



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

**DERECHO A VIVIR EN FAMILIA. ESPECIAL REFERENCIA
A LA RELACIÓN PATERNO FILIAL HOMO(LESBO)PARENTAL**

BERNARDITA PAZ NAVARRETE RICKE

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae para
optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

Profesora Guía: Lucía Rizik Mulet

Santiago, Chile
2018

A mi mamá

Índice

Introducción.....	1
1. Familia: multiplicidad en el conceptos.....	3
2. Elementos constitutivos del derecho a vivir en familia.....	15
2.1 Interés superior del niño.....	16
2.2. Principio de igualdad de los hijos.....	17
2.3. Derechos de los niños, niñas y adolescente de vivir en familia.....	21
2.4. Derecho de igualdad y a la no discriminación.....	28
3. Cuidado personal y adopción: instituciones que permiten concretar el derecho de los niños a vivir en familia.....	35
4. Responsabilidad parental.....	41
4.1. Deberes.....	42
4.2. Privilegios.....	43
4.3. Derechos.....	43
Conclusión.....	45
Bibliografía.....	48

Introducción

Los cambios en nuestra sociedad son constantes. Todos los grupos han mutado, sobre todo el grupo que dice en relación al ser el pilar fundamental de nuestra sociedad: la familia.

Es indudable que los primeros conocimientos que tenemos de la familia, se deben a un concepto tradicional de ésta. Cuando de familia nos referimos, se nos esboza en la mente la imagen de grupo de personas compuestas por un padre, una madre y los hijos en común. Además, le agregamos un elemento aún más tradicional, esto es, la unión de los padres por medio del matrimonio.

No obstante, cuando dejamos de realizar ese dibujo mental, comenzamos a incorporar o eliminar componentes. Puede ser que esa familia tradicional se vea aumentada por otros integrantes como abuelos, o bien disminuida, cuando la familia es integrada por solo un padre.

Es por ello, que el objetivo de este trabajo es reconocer las modificaciones que el concepto de familia ha sufrido a lo largo de los años, pudiendo obtener un concepto amplio de lo que es familia, entendiendo entonces que no existe el modelo tradicional y nuclear, sino que se agregan otros elementos, como puede ser la familia extensa o la comunidad.

Respecto a la familia nuclear, este estudio tiene por objeto reconocer no solo a un padre y a una madre destinados a procrear, criar, amar y educar a los hijos, sino reconocer la posibilidad de criar, amar y educar a niños, niñas y adolescentes que se encuentran en un escenario vulnerable y que requieren ser parte de otra familia cuando se vean obligados a ser separados de su familia de origen, y puede ser que esa nueva familia no requiera estar compuesta por solo adultos responsables

(entendiendo por tal a los padres) que se encuentren ligados por el matrimonio, mas puede estar compuesta por personas que se encuentran unidas de hecho que inclusive puedan ser de igual o distinto sexo.

La importancia de que estos niños, niñas y adolescentes se desarrollen en un hogar lleno de cariño y preocupación, no se sostiene por una sola teoría, sino que se encuentran determinados según los principios consagrados en tratados internacionales ratificados por Chile y que nuestro ordenamiento jurídico interno ha debido ajustarse a ellos, con el solo propósito de otorgarles el pleno ejercicio de los derechos estipulados y amparados en estos tratados con el solo objetivo de entregarles a esos niños las herramientas necesarias para que una vez siendo adultos se inserten adecuadamente al resto de la sociedad y puedan enfrentar las obstáculos que se le pueden presentar.

Es por ello, que se realizará un estudio respecto de la responsabilidad parental, entendiendo que son los niños, niñas y adolescentes sujetos de derecho y son los padres los que tienen un privilegio frente al Estado, el cual tiene el deber de proteger y no inmiscuirse en la crianza de los hijos, siempre y cuando los adultos responsables cumplan con sus deberes, como es el cuidado, cariño, dedicación, amor y educación.

1. Familia: multiplicidad en el conceptos

En la primera parte de este trabajo se realizará un estudio de las modificaciones que el concepto de familia ha tenido a lo largo de los cambios que ha sufrido nuestra sociedad, siendo una necesidad imperante la de comprender que la familia del concepto tradicional ya no es la misma, sino que ha ido mutando, en virtud de su constitución e integrantes.

La Constitución Política de Chile, (en adelante, “CPR”) hace referencia en su artículo 1º a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad.

De este modo, el constituyente optó por no definir expresamente el concepto de familia, cuestión que no parece tarea fácil. La Comisión de la Nueva Constitución (en adelante la Comisión Ortúzar), se manifestó contraria a realizar tal definición¹. Tampoco se hizo en el Código Civil chileno (en adelante “CC”), ya que este se abocó a regular conflictos patrimoniales y personales en torno a las relaciones familiares².

Al respecto, es posible señalar que nuestro CC reguló las instituciones vinculadas al Derecho de Familia en cada uno de sus Libros. De este modo, en el Libro Primero, referido a ‘Las personas’, contiene disposiciones relativas al matrimonio, la filiación y patria potestad, el nombre, la determinación del apellido a partir de la filiación, el domicilio e incluso protege la privacidad en el ámbito familiar reservado³. En el Libro Segundo, si bien hace referencia a los bienes, también

¹ En la sesión número 191 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución se acordó que la redacción del artículo primero se consagraría lo siguiente: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad y el Estado la protegerá y propenderá a su fortalecimiento”.

² Sin perjuicio a la referencia establecida en el artículo 815 a propósito de del derecho de uso y habitación.

³ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Constitucionalización del Derecho de Familia(s) el caso chileno: Las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social. Revista Chilena de Derecho Privado, 2007 [en línea]. [Fecha de consulta: 23 de noviembre de 2017]. Disponible en <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370840820004>>. 163p.

incorpora algunas disposiciones que permiten proteger el patrimonio familiar. En el Libro Tercero sobre la sucesión por causa de muerte y las donaciones entre vivos, estableció asignaciones forzosas con el solo objeto de proteger a la familia nuclear y también ampliada. Finalmente, el Libro Cuarto, sobre las obligaciones en general y los contratos, regula de manera detallada el inicio, funcionamiento y término de la sociedad conyugal, y más recientemente, la sociedad de participación en gananciales.

En atención a lo anteriormente dicho, se puede señalar que la regulación de la familia se encuentra sustentada bajo dos instituciones: el matrimonio y la filiación. Respecto al matrimonio, el CC no reconoce otra forma de unión que no sea la matrimonial, oponiéndose al principio de igualdad constitucional, siendo este reconocido con anterioridad a la dictación del Código de Andrés Bello⁴, sin perjuicio de que al día de hoy, ya se ha incorporado al ordenamiento jurídico otras instituciones jurídicas que regulan las relaciones afectivas.

Respecto a este principio, que actualmente se encuentra consagrado en el artículo 1 y 19 n° 2 de la CPR, el profesor Mauricio Tapia destaca que el CC debe ajustarse a este y a los tratados internacionales ratificados por Chile. Así mismo, sostiene el profesor que se transgrede este principio en atención a que existen “severas restricciones impuestas a los cónyuges, quienes no podían elegir la forma en que se suscribiría el matrimonio, ni optar por diferentes regímenes de bienes, ni divorciarse, así como el desconocimiento y falta de regulación de las parejas estables, heterosexuales u homosexuales, formadas al margen del matrimonio”.

El Tribunal Constitucional estableció que el artículo primero de la CPR consagra una de las disposiciones que configuran “principios y valores básicos de fuerza

⁴ Op. cit. 164p.

obligatoria que impregnan toda la Constitución de una finalidad humanista que se irradia en la primacía que asignan sus disposiciones a la persona humana [...]. Se trata de principios y valores [...] que constituyen mandatos expresos para gobernantes y gobernados”⁵.

El debate que se entabló en la Comisión Ortúzar en cuanto a qué familia se debía proteger, es decir, solo aquella familia matrimonial o a aquella cuyo vínculo no se funda en la sola institución del matrimonio. Silva Bascuñán se refirió al respecto, señalando que la “manera más adecuada de propender a que, por una parte, el fortalecimiento de la familia descansa sustancialmente en el matrimonio y, por otra parte, que, en cuanto corresponda en justicia, sea tomado en cuenta el hecho de los hogares formados al margen de la institucionalidad matrimonial o de aquellos en que no conviven ambos cónyuges”⁶.

Podría señalar que es la Ley 19.947 (Ley de Matrimonio Civil en adelante NLMC) es en definitiva quien define esta materia en su artículo primero, consagrando que el matrimonio es la base principal para constituir una familia, y en este sentido se podría afirmar que “el concepto [...] de familia debe tener un contenido determinado [...] fundada en el matrimonio”⁷.

El artículo primero de la NLMC consagra el matrimonio como base principal de la familia. Por ‘base principal’ entendemos que esta ley reconoce la existencia de otras maneras de constituir una familia. Sin embargo, Mariacruz Gómez de la Torre defiende que la NLMC “valora y promueve la preservación del matrimonio”.

⁵ Tribunal Constitucional (2012): Rol N° C-23.844-2012, 25 de agosto de 2015. [Fecha consulta: 28 de octubre de 2017]. Disponible en: <https://www.camara.cl/camara/media/docs/fallos/rol2747.pdf>

⁶ Cámara de Diputados de Chile. [Fecha consulta: 28 de octubre de 2017]. Disponible en <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmTIPO=DOCUMENTOCOMUNICACIONCUENTA&prmID=6913>

⁷ RAMOS PAZOS, René. Derecho de Familia. Tomo I. 6^a ed., Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2009. 11 p.

El artículo 102 del CC no incluyó modificaciones en cuanto a su contenido, segregando a aquella familia que no se encuentra constituida por el matrimonio. Tal es la importancia que se le da al matrimonio como base fundamental para constituir familia, que el artículo 2 de la NLMC salvaguarda el derecho a contraer matrimonio, siendo este “un derecho esencial inherente a la persona humana, si se tiene edad para ello.”⁸, privilegiando el vínculo matrimonial como medio para constituir familia⁹.

Pero si la Constitución no se refirió a determinar cómo se constituye una familia, nos parece impropio que una ley especial salvaguarde que ésta es a partir principalmente por la celebración de un matrimonio, es decir, un contrato solemne celebrado entre un hombre y una mujer, dejando de lado toda aquella familia que no es conformada por un matrimonio.

Respecto a que el matrimonio es la principal forma de constituir familia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-24/17 sostiene que, si bien la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce en su artículo 17.2 el “derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia”, la Corte interpreta que esta unión no se encuentra formulada de manera restrictiva de “cómo debe entenderse el matrimonio o cómo debe fundarse una familia”¹⁰, ya que el objetivo de la Convención Americana es la de proteger los derechos humanos. Incluso, tanto el Protocolo de San Salvador y la Declaración Americana no realiza una definición de familia, sino que se refiere al derecho que toda persona tiene de constituir familia, no haciendo alusión al sexo, género u orientación sexual. Por último la

⁸ Artículo 2 de la Ley N° 19.947.

⁹ LEPIN MOLINA, Cristián. Los nuevos principios del Derecho de Familia. Revista Chilena de Derecho Privado [en línea]. [Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2017]. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/rchdp/n23/art01.pdf>

¹⁰ Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica sobre la identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. [Fecha de consulta: 17 de enero de 2018]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf 75p.

Declaración de los Pueblos Indígenas es aún más amplia, al referirse a sistemas de familia¹¹.

