

## TENDENCIAS CONSTITUCIONALES RELATIVAS A LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA

Susan Turner Saelzer\*

### INTRODUCCIÓN

Una de las fórmulas más difundidas de la CPR es aquella de que "la familia es el núcleo fundamental de la sociedad"<sup>1</sup>. Se la invoca tanto en cartas pastorales de la Iglesia Católica para defender la institución matrimonial, en seminarios académicos relativos al género esgrimida como la explicitación normativa que perpetúa el modelo conservador de fijación de roles a la mujer, y desde luego, en los matinales de la televisión, como reforzamiento emocional para la mujer dueña de casa que en ese momento la sintoniza. Pero qué implica realmente que la familia sea a la sociedad como el núcleo a la materia, es una cuestión más difícil de concretar.

Una idea, eso sí, está clara: la fórmula constitucional refleja que la familia ocupa un lugar especial en la organización social y, por lo tanto, que debiera ser objeto de una atención, también especial, por parte del Estado.

Este trabajo tiene por objeto ubicar la Constitución Política de la República (CPR) de 1980 dentro de las tendencias comparadas sobre protección constitucional de la familia, nombrando algunas de estas tendencias y desarrollando únicamente aquella de la no asimilación de los conceptos de familia y matrimonio, como si fuesen una unidad inseparable. La caracterización de nuestra constitución en relación con dichas tendencias me permitirá aventurar algunas ideas acerca de

---

\* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctora en Derecho, Universidad de Göttingen, Alemania. Profesora de Derecho Civil, Universidad Austral de Chile.

<sup>1</sup> El art. 16 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* ya había consagrado antes que: "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado".

las ventajas y desventajas que ella acarrea para la evolución futura del derecho de familia nacional.

En su primera parte, el trabajo contiene un breve marco teórico sobre el denominado derecho constitucional de la familia, para continuar, en la segunda parte, con el estudio comparado de constituciones latinoamericanas y europeas en cuanto a las clases de familia que la constitución ampara. En el tercer apartado, y a modo de conclusión, abordará la situación de nuestra CPR.

## I. DERECHO DE FAMILIA Y CONSTITUCIÓN

### I. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

El fenómeno de la constitucionalización del derecho privado y, particularmente, del derecho de familia, entendido como la renovación de éste a través de la utilización de la Constitución y de los medios técnicos que ella proporciona, generando que el derecho constitucional tienda a abarcar los fundamentos del derecho de familia<sup>2</sup>, ha obligado a los privatistas a compartir su atención, habitualmente concentrada en la herramienta normativa legal, con aquella recaída en la norma fundamental y jerárquicamente dominante de la Constitución. El fenómeno ha derivado en una fijación cuasipatológica del derecho civil hacia el derecho constitucional, en el sentido de pretender encontrar en este último un anclaje para las diversas instituciones del derecho civil, llevando el efecto de irradiación de los derechos fundamentales mucho más allá de lo que el propio derecho constitucional pretende<sup>3</sup>. Así, se aprecian algunos ejemplos en que existe una verdadera apropiación por parte del legislador de la nomenclatura propia del texto constitucional y, por esta vía, de la función simbólico-declarativa superior de éste, como ocurre con la consagración legal, en calidad de derecho esencial, de la facultad de contraer matrimonio, según el art. 2º inciso 1º de la Ley de Matrimonio Civil<sup>4</sup>. Si la tal consustitucionalización del derecho de familia existe, entonces cabe preguntarse a qué familia se refiere<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R., "Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil Chileno", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XCIII, N° 3, Santiago, Editorial Jurídica, 1996, p. 109.

<sup>3</sup> Era previsible que sólo desde el propio derecho constitucional pudiese diagnosticarse tan certeramente la enfermedad. ALDUNATE LIZANA, E., "El derecho esencial a contraer matrimonio", en VIDAL OLIVARES, A. (coord.), *El nuevo derecho chileno del matrimonio (Ley N° 19.947 de 2004)*, Editorial Jurídica, Santiago, 2006, p. 43.

<sup>4</sup> ALDUNATE (n. 3), p. 40.

<sup>5</sup> TAPIA RODRÍGUEZ, M., *Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas*, Editorial Jurídica, Santiago, 2005, p. 106.

