

# NOTAS SOBRE LA FAMILIA, EL PODER Y EL DERECHO

YOU NOTICE ON THE FAMILY, THE POWER AND THE RIGHT

PABLO MARSHALL BARBERÁN\*

Fecha de recepción: 9 de marzo de 2010.

Fecha de aceptación: 8 de abril de 2010.

## Resumen

Estas notas pretenden exponer el modelo constitucional de familia en Chile y analizar algunas consecuencias que se siguen de ese modelo a la luz de la influencia del derecho en las relaciones de poder dentro de la familia. Se analiza la relación de la familia con el principio de subsidiaridad, la comprensión de esa relación por una interpretación neoliberal de tal principio y la necesidad de la intervención estatal en las relaciones intrafamiliares, fundada en una concepción de libertad como no-dominación.

## Abstract

*In these notes attempts to explain the constitutional model of family in Chile and discuss some implications that follow this model in light of the influence of law in relations of power into the family. Discusses the relationship of the family with the principle of subsidiarity, the understanding of this relationship by a neoliberal interpretation of this principle and the need for state intervention in intra-family relations, founded on a conception of freedom as non-domination.*

Palabras clave: Familia, subsidiaridad, neoliberalismo.

Key words: *Family, subsidiarity, neoliberalismo*

---

\* Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Austral de Chile. Estas notas corresponden a un proyecto más extenso que considera la necesidad de reinterpretación de las normas constitucionales que tratan sobre las relaciones que se dan entre el Estado y la sociedad. La correspondencia concerniente a este artículo debe ser remitida a la siguiente casilla de correo electrónico: pmarshall@uach.cl o a la dirección postal siguiente: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Campus Isla Teja s/n, Valdivia, Chile.

La lectura del libro *Republicanism* de Philip Pettit me convenció de escribir estas líneas que recogen algunas reflexiones sobre la situación jurídica de la familia desde la perspectiva del derecho constitucional, más particularmente desde la comprensión de la relación entre el derecho y el poder dentro de la familia. No pretenden ser una justificación suficiente de dichas ideas, sino una invitación a repensar la familia en la Constitución.

## La familia en la Constitución

Son escasas las normas sobre la familia en la Constitución chilena, en relación con el tratamiento que hacen de ella otras constituciones<sup>1</sup>. Ello tiene su explicación en una concepción del rol de la Constitución, a mi parecer, bien entendida por sus redactores. La Constitución no es una norma en que debe ordenarse la sociedad, es una norma donde debe ordenarse el Estado. Las referencias a la familia están restringidas a escuetos enunciados en el artículo 1º (incisos 2º y 5º) y más indirectamente en algunas disposiciones en el artículo 19 (números 4, 10 y 11). Así, el derecho constitucional de la familia puede restringirse al análisis de unas cuantas normas.

Una breve caracterización del modelo constitucional de familia puede consistir en el análisis de la posición de la familia en la sociedad y de su relación con el Estado. El artículo 1º inciso 2º señala: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”. Esta disposición, tomada de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (art. 16), no parece querer decir nada más que la Constitución reconoce a la familia como algo importante. Sin embargo, sus redactores tenían a lo menos dos ideas más en mente. Por un lado, querían destacar que la Constitución solo podía reconocer a la familia, pues está era anterior al Estado, era una institución de derecho natural. Por otro lado, que la familia sea algo importante para la Constitución no parece ser neutral para los órganos estatales y para la propia Constitución. Es más, los redactores de la Constitución consideraron que la protección de la familia se seguía lógicamente del enunciado del artículo 1º inciso 2º<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Vid. constituciones de Brasil, Irlanda, Italia, México, Portugal o Venezuela.

<sup>2</sup> El rol central de la familia dentro de la sociedad no fue objeto de una discusión detallada dentro de la Comisión de Estudios. La única intervención que escapa a esta decisión tácita de no “problematizar la institución es una intervención del comisionado Ovalle que expresaba que la regulación constitucional de la sociedad y sus grupos componentes no era coherente con la tradición constitucional chilena y que él no estaba de acuerdo con su incorporación en la nueva constitución. En este sentido, el comisionado Evans apuntaba un punto relevante. Bajo las constituciones chilenas de 1833 y de 1925, la sociedad y la familia no fueron objeto de regulación por considerarse temáticas ajenas a los requerimientos de la organización del Estado, objeto final al que estaban dirigidas las normas constitucionales (sesión 191 CENC, p. 28). Eso explica que en la doctrina constitucional previa a 1980, la familia no hubiera sido objeto de análisis. La incorporación del actual artículo 1º es una innovación de la Constitución de 1980.

