



UNIVERSIDAD DE CHILE.
Facultad de Derecho.
Departamento de Derecho Privado

AUTONOMIA PROGRESIVA: EL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHOS.

**Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales.**

Alumna: Paula Andrea Venegas Sepúlveda.
Profesor Guía: Maricruz Gómez de la Torre Vargas.

Santiago de Chile, 2010.

... a mi querido Chillán, Capital del gran Ñuble, provincia donde se ubica la tierra en que nací, un pueblo denominado Quirihue, distante a tan sólo 30 kilómetros del hermoso mar de Cobquecura, epicentro del pasado terremoto del 27 de febrero de 2010. Ambas antiguas ciudades de adobe, en las cuales aún se conservaba viva nuestra historia, y que hoy lucen tristemente destruidas a raíz de esta terrible catástrofe; tragedia que posteriormente provocó el fatídico maremoto que arrasó con las costas que bañan nuestros pueblos costeros como nuestro desaparecido Dichato”...

...muy especialmente a todos los niños damnificados de la Octava Región del Bío-Bío y de la Séptima Región del Maule.

AGRADECIMIENTOS.

A dios, a mis padres, a mi familia, a mis amigos y compañeros, a mi profesora guía doña Maricruz Gómez de la Torre Vargas.

INDICE

	Página
INTRODUCCION	7
CAPITULO I	
EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHOS	11
1. Antecedentes Históricos	11
2.1. Análisis del Contenido de la Convención de los Derechos del Niño	17
2.2. Enunciación y Clasificación de los Derechos Contemplados	18
3.1. Principios Inspiradores	21
3.1.1. Derecho a la Vida, a la Supervivencia y al Desarrollo.	21
3.1.2. No Discriminación	23
3.1.3. Interés Superior del Niño.	23
3.1.4. Derecho del Niño a Ser Oído.	27

CAPÍTULO II

“AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y AUTONOMÍA PROGRESIVA”.....	35
1. Autonomía de la Voluntad.	36
1.1. Definiciones.	36
1.2. Fundamentos de la Autonomía.	37
1.2.1. Libertad.....	37
1.2.2. Voluntad.	39
1.3. Autonomía como Principio Legal.....	41
1.3.1. Capacidad Jurídica de Ejercicio.	44
1.3.2. Autonomía Progresiva	48

CAPÍTULO III

“PROGRESIVAMENTE HACIA LA AUTONOMÍA”	53
1. Ejercicio de la Autonomía Progresiva por Niños, Niñas y Adolescentes. Actuación Autónoma del Joven.	54
2. Responsabilidad Parental.	59
3. Rol del Estado.....	63

CAPÍTULO IV

“ANÁLISIS DE LA NORMATIVA VIGENTE”.....	68
---	----

1. Situación Legal Chilena.	68
1.1. Normas Jurídicas.	69
2. Postura Doctrinaria Personal.	74
3. Jurisprudencia.	78
3.1. Jurisprudencia Nacional.	78
3.2. Jurisprudencia Extranjera.	83
Conclusiones	85
Bibliografía	89
Anexo	100

INTRODUCCION

El presente trabajo tiene como finalidad el estudio de un concepto jurídico que no ha sido mayormente abordado por nuestra legislación interna y que se encuentra establecido en la Convención Internacional de los Derechos del Niño¹, tratado que ha sido debidamente ratificado por nuestro país.

El concepto en mención se denomina Autonomía Progresiva y le da el nombre a esta investigación, donde para dilucidar la naturaleza del mismo, abordaremos conceptos jurídicos claves como: voluntad, libertad y capacidad.

Es así como en un comienzo nuestro Primer Capítulo tratará la evolución del estatus jurídico de la infancia y adolescencia, ya que evidentemente la situación infantil del mundo no puede ni debe ser la misma del siglo XIX, época en que se promulgó el Código Civil Chileno, ya que los niños, niñas y adolescentes se encuentran sujetos a nuevos y diversos estímulos externos que, si bien implican mejores herramientas para su desarrollo, por otro lado, los convierten en un segmento de la población vulnerable a los mismos, y que por tanto, los hace requerir de una protección jurídica especial.

Es así como en principio abordaremos las diferencias doctrinarias en la concepción de la infancia producto de los diversos cambios culturales en la institución de la familia y en los roles de sus integrantes, para lo cual resultará imprescindible analizar someramente la CDN, a través de la cual, nuestro país reconoció, por primera vez en su historia un amplio catálogo de derechos fundamentales para niños, niñas y adolescentes, entendiéndose por niño o niña todo aquél menor de dieciocho años y por adolescente todo niño mayor de catorce.