En cuanto a su estructura, podríamos decir que la regulación sobre la familia, actualmente se sustenta en la protección de las personas o individuos que se vinculan entre sí, más que en el conjunto que sus miembros conforman. De este modo, el legislador se ha encaminado a regular las relaciones de sus componentes de manera aislada y a tratar a los miembros de la familia como seres autónomos, procurando resguardar el derecho de cada uno de los miembros al libre desarrollo de su personalidad. Así por ejemplo están las disposiciones que regulan las relaciones entre el marido y la mujer, y las normas que regulan las relaciones de los hijos con sus padres. Lo que en definitiva se traduce en enfocar la reglamentación desde la perspectiva individual de sus integrantes¹².

Hernán Corral sostiene que el Derecho de Familia tiene una sola finalidad, la que consiste en promover, incentivar y favorecer una realidad pre legal: la familia, y que ésta debe ser entendida en que se determina mediante una persona humana femenina y otra masculina, para que puedan realizarse como personas mediante la procreación y la socialización de los hijos. Sustenta esta teoría, señalando además que el Derecho de Familia solo considera a un grupo determinado y específico de personas, siendo per se un Derecho discriminatorio, aunque lo defiende como una discriminación positiva, en que su objeto es promover y proteger los conflictos que solo pueden ser resueltos por una legislación específica¹³.

¹¹ Op. cit. 76p.

¹² DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. Los principios que informan el Derecho de Familia chileno: Su formulación clásica y su revisión moderna. Revista Chilena de Derecho [En línea] 2005, 32 (Mayo-Agosto). [Fecha de consulta: 02 de noviembre de 2017]. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177021336001>>

¹³ CORRAL TALCIANI, Hernán. Matrimonio, parejas del mismo sexo y Derecho de Familia. Matrimonio en conflicto, visiones rivales sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. Chile, 2015. 192p.

Respecto a esto mismo, se sostiene que la institución del matrimonio¹⁴, y por ende la de la familia, se vería vulnerada, por cuanto existe una naturaleza que el hombre no puede ir en contrario, debido a que ciertas conductas, como la homosexualidad, contradicen la dignidad humana, por lo que la ley no debería dar “una cobertura legal para legitimar, proteger, promover o favorecer este tipo de agrupaciones. [...] los criterios de justicia inherentes a la naturaleza humana, sólo puede legítimamente proteger y promover la familia propiamente tal, esto es, aquella comunidad generada por un compromiso de justicia y amor entre un hombre y una mujer”¹⁵. Este pensamiento se basa en lo observado por el psicólogo Gerard J. M van den Aardweg, en que la homosexualidad no es parte de la condición personal innata de una persona, sino que es posible que esta condición provenga de trastornos psicológicos por lo que debiese ser tratado mediante la medicina con la posibilidad de obtener una recuperación del paciente¹⁶.

Nos parece equivocado sostener que la homosexualidad sea una enfermedad, y por tanto considerar que una familia que se conforma por dos personas del mismo sexo sea inconcebible por no tener las competencias sociológicas para ello por ser una relación disfuncional o anormal. Empero, en la IV Conferencia Mundial de la Mujer se determinó que la estructura de la familia se conforma según la dinámica de relaciones que se dan en su seno, por lo que se podría decir, que no es decisivo si la familia tiene un origen natural o adoptiva, o si se conforma por parejas de igual o distinto sexo, ya que lo fundamental es que los integrantes de

¹⁴ Raúl Madrid sostiene que los cambios al cual el matrimonio debe ser sometido, no son solo cambios por una mutabilidad de la sociedad, y que va más allá de los intereses de los homosexuales o de un grupo determinado de personas. En su escrito “Presupuestos metodológicos de la idea de matrimonio del mismo sexo”, plantea que para que exista un cambio, los defensores del matrimonio homosexual deben demostrar: “(a) la diferencia sexual es totalmente muda frente a la definición de la masculinidad o femineidad de los individuos concretos; (b) que el sujeto humano solo se reduce a un flujo continuo de conciencia, si ninguna otra cosa o elemento que permanezca idéntico o reconocible en el tiempo o del espacio; y (c) que el matrimonio no puede ser definido, ni posee finalidad alguna que se encuentre vinculada con la división de la humanidad en principios masculino o femeninos, y que estos nada tienen que ver con la perpetuación de la especie.”

¹⁵ Op.cit. 195p.

¹⁶ Op.cit. 198p.

esa familia, y en especial el niño o los niños se encuentren sumergidos en una relación donde el amor y el cuidado es primordial, debiendo ser en definitiva, la familia un lugar de protección hacia el menor¹⁷.

Asimismo, la Corte Interamericana sostiene que tanto el concepto de matrimonio como el de familia ha ido cambiando, donde más bien el sentido religioso o filosófico ha imperado como motivo para mantener al matrimonio como contrato exclusivo para parejas heterosexuales. No obstante, reconoce que estos pensamientos tienen un fundamento convencional, insistiendo por tanto, que la Corte no puede formar parte de dichas convicciones, ya que estarían condicionando sus decisiones, siendo opuesto a las ideologías que ésta posee.¹⁸

Sin perjuicio de lo anterior, pareciese ser razonable considerar que la familia se sustenta en el matrimonio, siempre y cuando hagamos referencia a una sociedad chilena, la que en sus comienzos era una sociedad que se conformaba mediante relaciones de carácter marital y religioso y que la familia solo se daba a entender en que el hombre ocupaba un rol de monarca, la mujer por su parte debía ser gobernada por este y respecto a los hijos que nacían de esta unión, debían obediencia al padre como amo y señor de esta relación llamada familia.¹⁹

Lo anterior hace referencia a una sociedad regulada por el Código Civil del siglo XIX, donde el concepto de familia se vio englobado en torno al matrimonio en

¹⁷Movilh. [Fecha consulta: 07 de octubre de 2017]. Disponible en http://www.movilh.cl/documentacion/tuicion_madres_y_padres_homosexuales.pdf

¹⁸ Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica sobre la identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. [Fecha de consulta: 17 de enero de 2018]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf 85p.

¹⁹ Respecto a esta conformación anacrónica de familia donde el matrimonio es el sustento de ésta, el Ministro Bertelsen de la Corte de Apelaciones de Santiago que conoció del recurso de protección 'Peralta y Arias' sostuvo "que la importancia social del matrimonio se expresa en los fines que el artículo 102 del Código Civil le reconoce, entre los cuales incluye la procreación, por lo que es congruente que la ley reserve su celebración únicamente a personas de distinto sexo ya que sólo la unión carnal entre ellas, es la que naturalmente puede producir la procreación, y excluya de su celebración a personas del mismo sexo".

cuanto a un contrato y la institución de la filiación; instituciones que estaban reguladas en atención a una organización económica agrícola y doméstica, impregnada de una visión católica y patriarcal²⁰, debiendo regular entonces además a aquellos hijos naturales y las relaciones no matrimoniales, consideradas incluso como delito.

Al parecer esta determinación anacrónica no se escapa de aquellos que aún consideran como insuficiente y cuestionable los cambios sociales y culturales que ha vivido el país durante más de un siglo, en el sentido de establecer que la teoría de la familia solo acaba en determinar la existencia legal de ésta como una sola y no como pluralidad de formas de familia, ya que si se concibiera esta pluralidad, la familia perdería su identidad²¹. Janne Haalan Matlary ampara esta posición, señalando que “El problema es que si cualquier relación humana puede ser calificada de familia, entonces ninguna lo es específicamente. Si todo es familia, nada es familia”. Es por ello que sostiene “que es necesario no mezclar lo que son especies de vida en familia, con las formas o modelos que dan origen a la institución familiar.”²²

De manifiesto queda que en constituciones recientes no se ha definido familia, entendiéndose entonces que el constituyente no ha querido encasillar el concepto, por lo que en definitiva nos permite ampliar la noción que nos presenta Corral respecto de lo impropio que es la pluralidad de familia. Si bien reconoce una modificación en cuanto a nuestra sociedad y cultura, no reconoce la diversidad de conceptos en esta materia, situación que nos parece poco actual y necesaria a la realidad que hoy se vive, no solo en Chile sino también a nivel mundial.

²⁰ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Constitucionalización del Derecho de Familia(s) el caso chileno: Las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social. Revista Chilena de Derecho Privado, 2007 [en línea]. [Fecha de consulta: 25 de septiembre de 2017]. Disponible en <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370840820004>>. 163p.

²¹ CORRAL TALCIANI, Hernán. ¿Del Derecho de Familia a un Derecho de las Familias? Reflexiones críticas sobre la teoría de la “pluralidad de formas de familia”. Revista de Derecho de Familia. II (6). 2015. 33-34p.

²² Op.cit.

Claro ejemplo de lo anterior es la legislación colombiana al permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo a partir de las interpretaciones que ha realizado la Corte Constitucional colombiana en torno al artículo 42²³ de la Constitución Política de dicho país. E incluso un ejemplo aún más cercano es la Ley de Acuerdo de Unión Civil que amplía de manera implícita el concepto de familia en nuestra legislación.

Pero es cierto que la mutación de la familia ha sido un cambio sociológico lento²⁴ y que nuestro ordenamiento jurídico no se ha adelantado ni tampoco se ha apresurado en realizar modificaciones. Es por ello que el legislador ha tratado de mantener el espíritu conservador de nuestro CC evitando así cambios drásticos, produciendo en el Derecho un retardo a las reacciones y cambios socioculturales “y que, en general, pertenecen (los cambios) a un conjunto de reformas que de un modo paulatino han ido sustituyendo o modificando la mayor parte de los pilares clásicos del Derecho de Familia”²⁵.

Al respecto, Mauricio Tapia considera que “las modificaciones legales fueron impulsadas por la lenta, aunque inexorable, transformación de las costumbres. Sólo tardíamente el Derecho Civil reaccionó”. Sin perjuicio de ello, no existe una

²³ Artículo 42 de la Constitución Política de Colombia: La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia.

²⁴ María de la Luz Álvarez Marín, socióloga de la Universidad de Chile, explica que los cambios sociológicos que ha sufrido la familia durante el siglo XXI, han sido mutabilidades lentas, en que se deben considerar los cambios demográficos, tales como la disminución del número de hijos por familia, el aumento de la tasa de divorcios o bien las familias monoparentales. Además señala que los roles parentales han tenido una incidencia en estos cambios, como el hecho de tener un padre comprometido y afectivo, situación que no se deslumbraba en el siglo anterior. En cuanto a este rol, se refiere también a la pérdida de la autoridad parental, por cuanto se elimina la jerarquía entre el padre o la madre y los hijos, sobre todo en familias monoparentales. Por último, señala que el cambio sociológico se funda en el avance tecnológico y genético en atención a la manipulación genética donde permite manipular genéticamente la inseminación artificial.

²⁵ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. Los principios que informan el Derecho de Familia chileno: su formulación clásica y su revisión moderna. Revista Chilena de Derecho [en línea] 2005, 32 (Mayo-Agosto). [Fecha de consulta: 06 de noviembre de 2017] Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177021336001>>. 206p.

negativa o imposibilidad a la modificación. Así sostiene Jean Carbonnier en señalar que “la ley debe acompañar el cambio de la sociedad, sin precipitarlo ni tratar de frenarlo”²⁶. Es más, podemos sostener, que la diversidad de familias que hoy se conocen, no son más que familias que existían pero la sociedad ha querido ocultar o negar, por lo que el ordenamiento jurídico tiene como deber reconocerlas y ampararlas.

Como sostiene Carmen Domínguez, las normas que se han ido reformando han sido a partir de los intereses individuales en cuanto a los vínculos que surgen entre los integrantes de la familia más que al grupo familiar. Solo a modo de ejemplo, podemos citar la modificación de las normas que regulaban las facultades del marido como administrador de la sociedad conyugal, disminuyéndolas considerablemente, por lo que la ley que consagraba la incapacidad de la mujer casada en sociedad conyugal fue derogada para establecerse su plena capacidad. Otro ejemplo es la de la patria potestad, dejando la posibilidad de ésta tanto al padre como a la madre o de manera conjunta y no solo al padre²⁷.

