

Familias y Constitución: influencias mutuas en cuidados e infancia

María José Jara Leiva*
Victoria Martínez Placencia**

RESUMEN

En Chile, la distribución de las responsabilidades de cuidado y la posición de la infancia están estrechamente vinculados, ya que el modelo liberal de familia subordina los derechos de niños y niñas al espacio privado y perpetúa una distribución desigual de roles de cuidado en perjuicio de las mujeres. Este artículo propone una revisión crítica de algunas sentencias del Tribunal Constitucional, con el objeto de demostrar cómo el tratamiento constitucional de la familia impacta en los derechos de mujeres, niños y niñas.

Familias; derechos de las mujeres; derechos de niños y niñas

Families and the Constitution: mutual influences in care and childhood

ABSTRACT

In Chile, the distribution of caregiving responsibilities and the position of children are closely linked, as the liberal family model subordinates the rights of children to the private sphere and perpetuates an unequal distribution of caregiving roles to the detriment of women. This article proposes a critical review of some Constitutional Court rulings to demonstrate how the constitutional treatment of family impacts the rights of women and children.

Families; women's rights; children's rights

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Universidad Carlos III, España. Académica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Tecnológica Metropolitana, Santiago, Chile. ORCID ID: 0000-0002-9596-873X. Correo electrónico: mj.jara@utem.cl.

** Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Alberto Hurtado, Santiago. LLM Legal Theory, University College London, Reino Unido. Doctora en Derecho, Universidad Diego Portales y Universidad de Sevilla. Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile. ORCID: 0009-0007-3399-7109. Correo electrónico: vmartinez@uahurtado.cl.

Artículo recibido el 26.4.2025 y aceptado para su publicación el 12.8.2025.

I. INTRODUCCIÓN

Durante el siglo XX, la mayoría de los países occidentales ha transitado un proceso de ampliación de derechos fundamentales, tanto respecto de su titularidad como de su contenido. Este proceso marcó un giro en la concepción tradicional del sujeto de derechos, que históricamente se limitaba a una abstracción: un hombre adulto, blanco y propietario.

Gracias a las reivindicaciones feministas y del movimiento por los derechos de la infancia, ahora es indiscutible que tanto mujeres como niños y niñas tienen derechos fundamentales. Pero, a pesar de ser un avance significativo, esta transformación no ha logrado trascender el discurso, pues en muchos contextos su realidad desfavorecida persiste.

En este trabajo se argumenta que la posición desigual de mujeres, niños y niñas tiene un condicionante común: el tratamiento jurídico de la familia. La institución familiar, vista por el liberalismo como una esfera de inmunidad idealizada, ha ocultado desigualdades de poder y limitación de autonomía que existen en su interior, especialmente en su modelo tradicional.

El objetivo de este artículo es demostrar la influencia de la idea de familia en el reconocimiento y ejercicio de los derechos de mujeres, niños y niñas en Chile. Para ello se ofrece una revisión crítica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante, "TC") a partir del análisis de algunas sentencias relevantes sobre infancia, maternidad y la distribución de roles de cuidado en la familia. Se propone un análisis integrador que revela el problema común de priorizar un modelo determinado de familia por sobre los derechos de sus integrantes.

En las dos primeras secciones se presenta un marco teórico, explicando por qué el modelo de familia en los Estados liberales es tan relevante para el estatus y los derechos de mujeres e infancias. En las secciones siguientes se argumenta cómo estos aspectos teóricos se materializan en el constitucionalismo chileno y se presenta la revisión crítica de sentencias. Finalmente, se ofrecen conclusiones.

II. INFANCIA Y MUJERES: LA CONVENIENCIA DE UN ANÁLISIS INTEGRADOR

Históricamente, la experiencia de las mujeres ha estado estrechamente vinculada a la de niños y niñas. Desde el embarazo y el parto, hasta las labores de crianza y cuidado de la progenie, todas estas han sido tareas vinculadas con la infancia que socialmente se consideran como "asuntos de mujeres". Sin embargo, en el ámbito académico, los estudios acerca de las mujeres y la infancia han tendido a desarrollarse en campos de análisis separados, sin converger mayormente¹.

¹ OAKLEY, 1994, p.13.

La posición social de mujeres e infancias intersecta en puntos clave. El género moldea la experiencia infantil², y ambos grupos enfrentan desventajas debido a la instrumentalización de sus características biológicas y culturales para justificar un trato desigual³. Esta desigualdad se manifiesta en la resistencia social a reconocer plenamente sus derechos y su agencia moral, conduciendo a una marginación paternalista que restringe su capacidad de decidir respecto de sus propias vidas⁴.

Las opresiones que afectan a las mujeres y a la infancia, aunque no son equivalentes, tienden a entrelazarse y depender mutuamente⁵. Por ejemplo, Tronto argumenta que las políticas que asignan las responsabilidades de cuidado exclusivamente en las familias perjudican tanto a mujeres como a niños y niñas. A las primeras, porque imponen cargas desproporcionadas y modelos de maternidad intensiva que profundizan la desigual distribución del cuidado. A los segundos, porque atan sus posibilidades de cuidado y desarrollo a los recursos económicos y de tiempo que tenga su grupo familiar⁶.

Como se expone en este artículo, el modelo político liberal ha jugado un papel crucial en la consolidación de este estatus de desventaja forjado en el espacio doméstico de la familia tradicional⁷. Las similitudes entre las desventajas que experimentan mujeres e infancias sugieren la conveniencia de un enfoque analítico integrador. En este sentido, los estudios feministas, particularmente sus herramientas teóricas como el cuestionamiento a la aparente neutralidad del derecho⁸, proporcionan un marco común de análisis. Al incorporar un enfoque interseccional, las teorías feministas permiten visibilizar los vínculos entre las opresiones compartidas y comprender cómo el género y la edad funcionan como categorías estructurales de subordinación⁹.

III. LA FAMILIA Y EL ESTADO LIBERAL

El liberalismo político, que surgió en la Europa del siglo XIX, enarbola como ideas centrales la libertad, la autonomía individual y la igualdad ante la ley¹⁰. Se fundó sobre una comprensión procedimental de la sociedad política cimentada en el contrato social, suponiendo igualdad y reciprocidad en la ciudadanía¹¹.

Su promesa emancipadora se cristalizó en declaraciones de derechos y textos constitucionales que dieron cuenta de que no todas las personas estaban incluidas en el contrato.

² THORNE, 1993.

³ En contra de esta asimilación: O'NEILL, 1992, pp. 24-42.

⁴ OAKLEY, 1994, p. 16-22; GAITÁN, 2006.

⁵ OAKLEY, 1994, p. 19.

⁶ TRONTO, 2013, pp. 175-176.

⁷ OAKLEY, 1994, p. 17.

⁸ Por ejemplo: OKIN, 1989; PATEMAN, 2018.

⁹ BRIDGEMAN Y MONK, 2000, p. 7; OAKLEY, 1994; WINTERSBERGER, 2006.

¹⁰ FREDMAN, 2002, pp. 6 y ss.

¹¹ NUSSBAUM, 2007, pp. 171-176.

La comunidad política quedó conformada por hombres adultos, y entre ellos, solo por blancos y propietarios¹². Este nuevo pacto se cimentó en la exclusión de gran parte de la población: las personas pobres y dependientes, las mujeres y, por cierto, niños y niñas.

Si bien la igualdad fue un principio crucial para el liberalismo político, la exclusión de mujeres, infancias y otros grupos desaventajados impidió su universalidad. Con la evolución del liberalismo y la ampliación de la comunidad política la igualdad alcanzó a las mujeres, pero solo en su definición formal¹³. Así, se removieron algunos impedimentos legales, pero no las estructuras sociales de poder que mantenían su subordinación. La igualdad formal mantuvo como modelo o parámetro de comparación al varón, excluyendo las experiencias de mujeres, y también la de niños y niñas¹⁴.