¹ En adelante CDN.

Los derechos mencionados anteriormente son conocidos como “derechos de la infancia” y tienen por objeto asegurar a todos los niños, niñas y adolescentes el desarrollo de su personalidad y su plena integración en la sociedad. Este amparo legal tiene como finalidad abogar por la defensa de la dignidad y libertad del niño, niña y adolescente, propiciando además la búsqueda del desarrollo de las propias capacidades dentro del ámbito social en que se desenvuelve, siendo la familia, tal como lo destaca Nuestra Constitución, el núcleo fundamental, pues ella favorece un mejor ambiente para el crecimiento de los sujetos que integran la Nación.

Luego de este análisis podremos concluir como con la suscripción de CDN ha surgido la necesidad de redefinir el ámbito de las relaciones paterno-filiales, pues a la luz de las nuevas disposiciones, será necesario reconsiderar la preponderancia que juegan los padres en las acciones de niños, niñas y adolescentes.

En el Segundo Capítulo trataremos los fundamentos del concepto de Autonomía, la comprensión e importancia de su contenido, pues como sabemos, la autonomía de la voluntad es un principio jurídico fundamental que inspira transversalmente todo nuestro derecho privado. Se trata, en consecuencia del pilar básico sobre el que descansa todo nuestro ordenamiento civil, el cual se sustenta sobre la libertad individual, donde el hombre está llamado a orientar su destino, en virtud de su inteligencia y de su capacidad de discernir.

Este principio tan fuertemente defendido por nuestro legislador posee suma importancia, por cuanto, nos parece lógico el preguntarse en qué momento es que se obtiene esta Autonomía; o más bien, cuándo se entiende

que un individuo es lo suficientemente autónomo para ejercer sus propios derechos y obligaciones, los cuales, a su vez, implican eventualmente cierta responsabilidad, que como contrapartida, provienen del desarrollo de esas mismas facultades y deberes.

Nuestro tercer capítulo denominado “Progresivamente hacia la Autonomía”, tratará en profundidad la problemática del cambio de estatus jurídico de niños, niñas y adolescentes desde simple “objeto de protección” hacia “sujeto de derecho”, lo cual implica la posibilidad de exigir el cumplimiento de estas garantías establecidas en su favor. Sin embargo, veremos como la práctica de éstas se encuentra limitada por el ordenamiento jurídico interno, a través por ejemplo, del requisito jurídico de la capacidad.

Pues bien, adquisición de la capacidad de ejercicio implica jurídicamente diversas consecuencias; entre ellas, la adquisición de la plena autonomía, la cual, desvincula a los hijos de los padres en relación a la posibilidad de ejecutar sus propios derechos.

La Autonomía Progresiva contemplada en la CDN busca permitir el desarrollo de ciertas prerrogativas por parte de quienes son objeto de la creación de las mismas, esto es, de los niños, niñas y adolescentes, procurando entregar ciertas libertades de acuerdo al grado de madurez que posean éstos en las diferentes etapas de la infancia y en el caso específico de cada niño, niña o adolescente, lo cual, podría parecer en un principio contradictorio con el deber que poseen los padres sobre éstos, pero que tiende a buscar el mejor equilibrio para brindar así la posibilidad de un mejor desarrollo en las capacidades de la propia infancia.

En consecuencia, frente a estas situaciones, el derecho está llamado a adecuarse a estos cambios, realizando para ello las reformas civiles necesarias para adaptarse así a los tiempos que corren, siendo formuladas en este capítulo algunas propuestas personales a este respecto.

Finalmente, el Cuarto y último Capítulo propone dos casos de jurisprudencia en que la problemática señalada se manifiesta en la práctica en criterios que pueden ser fundamentados en distintos sentidos, lo cual nos llevará a observar como esta colisión de derechos requiere de una orientación que propenda la búsqueda del **Interés Superior del Niño**, concepto tan abierto como el de **Autonomía Progresiva**, razón por la cual el ejercicio de ambos quedarán entregados a criterio de quien posee la función de aplicar la norma.