En cuanto a ser el Derecho de Familia un Derecho que la regulación se ve dirigida hacia al individuo que conforma la familia, Jorge Del Picó Rubio confirma lo expresado por Domínguez, sosteniendo que “tras el diseño de las políticas públicas aplicadas en las últimas dos décadas y que jurídicamente se manifiesta en el Derecho de familia, se debe reconocer una evolución desde una concepción predominantemente social y marcadamente institucional sobre la familia, hacia

²⁶ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Constitucionalización del Derecho de Familia(s) el caso chileno: Las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social. Revista Chilena de Derecho Privado, 2007 [en línea]. [Fecha de consulta: 25 de septiembre de 2017] Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370840820004>>. 167p.

²⁷ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. Los principios que informan el Derecho de Familia chileno: Su formulación clásica y su revisión moderna. Revista Chilena de Derecho [En línea] 2005, 32 (Mayo-Agosto). [Fecha de consulta: 08 de noviembre de 2017]. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177021336001>>

una mirada preponderantemente enfocada en el sujeto individual que la constituye y sus circunstancias efectivas”.

No es objeto de este estudio poner en duda la existencia o finalidad del matrimonio y que este sea una forma más de constituir familia. Hoy se entiende que el matrimonio es la “asociación voluntaria de un hombre y una mujer, en donde el amor ocupa un lugar central y determinante en la motivación de la unión y que también provee la fortaleza para la subsistencia del vínculo formal conyugal, identificado a su vez con el matrimonio”²⁸. Pero el matrimonio es una forma más de constituir a lo que se denomina familia nuclear. Respecto a ésta, Alessandri y Somarriva la definen como “un pequeño grupo social que comprende sólo a los cónyuges y sus hijos”. Para realizar una definición más amplia -según el concepto de familia planteado en este trabajo- al concepto propuesto por estos autores, haremos omisión a la palabra cónyuges; entendiendo entonces por familia nuclear a un grupo pequeño de personas, incluyendo a adultos responsables y/o los niños que ahí se desenvuelven. Por lo tanto, no solo se incluye a la familia matrimonial, sino que además a la no matrimonial o de hecho y la monoparental. Cuando este pequeño núcleo se amplía, es que estamos frente a la familia extensa e incluso comunidad. Y es que el elemento central de la familia actual parece ser la relación de afectividad entre sus miembros, y no la sola pertenencia a un grupo familiar.

Sobre las familias que se han conformado en virtud de uniones de hecho, Susan Turner responde a una de las interrogantes que ponen en duda su seguridad jurídica. Efectivamente las uniones de hecho no son matrimonio, por ende el ordenamiento jurídico no las equipara ni protege ambas instituciones por igual, pero sí como señala la autora en su texto La unión de hecho como institución del Derecho de familia y su régimen de efectos personales, las uniones de hecho se

²⁸ DEL PICÓ RUBIO, Jorge. Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del Derecho Matrimonial chileno [En línea]. [Fecha de consulta: 08 de noviembre de 2017]. Disponible en: https://app.vlex.com/#WW/search/content_type:4+jurisdiction:CL/familia+nuclear/WW/vid/339029170/graphical_version

les ha proveído de un régimen jurídico aplicable al ámbito patrimonial, y si bien Turner afirma que respecto a esta materia no estamos desde cero, nosotros creemos que aún falta mucho por regular.

Como ya hicimos mención, la existencia de una familia puede estar constituida por la familia nuclear, como también aquellas que se conforman por la familia extensa o comunidad. Pero, respecto a esta clasificación, quedan excluidas las familias matrimoniales homoparentales. Si bien la Ley de Acuerdo de Unión Civil fue una manera de entregarle a las parejas de igual o distinto sexo una protección jurídica distinta al matrimonio, no fue suficiente para otorgarles igualdad ante la ley a las parejas homosexuales, ya que el objetivo de la ley fue realizar una distinción explícita entre este acuerdo y el matrimonio²⁹.

Así queda de manifiesto en la historia de la ley en que se debía mantener al matrimonio como la base de la sociedad, reservándose exclusivamente para personas de distinto sexo, sin perjuicio que la legislación debía de hacerse cargo de la realidad social por cuanto existía un gran número de parejas estables que no se encontraban ligadas por el matrimonio debiendo extender la regulación legal a éstas, ya sean de distinto o igual sexo³⁰. Pero la búsqueda de la igualdad no iba por el camino del acuerdo de unión civil, sino por un matrimonio igualitario. Así se desprender de la cifra entregada por el Registro Civil de Identificación el año 2016, solo un 25% de ellas correspondían a parejas del mismo sexo³¹, por lo que existe una manifestación de las necesidades de las parejas estables de igual o distinto sexo acceder a la unión voluntaria de dos personas, que no sea necesariamente

²⁹ Respecto a ello, Daniel Loewe sostiene que la diferencia entre una unión civil y el matrimonio, es que bien ambos le asigna a los convivientes y cónyuges cargas y responsabilidades y distribuye beneficios legales y tangibles, hace la distinción en que es la unión civil y el matrimonio no son lo mismo, ya que este último ofrece un elemento que se escapa de lo que ofrece una unión civil, y esto es el elemento intangible, por ser un reconocimiento del carácter superior moral del vínculo.

³⁰ Historia de la Ley N°20.830. [Fecha de consulta: 07 de octubre de 2017]. Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/3990/>

³¹ Primer Boletín de Información Semestral 2016 del Registro Civil e Identificación. [Fecha de consulta: 28 de octubre de 2017]. Disponible en: http://www.registrocivil.cl/PortalOI/PDF/Boletin_Semestral_SRCel_2016_Datos.pdf

entre un hombre y una mujer, donde el amor es el centro de esta unión y así poder acceder a la igualdad de la ley en todo ámbito.

En definitiva, el Derecho de Familia debiese ser una ordenación neutra, en que se debe propender a la protección de un derecho de familias, revalidando lo que concluye Jean Carbonnier: “si hubiera algo nuevo en las reformas del derecho de familia no sería su concepción de la familia, sino su concepción del derecho”.

2. Elementos constitutivos del derecho a vivir en familia

Como se analizó en el acápite anterior, la familia ya no es una sola, sino que existe una pluralidad de familias que todas ellas convergen en un mismo fin. Es por ello, que el objeto de estudio de los elementos que constituyen el derecho a vivir en familia, es el de comprender que la familia, al ser el pilar fundamental de la sociedad es también el apoyo esencial para que un niño, niña o adolescente se desarrolle con el propósito de ser seres capaces de insertarse a la sociedad.

“El niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”³². En la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante la Convención) se hace mención a las medidas que los Estados partes se comprometen a proteger a los niños, y esto es, asegurar su resguardo y cuidado para su bienestar, donde las autoridades competentes deben cumplir las normas establecidas. Y no solo las autoridades competentes, sino el resto de la sociedad, poniendo hincapié en los padres y todos los integrantes que conforman la familia.

Si bien la Convención hace referencia a un listado no taxativo de los derechos del niño, para este trabajo se hace necesario detenerse en el principio mayor que

³² Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño. [Fecha de consulta: 04 de diciembre de 2017]. Disponible en: <http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/convencion.pdf>

propone la Convención, esto es, el interés superior del niño, lo que conlleva necesariamente a analizar el principio de igualdad de los hijos, el derecho a vivir en familia y el derecho a la igualdad y a la no discriminación, entendiendo que estos principios son los que dirigen la necesidad imperante de ampliar las posibilidades de familia que el Estado y la legislación regulan y amparan.

2.1. Interés superior del niño

El concepto referido al interés superior del niño no siempre ha estado presente en la historia del hombre, sino que es solo a partir del siglo XX que comienza a tener vigencia en la Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, y es finalmente en la Convención sobre los derechos del niño donde queda establecido como principio, otorgando al niño el derecho de ser considerado como un ser de derecho, protegido por el ordenamiento jurídico mediante leyes internas como por tratados internacionales.

Este principio debe ser entendido como un principio dinámico, que abarca diversos temas que a su vez van evolucionando y que debe ser determinado caso a caso, adaptándose a la situación de cada uno.

El interés superior del niño incluye todas las disposiciones que tienen por objeto salvaguardar y garantizar el ejercicio y disfrute de los derechos de los niños, sin importar raza, religión o nacionalidad. Estas disposiciones hacen referencia a las posibles situaciones que puede verse involucrado un menor, tales como la separación de los padres, conflictos en mantener la unión de la familia, cuando lo padres no cumplan con sus obligaciones, cuando el menor se vea privado o separado de su núcleo familiar, estén sujetos a la adopción o se vulneren sus garantías procesales.

Es por lo anterior, que el interés superior del niño debe ser entendido desde una perspectiva sustantiva, jurídica y procedimental. Esto es, cuando se deba tomar una decisión que tenga por objeto proteger los derechos de un menor, el principio del interés superior del niño debe sopesar en la toma de las decisiones a adoptar, considerando que las éstas pueden eventualmente vulnerar el ejercicio de derechos, por lo que se debe interpretar las disposiciones jurídicas en beneficio del menor, tomando en cuenta que todas las medidas tomadas durante el procedimiento tienen efectos en los niños³³.

2.2. Principio de igualdad de los hijos

Siguiendo con el desarrollo y mutación social e histórica, nos preguntamos si aún el matrimonio es un requisito para que los hijos puedan ejercer su derecho ante la ley. Obviamente en este contexto, la codificación realizada por Andrés Bello consistía en hacer una clasificación bastante discriminatoria, que a nuestro juicio no era más que una continuación a lo ya prescrito por la legislación francesa y española. Respecto a ello y manteniéndonos en el pasado, pareciese ser procedente la clasificación de hijos naturales e ilegítimos respecto de aquellos que nacen en un seno familiar-matrimonial-religioso, siendo estos los únicos jurídicamente protegidos. Pero no hay que olvidar, que esta protección o desprotección al origen de la filiación, hay que entenderla siempre en un contexto histórico sociocultural de mitad del siglo XIX, que ya no corresponde a una descripción actual.

³³ Observación General N°14 sobre el Derecho del Niño a que su interés superior sea una consideración primordial. [Fecha consulta: 24 de noviembre de 2017]. Disponible en: <http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf>

La institución de la filiación³⁴ en el Derecho de Familia ha ido cambiando, capaz no a un paso agigantado, pero sí al paso necesario para ir adecuándose a los principios que este Derecho ha ido modificando y creando.

Los cambios que se comenzaron a vivir, fueron mediante la modificación de la institución de la filiación plasmada en la Ley 19.585 de 1998 (aún vigente), introduciendo en esta ley el concepto de igualdad a los hijos, quedando obsoleta la categorización anterior, imperando entonces una distinción entre hijos matrimoniales y no matrimoniales respecto de la filiación natural.

La realidad actual es que 73% de hijos nacidos en Chile son hijos no matrimoniales y que solo el 85% de esa cifra son reconocidos por ambos padres³⁵. Por lo tanto nos debemos preguntar si realmente tiene algún efecto jurídico esta distinción. Más bien, la única razón para mantener esta clasificación es en materia probatoria en cuanto a la presunción de paternidad consagrada en el artículo 184 del Código Civil³⁶.

