaciones que la misma ley establecía. Posteriormente, se dictó en el año 1965 la ley 16.346, que sin suprimir la ley anterior, estableció la legitimación adoptiva, que tenía por objeto conceder el estado civil de hijo legítimo de los legitimante adoptivos con sus mismos derechos y obligaciones. Luego se dictó la ley 18.703 se derogó la ley 16.646, y se mantuvo la ley 7.613. Con la nueva ley se estableció dos tipos de adopción: la simple y la plena, por la primera no se confería al adoptado el estado civil de hijo de los adoptantes, pero les permitía a éstos tenerlo bajo su cuidado personal y generando los derechos y obligaciones entre padres e hijos, la segunda otorgaba el estado civil de hijo legítimo de los adoptantes. En RAMOS PAZOS, René. Derecho de Familia. Santiago. Chile. Editorial Jurídica de Chile. Tomo II. p. 458.

amplio de familia en el cual la causa generadora de ella es la adopción, en el caso de que los adoptantes sean personas solteras, sin perjuicio de lo anterior, se les da una gran preferencia a las personas unidas por vínculo matrimonial, puesto que los adoptantes solteros sólo podrán postular si no existen cónyuges interesados aunque cumplan con todos los requisitos que establezca la ley.

7.25. Código Penal

Artículo 390: “El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a su cónyuge o a su conviviente, será castigado como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado”¹⁰⁷

El parricidio es un delito que contempla la pena máxima impuesta por la legislación vigente debido a que se comete en contra de la propia familia. Se enumera taxativamente quienes son las víctimas de parricidio y dentro de ellas se incluye al conviviente, por lo cual estamos ante un claro concepto amplio de familia.

7.26 Análisis concepto de familia en las leyes chilenas

En el análisis de las leyes que dicen relación con el concepto de familia, encontramos una clara tendencia a la igualdad en las relaciones familiares, lo que implica una concepción de una familia inserta en una sociedad democrática. Por otro lado, encontramos una fuerte protección del Estado a la familia y el consiguiente deber de propender a su fortalecimiento, en la mayoría de las leyes estudiadas; lo interesante de lo anterior es que siempre esta protección a la familia va de la mano de una concepción amplia de ella, por lo cual podemos concluir que ambas se interrelacionan, lo que tiene por

¹⁰⁷ Artículo modificado por la Ley 20.066 publicada en el Diario Oficial el 7 de octubre de 2005.

consecuencia, a la luz del análisis de estas normas, que la familia que protege la Constitución es aquella conceptualizada ampliamente.

CAPÍTULO VIII

Análisis respecto del concepto de familia involucrado en el fallo sobre el cuidado personal de las menores López Atala

8.1 Los hechos

Don Jaime López Allende demanda la tuición de sus hijas de 4, 8, y 10 años.

El actor fundamenta su pretensión en que la madre, doña Karen Atala Riffo, se encuentra inhabilitada para tener el cuidado personal de las menores en atención a lo dispuesto en el artículo 225 del Código Civil¹⁰⁸ y el artículo 42 de ley 16.618¹⁰⁹. El demandante señala principalmente, que la madre no se

¹⁰⁸ Artículo 225 del Código Civil:

“Si los padres viven separados a la madre le toca el cuidado personal de los hijos.

No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil,, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades.

En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido, u otra causa calificada, el juez podrá entregar el cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.

Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.”

¹⁰⁹ Artículo 42 de la ley 16.618:

“Para los efectos del artículo 226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral:

1º Cuando estuvieren incapacitados verbalmente;

2º Cuando padecieren de alcoholismo crónico;

3º Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo;

4º Cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio;

5º Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores;

6º Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad;

encuentra capacitada para velar y cuidar de sus hijas por su opción de vida sexual –la homosexualidad- sumada a una convivencia lésbica con otra mujer, lo que estaría produciendo y produciría consecuencias dañinas al desarrollo de las menores, pues la madre no demostraría interés alguno por velar y proteger el desarrollo integral de las niñas. También expresa que las menores “no están protegidas en su fin último que significa la protección a desarrollarse en un ambiente normal que importe un equilibrio emocional tal que sean capaces de ser el día de mañana seres humanos libres”, agregando que “la opción sexual ejercida por la madre altera esta convivencia sana, justa y normal a que tienen derecho las menores”. Por último indica que el cuidado personal de las niñas debe ser entregado al padre, pues éstas no sólo han sido objeto de malos tratos, sino que sufren el descuido y desamparo de una madre que al ejercer una opción sexual distinta, aleja y afecta a sus hijas del normal y verdadero desarrollo, concluyendo que “el interés superior de las menores ha sido abiertamente infringido”

La jueza subrogante del Tribunal de Letras de Menores de Villarrica, rechazó el requerimiento del demandante. En la sentencia estableció que se acreditó que no existe peligro material ni moral para las menores¹¹⁰.

7º Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material.”

¹¹⁰ En la sentencia de primera instancia respecto al peligro material, se demostró que no hay peligro de enfermedades de transmisión sexual, al someterse la madre de las menores y su pareja ha variados exámenes médicos, y al agregarse a la causa informes relacionados con la materia. En relación al peligro moral, en informe social practicado a la madre y a las niñas se acreditó que el ambiente familiar es armónico, que existen buenas relaciones humanas entre los adultos que componen el grupo familiar con normas y límites claros, y que la rutina familiar funciona apropiadamente bajo la supervisión de la madre, quien se aprecia “*en el contexto de una relación de pareja satisfactoria*” en un ambiente de armonía con su entorno y preocupada de sus hijas; junto con lo anterior, en pericias psicológicas y psiquiátricas practicadas por el Servicio Médico Legal se estableció que la demandada no presenta inhabilidades como madre para tener el cuidado personal de sus hijas. Además se acreditó en el proceso, que hay consenso en organizaciones científicas internacionales a considerar que la homosexualidad es una forma normal de sexualidad humana, según da cuenta el departamento de Psicología de la Universidad de Chile.

Respecto al concepto de familia, en el considerando trigésimo, se señala que la demandada fundamenta su defensa en la discriminación que existiría al validar el concepto de familia sólo como la unión de un hombre y una mujer. En el proceso se alude a la Comisión Nacional de la Familia, en la cual se elaboró un concepto amplio de familia basado en la alianza de afectos, definiéndolo de la siguiente manera: “Un grupo social unido entre si por vínculos de consanguinidad, filiación (biológica o adoptiva) y de alianza, incluyendo las uniones de hecho, cuando son estables”.¹¹¹ La sentenciadora considera apropiado el concepto precedente, en atención a que fue elaborado teniendo en consideración la realidad del país y posee la amplitud para que en él converjan las distintas realidades de la sociedad, teniendo presente que el concepto de familia es dinámico y que variará según “la época y el lugar que sea factor de su análisis”. Señala de esta forma que “no es posible descartar a priori que uniones de hecho diversas a las originadas en el matrimonio, puedan constituir un grupo familiar.”

En consecuencia, el fallo de la jueza de letras de Villarrica desestima la demanda y regula el derecho del padre a mantener con las hijas un a relación directa y regular.

La sentencia de primera instancia fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Temuco.

El padre de las menores entabló recurso de queja ante la Corte Suprema en contra de los ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco, que

¹¹¹ Ver capítulo 1 en el cual se alude al concepto de familia elaborado por la Comisión Nacional de la Familia.

confirmaron la sentencia de primera instancia, aduciendo que actuaron arbitraria e injustamente y contra derecho al imputarles faltas o abusos graves al haber privilegiado los derechos de la madre por sobre el de las niñas, haber faltado a su deber legal de proteger la vulnerabilidad de las menores, contrariando lo ordenado en normas constitucionales y legales relativas a la materia y por haber transgredido los principios que regulan la prueba en conciencia en los juicios sobre asuntos de familia.

La Corte Suprema resuelve acoger el recurso de queja e invalidar la sentencia de alzada y el fallo de primera instancia. Dentro de los fundamentos de la sentencia establece en su considerando décimo quinto que el fallo de primera instancia ha prescindido de la prueba testimonial en la cual se acredita el deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las niñas, producto de la convivencia de la madre con su pareja homosexual, y que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho.¹¹²

En el considerando décimo séptimo el sentenciador señala que la madre al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual ha antepuesto sus propios intereses a los de sus hijas. Posteriormente expresa que configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores la convivencia homosexual de la madre, puesto que existiría una eventual confusión de roles sexuales en las niñas producto de la ausencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por una figura femenina. La Corte Suprema en consideración del razonamiento expuesto, en el considerando vigésimo acogió

¹¹² Como fundamento de lo anterior, la Corte Suprema expone como ejemplos, que se encuentran en los autos respectivos, que las visitas de las amigas de las niñas disminuyeron y casi cesaron de un año a otro, además mediante esta prueba testimonial se hizo referencia a juegos y actitudes de las niñas que demuestran confusión ante la sexualidad materna que perciben con la incorporación al hogar de la nueva pareja de la madre.

el recurso de queja por “haber preterido el derecho preferente de las menores a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio”

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos acogió a tramitación la denuncia de la madre en contra del Estado de Chile a través de la Corte Suprema, por haber infringido los derechos y garantías a la dignidad y honor, a la privacidad familiar y a la igualdad tanto de ella como de sus hijas.

8.2 Concepto de familia involucrado

Los análisis que realizaron los jueces en las instancias respectivas y en el conocimiento del recurso de queja, se centran en el resguardo del interés superior de las niñas López Atala, y a la luz de este principio se alude a un concepto de familia que esté en armonía con él. En el fallo de primera instancia, se refiere explícitamente a un concepto de familia amplio, tomando la definición de la Comisión de la Familia; en cambio al conocer del recurso de queja, la Corte Suprema basa su decisión de acoger el requerimiento debido a que se pretirió “el derecho preferente de las menores a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio”, lo cual abre varias interrogantes que no fueron desarrolladas por el sentenciador: ¿Existe una familia normal, y de ser así las demás a contrario sensu, serían anormales? ¿Qué pasa con los niños cuyas familias no son normales, en el entendido del “modelo tradicional” al que alude nuestro máximo tribunal, estarían siendo vulnerados en sus derechos? En el fallo no se explicita cual es el modelo tradicional que le es propio respecto de la familia, en razón de lo anterior estamos con la postura de la profesora Verónica Undurraga¹¹³, pues señala que la familia es digna de protección por

¹¹³ UNDURRAGA VALDÉS Verónica. Interés superior del niño/a y tuición del padre o madre

ser un medio para el más completo desarrollo del individuo, en relación con lo expresado por el Comité de Naciones Unidas para los Derechos de los Niños, en cuanto ha señalado que el Interés superior del Niño sólo se cumple cuando los derechos de todos los miembros de la estructura familiar están protegidos, entonces el respeto por los derechos de los niños y su protección tienen que ver con que éstos se encuentren insertos en una familia donde exista un reconocimiento de los derechos del padre, madre y los otros integrantes de la familia. En consecuencia, la familia es un medio y no un fin para el total desarrollo y protección de los derechos fundamentales de sus integrantes.

Respecto del principio de igualdad, en el fallo se da preponderancia a una actitud discriminatoria de la sociedad, puesto que al señalar la Corte Suprema que las niñas tienen “el derecho preferente a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio” encierra un juicio de valor que en si mismo está alejado de toda fundamentación y lógica jurídica.

En estudios internacionales la evidencia sugiere que la forma de la familia afecta menos al niño y tiene menos relación con su bienestar, que los procesos familiares, que consiste en los niveles de armonía y discordia que contiene una familia determinada”¹¹⁴. En virtud de lo anterior, un concepto de familia inserta en una sociedad democrática, debe ser interpretado ampliamente, puesto que el concepto es dinámico y acorde a una realidad específica.

homosexual. En Revista de Derechos del Niño. Programa de Derechos del Niño del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales y Fondo de Naciones Unidas para la Infancia oficina Chile. (3 y 4), octubre 2006. p 317.

¹¹⁴ Ob. cit. p. 336.

En las instancias a las que fue sometida la acción deducida, se fundamentan las decisiones del ente sentenciador en el interés superior del niño. Si bien este concepto no está definido en nuestra legislación, tomaremos como definición aquélla que señala que corresponde a la plena satisfacción de los derechos del niño o adolescente; en consecuencia la familia es digna de protección por ser un medio para el más completo desarrollo del individuo, como lo mencionamos anteriormente. Es relevante para que se satisfaga en plenitud el interés superior del niño, el mensaje que la familia y sociedad le entreguen sobre el reconocimiento de derechos y respeto de la dignidad y derechos que poseen su madre y padre. Además este interés deberá ponderar siempre las circunstancias actuales, reales y concretas de vida del niño o niña¹¹⁵. De esta forma se le debe permitir un desarrollo que lo prepare como individuo pleno, lo que dice relación con una concepción del niño y adolescente como sujeto de derechos y no con la visión paternalista que operaba antes de la Convención de los Derechos del Niño, y que se plasma en la sentencia que conoce del Recurso de Queja, pues la satisfacción del Interés Superior de las niñas López Atala va unido a la creación de un ambiente que propicie que en un futuro sean adultas que desarrollen el máximo de sus potencialidades, pero sin ocultar sus raíces o circunstancias familiares, ellas son y serán personas de acuerdo a las circunstancias concretas en las que se encuentran insertas y desconocer esto, por los prejuicios sociales, como lo establece la sentencia al señalar que “se ha preterido el derecho preferente de las menores a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada

¹¹⁵ Al respecto la Corte de Pennsylvania 1992 ha dispuesto que: *“Al resolver conflictos sobre tuición de niños, el sistema judicial debe reconocer la realidad de la vida de los niños, no importando cuan inusual o compleja sea ésta... Si no lo hace perpetua la ficción de la homogeneidad familiar a expensas de los niños cuya realidad no se ajusta a esa forma...El interés superior se cumple mejor exponiendo al niño a la realidad y no fomentando el niño vergüenza u horror por el compromiso no tradicional de uno de sus padres.* UNDURRAGA VALDÈS, Verónica. Ob.cit, p.328.

en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio”, es desconocer una parte integrante de la vida de las niñas.¹¹⁶

¹¹⁶ Un tribunal de New Jersey sentenció: “ La exposición de los niños a situaciones embarazosas no depende de la identidad del padre con el que está residiendo. Su incomodidad, si existiera, proviene no porque ella [la hija] esté con al demandada, sino porque ésta es su madre, es lesbiana y porque la comunidad no la acepta. Ni los prejuicios de la pequeña comunidad en que vive, ni la curiosidad de sus pares respecto de su naturaleza sexual van a cambiar con una modificación de la tuición. La dura realidad debe ser enfrentada. UNDURRAGA VALDÉS, Verónica. Ob.cit, p. 338.

IX. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ACERCA DEL CONCEPTO DE FAMILIA

El concepto de familia establecido en el artículo 1° de la Constitución presenta un vasto campo de interpretación en cuanto al alcance que éste tiene y los efectos que surgen de él. La doctrina está dividida acerca de cual es la interpretación más acertada respecto a la familia. Aquella interpretación en la actualidad ha tomado importancia debido a múltiples proyectos de ley que se inclinan por una u otra posición.¹¹⁷

Podemos desprender que el sentido que los constituyentes quisieron darle al concepto de familia está basado en una concepción naturalista y por lo tanto se refiere a una definición de familia que tiene como base el matrimonio. Pero este análisis genético es uno más dentro de las distintas gamas de la hermenéutica jurídica.¹¹⁸ Es por lo anterior que en este capítulo se analizarán sentencias del Tribunal Constitucional que tocan directamente a la familia.

El fin del análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional es conocer si este concepto es restringido o bien a lo largo del tiempo se ha ido ampliando;

¹¹⁷ Así encontramos el proyecto de ley sobre : “Fomento de la no discriminación y contrato de unión civil entre personas del mismo sexo.” Boletín n°3283-18 del Congreso Nacional, que aboga por una interpretación amplia del concepto de familia , pero atendiendo y comprendiendo la realidad chilena . Por otro lado , otra visión más conservadora encontramos en el proyecto de ley que modifica el artículo 31 de la ley n°19620 , sobre adopción de menores, por parte de matrimonios extranjeros no residentes en Chile. Boletín n° 3847-18 Congreso Nacional, en el cual se propone estipular expresamente la prohibición de adoptar menores chilenos por matrimonios extranjeros de igual sexo .

¹¹⁸ Véase FIGUEROA, Rodolfo. *De por qué no debemos prestar tanta atención al argumento genético en la interpretación constitucional*. Revista de Ciencias Sociales (Universidad de Valparaíso) N°45, año 2000, p. 587 y s.s.

por otro lado es necesario igualmente analizar si han surgido discrepancias que hagan variar este concepto.

Para fines esquemáticos dividiremos los fallos respecto al tema central que tocan, puesto que hay áreas de la familia que se protegen más que otras. El lapso de tiempo comprendido en nuestro estudio comienza desde el año 1990 en adelante.¹¹⁹

9.1 Primer criterio: familia matrimonial - no matrimonial

9.1.1. Rol 289 sobre proyecto de ley que dicta normas sobre adopción de menores

La primera sentencia, Rol N° 289, que analizaremos será la que se pronuncia sobre la constitucionalidad del proyecto de ley que dicta normas sobre adopción de menores y que modifica la Ley N° 7.613 y deroga la Ley N° 18.703.

Los artículos 18, 23, 34, 38 y 45 son declarados constitucionales. De lo cual se desprende que el Tribunal Constitucional al declarar la constitucionalidad del artículo 45 está aceptando el concepto de familia matrimonial.

El artículo 45 de dicho proyecto de ley señala que:

“[...] Los que tengan la calidad de adoptante y adoptado conforme a la Ley N° 7.613, o a las reglas de adopción simple contemplada en la Ley N° 18.703, continuarán sujetos a los efectos de adopción previstos en las respectivas disposiciones, incluso en materia sucesoria.

¹¹⁹ El análisis de los fallos comprende desde al año 1990 hasta febrero de 2008.

No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, esos adoptantes y adoptados, cualquiera sea su edad, podrán acordar que se les apliquen los efectos que establece el artículo 37 inciso 1° de esta ley si se cumplen los siguientes requisitos:

a) El pacto deberá constar en escritura pública, que suscribirán el o los adoptantes y el adoptado, por si mismo o por curador especial, según el caso. Si la adopción se otorgó conforme a la ley N° 7:613, además deberán prestar su consentimiento las otras personas que señala su artículo 2, y, **en el caso de la adopción simple establecida en la Ley N° 18.703, las personas casadas no divorciadas requerirán el consentimiento de su respectivo cónyuge.**” (El énfasis es nuestro)

Hay que recordar que la adopción simple establecida en la ley 18.703 tiene la naturaleza de un contrato, por el cual el adoptado no pasa a tener el estado civil de hijo del adoptante. Si se suscribe el pacto señalado precedente por parte de adoptado y adoptante, el primero será sujeto de los derechos y obligaciones que tiene un hijo respecto del adoptante, y de esta manera accederá a tener filiación determinada, de naturaleza adoptiva .¹²⁰

No sólo es necesario el matrimonio para los efectos de tener preferencia en el proceso de adopción sino que además, en el caso de que sea una persona la que quiera adoptar , y ésta estuviere casada , es requisito que se preste además el consentimiento de su cónyuge para que a los adoptados se les puedan aplicar los efectos de la adopción plena, puesto que la familia modifica su conformación al integrar en su seno a un hijo que ante la ley - en lo social y afectivo este hijo anteriormente ya era reconocido e integrado como tal- tiene los mismos derechos y obligaciones que los biológicos. Esto demuestra que el legislador le ha dado una clara preponderancia al vínculo matrimonial para efectos de formar una familia –cuya filiación sería la adoptiva- y en la

¹²⁰ La ley 18.703 estableció dos tipos de adopción: la simple y la plena. La primera si bien no confería al adoptado el estado civil de hijo , permitía a los adoptantes tenerlo a su cuidado en su hogar, con obligación de criarlo, educarlo y alimentarlo, hasta la educación básica o hasta que obtuviera una profesión u oficio. Además el adoptante pasaba a tener la patria potestad y otros derechos y obligaciones. Para una visión de la historia legislativa en materia de adopción, véase una adecuada síntesis en : RAMOS PAZOS, René: "Derecho de Familia" . Editorial Jurídica , tomo II, año 2000, pp 457-465

comuni3n de ambos c3nyuges para tomar decisiones tan importantes como la adopci3n de un menor que para todos los efectos legales y sociales ser3 su hijo.

9.1.2. Rol 318 sobre proyecto de ley que regula el derecho de visita a los hijos sometidos a la tuici3n de uno de los padres

El art3culo 3nico en su N3 1 que modifica al art3culo 26 N3 1 de la Ley N3 16.618 sobre menores y el nuevo art3culo 48 del mismo cuerpo legal contenido en el art3culo 3nico N3 2, ambos del proyecto de ley, son declarados constitucionales.

En este proyecto de ley llama la atenci3n el hecho de que se hable del padre y la madre y en algunos casos de los parientes para efectos de ejercer el cuidado personal del menor. En relaci3n con lo anterior se ha avanzado en cuanto al concepto de familia ya que la ley no se refiere a los c3nyuges, sino al padre o madre, lo que conduce a un concepto amplio de familia, -toda vez que lo anterior incluir3a a la familia matrimonial y a la no matrimonial- y por otro lado, se confiere derecho de visita a los parientes, que no s3lo implica la familia integrada por el padre o madre, sino tambi3n a la familia extendida. Esto lo demuestra el art3culo 48 inciso 63 que se3ala lo siguiente:

“El juez, luego de o3r a los padres y a la persona que tenga el cuidado personal del menor, podr3 conferir derecho a visitarlo a los parientes que individualicen, en la forma y condiciones que determine, cuando parezca de manifiesto la conveniencia para el menor; y podr3, asimismo, suprimirlo o restringirlo cuando pudiera perjudicar su bienestar”.

Debemos se3alar que en este aspecto el proyecto de ley no discrimin3 entre familia matrimonial y no matrimonial para los efectos del derecho de visita del progenitor que no posee el cuidado personal del ni3o o adolescente.

9.1.3. Rol 329 sobre proyecto que modifica la ley 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias

Continuando con nuestro análisis jurisprudencial nos corresponde estudiar la sentencia Rol N° 329 que se pronuncia sobre el proyecto de ley que modifica la Ley N° 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias.

Los artículos 1 N° 1, 2, 7, 14 y 18; artículos 3 y 4 N° 1 y 2 del proyecto de ley son declarados constitucionales.

Llama la atención en este proyecto el artículo 2 inciso 1° que señala lo siguiente:

“De los juicios de alimentos que se deban a menores, al cónyuge del alimentante cuando este lo solicitare conjuntamente con sus hijos menores, o a parientes mayores y menores de edad que los reclamaren conjuntamente, conocerá el juez de letras de menores del domicilio del alimentante o del alimentario a elección de este último. Dicha competencia no se verá alterada por llegar el menor a la mayoría de edad mientras el juicio se encontrare pendiente”.

Igualmente importante es el artículo 2° inciso 3° que señala:

“La madre podrá solicitar alimentos para el hijo que está por nacer. Se aplicarán en este caso las reglas previstas para los alimentarios menores de edad”.