Aquí se argumenta que la justificación del tratamiento que el liberalismo prodigó a mujeres e infancias está en la familia, específicamente en la familia tradicional¹⁵. Este modelo se basa en la relación conyugal y tiende a un ideal de estabilidad mediante la distribución de roles. Al padre le corresponde el trabajo remunerado en el espacio público, mientras que a la mujer el cuidado del hogar, la familia y las personas dependientes, y a los hijos e hijas dedicarse exclusivamente a su formación¹⁶. Este modelo de familia se consolidó en Europa con la industrialización y el sistema de producción capitalista¹⁷. Fruto de los procesos de colonización este modelo llegó a las sociedades latinoamericanas, que lo asumieron con sus propias particularidades locales de la cultura mestiza, determinadas por la conjunción de las culturas indígenas, africanas y europeas¹⁸.

La dicotomía entre la esfera pública y privada fue una idea clave para la tradición liberal¹⁹. Como consecuencia, el padre/varón se posicionó en el espacio público, mientras que la madre/mujer, niños y niñas permanecieron en el ámbito privado. Como consecuencia, el liberalismo cuestionó la interferencia estatal en la vida privada, considerando la intimidad familiar esencial para el libre desarrollo personal y de los vínculos interpersonales²⁰. La crianza de los hijos conforme con los valores transmitidos por sus padres se consideró fundamental para la autonomía y la libertad individual²¹.

Aunque el Estado liberal se proclama neutral frente a la familia, lo cierto es que influye en su estructura y consolida ciertos patrones por medio del derecho. El Estado adopta y perpetúa un modelo ideal de familia, define la posición y los roles que deben desempeñar sus miembros y el papel que dentro de ella tienen los derechos²². A su vez,

¹² RUBIO-MARÍN, 2022, p. 27.

¹³ FREDMAN, 2002, p. 15.

¹⁴ MACKINNON, 1994, pp. 32 y ss.

¹⁵ JARA, 2022, p. 116.

¹⁶ VALPUESTA, 2012, p. 102.

¹⁷ CARRASCO, BORDERÍAS y TORNOS, 2019. IGAREDA, 2009, p. 148

¹⁸ VALDÉS, 2017.

¹⁹ KYMLICKA, 2002, p. 388.

²⁰ EEKELAAR, 2006, pp. 82 y ss.

²¹ ARCHARD, 2004, pp., 74-75.

²² WOLLSTONECRAFT, 2015.

el estatus jurídico de mujeres, niños y niñas es modulado por la institución familiar. La regulación del matrimonio, la patria potestad y los derechos laborales femeninos ilustran esta influencia mutua²³.

En la misma línea, el ideario liberal concibe a la familia como un hecho natural, que tiene una forma prepolítica y prejurídica²⁴. Sin embargo, esta concepción omite que la configuración de la familia y los roles de sus integrantes dependen de factores estructurales, como la manera en que se organiza la economía, el mercado del trabajo y también el derecho²⁵. Como señala Nussbaum, la regulación jurídica de la familia no es algo externo a ella, sino que la constituye²⁶.

La configuración jurídica de la familia comienza desde la constitución y se extiende a todo el ordenamiento. En el constitucionalismo la escisión entre las esferas pública y privada se asumió implícitamente. El silencio, en realidad, expresaba la naturalización y despolitización de la familia tradicional²⁷. Su progresiva incorporación en textos constitucionales contemporáneos no significó necesariamente un reconocimiento en igualdad de condiciones²⁸.

Las teorías feministas han criticado al liberalismo, específicamente al contractualismo liberal, objetando la visión dicotómica que separa lo público de lo privado. Autoras como Carole Pateman sostienen que esa escisión vuelve invisible la interrelación de la esfera privada con la vida social y política, pues las desigualdades que se dan en la familia inciden también en una posición desigual de sus miembros en la sociedad²⁹.

Para el liberalismo la familia representa tanto un valor como un problema. Por una parte, se presenta como un refugio de intimidad de las personas y como una institución valiosa para la sociedad en general, ya que cumple funciones cruciales como la reproducción de los modos de vida y la socialización. Pero, por otra, las dinámicas que se dan en su interior, sobre todo en su patrón tradicional (caracterizado por la jerarquía y la subordinación al *paterfamiliae*), pueden colisionar con ideales que son —o, al menos, deberían ser— fundamentales para el liberalismo político, tales como la igualdad de oportunidades y los derechos de las personas³⁰.

²³ CAAMAÑO, 2010. Acerca de la regulación familiar del Código Civil chileno original y sus lentas transformaciones, ver: TAPIA, 2007.

²⁴ NUSSBAUM, 2017, p. 361.

²⁵ Por ejemplo: OKIN, 1989; PATEMAN, 2018.

²⁶ NUSSBAUM, 2017, p. 365.

²⁷ RUBIO-MARÍN, 2022, p., 46.

²⁸ RUBIO-MARÍN, 2015, p. 797; VITA, 2021, pp. 44 y ss.

²⁹ TURÉGANO, 2001, p. 325; PATEMAN, 2018, p. 23.

³⁰ UDI, 2017, p. 110.

IV. LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980

Como el resto de las constituciones comparadas previas a la Segunda Guerra Mundial, las constituciones chilenas de 1833 y 1925 no hacían referencia explícita a la familia. Fue con la Constitución de 1980 que esta se convirtió en una preocupación expresa del constituyente. En general, el texto constitucional la considera como una asociación fruto de la decisión libre y soberana de las personas, que no solo antecede al Estado, sino que configura materialmente a la sociedad³¹.

Son diversas las disposiciones constitucionales que aluden a la familia. En su art. 1, la Constitución la reconoce como núcleo fundamental de la sociedad y establece el deber estatal de protegerla propendiendo a su fortalecimiento. Y, como agrupación intermedia, la Constitución le garantiza su adecuada autonomía para la consecución de sus propios fines³². Esta autonomía descansa en el respeto a la capacidad asociativa de las personas y se manifiesta en la libertad para organizarse del modo que estimen conveniente, sin injerencia de terceros³³.

La Constitución, inspirada en la filosofía liberal, refiere indirectamente a la familia en su catálogo de derechos para preservar su autonomía, minimizando la intervención estatal. En efecto, reconoce el respeto y la protección de la vida privada y la honra de la persona y la familia³⁴, así como la inviolabilidad del hogar³⁵, mas no señala otras maneras de concretar la obligación de protección de la familia. Lo anterior difiere de la tendencia del constitucionalismo latinoamericano, que refiere a la familia a propósito de los derechos sociales o mandata el desarrollo de políticas públicas de prestación de servicios por parte del Estado³⁶.

El importante papel y la intensa protección que el texto constitucional chileno atribuye a la familia como entidad abstracta contrasta con la insuficiencia de su regulación, que Zúñiga y Turner han descrito como una “hipertrofia abstencionista” constitucional. A diferencia de la mayoría de las constituciones latinoamericanas, no contiene un estatuto sistemático respecto de la institución familiar que oriente al legislador a efectos de atribuir derechos y obligaciones a sus miembros, ni concretar las consecuencias jurídicas del rol del Estado como garante de ella³⁷, quedando al alero de normas generales sobre derechos fundamentales, cuyo impacto en la ley ha sido tardío y limitado³⁸.

³¹ SOTO KLOSS, 1994, pp. 224-225.

³² Constitución de 1980, art. 1 inc. 3°. Además, la Constitución contenía en su criticado art. 8 una alusión adicional a la familia, declarando ilícito y contrario al ordenamiento institucional todo acto de personas o grupos destinados a propagar ideas que atenten contra ella.

³³ STC 184-94, c. 7° d), 226-95, c. 28° y 29°, entre otras.

³⁴ Constitución de 1980, art. 19 N° 4.

³⁵ Constitución de 1980, art. 19 N° 5.

³⁶ ZÚÑIGA Y TURNER, 2013, p. 283.

³⁷ ZÚÑIGA Y TURNER, 2013, p. 277. Sobre el concepto constitucional de familia en Latinoamérica: ESBORRAZ, 2015.

³⁸ TAPIA, 2007.

A lo anterior se suma la falta de mención expresa de mujeres, niños y niñas. Aunque como fruto de la reforma de 1999 la Constitución establece la igualdad jurídica entre hombres y mujeres³⁹, es de las pocas constituciones latinoamericanas que no refiere a la protección de los derechos de la mujer, ni establece deberes del Estado para promover la igualdad⁴⁰. Por lo demás, tampoco menciona expresamente la maternidad ni su protección⁴¹.