El mandato para el Estado de proteger a la familia y propender a su fortalecimiento señalado en el artículo 1º inciso 5 de la Constitución tiene su fundamento, para quienes lo redactaron, en la posición de la familia en la sociedad. El Estado no era ni podía ser neutral ante ella. El objetivo que los redactores de la Constitución tuvieron en mente con el establecimiento de esta norma no parece desprenderse de la lectura de sus actas, sin embargo, por cómo se llegó a adoptar el texto definitivo, parece plausible señalar: (i) se excluyó la protección de la integridad de la familia como una norma que podría constitucionalizar la prohibición del divorcio; sin embargo, (ii) todo el tiempo se consideró que el matrimonio era el fundamento de la familia; y (iii) se decidió colocar al Estado y no a los individuos integrantes como sujeto de la obligación de proteger y fortalecer a la familia<sup>3</sup>.

No obstante lo ya señalado, la disposición más relevante para la caracterización de la familia en la Constitución y en especial en su relación con el Estado es la establecida en el artículo 1º inciso 3º de la misma:

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

En esta disposición se ha fundado habitualmente el principio de subsidiaridad del Estado. Su aplicación a la familia resulta de concluir que la familia es también un grupo intermedio, esto es, una asociación de individuos distinta al, o menores que, el Estado. Si bien ni el reconocimiento ni la protección de la familia aportan a la caracterización ya hecha de esta, la aplicación de esta disposición parece justificar una autonomía de la familia respecto del Estado, que no estaba presente en las normas anteriormente analizadas.

Así, se establece una garantía de autonomía de la familia respecto del Estado, para que esta cumpla, sin intervención, con sus propios fines específicos. El sentido de esta garantía requiere algunos comentarios, en especial, relativos al esclarecimiento del alcance del principio de subsidiaridad.

## El modelo de la subsidiaridad

La subsidiaridad es un principio que se dirige a determinar el ámbito lícito de la actuación del Estado en la sociedad. En su formulación canónica implica: alternativamente, en un sentido, que el Estado no tome a su cargo lo que pueden en buenas

<sup>3</sup>. *Vid.* Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesiones números 1, 3, 9, 38, 40, 45, 129, 191 y 402.

condiciones realizar las personas y los entes colectivos y, a la inversa, la obligación del Estado de proveer a la satisfacción de las necesidades colectivas, en cuanto los particulares no estén en posibilidad de lograrla<sup>4</sup>.

Inspirado en la doctrina social de la Iglesia Católica, el principio de la subsidiaridad consiste en un límite y al mismo un título de intervención para la actividad del Estado en la sociedad. La subsidiaridad, así, aparece como un momento de equilibrio entre el liberalismo de la abstención y la estatización de la sociedad<sup>5</sup>. El ámbito de acción del Estado está determinado por las propias capacidades y carencias de la sociedad. Esta duplicidad de sentidos de la subsidiaridad, sin embargo, ha sido perdida de vista con la arremetida del modelo neoliberal y la consecuente interpretación neoliberal de la subsidiaridad como la defensa del Estado mínimo.

El principio de subsidiaridad, en que se funda el modelo privado de familia, ha tendido en Chile a ser interpretado de una manera neoliberal, principalmente en materias económicas, pero no solo en ellas<sup>6</sup>. Afirmada sobre el discurso de las políticas públicas propio de la segunda etapa de la dictadura y sobre la relación de este con las disposiciones constitucionales relacionadas con la economía y el mercado, la lectura de la Constitución en clave neoliberal gozó de un efecto expansivo. Abarcó no solo la separación entre lo público y lo privado en el ámbito de la producción y el comercio, sino que se trasladó a todos los espacios donde esa dicotomía parecía poder dibujarse: en especial a la educación y a la información<sup>7</sup>.

La protección de la libertad de decisión en materia de educación de los padres respecto de sus hijos, mediante derechos fundamentales consagrados en el artículo 19 de la Constitución, es concordante con este modelo. En dicha norma se garantiza que la educación de los hijos estará a cargo preferentemente de los padres y se establece un derecho para los padres de elegir libremente el establecimiento educacional donde sus hijos estudiarán (art. 19 n° 10 y n° 11). Por otro lado, en materia de información, puede entenderse que la Constitución configura una esfera de protección de la vida íntima familiar al establecer el derecho a la vida privada y a la honra de las personas y su familia y la inviolabilidad del hogar, entendido este último como una esfera física dentro de la cual existe una prohibición de intromisión estatal (art. 19 n° 4 y n° 5).

El modelo neoliberal ha colonizado en Chile al principio de subsidiaridad,

<sup>4</sup>. SILVA BASCUÑÁN, Alejandro: **Tratado de Derecho Constitucional**, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1997, tomo iv, pp. 51s.

<sup>5</sup>. *Vid.* NIÑO, Eduardo: **La vigencia del Principio de subsidiaridad en la Actividad Empresarial del Estado**, Santiago: LexisNexis, 2006, pp. 12s.