El Tribunal Constitucional al declarar constitucional el artículo 2 inciso 1 establece que sólo podrían reclamar alimentos conjuntamente la madre y el hijo en aquellas familias unidas en matrimonio, al señalar “cónyuge del alimentante”. Lo anterior, vulnera el principio de igualdad ante la ley consagrado en la Constitución respecto a aquellas parejas unidas de hecho que, teniendo una relación estable e incluso creando una sociedad de hecho no puedan pedir

alimentos luego de una ruptura al conviviente. Según el profesor Hernán Corral: “En la doctrina actual, aún la más avanzada tiende a rechazar la posibilidad que el o la concubina puedan gozar de un derecho legal de alimentos similar al que se atribuye a los cónyuges. Sin embargo, se agrega que es posible aceptar que los concubinos se obliguen convencionalmente a pagarse alimentos. Además se sostiene, si uno de ellos voluntariamente paga una pensión alimenticia al otro, éste posteriormente podrá retener lo pagado, pues se trataría del cumplimiento de una obligación natural”.¹²¹ Respecto a la unión de hecho, si bien no se regulan las relaciones personales de los convivientes entre sí, las leyes, doctrina y jurisprudencia han reconocido en material patrimonial que los convivientes tienen derechos de previsión social, cuota mortuoria e indemnización por daño moral, basándose esta última en el hecho de la afectividad, según lo ha sentado jurisprudencia reciente.¹²²

Otro alcance interesante es que el artículo 2 inciso 3, señala que la madre podrá solicitar alimentos para el hijo que está por nacer. En este sentido el tribunal, al declarar constitucional dicha norma, está cumpliendo doblemente su deber al proteger la vida del que está por nacer, disposición consagrada en la Constitución, y por otro lado, al propender al fortalecimiento de la familia, igualmente consagrada en aquélla. Parecerá extraño que señalemos que propende al fortalecimiento de la familia; la razón de nuestro argumento se basa en el hecho de que si una madre reclama alimentos es porque está sola sin un padre de familia que sustente las necesidades de los hijos. Nuestra interpretación va dirigida al hecho que una familia no sólo es la matrimonial sino que también la familia monoparental que hay que proteger aún más.¹²³ En este

¹²¹ En “Concepto y reconocimiento legal de la familia de hecho”. En Revista Chilena de Derecho, vol 17 , año 1990,p.78.

¹²² Véase BARRIENTOS GRANDON, Javier y OTRO en “Nuevo derecho matrimonial chileno”, Editorial Lexis Nexis , año 2004, pp 50-57, 106-110.

¹²³ Nuestro ordenamiento jurídico en este aspecto está atrasado en comparación a otras constituciones que sí consagran la familia no matrimonial y la protegen . Así en la Constitución

sentido nos parece un avance la consagración del artículo 2 inciso 3° de este proyecto de ley que modifica la ley 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias.

9.1.4. Rol 409 sobre proyecto de ley que establece un sistema de protección social para familias en situación de extrema pobreza denominado “CHILE SOLIDARIO”.

El artículo 5 inciso 4° del proyecto es declarado constitucional:

Artículo 5 inciso cuarto: “El profesional o técnico a que se refiere el artículo 4 será seleccionado mediante concurso público, deberá reunir las condiciones de idoneidad que se exige a los funcionarios públicos y ejercerá sus funciones con sujeción a los términos del contrato. Le es prohibido usar su oficio o los bienes a su cargo en actividades político partidistas o en cualesquiera otras ajenas a las previstas en la ley. Será contratado conforme lo establezca el respectivo convenio, pudiendo hacerlo directamente el municipio, y removido con anticipación al término de los servicios pactados con la misma autoridad que lo contrató, previa resolución fundada, en caso de infracción a las prohibiciones consignadas en este inciso. En la misma resolución que se pronuncie sobre la remoción podrá la autoridad imponer al infractor multa, a beneficio fiscal de 5 a 20 unidades tributarias mensuales, reclamable ante el Juez de Policía Local del lugar del domicilio de la autoridad que decretó la remoción. La reclamación se tramitará breve y sumariamente”

de Colombia se establece en su artículo 38 : *“La unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley , generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, inclusive en lo relativo a la presunción legal de paternidad y a la sociedad conyugal “*. En forma similar la Carta Fundamental del Paraguay, se asimilan as uniones de hecho al matrimonio pero no se igualan , ya que en su art. 52 inciso 2 cuyo título es que “Del matrimonio y de los efectos de las uniones de hecho” señala : *“Las uniones de hecho, entre el hombre y la mujer, sin impedimentos legales para contraer matrimonio , que reúnan las condiciones de estabilidad y singularidad, producen efectos similares al matrimonio, dentro de las condiciones que establezca la ley”*. Acá a diferencia de la Constitución colombiana se establece que las uniones de hecho generará efectos similares al matrimonio , por lo tanto no iguales a éste .

Este artículo se refiere a los requisitos que debe reunir y las funciones que deben realizar los profesionales o técnicos que integren el proyecto “Chile Solidario”

La sentencia nos muestra de que manera se está protegiendo a la familia, y no sólo a la matrimonial, sino también a aquella conformada por la unión estable de dos personas. Es de conocimiento que las familias de extrema pobreza son aquellas formadas no sólo por la mera unión de dos personas, unidas o no en matrimonio, pues son asimismo conformadas por tíos, primos, abuelos, etc. Por tanto, estamos frente a un concepto amplio de familia.¹²⁴

El proyecto de ley declarado constitucional alude a que un profesional o técnico es aquel que ha de prestar apoyo psicosocial a los beneficiarios del sistema de protección social denominado “Chile Solidario”,¹²⁵ que consiste en un acompañamiento personalizado tendiente a promover el desarrollo de las habilidades personales y familiares necesarias para satisfacer las condiciones mínimas de calidad de vida, y en una estrategia de intervención destinada a fortalecer la vinculación efectiva de los beneficiarios con las redes sociales y el acceso a los beneficios que están a su disposición.

Observamos que el Tribunal Constitucional al aprobar este proyecto de ley , no sólo está consagrando tácitamente un concepto amplio de familia, que es aquel que se presenta en familias de extrema pobreza, sino que está propendiendo al fortalecimiento de dichas familias al aprobar un proyecto que , según la interpretación que se hace en el considerando séptimo, “...ayuda a

¹²⁴ En encuestas y estadísticas censales se trabaja con el concepto de hogar y no con el de familia , como unidad de recolección de datos .

¹²⁵ Chile Solidario es un Sistema de Protección Social creado por el Gobierno del Presidente Ricardo Lagos para apoyar a las familias más pobres de nuestro país. La responsabilidad de dirigirlo es del Ministerio de Planificación (Mideplan).

En: http://www.chilesolidario.gov.cl/publico/que_es.php?art=1. [consulta: 5 junio 2005]

promover el desarrollo de las habilidades personales y familiares necesarias para satisfacer las condiciones mínimas de calidad de vida.”

9.1.5. Rol 663 modificación Ley de Pensiones Alimenticias (6.12.2006)

Las normas sometidas al Control del Tribunal Constitucional que tienen relación con el concepto de familia establecen:

Artículo 1: Introdúcense las siguientes modificaciones en la ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el artículo 7° del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2000, del Ministerio de Justicia:

1) Modifícase el artículo 1° como sigue:

[...]

c) Agrégase el siguiente inciso final:

“La madre, cualquiera sea su edad, podrá solicitar alimentos para el hijo ya nacido o que está por nacer. Si aquélla es menor, el juez deberá ejercer la facultad que le otorga el artículo 19 de la ley N° 19.968¹²⁶, en interés de la madre.”

8) Modifícase el artículo 14 en los aspectos siguientes:

[...] b) Reemplázase el inciso tercero por el siguiente:

“Para los efectos de los incisos anteriores, el tribunal que dicte el apremio, si lo estima estrictamente necesario, podrá facultar a la policía para allanar y descerrajar el domicilio del demandado y ordenará que éste sea conducido directamente ante Gendarmería de Chile. La policía deberá intimar previamente la actuación a los moradores, entregándoles una comunicación escrita o fijándola en lugar visible del domicilio. Si el alimentante no es habido en el domicilio que consta en el proceso, el juez ordenará a la fuerza pública investigar su paradero y adoptará todas las medidas necesarias para hacer efectivo el apremio.”

c) Intercálase el siguiente inciso cuarto, nuevo, pasando los actuales incisos cuarto, quinto y sexto a ser quinto, sexto y séptimo, respectivamente:

“En todo caso, la policía podrá arrestar al demandado en cualquier lugar en que éste se encuentre.”.

¹²⁶ **Artículo 19 ley 19.968:** Representación. En todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas adolescentes o incapaces, el juez deberá velar porque estos se encuentren debidamente representados.

El juez designará a un abogado perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier otra institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos, en los casos en que carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación.

La persona designada será el curador ad litem del niño, niña adolescente o incapaz, por el sólo ministerio de la ley, y su representación se extenderá a todas las actuaciones del juicio.

De la falta de designación del representante de que trata este artículo, podrán reclamar las instituciones mencionadas en el inciso segundo o cualquier persona que tenga interés en ello.

Respecto de este numeral, en específico la última frase de su letra b), el Tribunal en el considerando décimo tercero, deja expresa constancia que no objetara la constitucionalidad de la misma, “en el entendido de que las amplias atribuciones que se otorgan al juez en este caso, siempre quedan limitadas y deberán adoptarse con respeto a los derechos asegurados a toda persona en la Constitución”, indicando este razonamiento como condición de constitucionalidad en la parte resolutive de la sentencia.

9) Incorpórase el siguiente artículo 16, nuevo:

“Artículo 16. Sin perjuicio de los demás apremios y sanciones previstos en la ley, existiendo una o más pensiones insolutas, el juez adoptará, a petición de parte, las siguientes medidas:

1. Ordenará, en el mes de marzo de cada año, a la Tesorería General de la República, que retenga de la devolución anual de impuestos a la renta que corresponda percibir a deudores de pensiones alimenticias, los montos insolutos y las pensiones que se devenguen hasta la fecha en que debió haberse verificado la devolución.

La Tesorería deberá comunicar al tribunal respectivo el hecho de la retención y el monto de la misma.

2. Suspenderá la licencia para conducir vehículos motorizados por un plazo de hasta seis meses, prorrogables hasta por igual período, si el alimentante persiste en el incumplimiento de su obligación. Dicho término se contará desde que se ponga a disposición del administrador del Tribunal la licencia respectiva. En el evento de que la licencia de conducir sea necesaria para el ejercicio de la actividad o empleo que genera ingresos al alimentante, éste podrá solicitar la interrupción de este apremio, siempre que garantice el pago de lo adeudado y se obligue a solucionar, dentro de un plazo que no podrá exceder de quince días corridos, la cantidad que fije el juez, en relación con los ingresos mensuales ordinarios y extraordinarios que perciba el alimentante.

Las medidas establecidas en este artículo procederán también respecto del alimentante que se encuentre en la situación prevista en el artículo anterior.” (El énfasis es nuestro)

El Tribunal señala en su considerando décimo cuarto respecto de este artículo, que no objetará su constitucionalidad, en el sentido de que “en resguardo de la libertad de trabajo y siempre que se verifiquen las condiciones y plazos previstos en el numeral 2) de la misma disposición, el deudor de pensiones alimenticias insolutas cuya actual profesión u oficio exija la conducción de vehículos motorizados, tiene el derecho a obtener la interrupción

del apremio decretado en su contra, consistente en la suspensión de la licencia de conducir vehículos motorizados”, estableciendo lo anterior en la parte resolutive del fallo.

En todos los artículos precedentes, que fueron declarados constitucionales, encontramos como base el artículo 1º inciso quinto de nuestra Carta Fundamental:

“Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta [...]

Existe una protección a los integrantes de una familia en la cual madre y padre se encuentran separados, realidad evidente en casos de pensiones alimenticias, y frente a la cual el Estado asume una posición activa en cuanto al resguardo de los integrantes de la familia que se encuentran en posición desventajosa, en este caso el del padre o madre que tenga el cuidado personal de sus hijos. Además respecto de la modificación al inciso final del artículo 1º de la Ley 14.908, el avance que encontramos respecto de la protección de la familia radica en que la madre, podrá solicitar alimentos para el hijo ya nacido o que está por nacer, sin importar su edad ni estado civil¹²⁷. De esta forma se protege a una familia en el concepto amplio de ella.

¹²⁷ Sobre el análisis de este inciso Ver 8.1.2 en análisis ROL 329 respecto del artículo N°2 inciso 3 sobre proyecto de ley que modifica la ley N°14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias.

9.1.6 Rol N° 698 Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad respecto de trabajadora que goza de fuero maternal sujeta a contrato de plazo fijo.

Se presenta requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 174 del Código del Trabajo, en la causa rol N° 2660-2006, caratulada “Sociedad Concesionaria Autopista Central con Ivonne Osses Gálvez”, sobre desafuero maternal.

El precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita es del tenor siguiente:

“Artículo 174. En el caso de los trabajadores sujetos a fuero laboral, el empleador no podrá poner término al contrato sino con autorización previa del juez competente, quien podrá concederla en los casos de las causales señaladas en los números 4 y 5 del artículo 159 y en las del artículo 160¹²⁸.”

¹²⁸ **Artículo 159 del Código del Trabajo:** “El contrato de trabajo terminará en los siguientes casos: [...]”

4. Vencimiento del plazo convenido en el contrato. La duración del contrato de plazo fijo no podrá exceder de un año.

El trabajador que hubiere prestado servicios discontinuos en virtud de dos contratos a plazo, durante doce meses o más durante un período de quince meses, contados desde la primera contratación, se presumirá legalmente que ha sido contratado por una duración indefinida.

Tratándose de gerentes o personas que tenga un título profesional o técnico otorgado por una institución de educación superior del Estado o reconocida por éste, la duración del contrato no podrá exceder de dos años.

El hecho de continuar el trabajador prestando servicios con conocimiento del empleador después de expirado el plazo, lo transforma en contrato de duración indefinida, igual efecto producirá la segunda renovación de un contrato de plazo fijo.

5. Conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato. [...]

Artículo 160 del Código del Trabajo: “El contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales:

1. Alguna de las conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas, que a continuación se señalan:

- a) Falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones;
- b) Conductas de acoso sexual;
- c) Vías de hecho ejercidas por el trabajador en contra del empleador o de cualquier trabajador que se desempeñe en la misma empresa;
- d) Injurias proferidas por el trabajador al empleador, y
- e) Conducta inmoral del trabajador que afecte a la empresa donde se desempeña.

El juez, como medida prejudicial y en cualquier estado del juicio, podrá decretar, en forma excepcional y fundadamente, la separación provisional del trabajador de sus labores, con o sin derecho a remuneración. Si el tribunal no diere autorización para poner término al contrato de trabajo, ordenará la inmediata reincorporación del que hubiere sido suspendido de sus funciones. Asimismo, dispondrá el pago íntegro de las remuneraciones y beneficios, debidamente reajustados y con el interés señalado en el artículo precedente, correspondientes al período de suspensión, si la separación se hubiese decretado sin derecho a remuneración. El período de la separación se entenderá efectivamente trabajado para todos los efectos legales y contractuales.”.

Expresa la requirente que por el hecho de quedar embarazada, “la relación contractual válidamente celebrada se ha subsumido en una situación de mayor importancia en el ordenamiento jurídico, como es el embarazo y la protección de la maternidad”. De esta manera se argumenta, el estado de gravidez de la solicitante le otorga derechos garantizados por la Constitución, basándose entre otras disposiciones en el artículo 1º de la Carta Fundamental, en lo que respecta a la familia como núcleo fundamental de la sociedad y el deber del Estado de propender al fortalecimiento de ésta, teniendo por consecuencia, en el caso en discusión, la extensión de la relación contractual con el empleador más allá del plazo fijado para el término del contrato en pos de la protección de la familia. Fundamenta además la requirente, que al permitir al empleador solicitar el desafuero sin más motivo que la existencia de un

2. Negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador.

Nº3. No concurrencia del trabajador a sus labores sin causa justificada durante dos días seguidos, dos lunes en el mes o un total de tres días durante igual período de tiempo, asimismo, la falta injustificada, o sin aviso previo de parte del trabajador que tuviere a su cargo una actividad, faena o máquina cuyo abandono o paralización signifique una perturbación grave en la marcha de la obra.

4. Abandono del trabajo por parte del trabajador, entendiéndose por tal:

- a) La salida intempestiva o injustificada del trabajador del sitio de la faena y durante las horas de trabajo, sin permiso del empleador o de quien lo represente, y
- b) La negativa a trabajar sin causa justificada en las faenas convenidas en el contrato.

5. Actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores, o a la salud de éstos”.

[...]

6. El perjuicio material causado intencionadamente en las instalaciones, maquinarias, herramientas, útiles de trabajo, productos o mercaderías.

7. Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.”

contrato a plazo contraído con anterioridad a la gestación, se hace primar dicha cláusula por sobre las normas protectoras de la maternidad, lo que tiene como resultado la trasgresión del artículo 1º de la Constitución.

En el siguiente punto, la requirente alega la infracción del artículo 19 N° 4 de la Constitución Política, que asegura “el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”. Señala que la decisión íntima de generar descendencia podría quedar vulnerada pues al aplicarse la norma en cuestión se ventilaría en el tribunal la fecha de la concepción, en aras de conservar el empleo.

El Tribunal Constitucional en el considerando sexto señala¹²⁹ que el fuero laboral no significa, que el empleador esté impedido de poner término en todo caso al contrato de trabajo de las personas que gozan de aquél, entre los cuales se encontraría, según lo dispuesto en el artículo 201 inciso primero, del Código del Trabajo, la trabajadora durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, sino que su terminación únicamente procede por ciertas causales y con previa autorización judicial, incluyéndose entre dichas causales la del vencimiento del plazo convenido en el contrato de trabajo (artículo 174, inciso primero, del Código del Trabajo, en relación con el artículo 159 N° 4 del mismo Código)

En el considerando octavo se expresa que el embarazo, el descanso de maternidad y el período de un año después de expirado este descanso, se trata

¹²⁹ En el considerando sexto se cita a la profesora Rojas Miño quien señala que “El fuero laboral es una protección especial que tienen los trabajadores que están en una situación de mayor vulnerabilidad ante la terminación del contrato de trabajo por iniciativa del empleador. La protección consiste en que el contrato de trabajo podrá terminar por iniciativa del empleador sólo con ocasión de la concurrencia de determinadas causas –el término del plazo del contrato, de la obra o faena y de las causas subjetivas voluntarias a que se refiere el artículo 160 del CT- y previa autorización judicial” (Rojas Miño, Irene: “Manual de Derecho del Trabajo. Derecho Individual”. LexisNexis. Santiago, 2004, p. 201).

de una situación de mayor vulnerabilidad que afecta a la mujer trabajadora, y como en la presente situación, si ella es parte de un contrato de trabajo a plazo fijo, se encuentra en una situación más favorable que el trabajador o trabajadora que haya celebrado este mismo tipo de contrato y que no goza de fuero laboral, pues en estos últimos, el término del plazo puede poner fin a la relación laboral sin necesidad de solicitar autorización judicial por causas determinadas, por lo anterior, se alude aquí a la existencia de una situación más favorable de la mujer embarazada en relación a otros trabajadores que se encuentran con un régimen laboral de plazo fijo, en lo tocante a la protección de su estabilidad en el empleo; esto tendría su fundamento en la protección a la familia como deber del Estado que dispone la Constitución, lo cual se traduce en una discriminación positiva respecto de la mujer embarazada que se encuentra en una posición más desventajosa y vulnerable en la realidad. Posteriormente razona el Tribunal, que si bien el artículo 1° de la Constitución Política, en su inciso segundo, reconoce a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, y en su inciso cuarto establece que “el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”, ello no obliga al Estado a convertir el vínculo laboral temporal de una mujer embarazada en permanente, el que, de establecerse, significaría la imposición de una carga al empleador, pues existen otras fórmulas a través de las cuales el Estado puede cumplir su misión servicial a favor de las personas; de lo anterior se desprende que existiría una colisión de derechos en esta situación: por un lado la estabilidad en el empleo de la mujer embarazada basada en el deber del Estado de propender al fortalecimiento de la familia y en otra arista encontramos el establecimiento de una carga al empleador que significaría una vulneración a su derecho a desarrollar una actividad económica, en este caso dando preferencia a este último.

Señala el tribunal respecto de la posible vulneración del artículo 19 N° 4 de la Constitución, que la vida sexual de la mujer trabajadora forma parte de su vida privada, pero que por la naturaleza del fuero maternal cuyo fundamento es el embarazo, es inevitable que el juez que debe resolver la autorización del término de contrato a plazo fijo en el vencimiento de éste, conlleve un conocimiento de que la mujer que invoca el fuero en cierta época de su vida ha tenido actividad sexual, pero ello no entraña más allá de lo razonable el derecho a la privacidad de la mujer, pues la norma impugnada sólo regula la aplicación por el juez competente del fuero maternal; así expone, la norma impugnada no ha establecido un requisito o condición que impide el libre ejercicio de un derecho, según lo establecido en el artículo 19 N° 26 de la Carta Fundamental.

En vista de los argumentos anteriormente expuestos se niega lugar al requerimiento de inaplicabilidad.

Compartimos la postura del ministro señor Mario Fernández Baeza, quien estuvo por acoger el requerimiento aludiendo que la calidad de madre soltera de la requirente acentúa el rol protector que le cabe al Estado según lo dispuesto en el artículo 1° de la Carta Fundamental . Además señala que la acción de inaplicabilidad se basa en una contravención a la Constitución en su totalidad, a su espíritu, más que a una norma en particular de aquélla.

9.1.7 Rol Nº 818 Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad del inciso segundo y quinto del artículo 2 de la ley Nº16.271 sobre Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones

Oscar Boroning Seiltgens formula requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso segundo y quinto del artículo 2 de la ley nº16.271¹³⁰, sobre Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones, en los autos sobre recurso de apelación, Rol Ingreso Corte Nº 5795-2006, que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, correspondiendo al proceso sobre reclamación de resolución exenta Nº 001331 de fecha 27 de diciembre de 2005 caratulado “Oscar Franz Boronig Seiltgens con Servicio de Impuestos Internos”, Rol Nº 10.100-2006 del Tribunal Tributario XIII Dirección Regional Metropolitana Santiago del Servicio de Impuestos Internos, solicitando al tribunal declarar inaplicable el trato diferenciado en el gravamen de impuesto de herencia entre parientes consanguíneos y afines.

Los preceptos impugnados, que forman parte del artículo 2 de la ley 16.271, son los siguientes:

1- Artículo 2, inciso segundo, de la ley nº16.271:

“Las asignaciones por causa de muerte que correspondan al cónyuge y a cada ascendiente, o adoptante, o a cada hijo, o adoptado, o a la descendencia de ellos, estarán exentas de este impuesto en la parte que no exceda de cincuenta unidades tributarias anuales. Las donaciones que se efectúen a las personas señaladas estarán exentas de este impuesto en la parte que no exceda de cinco unidades tributarias anuales. En consecuencia la escala a que se refiere el inciso primero de este artículo, se aplicará desde su primer tramo a las cantidades que excedan de los mínimos exentos”

2- Artículo 2, inciso quinto, de la ley nº16.271:

“Cuando los asignatarios o donatarios tengan con el causante o donante, respectivamente, un parentesco colateral de segundo, tercero o cuarto grado, se aplicará la escala indicada en el

¹³⁰ En el texto del requerimiento el actor cita los preceptos impugnados como artículo 2 inciso décimo e inciso penúltimo de la ley 16.271, debiendo corresponder a los incisos segundo y quinto respectivamente como lo aclara el Tribunal Constitucional, es por esta razón que se citan los preceptos correctos en el presente estudio, pues en el fallo para evitar confusiones se pone entre paréntesis el número de inciso correcto.

inciso primero recargada en un 20%, y el recargo será de un 40% si el parentesco entre el causante o donante fuere más lejano o no existiere parentesco alguno”.