Esta omisión es coherente con la concepción formal de la igualdad que abraza la Constitución, fundada en la fórmula aristotélica de tratar de la misma forma a los iguales y dar un trato desigual a quienes estén en circunstancias diferentes⁴². Las disposiciones constitucionales sobre igualdad reprochan la arbitrariedad, pero no necesariamente la discriminación de personas pertenecientes a grupos desaventajados⁴³.

Asimismo, aunque encarga a la ley proteger la vida del que está por nacer⁴⁴, la Constitución tampoco refiere a niños y niñas, quedando la salvaguarda de sus intereses en la legislación⁴⁵. La Constitución chilena es la única en la región (junto con la uruguaya) que hasta el momento no reconoce explícitamente derechos fundamentales a este grupo⁴⁶, por lo que esta omisión ha sido catalogada como una anomalía constitucional⁴⁷. En su lugar, solo los reconoce indirectamente en su calidad de hijos e hijas y desde la óptica de los derechos de las personas adultas sobre ellos y ellas, al establecer el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos⁴⁸ y a escoger su establecimiento de enseñanza⁴⁹.

Esta ausencia constitucional intentó ser revertida en las fallidas propuestas constitucionales de 2022 y 2023, especialmente en la primera. Uno de los aspectos más vanguardistas de la primera propuesta (2022) fue la incorporación del cuidado⁵⁰. Establecía un principio de reconocimiento del valor del cuidado, un derecho fundamental al cuidado, y se reconocía la relación de los cuidados con el derecho al trabajo y a la seguridad social. En el texto propuesto por el Consejo Constitucional (2023) se establecía el reconocimiento del valor del cuidado y un deber específico de la familia de cuidar a sus miembros.

³⁹ Constitución de 1980, art. 19 N° 2.

⁴⁰ Para el comisionado Guzmán, la situación jurídica de un hombre y una mujer independientes entre sí es distinta a la relación de un hombre y una mujer en la familia. Afirmó que “Es evidente que la cabeza de la familia debe ser el hombre, el padre o el marido”. Sesión 93, de 5 de diciembre de 1974, Antecedentes Constitucionales.

⁴¹ ZÚÑIGA Y TURNER, 2013, p. 290.

⁴² DÍAZ DE VALDÉS, 2019, p. 109.

⁴³ CODDOU, 2024, p. 318.

⁴⁴ Constitución de 1980, art. 19 N° 1, inc. 2°.

⁴⁵ La única referencia constitucional a este grupo ha sido recientemente incorporada (2023) para los casos de reemplazo constitucional (art. 154 N° 9).

⁴⁶ ESPEJO Y LOVERA, 2023, p. XXIV.

⁴⁷ ESPEJO, 2023, p. 204.

⁴⁸ Constitución de 1980, art. 19 N° 10, inc. 2°.

⁴⁹ Constitución de 1980, art. 19 N° 11, inc. 4°.

⁵⁰ UNDURRAGA Y ZÚÑIGA, 2024a.

En materia de infancia, la primera propuesta incluía el reconocimiento específico de su calidad de sujetos de derechos, así como el establecimiento de un deber estatal prioritario de protegerlos, resguardando su interés superior, autonomía progresiva, desarrollo integral y su derecho de participación. Junto con ello, se establecía su derecho a vivir en familia y a ser protegidos contra toda forma de violencia o abuso, entre otras menciones⁵¹. En tanto, la propuesta de 2023, aunque menos avanzada en el reconocimiento de sus derechos (sobre todo los de autonomía), reconocía el interés superior del niño o la niña y la protección contra la violencia, y establecía el deber constitucional de respetar su dignidad⁵².

V. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE LA FAMILIA EN CHILE

La constitucionalización del derecho hace referencia al proceso de conversión del sistema jurídico en virtud del cual este queda “impregnado” de normas de carácter constitucional⁵³. De esta forma, la Constitución extiende su fuerza normativa a la interpretación y aplicación de las diferentes ramas del derecho⁵⁴.

Dentro de la constitucionalización del derecho civil, un subproceso es la constitucionalización del derecho de la familia. Esta conlleva un cambio de perspectiva respecto de la técnica jurídica para proteger a la familia y sus integrantes. Implica la superación progresiva de la dicotomía liberal que escinde lo público de lo privado, y que concibe una regulación de la familia que reside exclusivamente en la codificación civil y, por tanto, ordenadora de las relaciones entre particulares⁵⁵.

De esta manera, la familia se concibe como un objeto social que trasciende las definiciones puramente jurídicas, y su regulación como un asunto que no puede dejarse exclusivamente bajo el alero del derecho privado, sino que requiere una constante interacción con el derecho público⁵⁶. Así, la familia no solo es objeto del derecho civil, sino también del derecho constitucional (con la jerarquía normativa que conlleva), así como de otras áreas como el derecho laboral o administrativo, cada una de las cuales regula distintos aspectos jurídicos vinculados a esta institución⁵⁷. Con ello, se asume su posicionamiento en el centro de la encrucijada entre lo social y lo jurídico, y entre lo público y lo privado⁵⁸.

⁵¹ Convención Constitucional. Propuesta Constitución Política de la República de Chile, 2022, art. 26.

⁵² Consejo Constitucional. Propuesta Constitución Política de la República de Chile, 2023, art. 12 y 37.7.

⁵³ ESPEJO, 2019, p. 7.

⁵⁴ GUASTINI, 2023; ETCHEBERRY, 2019, p. 194.

⁵⁵ ZÚÑIGA Y TURNER, 2013, p. 272.

⁵⁶ ETCHEBERRY, 2019. ZÚÑIGA Y TURNER, 2024, p. 207.

⁵⁷ Para Corral, este fenómeno conlleva la desintegración de la familia para dar paso a una concepción individualista de la misma. CORRAL, 2005, pp. 433 y ss.

⁵⁸ TURNER Y ZÚÑIGA, 2024, p. 211.

Como da cuenta Espejo, la constitucionalización del derecho de la familia se ha desarrollado mediante distintas vías. Una de ellas es la precisión progresiva de las normas constitucionales relacionadas con la vida familiar, lo que, como se ha descrito, no ha ocurrido en Chile. Pero también se constitucionaliza por medio de la incorporación de tratados internacionales de derechos humanos al ordenamiento jurídico nacional y el desarrollo de la jurisprudencia constitucional⁵⁹.

Con la reforma de 1989 que incorpora el art. 5 inc. 2º, la Constitución chilena recepciona el derecho internacional de derechos humanos realizando un reenvío hacia las convenciones internacionales⁶⁰, varias de las cuales regulan algún aspecto de la vida familiar⁶¹. Sin embargo, su impacto constitucional ha sido limitado por las permanentes discusiones en torno a su real alcance⁶².

En realidad, el impacto más evidente del derecho internacional de derechos humanos ha sido en el desarrollo legislativo⁶³. En coherencia con las normas internacionales, el legislador se ha abierto hacia el reconocimiento de diversas formas familiares, la incorporación de los derechos de niños y niñas, la corresponsabilidad en el cuidado y crianza de los hijos e hijas, la protección contra la violencia de género, entre otros cambios⁶⁴.

En cuanto a la tercera vía de constitucionalización del derecho de familia, la interpretación constitucional, es preciso hacer una distinción entre la que es llevada a cabo por los tribunales ordinarios (a propósito de las acciones constitucionales de protección y amparo) y la desarrollada por el TC (en ejercicio del control de constitucionalidad). En Chile, la constitucionalización de derechos fundamentales está consolidada en la jurisprudencia de los tribunales ordinarios, pero es incipiente en la interpretación del TC⁶⁵.

Sin perjuicio de algunos avances⁶⁶, la constitucionalización del derecho de la familia desde el TC contrasta con la situación comparada. En la jurisprudencia constitucional regional, las cláusulas que protegen a la familia han comenzado a ser interpretadas en términos progresistas. Por ejemplo, extendiendo la protección a distintas formas de familia, reconociendo matrimonios de personas del mismo sexo y desarrollando la idea de que la familia debe ser un espacio libre de violencia⁶⁷.

⁵⁹ ESPEJO, 2019, p. 9.