Todo lo enunciado anteriormente nos lleva a plantearnos la siguiente pregunta: ¿Son los niños, niñas y adolescentes considerados sujetos de derecho en nuestra legislación a la luz del principio de la autonomía progresiva, consagrado en la Convención Internacional de los Derechos del Niño? y, ¿cómo esta nueva concepción se tensiona con los antiguos conceptos de patria potestad y autoridad paternas?

Esta cuestión ha evolucionado en los últimos años, pero no ha sido debidamente zanjada de manera determinante por la doctrina, la idea de este trabajo será la entrega de las debidas herramientas que nos permitan formarnos un juicio propio al respecto.

CAPITULO I

“EVOLUCION HISTORICA DEL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHOS”

1. Antecedentes Históricos

La situación jurídica de niños, niñas y adolescentes ha variado enormemente con el paso de los años. En la antigüedad, si bien el derecho romano entregaba a los hijos de familia, la calidad de personas, éstos no poseían capacidad de goce, asunto que en estos tiempos parece absolutamente impensado, pues actualmente la infancia ha ido ganando terreno siendo especialmente protegida por una gran cantidad de naciones, debido a la importancia que ésta significa para el desarrollo de los países.

Por esta razón, espontáneamente fue naciendo la necesidad de dar un especialísimo lugar jurídico a la niñez. En este sentido, la primera iniciativa que existe en el mundo sobre la posibilidad de realizar un compendio de normas internacionales destinadas específicamente al amparo de los niños fue realizada en 1913 con la idea de conformar una Asociación Internacional para la Protección de los Niños, la cual, se materializó en 1919 con la creación del Comité de Protección de la Infancia.

Con todo, esta problemática comienza a ser un aspecto de interés mundial, que no sólo debe regularse por los países de manera interna, sino que abre la posibilidad a la comunidad internacional de iniciar un trabajo conjunto por la defensa de los niños, considerándose un tema preponderante para el desarrollo social de todo el planeta².

De este modo, en 1923 la Unión Internacional “Save the Children”³ redacta la primera Declaración de Derechos del Niño, conocida mayoritariamente como Declaración de Ginebra, por medio de la cual, las naciones reconocen que los niños son lo mejor que la humanidad posee, declarando y aceptando como su deber, sin importar raza, nacionalidad o credo, los siguientes cinco principios⁴:

* Al niño se le debe dar los medios necesarios para su desarrollo normal, material y espiritual.

* El niño hambriento debe ser alimentado, el niño enfermo debe ser curado, el niño maltratado debe ser protegido, el niño explotado debe ser socorrido, el niño huérfano y abandonado debe ser acogido.

² > Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes
>http://www.iin.oea.org/2004/Convencion_Derechos_Nino/Breve_historia.htm> [En línea]
(consulta: octubre 2009)

³ Organización no gubernamental fundada en 1919, que lucha por la defensa y promoción de los derechos de la infancia en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño. Sus más de 29 países conforman la Alianza Internacional Save the Children.
><http://www.savethechildren.org/>> [En línea] (consulta: octubre 2009)

⁴ Bioética en la Red.
>http://www.bioeticaweb.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=4534> [En línea]
(consulta: octubre 2009)

* El niño debe ser el primero en recibir auxilio en caso de un desastre.

* El niño debe tener sustento, y ser protegido contra todo tipo de explotación.

* El niño debe ser llevado a concientizarse de ser devoto al servicio del hombre.

Estos planteamientos señalados fueron reconocidos el 26 de septiembre de 1924 por los países miembros de la Sociedad de las Naciones, los cuales, fueron reafirmados posteriormente por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, la cual, en 1946 recomienda retomar la Declaración de Ginebra como una forma de comprometer eficazmente a los pueblos. Esta situación trajo aparejado el surgimiento de un movimiento universal en favor de los niños, el cual, se manifestó expresamente con la creación del Fondo Internacional de Auxilio a la Infancia o UNICEF⁵.

Por otro lado, en la Proclamación de la 23 Declaración de los Derechos del Hombre realizada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), se destaca que los derechos y libertades de los niños se encuentran implícitamente incluidos en los principios enunciados.