En la parte expositiva, el requirente señala que ha obtenido la posesión efectiva de la herencia quedada al fallecimiento de doña Consuelo Hernández Díaz, en calidad de heredero universal testamentario de la causante, junto con María Yolanda Hidalgo, Víctor Edwin Boronig Seiltgens y el Hogar Español en calidad de legatarios. El actor sostiene que respecto del impuesto que debe pagar en virtud de la ley N°16.271, sobre herencias, asignaciones y donaciones, opera a su favor y al de su hermano Víctor Edwin, la exención contenida en el inciso segundo del artículo 2 de la citada ley, teniendo por consecuencia la improcedencia de aplicar el recargo dispuesto en el inciso quinto del artículo 2, “por ser hijos legítimos de quien fue cónyuge de la causante, don Oscar Boronig Haindl (quien contrajo matrimonio en segundas nupcias con la causante) y por ende, de conformidad al artículo 31 del Código Civil, parientes por afinidad en primer grado de la testadora, doña Consuelo Hernández Díaz”.

Los fundamentos del actor se basan en que el inciso segundo del artículo 2 de la ley 16.271, no contiene distinción acerca del tipo de descendencia a la cual le es aplicable la exención referida, ya que señala que esa exoneración está concedida no sólo al cónyuge y a cada ascendiente o adoptante, o a cada hijo o adoptado, sino que también, a la descendencia de ellos, y de esta forma termina concluyendo que la norma en comento lo beneficia ya que al referirse a la “descendencia de ellos” se refiere a la descendencia del cónyuge, ascendiente y adoptante y la de cada hijo o adoptado, situación en la que se encontraría él y su hermano al ser descendientes del cónyuge de la causante y por consecuencia sería descendiente de esta última por afinidad¹³¹ en primer grado.

¹³¹ Respecto del concepto de parentesco el artículo 31 del Código Civil expresa en su inciso primero:

Sostiene el actor que respecto del fallo que pronunció el Juez Tributario, al negar la solicitud del requirente de devolución del exceso pagado por concepto del impuesto a la herencia, toda vez que él pagó el impuesto sin la deducción y con el recargo del 40%, éste realizó una interpretación inconstitucional de los incisos segundo y quinto del artículo 2 de la ley 16.271, pues vulneraría el artículo 19 en sus numerales 2º y 20º de la Carta Fundamental:

Artículo 19 N° 2: “La Constitución asegura a todas las personas:
La igualdad ante la ley. En Chile no hay personas ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.
Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.”

Señala el requirente que el principio de igualdad, permite establecer diferencias sólo en la medida que resulten justificadas, no caprichosas ni carentes de razonabilidad. Fundamenta además su pretensión ligando el artículo 19 n° 2 con la ley 19. 585, puesto que el espíritu de esta última, indica, fue ajustar la legislación nacional con los tratados de derechos humanos ratificados por Chile, atendido lo dispuesto en el artículo 5º de la Constitución, señalando que éstos imponen a los poderes públicos el deber de proteger a la familia y de no llevar a cabo diferencias arbitrarias . Además agrega, que la ley 19.585 modificó el inciso décimo del artículo 2 de la ley n° 16.271, “para reflejar específicamente en lo relativo al impuesto a la herencia, la imposibilidad de

Artículo 31: “Parentesco por afinidad es el que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos de su marido o mujer”

El profesor René Ramos Pazos señala en su obra “Derecho de Familia” Tomo I, p. 22, que el parentesco se define como “la relación de familia que existe entre dos personas y que éste puede ser de dos clases: parentesco consanguíneo o natural y parentesco por afinidad o legal. Este autor indica que el parentesco más importante es el por consanguinidad y que el por afinidad no confiere derechos y la ley sólo lo considera como impedimento para contraer matrimonio y como inhabilidad en ciertos casos.

hacer distinciones en materia de derecho de familia”, concluye por último que si el sistema jurídico no establece distinción entre la descendencia matrimonial y no matrimonial “no parece sensato que se me trate de manera diversa, pues si bien no soy descendiente por consanguinidad de la causante, si lo soy por afinidad, pues soy hijo de quien fue su marido”, por lo cual indica, el fallo del juez tributario no parece razonable y resulta más bien arbitrario.

Respecto del artículo 19 N°20 de la Constitución, que señala en relación a las disposiciones cuestionadas:

ARTÍCULO 19 N° 20: La Constitución asegura a todas las personas:
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 de las demás cargas públicas,
En ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos...”

El requirente indica que en virtud del principio de igualdad tributaria enunciado en el artículo precedente, en la determinación y la aplicación de los tributos no es posible tratar de manera distinta a aquéllos que se encuentran en similar situación, por lo cual el citado artículo segundo inciso décimo al no contener diferenciación expresa en cuanto al trato que se le debe dar en su calidad de hijo del marido de la causante, tiene por consecuencia que la exención de la que trata la norma le es aplicable y toda interpretación contraria vulnera la igualdad tributaria, por lo tanto no se aplica en este caso en particular lo dispuesto en el artículo segundo inciso quinto. Concluye el requirente, que si el sistema jurídico no realiza distinción entre la descendencia matrimonial y la no matrimonial, “no parece sensato que se le diferencie a él”

La solicitud del requirente, expresa el Tribunal, se refiere a que los preceptos sean aplicados por el tribunal en el sentido determinado que sostiene el actor. Al respecto, sostiene el Tribunal, debido a la nueva normativa constitucional, lo que podrá ser declarado inconstitucional es la aplicación del

precepto legal impugnado a un caso concreto, lo que “relativiza el examen abstracto de constitucionalidad”, así el que en un caso determinado se declare un precepto legal inaplicable por inconstitucional, no significa que siempre proceda tal declaración. Indica en el considerando noveno que la materia de su conocimiento debe tratarse de un conflicto de constitucionalidad, pues la tarea de interpretar la ley le corresponde a los tribunales de justicia, siendo la Corte Suprema a través del recurso de casación quien debe unificar los criterios de interpretación.

En el considerando décimo quinto, señala el Tribunal, se puede constatar al examinar el artículo segundo de la ley N° 16.271, que éste no establece en ninguna de sus partes una diferenciación expresa entre el parentesco por afinidad y consanguinidad, de esta manera, cualquier distinción que se realice en la aplicación de la norma, es una cuestión de interpretación legal. En relación con lo indicado precedentemente, el Tribunal en su considerando décimo séptimo concluye que en la acción deducida está ausente el presupuesto básico para que pueda prosperar, ya que no se ha planteado un conflicto de constitucionalidad sino un cuestionamiento a la interpretación que realizó el tribunal tributario en primera instancia, configurándose una cuestión netamente de interpretación de la ley, cuya resolución corresponde a la Corte de Apelaciones de Santiago, la cual ya fue recurrida por el actor.

El Tribunal Constitucional rechaza el requerimiento, a lo cual el ministro Jorge Correa Sutil hace la siguiente prevención que incide en el concepto de familia constitucional, señalando que hay motivos de fondo para rechazar el requerimiento, indicando que si un juez fija un sentido y alcance razonable y posible de un precepto legal y, aplicado en ese sentido el precepto legal al caso, produce efectos contrarios a la Constitución, por lo cual es deber de esta Magistratura evitarlo. A juicio del previniente, aplicar el sentido que le otorga el

juez tributario a las normas impugnadas no es contrario a la Constitución ya que la distinción entre parientes afines y consanguíneos tiene fundamentos razonables que lo justifican. En su argumentación de fondo, indica que en materia sucesoria, los parientes consanguíneos y afines no gozan de los mismos derechos, tal como lo dispone el artículo 983 del Código Civil, en el cual los parientes afines no son llamados a suceder por ley, señalando que de la misma forma que en las normas tributarias impugnadas, el tenor literal de la ley civil no realiza distinción entre parientes por afinidad y consanguinidad pues se utiliza términos genéricos, sin embargo la doctrina y jurisprudencia de manera uniforme entienden excluido del concepto genérico a los parientes afines, señalando que “es posible sostener que es el derecho chileno, aunque no lo haga la ley expresamente el que hace tal diferencia. En derecho sucesorio, y a pesar del lenguaje genérico de la ley, que, en esta materia, es idéntico al de las norma tributarias, se trata a los afines como extraños”, de esta manera si los intérpretes de la ley civil califican a los afines como extraños en ella, lo anterior merece la misma consideración constitucional respecto de los intérpretes de la ley tributaria. Concluye razonando que, la ley tributaria en caso de interpretarse como lo realizó el juez competente, establece una diferencia que también se entiende por todos consagrada en el Código Civil. Indica por último que el parentesco por afinidad no confiere derechos y está más bien establecido como impedimento por razones de “moral familiar” o “probidad”. Lo medular de su prevención, consiste en que señala en el numeral 11 que la ley al conferir a los parientes consanguíneos derechos que no tienen los afines, fortalece los vínculos de sangre, suponiendo que hay en ellos características y lazos que no se presumen con los afines. En el numeral 12, el ministro Correa alude al concepto de familia constitucional señalando que la Carta Fundamental establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y obliga al Estado a protegerla, pero no define a sus integrantes, señalando que se ha discutido respecto de cual es la familia que la ley fundamental protege, pero que

dentro de estas posiciones ninguna incluye a los parientes por afinidad como iguales a los consanguíneos. Por los argumentos expuestos, el citado ministro concluye que el juez tributario realizó una interpretación razonable de los preceptos impugnados acorde a la Constitución, pues se establece una distinción no arbitraria respecto de los parientes afines en materia tributaria.

El ministro Bertelsen estuvo por acoger el recurso de inaplicabilidad interpuesto, argumentando que se vulnera la igualdad ante la ley al establecerse en este caso, una diferencia arbitraria al darles a los parientes por afinidad en línea recta entre la causante y el asignatario el mismo tratamiento que un extraño, puesto que esta equiparación no es proporcionada a la diferencia existente en la realidad entre ellos.

En el presente fallo, el concepto de familia que se trata es amplio, pues el requirente basa su pretensión en un concepto de familia que incluye a los parientes afines ya que señala que al no existir distinción en la ley, respecto a los familiares consanguíneos y afines, basándose en una propia interpretación de la ley 19.585 y en la garantía constitucional de igualdad ante la ley, ambos parientes son receptores de los mismos derechos. Coincidimos con el Ministro Correa en cuanto que el concepto de familia al que alude la Constitución aunque es debatido, no incorpora en la controversia a los afines como lo ha señalado la jurisprudencia y la doctrina, a lo cual integramos el planteamiento de Impuestos Internos quienes postulan que el legislador protege al núcleo más cercano del causante, aludiendo a una interpretación histórica del artículo 992 del Código Civil y a una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 1951 en la cual se resolvió que los parentescos en la sucesión intestada se refiere a los consanguíneos y no a los afines. En armonía con lo expuesto precedentemente, es importante para nuestro estudio la referencia que hace el Servicio de Impuestos Internos respecto del principio constitucional de

protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad que encontramos en el artículo 1º inciso 2 de la Carta Fundamental, puesto que a partir de la ley 19.585 los legitimarios excluyen a los demás herederos debido a que se protege al núcleo consanguíneo y conyugal más cercano del causante. También coincidimos con el ente público en el sentido de que el aporte de la ley 19.585 respecto de la igualdad en las relaciones familiares se realizó en cuanto a que eliminaba toda diferencia entre el parentesco consanguíneo matrimonial y no matrimonial, pero que este tratamiento no es extensible a los parientes por afinidad.

9.1.8 Tabla N° 2 criterio concepto de familia matrimonial/amplio

ROLES	CRITERIOS DE APLICACIÓN		
ROL NÚMERO	CRITERIO CONCEPTO FAMILIA MATRIMONIAL	CRITERIO CONCEPTO FAMILIA AMPLIO	SIN CRITERIO DEFINIBLE
289 Sobre adopción de menores	<i>APLICA</i>	<i>NO APLICABLE</i>	<i>NO APLICABLE</i>
318 Regula el derecho de visita De los hijos sometidos a la Tuición de uno de los padres	<i>NO APLICABLE</i>	<i>APLICA</i>	<i>NO APLICABLE</i>
329 Modifica ley 14.908 sobre Abandono de familia y pago De pensiones alimenticias	<i>NO APLICABLE</i>	<i>NO APLICABLE</i>	<i>APLICA</i>
410 Proyecto de ley que establece un sistema de protección social para familias en situación de extrema pobreza denominado "CHILE SOLIDARIO".	<i>NO APLICABLE</i>	<i>APLICA</i>	<i>NO APLICABLE</i>

Tabla Nº 2 criterio concepto de familia matrimonial/amplio

ROLES	CRITERIOS DE APLICACIÓN		
ROL NÚMERO	CRITERIO CONCEPTO FAMILIA MATRIMONIAL	CRITERIO CONCEPTO FAMILIA AMPLIO	SIN CRITERIO DEFINIBLE
329 Modifica ley 14.908 sobre Abandono de familia y pago De pensiones alimenticias (6/12/2006)	NO APLICABLE	APLICA	NO APLICABLE
663 Modificación Ley Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias	NO APLICABLE	APLICA	NO APLICABLE
810 Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de artículos de ley de impuesto herencia	NO APLICABLE	NO APLICABLE	APLICA
698 Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad caso de trabajadora que goza de fuero maternal sujeta a contrato de plazo fijo	NO APLICABLE	NO APLICABLE	APLICA

Observamos que respecto a este criterio no existe una tendencia clara que se incline por la familia matrimonial o no matrimonial.

9.2 Segundo Criterio: Utilización del término de grupo familiar

9.2.1-. Análisis rol 191 sobre proyecto de ley de Violencia Intrafamiliar

Se sometió a control constitucional el artículo 2 de la citada ley, el cual se analizó separadamente respecto a sus dos incisos.

1-. Respecto al inciso 1 del artículo 2 fue declarado constitucional:

“Los conflictos a que dé origen la comisión de actos de violencia intrafamiliar serán de conocimiento del Juez Letrado de turno en lo civil, dentro de cuyo territorio jurisdiccional se encuentre ubicado el hogar donde vive el afectado.”

2-. El artículo 2 inciso 2 fue declarado inconstitucional, el cual establecía:

“Las actuaciones practicadas ante tribunal incompetente serán válidas y no será necesaria su posterior ratificación ante el juez que en definitiva resulte competente”.

Este inciso fue declarado inconstitucional ya que al referirse a una modificación a la organización de los tribunales, no se oyó previamente a la Corte Suprema, vulnerando así el artículo 74 de la Carta Fundamental .

Es interesante este inciso 2 del artículo en cuestión ya que aunque no se aprobó debido a que adolecía de un vicio de forma, tenía un contenido de peso respecto a la protección de la familia: establecía que incluso las actuaciones ante tribunales incompetentes serán válidas respecto a casos de violencia

intrafamiliar, o sea se pretendía dar una protección amplia a las familias que sufrieran violencia.

En relación con lo señalado en el párrafo precedente, cabe hacer presente que no se sometió a control constitucional por requerimiento – y bien podría haberlo sido – el artículo 1 de la ley de Violencia Intrafamiliar en su inciso 1:

“Se entenderá por acto de violencia intrafamiliar , todo maltrato que afecte la salud física o psíquica de quien , aun siendo mayor de edad, tenga respecto del ofensor la calidad de ascendiente , cónyuge o conviviente o , siendo menor de edad o discapacitado, tenga a su respecto la calidad de descendiente , adoptado , pupilo , colateral consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive , o esté bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar que vive bajo un mismo techo .

Esta definición que nos da este artículo es rico en un concepto amplio de familia:

- 1-. Se incluye al conviviente
- 2-. Al pupilo
- 3-. Colateral consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive
- 4-. Alusión al grupo familiar que vive bajo un mismo techo.

El concepto de familia que aquí se elabora hace alusión al “grupo familiar”, el cual incluye al conviviente, que también es ocupado en otras leyes referidas a proyectos sociales. Frente a lo cual cabe hacer una reflexión: ¿Hay acaso una diferencia entre las familias de escasos recursos y todas las demás? Estas últimas quizás podrían estar en el rango de bien constituidas, ya que en el caso de las primeras las leyes que la aluden hablan constantemente de grupo familiar ante la visible realidad que las familias de dichos sectores no responden a un modelo familiar basado en la familia matrimonial sino que en lazos de convivencia de hecho, monoparentalidad, jefas de hogar y familia extendida viviendo bajo el mismo techo. Para entender los conceptos de grupo familiar y familia debemos también agregar la significación del hogar en materia de ciencias sociales.¹³²

¹³² En las estadísticas censales, como también en las encuestas, se trabaja con el concepto de hogar y no con el de familia como unidad de recolección de información. Así diferenciaríamos

9.2.2. Análisis de rol 192 sobre proyecto de ley que modifica ley de menores respecto al Maltrato de Menores (12 de julio 1994)

En su artículo 1 establece:

“Introdúcense las siguientes modificaciones a la ley N 16.618 que fija el texto definitivo de la Ley de Menores:

1- Modifícase el artículo 29 en los siguientes términos:[...]

b) Agrégase el siguiente inciso :

“ Tratándose de un menor que ha sido víctima de maltrato , el Juez podrá además de decretar las medidas indicadas en el inciso primero , remitir los antecedentes a los Tribunales competentes para aplicar sanciones penales a quien resulten responsables , o para **decretar otras medidas cautelares en beneficio del menor y de su grupo familiar .**

2- Introdúcense en el artículo 62 las siguientes modificaciones:

a) Suprímese el N 4

b) Agrégase el siguiente inciso segundo :

“El maltrato resultante de una acción u omisión que produzca menoscabo en la salud física o psíquica de los menores, no comprendido en leyes especiales sobre materias similares, será sancionado con todas o algunas de las siguientes medidas:

1)Asistencia del agresor a programas terapéuticos o de orientación familiar bajo el control de la institución que el juez estime más idónea o conveniente , tales como el Servicio Nacional de la Mujer, el Servicio Nacional de Menores , el Centro de Diagnósticos del Ministerio de Educación o los Centros Comunitarios de Salud Mental Familiar , declarándolo así la sentencia definitiva .La Institución designada deberá periódicamente , remitir los informes de cumplimiento al tribunal en que esté radicada la causa ;

2)Realización de trabajos determinados , a petición expresa del ofensor , en beneficio de la comunidad , para la Municipalidad o para las corporaciones municipales existentes en la comuna correspondiente a su domicilio , análogos a la actividad , profesión u oficio del condenado o relacionados con ellos , sin que estos trabajos alteren sus labores habituales, y

3) Multa, a beneficio municipal, equivalente al ingreso diario del condenado , de uno a diez días, la que se fijará prudencialmente por el juez.

En todos los casos en que los hechos denunciados ocasionen lesiones graves o menos graves, los antecedentes serán remitidos al tribunal del crimen respectivo.

Lo dispuesto en este artículo será también aplicable cuando las personas indicadas en el inciso primero abandonen al menor sin velar por su crianza y educación y lo corrompan”

(El énfasis es nuestro)

El Tribunal Constitucional en su considerando 8 establece que respecto al artículo 1 del proyecto remitido, sus disposiciones no son contrarias a la Constitución Política de la República declarando que son constitucionales .

hogares familiares y no familiares, encontrando en el primero al llamado grupo familiar, para así diferenciarlo de otros grupos con intereses o factores en común : convento, internado, etc. De este análisis se desprende un concepto de familia tomado como una unidad cuyos miembros enfrentan en común la satisfacción de sus necesidades básicas y comparten una residencia

En el artículo se alude al término “grupo familiar”, un concepto amplio que conduce a la idea de familia extendida que cohabita bajo un mismo techo o familias no matrimoniales con vínculo de convivencia de los progenitores de la prole, o bien de una familia monoparental, realidad indiscutible en Chile.

9.2.3. Rol N° 349 sobre Proyecto de Ley de normas adecuatorias del sistema legal chileno a la reforma procesal penal

Encontramos en esta sentencia tres artículos del proyecto de ley aludido, en los cuales el análisis que se realizó tiene relación con el concepto de familia:

1-**Artículo 4º.**- Introdúcense las siguientes modificaciones en el decreto con fuerza de ley N° 1, de 1995, del Ministerio de Justicia, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 19.366, que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas:

Artículo 16

Reemplázase por el siguiente:

“Artículo 16:

[...]

También con la autorización del juez de garantía, otorgada de conformidad al artículo 236 del Código Procesal Penal, el Ministerio Público podrá efectuar las siguientes diligencias sin comunicación previa al afectado:

a.- requerir la entrega de antecedentes o copias de documentos sobre cuentas corrientes bancarias, depósitos u otras operaciones sujetas a secreto o reserva, de personas naturales o jurídicas, o de comunidades, que sean objeto de la investigación, debiendo los bancos, otras entidades y personas naturales que estén autorizadas o facultadas para operar en los mercados financieros, de valores y seguros cambiarios, proporcionarlos en el más breve plazo, y

b.- recoger e incautar la documentación y los antecedentes necesarios para la investigación de los hechos, en caso de aparecer indicios graves que de esta diligencia pudiese resultar el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante para aquélla. Se aplicará, al efecto, lo dispuesto en los artículos 216 y 221 del Código Procesal Penal.

Los notarios, conservadores y archiveros deberán entregar al Ministerio Público, en forma expedita y rápida, los informes, documentos, copias de instrumentos y datos que se les soliciten.

El otorgamiento de los antecedentes mencionados en este artículo será gratuito y libre de toda clase de derechos e impuestos.”.

El Tribunal Constitucional declaró que el artículo precedente no es contrario a la Constitución, sin realizar un análisis más pormenorizado al respecto, posiblemente en atención a que al tratarse de facultades establecidas para el mejor accionar del Ministerio Público en cuanto a la investigación de hechos que pueden revestir caracteres de delito, este organismo requiere la autorización del juez de garantía respectivo en el caso de que las actuaciones de dicho ente prive del ejercicio de los derechos garantizados en la Constitución al imputado o a terceros, según lo establecido en el artículo 80 A de nuestra Carta Fundamental. En nuestro estudio podría corresponderle a algunos integrantes de la familia del sujeto imputado la calidad de terceros afectados en la investigación en cuanto a que existen por ejemplo, cuentas corrientes bancarias bipersonales cuyos titulares son marido y mujer de un matrimonio. Lo anterior en razón de que se encuentran vulneradas las garantías establecidas en los artículo 19º N° 4 y 19 N° 5 que tienen directa relación con derechos establecidos a favor de la persona y su familia.

2-. **Artículo 37:** Respecto de la sustitución del artículo 26 número 7 y del artículo 30, de la ley N° 16.618, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el artículo 6° del decreto con fuerza de ley N°1, de 2000, del Ministerio de Justicia:

2.1-. Artículo 26, en relación a su numeral 7:

Sustitúyese el número 7), por el siguiente:

“7) Resolver sobre la vida futura del menor en el caso del inciso tercero del artículo 234 del Código Civil¹³³, y conocer de todos los asuntos en que aparezcan menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección conforme al artículo 30;”.

El Tribunal Constitucional respecto de este artículo declaró su conformidad a nuestra Carta Fundamental. Encontramos aquí una vinculación con el deber del Estado de dar protección a la familia establecido en el artículo

¹³³ Artículo 234 inciso 3 del Código Civil: “Cuando sea necesario para el bienestar del hijo, los padres podrán solicitar al tribunal que determine sobre la vida futura de aquél por el tiempo que estime más conveniente, el cual no podrá exceder del plazo que le falte para cumplir dieciocho años de edad.”