⁶⁰ ZÚÑIGA Y TURNER, 2013, p. 294.

⁶¹ Una revisión en: TURNER y ZÚÑIGA, 2024, pp. 214-218.

⁶² GAUCHÉ Y LOVERA, 2023, p. 83.

⁶³ LATHROP, 2017, p. 365. Desde una perspectiva latinoamericana: UNDURRAGA Y ZÚÑIGA, 2024b, p. 248.

⁶⁴ Algunos ejemplos: Ley N° 19.585, 1998, sobre filiación; la Ley N° 20.066, 2005, sobre violencia intrafamiliar; y Ley N° 21.400, 2021, sobre matrimonio entre personas del mismo sexo.

⁶⁵ TURNER y ZÚÑIGA, 2024; GAUCHÉ Y LOVERA, 2023, pp. 78-79; LATHROP, 2017.

⁶⁶ SEPÚLVEDA Y VIVALDI, 2024.

⁶⁷ POU *et al.*, 2024, p. 20.

VI. LA PROTECCIÓN DE LOS INTEGRANTES DE LA FAMILIA
EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:
LA AUTONOMÍA PROGRESIVA DE NIÑOS Y NIÑAS, Y LOS CUIDADOS

Los casos analizados a continuación manifiestan cómo el TC se inhibe de intervenir en el orden supuestamente natural de las relaciones familiares, en línea con el modelo liberal. Respecto de la sentencia sobre autonomía progresiva de niños y niñas se plantea que esta inhibición opera al establecer una línea protectora de lo que concibe como orden natural de las familias que el legislador no puede rebasar. En los fallos en materia de cuidados, lo hace evitando pronunciarse en favor de una distribución más equitativa de las responsabilidades de cuidado. Siguiendo el patrón abstencionista del texto constitucional, la interpretación minimalista que ha evidenciado el TC en ambas temáticas deja en desprotección a mujeres, niños y niñas en relación con la familia.

1. *La autonomía progresiva de niños y niñas y derechos parentales*

Debido a que la Constitución chilena no hace alusión explícita a los derechos de niños y niñas, su aplicación en el ámbito constitucional ha quedado a merced de la interpretación que el TC y la Corte Suprema hacen de sus disposiciones. No obstante, mientras la Corte Suprema ha avanzado significativamente en la materialización de estos derechos, especialmente por medio de la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño, el TC ha mostrado un desarrollo más limitado⁶⁸.

La doctrina de la jurisdicción constitucional sobre los derechos de infancia ha sido descrita como incipiente, desinformada y desprolija⁶⁹. En algunas de sus sentencias, el TC ha reconocido los derechos de niños y niñas de forma explícita⁷⁰, mientras que en otras lo ha hecho de forma indirecta a propósito del trazado de límites al derecho de los padres y madres a educar sus hijos e hijas, que no puede vulnerar los derechos de estos últimos⁷¹.

Lovera y Gauché critican la interpretación excesivamente amplia que el TC ha dado a los derechos parentales, especialmente el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos. Advierten que la combinación entre una falta de reconocimiento constitucional expreso y una férrea defensa de los derechos de padres y madres como reflejo de las concepciones arraigadas de la familia y la infancia, corre el riesgo de relegar los intereses de niños y niñas a un segundo plano frente a los de las personas adultas, convirtiéndose en un obstáculo para garantizar la protección independiente de sus derechos⁷².

⁶⁸ ESPEJO, 2023, p. 205.

⁶⁹ GAUCHÉ Y LOVERA, 2023.

⁷⁰ STC 1340-09; STC 786-07, 2867-15, entre otros.

⁷¹ GAUCHÉ Y LOVERA, 2023, pp. 91-92. Por ejemplo, en la sentencia sobre la píldora del día después, el TC determinó que las consejerías sobre anticoncepción para adolescentes no afectaban los derechos de los padres a educarlos. STC 740-2008, c. 16º.

⁷² GAUCHÉ Y LOVERA, 2023, p. 88.

Un ejemplo de esta relegación es lo que ocurre en la sentencia del TC que recayó sobre el entonces proyecto de ley sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, actualmente Ley N° 21.430⁷³. En ejercicio del control previo de constitucionalidad, el TC declaró la inconstitucionalidad de ciertas disposiciones del entonces proyecto de ley. Lo que tenían en común era que buscaban materializar algunos de los efectos de la autonomía progresiva de la niñez en su relación con los progenitores, lo que, según los argumentos de los requirientes y del propio TC en su voto mayoritario, colisiona con el derecho preferente de los padres de educar a sus hijos, reconocido en el art. 19 N° 10 de la Constitución⁷⁴. A continuación se revisan críticamente algunos argumentos de esta sentencia.

a. ¿No es una cuestión de derechos?

Para el TC, la raíz del asunto no está en la protección ni en los derechos de la infancia sino en el valor de la familia y su relación con el Estado. Y es que la familia, en tanto espacio comunitario íntimo, es una esfera de relaciones que no son regulables jurídicamente (c. 2°), en línea con la tradición liberal. Según el tribunal, esto no quiere decir que la familia no posea un sistema de reglas, sino que aquellas son libremente establecidas por el padre y la madre, guiados por su deber moral, para desplegar su autoridad y juicio para el bien de su prole. Por eso, razona, la interferencia estatal en el espacio de la familia (c. 4°), afecta la libertad de autodeterminación regulatoria de los padres y madres (c. 6°). Más aún, “[l]a educación parece, equivocadamente, concebirse bajo una óptica de derechos y prestaciones jurídicamente exigibles” (c. 7°). Como lo señaló Vial el 2006⁷⁵ a propósito del fallo del TC sobre jornada escolar completa, este tribunal parece seguir la tendencia de rehusarse a realizar un análisis centrado en los derechos humanos de niños y niñas en materia educativa⁷⁶.

Siguiendo la crítica de Espejo, el TC parece confundir dos temas: por un lado, la naturaleza de las relaciones que surgen en el seno de una familia desde el punto de vista ético; y por otro, la relevancia (o no) de reconocer derechos individuales de quienes

⁷³ STC 11.315/11.317-CPT-21 (acumuladas).

⁷⁴ El requerimiento aludía a los siguientes preceptos: 1) En el art. 11, inc. 1° [sobre autonomía progresiva], la frase: “en cuyo caso las limitaciones deben interpretarse siempre de modo restrictivo”; ii) en el art. 11, inc. 2° [sobre autonomía progresiva], la frase: “que les permiten, progresivamente, requerir menor dirección y orientación por parte de los padres y/o madres, representantes legales o las personas que los tengan legalmente a su cuidado”; iii) en el art. 31, inc. 4° [sobre derecho a reunión y manifestación], la frase: “, o por sí solos, si su edad y el grado de autonomía con el que se desenvuelven así lo permitieren”; en el art. 41, inc. 4° [sobre educación sexual y afectiva integral], la frase: “, de carácter laico y no sexista”.

⁷⁵ VIAL, 2006, p. 285.

⁷⁶ Como excepciones, se podrían mencionar los fallos sobre consejerías a niños y niñas respecto de la píldora del día después (STC 740-07) y sobre el proyecto de ley integral de violencia de género (STC 15276-24). No obstante, si bien en ambos el TC limitó los derechos parentales en pos de los derechos de sus hijos e hijas, ninguno centró su fundamentación en los niños y las niñas como sujetos de derechos.

conforman tales relaciones⁷⁷. El análisis jurídico del rol de los progenitores en relación con sus hijos e hijas debe considerar necesariamente los derechos de la infancia, pues siempre se trata de una cuestión de derechos. Sin embargo, el TC adopta una postura de carácter proteccionista, que se inscribe a su vez en una concepción liberal de la familia como un espacio desregulado jurídicamente⁷⁸.

Esta visión proteccionista de la infancia predominó en Chile y el resto de los Estados hasta la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Retrata a niños y niñas como seres incapaces, imperfectos e inocentes, completamente dependientes de la dirección y el cuidado de personas adultas, especialmente sus padres y madres. En este modelo, se asume que padres y madres tienen la libertad de desenvolverse con plena autonomía en la esfera privada de la familia, sin intervención del derecho ni del Estado, bajo la premisa de que actuarán intachablemente, guiados por su amor natural⁷⁹. Desde esta concepción, niños y niñas quedan circunscritos a dos mundos idealizados: el del espacio privado/doméstico (en oposición al mundo público) y el propio de la infancia (en oposición a la adultez)⁸⁰.