⁵ UNICEF es el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, cuya principal finalidad es promover la protección de los Derechos de los Niños; ayudar a satisfacer sus necesidades más importantes y otorgarles más y mejores oportunidades para el desarrollo pleno de sus potencialidades. UNICEF está presente en 155 países donde trabaja en estrecha colaboración con gobiernos, sociedad civil, iglesias, instituciones internacionales, personalidades de fama mundial y millones de voluntarios. ><http://www.unicef.cl/unicef/index.php/Que-es-Unicef> > [En línea] (Consulta: octubre 2009)

Con el pasar de los años, se llegó a la conclusión que las necesidades de los niños, niñas y adolescentes debían estar especialmente protegidas en virtud de las particularidades que poseía la propia infancia, por tanto, se entendió que los principios declarados, si bien incluían el amparo de la infancia, no podían cautelar eficazmente la problemática social de la niñez. En razón de esto, en 1948 se amplía la Declaración de los derechos del Niño por parte de la ONU, siendo aprobada por la misma con unanimidad.

Como consecuencia de esto, y de la idea de seguir avanzando en este tema, en 1959 la ONU aprueba una renovada "Declaración de los Derechos del Niño", la cual incluía diez principios, que sin embargo, no poseían carácter obligatorio. En virtud de esto, en 1978 el gobierno de Polonia presenta a las Naciones Unidas la versión provisional de una Convención sobre los Derechos de los Niños, la cual, a partir de 1979, con ocasión del Año Internacional del Niño, fue estudiada por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU a través de un grupo de trabajo especialmente creado para su revisión, a quien se le encargó además la presentación un texto final.

Tras diez años de negociaciones con gobiernos de todo el mundo, líderes religiosos, Organizaciones No Gubernamentales (ONG), y otras instituciones, el 20 de noviembre, treinta años después de la Declaración de 1959, el Grupo de trabajo presenta el proyecto definitivo a la Comisión de Derechos Humanos de la Asamblea General de la ONU, donde se adoptan una serie de derechos para la infancia conducentes a la protección y desarrollo de todos los niños, niñas y adolescentes en las diferentes etapas de sus vidas; así se logra acordar, en consecuencia, el texto final de la "CDN" cuyo cumplimiento sería obligatorio para todos los países que la ratificaran.

La compilación de estos derechos celebra este 2009 veinte años desde su nacimiento, el cual, significó un intenso trabajo en el que participaron diversos países, por ende, distintas culturas y religiones; quienes en conjunto lograron como resultado la creación del acuerdo en cuestión, el cual, ha sido universalmente aceptado y ratificado por todos los países miembros con excepción de Estados Unidos y Somalia; y que en palabras de Miguel Cillero Bruñol⁶, representa la renovación de aspectos esenciales como: “la relación del niño con la familia, los derechos y deberes de los padres y la responsabilidad de la sociedad civil respecto de la infancia en general”.

Esta renovación conlleva el surgimiento de una nueva noción jurídica de la niñez que da paso, desde la doctrina de la situación irregular, la cual concebía al niño como mero objeto de protección, a la consideración de la infancia bajo una protección integral, con la que “se propone una nueva concepción del niño como sujeto de derechos en la relación paterno filial, de modo de garantizar que la función formativa de los padres se lleve a cabo en el marco de una interacción entre el adulto y el niño, y no como efecto de una acción unilateral en la cual el niño asume un lugar de sumisión como objeto de representación y control ilimitados por parte de sus padres”⁷.

“Esta interacción se basa en la consideración de la personalidad y el respeto de las necesidades del niño en cada periodo de su vida, en su participación activa en el proceso formativo, y en un gradual reconocimiento y

⁶ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. “Infancia Derecho y Justicia”, Bravo y Allende editores 1999, p. 13

⁷ GIL DOMINGUEZ, ANDRÉS. FAMA, MARÍA VICTORIA. HERRERA, MARISA. “Derecho Constitucional de Familia”. Tomo I, 1º Ed. Ediar Argentina 2006, p 540.

efectiva promoción de su autonomía en el ejercicio de sus derechos fundamentales en función de las diferentes etapas de su desarrollo evolutivo”.⁸

“La doctrina de la protección integral de derechos, de modo abstracto y genérico abarca, como su nombre lo indica, todas las dimensiones de la vida y desarrollo de los niños, promoviendo la unificación de propósitos y acciones entre desarrollo socioeconómico y protección jurídica de la infancia⁹.