1º inciso quinto de la Constitución, vinculándolo también al rol subsidiario del Estado respecto de los grupos intermedios ya que de acuerdo a lo establecido en el artículo 234 del Código Civil en su inciso tercero, los padres le entregan una decisión, que en principio debería tomarse al interior de la familia, al juez competente para que determine sobre la vida futura del niño o adolescente, en cuanto a su calidad de órgano estatal que interviene en forma subsidiaria al rol del grupo familiar.

2.2.-Artículo 30

Sustitúyese por el siguiente:

“Artículo 30.- En los casos previstos en el artículo 26 N° 7¹³⁴, el juez de letras de menores, mediante resolución fundada, podrá decretar las medidas que sean necesarias para proteger a los menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos.

En particular, el juez podrá:

- 1) disponer la concurrencia a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación a los menores de edad, a sus padres o a las personas que lo tengan bajo su cuidado, para enfrentar y superar la situación de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes, y
- 2) disponer el ingreso del menor de edad en un Centro de Tránsito o Distribución, hogar sustituto o en un establecimiento residencial.

Si adoptare la medida a que se refiere el número 2), el juez preferirá, para que asuman provisoriamente el cuidado del menor, a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que aquél tenga una relación de confianza.

La medida de internación en un establecimiento de protección sólo procederá en aquellos casos en que, para cautelar la integridad física o síquica del menor de edad, resulte indispensable separarlo de su **medio familiar** o de las personas que lo tienen bajo su cuidado, y en defecto de las personas a que se refiere el inciso anterior. Esta medida tendrá un carácter esencialmente temporal, no se decretará por un plazo superior a un año, y deberá ser revisada por el tribunal cada seis meses, para lo cual solicitará los informes que procedan al encargado del Centro u hogar respectivo. Sin perjuicio de ello, podrá renovarse en esos mismos términos y condiciones, mientras subsista la causal que le dio lugar. En todo caso, el tribunal podrá sustituir o dejar sin efecto la medida antes del vencimiento del plazo por el que la hubiere dispuesto.”

[El énfasis es nuestro]

Respecto de este artículo encontramos también el rol subsidiario del Estado en cuanto a la injerencia de éste en la vida de los niños y adolescentes cuyo futuro sus padres entregaron al conocimiento del tribunal competente o

¹³⁴ Artículo 26 N° 7 de la Ley 16.618: “Corresponderá al Juez de Letras de Menores:[...]

N° 7: Resolver sobre la vida futura del menor en el caso del inciso tercero del artículo 234 del Código Civil , y conocer de todos los asuntos en que aparezcan menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección de acuerdo al artículo 30

bien de aquéllos que se encuentren amenazados o vulnerados en sus derechos, puesto que en ambos casos es el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales quien vela por el interés superior de ellos, en subsidio de lo que realizaron sus correspondientes familias. Además es interesante la alusión al concepto de “medio familiar” en cuanto a que la medida de internación en un establecimiento de protección sólo procede cuando es indispensable para la integridad del menor de edad, separarlo de su medio familiar o de las personas que lo tienen bajo su cuidado, entendiendo entonces que estas últimas son personas que tienen la categoría de no familiares. Respecto al concepto de medio familiar al igual que otras sentencias del Tribunal Constitucional en que se habla de “grupo familiar” se refiere a un concepto de familia ambiguo, encontrando referencia a este tipo de nomenclatura en leyes que hacen alusión a situaciones irregulares que merecen protección del Estado. Entonces se infiere que el deber de protección que otorga el Estado a la familia, que hemos observado en las respectivas sentencias, se refieren a estos grupos familiares o a los integrantes del medio familiar que necesitan la intervención del aparato estatal para la protección de sus derechos, siempre y cuando fallasen los mecanismos de regulación y control al interior de su grupo familiar, que es el primer grupo intermedio al cual pertenece y al que el estado en su rol subsidiario tiene que intervenir y apoyar en sus roles.

3- **Artículo 43.-** Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Tributario, aprobado por el Decreto Ley N° 830, de 1974:

Artículo 62

Reemplázase por el siguiente:

“Artículo 62.- El Director, con autorización del juez de letras en lo civil de turno del domicilio del contribuyente, podrá disponer el examen de las cuentas corrientes, cuando el Servicio se encuentre efectuando la recopilación de antecedentes a que se refiere el artículo 161 N° 10 de este Código. El juez resolverá con el sólo mérito de los antecedentes que acompañe el Servicio en su presentación.”.

En el considerando 35° se razona respecto de la facultad del Director del Servicio de Impuestos Internos de examinar las cuentas corrientes y bancarias cuando el Servicio en comento se encuentre efectuando la recopilación de antecedentes a que se refiere el artículo 161 N°1 del Código Tributario, una vez que el juez de letras en lo civil de turno del contribuyente le conceda la correspondiente autorización, resolviendo este último con el sólo mérito de los antecedentes que acompañe el Servicio en su presentación. Así el considerando 36° se refiere a que el procedimiento que sigue el juez civil para otorgar su autorización es una “aplicación irrestricta” de la unilateralidad de la audiencia pues no se establece la necesidad de oír a quien pueda ser afectado ni notificarle la resolución judicial correspondiente. Señala el Tribunal Constitucional que se debe analizar la norma puesto que establece una excepción al criterio general del secreto de la cuenta corriente bancaria; de esta forma indica que la excepcionalidad en materia de competencia de los tribunales civiles respecto del principio de la bilateralidad de la audiencia, responde por la urgente necesidad de adoptar en forma rápida e inmediata diligencias cuya dilación podría acarrear graves consecuencias. En el caso planteado no ocurre el supuesto anterior, se razona, debido a que los registros y antecedentes de una cuenta corriente bancaria se mantienen en el tiempo bajo custodia de un tercero que es fiscalizado por la autoridad competente; además el afectado por la decisión judicial no puede interponer recurso alguno que enerve la resolución que otorga la autorización de recavar los antecedentes bancarios necesarios por el Director del Servicio de Impuestos Internos. De esta manera el Tribunal concluye que al no aplicarse el Principio de la Bilateralidad de la Audiencia, regla general en materia civil, ni al concederse recurso alguno al afectado, se opta por un procedimiento que no resulta racional ni justo por lo

cual colisiona con el derecho establecido en el artículo 19 N°3 inciso quinto de la Constitución, de esta forma declara la inconstitucionalidad del proyecto.

Respecto de la posible vulneración del artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental, garantía en la que se protege a la familia, el Tribunal no se pronuncia al respecto, pues si bien el análisis que se realiza se centra en el individuo afectado por un procedimiento que no es racional y justo, es precisamente por la vulneración de la privacidad del sujeto y como natural proyección de la familia en la cual está inserto, que no se cumple con el derecho establecido en el artículo 19 N° 3 inciso quinto de la Constitución.

9.3 Tercer Criterio: Educación y Familia

9.3.1 Rol 308 sobre proyecto de ley que modifica Ley 18.962 Orgánica Constitucional de Enseñanza, sobre estudiantes embarazadas

Este proyecto de ley dice relación con el derecho de las estudiantes que se encuentran embarazadas o que sean madres de acceder a los establecimientos educacionales.

La norma sometida a control constitucional establece:

“Artículo único: Intercálese en el artículo 2 de la Ley 18.962, Orgánica Constitucional de Enseñanza, a continuación del inciso segundo:

“El embarazo y la maternidad, no constituirán impedimento para ingresar y permanecer en los establecimientos de educación de cualquier nivel. Estos últimos deberán, además, otorgar las facilidades académicas del caso”.

Existe un mandato restrictivo para los establecimientos de educación en el sentido de que se respeta su libertad en cuanto a su enseñanza, pero como

contrapartida hay un mínimo que debe protegerse el cual es que todas las personas puedan acceder a la educación, lo que se relaciona con la igualdad ante la ley, y en consecuencia la posibilidad que futuras familias puedan tener un sustento en el cual apoyarse gracias al estudio de las madres de familia. Por lo anterior, además se protege a la familia y se le fortalece de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1º de nuestra Constitución.

9.3.2 Rol 139 sobre proyecto de ley sobre educación parvularia que modifica ley orgánica constitucional de enseñanza.

Señala en su artículo único:

Artículo único: Introdúcense las siguientes modificaciones en la ley 18.962, Orgánica Constitucional de Enseñanza:

1-. Intercálese, en el inciso final de su artículo 2, a continuación de la coma (,) que sigue a la palabra “niveles” la frase “en especial la educación parvularia, y”.

2-. Agrégase el siguiente artículo 6 bis:

“Artículo 6 bis: La educación parvularia es el nivel educativo que atiende integralmente niños y niñas desde su nacimiento hasta su ingreso a la enseñanza básica, sin constituir antecedente obligatorio para ésta.

Su propósito es favorecer de manera sistemática, oportuna y pertinente, aprendizajes relevantes y significativos en los párvulos, apoyando a la familia en su rol insustituible de primera educadora.

La educación parvularia no exige requisitos mínimos para acceder a ella, ni permite establecer diferencias arbitrarias [...]”

El Tribunal Constitucional declara que este artículo único del proyecto remitido es constitucional. Resaltamos el considerando 17 señala que en la Carta Fundamental en el artículo 19 N° 10 , en sus incisos tercero y cuarto, que consagran el derecho preferente y el deber de los padres de educar a sus hijos, junto con señalar que el Estado ha de promover la educación parvularia, el nuevo artículo 6 bis expresa que ésta constituye “el nivel educativo que atiende

integralmente niños y niñas desde su nacimiento hasta su ingreso a la enseñanza básica”, agregando “sin constituir antecedente obligatorio para ésta”, motivo por el cual está de acuerdo con la Constitución Política de la República, dejando en claro de esta manera toda la discusión suscitada respecto a una intervención del senador Viera-Gallo -en sesión n3 del 13 de junio del 2000 , Legislatura Ordinaria del Senado al discutirse en general el proyecto de ley- en la cual señalaba que la ley de Enseñanza se refería a la educación básica y media y que la preescolar no debía tener carácter obligatorio alguno .

Al declarar el Tribunal Constitucional que el artículo único remitido es constitucional, se deja establecido el voto en contra del abogado integrante don Eduardo Soto Kloss respecto a la frase “en especial la educación parvularia”. Señala que la forma adverbial “en especial” vulnera la Constitución pues el legislador pretende hacer resaltar la educación parvularia como nivel preferente en cuanto deber del Estado de fomentar su desarrollo. Ese resalto señala, no se condice con el texto constitucional del artículo 19 N°10.

La modificación en estudio es interesante respecto al rol que asume el Estado en cuanto a la expresión “apoyando a la familia en su rol insustituible de primera educadora”, pues se conecta con el artículo 1º inciso 3 de nuestra Constitución Política referente al deber del Estado de dar protección a la familia y propender al fortalecimiento de ésta . Además al preguntarnos a que tipo de familia se refiere nos da una luz la frase: “La educación parvularia no exige requisitos mínimos para acceder a ella, ni permite establecer diferencias arbitrarias [...]” Lo anterior lo podemos unir a la familia de origen de los párvulos garantizándoles igualdad en su acceso a la educación, indicando que se apoya a la familia y no se le discrimina en cuanto al tipo de familia de que procede el niño.

9.3.3 Rol nº 410 Sobre requerimiento para que el tribunal constitucional declare la inconstitucionalidad de las normas que indican del proyecto de ley que modifica el régimen de jornada escolar completa diurna y otros cuerpos legales.

Los artículos de nuestra Carta Fundamental relacionados con el concepto de familia que inciden en el análisis de este fallo son el artículo 1º, 19 Nº 10 y 19 Nº 11.

El Tribunal Constitucional respecto al derecho a la educación, señala que su objeto radica en el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida como lo indica el artículo 19 Nº 10 inciso segundo de la Constitución, manifestándose a través de la enseñanza formal o informal. Además razona en el considerando primero, que para una adecuada resolución del requerimiento es necesario analizar los principios y normas constitucionales relacionados con la libertad de enseñanza y de este modo compararlas con los diversos capítulos de inconstitucionalidad que en concepto de los requirentes, han sido vulnerados en el proyecto de ley respectivo.

En el considerando décimo quinto, se refiere un aspecto de la libertad de enseñanza atingente a nuestro estudio, respecto al derecho de los padres de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos (artículo 19 Nº 11 inciso 4 de la Constitución). Este aspecto de la libertad de enseñanza tiene armonía con su equivalente previsto en el artículo 19 Nº 10 inciso tercero de la Constitución en forma evidente: “Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho”. De esta forma el derecho a la libertad de enseñanza abarca a los fundadores y sostenedores de los establecimientos educacionales como a los padres, respecto de la elección de aquéllos que juzguen coherentes con el ideario formativo de sus hijos. Más adelante esta

facultad de elección, el Tribunal la amplía a los apoderados, reconociendo de esta manera que existen otros adultos responsables de la educación de los niños y jóvenes, que bien pueden ser sus tutores u otros integrantes de la familia, aludiendo a un concepto amplio de esta última.

Respecto de la subvención que otorga el Estado en materias de educación, señala el Tribunal que corresponde a una obligación del primero, que se justifica en la importancia que tienen la educación y la enseñanza en el desarrollo libre de la personalidad y de la sociedad en general. De esta forma, al otorgar la subvención, el Estado tiene el derecho de dictar normas regulatorias a fin de que las entidades educacionales que reciban tal beneficio sirvan con transparencia y eficacia su misión de contribuir al bien común, pues es un deber de la comunidad toda -dentro de la que se encontrarían los establecimientos educacionales- el propender a aquel fin, que se enmarca dentro del principio de solidaridad que recae sobre los particulares -establecidos en el artículo 1º inciso cuarto y 19 N°10 inciso final de la Constitución- respecto a su deber de contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la enseñanza en todos sus niveles.

Atendido el basamento en los principios constitucionales aludidos en los párrafos anteriores, analizaremos el razonamiento del Tribunal Constitucional respecto a las disposiciones impugnadas por los requirentes que se relacionan con el concepto de familia y las normas constitucionales que tratan de esta última:

1) Artículo 2, N° 2, letra a), que incorpora una nueva letra a) bis al artículo 6 del decreto con fuerza de ley N° 2, de 1998, del Ministerio de Educación, sobre Subvención del Estado a establecimientos educacionales, que establece, como un nuevo requisito para que los establecimientos de enseñanza puedan

impetrar el beneficio de la subvención, que al menos un 15% de sus alumnos presenten condiciones de vulnerabilidad socioeconómica, salvo que no se hayan presentado postulaciones suficientes para cubrir dicho porcentaje, entregando al reglamento la forma de medir y ponderar tal vulnerabilidad considerando el nivel socioeconómico de la familia, la escolaridad de los padres o apoderados del alumno y el entorno del establecimiento.

Artículo 2 N°2 letra a):

“Para que los establecimientos de enseñanza puedan impetrar el beneficio de la subvención, deberán cumplir con los siguientes requisitos:

a) bis.- Que al menos un 15% de los alumnos de los establecimientos presenten condiciones de vulnerabilidad socioeconómica, salvo que no se hayan presentado postulaciones suficientes para cubrir dicho porcentaje.

El reglamento determinará la forma de medir y ponderar la vulnerabilidad debiendo considerar el nivel socioeconómico de la familia, el nivel de escolaridad de los padres o apoderados del alumno y el entorno del establecimiento.”

Respecto de este artículo los requirentes basan sus argumentos en que se estaría imponiendo un requisito adicional que vulneraría la libertad de enseñanza. El Tribunal Constitucional señala que esta exigencia se establece como una contraprestación razonable a la subvención que se otorga al establecimiento fundándose en el artículo primero inciso cuarto de la Constitución, en cuanto a que el Estado tiene como finalidad promover el bien común. Por otro lado, el objeto del precepto es extender el derecho a la educación en el sistema de Jornada Escolar Completa a alumnos que provengan de una familia vulnerable económicamente, y en ese sentido encontramos que se cumple con el rol del Estado de dar protección a la familia y propender a su fortalecimiento establecido en el artículo 1º inciso cuarto de nuestra Carta Fundamental, así como también proteger el derecho preferente de los padres de educar a sus hijos, dispuesto en el artículo 19 N°10 inciso tercero de la Constitución. En concordancia con lo anterior el Ejecutivo en el Mensaje del proyecto de ley señala que su objetivo es asegurar una “educación de calidad equitativamente distribuida”, en armonía con aquello el considerando quincuagésimo primero señala “el pago de la subvención lo hace el Estado con

sujeción al principio de igualdad, beneficiando así a los establecimientos de enseñanza, tanto públicos como privados y con el correspondiente monto.”

Por los motivos anteriores, el Tribunal desestimó declarar inconstitucional este artículo impugnado.

2) Artículo 2, N° 2, letra e), que incorpora a la letra e) del artículo 6, del decreto con fuerza de ley N° 2, de 1998, del Ministerio de Educación, un nuevo inciso cuarto, que señala que no podrá aducirse el no pago de compromisos económicos contraídos por el padre o apoderado con el establecimiento como motivo suficiente para no renovar la matrícula de los alumnos que deseen continuar sus estudios en el año siguiente, excepto en el caso de existir una deuda pendiente al momento de la renovación de la matrícula.

Artículo 2 N°2, letra e) inciso cuarto: "Tampoco podrá aducirse esta causal como motivo suficiente para no renovar la matrícula de los alumnos que deseen continuar estudios en el establecimiento el año siguiente, excepto en el caso de existir deuda pendiente al momento de la renovación de matrícula."¹³⁵

El Tribunal declaró inconstitucional este artículo en razón de que produce una grave alteración de la relación contractual entre el establecimiento educacional y el padre o apoderado respecto de las prestaciones recíprocas, puesto que por un lado la entidad de enseñanza debe prestar sus servicios educacionales a pesar de que no se le pague lo estipulado como sería el derecho de matrícula, puesto que se parte de la base real que el aporte estatal de la subvención no es suficiente para que los establecimientos cumplan con

¹³⁵ Cabe precisar que la causal a que se refiere este precepto está señalada en el inciso anterior de la misma disposición y consiste en el no pago de los compromisos económicos contraídos por el padre o apoderado del alumno con motivo del contrato de matrícula u otros con el establecimiento educacional respectivo.

sus fines, de allí el fundamento de la facultad de las instituciones de enseñanza al cobro de matrícula y en determinadas circunstancias a la recaudación de derechos de escolaridad a los padres o apoderados. Se señala en el considerando octogésimo cuarto, que el carácter subvencionado de un establecimiento educacional no permite a los órganos estatales invocar el otorgamiento de tal beneficio para establecer una carga sobre quienes la reciben, como sería el cumplimiento de requisitos que les impidan o tornen demasiado gravoso el ejercicio de un derecho constitucionalmente asegurado como es la libertad de enseñanza. Hay un voto de minoría en el cual los ministros Juan Agustín Figueroa Yávar y Marcos Libedinsky Tschorne estaban por rechazar el requerimiento de inconstitucionalidad, posición que compartimos, señalando los disidentes que: “[...] el no impedir este acceso por razones económicas, es un principio de orden público, que mira a la deseada organización social y al bien común[...]”. Aducen que el término de la escolaridad por los motivos esgrimidos, atenta contra la libertad de enseñanza en cuanto limita el derecho de los padres de escoger libremente el establecimiento educacional que prefieran. Así una matrícula no renovada por razones económicas en un establecimiento subvencionado probablemente no permitirá el acceso al niño o joven a una institución educacional de la misma categoría, restringiendo de esta manera la libre elección de los padres de escoger el colegio o escuela para sus hijos. Por último señalan, que la subvención a la educación particular, es una .carga económica que soporta la comunidad toda, no para beneficiar a la educación particular sino para contribuir a hacer realidad el derecho a la educación.

3) Artículo 2 Nº 2 letra e), que incorpora a la letra e) del artículo 6, del decreto con fuerza de ley Nº 2, de 1998, del Ministerio de Educación, un nuevo inciso segundo, que dispone que en el caso de establecimientos educacionales que implementen procesos de selección, el monto y condiciones

del derecho o arancel que se cobrará a los padres para participar en ellos no podrá superar el valor de la matrícula fijado por el Ministerio de Educación.

Artículo Nº2 letra e inciso segundo:“En el caso de los establecimientos educacionales que implementen procesos de selección, el monto y condiciones del derecho o arancel que se cobrará a los padres por participar no podrá superar el valor de la matrícula fijado por el Ministerio de Educación.”

Acá encontramos una discriminación positiva respecto a la limitación en el cobro de aranceles en establecimientos educacionales subvencionados que realicen procesos de selección de alumnos, en razón a no distorsionar el sentido de la subvención a la enseñanza, cual es, que tal beneficio lo perciban aquellos establecimientos de educación que cooperan con el Estado en el cumplimiento de la obligación constitucional de mantener un sistema gratuito en la educación básica y media destinado a garantizar el acceso a ellas de toda la población. El Tribunal observa, que la norma analizada “contribuye a que no sea distorsionado el sentido de la subvención estatal a la enseñanza”, puesto que esta última es irreconciliable con el pago de aranceles cuando alcanzan una magnitud que la convierten en muy onerosa o inasequible. De esta forma, se señala en el considerando sexagésimo quinto, se armonizan los principios constitucionales que establecen la gratuidad de la enseñanza básica y media de la educación pública y la particular subvencionada de una parte, con la igualdad de oportunidades y el derecho de los padres de escoger el establecimiento escolar para sus hijos por otra.

4) Artículos 7 y 8 que disponen que en todo establecimiento educacional subvencionado deberá existir un Consejo Escolar, regulándose su composición y naturaleza.

"Artículo 7°: En cada establecimiento educacional subvencionado deberá existir un Consejo Escolar, que será un órgano integrado a los menos por el Director del establecimiento que lo presidirá; por el sostenedor o un representante designado por él; un docente elegido por los

profesores del establecimiento; el presidente del centro de padres y apoderados, y el presidente del centro de alumnos en el caso que el establecimiento imparta enseñanza media."

Artículo 8°: El Consejo Escolar tendrá carácter informativo, consultivo y propositivo, salvo que el sostenedor decida darle carácter resolutivo. En todo caso el carácter resolutivo del Consejo Escolar podrá revocarse por parte del sostenedor al inicio de cada año escolar.

El Consejo será informado a lo menos de las siguientes materias:

- a) Los logros de aprendizaje de los alumnos.
- b) Informes de las visitas inspectivas del Ministerio de Educación respecto del cumplimiento de la ley N°18.962 y del decreto con fuerza de ley N°2, de 1998, del Ministerio de Educación.
- c) En los establecimientos municipales, conocer los resultados de los concursos para docentes, profesionales de apoyo, administrativos y directivos.
- d) En los establecimientos municipales, conocer el presupuesto anual de todos los ingresos y todos los gastos del establecimiento.
- e) Conocer cada cuatro meses el informe de ingresos efectivamente percibidos y de gastos efectuados.

El Consejo será consultado a lo menos en los siguientes aspectos:

- a) Proyecto Educativo Institucional.
- b) Programación Anual y actividades extracurriculares.
- c) Las metas del establecimiento y los proyectos de mejoramiento propuestos.
- d) El informe escrito de la gestión educativa del establecimiento que realiza el Director anualmente, antes de ser presentado a la comunidad educativa.
- e) La elaboración y las modificaciones al reglamento interno del establecimiento, sin perjuicio de la aprobación del mismo, si se le hubiese otorgado esa atribución.

El Consejo no podrá intervenir en funciones que sean de competencia de otros organismos del establecimiento educacional."