## 2. EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA

Existe una clara tendencia en el derecho constitucional comparado consistente en la consagración de una protección expresa en el propio texto constitucional para la familia. En este sentido, se han propuesto tres maneras de entender la expresión "derecho constitucional de la familia"<sup>6</sup>:

a) Se trataría, por una parte, de un fenómeno circunscrito en la denominada "constitucionalización del Derecho Civil".

b) Aludiría, también, al conjunto de normas de un cierto valor jerárquico en el sistema jurídico aplicable a un objeto específico, en este caso, a la familia. Dichas normas pueden estar consagradas en la propia Constitución o en textos estrechamente vinculados con ella, complementando al derecho civil de familia. En este plano, el derecho constitucional de familia apunta a las políticas de familia en un sentido amplio, respondiendo a las interrogantes sobre el lugar que ella debe ocupar y su relación con el Estado.

c) Se referiría, por último, también a la aplicación del derecho constitucional a un objeto social que, como tal, no es un objeto jurídico específico de una rama determinada ni un objeto susceptible de ser definido completamente por el derecho. En cuanto a lo primero, la regulación jurídica de la familia no es privativa del Código Civil, pues éste aborda sólo algunas de las cuestiones jurídicas asociadas a la familia. En cuanto a lo segundo, si bien la regulación civil proporciona elementos que configuran el estatuto de las familias y de las relaciones familiares, no agota ni dicho estatuto ni mucho menos determina, desde un punto de vista sociológico, lo que es una familia o lo que ella hace. En este sentido, tanto el derecho civil como el derecho constitucional de la familia no serían otra cosa que cuadros interpretativos dirigidos a los órganos de aplicación del derecho.

Estas aproximaciones al concepto, que pueden entenderse complementarias entre sí, conllevan a un desplazamiento de la familia desde la esfera privada a la pública. Este movimiento ha implicado, por un lado, la aplicación a la familia, es decir, al ámbito de lo privado, de ciertos criterios de racionalidad pública. Por otro lado, ha significado, además, el rescate por parte del derecho constitucional, de la diversificación operada en cuanto a los modelos sociales de familia y a la reformulación de los roles de los sujetos que forman parte de esas familias. Este rescate se hace a través de prismas e instrumentos de inspiración individualista, particularmente, a través de la noción de derechos fundamentales, produciendo

<sup>6</sup> MILLARD, E., "Le droit constitutionnel de la famille", en *Code Civil et constitution*, Economica, Paris, 2005, pp. 65-81.

un nuevo hito en el tratamiento jurídico de la familia basado en la convergencia entre lo social-colectivo y lo individual. A partir de este hito se puede preciar una evolución de la regulación jurídica de la familia marcada por ciertas tendencias.

## II. TENDENCIAS EN EL TRATAMIENTO DE LA FAMILIA EN EL DERECHO COMPARADO<sup>7</sup>

### 1. TENDENCIAS APRECIABLES EN EL PLANO FORMAL Y MATERIAL

Del análisis de los ordenamientos jurídicos de familia, es posible constatar la existencia de ciertas tendencias cuyo punto de partida o "anclaje", para utilizar los términos de Aldunate<sup>8</sup>, están plasmados en el texto constitucional. Dichas tendencias pueden manifestarse en el plano formal o material<sup>9</sup>.

Dentro de la caracterización más bien formal, se aprecia el desarrollo de una técnica constitucional de tratamiento de la familia que tiende a una regulación de esta institución de una manera más o menos exhaustiva. A las Constituciones que contienen un desarrollo detallado del estatuto constitucional de la familia, en muchos casos, por la vía de capítulos o secciones dedicadas en exclusiva a esta institución, puede denominarseles "maximalistas", para distinguirlas de aquellas que contienen una regulación más bien básica o medular, a las que denominaremos "minimalistas".

Por otra parte, y siempre desde un punto de vista formal, la regulación constitucional de la familia, puede hacerse desde una perspectiva colectivista, esto es, bajo epígrafes relacionados con derechos sociales, económicos, culturales etc., por oposición a una regulación en el marco de derechos calificados como "individuales" que, por tanto, se avienen en más bien con una visión individualista. La mezcla de ambas visiones, da origen a aproximaciones mixtas. Evidentemente, la opción en materia de sistematización refleja la orientación ideológica del texto constitucional.