Volviendo al cuestionamiento de fondo, sobre aquel hijo nacido dentro del matrimonio o fuera de este, e incluso aquel de filiación adoptiva, llegamos al mismo punto donde se le atribuye al hijo los mismos derechos y obligaciones establecidas por ley, produciendo para todos ellos los mismos efectos y consecuencias jurídicas. Es más, aquel hijo que no fue reconocido por su padre o

³⁴ El concepto de filiación, según la Real Academia Española consiste en la procedencia de los hijos respecto a los padres. En cuanto a Enrique Rossel Saavedra, sostiene que es el vínculo jurídico que une a un hijo con su padre o con su madre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su inmediato descendiente, o sea, su descendiente en primer grado. Por su parte, Somarriva señala que es la relación de descendencia entre dos personas, una de las cuales es padre o madre de la otra, o bien, dicho en otros términos: es la relación que existe entre padre e hijo.

³⁵ Primer Boletín de Información Semestral 2016 del Registro Civil e Identificación. [Fecha de consulta: 28 de octubre de 2017]. Disponible en: http://www.registrocivil.cl/PortalOI/PDF/Boletin_Semestral_SRCel_2016_Datos.pdf

³⁶ Artículo 184 inciso primero Código Civil: Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación judicial de los cónyuges.

madre, es decir filiación indeterminada, tiene herramientas legales para poder obtener la filiación correspondiente³⁷. Respecto a esto mismo, el derecho de igualdad constituye un derecho a la identidad y la igualdad ante la ley que tienen los niños, niñas y adolescentes (incluso todo individuo) a tener filiación tanto materna como paterna. Respecto a esto último, el Tribunal Constitucional en la causa ROL N° 2035-11 del 4 de septiembre de 2012 acoge parcialmente el requerimiento de inaplicabilidad en atención al artículo 206 del Código Civil³⁸. En virtud de ello, señala que respecto al derecho a la identidad, existe una vulneración, en conformidad al artículo 5° inciso segundo de la CPR³⁹ y ciertos tratados internacionales ratificados por Chile sobre esta materia. Ello significa, que la reclamación de la filiación es un derecho de cada individuo a conocer su verdad biológica, ya que no existe nada más natural e inherente al ser humano querer averiguar y saber cuál es su origen, ya sea por tener filiación indeterminada del padre o incluso de ambos, siendo una necesidad propia en la formación de cada uno de nosotros para lograr el desarrollo de una identidad conforme a nuestro origen⁴⁰, sea cual sea este.

Retomando el análisis sobre la ‘innecesaria’ clasificación en cuestión, Mauricio Tapia, en el texto Constitucionalización del Derecho de Familia(s) en caso chileno: Las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social de la Revista Chilena de Derecho Privado, critica la clasificación actual, señalando que “no sería en el futuro conveniente reconocer una sola filiación, una sola calidad de

³⁷ TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio. Constitucionalización del Derecho de Familia(s) en caso chileno: Las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social. Revista Chilena de Derecho Privado, 2007 [en línea]. [Fecha de consulta: 02 de octubre de 2017]. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370840820004>>. 186 p.

³⁸ Artículo 206 Código Civil: Si el hijo es póstumo, o si alguno de los padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, la acción podrá dirigirse en contra de los herederos del padre o de la madre fallecidos, dentro del plazo de tres años, contados desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad.

³⁹ Artículo 5, inciso segundo de la Constitución Política de Chile: El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

⁴⁰ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Constitucionalización y Jurisprudencia Constitucional en el Derecho de Familia chileno. Revista de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca. 2017. 349-350p.

hijo 'como parece exigirlo la evolución social' que pueda ser establecida por diversos medios, como el matrimonio, el concubinato, el reconocimiento espontáneo, el parto respecto de la madre, la procreación asistida respecto de ambos padres (y, si se acepta, la maternidad subrogada respecto de los padres que la contratan) [...], la posesión notoria del estado o adopción. Después de todo, [...] calificar de 'no matrimonial' a un hijo ¿no es acaso desdeñoso?".

En cuanto un tercer mecanismo de filiación, es importante hacer mención a la filiación adoptiva la cual se encuentra regulada en la nueva Ley de Adopción (Ley N° 19.620), ley que modifica los principios del Derecho de Familia respecto de la antigua Ley N° 7.613 y 18.703, declarando que aquellos niños que son adoptados mediante sentencia judicial, se establece la igualdad ante la ley, obteniendo la misma calidad y logrando los mismo efectos jurídico respecto de aquellos niños, niñas y adolescentes de filiación matrimonial o no matrimonial. Y efectivamente, este mecanismo permite consagrar el principio de la Convención en relación al interés superior de los niños, niñas y adolescente respecto de aquellos cuyos derechos han sido vulnerados o amenazado dentro de su familia de origen. ¿Y por qué a nuestro juicio consideramos importante hacer esta mención? Porque respecto de ella podemos recalcar con mayor firmeza la importancia que todos niños, niñas y adolescentes tienen en cuanto a poder otorgarles la posibilidad de ejercer su derecho de vivir en familia, mediante el cual podrá ejercer todos los derechos que la Convención establece.

En atención al mismo principio, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, señaló que “[l]a noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí

se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”.

2.3. Derechos de los niños, niñas y adolescente de vivir en familia

Cuando se hace referencia al derecho de los niños, niñas y adolescente de vivir en familia, existe una diversidad de normas que se refieren a esta materia, en especial tratados internacionales ratificados por Chile vigentes. A modo de ejemplo se encuentra la Convención sobre los Derechos del Niño que de manera concisa consagra que los Estados Partes deberán velar por el interés superior del niño en virtud del entorno que lo rodea, esto es: padres, miembros de la familia ampliada o de la comunidad, tutores u otras personas encargadas legalmente del niño; ello con el objeto que el niño pueda desarrollarse y ejercer los derechos que la Convención establece⁴¹, y cuando este entorno no tenga las herramientas necesarias, los Estado Partes deberán entregar asistencia para que los niños puedan ejercer en su plenitud esos derechos. Sin perjuicio de lo anterior y a pesar de la asistencia entregada por los Estados Partes, los niños que son gravemente vulnerados en cuanto al ejercicio de sus derechos, los Estados Partes deberán adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales, educativas necesarias para lograr proteger al niño vulnerado.

Por otra parte y vinculado al amparo de los niños, niñas y adolescentes, podemos encontrar el Pacto de San José de Costa Rica y el Protocolo de San Salvador sobre la familia y su protección, que en su conjunto no hacen más que velar por el interés superior del niño y la necesidad inherente de desarrollarse en un entorno familiar.

⁴¹ La Convención sobre los Derechos del Niño se rige por cuatro principios fundamentales: la no discriminación, el interés superior del niño, su supervivencia, desarrollo y protección, así como su participación en decisiones que les afecten.

Sin embargo, según lo último señalado, nos hacemos nuevamente la siguiente pregunta ¿a qué familia se hace referencia? Según la discusión presentada al inicio de este trabajo, desde una perspectiva conservadora, la familia es aquella que se conforma por un padre y madre bajo el régimen del matrimonio religioso; desde el mismo punto de vista pero con una visión algo más liberal la familia se conforma por un padre y una madre unidos por el matrimonio. Pero ya concluimos que el concepto de familia es un concepto amplio y plural, incluyendo incluso la familia homosexual.

Según lo que establecen los tratados internacionales, aquel niño que nace y se desarrolla en una familia, se obtiene como resultado un adulto cuya madurez emocional, psicológica y cognitiva le permite desarrollarse en la sociedad. A contrario sensu, el niño, niña o adolescente que es separado de su familia, se transforma en dañino y perjudicial, impidiéndole un normal desarrollo, por lo tanto, separar a un niño de su familia debe ser considerada por todos, como una medida de ultima ratio, y “que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia. En este sentido, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal”⁴².

El Servicio Nacional de Menores (en adelante SENAME) en su último Anuario Estadístico publicado el año 2015, según los datos obtenidos del Sistema de Registro de Información Estadísticas SENAINFO, 146.683 niños y niñas fueron atendidos por alguna medida de protección de los cuales 116.652 en definitiva ingresaron al área de Protección de la red de SENAME ordenado por los Tribunales de Familia, es decir niños y niñas que les fueron amenazados y/o vulnerados su derechos, por ende alejados de sus familias, cifra que se vio

⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fornerón e hija vs. Argentina. Sentencia de 27 de abril de 2012. [Fecha consulta: 23 de noviembre de 2017]. Disponible en: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf>

aumentada en un 18% respecto del año 2014. Además se institucionalizaron 136.767 niños, niñas y adolescentes, se realizaron 234.292 atenciones y solo fueron atendidos 166.684 niños, niñas y adolescentes⁴³. Tan solo 127.850 niños, niñas y adolescentes fueron egresados de la red de SENAME, lo que significa que el niño, niña o adolescente fue alejado de su familia por un periodo no menor, en que se puso en práctica el proceso para que se diera cumplimiento a los objetivos de plan de intervención para que finalmente fuese reintegrado al vínculo familiar de origen. Pero lo que no se hace mención, es cuántos de ellos volvieron a ingresar al sistema por nuevas vulneraciones.

Luego de observar estas cifras, ¿será efectivo mantener a los niños, niñas y adolescentes dentro de un entorno donde sus derechos son vulnerados y/o amenazados por los integrantes de su familia? No obstante, nos parece procedente cuestionar también si la solución es que estos niños, niñas y/o adolescente entren a la red SENAME considerando que solo 588 de estos fueron iniciados con causas de susceptibilidad de adopción de un universo superior de 1.200. Esto significa que estos niños, niñas y adolescente deberán mantenerse institucionalizado hasta que se dicte la sentencia de susceptibilidad, sin considerar la posibilidad de los posibles recursos que se pueden interponer respecto a la resolución de primera instancia y/o de apelación. De todo este proceso, el año 2015 fueron enlazados a familias 510 niños, niñas y adolescente, cifra que no supera el 50% de los niños, niñas y adolescentes que se encontraban susceptibles a la adopción.

⁴³ La diferencia entre atenciones y niños, niñas y adolescentes atendidos, recae en que el primero implica que un niño pudo haber recibido una o más atención dentro del período del 01 de enero al 31 de diciembre del año 2015. En cuanto a la atención, corresponde a la cantidad de niños, niñas y adolescentes que fueron efectivamente atendidos por un centro o proyecto durante el año 2015, sumando tanto los ingresos como los que se encontraban vigentes del período anterior.

Si bien con la Comisión Jeldres⁴⁴ a partir del año 2009 se divisó lo que hoy ya es un problema en las instituciones de SENAME, estos han aumentado, siendo el sistema cuestionado por todos mediante el conocimiento que solo nos han entregado los medios de comunicación, ya que a pesar de haber transcurrido dieciocho años desde la entrega de la información por esta Comisión, las dificultades no se han solucionado e incluso se vislumbran algunas aún más sombrías.

Fue en el año 2014 que se redactó el Informe Comisión Especial Investigadora del SENAME II de la Cámara de Diputado, en que básicamente acusaba a la ex ministra Javiera Blanco de negligencia inexcusable, en virtud de las innecesarias muertes originadas en los centros residenciales de SENAME. Sin embargo, en julio del presente año se rechazó este informe, estimando que “fue parcial (el informe) y que no reflejaba los avances que ha promovido el Ejecutivo en la materia. [...] el texto aprobado por la Comisión no puso la prioridad en el bien superior del niño”⁴⁵.