<sup>6</sup>. *Idem* 27s.

<sup>7</sup>. *Vid.* FERNANDOIS, Arturo: **Derecho Constitucional Económico**, Santiago, Ed. Universidad Católica de Chile, 2006, pp. 89ss.

limitando su faz de social a un mínimo, limitando la intervención estatal por múltiples requisitos, algunos con fundamento normativo, otro con fundamento meramente ideológico, que pueden ser resumidos en la prevalencia del interés privado sobre el interés de la comunidad. Con base en el principio de subsidiaridad, principalmente en la legitimidad simbólica con que este cuenta, la política neoliberal en el ámbito económico y la política neoconservadora en el ámbito social y moral, se presenta como una decisión constitucional ya tomada activamente por la Constitución original y pasivamente por los gobiernos democráticos que no han siquiera intentado intervenir en ese discurso hegemónico.

El discurso chileno relativo a la subsidiaridad es discordante con, por ejemplo, el discurso europeo de subsidiaridad. La concepción europea, fruto de las discusiones sobre integración, dice relación con la forma en que la comunidad política local participa en las decisiones globales, planteándose una exigencia de participación de la ciudadanía local y de gobierno local en las decisiones que los involucran como destinatarios<sup>8</sup>. No se plantean en esta esfera tensiones entre el interés en mantener excluido un ámbito individual y colectivo, en el caso de la familia, de las posibilidades de intervención del Estado. El discurso de la subsidiaridad desarrollado en Chile, parece tener, en este sentido, un carácter especial.

## La subsidiaridad neoliberal y el modelo privado de familia

El neoliberalismo constitucional –o neoconservadurismo, según el punto de vista con que se lo mire– ha construido un modelo de familia inmune a preocupaciones comunitarias, al igual como no ha tolerado la intromisión estatal en cuestiones que involucren asociaciones, sociedades y fundaciones. La familia posee un coto vedado respecto del Estado y la intromisión en esa esfera sería una violación de la tan valiosa libertad de la familia, como lo es la intromisión del Estado en la esfera del individuo<sup>9</sup>. La familia, al igual que el individuo, es considerada un pequeño Estado, con su soberanía y su orden interno<sup>10</sup>.

Esta concepción puede ser apoyada en el énfasis que los derechos constitucionales a la libre educación, honra e intimidad –los atinentes a la familia–, ponen en la autonomía de la familia frente a intromisiones externas, en especial del Estado.

De esta manera, en educación, el derecho de los padres a elegir el estableci-

<sup>8</sup>. Vid. BOIXAREU, Ángel: "El principio de subsidiaridad", en *Revista de Instituciones Europeas* N° 21, 1994.

<sup>9</sup>. Vid. BERGER, Brigitte: "La familia como una estructura intermedia", en *Estudios Públicos* N° 4-5, 1981.

<sup>10</sup>. WALZER, Michael: *Las Esferas de la Justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, México, Ed. FCE, 1983, p. 243.

miento educacional de sus hijos y el derecho preferente y garantizado de los padres a educarlos son muestras de la concepción privada de la familia. El derecho a la honra de la familia de una persona, solo puede explicarse en la medida que se atribuye a la familia una categoría moral equivalente al individuo, y ese sentido, la titularidad de una esfera de autonomía que debe resguardarse de intervenciones no autorizadas.

El modelo privado de familia, fundamentado por la interpretación neoliberal del principio de subsidiaridad, lo que hace es esconder del escrutinio público las estructuras tradicionales sobre la cual las relaciones familiares se construyen. Así, la regulación legal tradicional se limita a consolidar las formas tradicionales de familia donde: (i) el hombre tiene la jefatura económica y jurídica de la familia, (ii) la mujer se ve conminada a ocuparse doblemente de la tareas domésticas y de su trabajo fuera del hogar, y (iii) los hijos se ven sometidos a la decisiones tomadas por sus padres, dentro de una esfera infranqueable de decisión, entre otros rígidos códigos tradicionales.

La pregunta crucial en el momento que tenemos conocimiento de esta realidad es ¿debe el derecho ser neutral, en el sentido liberal, a lo que pasa dentro de la familia? o ¿es el principio de subsidiaridad un resguardo a situaciones que bajo el esquema de posiciones individuales no sería tolerable? o ¿resguarda el principio de subsidiaridad una estructura familiar tradicional sin ser sensible a las relaciones entre los individuos involucrados?

## La intervención pública en la familia

Existe conciencia de que dentro de la familia existen numerosas relaciones de poder y que todas ellas son relaciones en las que varias formas de abuso pueden configurar una relación consolidada de dominación de unos sobre otros. Sin embargo, que la familia esté, al mismo tiempo consolidada como una asociación, fundada en el parentesco y el amor, en la cual las relaciones gratuitas son la regla general, tiende a hacer pensar que la familia está ajena al escrutinio público, caracterizado por el análisis y la posible corrección de las relaciones de poder ilegítimas<sup>11</sup>.