En el plano material o sustantivo, es posible distinguir ciertas tendencias de contornos bien definidos:

<sup>7</sup> La información que sirve de base a esta parte del trabajo proviene de una investigación inédita realizada para el SERNAM, conjuntamente por la suscrita con los profesores Dra. Yanira Zúñiga Añazco y Pablo Marshall Barberán, a quienes agradezco su asenso para servirme de ella.

<sup>8</sup> ALDUNATE (n. 3), p. 43.

<sup>9</sup> Un estudio de derecho de familia basado en la revisión de textos constitucionales, europeos y latinoamericanos, puede encontrarse en CORRAL TALCIANI, H., "Familia sin matrimonio, ¿modelo alternativo o contradicción excluyente?", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 21, N° 2, Santiago, Ediciones de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 1994, pp. 259-272.

a) La desvinculación entre familia y matrimonio. Esta tendencia se expresa tanto en la equiparación de la filiación matrimonial con la filiación extramatrimonial, como a través del reconocimiento de formas alternativas de familia como las uniones de hecho que pueden comprender, en algunos casos, incluso a las parejas homosexuales.

b) La generalización progresiva del divorcio. Ella no sólo implica la regulación del matrimonio como vínculo esencialmente disoluble, sino también la liberalización del mismo, lo que se traduce en una consideración marginal del divorcio por falta y, como contrapartida, en el robustecimiento de una suerte de "derecho al divorcio" que opera sobre la base de la voluntad unilateral de los cónyuges.

c) La desmantelación del modelo de familia patriarcal. La progresiva articulación de vínculos familiares menos asimétricos implica un proceso progresivo de desmantelación del ropaje jurídico del modelo patriarcal. Esto se materializa a través de diversas vías. Entre otras, el reconocimiento de derechos especiales para mujeres y niños; el surgimiento de otros sujetos de derecho o destinatarios de protección, y el establecimiento de relaciones de igualdad entre cónyuges y respecto de la filiación.

d) La pérdida de importancia del rol reproductivo de la familia, que tiene su correlato jurídico en el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de los individuos e implica una disminución sustantiva de la influencia del Estado en relación con las políticas de planificación familiar que ahora se sitúan dentro de la esfera de autonomía individual.

e) La internacionalización de la protección de la familia y de los derechos de los individuos en tanto componentes de la misma, a través de una profusa normativa de carácter convencional.

### 2. TENDENCIA COMPARADA CONSISTENTE EN DESVINCULAR LOS CONCEPTOS DE FAMILIA Y MATRIMONIO DE MANERA DE INCLUIR TANTO A LA FAMILIA MATRIMONIAL COMO NO MATRIMONIAL EN LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

Tal como se indicara en el número anterior, en el derecho comparado es posible distinguir entre Constituciones en que los conceptos de familia y matrimonio están desvinculados y constituciones en que la familia se presenta confundida con el matrimonio. Es decir, y apuntando a este criterio, pueden diferenciarse aquellas constituciones que desvinculan los conceptos de familia y matrimonio, de aquellas en que, por el contrario, ambos conceptos aparecen esencialmente vinculados. En el primer caso, la separación entre los conceptos de familia y matrimonio permite concluir que en la voz familia quedan amparados distintos modelos o formas de la misma y, en cambio, en el segundo grupo, la protección constitucional se reduce

únicamente a la familia matrimonial, ya que se asimilan los conceptos de familia y matrimonio. En todo caso, el que una constitución desvincule ambos conceptos no implica que ella no contenga normas especiales para el matrimonio.

En un tercer grupo se encuentran aquellas constituciones que no emiten un pronunciamiento sobre este punto y, por consiguiente, a partir de esta omisión, colegir que ellas acogen la desvinculación entre familia y matrimonio o que asimilan ambos conceptos. Siendo esto último una materia de interpretación, se prefiere agruparlas en forma separada.

La desvinculación entre familia y matrimonio se puede manifestar en cualquiera de las siguientes tendencias, o en ambas: equiparación de todas las clases de filiación y reconocimiento de formas familiares alternativas a la matrimonial.