“Que los niños, niñas y adolescentes sean reconocidos como sujetos de derecho implica que han dejado de ser definidos por sus carencias, o por considerar a la niñez y la adolescencia como etapa previa a la vida adulta, sino más bien que se los reconoce como seres humanos completos, portadores de derechos y atributos que les son inherentes por su condición de persona, más aquéllos que les corresponden específicamente por su condición de niño”.¹⁰

⁸ MINRYERSKY, NELLY. Artículo en “Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia”. Abeledo Perrot. Buenos Aires 2009, p.133

⁹ GIL DOMINGUEZ, ANDRÉS. FAMA, MARÍA VICTORIA. HERRERA, Marisa. “Derecho Constitucional de Familia”. Ob. cit., p. 538

¹⁰ MINRYERSKY, NELLY. Artículo en “Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia”. Ob. cit., p.132

2. Análisis del Contenido de la CDN

Este acuerdo contempla 54 artículos y dos protocolos facultativos.¹¹ A lo largo del articulado se establecen derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, reconociendo que todas las personas menores de 18 años son “sujeto de derechos”, razón por la cual, deben ser protegidos por los Estados, quienes están conminados a propender los estadios necesarios para que éstos puedan desarrollarse y así, participar activamente dentro de la sociedad, respetando, de este modo, su derecho al desarrollo físico, mental y social pleno.

Este convenio fue firmado por nuestro país el 26 de enero de 1990, siendo, en julio del mismo año, aprobado por el Congreso Nacional, procediendo a su ratificación ante el Secretario General de la ONU el 14 de agosto de 1990. Su promulgación como ley de la República se realizó a través de decreto Supremo N° 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicándose en el Diario Oficial el 27 de septiembre de 1990, fecha en la cual entró en vigencia en nuestro país.

Al ratificar este Pacto Internacional, Chile se obligó a respetar, proteger y promover los derechos consignados en ella, razón por la cual, esto también incluye el deber de adecuar el derecho interno para así poner en vigor la normativa suscrita. Así, según el artículo 5 inciso 2° de Nuestra Constitución Política los tratados internacionales concernientes a derechos esenciales implican un límite a la soberanía del Estado que debe respetarse.

¹¹ - Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, adoptado el 18 de enero de 2002.

- Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados, adoptado en 25 de mayo de 2000.

En consecuencia, este artículo impone como deber a los órganos del Estado el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados por los tratados internacionales suscritos por Chile que se encuentren vigentes.

Atendiendo el contexto de la disposición constitucional, nuestro país sustenta una posición ecléctica en relación a la aplicación de los tratados. En efecto, en un principio, si hay una disposición de derecho internacional incorporada a nuestra legislación ésta se aplica. Por otro lado, en ausencia de una disposición en nuestra legislación interna, nuestra jurisprudencia ha aceptado mayoritariamente que es válida la disposición internacional contemplada en el tratado; y por último, si existe contradicción dentro de las normas del derecho internacional y el derecho interno, este último debe ser reformado, como recientemente ocurriera con la dictación de las leyes de filiación y adopción.

2. 1. Enunciación y Clasificación de los derechos contemplados.

La Convención considera que todos los derechos de la infancia tienen la misma importancia. No existe ningún derecho "menor", ni jerarquía alguna entre los derechos humanos. Es por ello que las decisiones de los gobiernos con respecto a la creación, modificación o extinción de cualquier derecho deben hacerse a la luz de esta Convención, pues se trata de facultades indivisibles que se encuentran mutuamente relacionadas, y que se centran en todos los aspectos del niño, niña y adolescente y, que a nuestro juicio, pueden agruparse de la siguiente manera:

- **Derechos Fundamentales:**

Derecho a la no discriminación (art 2º)

Interés Superior del niño (art 3º)

Derecho a la vida a la supervivencia y al desarrollo (art 6º),

Derecho a un nombre y a una nacionalidad (art 7º)

Derecho a la preservación de la identidad (art 8º)

Derecho a la libertad de asociación (art 15ª)

Derecho a la educación (art 28º)

Derechos de niños indígenas (art 30º)

Derechos que garantizan el desarrollo personal:

Derechos del niño refugiado (art 22º)

Derechos del niño discapacitado (art 23º)

Derecho a la salud (art 24º)

Derecho a la evaluación periódica de internamiento (art 25º)

Derecho a la seguridad social (art 26º)

Derecho a un nivel de vida adecuado (art 27º)

Derechos contra la explotación y abusos:

Derecho al ejercicio de los derechos (art 4º)

Derecho al desarrollo de las capacidades (art 5º)

Derecho a vivir con los padres (art 9º)

Derecho a la reunificación familiar (art 10º)

Derecho a la libertad de desplazamiento (art 11º)

Derechos de protección social:

Derecho a protección y asistencia social (art 20º)