Los requirentes nuevamente estiman que se agrega un requisito adicional no contemplado en la Constitución, que vulnera el ejercicio pleno del derecho a la libertad de enseñanza. Además argumentan que el Estado debe reconocimiento y amparo a los cuerpos intermedios a los cuales se les asegura su propia autonomía, principio que constituye una de las bases de nuestra institucionalidad, que en el caso en estudio no ocurre en cuanto a los establecimientos educacionales. El Tribunal señala que la obligación de crear este consejo escolar por su naturaleza, funciones y finalidad, resulta razonable y ponderada dentro de este contexto y de las prestaciones reciprocas que origina el sistema de educación subvencionado. En el considerando quincuagésimo sexto, se destaca que dentro de los miembros del consejo escolar se encuentran los padres de los alumnos y los propios educandos, quienes son las personas más interesadas en que el proyecto educativo

funcione en forma eficiente y adecuada, al respecto señala: "Si la libertad de enseñanza comprende también el derecho de los padres de escoger el establecimiento educativo de sus hijos, no parece constitucionalmente reprochable que ellos tengan el derecho a ser informados y a emitir opiniones no necesariamente vinculantes sobre el respectivo establecimiento elegido." Además se señala dentro de las características del consejo escolar, el ser un organismo únicamente informativo, consultivo y propositivo, salvo que el sostenedor decida darle carácter resolutivo.

El tribunal constitucional rechaza el requerimiento de inconstitucionalidad respecto de este artículo por las razones anteriormente señaladas.

5) Artículo 2 N° 2 letra c), que incorpora una nueva letra d) bis al artículo 6 del decreto con fuerza de ley N° 2, de 1998, del Ministerio de Educación, con el objeto de regular los procesos de selección de alumnos en los establecimientos educacionales subvencionados:

"Artículo 2 N°2 letra c): Los procesos de selección de alumnos deberán ser objetivos y transparentes, asegurando el **respeto a la dignidad de los alumnos y alumnas y sus familias**, de conformidad con las garantías establecidas en la Constitución, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención de los Derechos del Niño.

Al momento de la convocatoria, el sostenedor del establecimiento deberá informar sobre lo siguiente:

- a) Número de vacantes ofrecidas;
- b) Criterios generales de selección;
- c) Plazo de postulación;
- d) Requisitos de los postulantes;
- e) Etapas del Proceso;
- f) Monto y condiciones de cobro por participar, y
- g) Proyecto Educativo.

Una vez finalizado el proceso, el colegio publicará en un lugar visible la lista de los seleccionados. Sólo en el caso que se solicite por escrito, el colegio deberá dar al interesado que no haya sido seleccionado, un informe sobre el proceso." **(El énfasis es nuestro)**

Este precepto es declarado inconstitucional por el Tribunal, debido a que entrega a una ley común una materia que debe ser regulada por una ley

orgánica constitucional, por lo tanto vulnera el artículo 19 n° 11 inciso final de la Constitución. Debido a lo anterior no se analiza dicho precepto que apela a la dignidad de los postulantes a un determinado establecimiento y a sus familias, lo cual hubiese sido interesante debido a la armonización que se realiza en la norma respecto a la Convención de los Derechos del Niños y la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

6) Artículo 2, N° 2, letra g), que agrega al artículo 6 del decreto con fuerza de ley N° 2, de 1998, del Ministerio de Educación, nuevos incisos que dicen relación con la aplicación en el tiempo de la JEC. Al respecto, sólo se impugna la norma que dispone "En todo caso, los alumnos atendidos en jornada escolar completa diurna no podrán ser atendidos con posterioridad en un régimen distinto."

e) Artículo 2 Numeral 2 letra g) oración final del Proyecto

"Los establecimientos educacionales que a contar del año 2005 impetren por primera vez la subvención educacional, por todos sus niveles o por un nuevo nivel o modalidad de enseñanza, para tener derecho a ella, deberán funcionar en el régimen de jornada escolar completa diurna por los alumnos correspondientes a los niveles de enseñanza de 3° hasta 8° año de educación general básica y de 1° hasta 4° año de educación media. **En todo caso, los alumnos atendidos en jornada escolar completa diurna no podrán ser atendidos con posterioridad en un régimen distinto. (Énfasis agregado que corresponde a la oración impugnada del proyecto).**

El Tribunal declara que el texto impugnado en nada afecta el derecho de los padres de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos, pues establece la gradualidad de la implementación del régimen de jornada completa en la educación escolar diurna. Además resulta razonable que el alumno que ya se ha incorporado a la jornada escolar completa se le reconozca el derecho a proseguir en él puesto que contribuye al perfeccionamiento y al pleno desarrollo de potencialidades de la persona que está en etapa de desarrollo, así el Estado apoya en el rol educador a los padres y fomenta el desarrollo de la educación en todos sus niveles (artículo 19 n° 10 inciso 2,3 y 6 de la Constitución)

7) Artículo 5 N° 2; que modifica el decreto con fuerza de ley N° 1, de 1996, del Ministerio de Educación, agregando un nuevo artículo 7 bis que se refiere a las atribuciones de los directores de establecimientos educacionales para el cumplimiento de sus funciones. Se objeta en cuanto determina nuevas facultades de dichos directores en el ámbito pedagógico.

Artículo 5 N° 2: “Los Directores de establecimientos educacionales, para dar cumplimiento a las funciones que les asigna el inciso segundo del artículo anterior y para asegurar la calidad del trabajo educativo, contarán en el ámbito pedagógico, como mínimo, con las siguientes atribuciones: formular, hacer seguimiento y evaluar las metas y objetivos del establecimiento, los planes y programas de estudio y las estrategias para su implementación; organizar y orientar las instancias de trabajo técnico-pedagógico y de desarrollo profesional de los docentes del establecimiento, **y adoptar las medidas necesarias para que los padres o apoderados reciban regularmente información sobre el funcionamiento del establecimiento y el progreso de sus hijos.**” (El énfasis es nuestro);

El tribunal desestima la inconstitucionalidad de este precepto, en razón de que no alteran la libertad de enseñanza las atribuciones que se otorgan a los directores, las que tienen un marcado carácter técnico, de nexo comunicacional y fuente de información respecto del funcionamiento del establecimiento y del progreso de los educandos. Cabe destacar que el artículo en estudio se refiere a la información que se otorgará “a los padres o apoderados”, esta última nomenclatura utilizada respecto de quienes son responsables de la educación de sus pupilos, que además de los padres pueden ser otros familiares o aquellas personas que gocen de su cuidado personal, conlleva la idea de una relación familiar que puede no ser la filial, lo cual deriva en la idea de una familia extensa, en la cual a un integrante de ésta el establecimiento deberá informar en su rol de apoderado de los avances y progresos del alumno.

8) Artículo 9 N° 2; que modifica la Ley N° 18.962, Orgánica Constitucional de Enseñanza, agregando un artículo 9 bis. Se impugna en lo que dice relación

con los nuevos requisitos que se establecen respecto de los procesos de selección de alumnos de todos los establecimientos educacionales del país. Cabe señalar que este artículo 9 ha pasado a ser 12 en el texto del Informe sugerido por la Comisión Mixta respectiva.

Artículo 9 N° 2: “Los procesos de selección de alumnos deberán ser objetivos y transparentes, asegurando el respeto a la dignidad de los alumnos, alumnas y sus familias, de conformidad con las garantías establecidas en la Constitución y en los tratados suscritos y ratificados por Chile.

Al momento de la convocatoria, el sostenedor del establecimiento deberá informar:

- a) Número de vacantes ofrecidas en cada nivel;
- b) Criterios generales de selección;
- c) Plazo de postulación y fecha de publicación de los resultados;
- d) Requisitos de los postulantes, antecedentes y documentación a presentar;
- e) Tipos de pruebas a las que serán sometidos los postulantes; y
- f) Monto y condiciones del cobro por participar en el proceso.

Una vez realizada la selección, el establecimiento publicará en un lugar visible la lista de los seleccionados. A quienes no resulten seleccionados o a sus apoderados, cuando lo soliciten, deberá entregárseles un informe con los resultados de sus pruebas firmado por el encargado del proceso de selección del establecimiento.”;

Este artículo fue declarado constitucional por el Tribunal. Lo esencial que trata el texto es el respeto a la dignidad de los alumnos y sus familias en armonía con lo dispuesto en el artículo 1º inciso quinto, en cuanto es deber del Estado dar protección a la familia y propender a su fortalecimiento y al artículo 19 n° 2, respecto de que se asegura a todas las personas la igualdad ante la ley y su inciso segundo en dependencia a que ni la ley ni autoridad alguna podrá establecer diferencias arbitrarias, lo anterior puesto que se establecen nuevos requisitos respecto de los procesos de selección de alumnos en todos los establecimientos educacionales, apuntando a un proceso transparente, igualitario y asequible por todos ya que el monto que se deberá sufragar para postular al proceso de selección no podrá sobrepasar un límite impuesto por el Estado, lo cual tiene por fin velar para que no existan diferencias arbitrarias que no tengan que ver con la capacidad del alumno para ingresar a un determinado establecimiento. Al establecer requisitos mínimos de transparencia e

información en el proceso de selección de los alumnos se resguarda la libertad de enseñanza en lo que dice relación con la elección libre de los padres acerca del establecimiento de enseñanza para sus hijos.

9.3.4-. ROL N° 465-03.006 sobre requerimiento decreto supremo 181 que modifica D.S 177 que reglamenta los requisitos de adquisición y pérdida del reconocimiento oficial del estado a los establecimientos educacionales de enseñanza básica y media.

Los argumentos de los requirentes para solicitar que se declare la inconstitucionalidad del decreto en cuestión son los siguientes :

- Se excede del marco establecido en la LOCE
- Los requisitos que establece este decreto para el reconocimiento de los establecimientos que imparten educación parvularia significan una imposición de "un modelo desequilibrado y discriminatorio respecto del resto de los niveles de educación"
- El sistema que establecen los preceptos impugnados impediría y obstaculizaría el deber del Estado de promover la educación parvularia .

Los artículos de la Constitución Política del Estado que se alega han sido infringidos son: el artículo 7, 19 N°2, 19 N°10,19 N°11, 19 N°21 y 19 N°22. En nuestro análisis tiene preponderancia el artículo 19 N°10 párrafo cuarto que señala :

"Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos"

El asunto de fondo en que radica nuestro estudio de este fallo, consiste en determinar si el Estado tendría una intromisión en el proceso de apertura de

los establecimientos de enseñanza perjudicando de esta forma la libre elección que tienen los padres de escoger el establecimiento educacional de sus hijos, cercenando el abanico de posibilidades que podrían tener los padres para escoger un establecimiento de enseñanza que vaya de acuerdo a los principios y valores que esa familia considera esencial.

El Tribunal Constitucional señala que sólo se analizará aquella parte del requerimiento en la cual se precisa y fundamenta el vicio de constitucionalidad que se le imputa.

9.3.3.1-. Letra e) artículo único decreto supremo 181

El objetivo de la norma impugnada es agregar dos nuevos incisos en el artículo 3 del Decreto Supremo N° 177 el cual en su texto primitivo se refiere al deber de los establecimientos de enseñanza básica y media de ceñirse a planes y programas de estudio.

Entre los artículos constitucionales infringidos se encuentra el artículo 19 N° 11 inciso 4:

"Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos"

La cuestión sometida al Tribunal es si la letra e) del artículo único del Decreto Supremo N°181 ha venido a establecer un requisito adicional para el reconocimiento oficial de los establecimientos de educación parvularia no prevista en la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza.

El texto de la disposición impugnada es el siguiente:

"e) En el artículo 3°, agréganse los siguientes incisos tercero y cuarto:

En el caso de la enseñanza parvularia, el establecimiento educacional deberá tener un proyecto educativo que tenga como referente las Bases Curriculares de la Educación Parvularia. Los establecimientos educacionales que impartan educación parvularia deberán estructurarse de acuerdo a los siguientes niveles:

1° Nivel: Sala Cuna 0 a 2 años de edad.

2° Nivel: Nivel Medio 2 a 4 años de edad.

3° Nivel: Nivel de Transición 4 a 6 años de edad.

Los niveles antes señalados deberán subdividirse respectivamente en:

Sala Cuna

Sala Cuna Menor 0 a 1 año de edad.

Sala Cuna Mayor 1 a 2 años de edad.

Nivel Medio

Nivel Medio Menor 2 a 3 años de edad.

Nivel Medio Mayor 3 a 4 años de edad.

Nivel de Transición

Primer Nivel de Transición 4 a 5 años de edad.

Segundo Nivel de Transición 5 a 6 años de edad.

En el análisis que realiza el Tribunal Constitucional, éste recurre a su jurisprudencia, específicamente a la sentencia recaída en el ROL N° 410 del 14 de junio de 2004, que en su considerando 17 hace referencia a la competencia que la Carta Fundamental fijó a la LOCE establecida en el párrafo final del artículo 19 N° 11: "Análogamente pertinente es analizar la segunda oración de aquel precepto, esto es, que incumbe a la Ley Orgánica citada establecer los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel. Útil es observar, en tal orden de ideas, que la Carta Fundamental orienta y restringe el ejercicio de esa competencia, puesto que ha de ser servida 'del mismo modo' que a propósito de la atribución otorgada en la primera frase de aquel inciso, es decir, dictando normas objetivas y de general aplicación, sin incurrir en discriminaciones o diferencias arbitrarias, prohibidas en el artículo 19 N° 2 de la Constitución"

Se plantea que hay que dilucidar el sentido de la expresión "educación parvularia", para lo cual el Tribunal recurre a una interpretación originalista de la norma constitucional citada – "El Estado promoverá la educación parvularia" - , la cual es introducida en la Carta Fundamental por el artículo único de la ley 19.634. Se dejó constancia que la norma propuesta importa asumir por parte

del Estado la responsabilidad de colaborar activamente en el desarrollo de la educación parvularia en nuestra sociedad.

En el considerando 15° del ROL 410 se establece que queda claro que el constituyente derivado tuvo clara conciencia de que se trata de un nivel educativo que comprende diversas etapas, de lo cual dejaron expresa constancia y omitiendo efectuar en lo fundamental referencias a ellas por estimar que no era propio de la Constitución hacerlo, dejando esta tarea a normas de menor jerarquía la determinación de esta materia técnica.

La LOCE N° 18.962 regula determinados aspectos de la educación parvularia, definiendo este nivel de educación y estableciendo expresamente que éste se desarrolla en diversos niveles. En el artículo 7 se hace referencia que se apoya a la familia en su rol insustituible de primera educadora. Por lo tanto al establecer la Constitución que “El Estado promoverá la educación parvularia” se establece una profunda conexión al artículo 19 N°10 inciso tercero:

“Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho”

En el artículo 23° de la LOCE se señala que el Ministerio de Educación reconocerá oficialmente a los establecimientos educacionales que impartan enseñanza parvularia en cualquiera de sus niveles, a solicitud de los mismos siempre que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 24. El Ministerio de Educación podrá encomendar a la Junta Nacional de Jardines Infantiles la certificación del cumplimiento de dichos requisitos.¹³⁶

¹³⁶ El artículo 24 de la LOCE establece los requisitos para el reconocimiento de establecimientos que impartan enseñanza parvularia : mobiliario, material didáctico necesario de acuerdo con los niveles de atención .

El artículo 28 señala: "Tratándose de establecimientos educacionales que imparten enseñanza parvularia en cualquiera de sus niveles, la pérdida de alguno de los requisitos del artículo 24 y sus reglamentos, se acreditará por un procedimiento administrativo sumario donde deberá ser oído el sostenedor o representante legal.", lo que claramente lo enmarca dentro de un procedimiento reglado y justo.

Se concluye de las disposiciones citadas anteriormente de la LOCE al definir y precisar los aspectos técnicos de la educación parvularia, parten de la base que ésta se desarrolla en distintos niveles, no constituyendo la especificación de ellos un requisito para el reconocimiento oficial de los establecimientos que imparten educación parvularia, sino la precisión de aspectos técnicos de una característica o particularidad propia de la naturaleza misma de este nivel educativo. Así la especificación de los niveles no es un requisito sino que una precisión de aspectos técnicos.

9.3.3.2.- Constitucionalidad letras f y g del artículo único del decreto supremo impugnado.

Este requerimiento se refiere a la idoneidad y calificación del personal que se desempeña en los establecimientos de educación parvularia, por lo que se relaciona con el artículo 24 letra c) de la LOCE, que trata de los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos que impartan enseñanza parvularia; en su letra c) indican que deben contar con el personal idóneo y calificado.

El tribunal se plantea en un primer aspecto determinar si las letras f) y g) del D.S 181 al reglamentar el ejercicio de garantías constitucionales como lo son la libertad de enseñanza y libertad económica se ajustan al principio de

reserva legal, ya que lo que alegan los requirentes apunta a que se agregan nuevos requisitos referidos al personal -calificación e idoneidad- para que el establecimiento pueda obtener la autorización para su funcionamiento por la autoridad respectiva.

Se señala por parte del Tribunal que la intervención de la potestad reglamentaria subordinada de ejecución no está proscrita, su procedimiento exige la concurrencia de ciertas condiciones. Este razonamiento se basa en la sentencia ROL 325 en su considerando 40°, en el cual se refiere a que se deben reunir los requisitos de especificidad y determinación. Una vez cumplidas esas exigencias es posible y lícito que el poder ejecutivo haga uso en los aspectos de su potestad reglamentaria de ejecución, pormenorizando y particularizando en los aspectos instrumentales, la norma para hacer así posible el mandato legal.

De lo expuesto precedentemente queda claro (considerando 29) que no ha sido el reglamento objetado sino la misma LOCE la que ha impuesto, para el reconocimiento oficial de los establecimientos que impartan educación parvularia, la exigencia de que dichos establecimientos cuenten "*con el personal idóneo y calificado*", con lo que se ha respetado el principio de reserva legal como lo exigen los N° 11 y N° 21 del artículo 19 de la Constitución que , respectivamente, amparan la libertad de enseñanza y la libertad económica.

Se analiza a continuación si las normas reglamentarias en cuestión afectan o no las garantías fundamentales invocadas. Se acude a un análisis literal de palabras utilizadas en la ley: Idóneo: "Adecuado y apropiado para una cosa". Calificado: "Persona de autoridad, mérito y respeto, cosa que tiene todos los requisitos necesarios."

Posteriormente se analiza la naturaleza de la educación parvularia:

-Especial: Se recalca que su propósito es favorecer de manera sistemática, oportuna y pertinente aprendizajes relevantes y significativos en los párvulos, apoyando a la familia en su rol insustituible de primera educadora. Es esencial la idea de que se trata de una educación que según establece el artículo 19 N°10 párrafo 4 de la Carta Fundamental: "Debe ser promovida por el Estado" la responsabilidad de colaborar activamente en el desarrollo de la educación parvularia en nuestra sociedad, por lo que no constituye un mero reconocimiento.

Es patente la correspondencia con las finalidades perseguidas por el poder constituyente y el legislador orgánico constitucional que es garantizar que se promueva y exista el mejor nivel de educación parvularia y apoyo a la familia en su rol insustituible de primera educadora .y que debe necesariamente desarrollarse en diversos niveles y subniveles relacionados con las diversas etapas del crecimiento de los niños en esta fase de su vida.

Se concluye que las normas cuestionadas no llegan a afectar las garantías de libertad de enseñanza y libertad económica consagradas en los N°s 11 Y 21 del artículo 19 de la Constitución, ni menos que exista infracción del artículo 19 N°26 , ya que no se imponen condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio.

9.3.3.3.-Constitucionalidad letras i) y r) del decreto supremo 181

Las modificaciones que plantean las letras del decreto impugnado son:

i) El material didáctico será reglamentado por decreto supremo que dicte el Ministerio de Educación.

r) El secretario regional ministerial de educación una vez recibido el informe investigador, en el caso de que éste acuse anomalías, resolverá sobreseyendo o aplicando una sanción de acuerdo a la gravedad de la infracción.

El artículo 24 de la LOCE en su letra d) establece como requisito para el reconocimiento oficial de los establecimientos de educación parvularia el de disponer de mobiliario, equipamiento y material didáctico necesario, de acuerdo a los niveles de atención. Señala además este artículo que dicho requisito será reglamentado mediante decreto supremo del Ministerio de Educación. Esto incide directamente en la letra i) del precepto cuestionado.

Para decidir la constitucionalidad de la letra r) del decreto supremo 181 se examina el artículo 28 de la LOCE.¹³⁷

De lo colegido anteriormente las letras i) y r) del D.S 181 "al limitarse a reproducir disposiciones legales en vigor sin innovar ni incorporar regulaciones adicionales carecen de elementos sustantivos que sirvan de apoyo para fundar alguna causal de inconstitucionalidad."¹³⁸

7.3.3.4.-Constitucionalidad letra k) decreto supremo 181

Mediante esta disposición se agrega un nuevo inciso 1° al artículo 9 del D.S 177 del año 1996, esta última norma señala las menciones que debe contener la resolución del secretario regional ministerial de educación correspondiente, al otorgar el reconocimiento oficial a un establecimiento educacional.

¹³⁷ Artículo 28 : " La pérdida de alguno de los requisitos exigidos en el artículo 24° y sus reglamentos se acreditará mediante un procedimiento administrativo sumario. De la resolución que dicte el secretario regional ministerial de educación podrá apelar ante el subsecretario de educación..."

¹³⁸ Considerando trigésimo noveno del requerimiento ROL 465

"k) En el artículo 9°, agrégase el siguiente inciso primero, pasando a ser incisos segundo y tercero, los actuales primero y segundo:

"El Ministerio de Educación podrá otorgar el reconocimiento oficial del Estado a los establecimientos educacionales que lo hayan solicitado en la forma prevista en el artículo 7°, previo informe favorable de los aspectos técnico pedagógico, de infraestructura y jurídico elaborados por profesionales de la respectiva Secretaría Regional Ministerial de Educación o de la Junta Nacional de Jardines Infantiles, si correspondiere.”;

El tribunal reitera su jurisprudencia en cuanto a la libertad de enseñanza, así se cita el ROL 410, en el cual se analizan los fundamentos constitucionales de la libertad de enseñanza. De este modo, la sentencia recaída en el ROL 410 concluye que el núcleo esencial de la libertad de enseñanza se configura en el hecho de que todos los establecimientos de enseñanza tienen este derecho se encuentren o no reconocidos, subvencionados o no. Este mismo núcleo esencial incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales, facultades en que se condensan los elementos definitorios e inafectables que abarca esta libertad. Se señala además que la libertad de enseñanza no se agota en estos tres factores, sino que quedan comprendidos otros elementos que la integran como es la autonomía de la cual goza el titular para cumplir sus objetivos, obtener el reconocimiento oficial de la docencia que imparte o impetrar la subvención estatal correspondiente. Corolario de todo lo anterior resulta la obtención del reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel que cumplan los requisitos establecidos en la LOCE, el cual es un derecho garantizado por la Constitución del que son titulares todos los establecimientos educacionales.¹³⁹

El tribunal hace notar que la LOCE al cumplir el mandato de la Carta Fundamental al establecer los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel, se preocupa de señalar que la autoridad "reconocerá" a aquellos establecimientos de educación que cumplan con dichos requisitos y soliciten su reconocimiento como se establece en su

¹³⁹ Considerandos cuadragésimo segundo a cuadragésimo quinto.

artículo 23.¹⁴⁰ Al emplear el modo imperativo "reconocerá" la LOCE no hace sino guardar estricta observancia a la Constitución, que asegura respecto de aquellos establecimientos que cumplan con los requisitos legales, el derecho a que les sea otorgado el reconocimiento oficial.