*a) Tabla de contenidos y conclusiones a partir del análisis de constituciones latinoamericanas en relación con la desvinculación de familia y matrimonio*

País con desvinculación	Equiparación filiación	Equiparación de formas de unión
Haití		"El Estado debe una igual protección a todas las Familias que estén constituidas o no por lazos de matrimonio" (art. 260, primera frase)
Bolivia	"Todos los hijos, sin distinción de origen, tienen iguales derechos y deberes respecto a sus progenitores" (art. 195 I)	"Las uniones libres o de hecho, que reúnan condiciones de estabilidad y singularidad y sean mantenidas entre personas con capacidad legal para contraer enlace, producen efectos similares a los del matrimonio en las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes y en lo que respecta a los hijos nacidos de ellas" (art. 194 II)
Brasil	"Los hijos habidos o no dentro de la relación matrimonial o por adopción, tendrán los mismos derechos y calificaciones, prohibiéndose cualquier diferencia discriminatoria relativa a la filiación" (art. 227 N° 6)	"El matrimonio es civil y su celebración es gratuita"; "El matrimonio religioso tiene efecto civil, en los términos de la ley"; "A efectos de la protección por el Estado, se reconoce la unión estable entre el hombre y la mujer como entidad familiar, debiendo la ley facilitar su conversión en matrimonio"; "Se considera, también, como entidad familiar la comunidad formada por cualquiera de los padres y sus descendientes" (art. 226 N° 1-4)
Cuba	"Todos los hijos tienen iguales derechos, sean habidos dentro o fuera del matrimonio. Está abolida toda calificación sobre la naturaleza de la filiación. No se consignará declaración alguna diferenciando los nacimientos, ni sobre el estado civil de los padres en las actas de inscripción de los hijos, ni en ningún otro documento que haga referencia a la filiación" (art. 37 incisos 1° y 2°)	

País con desvinculación	Equiparación filiación	Equiparación de formas de unión
Guatemala	"Igualdad de los hijos. Todos los hijos son iguales ante la ley y tienen los mismos derechos. Toda discriminación es punible" (art. 50)	"Unión de hecho. El estado reconoce la unión de hecho y la ley preceptuará todo lo relativo a la misma" (art. 48)
Colombia	"Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes" (art. 42 inciso 5°, primera frase)	"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." (42 inciso 1° 2° frase)
Nicaragua	"Todos los hijos tienen iguales derechos. No se utilizarán designaciones discriminatorias en materia de filiación. En la legislación común, no tienen ningún valor las disposiciones o clasificaciones que disminuyan o nieguen la igualdad de los hijos" (art. 75)	"El matrimonio y la unión de hecho estable están protegidos por el Estado; descansan en el acuerdo voluntario del hombre y la mujer y podrán disolverse por mutuo consentimiento o por la voluntad de una de las partes. La ley regulará esta materia" (art. 72)
El Salvador	"Los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio y los adoptivos, tienen iguales derechos frente a sus padres. Es obligación de éstos dar a sus hijos protección, asistencia, educación y seguridad. No se consignará en las actas del Registro Civil ninguna calificación sobre la naturaleza de la filiación, ni se expresará en las partidas de nacimiento el estado civil de los padres" (art. 36, frases 1° y 2°)	"El Estado fomentará el matrimonio; pero la falta de éste no afectará el goce de los derechos que se establezcan a favor de la familia" (art. 32, inciso 2°); "Regulará asimismo [la ley] las relaciones familiares resultantes de la unión estable de un varón y una mujer" (art. 33, 2° frase).
Panamá	"Los padres tienen para con sus hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto de los nacidos en él. Todos los hijos son iguales ante la Ley y tienen el mismo derecho hereditario en las sucesiones intestadas. La ley reconocerá los derechos de los hijos menores o inválidos y de los padres desvalidos en las sucesiones testadas" (art. 56); "Queda abolida toda calificación sobre la naturaleza de la filiación. No se consignará declaración alguna que establezca diferencia en el nacimiento o sobre el estado civil de los padres en las actas de inscripción de aquellos, ni en ningún atestado, partida de bautismo o certificado referente a la filiación" (art. 57 inciso 1°)	"La unión de hecho entre personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio, mantenida durante cinco años consecutivos en condiciones de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos del matrimonio civil" (art. 54, 1° frase)
Ecuador	"Los hijos, sin considerar antecedentes de filiación o adopción, tendrán los mismos derechos. Al inscribir el nacimiento no se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación, y en el documento de identidad no se hará referencia a ella" (art. 40 inciso 1°, 3° frase, e inciso 2°)	"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 relativos a la presunción legal de paternidad, y a la sociedad conyugal" (art. 38)