Difícil es criticar el procedimiento en que un niño pasa a ser institucionalizado, debiendo proceder a ella “sólo cuando se hayan agotado *todas* las acciones

⁴⁴ Esta Comisión se constituyó con el objeto de recabar información y determinar las responsabilidades al interior del Servicio Nacional de Menores por los casos de abusos conocidos de aquel tiempo por la opinión pública; las condiciones de los hogares de menores donde se han originado las denuncias; el nivel de preparación de los profesionales que ahí se desempeñan; las medidas de seguridad adoptadas para prevenir situaciones de contingencia y de los planes futuros de la institución. En su análisis logró identificar varios aspectos negativos de la institución que afectan el trabajo con los niños, niñas y adolescentes (NNA), como el incumplimiento de convenios internacionales; estructura incapaz de atender apropiadamente las problemáticas de los derechos de NNA; falta de coordinación formal entre las diversas entidades del sistema; rotación de directores y profesionales; falta de programas de trabajo especializado con el núcleo familiar del menor lo que implica que el sistema prioriza el régimen residencial por sobre el familiar; entre otros. El conocimiento de este informe por parte de la Corte Suprema, conllevó a la fiscalización y cierre de los recintos residenciales, además de la creación de una comisión especial investigadora la cual emitió un informe el 4 de marzo de 2014.

⁴⁵ Cámara de Diputados de Chile. [Fecha de consulta: 02 de octubre de 2017]. Disponible en <https://www.camara.cl/prensa/noticias_detalle.aspx?prmId=132334>.

positivas tendientes al fortalecimiento familiar”⁴⁶, para luego proceder a la posibilidad de declarar su susceptibilidad. Uno de los pilares fundamentales en la ley de adopción es mantener al niño cuyos derechos fueron vulnerados lo más cercano a su núcleo familiar, dando prioridad a la familia extensa el cuidado del niño, donde el sistema de protección debe propender a resguardar al niño afectado debiendo enfocar su atención a aquellos “casos en que no existen conflictos de relevancia jurídica ni fijación de estados jurídicos nuevos, sino la necesidad de administrar situaciones particulares sobre la base de la aplicación no jurisdiccional de reglas generales”⁴⁷.

Al respecto, Fabiola Lathrop propone que la institucionalización de un menor deber ser considerada y adoptada como una medida de última instancia, ya que primeramente debe tratarse el problema a nivel administrativo y excepcionalmente deber ser tratado a nivel judicial, debiendo este dirigirse solo a resolver conflictos jurídicos que afecten los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Plantea que debiese existir una protección integral que incluya tanto las medidas de protección, como también las de restitución de derechos en caso que estos sean vulnerados. Y en el caso de aplicación judicial, ésta debiese ser impuesta cuando exista separación de los menores de su entorno familiar y comunitario, o cuando las medidas administrativas deban ser revisadas, o bien cuando sean alteraciones sustanciales o permanentes en los niños, niñas y adolescentes.

La autora agrega que se deben dar pautas normativas para la aplicación de las medidas judiciales. Así, en “la ley argentina contempla la medida de permanencia temporal en ámbitos familiares alternativos, estableciendo que deben buscarse e individualizarse las personas vinculadas al NNA (niños, niñas y adolescentes) a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, u otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad; agregando que solo en forma

⁴⁶ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Constitucionalización y Jurisprudencia Constitucional en el Derecho de Familia chileno. Revista de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca. 2017. 204p.

⁴⁷ Op. cit. 205p.

excepcional, subsidiaria y por el más breve lapso posible puede recurrirse a una forma convivencial alternativa, en cuyo caso debe prestarse especial atención a la comunidad en la educación del NNA, y a su origen étnico, religioso, cultural o lingüístico”⁴⁸.

No obstante, la regla general utilizada en Chile es la institucionalización por sobre el acogimiento familiar. Incluso, cuando se propone el mecanismo administrativo y el menor permanece con la familia extensa, ésta puede terminar siendo igual de perjudicial para el bienestar del niño, por lo que se deriva en el procedimiento judicial, debiendo ese niño comenzar a vivir en una residencia dependiente de SENAME. Es ahí cuando el sistema intenta poner sus ojos en aquellos niños y niñas para abrirse la posibilidad del debate de su susceptibilidad.

Pero tampoco es camino fácil. Las normas son claras: la familia que mantiene contacto, ya sea el padre, la madre o ambos, o por la familia extensa (usualmente es la abuela o abuelo o ambos) no permite dar inicio a la demanda de susceptibilidad de adopción. Pero la norma no se refiere a la calidad de las visitas que muchas de ellas son paupérrimas. Los informes de las residencias dan cuenta de la insatisfacción de las relaciones, ya sea por la escueta periodicidad en que se presenta la familia o por el ínfimo tiempo que pasan con los niños, donde efectivamente el niño deja de vincularse emocionalmente con su familia de origen.

Peor son los casos, donde se ha declarado la susceptibilidad, pero por el largo periodo transcurrido desde que se interpuso la demanda hasta que la sentencia se encuentra ejecutoriada, los niños ya no son tan niños, sino que se encuentran más cercanos a la adolescencia. Por lo tanto, ¿qué sucede con esos adolescentes? La posibilidad de otorgarles el derecho en vivir en familia es casi nula.

⁴⁸ Op. cit. 223p.

SENAME ha hecho un arduo trabajo en sus charlas de inducción a las familias que han manifestado su intención de adoptar. La institución les hace ver la realidad: no todos pueden optar a niños recién nacidos, de ojos azules y tez clara y no existen tantos niños susceptibles como familias que desean aumentar su número de integrantes. Es por ello que realizan talleres y charlas para aumentar su espectro de posibilidades.

Esto se condice con las cifras entregadas por SEMANE el año 2016, en que el 84% de los niños adoptados permanecieron en el país, siendo el rango de edad entre los 0-3 años. En cuanto a los niños o niñas de 4 años y más, el porcentaje restante fue adoptado por familias extranjeras residentes en otros países⁴⁹. ¿Pero no es más óptimo que el niño se quede en su entorno de origen? Indicios hay para determinar, que a pesar que dentro de la prelación legal de quiénes pueden adoptar se encuentra en último lugar los matrimonios con residencia en el extranjero, tengan mayor atractivo que aquel soltero, divorciado o viudo con residencia permanente en el país que adopte.

Es fácil concluir que existe mayor porcentaje de matrimonios con residencia en el extranjero interesados en este procedimiento que los otros posibles adoptantes que también podrían optar (en concreto) a niños de 4 años en adelante. Se justifica porque las posibilidades son menores en el extranjero y además porque están dispuestos a enfrentar un nuevo desafío en pos del bien del menor, situación que no está en las opciones de vida del soltero, divorciado o viudo residente en Chile.

Pero sí se encuentra en las determinaciones familiares constituidas por personas del mismo sexo. Por lo tanto, ese 26% declarado en adopción a matrimonios con

⁴⁹ SENAME. [Fecha de consulta: 07 de octubre de 2017]. Disponible en <http://www.sename.cl/web/2017/04/05/el-84-de-ninas-y-ninos-adoptados-el-2016-permanecieron-en-chile/>

residencia en el extranjero, podría mantenerse en su país y costumbres de origen, permitiéndole mantener su identidad si se le permitiera al menor ejercer su derecho de vivir en familia cualquiera sea ésta. Es definitiva ¿por qué le privamos a un menor o adolescente vivir en familia, si el objetivo es proteger el interés superior de ellos y no del adoptante?

2.4. Derecho de igualdad y a la no discriminación

Cuando se hace referencia al derecho a la no discriminación, inmediatamente se nos viene a la memoria tratados internacionales⁵⁰ y obviamente nuestra Constitución cuando consagra en su artículo primero que las personas nacen iguales en dignidad y derechos y que esta igualdad debe ser resguardada jurídica y constitucionalmente. Es así que mediante el artículo 20 de la CPR⁵¹ se protege toda discriminación arbitraria y que el recurso de protección de dicho cuerpo legal es suficiente para resguardar esta garantía.

Respecto a ello, la Corte Suprema se refirió en atención a la dictación de la Ley 20.609 del año 2012, que “este tribunal es de opinión que el derecho a la no discriminación está suficientemente abordado, regulado y cautelado en el

⁵⁰ Artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante el Pacto), artículo 1 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, artículo 1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 2 de la Convención de los derechos del niño y artículo 2 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

⁵¹ Artículo 20 de la Constitución Política de Chile: El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N°8º del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

ordenamiento jurídico vigente, por lo que no se aprecia la necesidad de establecer acciones adicionales y especiales para su resguardo”⁵².

No obstante, no es parte de este trabajo realizar una crítica en determinar el verdadero alcance de la Ley 20.609, sino más bien sostener la importancia del derecho de la no discriminación consagrado en tratados internacionales, en la Constitución y en la ley, y su coherencia en su aplicación en Chile, y la protección que el derecho a la no discriminación otorga tanto a niños, niñas, adolescente e incluso a los padres.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante La Corte) se ha referido “que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona”⁵³. E incluso sostiene, mediante jurisprudencia que el principio de igualdad y el derecho a la no discriminación ha formado parte del ius cogens.

En atención a ello, se hace necesario realizar la distinción entre sexo y género, siendo el primero una referencia a las diferencias biológicas y fisiológicas entre hombre y mujeres, mientras que el segundo hace referencia “a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas”⁵⁴, siendo este el término mejor empleado al hacer referencia de la persona como ser humano, y no solo como una persona de sexo femenino o masculino.

⁵² DÍAZ GARCÍA, Iván. Ley chilena contra la discriminación: Una evaluación desde los derechos internacional constitucional. Revista chilena de derecho. [En línea]. 2013, vol. 40, n.2. [Fecha de consulta 04 de noviembre de 2017]. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372013000200011&lng=es&nrm=iso. 636p.

⁵³ Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. [Fecha de consulta: 16 de enero de 2018]. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

⁵⁴ Op. cit.

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (en adelante el Comité) sostiene que no toda diferenciación de trato es discriminación, siempre que este trato sea razonable y objetivo y lo que persiga es un propósito legítimo. En suma, “si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas”⁵⁵ no habría discriminación. A contrario sensu, nos encontramos frente a una discriminación cuando el trato no es razonable, ni objetivo ni persigue propósitos legítimos. Y así lo sostiene, por una parte el artículo 2, numeral primero del Pacto de Derechos Civiles y Políticos⁵⁶ que protege a cualquier persona contra discriminaciones respecto al goce de los derechos que el mismo artículo señala. Y por otra parte, el artículo 26⁵⁷ del mismo cuerpo legal prohíbe la discriminación de hecho o de derecho sin hacer mención a una lista taxativa como sí lo hace el artículo 2⁵⁸, siendo este artículo una ventana abierta a las acciones u omisiones que sean objeto de una discriminación arbitraria.

La definición constitucional al derecho a la no discriminación, como ya lo señalamos a comienzo de este título, se encuentra en el artículo primero. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha interpretado que se encuentra implícitamente también en el artículo 19 número 2 del mismo cuerpo legal según lo que ha sentenciado⁵⁹, estableciendo la igualdad ante la ley.

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos (1984) párrafo 56.

⁵⁶ Artículo 2 del Pacto de Derechos Humanos de Naciones Unidas: 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

⁵⁷ Artículo 26 inciso primero del Pacto de Derecho Humanos: Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades [...].

⁵⁸ DÍAZ GARCÍA, Iván. Ley chilena contra la discriminación: Una evaluación desde los derechos internacional y constitucional [En línea]. 2013, vol. 40, n.2. [Fecha de consulta 05 de noviembre de 2017]. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372013000200011&lng=es&nrm=iso. 638p.