La norma impugnada en cambio, emplea el modo facultativo "podrá" aplicables a educación básica, media y parvularia al señalar que "El MINEDUC podrá otorgar el reconocimiento oficial a los establecimientos educacionales que lo hayan solicitado en la forma prevista en el artículo 7"

La primera cuestión que deberá resolverse es si es o no efectivo que el modo verbal facultativo "podrá" que emplea el reglamento cuestionado subordina a la voluntad o discrecionalidad administrativa, el derecho a obtener el reconocimiento oficial que la Constitución asegura a todo aquél que cumpla con los requisitos legales y así lo solicite. La segunda cuestión a dilucidar es si se agrega o no un nuevo requisito legal para el reconocimiento oficial, que significa contar con un informe favorable de ciertos funcionarios o reparticiones públicas relacionadas con la materia.

El criterio que utilizará el tribunal será el principio sistemático, de buscar la interpretación de las normas que permitan resolver su conformidad a la Constitución dentro de lo posible, declarando la inconstitucionalidad sólo cuando más allá de toda duda razonable sea imposible armonizar la norma con

¹⁴⁰ Artículo 23: "El Ministerio de Educación reconocerá oficialmente a los establecimientos educacionales que impartan enseñanza en los niveles básico y medio, cuando así lo soliciten y cumplan con los siguientes requisitos:..."

El segundo inciso señala:

"Asimismo, dicho Ministerio reconocerá oficialmente a los establecimientos educacionales que impartan enseñanza parvularia en cualquiera de sus niveles, a solicitud de los mismos y siempre que reúnan los requisitos contemplados en el artículo 24 siguiente. El Ministerio de Educación podrá encomendar a la Junta Nacional de Jardines Infantiles la certificación del cumplimiento de dichos requisitos." (énfasis agregado).

la Constitución, lo cual obliga al tribunal a examinar con especial profundidad la norma impugnada y su contexto.

Para hacer efectivo el derecho de los establecimientos educacionales a que les sea otorgado el reconocimiento del Estado, se deben cumplir los requisitos que la ley establece. La LOCE junto con fijar los requisitos, ha encomendado al Ministerio de Educación otorgar el reconocimiento oficial a quienes lo soliciten y cumplan con los requisitos.

Una manera de ilustrar el problema en cuestión es el siguiente: El D.S 177 reglamentó los requisitos de adquisición y pérdida del reconocimiento del Estado a los establecimientos educacionales de enseñanza básica y media, regulando en su artículo 7° la presentación de la solicitud y en su artículo 9° las menciones que deberá llevar la resolución que otorga el reconocimiento.

El D.S 181 - a su vez- en su letra k) introdujo normas reglamentarias aplicables al reconocimiento oficial de los establecimientos de educación parvularia, agregando mediante un nuevo inciso 1° al artículo 9 , que es precisamente la norma rechazada.

Se desprende de lo analizado precedentemente que el procedimiento de obtención del reconocimiento oficial es reglado y se inicia a solicitud del interesado de acuerdo a un procedimiento establecido.

La norma cuestionada cumple las siguientes finalidades:

- 1) Prohibir al secretario regional ministerial de educación otorgar el reconocimiento oficial a establecimientos educacionales que no lo hayan solicitado en conformidad al artículo 7° del reglamento.

2) Prohibirle al secretario regional ministerial de educación otorgar el reconocimiento oficial sin contar previamente con informes favorables de los aspectos técnicos pedagógicos, de infraestructura y jurídico elaborados por profesionales de la respectiva secretaría regional ministerial

3) Permitirle a los establecimientos de educación parvularia que lo hayan solicitado en conformidad al artículo 7°, el otorgamiento del reconocimiento con el sólo informe de la Junta Nacional de Jardines Infantiles.

Para ponderar lo anteriormente razonado es importante analizar dos aspectos:

a) El sentido en que la expresión "podrá" es empleada en la letra k), dado el contexto fáctico y jurídico en que esta disposición está inserta.

El tribunal recurre a una interpretación literal del significado de la voz poder que en su acepción más pertinente es "facultad y jurisdicción que uno tiene para mandar o ejecutar una cosa". Se razona que es lícito concluir, interpretando la norma de buena fe y debido a su contexto, que el funcionario "podrá otorgar" el reconocimiento cuando se cumplan las condiciones que indica; lo que está señalando es que la atribución que dicho funcionario tiene de otorgar dicho reconocimiento, será ejercida en forma legítima únicamente cuando se hayan cumplido los presupuestos allí señalados y no antes o en ausencia de ellos. Entendida de la manera indicada, la expresión "*podrá*" no es sinónimo de discrecionalidad.

b) El segundo aspecto que se analiza es el contenido y finalidades de los informes exigidos por la norma cuestionada, es decir, aquellos que deben emitirse sobre los aspectos técnico-pedagógicos de infraestructura y jurídico; con este propósito se examina la naturaleza de los requisitos que la ley exige para el reconocimiento oficial, clasificables en tres categorías:

- En relación a los proyectos educativos y la idoneidad del personal,
- Lo relativo a edificios, mobiliarios, material didáctico.
- Lo que tiene relación con aspectos legales relativos a los antecedentes del sostenedor, junto con normas de urbanismo y construcción.

Utilizando nuevamente las reglas interpretativas del contexto y buena fe, se concluye que los informes están destinados a examinar separadamente de acuerdo a su especialidad cada una de estas categorías de requisitos y destinados exclusivamente a la constatación del cumplimiento objetivo de ellos y no a consideraciones de mérito o conveniencia. Igual criterio se debe utilizar en relación al informe de la JUNJI pues al tenor de la ley, ésta se debe limitar a "certificar", esto es, asegurar o dar por cierto el cumplimiento de los requisitos legales por parte del solicitante, sin extenderse a otras materias.¹⁴¹

Se concluye entonces que la utilización del modo facultativo "podrá" en la norma impugnada denota únicamente una modalidad restrictiva del ejercicio de la atribución de la secretaría regional ministerial de educación, para otorgar el reconocimiento oficial a los establecimientos educacionales que los obliga a ejercerla afirmativamente únicamente si se cumplen los presupuestos señalados en el reglamento, y por otra que los informes que se establecen deben limitarse exclusivamente a la constatación objetiva del cumplimiento de los requisitos legales, de acuerdo a su especialidad, sin constituir por ello un requisito adicional de reconocimiento oficial.

Entendida la norma cuestionada desde el análisis interpretativo que de ella hace el Tribunal Constitucional se afirma el principio constitucional de igualdad ante la ley establecido en el artículo 19 N°2, ya que al reducir el margen de discrecionalidad e impedir que gocen de este reconocimiento

¹⁴¹ Considerando quincuagésimo quinto.

quienes o cumplan con los requisitos en cuestión o no se ajusten a un mismo y objetivo procedimiento están dificultando que se concedan privilegios injustos o se impongan arbitrariedades.

9.3.5 Rol Nº 0422.10-004 sobre proyecto de ley que modifica el régimen de jornada escolar completa diurna y otros cuerpos legales

Se sometió a control de constitucionalidad, debido a su carácter de norma orgánica constitucional, el artículo 10 del proyecto de ley que modifica el régimen de jornada escolar completa diurna y otros cuerpos legales. En lo que respecta a nuestro estudio, nos interesa el numeral 2 inciso primero de dicho artículo, el cual señala:

Artículo 10: Modifícase la ley Nº 18.962, Orgánica Constitucional de Enseñanza, de la siguiente forma:

2) Agrégase el siguiente artículo 9º bis, nuevo:

“Artículo 9º bis.- Los procesos de selección de alumnos deberán ser objetivos y transparentes, asegurando el respeto a la dignidad de los alumnos, alumnas y sus familias, de conformidad con las garantías establecidas en la Constitución y en los tratados suscritos y ratificados por Chile.

Al momento de la convocatoria, el sostenedor del establecimiento deberá informar:

- a) Número de vacantes ofrecidas en cada nivel;
- b) Criterios generales de selección;
- c) Plazo de postulación y fecha de publicación de los resultados;
- d) Requisitos de los postulantes, antecedentes y documentación a presentar;
- e) Tipos de pruebas a las que serán sometidos los postulantes, y
- f) Monto y condiciones del cobro por participar en el proceso.

Una vez realizada la selección, el establecimiento publicará en un lugar visible la lista de los seleccionados. A quienes no resulten seleccionados o a sus apoderados, cuando lo soliciten, deberá entregárseles un informe con los resultados de sus pruebas firmado por el encargado del proceso de selección del establecimiento.”¹⁴²

¹⁴² El artículo completo señala:

ARTÍCULO 10 - Modifícase la ley Nº 18.962, Orgánica Constitucional de Enseñanza, de la siguiente forma:

1) Incorpórase en el artículo 2º, el siguiente inciso final, nuevo:

“Las infracciones a lo dispuesto en el inciso tercero precedente serán sancionadas con multas de hasta 50 unidades tributarias mensuales, las que podrán doblarse en caso de reincidencia. Las sanciones que se impongan deberán fundarse en el procedimiento establecido en el inciso segundo del artículo 24 de la presente ley.”

El tribunal estima que la norma transcrita se encuentra conforme a la Constitución. Encontramos una directa alusión a la protección a la familia, por parte del Estado, y el respeto por la dignidad de sus integrantes, como lo establece el artículo 1º de la Constitución y los Tratados Internacionales relacionados con la materia¹⁴³, en los cuales no se hace una diferenciación respecto del origen familiar de los postulantes a los establecimientos educacionales, todo lo anterior en directa relación con lo establecido en el artículo 5º inciso segundo de nuestra Carta Fundamental. También hay una explícita declaración en cuanto a la garantía de la igualdad ante la ley, pues se inician una serie de procedimientos para que el proceso de selección de alumnos en los establecimientos educacionales sea transparente e informado, evitando así cualquier tipo de discriminación arbitraria, protegiendo a su vez el derecho de los padres de escoger el establecimiento de educación de sus hijos al transparentar el proceso de selección.¹⁴⁴

2) *Agrégase el siguiente artículo 9º bis, nuevo:*

“Artículo 9º bis.- Los procesos de selección de alumnos deberán ser objetivos y transparentes, asegurando el respeto a la dignidad de los alumnos, alumnas y sus familias, de conformidad con las garantías establecidas en la Constitución y en los tratados suscritos y ratificados por Chile.

Al momento de la convocatoria, el sostenedor del establecimiento deberá informar:

- a) Número de vacantes ofrecidas en cada nivel;*
- b) Criterios generales de selección;*
- c) Plazo de postulación y fecha de publicación de los resultados;*
- d) Requisitos de los postulantes, antecedentes y documentación a presentar;*
- e) Tipos de pruebas a las que serán sometidos los postulantes, y*
- f) Monto y condiciones del cobro por participar en el proceso.*

Una vez realizada la selección, el establecimiento publicará en un lugar visible la lista de los seleccionados. A quienes no resulten seleccionados o a sus apoderados, cuando lo soliciten, deberá entregárseles un informe con los resultados de sus pruebas firmado por el encargado del proceso de selección del establecimiento.”

3) *Sustitúyese, en el inciso primero del artículo 22, la frase “artículo anterior” por “artículos anteriores”.*

4) *Reemplázase, en el inciso segundo del artículo 23, la frase “con el procedimiento descrito en el artículo anterior” por “con los procedimientos descritos en los artículos 21 y 21 bis”.*

5) *Reemplázase, en el inciso final del artículo 24 bis, las palabras “Ministro de Educación” por “Subsecretario de Educación”.*”;

¹⁴³ Artículo 28º Convención de los Derechos del Niño, artículo 13 N°3 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹⁴⁴ La ley que modificó el régimen de jornada escolar completa diurna y otros cuerpos legales, publicada en el Diario Oficial del día 6 de noviembre de 2004, bajo el N°19.979.

9.3.6 Rol 771-07 sobre requerimiento de tres disposiciones del Proyecto de Ley contenido en el Boletín N° 3953-04, que introduce modificaciones al Decreto con Fuerza de Ley N° 2, de 1998, del Ministerio de Educación - que aprueba el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley sobre Subvención del Estado a establecimientos educacionales.

Mediante presentación de fecha trece de abril de dos mil siete, rectificada y complementada por escrito del día once de mayo del mismo año, un grupo de diputados formularon un requerimiento, con el objeto de que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de tres disposiciones del proyecto de ley contenido en el Boletín N° 3953-04, que introduce modificaciones al Decreto con Fuerza de Ley N° 2, de 1998, del Ministerio de Educación -que aprueba el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley sobre subvención del Estado a establecimientos educacionales-, por contravenir los artículos 1º; 7º; 19, numerales 2º, 3º, 10º, 11º y 26º; y 64 de la Constitución Política.

Los artículos impugnados en el requerimiento son los siguientes:

a) Artículo 1º, N° 2, letra c), del proyecto, que agrega los nuevos incisos segundo y sexto al artículo 9º del Decreto con Fuerza de Ley N° 2, de Educación, de 1998:

Inciso segundo: "Para los efectos de esta ley, se entenderá por Necesidades Educativas Especiales de Carácter Transitorio, aquellas no permanentes que requieran los alumnos en algún momento de su vida escolar a consecuencia de un trastorno o discapacidad diagnosticada por un profesional competente, y que necesitan de ayudas y apoyos extraordinarios para acceder o progresar en el currículo por un determinado período de su escolarización. El Reglamento determinará los requisitos, instrumentos o pruebas diagnósticas para establecer los alumnos con necesidades educativas especiales que se beneficiarán de la subvención establecida en el inciso anterior, debiendo primero escuchar a los expertos en las áreas pertinentes. Con todo el Reglamento considerará entre otras discapacidades a los déficit atencionales y a los trastornos específicos del lenguaje y aprendizaje";

Inciso sexto: “En caso de discrepancia, controversia o apelación, serán los profesionales del Ministerio de Educación, en consulta con organismos auxiliares competentes, los que deberán decidir en última instancia”;

b) Artículo 1º, Nº 3, que sustituye el inciso primero del artículo 9º bis, del Decreto con Fuerza de Ley Nº 2, de Educación, de 1998:

“Artículo 9º bis.- Sin perjuicio de lo establecido en las tablas del artículo precedente, los establecimientos que atiendan alumnos con discapacidad visual, auditiva, disfasia severa, trastorno autista, deficiencia mental severa o con multidéficit, que de acuerdo a las necesidades educativas especiales de dichos alumnos deban ser atendidos en cursos de no más de ocho estudiantes, percibirán por ellos un incremento de la subvención establecida en el artículo anterior, en 4,00 Unidad de Subvención Educacional (USE), y en 4,51 Unidad de Subvención Educacional (USE) si se encontraren adscritos al sistema de Jornada Escolar Completa Diurna, el que se pagará conforme a las normas generales establecidas para los montos de subvención señalados en el artículo 9º.

El reglamento determinará los requisitos, instrumentos o pruebas diagnósticas para establecer los alumnos con discapacidades que se beneficiarán de lo dispuesto en el inciso anterior, debiendo primero escuchar a los expertos en las áreas pertinentes”;

Según el requerimiento se habrían vulnerado de la Carta Fundamental los artículos 1º; 7º; 19º numerales 2º, 3º, 10º, 11º y 26º; y 64.

El Tribunal Constitucional desechó en su totalidad el requerimiento argumentando diversas consideraciones, pero en lo que respecta a nuestro estudio, interesa su razonamiento respecto a que las disposiciones impugnadas garantizan la igualdad ante la ley pues otorgan la oportunidad a los niños y adolescentes que poseen necesidades educativas especiales de carácter transitorio de acceder a la educación, fomentando de esta manera su acceso a la vida nacional. De igual manera, el incremento a la subvención por la existencia de ciertas discapacidades de los educandos significa una condición favorable para la libertad de enseñanza.

El análisis que realiza el Tribunal Constitucional, conlleva el razonamiento de que el Estado propende al fortalecimiento de la familia al asumir un rol subsidiario en cuanto al otorgamiento de acceso a la educación de aquellos niños o adolescentes que poseen algún tipo de necesidades educativas

especiales de carácter transitorio, y de esta forma fortalece a la familia como núcleo fundamental de la sociedad al permitir que todos sus integrantes logren el máximo desarrollo de sus potencialidades, igualando las oportunidades de aquéllos que en la realidad poseen una situación más desventajosa.

Es interesante destacar que dentro de las observaciones al requerimiento que plantearon los Ministros de la época, del Interior, señor Belisario Velasco Barahona y de Educación Sra. Yasna Provoste Campillay, adujeron que más que la libertad de enseñanza, las disposiciones del proyecto de ley en comento regulan el derecho a la educación de los menores que no tienen recursos suficientes y que poseen una discapacidad de carácter transitorio, profesionalmente diagnosticada; y que también permite que se creen establecimientos a los que aquéllos puedan acceder y a su vez, establece incentivos para que los mismos individuos sean recibidos en colegios donde se integren con niños sin tal déficit.

9.3.7 Rol Nº 1022 sobre Proyecto de Ley que establece una subvención preferencial para niños y niñas socioeconómicamente vulnerables

Las disposiciones del proyecto de ley sometidas a control constitucional corresponden a la letra b) del artículo 6°, la letra f) del artículo 7°, el inciso tercero del artículo 28 y la letra c) del número 6) del artículo 37:

"Artículo 6° letra b).- Para que los sostenedores de establecimientos educacionales a que se refiere el artículo 4° puedan impetrar el beneficio de la subvención escolar preferencial, deberán cumplir con los siguientes requisitos y obligaciones: [...]

B) Aceptar a los alumnos que postulen entre el primer nivel de transición y sexto básico, de acuerdo a procesos de admisión que en ningún caso podrán considerar el rendimiento escolar pasado o potencial del postulante. Asimismo, en dichos procesos no será requisito la

presentación de antecedentes socioeconómicos de la familia del postulante. Además el establecimiento deberá hacer público en estos procesos su proyecto educativo. [...]

"Artículo 7° letra f).- Para incorporarse al régimen de la subvención escolar preferencial, cada sostenedor deberá suscribir con el Ministerio de Educación un Convenio de Igualdad de Oportunidades y Excelencia Educativa, por el establecimiento educacional correspondiente. Dicho convenio abarcará un período mínimo de cuatro años, que podrá renovarse por períodos iguales.

Mediante este convenio, el sostenedor se obligará a los siguientes compromisos esenciales: [...]

f) Señalar en el convenio el monto de las subvenciones o recursos que por la vía del financiamiento público reciben los sostenedores para los establecimientos educacionales, debiendo actualizar anualmente esta información.

En el caso de los sostenedores municipales, se deberá señalar, además, en el convenio cuál ha sido su aporte promedio en los tres años anteriores a la suscripción del mismo. [...]"¹⁴⁵

Artículo 28 inciso tercero:

"[...] En el caso de no lograrse los objetivos señalados en el inciso primero¹⁴⁶, en el plazo allí indicado, el Ministerio de Educación podrá revocar el reconocimiento oficial. Dicha resolución será dictada por el Secretario Regional Ministerial de Educación y notificada al sostenedor por carta certificada."

Artículo 37 número 6) letra c): Introdúcense las siguientes modificaciones en el decreto con fuerza de ley N°2 de 1998, del Ministerio de Educación:

6) Sustitúyase el inciso primero del artículo 52 por el siguiente:

Las sanciones consistirán en:[...]

c) Revocación del reconocimiento oficial. [...]

El Tribunal Constitucional declaró que las disposiciones sometidas a su consideración estaban en armonía con la Constitución, salvo el artículo 7 letra f, pues este último no trataba una materia que no correspondía a aquéllas que abarca una Ley Orgánica Constitucional, por lo tanto el Tribunal no se pronuncia a su respecto.

¹⁴⁵ Respecto de este artículo, el Tribunal Constitucional no se pronuncia, pues no corresponde a materia de Ley Orgánica Constitucional.

¹⁴⁶ **Inciso primero artículo 28:** "Si concluido el plazo de cuatro años establecido en el N° 1 del artículo 26, el establecimiento educacional en Recuperación alcanza los objetivos de los numerales 1, 2 y 3 de dicho artículo será clasificado automáticamente como Emergente o Autónomo, según corresponda. No obstante, los establecimientos educacionales en recuperación podrán solicitar a contar del segundo semestre del segundo año el cambio a la categoría de emergentes, si sus evaluaciones indican que ha logrado los estándares nacionales correspondientes a dicha categoría, renovándose en ese caso el convenio automáticamente por un nuevo período de cuatro años con las adecuaciones pertinentes a la nueva clasificación. Esta clasificación tendrá efecto a partir del año escolar siguiente.

En lo concerniente al concepto de familia, encontramos en las normas precedentemente transcritas al Estado en un rol de protección a la familia activo debido a que apoya a la familia vulnerable socioeconómica al discriminar positivamente a sus integrantes en edad escolar, puesto que se establece la obligación por parte de los establecimientos educacionales que impetren el beneficio de la subvención escolar preferencial, de aceptar a alumnos de determinados ciclos sin considerar el rendimiento escolar pasado o potencial del postulante, lo cual tiene por consecuencia una protección del Estado al derecho preferente y deber de los padres de educar a sus hijos (Artículo 19 N° 10 inciso 3 de la Constitución) y un fortalecimiento del derecho de los padres de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos. (Artículo 19 N°11 inciso cuarto).

En lo que respecta a la prevención de los ministros Bertelsen, Vodanovic y Correa en la declaración de constitucionalidad del artículo 6 letra b) del proyecto en cuestión, señalan que si bien esta disposición limita la libertad de enseñanza, no la vulnera ya que “existe el legítimo propósito de la ley de integrar mejor en el proceso educativo a los alumnos de familias vulnerables y retenerlos en el mismo, que es lo que justifica la subvención educacional preferencial que se crea”. Frente a este raciocinio, proponemos que más que limitar la libertad de enseñanza, se realiza una ponderación de derechos en el caso de los niños o jóvenes educandos que provienen de una familia vulnerable económicamente, teniendo mayor relevancia el derecho a la educación, que la libertad de enseñanza en este caso en concreto.

9.4.- Cuarto criterio: Protección a la esfera privada de la familia

9.4.1 Rol Nº 389 Sobre Proyecto de Ley que crea la unidad de análisis financiero y modifica el Código Penal en materia de lavado y blanqueo de activos.

Respecto de nuestro estudio, el Tribunal Constitucional resuelve que los preceptos contemplados en los artículos 2º, inciso primero, letra b), y 8º, del proyecto remitido son inconstitucionales y deben eliminarse de su texto.

Artículo 2º, inciso primero, letra b):

“La Unidad de Análisis Financiero sólo tendrá las siguientes atribuciones y funciones, las que podrá desarrollar y ejercer en cualquier lugar del territorio nacional:

“b) Solicitar los antecedentes que estime necesarios, sean informes, documentos o de otra naturaleza, a personas naturales y jurídicas, las cuales estarán obligadas a proporcionarlos en el término que se les fije. El otorgamiento de tales antecedentes será gratuito y libre de toda clase de derechos e impuestos.

En el caso de que los antecedentes estén amparados por el secreto o reserva, corresponderá autorizar esta solicitud al Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago. El Presidente resolverá dentro del plazo de veinticuatro horas, sin audiencia ni intervención de terceros. La resolución que rechace la solicitud será someramente fundada, pudiendo la Unidad de Análisis Financiero apelar de ella. La apelación será conocida en cuenta y sin más trámite, por la sala de cuenta de la Corte de Apelaciones de Santiago, tan pronto se reciban los autos. La solicitud se tramitará en forma secreta y los antecedentes serán devueltos a la Unidad, para su archivo.