País con desvinculación	Equiparación filiación	Equiparación de formas de unión
Paraguay	"Todos los hijos son iguales ante la ley. Ésta posibilitará la investigación de la paternidad. Se prohíbe cualquier calificación sobre la filiación en los documentos personales" (art. 53 inciso 4º)	"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" (art. 51 inciso 2º)
Venezuela	"La maternidad y la paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre" (art. 76, 1ª frase)	"Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, el cual se funda en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges. Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio" (art. 77)
República Dominicana	"La maternidad, sea cual fuere la condición o el estado de la mujer, gozará de la protección de los poderes públicos y tiene derecho a la asistencia oficial en caso de desamparo" (art. 8 N° 1 a., 1º frase)	"Se reconoce el matrimonio como fundamento legal de la familia" (art. 8 N° 1 c.)
Honduras	"Todos los hijos tienen los mismos derechos y deberes. No se reconocen calificaciones sobre la naturaleza de la filiación. En ningún registro o documento referente a la filiación se consignará declaración alguna diferenciando los nacimientos ni señalando el estado civil de los padres" (art. 114)	"Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer, que tengan la calidad de tales naturalmente, a contraer matrimonio entre sí, así como la igualdad jurídica de los cónyuges. Sólo es válido el matrimonio civil celebrado ante funcionario competente y con las condiciones requeridas por la ley. Se reconoce la unión de hecho entre las personas igualmente capaces de contraer matrimonio. La ley señalará las condiciones para que surta los efectos del matrimonio. Se prohíbe el matrimonio y la unión de hecho entre personas del mismo sexo. Los matrimonios o uniones de hecho entre personas del mismo sexo, celebrados o reconocidos bajo las leyes de otros países, no tendrán validez en Honduras" (art. 112)
Costa Rica	"Los padres tienen con sus hijos habidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos en él" (art. 53, 1ª frase); "Se prohíbe toda calificación personal sobre la naturaleza de la filiación" (art. 54)	
Perú	"Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad" (art. 6, 6ª y 7ª frase)	

País con desvinculación	Equiparación filiación	Equiparación de formas de unión
Uruguay	"Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto a los nacidos en él. La maternidad, cualquiera sea la condición o estado de la mujer, tiene derecho a la protección de la sociedad y a su asistencia en caso de desamparo" (art. 42)	
México	"El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia" (art. 4º inciso 2º)	

A partir de estas normas constitucionales latinoamericanas pueden extraerse algunas conclusiones en relación con la tendencia analizada, a saber:

- i) Las normas constitucionales sobre igualación de los hijos son mucho más fuertes e inequívocas que aquellas relativas a la inclusión de distintas formas de familia, llegando, incluso, algunas constituciones a igualar la filiación adoptiva (Brasil), la filiación asistida (Colombia) y la aplicación igualitaria de la presunción de paternidad del marido a la filiación no matrimonial (Ecuador).
- ii) La igualación de hijos va normalmente unida a una cláusula de prohibición de discriminar y de dejar rastro del nacimiento del hijo. De esta manera se refuerza la equiparación de todos los hijos, sin discriminación alguna.
- iii) En cuanto al matrimonio, hay grados en cuanto a las referencias. Algunas constituciones sólo lo definen, otras establecen un mandato general a la ley para que regule sus distintos aspectos, y otras, incorporan detalles de su regulación, como por ejemplo, Guatemala, que se refiere a los funcionarios competentes para la celebración del matrimonio.
- iv) Un caso especial lo constituye Paraguay, que incluye a los abuelos en el concepto de familia. Sería el único caso en que expresamente se alude a la familia extendida.
- v) Algunas constituciones que no tienen norma de equiparación de filiaciones tienen, sin embargo, mención expresa en cuanto a la protección de la maternidad, sin distinción entre mujer casada y soltera. Parece razonable concluir que una tal regulación desemboca en la igualdad de los hijos.
- vi) En las menciones a las uniones de hecho, destaca que la mayoría se refiere expresamente a las heterosexuales, llegando, incluso, a prohibir las de homosexuales. Sólo Honduras contempla la unión homosexual.
- vii) La equiparación de la familia matrimonial a la no matrimonial, cuando no está expresada, tiene matices. En algunos casos, al conferir mandato a la ley para regularlas, no se sabe si en definitiva existe equiparación material o no. En el

caso de Perú, la equiparación expresa sólo se refiere a los aspectos patrimoniales de la unión.