Esta relegación de la infancia a estructuras mayores como la familia, donde el derecho tiene poca o nula incidencia, refuerza su marginación. Al asumir este enfoque, el TC perpetúa una visión que subordina los derechos de la infancia a una concepción idealizada de la familia y, con eso, invisibiliza las injusticias que puedan ocurrir en este ámbito, al sustraerlas del lenguaje de los derechos.

b. La autonomía progresiva y los derechos de los progenitores

El proyecto de ley objeto del requerimiento describía la autonomía progresiva con detalle y en línea con la Convención sobre los Derechos del Niño. Su art. 11, hoy convertido en ley, prescribía que los niños y las niñas podrán ejercer sus derechos en conformidad con la evolución de sus facultades, y atendiendo a su edad, madurez y grado de desarrollo. Explica que la niñez paulatinamente va desarrollando y profundizando capacidades, entre las que se encuentran la de responsabilización y toma de decisión respecto de lo que concierne a sus vidas. Esto responde no solo a la edad sino también a factores culturales y experiencias personales y grupales que configuran su trayectoria vital. Acá llegamos al punto problemático para el TC: continuaba el proyecto señalando que esos factores “les permiten, progresivamente, requerir menor dirección y orientación por parte de los padres o madres, representantes legales o las personas que los tengan legalmente a su cuidado”.

Según explica el TC, el fundamento de su decisión de declarar la inconstitucionalidad es que aquella disposición entiende la autonomía progresiva “como una forma de

⁷⁷ ESPEJO, 2023, p. 210.

⁷⁸ Sobre la familia como espacio libre de interferencia estatal en este fallo: TURNER y ZÚÑIGA, 2024, p. 221.

⁷⁹ ARCHARD, 2004.

⁸⁰ JARA, 2023.

limitación del derecho de los padres a educar a sus hijos, a través del retiro de su participación en el desarrollo de la madurez del niño, niña y adolescente” (c. 18°), aunque sin detenerse en la legitimidad de la limitación de los derechos de la infancia⁸¹.

Lo que parece ser la *ratio decidendi* para determinar su inconstitucionalidad es que esta disposición sugiere descansar en el criterio de cada niño o niña, quienes deben calificar si “requieren” o no de la intervención parental, lo que lo tiñe de una concepción adversarial que es ajena a la relación educativa que debiese primar en esta esfera (c. 18°). El TC denuncia un avance de la acción del Estado, por medio de la regulación legal de la autonomía progresiva, en la esfera familiar y concretamente los derechos de los progenitores, reduciendo así su derecho a educar a sus hijos e hijas mediante la juridificación de la vinculación paterno filial y “el otorgamiento de derechos a hijos menores de edad susceptibles de ser invocados como límites a la autoridad de su padre o madre” (c. 7°).

Estas ideas, lejos de ser neutrales y naturales, son profundamente ideológicas⁸². Además, relativizan el estatus de niños y niñas como sujetos de derecho cuando se relaciona en el ámbito familiar, privilegiando el elemento de la protección por sobre el de la autonomía.

Como plantea Eekelaar, la relación que emana del derecho-deber de los padres a educar, orientar, proteger y cuidar a sus hijos, es mejor entendida como un privilegio que como un derecho propiamente tal. Este privilegio se hace valer no contra el niño o la niña, sino contra el Estado y terceros para ejercerlo con un rango de libertad y libre de injerencias. No obstante, advierte, se otorga y mantiene en la medida de que sean ejercidos de manera adecuada, pudiendo ser retirados en caso contrario. De esta forma, aunque sería un privilegio, lleva implícita también una responsabilidad⁸³.

Para llegar a esa conclusión, Eekelaar comprende que el cumplimiento de esta responsabilidad por parte de los padres y las madres generalmente estará motivado por un elemento emocional y moral, y no porque se trate de una obligación jurídica. Como consecuencia, la mayoría de las veces es un deber autoimpuesto, cuya observancia trae a los padres y madres satisfacción personal, y probablemente quiera ser desarrollado en un espacio libre de injerencias, por lo que no se someterán fácilmente a prescripciones normativas. De ahí que pasa a ser crucial determinar “hasta dónde se les permite a los padres cumplir sus responsabilidades de la manera que consideren óptima para su hijo”⁸⁴.

Los derechos parentales tienen como límite (y no un atentado en su esencia, como plantea el TC) el reconocimiento de la autonomía progresiva de los niños y las niñas. El

⁸¹ ESPEJO, 2023, p. 215. Lo anterior, a diferencia de los fundamentos de la sentencia previa del TC sobre las consejerías a adolescentes respecto de la píldora del día después (STC 740-2007). Asimismo, se distingue de lo que luego resuelve el TC respecto del proyecto de ley integral contra la violencia de género, que supedita los derechos de los progenitores al derecho a la educación de niños y niñas, entendiéndose en un sentido amplio que incluye una educación no sexista: STC 1527-24, c. 20°.

⁸² La libertad de enseñanza y el derecho-deber de los padres de educar a sus hijos han sido invocados por movimientos neoconservadores para litigar estratégicamente en contra de los avances de género. RUBIO-MARÍN, 2023, pp. 247 y ss.

⁸³ EEKELAAR, 2017, p. 31.

⁸⁴ EEKELAAR, 2017, p. 21.

art. 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados deberán respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres de impartirles a sus hijos e hijas dirección y orientación. Como lo ha descrito el Comité de los Derechos del Niño, y como incluso la misma Ley Nº 21.430 de Garantías de los derechos de la niñez en el art. 11 lo reconoce, el elemento de la progresividad que conlleva el concepto de la autonomía progresiva debiese implicar una disminución paulatina de la orientación de los progenitores a la vez que un aumento paulatino del ejercicio autónomo de derechos por parte de sus titulares⁸⁵.

La posibilidad de que niños y niñas tengan voz en este balance, en el marco de una relación cada vez más horizontal, no es más que una consecuencia necesaria. Sin embargo, la postura del TC, al sugerir que el derecho-deber de los padres solo tiene sentido si pueden ejercerlo según sus convicciones (c. 9º), parece subordinar el pleno desarrollo de la autonomía progresiva a este derecho parental. Esta visión no solo invisibiliza a los niños como sujetos de derechos, sino que también distorsiona la autonomía progresiva al negarle su carácter gradual. En otras palabras, asume erróneamente que la autonomía jurídica plena se alcanza en la adultez, priorizando la voluntad paterna y materna en las etapas previas. Esto implica una concepción binaria, homogénea y abrupta de la autonomía, que contradice su naturaleza evolutiva.

Reconocer la autonomía progresiva no implica despojar a los padres y las madres de su rol en la crianza, cuidado y educación de sus hijos e hijas. Simplemente, los enmarca dentro de un esquema donde niños y niñas sean entendidos y tratados como sujetos de derechos que han de ejercerse progresivamente de forma autónoma, en lugar de como dependientes absolutos hasta la adultez. La interpretación del TC, al desconocer este principio y representar a la autonomía progresiva como una fuerza antagónica frente a los derechos parentales, contradice el enfoque de los derechos de la niñez y restringe indebidamente su capacidad de ejercerlos de manera progresiva.

2. *La distribución de los cuidados en la familia*

Transformar la actual distribución de los cuidados ha sido un aspecto crucial de la agenda feminista de las últimas décadas en Latinoamérica⁸⁶. Desde los 2000, distintos países de la región han incorporado disposiciones constitucionales sobre cuidados reconociendo su valor económico y productivo⁸⁷. Asimismo, varias cortes constitucionales han declarado que el derecho al cuidado es un derecho fundamental⁸⁸.

En Chile, hasta hoy no existe jurisprudencia constitucional que refiera expresamente a los cuidados ni sus efectos en la igualdad de las mujeres. Más aún, solo en sentencias

⁸⁵ Comité de los Derechos del Niño, 2009, párr. 84.

⁸⁶ BATTHYÁNY, 2021; PAUTASSI, 2018; MARTÍNEZ *et al.*, 2024.