⁵⁹ En esta causa, el Tribunal Constitucional, en el considerando trigésimo sexto, que la disposición que establece en forma discriminatoria un acceso privilegiado a la información contenida en el Registro Electoral solo en favor de centros de estudios o de investigación contraviene el principio de igualdad ante la ley del artículo 19, número 2, de la Constitución. En el mismo sentido, y

En cuanto a la doctrina, Silva Bascuñán, sostiene que “una discriminación es una diferencia sin fundamentación en la justicia natural o en la equidad más elemental”. E incluso la doctrina constitucional comparada coincide con la doctrina nacional. Es así que Javier Jiménez Campo señala que la discriminación es “en principio, la diferenciación desprovista de fundamento, sean cuales sean las ‘pruebas’ o cánones de racionalidad que puedan aquí emplearse”.

Ahora bien, como se hizo referencia en que no toda diferenciación de trato es discriminación, debemos mencionar cuándo estamos frente a una acción u omisión discriminatoria. La Ley 20.609 consagra copulativamente los requisitos en su artículo 2⁶⁰: (1) que se trate de una distinción, exclusión o restricción (2) que carezca de justificación razonable y (3) que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

siempre por vía ejemplar, en la sentencia recaída en la causa rol 1615-2010-INA, de 20 de enero de 2011, considerando décimo octavo, ha expresado que excluir a una persona ‘del beneficio de la asignación de título al restarle jerarquía a este por corresponder supuestamente a estudios de menor valor, supone discriminarlo en cuanto al disfrute de ese beneficio respecto de los titulares de otros diplomas a los que, por la naturaleza de los estudios que constatan, sí se les reconoce el derecho. Dicha diferencia es arbitraria, carece de razonabilidad e importa una infracción al principio de igualdad ante la ley consagrado en el número 2° del artículo 19 de la Constitución Política’.

⁶⁰ Artículo 2 de la Ley 20.609: Definición de discriminación arbitraria. Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

Las categorías a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público. Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima.

Por lo tanto, cuando de la diferenciación de trato y cumpliendo con los tres requisitos copulativos, se obtiene por resultado una lesión en el goce de derechos fundamentales. Es así que llegamos al caso Atala Riffo y Niñas v/s Chile, que si bien la disputa comenzó por la demanda de tuición⁶¹ presentada por el padre de las hijas, el conflicto se vio envuelto respecto de la orientación sexual de la madre y la convivencia con la pareja lésbica de ella en el hogar en que criaba a sus hijas. En la demanda, el padre sostiene que el desarrollo físico y emocional de las menores estaría en grave peligro si siguen bajo el cuidado de la madre, ya que por su opción de vida sexual, sumada a la convivencia lésbica estarían produciendo en las menores consecuencias dañinas, ya que la madre estaría demostrado un interés propio por sobre el de sus hijas, señalando la demandante que la sra. Atala manifiesta un necesidad de ser feliz y de realizarse en todas las esferas de su vida, lo que no es compatible con la de ser madre⁶².

En consecuencia, la nueva relación lésbica entablada por la madre, estaría yendo contra la naturaleza humana y estaría alterando la concepción 'natural' de familia que, según la demandante es la de un hombre y una mujer; todos estos argumentos fueron los que fundaron la decisión del Juzgado de Menores de Villarrica para otorgarle el cuidado personal provisional al padre. Empero, al ser inhabilitado el Juez Titular de Letras de Menores de Villarrica a petición de la

⁶¹ Antes de la reforma que pone en vigencia la Ley 20.680 en que modifica el concepto de tuición a cuidado personal, el antiguo artículo 225 del Código Civil señalaba que la "Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos".

⁶² Respecto a ello, la Corte se ha pronunciado de manera opuesta a lo establecido por el demandante, en la Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, realizada por la República de Costa Rica sobre la identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, estableciendo que "el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos 'sin discriminación alguna'. Además pone énfasis en el deber que tiene cada Estado de respetar y garantizar 'sin discriminación' los derechos que la Convención consagra. Además, la Corte hizo la interpretación de la expresión 'cualquier otra condición social' que se encuentra prescrito en el mismo artículo, señalando que "debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio del principio pro homine".

demandada, la Jueza Subrogante del mismo juzgado dicta sentencia de primera instancia rechazando la demanda de cuidado personal considerando que la orientación sexual de la madre no representaba impedimento o inhabilidad alguna para ejercer su labor de madre responsable y que no existían hechos concretos que perjudicara el bienestar de las menores derivadas de la presencia de la pareja de la madre en el hogar.

En cuanto a la apelación, la Corte Suprema conoce del recurso de queja interpuesto por la sra. Atala, quien resuelve acogiendo el recurso, concediendo la tuición definitiva al padre, considerando que es “primordial atender al interés superior del niño sobre otras consideraciones y derechos relativos a sus progenitores y que puedan hacer necesario separarlo de sus padres”⁶³, sosteniendo además que existe un “deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores [...] desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual”⁶⁴.

Lo que más nos interesa analizar, es lo analizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión) y la Corte por cuanto apunta a expresar la vulneración del derecho de igualdad y a la no discriminación⁶⁵ efectuada a la sra. Atala, atendiendo que estas vulneraciones se encuentran prohibidas en los Estados Partes que suscribieron el tratado⁶⁶, en virtud de los

⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). [Fecha de consulta: 05 de octubre de 2017]. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf>. 22p.

⁶⁴ Op.cit.

⁶⁵ La Convención Interamericana de Derechos Humanos no contiene una definición explícita sobre el concepto de discriminación. No obstante a ello, toma como base las definiciones establecidas en el artículo 1.1. de la Convención Interamericana sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación Racial, el artículo 1.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y lo señalado en el Comité de Derechos Humanos de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁶⁶ El artículo 1.1 hace referencia de que los Estado Partes que suscribieron el tratado, “se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

argumentos y fundamentos presentados por la Corte Suprema en atención a la orientación sexual de la madre de las menores, otorgándole al padre la tuición definitiva de éstas, provocando un perjuicio tanto a las hijas como a la madre por sostener que se encontraba inhabilitada para ejercer su deber maternal. Es por ello que la Corte concluye que la decisión adoptada por la Corte Suprema se basó meramente por el contexto, realizando una diferencia de trato.

En cuanto a la Comisión, “alegó que el interés superior del niño ‘constituye no sólo un fin legítimo sino una necesidad social imperiosa’, mas ‘la falta de adecuación o relación de causalidad entre ese fin nominal y la distinción, resulta evidente de la misma motivación especulativa y abstracta de las sentencias’”⁶⁷. Además sostiene que tanto la Corte Suprema y el Juzgado de Menores de Villarrica “‘se basaron en presunciones de riesgo derivadas de prejuicios y estereotipos equivocados sobre las características y comportamientos de un grupo social determinado’. Al respecto, arguyó que ‘la decisión de la Corte Suprema tuvo como sustento las propias concepciones estereotipadas de los jueces sobre la naturaleza y efectos de las relaciones entre personas del mismo sexo’”⁶⁸. Por esta razón, la Corte Suprema sostiene que las menores se vieron afectadas en cuanto a su derecho “a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio”⁶⁹.

Por otra parte, la Comisión afirma que el derecho de los niños, niñas y adolescente a ser oídos en el proceso del cual forman parte, fue vulnerado por la Corte Suprema para dictar su veredicto, mas no así el Juzgado de Menores de Villarrica, considerando que los niños, niñas y adolescentes son titulares de este y otros derechos establecidos por la Convención con el objetivo que velar por el interés superior del niño en virtud de lo que él o ella deba manifestar u opinar, de

⁶⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). [Fecha de consulta: 05 de octubre de 2017]. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf>. 37p.

⁶⁸ Op.cit.

⁶⁹ Op.cit. 49p.

lo cual va a depender de circunstancias como la edad y madurez, pudiendo así ejercer sus derechos de manera progresiva y a medida que vayan desarrollando un mayor nivel de autonomía personal. Así también queda de manifiesto en el procedimiento de adopción, Ley N° 19.620 al consagrar en su artículo 3° “Durante los procedimientos a que se refiere esta ley, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones del menor, en función de su edad y madurez”, entendiéndose por tal, que el menor debe ser escuchado con el objeto de proteger y resguardar su interés superior, siendo esencial en el procedimiento hacer valer este derecho.

3. Cuidado personal y adopción: instituciones que permiten concretar el derecho de los niños a vivir en familia

En este punto se establecerá la posibilidad, mediante el cuidado personal y la adopción, de cumplir con el propósito señalado por la Convención. Esto es, velar por el interés superior del niño, niña o adolescente con el objeto de cada uno de ellos pueda ejercer plenamente su derecho a vivir en familia. Es por esta razón, que se pondrá énfasis al concepto amplio de familia, con la finalidad de comprender que a través del cuidado personal o la adopción otorgada a familias homoparentales se pueda dar cumplimiento cabal con lo prescrito en los tratados internacionales.

Recién a partir del siglo XX se vino a aprobar un movimiento protector de los derechos del niño, atendiendo su constante vulneración a sus derechos a lo largo de la historia por parte de las personas adultas, incluyendo así a los padres y terceros sin hacer diferencia cultural, o por parte del Estado, independiente de cual fuese este.

La Convención sobre los Derechos del Niño tiene como hito la Declaración de Ginebra de 1924 y la Declaración Universal de Derechos del Niño de 1959 y representa el conceso de las diferentes culturas y ordenamientos jurídicos y que

abarca elementos tan básicos como la relación entre los padres con sus hijos y la participación de los Estados Partes que suscriben la Convención, y como bien señala su nombre, incluye un listado no taxativo de los derechos de los niños y cómo sus padres y el Estado deben velar para que estos no se vean amenazados y/o vulnerados, protegiendo así el interés superior del menor.

El propósito de la Convención efectivamente es promover, apoyar y proteger la dignidad humana innata de los menores, entendiendo que el ejercicio de los derechos va en directa relación con sus necesidades para su desarrollo y las diversas capacidades en evolución. La Convención consagra además, la importancia de inculcarle al menor mediante la educación el respeto hacia los derechos humanos, potenciar su sensación de identidad y pertenencia para su integración en la sociedad e interactuar con otros a través de la entrega de valores que todos nosotros como sociedad debemos otorgar⁷⁰.

Hemos recalcado la importancia que tiene cada niño, niña y adolescente al desarrollarse dentro de un núcleo familiar y así poder ejercer los derechos de los cuales son titulares y que se encuentran consagrados en la Convención, sobre todo aquel al que se refiere el derecho de vivir en familia en virtud que el “interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”⁷¹.

⁷⁰ Observación General N°1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. [Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2017]. Disponible en: http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/01.pdf

⁷¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fornerón e hija vs. Argentina. Sentencia de 27 de abril [Fecha consulta: 23 de noviembre de 2017]. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf

El derecho a vivir en familia, el menor lo puede ejercer ya sea en una familia matrimonial o no matrimonial, pero también existe la adopción⁷² como tercera forma de filiación, la que tiende a “velar el interés superior del adoptado, y amparar su derecho de vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen”⁷³.

Por lo tanto, cuando se habla de adopción se hace referencia al derecho más relevante y que subsume a todos los otros derechos de los niños, niñas y adolescente consagrados en la Convención: el interés superior del niño. Este derecho es esencial que vaya en beneficio del adoptado y no del o de los adoptantes, dándole la posibilidad a aquel cuyos derechos fueron gravemente afectados o vulnerados y que por consecuencia es desvinculado de su familia de origen por la falta de preocupación, cariño y amor que esta nueva familia sí puede proporcionarle dándole la calidad de hijo. En definitiva, aquella familia que ya se encontraba conformada por medio de las diversas formas a las que ya hemos hecho mención, decide abrir las puertas de su hogar, para que un niño, niña o adolescente sea parte de ella cumpliendo con el objetivo que la adopción se refiere⁷⁴.