viii) El caso de Costa Rica, no aparece con claridad si la unión de hecho está incluida en la protección que se le entrega a la familia porque el art. 52 indica que "El matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges", con lo cual, pareciera excluir cualquier otro fundamento, distinto del matrimonio, como presupuesto de la familia. Otro tanto ocurre con Guatemala que, a pesar de contener norma expresa en cuanto a la equiparación de los hijos (art. 50) y un reconocimiento de las uniones de hecho (art. 48), establece que "El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos". Esta segunda frase de la disposición da pie para, al menos, afirmar que la protección debida a la familia matrimonial es distinta de la debida a la no matrimonial.

*b) Tabla de contenidos y conclusiones a partir del análisis de constituciones europeas en relación con la desvinculación de familia y matrimonio*

País	Con Equiparación de filiación	Con Equiparación de formas de familia
Alemania	(5) La legislación deberá asegurar a los hijos extramatrimoniales las mismas condiciones que para los hijos nacidos dentro del matrimonio en lo que respecta a su desarrollo físico y espiritual y a su posición social (art. 6)	(1) El matrimonio y la familia se encuentran bajo la protección especial del orden estatal (art. 6)
España	2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en los que legalmente proceda (art. 39)	1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos (art. 32) 1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39)
Portugal	4. Los hijos nacidos fuera de matrimonio (fora do casamento) no podrán por este hecho ser objeto de discriminación alguna y no podrán la ley ni las dependencias oficiales usar designaciones discriminatorias en materia de filiación.	1. Todos tendrán derecho a constituir una familia y a contraer matrimonio en condiciones de igualdad plena.

En el ámbito europeo, existen dos textos constitucionales que le confieren un rol preponderante al matrimonio en relación con la familia.

País	Posición preponderante del matrimonio
Irlanda	Artículo 41 1. 1º El Estado reconoce a la familia como el grupo unitario natural, primario y fundamental de la sociedad y como institución moral poseedora de derechos inalienables e imprescriptibles, anteriores y superiores a toda ley positiva. 2º El Estado se compromete, por lo tanto, a proteger la familia en su constitución y autoridad como base necesaria del orden social y como indispensable al bien de la Nación y del Estado.
Italia	La República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural basada en el matrimonio. (art. 29 inciso 1º) La ley asegurará la protección jurídica y social a los hijos nacidos fuera del matrimonio, compatible con los derechos de los integrantes de la familia legítima. (art. 30 inciso 3º)

Por último, en el ámbito europeo existen algunas constituciones que no se pronuncian sobre la vinculación de las nociones de familia y matrimonio, ni a través de la equiparación de distintas formas de familia ni tampoco recurriendo a la equiparación de los hijos. En esta posición se encuentran Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia y Noruega.

Sobre la base de este análisis, puede concluirse, en relación con la tendencia analizada, lo siguiente:

i) Este criterio muestra un claro predominio de las constituciones que no se pronuncian sobre la relación entre matrimonio y familia, ni para asimilarlos ni para desvincularlos (Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia y Noruega) y de aquellas que separan ambos conceptos (Alemania, España, Portugal y Polonia) por sobre aquellos textos constitucionales que vinculan la familia con el matrimonio, otorgándole a éste una posición especial (Italia e Irlanda).

ii) La desvinculación entre ambos conceptos se desprende de la referencia a la familia y al matrimonio como institutos separados. Ninguna de ellas se refiere expresamente a distintas formas de familia ni tampoco, a la equiparación de distintos modelos familiares. Es decir, el desarrollo de las uniones de hecho en esos países se ha dado a nivel legal o jurisprudencial, sin amparo expreso de la constitución.

iii) Coincidentemente, los países de Irlanda e Italia son los únicos que, además de darle un rol preponderante al matrimonio, consagran una fórmula general en cuanto a la función de la familia en la sociedad.