La obligación a que se refiere esta letra no regirá respecto de las personas que no están obligadas a declarar por razones de secreto, únicamente en lo que se refiera a éste, en los términos que señala el artículo 303 del Código Procesal Penal.”;

Artículo 8º:

“Sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pudiera corresponderles, las personas naturales y jurídicas señaladas en el inciso primero del artículo 3º que no cumplan con el deber de informar contemplado en ese artículo, o lo hagan contraviniendo lo instruido por la Unidad para tal efecto, y aquellas que infrinjan las obligaciones establecidas en los artículos 4º y 5º de esta ley, serán sancionadas por el Director de la Unidad con alguna de las siguientes sanciones:

a) Amonestación;

b) Multa a beneficio fiscal hasta por el monto de 5.000 unidades de fomento, que podrá aumentar hasta tres veces en caso de reiteración.

Para la determinación del monto de la multa se considerarán, entre otras circunstancias, la gravedad y las consecuencias del hecho u omisión y la capacidad económica del infractor. En el caso de que la infracción haya sido cometida por una persona jurídica, la multa podrá ser impuesta a ella, a sus directores, administradores y a toda persona que haya participado en el

acto u omisión respectivo. Las multas deberán ser pagadas dentro del plazo de diez días, contado desde que se notifique la resolución respectiva.

La persona sancionada podrá deducir recurso de reposición ante la misma autoridad, dentro del plazo de cinco días. En contra de la resolución que deniegue la reposición, podrá reclamar ante la Corte de Apelaciones respectiva dentro del plazo de diez días, contado desde que se le notifique la nueva resolución. La Corte dará traslado por seis días a la Unidad y, evacuado dicho trámite o acusada la respectiva rebeldía, dictará sentencia en el término de treinta días sin ulterior recurso. Estos plazos de días se entenderán de días hábiles. La Unidad de Análisis Financiero comunicará la aplicación de estas sanciones a los organismos que fiscalicen a las entidades infractoras, si los hubiera.”

Se declara por el Tribunal Constitucional, que las siguientes disposiciones del proyecto son inconstitucionales y deben eliminarse de su texto, por inconstitucionalidad derivada (del artículo 2º inciso primero letra b)): la letra g) del inciso primero del artículo 2º ; la letra j) del inciso primero del artículo 2º; la frase del artículo 6º que prescribe: “2º, inciso primero, letra b) y”, y la oración del artículo 7º que dispone: “y la entrega de antecedentes falsos, referidos en la letra b) del inciso primero del artículo 2º de esta ley, o la destrucción u ocultamiento de éstos”.

Dentro de las garantías constitucionales infringidas respecto de los preceptos declarados inconstitucionales, encontramos el artículo 19, N°s. 4º, y 5º, los cuales señalan:

Artículo 19 número 4:

“La Constitución asegura a todas las personas:
El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia”

Artículo 19 número 5:

“La Constitución asegura a todas las personas:
La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley.”

En el considerando vigésimo se señala que la privacidad integra los derechos personalísimos del patrimonio moral de cada individuo, y a su vez el considerando vigésimo primero hace alusión a que la protección de la dignidad

y de los derechos a la privacidad de la vida y de las comunicaciones es la base esencial de la manifestación en la comunidad del individuo a través de los grupos intermedios autónomos, con que se estructura la sociedad, dentro de las cuales encontramos a la familia.

El presente fallo se enmarca dentro de aquéllos que de forma irrestricta protegen la vida privada y la honra de la persona y de su familia, esta última en su calidad de comunidad más próxima por lo cual requiere de la misma protección en su esfera doméstica.

9.4.2 Rol nº 433.01-005 sobre Proyecto de Ley que sustituye la ley nº 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas

La sentencia rol 433.01-005 se refiere al pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto al proyecto de ley que sustituye la ley 19.366 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, en el cual se hace referencia, entre otros aspectos, a las facultades que tiene el Ministerio Público para investigar en la vida privada de personas y comunidades y su relación respecto del consumo de este tipo de sustancia ilegales, impetrando medidas cautelares que tendrían como consecuencias una colisión de derechos, entre los cuales se verían afectados el derecho a la intimidad y privacidad de la persona, y de su familia, así como también respecto de una extensión de este derecho como es la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada.

Para nuestro estudio, tiene interés el análisis que el Tribunal realizó respecto del artículo 27, inciso segundo letra a) del proyecto de ley en estudio:

“Que, el artículo 27, inciso segundo, del proyecto remitido, en su letra a), faculta al Ministerio Público, con la autorización del juez de garantía, otorgada en conformidad con lo que dispone el artículo 236 del Código Procesal Penal, para efectuar las siguientes diligencias **sin comunicación previa al afectado**:

“a) requerir la entrega de antecedentes o copias de documentos sobre cuentas corrientes bancarias, depósitos u otras operaciones sujetas a secreto o reserva, de personas naturales o jurídicas, o de comunidades, que sean objeto de la investigación, debiendo los bancos, otras entidades y personas naturales que estén autorizadas o facultadas para operar en los mercados financieros, de valores y seguros cambiarios, proporcionarlos en el más breve plazo [...]” (El énfasis es nuestro)

Al respecto, el razonamiento de los considerandos vigésimo tercero a vigésimo séptimo, establece que los conceptos de persona, familia, sociedad y Estado atendida su ubicación en nuestra Constitución, demuestra la importancia de ellos. Se centra el análisis en la persona, pues se realiza como principio fundamental del orden constitucional la dignidad del ser humano, lo que consecuentemente se liga a que la persona merece respeto por el sólo hecho de serlo, constituyendo lo anterior el fundamento de todos los derechos que le son inherentes y de las garantías que lo resguardan. Por lo anterior, se razona, los derechos contenidos en los artículos 19 N° 4 y 19 N° 5 son base esencial del desarrollo libre de la personalidad de cada sujeto y por lo tanto le permiten su “manifestación en la comunidad a través de los grupos intermedios autónomos con que se estructura la sociedad” (Considerando 27°)

Armonizando los derechos garantizados en los artículos 19 n° 4 y n° 5, de la Carta Fundamental, en el considerando 27° encontramos un enfoque tácito respecto de la familia, se le dibuja como una extensión inmediata de la esfera privada de la persona y por tanto como proyección de ella digna de resguardo por esa calidad adjetiva.

Lo esencial de la sentencia lo encontramos en el razonamiento del considerando 24 que señala, que si bien es cierto pueden interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley, ello no permite al

legislador dictar normas que impliquen afectar el núcleo esencial del derecho asegurado o despojarlo de la protección que le corresponde. A su vez el considerando trigésimo señala: “Que, del análisis del precepto contenido en el inciso segundo, letra a), del artículo 27, se desprende que se otorga al Ministerio Público una habilitación, sin reservas, para requerir toda clase de antecedentes o copias de los documentos a que alude, sin que se establezca limitación alguna que circunscriba su competencia al ámbito estricto y determinado que podría justificarla.” Dicha habilitación se concede sin trazar en la ley las pautas objetivas y sujetas a control que aseguren que aquel órgano estatal se ha sometido a ellas. Ello queda más en evidencia si se observa que el único requisito que se impone es que se trate de una persona o comunidad que sean “objeto de la investigación”. La amplitud de la norma demuestra, por sí sola, que no cumple con las exigencias constitucionales antes indicadas; por lo cual se declara la inconstitucionalidad de la norma.

Al igual que en otras sentencias, el Tribunal Constitucional al analizar las garantías establecidas en los artículos 19 N° 4 y 19 N° 5 de nuestra Constitución, no se pronuncia directamente respecto a la vulneración que podría sufrir la familia respecto de las disposiciones impugnadas, se proyecta a la familia sólo como la esfera más inmediata de la persona, pero no se establece su carácter de grupo independiente de él que merezca protección.

9.4.3. Rol N° 460.12-005 sobre Proyecto de Ley que establece como obligatoria la declaración jurada patrimonial de bienes a las autoridades que ejercen una función pública

Se analiza el proyecto de ley que establece como obligatoria la declaración jurada patrimonial de bienes a las autoridades que ejercen una

función pública, respecto de los artículos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º y 9º permanentes y 1º e y 2º transitorios del mismo.

Respecto al resguardo de la vida privada, el proyecto de ley introduce los siguientes artículos:

“Artículo 1º: Introdúcense las siguientes modificaciones en la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto, refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2001, del Ministerio

Secretaría General de la Presidencia:

1) Sustitúyese la denominación del Párrafo 3º del Título III, “De la declaración de intereses”, por “De la declaración de intereses y de patrimonio” e incorpóranse los siguientes artículos 60 A, 60 B, 60 C y 60 D, nuevos:

“Artículo 60 A.- Sin perjuicio de la declaración de intereses a que se refiere el Párrafo anterior, las personas señaladas en el artículo 57 deberán hacer una declaración de patrimonio. También deberán hacer esta declaración todos los directores que representen al Estado en las empresas a que se refieren los incisos tercero y quinto del artículo 37 de la ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas.

Artículo 60 B.- La declaración de patrimonio comprenderá también los bienes del cónyuge de las personas a que se refiere el artículo anterior, siempre que estén casados bajo el régimen de sociedad conyugal.

No obstante, si el cónyuge es mujer, no se considerarán los bienes que ésta administre de conformidad a los artículos 150, 166 y 167 del Código Civil.

Artículo 60 C.- La declaración de patrimonio deberá contener la individualización de los siguientes bienes:

a) inmuebles del declarante, indicando las prohibiciones, hipotecas, embargos, litigios, usufructos, fideicomisos y demás gravámenes que les afecten, con mención de las respectivas inscripciones;

b) vehículos motorizados, indicando su inscripción;

c) valores del declarante a que se refiere el inciso primero del artículo 3º de la ley N° 18.045, sea que se transen en Chile o en el extranjero;

d) derechos que le corresponden en comunidades o en sociedades constituidas en Chile o en el extranjero.

La declaración contendrá también una enunciación del pasivo, si es superior a cien unidades tributarias mensuales.

Artículo 60 D.- La declaración de patrimonio será pública y deberá actualizarse cada cuatro años y cada vez que el declarante sea nombrado en un nuevo cargo.

Sin perjuicio de lo anterior, al concluir sus funciones el declarante también deberá actualizarla.

Esta declaración deberá ser presentada, dentro de los treinta días siguientes a la asunción en el cargo o la ocurrencia de algunos de los hechos que obligan a actualizarla, ante el Contralor General de la República o el Contralor Regional respectivo, quien la mantendrá para su consulta.

Artículo 2º: No obstante lo establecido en el inciso primero del artículo 60 A de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, los alcaldes y los concejales presentarán las declaraciones de intereses y de patrimonio establecidas por dicho cuerpo legal ante el Contralor General de la República o el Contralor Regional respectivo, quien las mantendrá para su consulta pública. (El énfasis es nuestro)

Artículo 4º: Introdúcese en el Código Orgánico de Tribunales, a continuación del artículo 323 bis, el siguiente artículo nuevo:

“Artículo 323 bis A.- Asimismo, las personas señaladas en el artículo anterior deberán efectuar una declaración jurada de patrimonio, en los mismos términos de los artículos 60 B, 60 C y 60 D de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, ante el Secretario de la Corte Suprema o de la Corte de Apelaciones respectiva, según sea el caso, quien la mantendrá para su consulta pública. En todo lo demás, la declaración de patrimonio se registrará por lo dispuesto en el artículo anterior [...].”

Artículo 7º.- Sustitúyese la última oración del inciso final del artículo 14 de la ley N° 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile, por la siguiente: “Sin perjuicio de lo señalado en el artículo 90, será aplicable, en este caso, lo dispuesto en los artículos 60 B, 60 C y 60 D y en el inciso segundo del artículo 61 de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, sirviendo como ministro de fe y depositario el Vicepresidente del Banco, quien dará copia a quien lo solicite, a costa del peticionario.”

En el considerando trigésimo se hace referencia a las expresiones “consulta” y “consulta pública” referidas en los artículos impugnados respecto de las declaraciones de patrimonio y a la frase “quien dará copia a quien lo solicite” contemplada en el artículo 7º, las cuales se analizan con sujeción a lo prescrito en el artículo 19 N° 4 de la Constitución, porque allí se asegura, a las personas y a su familia, el respeto y protección de la honra y de la vida privada.

Respecto al acceso de terceros a la información en forma pública y sin restricciones de la declaración patrimonial de personas que integran instituciones públicas, el Tribunal señala que ha de interpretarse las disposiciones impugnadas a la luz de las “finalidades legítimas que la nueva normativa persigue” en concordancia con la interpretación finalista razonable y de principio de constitucionalidad que asume el Tribunal en variada jurisprudencia. En virtud del razonamiento anteriormente expuesto, y sólo

interpretando los preceptos de esta manera, el Tribunal declara constitucionales las disposiciones en estudio.¹⁴⁷

Esta sentencia fue acordada con el voto en contra del Ministro señor Juan Agustín Figueroa, y en su análisis destacamos su razonamiento en cuanto aduce que la discusión radica en que la declaración patrimonial sea de total y libre acceso público y sin restricción alguna, lo que se debe analizar según su concordancia con el artículo 19 número 4 de nuestra Constitución, frente a lo cual hay que hacer una distinción entre las esferas privadas y públicas de las personas, siendo el acceso a la primera resguardada a situaciones muy determinadas y específicas por parte de las autoridades. Además señala que el patrimonio corresponde al ámbito privado de la persona al tener el carácter de atributo de la personalidad, y que se desprende del análisis de normas de la legislación nacional, el principio rector que el penetrar en información reservada se debe mantener como situación excepcional. Reconoce que los funcionarios públicos están sometidos a un examen mayor que el común de las personas, pero que se debe limitar el acceso a información de carácter privado pues de esta manera se evita indagaciones maliciosas que repercutan en un menoscabo a la persona investigada y a su familia.

¹⁴⁷ Se declara en lo resolutivo de la sentencia dictada por el Tribunal:

1. Que los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º y 10 permanentes del proyecto en examen, son constitucionales, sin perjuicio de lo que se señala en la declaración 3ª de esta parte resolutive.
2. Que los artículos 1º y 2º transitorios del proyecto remitido, son constitucionales, sin perjuicio de lo que se indica en la declaración 4ª de esta parte resolutive.
3. Que las referencias a la “**consulta**” y “**consulta pública**” de las declaraciones de patrimonio contenidas en el artículo 60 D de la Ley N° 18.575, incorporado por el número 1) del artículo 1º; artículo 2º; artículo 5º D de la Ley N° 18.918 agregado por el artículo 3º; 323 bis A del Código Orgánico de Tribunales, introducido por el artículo 4º; 14 bis de la Ley N° 17.997, incluido por el artículo 5º; 9º ter de la Ley N° 19.640, agregado por la letra a) del artículo 6º; 9º bis del decreto ley N° 211, de 1973, introducido por el artículo 8º; 6º bis de la Ley N° 18.460, agregado por el artículo 9º; 7º bis de la Ley N° 18.593, incorporado por el artículo 10, y a la frase “**quien dará copia a quien lo solicite**” contemplada en la última oración del artículo 14, inciso final, de la Ley N° 18.840, sustituida por el artículo 7º, todos del proyecto remitido son constitucionales en el entendido de lo señalado en los considerandos trigésimo, trigésimo primero y trigésimo segundo de esta sentencia.

El análisis que efectúa el Tribunal Constitucional está centrado en el resguardo de la vida privada de la persona, y si bien la garantía constitucional invocada extiende este derecho a la familia, no se le señala explícitamente al respecto, pero podemos concluir que los resguardos que se deben tomar son en pro de la familia del individuo en razón de que es la esfera inmediata en la cual la persona despliega su vida doméstica, y por tanto es en la interrelación entre los miembros de ella donde se desenvuelve la mayor parte de la vida privada del ser humano.

9.5 -. Rol 408 análisis sobre proyecto de ley que establece una nueva ley de Matrimonio Civil.

Respecto a este tema de vital interés para nuestro estudio cabe señalar que se sometió a control constitucional la organización, atribuciones de los tribunales y procedimientos aplicables tanto en artículos permanentes como transitorios, lo que fue declarado constitucional por el Tribunal en cuestión. Existió un requerimiento en ROL 357 formulado en principio por 35 diputados para que se declarara inconstitucional el proyecto de ley que sustituye la ley de Matrimonio Civil. Con fecha 30 de julio de dos mil dos se desechó tal requerimiento debido a que 9 de los diputados reclamantes retiraron sus firmas, por lo que dicho requerimiento finalmente apareció suscrito por sólo 26 diputados, número insuficiente como presupuesto para el ejercicio de la presente acción procesal constitucional, por lo que se resuelve que se tiene como no interpuesto el requerimiento .

Estos son todos los antecedentes que se manejan en cuanto a la nueva ley de matrimonio civil ante el Tribunal Constitucional, sin que se haya discutido

el fondo de la cuestión que podría haberse suscitado respecto a la constitucionalidad del proyecto respecto a la indisolubilidad del vínculo matrimonial y su relación con la tesis sostenida por parte de la doctrina en el sentido de que el matrimonio es el fundamento insustituible de la familia, y su naturaleza es del todo indisoluble.

9.6 Tabla 3: Análisis fallos y derechos constitucionales invocados

ROL	ARTICULOS				
	Artículo 1º inciso 4	Artículo 19 Nº2 inciso 2º	Artículo 19 Nº10 Inciso 2º	Artículo 19 Nº 11 Inciso 4º	Artículos 19 Nº4 y 19 Nº5
	“Deber del Estado de dar protección a la familia y propender a su fortalecimiento”	“La igualdad ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrá establecer diferencias arbitrarias.	Derecho a la educación. “Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponde al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho”	“Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos”	“El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia” “La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada”
139 SOBRE EDUCACIÓN PARVULARIA	<i>APLICA</i>	<i>APLICA</i>	<i>APLICA</i>	<i>NO APLICABLE</i>	<i>NO APLICABLE</i>
308 SOBRE ESTUDIANTES EMBARAZADAS	<i>APLICA</i>	<i>APLICA</i>	<i>APLICA</i>	<i>APLICA</i>	<i>NO APLICABLE</i>
349 PROYECTO DE LEY DE NORMAS ADECUATORIAS DEL SISTEMA LEGAL CHILENO A LA REFORMA PROCESAL PENAL	<i>APLICA</i>	<i>NO APLICABLE</i>	<i>NO APLICABLE</i>	<i>NO APLICABLE</i>	<i>NO APLICABLE</i>
698 REQUERIMIENTO FUERO MATERNAL CONT. PLAZO FIJO	<i>NO APLICABLE</i>	<i>NO APLICABLE</i>	<i>NO APLICABLE</i>	<i>NO APLICABLE</i>	<i>NO APLICABLE</i>

Tabla # 3: “Análisis fallos y derechos constitucionales invocados”

ROL	ARTICULOS				
	Artículo 1° inciso 4	Artículo 19 N°2 inciso 2°	Artículo 19 N°10 Inciso 2°	Artículo 19 N° 11 Inciso 4°	Artículos 19 N°4 y 19 N°5
	“Deber del Estado de dar protección a la familia y propender a su fortalecimiento”	“La igualdad ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrá establecer diferencias arbitrarias.	Derecho a la educación. Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponde al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho”	“Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos”	“El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia” “La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada”
329 MODIFICACION LEY SOBRE ABANDONO DE FAMILIA Y PAGO DE PENSIONES ALIMENTICIAS	APLICA	APLICA NO APLICA	NO APLICABLE	NO APLICABLE	NO APLICABLE
663 MODIFICACION LEY SOBRE ABANDONO DE FAMILIA Y PAGO DE PENSIONES ALIMENTICIAS	APLICA	APLICA	NO APLICABLE	NO APLICABLE	NO APLICABLE
409 CHILE SOLIDARIO	APLICA	APLICA	NO APLICABLE	NO APLICABLE	NO APLICABLE
1022 P. LEY SUBVENCIÓN NIÑOS SOCIOECONOM. VULNERABLES	APLICA	APLICA	APLICA	APLICA	NO APLICABLE

Tabla # 3: “Análisis fallos y derechos constitucionales invocados”

ROL	ARTICULOS				
	Artículo 1° inciso 4	Artículo 19 N°2 inciso 2°	Artículo 19 N°10 Inciso 2°	Artículo 19 N° 11 Inciso 4°	Artículos 19 N°4 y 19 N°5
	“Deber del Estado de dar protección a la familia y propender a su fortalecimiento”	“La igualdad ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrá establecer diferencias arbitrarias.	Derecho a la educación. “Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponde al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho”	“Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos”	“El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia” “La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada”
460 P. LEY QUE ESTABLECE COMO OBLIGATORIA DECLARACIÓN JURADA PATRIMONIAL DE BIENES A LAS AUTORIDADES QUE EJERCEN UNA FUNCIÓN PÚBLICA	NO APLICABLE	NO APLICABLE	NO APLICABLE	NO APLICABLE	APLICA
389 P.LEY CREA UNIDAD ANÁLISIS FINANCIERO Y OTRO	NO APLICABLE	NO APLICABLE	NO APLICABLE	NO APLICABLE	APLICA

Tabla # 3: “Análisis fallos y derechos constitucionales invocados”

ROL	ARTICULOS				
	Artículo 1° inciso 4	Artículo 19 N°2 inciso 2°	Artículo 19 N°10 Inciso 2°	Artículo 19 N° 11 Inciso 4°	Artículos 19 N°4 y 19 N°5
	“Deber del Estado de dar protección a la familia y propender a su fortalecimiento”	“La igualdad ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrá establecer diferencias arbitrarias.	Derecho a la educación. “Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponde al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho”	“Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos”	“El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia” “La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada”
433 P. LEY SUSTIT LEY N° 19.366, SANCIONA TRÁFICO ILÍCITO ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS	NO APLICABLE	NO APLICABLE	NO APLICABLE	NO APLICABLE	APLICA
289 SOBRE ADOPCIÓN DE MENORES	APLICA	APLICA	NO APLICABLE	NO APLICABLE	NO APLICABLE
318 DERECHO DE VISITA A LOS HIJOS	APLICA	NO APLICABLE	NO APLICABLE	NO APLICABLE	NO APLICABLE
192 MODIFICACIÓN LEY MALTRATO MENORES	APLICA	APLICA	APLICA	NO APLICABLE	NO APLICABLE
465 REQUERIMIENTO D.S 181 MODIFICA REQUISITOS DEL RECONOCIMIENTO OFICIAL ESTABLECIMIENTOS DE EDUCACIÓN	APLICA	NO APLICABLE	APLICA	APLICA	NO APLICABLE

Tabla # 3: “Análisis fallos y derechos constitucionales invocados”

ROL	ARTICULOS				
	Artículo 1º inciso 4	Artículo 19 Nº2 inciso 2º	Artículo 19 Nº10 Inciso 2º	Artículo 19 Nº 11 Inciso 4º	Artículos 19 Nº4 y 19 Nº5
	“Deber del Estado de dar protección a la familia y propender a su fortalecimiento”	“La igualdad ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrá establecer diferencias arbitrarias.	Derecho a la educación. “Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponde al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho”	“Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos”	“El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia” “La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada”
771 REQUERIMIENTO DE PROYECTO DE LEY QUE INTRODUCE MODIFICACIONES AL DFL Nº 2 DE 1998 DEL M. EDUCACIÓN SOBRE SUBVENCIÓN DEL ESTADO A ESTABLECIMIENTOS EDUCACIONALES.	APLICA	APLICA	APLICA	APLICA	NO APLICABLE
410 REQUERIMIENTO JORNADA DIURNA	APLICA	APLICA	APLICA	APLICA	NO APLICABLE
422 PROYECTO DE LEY MODIFICA JORNADA ESCOLAR	APLICA	APLICA	APLICA	APLICA	NO APLICABLE

Tabla # 3: “Análisis fallos y derechos constitucionales invocados”

ROL	ARTICULOS				
	Artículo 1° inciso 4	Artículo 19 N°2 inciso 2°	Artículo 19 N°10 Inciso 2°	Artículo 19 N° 11 Inciso 4°	Artículos 19 N°4 y 19 N°5
	“Deber del Estado de dar protección a la familia y propender a su fortalecimiento”	“La igualdad ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrá establecer diferencias arbitrarias.	Derecho a la educación. “Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponde al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho”	“Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos”	“El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia” “La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada”
191 VIOLENCIA INTRAFAMILIAR	<i>APLICA</i>	<i>APLICA</i>	<i>NO APLICABLE</i>	<i>NO APLICABLE</i>	<i>NO APLICABLE</i>
ROL 818 REQUERIMIENTO LEY IMPUESTO HERENCIA	<i>NO APLICABLE</i>	<i>NO APLICABLE</i>	<i>NO APLICABLE</i>	<i>NO APLICABLE</i>	<i>NO APLICABLE</i>

9.7 Análisis Jurisprudencia Tribunal Constitucional acerca del concepto de familia

El objetivo de este capítulo fue realizar un análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional relacionadas con la familia durante el período 1990-2008. A diferencia de otras materias en las cuales este Tribunal ha sentado precedentes importantes desarrollando extensos y fundamentados considerandos que enriquecen la discusión nacional en materias específicas constitucionales, cuando se abordan temas de familia no se realizan mayores análisis acerca del tema en comento y es justamente esta omisión la que nos permite interpretar los preceptos analizados. Respecto a leyes de un claro contenido social, se declaran constitucionales normas que contienen el término grupo familiar, una nueva nomenclatura utilizada cuyo sentido comprende un criterio amplio de significación de la familia.