⁸⁷ Ver MARTÍNEZ *et al.*, 2024.

⁸⁸ Corte Constitucional de Ecuador. STC 3-19-JP/20; Corte Constitucional de Colombia. STC T-583/2023; Suprema Corte de Justicia de México. Sentencia Amparo Directo 6/2023.

recientes la jurisprudencia del TC ha comenzado a incorporar elementos de perspectiva de género⁸⁹.

En esta sección se analizan sentencias de inaplicabilidad⁹⁰. En todas ellas, las requirentes cuestionan la aplicación de disposiciones que regulan beneficios de seguridad social vinculados al cuidado y la maternidad. En un primer grupo de casos el TC se pronunció acerca de la protección constitucional de la maternidad, refiriéndose a disposiciones que regulan el fuero laboral, permiso postnatal y permisos para cuidar. En un segundo grupo, se pronunció acerca de la división de roles en las familias, a propósito de la discriminación por sexo del pago de beneficios sociales al cónyuge.

a. La (des)protección de la maternidad

En este grupo de casos, los argumentos de las requirentes ofrecieron al TC la oportunidad de clarificar qué significa la protección constitucional de la familia y si esta puede extenderse a proteger la maternidad. Como aquí se explica, el TC resuelve estos casos aplicando un test de igualdad formal sin referirse al rol de la familia ni al efecto de la maternidad en la igualdad de las mujeres.

La primera sentencia de este grupo resolvió en 2007 un requerimiento en contra del art. 174 del Código del Trabajo, que permite al juez declarar el desafuero de una trabajadora con fuero maternal cuando expira el plazo de su contrato de trabajo a plazo fijo⁹¹, que transgredía la protección constitucional de la maternidad, el principio de igualdad, la libertad de trabajo y el derecho a la seguridad social.

El TC rechazó este requerimiento estableciendo que la protección constitucional de la familia “no obliga a convertir el vínculo laboral temporal de una mujer embarazada en permanente”, pues ello impondría una carga excesiva en el empleador. Además, estimó que no existía una discriminación arbitraria, pues el fuero laboral por maternidad ya es una situación de ventaja respecto de los trabajadores varones (c. 9°).

Entre 2013 y 2014 se resolvieron varios casos en que se solicitaba la inaplicabilidad de la disposición que establece un tope de remuneraciones para el beneficio de postnatal parental, lo que implica una reducción considerable de los ingresos de mujeres con sueldos altos⁹². Las requirentes son funcionarias públicas⁹³ que recurrieron de protección alegando que la aplicación de este precepto las sustrae de la regla general que se aplica a los funcionarios públicos, quienes no están sujetos a topes de remuneración cuando gozan de licencias médicas.

En todos los casos el TC rechazó los requerimientos sin referirse a la protección de la familia ni de la maternidad. El examen constitucional de igualdad se limitó a una concepción formal, cuyo único criterio prohibido es la arbitrariedad o falta de razonabilidad. Se

⁸⁹ SEPÚLVEDA Y VIVALDI, 2024.

⁹⁰ Constitución de 1980, art. 93 N° 6.

⁹¹ STC 698-06.

⁹² Ley N° 20.545, 2011, art. 6.

⁹³ STC 2250-12, 2357-12, 2503-13 y 2482-12.

insiste en que se trata de un nuevo beneficio social, que en consideración de los recursos escasos ha sido diseñado para beneficiar a las personas con remuneraciones medias y bajas, no a quienes perciben sueldos altos⁹⁴.

En el voto de minoría de estas sentencias se afirma que la Constitución protege implícitamente la maternidad. Se afirma que “la maternidad no debe ser un costo individual, sino que social. La sociedad debe hacer tolerable esta carga de las mujeres. Ello pasa por algo básico: que no disminuyan sus ingresos durante ese período” (c. 47°).

En la sentencia Rol 7704-20 el TC tuvo una nueva oportunidad para interpretar la protección de la maternidad. Esta vez, el precepto impugnado establece la fórmula para determinar el monto diario del subsidio correspondiente a la licencia maternal⁹⁵. En el caso concreto, la requirente no se encontraba trabajando al inicio de su embarazo y argumenta que esta fórmula implica una discriminación arbitraria, pues esto no se aplica a otros trabajadores con incapacidad laboral temporal.

El TC rechazó el requerimiento por empate de votos. Los ministros que estuvieron por el rechazo estimaron que no se trataba de una cuestión de constitucionalidad (c. 10°). El voto por acoger argumentó que la diferencia de trato respecto del cálculo de los subsidios maternales y por otras incapacidades temporales constituye una discriminación arbitraria (c. 20°), sobre todo considerando que la protección de la maternidad tiene por finalidad materializar la igualdad de las mujeres (c. 21°). Se afirmó que la protección constitucional de las mujeres se materializa en la legislación laboral por medio del derecho a sala cuna, el derecho a amamantamiento, el fuero maternal, la igualdad de remuneraciones, entre otros (c. 25°).

En el 2015 el TC debió pronunciarse sobre la constitucionalidad de privar de un beneficio económico a una jueza que usó un permiso legal para cuidar a su hijo menor de un año con una enfermedad grave⁹⁶. El TC se había referido a este mismo precepto rechazando la mayoría de los requerimientos⁹⁷. Sin embargo, en este caso decidió acoger afirmando que el permiso para cuidar a un hijo gravemente enfermo se debe considerar análogo a los permisos de pre y postnatal, pues ambos se refieren a la protección de la maternidad (c. 23°)⁹⁸. Además, señaló que “las necesidades de cuidado en la primera infancia son objeto de protección en el sistema internacional de derechos humanos a nivel universal y americano, con un enfoque metodológico amplio que integra los derechos de los niños, la igualdad de género y los derechos de los trabajadores como un sistema” (c. 17°).

En un caso similar, el 2024 el TC resolvió acoger otro requerimiento en favor de una jueza que impugnaba la misma disposición⁹⁹. Sin embargo, esta vez la sentencia señala expresamente que el argumento central no es la protección de la maternidad

⁹⁴ STC 2482-12, c. 14° y ss.

⁹⁵ DFL 44, 1978, art. 8.

⁹⁶ Ley 19.531, 1997, art. 4 (modificado).

⁹⁷ STC 1801, 2113 y 2456.

⁹⁸ STC 2830-15.

⁹⁹ STC 14.595-24.

sino el derecho a la no discriminación de la mujer en el trabajo. A juicio del tribunal, se trata de una discriminación directa por sexo o género que impacta negativamente en las remuneraciones de la mujer trabajadora (c. 17°).

Las sentencias descritas demuestran cómo el TC insiste en abstenerse de interpretar qué significa la protección constitucional de la familia. A pesar de que el art. 1 del texto constitucional considera a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, la interpretación del TC parece obviarlo. Con esto se confirma una interpretación minimalista y meramente programática de la protección de la familia, sin efectos concretos.

Además, la mayoría de estos casos reafirman que para el TC la maternidad no es un aspecto esencial para la igualdad de las mujeres. La concepción formal de la igualdad llevó al TC a buscar indicios de arbitrariedad, en lugar de constatar las desventajas que en los hechos implica ser mujer y ser madre. Solo en las últimas sentencias citadas la argumentación constitucional logra incorporar la maternidad en el test de igualdad, aunque sin expandir el contenido de la protección de la familia hacia la protección de la maternidad.

b. Distribución de roles en las familias

En este segundo grupo de casos el TC resuelve requerimientos de inaplicabilidad en contra de una disposición de seguridad social que restringe beneficios (en dinero) de asignación familiar¹⁰⁰. Este precepto legal establece que la cónyuge siempre es beneficiaria de asignación familiar, pero que el cónyuge solo lo recibe cuando es “inválido”. Las requirentes son funcionarias públicas destinadas al extranjero, quienes no reciben esta prestación económica, pese a que sus pares varones casados sí.

La sentencia Rol 2320-12 acogió el requerimiento afirmando que el precepto impugnado establece una diferencia de trato basada en el sexo de los cónyuges, lo que exige un estándar de justificación especialmente alto (c. 15°). La sentencia argumenta que, si el criterio para el pago de la asignación familiar es vivir a expensas del cónyuge proveedor de la familia, entonces discriminar con base en el sexo es una diferenciación arbitraria (c. 14°).