### III. LA CPR CHILENA EN EL PANORAMA COMPARADO DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA

La evidente pobreza normativa relativa a la familia que presenta la Constitución chilena (las referencias al concepto "familia" son escasas: art. 1º incisos 2º y 5º, art.

19 N° 4) se salva a través de la incorporación de los tratados internacionales sobre la materia en virtud del art. 5° inciso 2°. En este sentido, se trata claramente de una constitución de corte minimalista y, siguiendo la regla general dentro de este tipo de constituciones, no contiene un acápite especial dedicado a la familia.

La norma constitucional de mayor relevancia como principio rector para el derecho de familia es, sin duda, la consagrada en el art. 1° inciso 2° que la define como núcleo fundamental de la sociedad. Existe, entonces, un claro pronunciamiento de la Constitución en cuanto al rol o posición de la familia, a través de una fórmula general que exige del intérprete la tarea de asignarle un contenido específico. Asimismo, la Constitución chilena también sigue la tendencia mayoritaria de asignar al Estado un deber de protección y de fortalecimiento de la familia (inciso 5°).

Según los criterios materiales o de fondo, y en cuanto a la tendencia que apunta a la desvinculación de los conceptos de familia y matrimonio, nuestra Constitución es de aquellas que no emite un pronunciamiento sobre el punto, ni consagrando la igualdad entre todos los hijos ni tampoco a través del reconocimiento expreso de diversas formas familiares alternativas a la matrimonial.

La indeterminación del punto ha llevado a la doctrina a discutir si en el concepto de familia aludido en el art. 1° inciso 2° sólo está comprendida la familia fundada en el matrimonio<sup>10</sup> o, por el contrario, la norma permite desvincular la noción de familia y matrimonio al no aludir expresamente a este último<sup>11</sup>.

Cuando en el año 1998 se expresaba que el derecho de familia estaba en una "etapa de transición"<sup>12</sup>, entre un derecho antiguo basado en principios tales como la subordinación de la mujer al marido, la autoridad paterna irrestricta y la incapacidad jurídica de la mujer casada, y un nuevo derecho de familia, fundado en paradigmas modernos como la idea de igualdad, de alguna manera se partía del supuesto que el marco constitucional vigente permitía una tal evolución.

<sup>10</sup> Es la posición defendida indirectamente por Corral al deplorar aquellos textos constitucionales "que aseguran la misma protección a las familias matrimoniales que a los grupos constituidos al margen de toda formalización jurídica". CORRAL (n. 9), pp. 271-272.

<sup>11</sup> Esta visión sostienen Barrientos y Novales, que afirman una noción constitucional de familia "no excluyente de algunas de aquellas cuya causa no es el matrimonio". BARRIENTOS GRANDÓN, J., NOVALES ALQUÉZAR, A., *Nuevo Derecho Matrimonial chileno*, Santiago, Editorial LexisNexis, 2004, pp. 29-30. También Aldunate, para quien "no existe ningún elemento en el texto constitucional que permita vincular la noción de familia con la de matrimonio". ALDUNATE (n. 3), pp. 42.

<sup>12</sup> VELOSO VALENZUELA, P., "Nuevos principios del derecho de familia en función, principalmente, de la normativa internacional que emana de los tratados de derechos humanos", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, Ediciones de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XIX, p. 38.

Una década más tarde, la instalación de un derecho de familia nuevo en sus principios inspiradores, es un hecho asumido en el medio jurídico y, desde luego, no exento de críticas por parte del sector más conservador de la sociedad, pero defendido a ultranza por otro, sobre la base del derecho internacional de los derechos humanos. O sea, más que el texto constitucional mismo, el sustrato constitucional que ampara al derecho de familia renovado son los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por nuestro país, en virtud del reenvío consagrado en el art. 5° inciso 2°, especialmente, los relativos a temas de familia, mujer y niños, en que consta de manera explícita la voluntad de los Estados de concebir y regular las relaciones familiares de una forma radicalmente distinta a la imperante hasta hace pocas décadas atrás.