No obstante, aún no hemos hecho referencia de los conflictos que suscitan cuando una familia ya habiéndose conformado con anterioridad o en virtud del nacimiento de un hijo, se quiebra por la relación de los padres. Las posibilidades

⁷² La adopción se encuentra regulada en la Ley 19.620, término que no fue definido por el legislador en atención a su sentido natural y obvio que entrega la Real Academia Española al señalar que adopción es “recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente”.

⁷³ Ley N° 19.620. CHILE. Adopción de menores. Ministerio de Justicia, Santiago de Chile, 05 de agosto de 1999. 1p.

⁷⁴ En contraposición, Hernán Corral sostiene que “la mirada de la familia hacia la procreación es indudable, y de allí justamente que el matrimonio entre hombre y mujer pueda ser considerado el momento constitutivo de la familia, en cuanto esa forma de unión incluye la potencialidad de la generación de la prole y la constitución de un ámbito de protección, socialización, civilización y humanización de los hijos”.

son varias: alguno de los padres decide abandonar a la familia, o incluso algunos de ellos logran desarrollar su identidad sexual la cual fue negada anteriormente produciendo así el quiebre de la relación, o bien existe un quiebre emocional entre los padres optando por la separación ya sea de hecho o de derecho, o simplemente deciden mantenerse juntos por el 'el bien de los hijos' manteniendo una relación indudablemente distante como pareja.

Obviamente con una separación se tiene como resultado dos hogares distintos, lo que conlleva a la creación de una relación entre los padres respecto de los hijos, que en algunos casos es sostenida en el tiempo en virtud del buen trato entre los padres que han decidido mantener por el bien de los hijos en común. Desde ya sabemos que la ley les ha otorgado a ambos padres el cuidado personal, aun cuando estos se encuentren separados, o bien de mutuo acuerdo podrían establecer que uno de los padres le corresponda esta obligación, además de establecer la relación directa y regular. Cuando la realidad es otra, nuestro ordenamiento jurídico nos ha entregado mecanismos para soslayar las diferencias entre las parejas en resguardo de los derechos de niños, niñas y adolescente.

Respecto a estos mecanismos, nuestra legislación ha regulado el cuidado personal de la crianza y educación de los hijos cuando no existe acuerdo entre los padres, estableciéndose que el cuidado lo obtendrá aquel que conviva con el niño. No obstante, la convivencia de algunos de los padres con el hijo o hijos no es el mejor entorno para que estos pueda ejercer o no verse vulnerado en sus derechos en atención a las carentes habilidades parentales. Si bien, estamos entrando en un escenario de percepciones personales y afectivas, los padres son capaces de advertir cuando sus hijos comienzan a desestabilizarse emocionalmente cuando su entorno comienza a desmoronarse cuando el padre, la madre o ambos comienzan a priorizar sus intereses por sobre el interés (superior) del niño. Es así, que queda en manos de un juez en materia de familia determinar a quién le corresponde ejercer el cuidado personal cuando se considera que alguno de los

padres se ve carente en sus habilidades parentales por sobre el otro. Es más, cuando ambos padres o bien ante la ausencia de uno de ellos, el padre o madre se encuentra inhabilitado física o moralmente, el juez tiene la potestad de otorgar el cuidado personal a un tercero (dando preferencia a los consanguíneos) el cual mediante su competencia para ejercer este régimen, podrá velar por el interés superior del niño, sin perjuicio que se deberá establecer un régimen de relación directa y regular con uno o ambos padres. Y cuando ésta no sea la solución, se procede a la susceptibilidad de adopción para luego vincular al niño, niña o adolescente a una familia adoptiva.

Sin lugar a dudas, la decisión que recae en el juez de familia en determinar quién debe ejercer el cuidado personal o bien otorgar la adopción a la mejor familia según las necesidades del niño, no es menor; deberá considerar un listado de criterios para mejor resolver en atención a velar siempre por el interés superior del niño, siendo este el derecho que engloba todos los demás, por cuanto los niños, niñas y adolescente tienen el derecho a ser oídos en el proceso, recogiendo los deseos, sentimientos y opiniones para obtener de esta manera un fallo en que prevalezca los intereses de ellos por sobre los de los padres o futuros adoptante.

El problema que se enfrentan los tribunales es determinar cómo poner en práctica este derecho, ya que ni nuestro ordenamiento jurídico ni los tratados internacionales han establecido el cómo ponerlo en práctica. A saber, la Convención de Derechos del Niño es de la idea de posicionar a los niños, niñas y adolescentes con los mismos derechos humanos y civiles como cualquier otra persona de derecho; incluso le entrega mayor protección al ejercicio de estos, considerando su edad y madurez.

En cuanto a la relación que se suscita a la creación de dos hogares en virtud de una separación, se obtiene en definitiva dos nuevas familias que se irán conformando según los nuevos integrantes que vayan haciéndose parte de ella. No volveremos a realizar la discusión en determinar qué es familia, ya que

bastante claro nos quedó en el comienzo de este trabajo: existe una pluralidad de conceptos de familia así como existe también una pluralidad de personas que la integran. Por lo tanto, si ya tenemos definida esta pluralidad ¿por qué aún existen criterios tan dispares en determinar que la homoparentalidad es un perjuicio para el niño, niña y adolescente para otorgar el cuidado personal?

Si bien el caso *Atala Riffo y Niñas v/s Chile* se analizó desde una perspectiva del derecho a la no discriminación, también lo podemos observar desde un punto de vista en cuanto al perjuicio producido no solo a la madre, sino a las hijas al ser separadas de ella en virtud de la postura sostenida por la Corte Suprema al determinar que el desarrollo de su condición homosexual era suficiente razón para estimar que su interés prevalecía por sobre la de sus hijas sin atender las verdaderas necesidades de las menores.

No obstante, recientemente la interpretación legislativa nos ha abierto la mirada a la realidad, imperando la necesidad del menor por sobre a la de los padres, debiendo otorgar el cuidado personal al padre o madre según los niveles de habilidades parentales y no por una discriminación arbitraria por su condición sexual, con el objeto de velar el interés superior del menor y no el interés superior del padre o madre. Así lo consideró la Cuarta Sala de la Corte Suprema durante el presente año, donde confirmó que el interés superior del niño es indiferente a la orientación sexual del padre o madre, y que este derecho es un principio que trasciende y que mira a proteger, y el cuidado personal del niño debiese ser a partir de las habilidades parentales cuando alguno de los padres las tiene más desarrolladas y mejor evaluadas que el otro⁷⁵.

⁷⁵ Corte Suprema (2017): Rol N° 99.861-16, 23 de mayo de 2017. [Fecha de última consulta: 05 de octubre de 2017]. Disponible en: <<http://es.calameo.com/read/005089183c82fbf94d64a>>

4. Responsabilidad parental

El objetivo a tratar en este punto, es en atención a la responsabilidad parental que nace a partir de la relación entre un padre o madre para con sus hijos. A partir de este vínculo es que se puede hablar de derechos y obligaciones. No obstante, existe una tercera figura que conforma parte de esta relación. Es decir, el Estado, que como ente, está obligado a respetar la relación entre padres e hijos, otorgando un privilegio a los primeros, para que estos puedan ejercer libremente su obligación parental.

En cuanto a la palabra responsabilidad pareciese estar asociada tanto a un deber como a un derecho. Respecto a la parentalidad, este concepto se relaciona al cuidado y cariño que un padre y madre le debe entregar a su hijo y que va más allá de un concepto legal. Así lo sostiene Lind y Hewitt al destacar que “Las relaciones de estado son duraderas de una manera en que la responsabilidad parental no lo es. Permanecen más allá de la infancia del niño”.

Por lo tanto, debemos entender la responsabilidad parental como una institución jurídica amparada por nuestra legislación que logra explicar la relación entre padres e hijos. Puede ser “entendida como el conjunto de derechos, deberes, poderes, responsabilidades y autoridades que, por ley, tiene un padre o madre de un niño, en relación al niño y sus bienes”⁷⁶ y que ésta es inherente a la situación familiar en que se encuentre el niño; así por ejemplo los padres separados o divorciados no irrumpen la responsabilidad parental que cada uno de ellos tiene respecto de su hijo y que la familia sobrevive a ésta y otras circunstancias.

John Eekelaar afirma que la responsabilidad parental es irrenunciable pero sí transferible judicialmente. Así por ejemplo la responsabilidad parental que los

⁷⁶ ESPEJO YAKSIC, Nicolás y LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Responsabilidad Parental. Santiago, Chile. Thomson Reuters, 2017. 7p.

padres biológicos les entregan a los padres adoptivos mediante una resolución judicial.

Pero más allá de la definición doctrinaria entregada por Espejo y Lathrop, la responsabilidad parental nace por medio de un vínculo entre los padres, el Estado y los hijos, lo que se traduce bajo un mismo orden de relación, en deberes, privilegios y derechos.

4.1. Deberes

En cuanto a los padres, desde el nacimiento de sus hijos, e incluso podríamos considerar que desde su gestación, nace entre ellos un vínculo, el que es el deber de los padres para con sus hijos. Como ya lo mencionamos, estos deberes son tanto emocionales como económicos. John Eekelaar incluso hace distinciones en cuanto a la responsabilidad parental de la madre y del padre. Nos hace sentido lo que sostiene respecto de la madre, refiriéndose a que ella tiene una responsabilidad parental antes que cualquier otra persona, ya que ésta comienza desde el parto. Agrega además que existe un orden parental, es decir, que esta responsabilidad parental que tiene la madre que da a luz, es la inicial, aun cuando la madre tenga una pareja lésbica.

Preferentemente son los padres quienes tienen estos derechos. Decimos preferentemente, porque como sostiene Nicolás Espejo, en una sociedad liberal son los padres y no el Estado o un tercero quienes deben ejercer las funciones de cuidado y amor, y que el ejercicio de estas funciones deben ser de manera innata y espontánea. Pero también existe una obligación legal de hacerlo y cuando el padre y/o madre lo cumple es que legitima su autoridad. En definitiva, la relación de deber entre un padre e hijo es “impartir al niño, en consonancia con la

evolución progresiva de su autonomía, dirección y orientación apropiadas para que el propio niño ejerza sus derechos”⁷⁷.

4.2. Privilegios

Así como los deberes que nace a partir de la relación padre e hijo, estos producen privilegios a favor de los padres. Esto es, el derecho que tienen los padres contra el Estado para que este no interfiera en el ejercicio de sus deberes parentales.

La idea de la abstención por parte del Estado en no inmiscuirse en el ejercicio del deber que un padre tiene para con sus hijos, se encuentra consagrado en el artículo 5 y 18 de la Convención de los Derechos del Niño, esto es, que los “Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres” y que le “Incumbirá a los padres [...] la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño”, configurando entonces este privilegio otorgado a los padres. Pero es importante hacer la distinción que “estos artículos se orientan a reconocer el derecho (en cuanto a privilegio) que detentan ciertos adultos (a quien el Derecho dedica como ‘adultos responsables’) para ejercer la serie de deberes que describen una relación de cuidado, guía y orientación respecto de los niños. La relación legal entre los adultos y los niños, en otras palabras, deriva de su responsabilidad de actuar en su interés superior y no de un derecho absoluto sobre ellos”⁷⁸.

4.3. Derechos

La última figura que se describe respecto a la relación jurídica de responsabilidad parental, es la de los derechos y estos son los derechos que tienen los niños respecto de sus padres, entendiendo que los niños son sujetos legales portadores

⁷⁷ ESPEJO YAKSIC, Nicolás. El derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental. Responsabilidad parental. Santiago, Chile. Thomson Reuters, 2017. 44p.