A pesar de tratarse de un cuestionamiento similar, en la sentencia 2664-14 el TC rechazó el requerimiento. Esta vez, argumenta que este beneficio es coherente con el modelo de familia tradicional y la legislación de la época de su establecimiento, que esperaba que todo varón fuera un trabajador, salvo cuando estaba imposibilitado (c. 6° y 7°). De este modo, a juicio del TC el legislador no tuvo la intención de segregar a nadie (c. 9°) y la diferenciación no puede estimarse como arbitraria o carente de razón (c. 10°).

La sentencia continúa insistiendo en que la finalidad de la asignación familiar es contribuir a paliar el estado de necesidad de los miembros de la familia que no pueden ganar por sí mismos su sustento, “como son la señora en el hogar y el marido inválido” (c. 14°). Como las prestaciones de seguridad social suelen ser focalizadas en sectores

¹⁰⁰ DFL 150, 1981, art. 3 a).

mayoritarios, el criterio del legislador parece razonable, pues al tener un marido sano las requirentes no padecen del estado de necesidad que el beneficio intenta mitigar (c. 16°).

La sentencia finalmente reconoce que la diferencia de trato se basa en el sexo de los cónyuges, pero siguiendo una concepción de igualdad formal, todo lo que la Constitución exige al legislador es que la decisión sea razonable (c. 25°). Destaca que, si bien la sociedad ha transitado hacia una mayor igualdad entre hombres y mujeres, la incorporación de las mujeres al mercado laboral no se iguala ni cuantitativa ni cualitativamente a la participación de los hombres y para el legislador es admisible establecer diferencias (c. 26°).

En esta sentencia el tribunal justifica la diferencia de trato reafirmando la razonabilidad de legislar en función de la división sexual del trabajo. Como se ha visto, bajo la óptica de la igualdad formal y de la discriminación como arbitrariedad es perfectamente admisible que una diferencia por sexo o género sea justificada. Como se analizó en los casos anteriores, respecto de la protección de la maternidad la Constitución parece ser neutra y solo en la jurisprudencia más reciente la maternidad es relevante en la igualdad de las mujeres. En este segundo grupo de casos, al menos respecto de la última sentencia, la Constitución no es neutra y justifica al legislador cuando refuerza un modelo determinado de familia.

IV. CONCLUSIONES

El trato jurídico de la familia en los Estados liberales evidencia una predilección por un modelo tradicional que implica relaciones de poder y roles preestablecidos. Más aún, este abordaje tiende a perpetuar e intensificar dichas estructuras al formalizar construcciones sociales presentadas como naturales, impactando negativamente en infancias y mujeres. En el caso de niños y niñas, la regulación familiar en la esfera privada supedita el ejercicio de sus derechos a las decisiones de sus progenitores. Respecto de las mujeres, la separación de esferas oculta las desigualdades intrafamiliares y sus efectos en la plena realización de sus derechos.

El constitucionalismo chileno reconoce y protege a la familia asegurando su autonomía y la no injerencia del Estado. Sin embargo, se abstiene de incidir en las relaciones que se dan bajo el seno familiar y en corregir las desigualdades que allí se gestan. Cuando el TC, como intérprete constitucional principal, se ha pronunciado acerca de estas relaciones, ha sido, principalmente, para reforzar las posiciones desventajadas dentro del espacio privado.

En el caso de niños y niñas, el TC traza una frontera en el umbral del hogar a la hora de hacer efectivos sus derechos, sobre todo en lo que concierne a su capacidad de agencia. La jurisprudencia del TC vuelve la autonomía progresiva y los derechos de niños y niñas como antagonistas de los derechos de sus progenitores. Respecto de las mujeres y los cuidados, la jurisprudencia del TC niega la protección constitucional de la maternidad, reforzando la división sexual del trabajo.

La interpretación del TC denota la urgencia de abrirse a la constitucionalización del derecho de la familia, asumiendo que la regulación de la familia no puede quedar relegada a la codificación civil, sino además interseccionar con el derecho público. Esto implica poner en diálogo distintas áreas del derecho y derribar la escisión público-privado no solo en la discusión teórica, sino también jurídica, acerca de la familia. En este diálogo, la interpretación del TC en aspectos vinculados con la familia es crucial.

BIBLIOGRAFÍA

- ARCHARD, David, 2004: *Children. Rights and childhood*, Oxford, Routledge.
- BATTHYÁNY, Karina: 2021: *Miradas latinoamericanas a los cuidados*, Ciudad de México-Buenos Aires, CLACSO, Siglo XXI Editores.
- BRIDGEMAN, Jo y MONK, Daniel (ed.), 2000: *Feminist perspectives on Child Law*, Londres, Cavendish Publishing.
- CAAMAÑO, Eduardo, 2010: "Mujer y Trabajo: Origen y Ocaso Del Modelo Del Padre Proveedor y La Madre Cuidadora", *Revista de Derecho (Valparaíso)*, N° 34. <https://doi.org/10.4067/S0718-68512010000100005>.
- CARRASCO, C., BORDERÍAS, C. y TORNS, T. (eds.), 2019: *El trabajo de cuidados: historia, teoría y políticas* (2ª edición), Madrid, Catarata.
- CODDOU, Alberto, 2024: "La trayectoria histórica de la igualdad constitucional en Chile: reconstrucción de un lento despertar", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 46. <https://doi.org/10.4151/ISSN.07176260-Num.46-Fulltext.1257>.
- CORRAL, Hernán, 2005: "La familia en los 150 años del Código Civil chileno", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, N° 3, pp. 429-438.
- DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel, 2019: *Igualdad constitucional y no discriminación*, Santiago, Tirant lo Blanch.
- EEKELAAR, John, 2006: *Family law and personal life*, Nueva York, Oxford University Press.
- EEKELAAR, John, 2017: "Responsabilidad parental como privilegio", en Lathrop, Fabiola y Espejo, Nicolás (eds), *Responsabilidad parental*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 13-32.
- ESPEJO, Nicolás e IBARRA, Ana María (eds.), 2019: *Constitucionalización del derecho familiar. Perspectivas comparadas*, Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.
- ESBORRAZ, Fabio David, 2015: "El concepto constitucional de familia en América Latina. Tendencias y proyecciones", *Revista de Derecho Privado*, N° 29, pp. 15-55.
- ESPEJO, Nicolás, 2023: "Desconocimiento y subordinación: Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de Chile al Proyecto de Ley que establece un Sistema de Garantías de Derechos de la Niñez", *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales*, pp. 203-222.
- ESPEJO, Nicolás y LOVERA, Domingo (editores), 2020: *La constitucionalización de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en América Latina*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch.
- ETCHEBERRY, Leonor, 2019: "La constitucionalización del derecho de familia en Chile. Una mirada a través del derecho a la identidad", en Espejo, Nicolás e Ibarra, Ana María (editores), *Constitucionalización del derecho familiar. Perspectivas comparadas*, Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, pp. 191-128.
- FREDMAN, Sandra, 2002: *Women and the Law*, Oxford, Oxford University Press.
- GAITÁN, Lourdes, 2006: "La nueva sociología de la infancia. Aportaciones de una mirada distinta", en *Política y Sociedad*, vol. 43, N° 1, pp. 9-26.