Por otro lado, la mayoría de los fallos analizados del Tribunal Constitucional plasman lo dispuesto en el Artículo 1º inciso 4: “Deber del Estado de dar protección a la familia y propender a su fortalecimiento” sin distinguir el tipo de familia de la cual se trata. Las excepciones se dan en los casos en que sólo se protege la vida privada y honra de la familia y en los requerimientos que fueron rechazados en su totalidad.

Respecto a la igualdad ante la ley observamos que existe una tendencia en los fallos analizados a consagrarla, lo que significa un avance respecto de la consideración de la familia como un grupo inserto en una sociedad democrática, que propende a la igualdad de las relaciones familiares al interior de ella y de sus integrantes en la sociedad misma. En el caso del fallo rol 329 existió una mixtura pues al establecer que el derecho de alimentos sólo corresponde al cónyuge se excluyen convivientes que mantienen una relación estable que han

formado una familia, por otro lado en esta sentencia encontramos en el artículo 2 inciso 3, al señalar que la madre podrá solicitar alimentos para el hijo que está por nacer, un resguardo a la igualdad de los hijos sin importar su origen. Donde se vulnera el derecho de igualdad es respecto al fallo 289 sobre adopción de menores en el cual se hace una diferencia entre el adoptante casado y el soltero y en el Rol 698 sobre requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad acerca del fuero maternal en contrato a plazo fijo.

Por último, en relación al derecho a la educación y a la libertad de enseñanza –dos derechos diferentes pero íntimamente relacionados- se presentó un amplio requerimiento respecto a los requisitos que debían cumplir los establecimientos que impartieran educación parvularia, ya que se alegaba una intromisión del ejecutivo en esa área. Se relaciona en los argumentos esgrimidos por los requirentes fuertemente el tema de la libertad de enseñanza desde el punto de vista de los sostenedores y ejecutores de un proyecto educativo, pero no se aborda desde la óptica de la posición de la familia frente a este tema, basado en el derecho de los padres a escoger el establecimiento de los hijos.

CONCLUSIONES

En esta investigación hemos querido abordar el concepto de familia que trata nuestra Constitución centrándonos en dos ejes: por un lado comprender que, a diferencias de otras ramas y conceptos del derecho, el estudio de la familia está unido a los cambios en los cuales está involucrada una sociedad determinada, y por otro lado, para lograr una interpretación adecuada de este concepto, plantear la necesidad de conocer cual ha sido la evolución constitucional y doctrinal de nuestro país en este sentido, para finalmente analizar los avances legislativos en la materia y conocer el pronunciamiento del Tribunal Constitucional al respecto.

En relación al primer eje, planteamos como primordial tener en consideración la dinámica entre el derecho y los patrones de conducta que afectan a la familia en una sociedad específica, que tiene su paralelo en la relación legalidad-legitimidad que se da en estas dos esferas. El punto anterior nos llevó muchas veces a constatar la gran dicotomía que se da en ellas. Partiendo desde este enfoque, es que quisimos realizar un breve repaso sobre la historia de la sociedad occidental respecto a la familia y el matrimonio y su relación con las leyes, para empaparnos de la relación que se da entre ellos. Se comprobó de esta manera que la sociedad le otorga legitimidad a prácticas familiares no incluidas formalmente en las leyes, para que posteriormente el derecho las legalice en una suerte de reconocimiento formal, otorgando derechos anteriormente negados para estas realidades que existían pero no se reconocían.

Se revisó la historia constitucional del concepto de familia en Chile para constatar si encontramos algún conductor común en ellas. Producto de nuestra investigación podemos concluir que hasta la Constitución de 1925 se dio un tratamiento poco sistemático a la familia en la Carta Fundamental. Digno de destacar en las Constituciones de 1822 y 1828, es el status privilegiado que se otorgaba a quienes contraían matrimonio pues recibían una ciudadanía anticipada. En la Constitución de 1925 encontramos a la educación pública como atención preferente del Estado, por lo que existe una injerencia del Estado respecto a la escolaridad. El Estado asume también un rol activo en cuanto a constituir la propiedad familiar, y trata la inviolabilidad del hogar, vinculando “hogar” con la casa en que reside una persona, al igual que en la actual Constitución. Se reconoce un bienestar y dignidad mínimo a la persona - que se conserva en nuestra actual Constitución- y también a la familia, constituyéndose ésta en un grupo que cuenta con el preferente interés del Estado. Realizando un paralelo con las actuales Constituciones latinoamericanas, observamos un símil en algunos de sus tratamientos respecto a la familia con la senda que comenzaba la Constitución de 1925, en comparación con la actual Constitución, en la cual la injerencia del Estado en materias de educación y políticas sociales de resguardo a la familia establecidas expresamente en la Carta Fundamental son mínimas, no así su consagración en las leyes, aunque de forma dispersa.

El segundo eje que sostuvo nuestro estudio se centró en los fallos del tribunal constitucional desde el año 1990 en adelante, que se encontraren relacionados con el concepto de familia. A diferencia de otros temas constitucionales en los cuales el tribunal citado ahonda y crea una robusta jurisprudencia, en materia de familia, específicamente su concepto, directamente no se pronuncia sobre su significado, lo que no deja de ser sorprendente debido a que la familia ha sido el fundamento de proyectos de ley

actualmente en el congreso o de leyes actualmente vigentes, estas últimas con una clara tendencia a reconocer a la familia en su concepción amplia.

En los fallos estudiados del Tribunal Constitucional, encontramos cuatro grandes criterios diferenciadores: el primero en el cual agrupamos las sentencias según si se consideraba a la familia como matrimonial, familia en un sentido amplio o simplemente no se encontraba un criterio definible, de lo cual colegimos que no existe un criterio que predomine mayoritariamente sobre el otro. El segundo criterio, al que llamamos “grupo familiar” se refería a proyectos de ley que al pronunciarse sobre la familia ocupaban la terminología “grupo familiar”; coincidentemente en todos ellos, se trataban materias sociales y de promoción a los sectores más postergados de nuestra sociedad. La acepción “grupo familiar” en estos proyectos denotaba a familias cuya base principal no era el matrimonio dando a entender, a nuestro juicio, una idea algo ambigua de un grupo parecido a la familia, pero que no es una familia tradicional, o sea aquella basada en el matrimonio. Comparamos esta interpretación con la que se realiza en otras ramas de las ciencias sociales en las cuales “grupo familiar” va ligado al concepto de hogar refiriéndose a la familia que habita en él para hacer la distinción de grupos no familiares. Por lo tanto encontramos en estos fallos una aceptación tácita de la existencia y protección de familias no basadas en el matrimonio, pero encubriéndose esta protección en la nomenclatura “grupo familiar”. El tercer criterio rector lo denominamos “familia y educación”, pues fue en esta relación con sus consecuentes derechos y deberes la más abordada por el tribunal, pero en especial respecto a la colisión de derechos de los sostenedores y ejecutores de un proyecto educativo y del derecho a la educación plasmado en el derecho de los padres de escoger el establecimiento de educación para sus hijos, lo cual relacionamos con un enfoque jurídico que aborda primordialmente el aspecto económico, dejándose de lado una visión de la familia como sujeto activo de derechos, lo cual es interesante, pues en un

punto en que la doctrina es clara y uniforme es en reconocer el carácter de grupo fundamental de la sociedad a la familia, lo cual iría aparejado de derechos y obligaciones de ésta. Por último, el cuarto criterio trata de la protección a la intimidad familiar, en el cual encontramos una protección a la familia pero sólo como grupo adyacente a sus integrantes.

Finalmente los proyectos de ley actualmente en el congreso relacionados con el tema en estudio, han recogido algunas de las inquietudes planteadas en esta investigación, plasmando fundamentalmente el principio de igualdad en cuanto a los integrantes de la familia dentro y fuera de ella, lo cual hace armónico el concepto de familia dentro del contexto constitucional. Respecto de las leyes vigentes que contienen un concepto de familia, encontramos en la mayoría de ellas dos tendencias: la protección de la familia por parte del Estado y la concreción de propender a su fortalecimiento, junto con la igualdad en las relaciones familiares, garantías que están vinculadas estrechamente a un concepto amplio de familia, existiendo incluso en algunas normativas el reconocimiento expreso del conviviente como integrante de la familia.

A modo de análisis actual y proyecciones futuras acerca del concepto de familia constitucional, creemos que es importante ir sistematizando los criterios que incipientemente hemos querido plantear y confrontar éstos y otros a la luz de una interpretación sistemática y social de un concepto que, en una discusión actualmente restringida y centrada en la familia matrimonial, podemos abordar desde las distintas causas generadoras de la familia, lo cual nos conduce a observar que ésta es un grupo dinámico y que se puede desarrollar de diversas formas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA Y CONSULTADA

REVISTAS Y ARTÍCULOS

1. BAEZA CONCHA, Gloria. El Interés Superior del Niño: Derecho de Rango Constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia. Revista Chilena de Derecho. 28 (2): 355-362, 2001.
2. BRITO, Mario. El cuidado de la familia por el Estado y la procuración del Bien Común en nuestros países. Revista de Derecho Público. (57-58):165 - 175, 1995.
3. BULNES ALDUNATE, Luz. Principios y valores constitucionales, la dignidad de la persona frente a la jurisprudencia. Revista Actualidad Jurídica. Universidad del Desarrollo. (10):117-130, 2004.
4. CARRASCO DELGADO, Sergio. El divorcio ¿Inconstitucional? Revista de Derecho Público, (53-54): 151-153, 1993.
5. CORRAL, TALCIANI, Hernán. Concepto y reconocimiento legal de la "familia de hecho". Revista Chilena de Derecho, 17 (s/n): 35-85, 1990.
6. CORREA TALCIANI, Hernán ¿Justa igualdad o igualitarismo destructor? Revista de Derecho Público. (55-56): 215-219, 1994.
7. CORRAL TALCIANI, Hernán. Familia sin matrimonio: ¿Modelo alternativo o contradicción excluyente? Revista Chilena de Derecho. 21, (2): 245-257, mayo-agosto 1994.
8. CORRAL TALCIANI, Hernán. Claves para entender el derecho de familia. Revista Universitaria. (69):37-43. 2000.
9. CRUZ-COKE OSSA, Carlos. Bases de la Institucionalidad Chilena. Revista Actualidad Jurídica, (49): 211-221, 2001.
10. CUMPLIDO CERECEDA Francisco. Los valores en la Constitución Política de la República de 1980 y su eficacia jurídica. Revista de Derecho Público. (57-58): 131 -145, 1995.
11. D'AGOSTINO, Francesco. Derechos de la familia y del menor: unión homosexual. Revista Humanitas. (37):148-149, verano 2005.

12. ERRÁZURIZ, Cristina. Sobre la protección internacional de la familia. Revista Chilena de Derecho. 21 (2):365-370, 1994.
13. FIGUEROA, Rodolfo. De porqué no debemos prestar tanta atención al argumento genético en la interpretación constitucional. Revista de Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso. (45) :587-603, 2000
14. GÓMEZ BARBOZA, Paulina. La nueva historia de la mujer y su importancia metodológica para la visibilización del género femenino en la historia de lo público y lo político. Revista de Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso. (44):143-197, 1999.
15. MADRID RAMÍREZ, Raúl. ¿Es el concepto jurídico de familia un principio general del derecho? Revista Chilena de Derecho. 21 (2): 245-257, mayo-ago. 1994.
16. NAVARRO BELTRÁN, Enrique. Un caso de tuición a la luz de otro derecho constitucional. Comentario recurso de queja “López contra Atala”. Sentencia pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema, de 31 de mayo de 2004. Revista de Derecho Público. 66 (s/n): 427-428, 2005.
17. PRECHT PIZARRO, Jorge. Constitución y divorcio vincular. Revista de Derecho Público. (53-54):147-150, 1993.
18. QUINTANA, BENAVIDES, Augusto. El Estado como sujeto de deberes jurídico-constitucionales. Revista de Derecho Público. (57-58):87-96, ene-dic 1995.
19. RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. Matrimonio y divorcio vincular. Revista Actualidad Jurídica. Universidad del Desarrollo. (9): 11-30, enero 2004.
20. RODRÍGUEZ PINTO, María Sara. Familia y legislación: Entre protección y socavamiento. Revista Chilena de Derecho. 25 (3):591-603, jul.-sept. 1998.
21. RODRÍGUEZ PINTO, María Sara. El principio de igualdad entre hombres y mujeres. Revista de Derecho Público. (62):206 – 232, 2000.
22. ROSENDE ALVAREZ, Hugo. Persona, familia y sociedad. Revista Actualidad Jurídica. Universidad del Desarrollo. (1):133-160, 2000.
23. RUIZ-TAGLE VIAL Pablo. El mismo caso de tuición a la luz de otro derecho constitucional. Comentario recurso de queja “López contra Atala”. Sentencia pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema, de 31 de mayo de 2004. Revista de Derecho Público. 66 (s/n): 429-432, 2005.

24. SAMITH VEGA, Gina. El divorcio en el pueblo romano y su influencia cristiana. Revista Actualidad Jurídica. Universidad del Desarrollo. (9): 71-109, 2004.
25. SILVA MAC IVER, Jaime. El derecho a procrear en el ordenamiento constitucional chileno. Revista Chilena de Derecho. 21 (2): 283-306, mayo-ago. 1994.
26. SOTO KLOSS, Eduardo. La familia en la Constitución Política. Revista Chilena de Derecho. 21 (2): 217-225, mayo-ago.1994.
27. TURNER SAELZER Susan. Jurisprudencia Comentada. Sentencia sobre determinación de la titularidad del cuidado personal de los hijos menores (Corte de Apelaciones de Santiago). Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile. XVII (s/n): 273-278, diciembre 2004.
28. UGARTE GODOY, José. El matrimonio es por su naturaleza indisoluble. Revista Actualidad Jurídica. Universidad del Desarrollo. 9 (s/n): 37-63, 2004.
29. UNDURRAGA VALDÉS Verónica. Interés Superior del Niño/a y Tuición de la Madre o Padre Homosexual. Revista Unicef de Derechos del Niño. Programa de Derechos del Niño del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales y Fondo de Naciones Unidas para la Infancia, oficina Chile. (3-4):317-342, 2006.
30. UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO. La Constitución Política de la República de 1980 a 20 años de su vigencia. Bases de la institucionalidad chilena. Revista Actualidad Jurídica. Universidad del Desarrollo. (4): 211-221, 2001.
31. VARELA, VALENZUELA, Hernán. Consideraciones sobre la familia y el problema de la minoridad . Trabajo presentado en Cuartas Jornadas Chilenas de Derecho Natural. Revista Chilena de Derecho. 7(1-6): 400-439, ene-dic 1980.

LIBROS Y MONOGRAFÍAS

1. BARRIENTOS GRANDON, Javier y NOVALES ALCAZAR Aranzazu. Nuevo derecho matrimonial chileno. Santiago. Chile. Editorial Lexis Nexis, 2004. 472 p.
2. BIDART CAMPOS, Germán. Las transformaciones constitucionales en la postmodernidad. Sociedad Anónima Editora, 2001.
3. CEA EGAÑA, José. Curso de Derecho Constitucional. Apuntes. Pontificia Universidad Católica de Chile, 2000.
4. DIEZ, Sergio. Personas y valores. Su protección constitucional. Santiago. Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1998
5. EVANS DE LA CUADRA, Enrique. Los derechos constitucionales. Santiago. Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1999. Tomo I.
6. ESPADA MALLORQUÍN Susana. Los derechos sucesorios de las parejas de hecho. Editorial Thompson Civitas. Madrid. España, 2007, pp 569.
7. FIBLA, Carla. Debate sobre el divorcio. Santiago. Chile. Editorial Planeta, 2001, pp 254.
8. FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo. Persona, Pareja y Familia. Santiago. Chile. Editorial Jurídica. 1995.
9. GLENDON Mary Ann.. En su: *The transformations of the family law* , capítulos 1 y 7. The University of Chicago Press, 1989. Traducción Centro Estudios Públicos bajo el título "Derecho y Familia".
10. IGLESIA CATÓLICA. CONSILIUM DE FAMILIA. Familia, matrimonio y uniones de hecho. Madrid. Palabra, 2000.
11. LÓPEZ DÍAZ, Carlos. Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia. Santiago. Chile. Editorial Librotecnia, 2005. Tomos I y II.
12. MATTA AYLWIN, Manuel. La problemática del divorcio y en especial su tipología. Tesis (Licenciado en Ciencias jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de derecho, 2003, 220 h.

13. MONTT RIVADENEIRA, Elena. La familia y el derecho público chileno. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales) Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1963. 75 h
14. MUÑOZ, Mónica y OTRO “La realidad de la familia en Chile hoy: Principales cambios y tendencias . Perspectiva Sociológica”. En: Diplomado Familia, Realidad y Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile. 2005
15. RAMOS PAZOS, René. Manual de derecho de familia. 5a ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, 2005
16. ROYER FAÚNDEZ, Daniela. El concepto de familia según el artículo primero de la Constitución de 1980. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales) Viña del Mar, Chile. Universidad Adolfo Ibáñez, 1999. 156 h.
17. ROZAS HURTADO, Luis. Manual práctico de derecho de familia. Santiago, Chile, 1993 ,442 ppTesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales)-- Pontificia Universidad Católica de Chile, 1993.
18. SCHMIDT HOTT, Claudia y VELOSO VALENZUELA, Paulina. La filiación en el nuevo derecho de familia. Santiago, Chile. Editorial ConoSur, 2001, 454 pp.
19. SCHMIDT HOTT, CLAUDIA y VELOSO VALENZUELA, Paulina. Instituciones de derecho de familia .Santiago, Chile . Editorial Lexis Nexis, 2004, 288 pp.
20. SCHUDECK DÍAZ, Astrid. El interés superior del Niño. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago. Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2003.
21. SEMINARIO Sobre matrimonio y familia. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, Chile, 1996.
22. SEPÚLVEDA LARROUCAU, Marco. Derecho de familia y su evolución en el Código Civil. Santiago, Chile. Editorial Metropolitana, 2000.175 p.p.
23. SERVICIO NACIONAL DE LA MUJER Y OTRO. Responsabilidades familiares: un compromiso de toda la sociedad: Convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT y recomendación 165 : sobre igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras : trabajadores con responsabilidades familiares .Santiago, Chile.
24. SILVA BASCUÑAN, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional.

Santiago. Chile. Editorial Jurídica. 2000.

25. VÁSQUEZ DÍAZ, Maritza. Derecho que tienen los hijos a la estabilidad familiar. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales) Santiago, Chile. Pontificia Universidad Católica de Chile. Facultad de Derecho. 1998, 200 h.

25. VERDUGO, MARIO y OTROS. Derecho Constitucional. Tomo I. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1999.

26. ZAPATA LARRAÍN, Patricio. La jurisprudencia del tribunal constitucional. Santiago. Chile. Biblioteca Americana. Universidad Andrés Bello, 2002.

27. ZILIANI, María Eugenia. La noción de familia en la mente infantil: un estudio evolutivo en dos contextos familiares” Tesis (Doctor en Psicología). Madrid. España. Universidad Autónoma de Madrid, 1998 284 h.

REFERENCIA ELECTRÓNICA

1. BIBLIOTECA CONGRESO NACIONAL. Proyectos de ley relacionados con la convivencia en pareja.

En<http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2006-11-29.9047758692/area_2.2006-12-19.4099008391>

2. CONSTITUCIÓN ARGENTINA:

En:<<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php>>

Fuente: Senado argentino

3. CONSTITUCIÓN BRASIL:

En:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>

Fuente: Presidencia de la República de Brasil

4. CONSTITUCIÓN COLOMBIA:

En: <<http://www.cna.gov.co/cont/documentos/legislacion/constitucion.pdf>>

Fuente: Consejo nacional de acreditación de la República de Colombia

5. CONSTITUCIÓN ECUADOR:

En:<<http://www.congreso.gov.ec/AporteAsamblea/ProyectoNuevaConstitucionAsamblea.pdf>>

Fuente: Congreso Nacional de la República de Ecuador

6. CONSTITUCIÓN MÉXICO:

En: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>>
Fuente: Cámara de diputados del Honorable Congreso de la Unión de los Estados Unidos de México

7. CONSTITUCIÓN PARAGUAY:

En: <http://www.diputados.gov.py/constitucion/constitucion_espanol1992.pdf>
Fuente: honorable cámara de diputados de la República del Paraguay

8. CONSTITUCIÓN PERÚ:

En: <<http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>>
Fuente: Tribunal Constitucional del Perú

9. CONSTITUCIÓN URUGUAY:

En <http://www.parlamento.gub.uy/constituciones/const004.htm>
Fuente: Parlamento del Uruguay

10. MUÑOZ LEÓN, Fernando. La interpretación originalista de nuestra Constitución: ¿Es posible y deseable?

En: <www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/fernando%20leon%20mu%20la%20interpreta>

11. SERNAM, INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS Mujeres chilenas: Tendencias en la última década (censos 1992-2002). Realizada por la consultora Rosa Bravo Rojas .Primera parte: Hogares y familias. 2004. En: <<http://www.sernam.cl/estudios/abstracts/MujChilenas1.pdf>>

12. SILVA BASCUÑAN, Alejandro y OTRO. En Artículos de doctrina derechos humanos en la constitución de 1925. Revista Ius et Praxis v.9 n.1 Talca 2003.

En: <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071800122003000100013&script=sci_arttext>

13. UNIVERSIDAD DE CHILE. En: Fuentes documentales y bibliográficas para el estudio de la Historia de Chile. Colecciones documentales en texto completo, documentos, textos constitucionales chilenos, reformas a la Constitución de 1833.

En: <http://www.historia.uchile.cl/CDA/fh_article/0,1389,SCID%253D10742%2526ISID%253D417%2526PRT%253D10717%2526JNID%253D12,00.html>

14. VELOSO VALENZUELA, Paulina. Igualdad y relaciones familiares.

En: <islandia.law.yale.edu/sela/veloss.pdf>