Si las normas de la Constitución vigente y las de los tratados internacionales incorporados a través del art. 5° inciso 2° han hecho posible este cambio paradigmático en el derecho de familia chileno, cabe preguntarse si resulta necesario reformar la norma superior, incorporando expresamente ciertos principios relativos a la familia, siguiendo, de este modo, una tendencia creciente en el derecho comparado latinoamericano y europeo.

La respuesta a esa interrogante parece ser, al menos, ambigua, en el sentido de no reconocer una posición tajante y excluyente. En efecto, y desde una perspectiva netamente formal, de validez del desarrollo del nuevo derecho de familia en el orden legal, la respuesta debería ser que tal reforma no es necesaria y que, por el contrario, debiera privilegiarse la conservación del actual texto constitucional, en atención a que ha permitido un tránsito hacia nuevos paradigmas familiares. Según este punto de vista, el proceso de constitucionalización del derecho de familia nacional se ha desarrollado a partir de la Constitución vigente, pudiendo verificarse las tres manifestaciones típicas de tal proceso, es decir, la necesidad de interpretar el derecho conforme a la Constitución, la derogación de normas contrarias o incompatibles con la Constitución y la integración de los tratados internacionales como fuente directa de derecho. A ello puede refutarse que, del análisis jurisprudencial aparece claramente que tales efectos son apenas perceptibles en las sentencias, salvo remisiones generales al interés superior del niño, sin concreción del contenido que se le atribuye.

Sin embargo, y desde otro punto de vista, la pregunta debe ser respondida en forma afirmativa y perentoria: es necesario reformar la Constitución incorporando específicamente principios para el derecho de familia como una manera de velar porque sean esos principios y no otros, los que guíen el desarrollo futuro del mismo. A esta posición puede oponerse la falta de pulcritud de la técnica constitucional, porque si se trata de recoger principios que ya están en los tratados internacionales incorporados al ordenamiento nacional, entonces habría que recogerlos todos,

recoger algunos y crear distintas categorías dentro de los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales (incorporados vía art. 5º y repetidos expresamente en las disposiciones especiales de familia) o incorporar una cláusula más bien retórica que resaltara la importancia de los tratados internacionales sobre derechos humanos en materias de familia.

REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS PAREJAS DE HECHO: SOBRE POR QUÉ NO EQUIPARARLAS AL MATRIMONIO. UNA REFLEXIÓN DESDE EL CASO ESPAÑOL

Cristián Aedo Barrena\*  
Alexis Mondaca Miranda\*\*

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de nuestro trabajo es efectuar un análisis comparativo entre el caso español, concretamente, con la regulación autonómica española con la actual situación en Chile. Los proyectos de ley que se han presentado en el Parlamento, sumado a un grupo de opiniones doctrinales, favorecen la opinión de que las uniones de hecho heterosexuales reclaman un estatuto diferenciado e integral. A nuestro juicio, el caso español puede señalarnos el camino que no debemos adoptar. La investigación consta de tres partes. En la primera, se plantea a modo de introducción los principales datos y razones que favorecerían la regulación de las parejas de hecho. En la segunda parte analizaremos la actual regulación autonómica española y, en la tercera parte nos detendremos en la situación chilena, repasando brevemente las diferentes aproximaciones doctrinales, para analizar luego los proyectos de ley que se han presentado o que actualmente se tramitan en el Parlamento.

La regulación de las parejas de hecho parece un inevitable en el momento de nuestra sociedad actual. En Derecho de familia, como en otros, hay un argumento recurrente para dar cabida a reformas y nuevas regulaciones: la realidad y el desarrollo social hace que cualquier postura en contrario se presente como anticuada, antiplural, antiigualitaria y, porque no decirlo, antidemocrática. Como afirma Wójcik, la regulación de la convivencia se resume en una breve expresión

\* Abogado y profesor de Derecho Civil de la Universidad Católica del Norte, Antofagasta. Diploma de Estudios Avanzados por la Universidad de Deusto. Actualmente trabajando en la tesis doctoral en dicha universidad, Bilbao, País Vasco, España, bajo la dirección de Ricardo de Ángel Yagüez. Becario del Proyecto Mecesp UCN0301, de la Universidad Católica del Norte.

\*\* Abogado y profesor de Derecho Civil de la Universidad Católica del Norte, Antofagasta. Doctorando del programa de doctorado de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.