⁷⁸ Op.cit. 47p.

de derechos fundamentales, pero que también, como lo describe el Derecho de la Infancia, el menor se encuentra en una “posición dual: un estatus en que los niños son considerados, a la vez, como portadores de derechos y sujetos de protección integral”⁷⁹. En este sentido podemos afirmar que los niños no son “meros objetos dependientes de sus padres [...] el principio fue importante para resaltar la necesidad de reconocer al niño su calidad de persona”⁸⁰.

En cuanto a los derechos que la Convención se refiere, podemos señalar que estos se dividen en derechos que los niños tienen respecto de sus padres y otros derechos que tienen respecto del Estado. Un ejemplo de la relación hijo-padre, es el derecho a la no violencia o maltrato. En cuanto a la segunda relación menor-Estado, se encuentra el derecho a no ser separado de su familia. No obstante, el Estado también tiene el deber, en el caso de vulneración grave de los derechos del niño, a establecer un nuevo vínculo familiar mediante la adopción. Nuevamente, vemos ahí envuelto el derecho que tiene el niño, niña o adolescente a vivir en familia. Es por ello que el Estado también está en el deber de dar protección, aun cuando el derecho del niño a querer permanecer en su familia de origen sea su deseo.

⁷⁹ Op.cit.

⁸⁰ CILLERO BRUÑOL, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño [En línea]. [Fecha consulta 07 de noviembre de 2017]. Disponible en: <http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el_interes_superior.pdf>

Conclusión

Es habitual entender a la familia como aquel concepto natural, es decir, un grupo de personas constituido por un padre, una madre e hijos. A partir de esta constitución, es que además se señala a la familia como pilar fundamental de la sociedad y que ésta se constituye a partir de un matrimonio.

Los que aún reconocen al matrimonio como base principal para que concurra la familia, lo hacen desde creencias religiosas, es decir la voluntad del creador fue unir a un hombre y a una mujer y que por obvia razón el matrimonio homosexual es contraria a la voluntad de Dios y de la Iglesia. Si esta razón no es suficiente, una teoría científica lo explica como simple necesidad social de la reproducción.

El objetivo de este trabajo no fue realizar una crítica a la institución del matrimonio, pero sí fue objeto de estudio establecer que el matrimonio no es la base principal de la familia, por lo que para que ésta última exista no requiere de la unión de dos personas de distinto sexo.

Es por ello, que a lo largo de este trabajo quisimos ampliar la definición de familia, comenzando por lo señalado por la Comisión Ortúzar al no querer definir ni encasillar a la familia como una sola, ya que una vez que ésta ha mutado, no se puede pretender querer darle un tratamiento como si fuese un solo modelo, debiendo regular y amparar una pluralidad de tipos de familia según los integrantes que la componen, siendo ésta un lugar en que se constituyen relaciones fundamentales para las personas, naciendo entre ella una relación de derechos por parte de los niños, deberes respecto de los padres para con sus hijos y privilegios que el Estado le otorga a los adultos responsables.

La pluralidad de conceptos que este estudio quiso presentar, fue en atención a la mutabilidad social que ha sufrido el proyecto inicial de familia, es decir la del hombre y mujer unidos por un proyecto común mediante el matrimonio con el objetivo de criar y educar a los hijos, por un concepto con un paradigma distinto y claramente más amplio, donde los cambios sociales y culturales son esenciales en esta determinación, siendo la familia aquella que se conforma independiente de las personas que la componen, siendo ésta constituida por una familia nuclear, extensa o comunidad, independiente de que la familia se componga por padres o integrantes de igual o distinto sexo.

Es por ello que el Estado debe propender a la protección de este núcleo mediante la aplicación de los principios básicos que componen los derechos de cada integrante de la familia, tendiendo al amparo de aquellos niños, niñas y adolescentes que se han visto privados del goce del derecho a vivir en familia otorgando la posibilidad del pleno ejercicio de esta facultad.

El Derecho de Familia ha sufrido cambios mediante incorporación de nuevos principios basados primordialmente en los derechos humanos a través de tratados internacionales ratificados por Chile, considerando a niños, niñas y adolescentes no como seres dependientes de sus padres o quien tenga su tutela, sino personas de derecho e iguales ante la ley, la autoridad y el resto de la sociedad. Estos derechos, por lo tanto deben propender a sustentar y promover la protección de un núcleo de personas que corresponden a la realidad del concepto de familia actual.

Si bien, estos cambios han estado destinados a actualizar la legislación vigente; estimamos que estas transformaciones no responden a las necesidades actuales, sino que, la aplicación de estos nuevos principios vienen a buscar reparos a aquellas deudas que nuestra legislación debe y debió regular hace ya algún tiempo, otorgando soluciones específicas a problemas específicos.

Aún queda la obligación de aplicar los principios y objetivos de la Convención sobre los Derechos del Niño consagra, esto es, otorgarles a cada niño, niña y adolescente el derecho de vivir en familia cuando la de origen no tiene las habilidades suficientes para otorgarles un lugar de cariño, amor y cuidado, a sabiendas que la posibilidad de concedérselo existe y esto es en el evento de que una familia homoparental les abra las puerta a un nuevo hogar y así ese niño, niña o adolescente podrá gozar plenamente sus derechos.

Esta imposibilidad se da por la necesidad imperante de mantener la tradicional legislación, manteniendo al matrimonio comprendido solamente entre un hombre y una mujer como primera opción dentro de la prelación prescrita en la Ley N° 19.620 para darle la posibilidad a niños, niñas y adolescente de ejercer sus plenos derechos.

Si efectivamente la legislación actual propendiera al interés superior del niño por sobre la del adoptante, velaría por las habilidades parentales como prerrequisito para la adopción, y no considerar al matrimonio, ni menos la orientación sexual, como restricción para que familias homoparentales pueda ejercer el privilegio de ser padres, debiendo estar en el mismo orden de prelación todo modelo de familia y no solo la matrimonial.

Bibliografía

- Anuario estadístico, unidad de Estudio, SENAME. [Fecha de consulta: 07 de octubre de 2017]. Disponible en: <<http://www.sename.cl/web/wp-content/uploads/2017/01/Anuario-Estadistico-2016-vf-29-12-2017.pdf>>
- CILLERO BRUÑOL, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño [En línea]. [Fecha de consulta: 07 de noviembre de 2017]. Disponible en: <http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el_interes_superior.pdf>
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA de la República de Chile, de 2005. Diario Oficial, 22 de septiembre de 2005.
- Convención sobre los Derechos del Niño. [Fecha de consulta: 05 de octubre de 2017]. Disponible en: <https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf>
- CORRAL TALCIANI, Hernán. ¿Del Derecho de Familia a un Derecho de las Familias? Reflexiones críticas sobre la teoría de la “pluralidad de formas de familia”. Revista de Derecho de Familia. II (6). 2015a.
- CORRAL TALCIANI, Hernán. Matrimonio, parejas del mismo sexo y Derecho de Familia. Matrimonio en conflicto, visiones rivales sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. Chile, 2015b.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012. [Fecha de consulta: 28 de octubre de 2017]. Disponible en: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf>

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fornerón e hijas vs. Argentina. Sentencia de 27 de abril de 2012. [Fecha de consulta: 23 de noviembre de 2017]. Disponible en:
<http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf>
- Corte Suprema (2017): Rol N° 99.861-16, 23 de mayo de 2017. [Fecha de consulta: 05 de octubre de 2017]. Disponible en:
<<http://es.calameo.com/read/005089183c82fbf94d64a>>
- DEL PICÓ RUBIO, Jorge. Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del Derecho Matrimonial chileno [En línea]. [Fecha de consulta: 07 de noviembre de 2017]. Disponible en:
<https://app.vlex.com/#WW/search/content_type:4+jurisdiction:CL/familia+nuclear/WW/vid/339029170/graphical_version>
- DFL N° 1, de 2000, del Ministerio de Justicia. Diario Oficial, 30 de mayo de 2000.
- DÍAZ GARCÍA, Iván. Ley chilena contra la discriminación: Una evaluación desde los derechos internacional constitucional. Revista chilena de derecho. [En línea]. 2013, vol. 40, n.2. [Fecha de consulta: 4 de noviembre de 2017]. Disponible en:
<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372013000200011&lng=es&nrm=iso>.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. Los principios que informan el Derecho de Familia chileno: Su formulación clásica y su revisión moderna. Revista Chilena de Derecho [En línea] 2005, 32 (Mayo-Agosto). [Fecha de 02 de noviembre de 2017]. Disponible en:
<<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177021336001>>

- ESPEJO YAKSIC, Nicolás y LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Responsabilidad Parental. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2017.
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Constitucionalización y Jurisprudencia Constitucional en el Derecho de Familia chileno. Revista de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca. 2017.
- LEPIN MOLINA, Cristián. Los nuevos principios del Derecho de Familia. Revista Chilena de Derecho Privado [en línea]. [Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2017]. Disponible en:
<<http://www.scielo.cl/pdf/rchdp/n23/art01.pdf>>
- Ley N° 19.620, CHILE, de 1999, modifica Ley de Adopción. Diario Oficial 05 de agosto de 1999.
- Ley N° 19.947, CHILE, de 2004, modifica Ley de Matrimonio Civil. Diario Oficial 17 de mayo de 2004.
- Ley N° 20.830, CHILE, de 2015, crea Ley Acuerdo de Unión Civil. Diario Oficial 21 de abril de 2015.
- MOVILH. Proyecto de ley que modifica el Código Civil, la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia y la Ley N° 16.168 de menores en miras de asegurar una efectiva protección de los derechos y deberes que emanan de la filiación.[Fecha de consulta: 07 de octubre de 2017]. Disponible en:
<http://www.movilh.cl/documentacion/tuicion_madres_y_padres_homosexuales.pdf>
- Observación General N° 1 sobre el Derecho del Niño. [Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2017]. Disponible en:
<http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/01.pdf >

- Observación General N° 14 sobre el Derecho del Niño. [Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2017]. Disponible en:
<http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf >
- Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica, identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. [Fecha de consulta: 16 de enero de 2018]. Disponible en:
<http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf >
- Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño. UNICEF. [Fecha de consulta: 04 de diciembre de 2017]. Disponible en:
<http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/convencion.pdf >
- Primero Boletín Semestral del año 2016 del Registro Civil e Identificación. [Fecha de consulta: 28 de octubre de 2017]. Disponible en:
<http://www.registrocivil.cl/PortalOI/PDF/Boletin_Semestral_SRCel_2016_Datos.pdf>
- RAMOS PAZOS, René. Derecho de Familia. Tomo I. 6^a ed., Santiago: Jurídica de Chile, 2009.
- SENAME. El 84% de niñas y niños adoptados el 2016 permanecieron en Chile. [Fecha de consulta: 07 de octubre de 2017]. Disponible en:
<<http://www.sename.cl/web/2017/04/05/el-84-de-ninas-y-ninos-adoptados-el-2016-permanecieron-en-chile/>>
- Sesión número 19 de la Comisión Ortúzar de la Nueva Constitución. Biblioteca del Congreso Nacional. [Fecha de consulta: 05 de octubre de 2017]. Disponible en:

<<https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmTIPO=DOCUMENTOCOMUNICACIONCUENTA&prmID=6913>>

- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Constitucionalización del Derecho de Familia(s) el caso chileno: Las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social. Revista Chilena de Derecho Privado, 2007 [en línea]. [Fecha de consulta: 23 de noviembre de 2017]. Disponible en <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370840820004>>

- Tribunal Constitucional 2012. Rol N° C-23.844-2012, 25 de agosto de 2015. [Fecha de consulta: 28 de octubre de 2017]. Disponible en: <<https://www.camara.cl/camara/media/docs/fallos/rol2747.pdf>>