- GAUCHÉ, Ximena y LOVERA, Domingo, 2023: "Chile", en Espejo, Nicolás y Lovera, Domingo (editores), *La constitucionalización de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en América Latina*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch México, pp. 75-118. <https://doi.org/10.7203/CEFD.18.103>.
- GUASTINI, Riccardo, 2003: "La 'Constitucionalización' del ordenamiento jurídico: El caso italiano" (trad.), en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, pp. 49-74.
- IGAREDA, Noelia, 2009: "De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado", en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Nº 18.
- JARA, María José, 2022: "La infancia entre lo público y lo privado. Una revisión al valor de la familia en Rawls", *Universitas*, Nº 37. <https://doi.org/10.20318/universitas.2022.6573>.
- JARA, María José, 2023: "Tras el umbral del hogar: Niñez, derechos humanos y familia", en López, Patricia (directora), *Estudios de Derecho de Familia, Actas de las VI Jornadas Nacionales*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 209-236.
- KYMLICKA, Will, 2002: *Contemporary Political Philosophy: An Introduction* (2ª edición), Oxford, Oxford University Press.
- LATHROP, Fabiola, 2017: "Constitucionalización y jurisprudencia constitucional en el derecho de familia chileno", *Revista de Estudios Constitucionales*, Nº 1, pp. 329-372. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002017000100011>.
- MACKINNON, Catharine, 1994: *Feminism Unmodified*, Cambridge-Londres, Harvard University Press.
- MARTÍNEZ, V., HENRÍQUEZ, M. y RODRÍGUEZ M., 2024: "Derecho al Cuidado: ¿Nuevo Derecho Humano En Latinoamérica?", *Estudios Constitucionales*, vol. 22, Nº 2, pp. 287-315. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002024000200287>.
- NUSSBAUM, Martha, 2007: *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership* (1ª edición Kindle), Cambridge, Massachusetts, Londres, The Belknap Press of Harvard University Press.
- NUSSBAUM, Martha, 2017: *Las mujeres y el desarrollo humano* (2ª edición), Barcelona, Herder.
- O'NEILL, Onora, 1992: "Children's rights and children's lives", *International Journal of Law and the Family*, vol. 6, Nº 1. <https://doi.org/10.1093/lawfam/6.1.24>.
- OAKLEY, Ann, 1994: "Women and children first and last: parallels and differences between children's and women's studies", en Mayall, Berry (eds), *Children's childhood. Observed and experienced*, Londres, Routledge, pp. 13-33.
- OKIN, Susan Moller, 1989: *Justice, Gender and the Family*, Nueva York, Inc. Publishers.
- PATEMAN, Carole, 2018: *The sexual contract*, Stanford, Stanford University Press.
- PAUTASSI, Laura, 2018: "El cuidado como derecho. Un camino virtuoso, un desafío inmediato", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 68, Nº 272-2. <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2018.272-2.67588>.
- POU, F., RUBIO-MARÍN, R., UNDURRAGA, V. (2024), *Women, gender, and constitutionalism in Latin America*, Londres, Nueva York, Routledge, Taylor & Francis Group.
- RUBIO-MARÍN, Ruth, 2015: "The (Dis)Establishment of Gender: Care and Gender Roles in the Family as a Constitutional Matter", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, Nº 4, 2015. <https://doi.org/10.1093/icon/mov059>.
- RUBIO-MARÍN, Ruth, 2022: *Global gender constitutionalism and women's citizenship: a struggle for transformative inclusion*, Cambridge, Cambridge University Press.
- RUBIO-MARÍN, Ruth, 2023: "La munición constitucional del movimiento global antigénero", *Teoría y Realidad Constitucional*, Nº 52, pp. 233-65. <https://doi.org/10.5944/trc.52.2023.39016>.
- SEPÚLVEDA, Bárbara y VIVALDI, Lieta, 2024: "La perspectiva de género como hermenéutica en el control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional chileno", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 37, Nº 2, pp. 87-109. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502024000200087>.
- SOTO KLOSS, Eduardo, 1994: "La familia en la Constitución Política", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 21, Nº 2, pp. 217-225.

- TAPIA, Mauricio, 2007: "Constitucionalización del derecho de familia(s): el caso chileno. Las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 8, p. 155-199.
- THORNE, Barrie, 1993: *Gender play: Girls and boys in school*, Nueva Jersey, Rutgers University Press.
- TRONTO, Joan, 2013: *Caring Democracy: Markets, Equality, and Justice*, Nueva York, New York University Press.
- TURÉGANO, Isabel, 2001: "La dicotomía público/privado y el liberalismo político de J. Rawls", *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 24. <https://doi.org/10.14198/DOXA2001.24.12>.
- TURNER, Susan y ZÚÑIGA, Yanira, 2024: "Caracterización y función del concepto jurídico de familia en la jurisprudencia de la Corte Suprema Chilena", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 28, N° 2, pp. 205-234.
- UDI, Juliana, 2017: "El valor de la familia en la teoría de la justicia de Rawls", *Isonomía*, N° 47, pp. 109-134. <https://doi.org/10.5347/47.2017.49>.
- UNDURRAGA, Verónica y ZÚÑIGA, Yanira, 2024a: "El proceso constituyente chileno 2021-2022: reflexiones desde el constitucionalismo de género", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 37, N° 2, pp. 129-152. <https://doi.org/10.4067/S0718-09502024000200129>.
- UNDURRAGA, Verónica y ZÚÑIGA, Yanira, 2024b: "The Role of Chilean Constitutional Law in Gender (In)Equality", en Pou, F., Rubio-Marín, R., Undurraga, V., *Women, gender, and constitutionalism in Latin America*, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, pp. 230-255.
- VALDÉS, Ximena, 2017: *La vida en común. Familia y vida privada en Chile y el medio rural en la segunda mitad del siglo XX* (1ª edición), Santiago, Lom Ediciones.
- VALPUESTA, Rosario, 2012: *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- VIAL, Tomás, 2006: "El Fallo del Tribunal Constitucional sobre el proyecto que modifica el régimen de Jornada Escolar Completa y sus repercusiones respecto del derecho a la educación y a la libertad de enseñanza", en *Revista Derechos del Niño*, UNICEF-Universidad Diego Portales, N° 3 y 4.
- WINTERSBERGER, Helmut, 2006: "Infancia y ciudadanía: El orden generacional del Estado de Bienestar", *Política y Sociedad*, vol. 43, N° 1, pp. 81-103.
- WOLLSTONECRAFT, Mary, 2015: *A vindication of the rights of woman*, Londres, Random House Publishing Group.
- ZÚÑIGA, Yanira y TURNER, Susan, 2013: "Sistematización comparativa de la regulación de la familia en las constituciones latinoamericanas", *Revista de Derecho (Coquimbo)*, vol. XX, N° 2. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532013000200010>.

Normas jurídicas

CONSTITUCIÓN de 1980.

DFL 44, Fija normas comunes para los subsidios por incapacidad laboral de los trabajadores dependientes del sector privado, publicado el 24 de julio de 1978.

DFL 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, publicado el 25 de marzo de 1982.

LEY N° 19.531, Reajusta e incrementa las remuneraciones del poder judicial, publicada el 7 de noviembre de 1997.

LEY N° 20.545, Modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso postnatal parental, publicada el 17 de octubre de 2011.

Jurisprudencia

- CORTE Constitucional (Colombia), sentencia de 14 de febrero de 2024, rol T-583/2023.
CORTE Constitucional (Ecuador), sentencia de 5 de agosto de 2020, rol 3-19-JP/20.
SUPREMA Corte (México), sentencia de 18 de octubre de 2023, rol 6/2023.
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 7 de marzo de 1994, rol 184-94.
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 13 de junio de 2007, rol 786-07.
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 14 de septiembre de 2007, rol 698-06.
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 18 de abril de 2008, rol 740-2008.
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 29 de septiembre de 2009, rol 1340-09.
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 12 de mayo de 2011, rol 1849-19.
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 18 de junio de 2013, rol 2250-12.
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 4 de julio de 2013, rol 2357-12.
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 14 de agosto de 2013, rol 2320-12.
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 13 de marzo de 2014, rol 2503-13.
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 19 de junio de 2014, rol 2482-12.
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 28 de mayo de 2015, rol 2664-14.
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 24 de diciembre de 2015, rol 2830-15.
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 12 de abril de 2016, rol 2867-2015.
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 15 de abril de 2020, rol 7704-20.
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 26 de julio de 2021, rol 11.315/11.317-CPT-21 (acumuladas)
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 8 de abril de 2024, rol 15.276-24.
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 7 de mayo de 2024, rol 14.595-24.

Otros

- ACTAS Comisión de Estudios Nueva Constitución. Sesión 93, de 5 de diciembre de 1974.
COMITÉ de los Derechos del Niño, 2009: *Observación general N° 12. El derecho del niño a ser escuchado*.
CONSEJO Constitucional. Propuesta Constitución Política de la República de Chile, 2023
CONVENCIÓN Constitucional. Propuesta Constitución Política de la República de Chile, 2022.