Esas relaciones de poder abusivas pueden estar fundadas en una dependencia económica, como en el caso de la mujer respecto del marido que la golpea; en una dependencia natural, como en el caso de los hijos menores objeto de abuso por sus padres, o en otra clase de dependencia. En otras palabras, la relación de dominación puede ser con un consentimiento mediado por la necesidad o sin consentimiento alguno. Parase ser que algo extraño hay en este espacio de configuración autónoma de la familia, inclusive bajo el prisma del derecho liberal basado en el consentimiento individual.

---

<sup>11</sup>. *Idem*, 238ss.

Con todo, la concepción de la familia como esfera privada no ha obstado a la incorporación fragmentaria y excepcional, de medidas estatales que paleen las situaciones de abuso desproporcionado, por parte de hombres, mujeres o padres que se aprovechan de la situación general de impunidad que el modelo neoliberal de la subsidiaridad cobija. Los casos típicos que han servido para llamar la atención de opinión pública sobre lo que pasa dentro de la familia, son las relaciones de violencia física y psicológica de padres sobre hijos y de hombres sobre mujeres. La opinión pública ha forzado, con mucho esfuerzo, a que el sistema político procese dicha violencia como una exigencia de intervención pública, en este caso, mediante la creación de una ley especial para el fenómeno de la violencia doméstica<sup>12</sup>. Por otro lado, han estado en discusión las formas de asegurar el bienestar económico de la familia, sobre todo mediante la introducción de mecanismos que corrigen la situación de familias en que los padres no viven juntos o que terminan su convivencia común, favoreciendo a los miembros más débiles<sup>13</sup>.

La preocupación estatal por el bienestar físico, psicológico y económico de la familia puede transformarse en la regla general y no en una medida de carácter extraordinario, que solo asoma allí donde la situación de injusticia o inmoralidad se hace intolerable. Que dicho cambio sea posible, pasa necesariamente por abandonar el modelo de la subsidiaridad neoliberal como prisma de observación de la relación entre el Estado y la familia. La intervención del Estado en la planificación de la educación para la incorporación de una igualdad de oportunidades real, la determinación de los estándares de cuidado de los hijos o, en general, la ayuda a, y planificación económica de, la familia parecen ser cuestiones que podrían discutirse en una situación tal<sup>14</sup>.

Si bien la estructura de no interferencia que establece la distinción entre lo público y lo privado posibilita la consecución de cierta libertad de los individuos frente al Estado. En este particular caso, contribuye a sedimentar una estructura de dominación dentro de la familia. Dicha relación de dominación se caracteriza por el temor del dominado frente a la capacidad de su dominador de interferir arbitrariamente en su vida, hasta el extremo de configurar un estado de cosas en la que todos los intervinientes –y luego, necesariamente la comunidad– adquieran la conciencia de subordinación, vulnerabilidad y asimetría de poder<sup>15</sup>. La igual dignidad de las personas (artículo 1° de la Constitución), parece exigir que ese tipo de relaciones tiendan a desaparecer y el Estado está en la mejor posición para lograr dicho objetivo<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Vid. Ley de Violencia Intrafamiliar, Ley 20.066, de 7 de octubre de 2005.

<sup>13</sup> Por ejemplo, vid. Ley de Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias (DFL 1 de 2000), de 30 de mayo de 2000, y Nueva Ley de Matrimonio Civil, Ley 19.947, de 7 de mayo de 2004.

<sup>14</sup> Vid., por ejemplo, la propuesta de ATRIA, Fernando: **Mercado y ciudadanía en la educación**, Santiago, Ed. Flandes Indiano, 2007.

<sup>15</sup> PETTIT, Philip: *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 77-145.

<sup>16</sup> *Idem*, 116-27.

## Bibliografía

- ATRIA, Fernando: Mercado y ciudadanía en la educación, Santiago, Ed. Flandes Indiano, 2007.
- BERGER, Brigitte: "La familia como una estructura intermedia", en *Estudios Públicos* N° 4-5, 1981.
- BOIXAREU, Ángel: "El principio de subsidiaridad", en *Revista de Instituciones Europeas* N° 21, 1994.
- FERMANDOIS, Arturo: Derecho Constitucional Económico, Santiago, Ed. Universidad Católica de Chile, 2006.
- NIÑO, Eduardo: La vigencia del Principio de subsidiaridad en la Actividad Empresarial del Estado, Santiago, LexisNexis, 2006.
- PETTIT, Philip: Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno, Barcelona, Paidós, 1999.
- SILVA, Alejandro: Tratado de Derecho Constitucional, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1997.
- WALZER, Michael: Las Esferas de la Justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad, México, Ed. FCE, 1983.