Derecho a la adopción (art 21º)

Derechos del niño refugiado (art 22º)

Derechos del niño discapacitado (art 23º)

Libertades fundamentales:

Derecho a la libertad de opinión (art 12º)

Derecho a la libertad de expresión (art 13º)

Derecho a la libertad de pensamiento, religión (art 14º)

Derecho a la información (art 17º)

Responsabilidad de los padres (art 18º)

Derecho a la protección contra los malos tratos (art 19º)

Según Miguel Cillero, al Interior del sistema jurídico nacional, las disposiciones relativas a los derechos de los niños incorporadas a aquél cumplen los siguientes cometidos¹²:

- Reafirmar que los niños, como personas humanas tienen iguales derechos que todas las personas.
- Especificar estos derechos para las particularidades de la vida y estado de desarrollo de los niños
- Establecer derechos propios de los niños (como los derivados de la relación paterno-filial o el derecho al esparcimiento).
- Regular los conflictos jurídicos derivados de la vulneración de los derechos de los niños o de su colusión con los derechos de los adultos.
- Orientar las políticas públicas en relación a la infancia y limitar las actuaciones de las autoridades.

¹² CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. "Infancia Derecho y Justicia", Ob. cit., p.146

2. 2. Principios Inspiradores.

El Preámbulo de la Convención contempla un extenso fundamento que destaca los principios básicos reconocidos por Naciones Unidas en la mayor parte de las declaraciones sobre derechos humanos; entre los cuales destacan: la libertad, la justicia, la paz, la igualdad y la dignidad. No obstante, si bien los niños requieren de los mismos derechos humanos básicos, se entiende que en razón de su vulnerabilidad, tal como se expresó en la Declaración Universal de Derechos Humanos, éstos necesitan de una cautela especial por parte de la normativa jurídica. En consecuencia, a lo largo del análisis de las disposiciones contenidas, se consagran principios específicos que pueden resumirse en cuatro grandes pilares, como son: el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, la no discriminación, el interés superior del niño y el derecho del niño a ser oído.

2. 2. 1. Derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo¹³.

Se entiende que todos los niños, niñas y adolescentes sin distinción alguna deben desarrollarse eficazmente, por lo que los Estados Partes consideran que el mejor medio donde pueden desenvolverse es la familia, estimada como grupo fundamental de la sociedad, la cual, debe recibir la protección y asistencia necesarias, pues como se reconoce expresamente “... el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”¹⁴.

¹³ CDN. **Artículo 6** 1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

¹⁴ Preámbulo CDN

De esta manera, la Convención sostiene que es la familia quien debe propender el avance del niño, niño y adolescente en todos sus aspectos, siendo llamada a sustentar sus necesidades, las que deben ser protegidas por los estados, tanto antes como después del nacimiento, pues se trata de un sujeto que no ha alcanzado su madurez física y mental, y que por lo mismo, requiere de las garantías necesarias que permitan su evolución, respetando las tradiciones y cultura de cada pueblo para lograr el mejor desarrollo posible, donde en este sentido, se hace un llamado a la cooperación internacional que faculte el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños, niñas y adolescentes en todos los países.

2. 2. 2. No discriminación.

El preámbulo contempla “que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”, lo cual, es reafirmado por el artículo 2º, donde su inciso segundo llama a garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

El principio de no discriminación se relaciona directamente con el artículo 1º de nuestra Constitución Política, el cual, establece que “las personas nacen libres e iguales en libertad y derechos”, consagrando así el llamado principio de igualdad.

2. 2. 3. Interés superior del niño.

Este principio se encuentra contemplado en el artículo 3 N°1, el cual, consigna: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Podemos apreciar que este artículo no entrega una definición expresa de lo que debe entenderse por interés superior del niño, sino que plantea la necesidad de orientar todas las medidas en torno a la infancia en relación a este principio, razón por la cual, se entiende que se trataría de un concepto jurídico que debemos tratar de delimitar, pues “se considera que el interés superior del niño es una directriz vaga indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial. Por tanto, permitiría, de hecho, tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en la Convención¹⁵”

“El interés superior del niño constituye, en primer lugar, un criterio para resolver conflictos de intereses, que obliga a conferir un especial peso a los intereses del niño. Con todo, históricamente se encuentra asociado también, desde sus orígenes en la jurisprudencia del common law (como el principio del best interest of the child) a una facultad paternalista de los tribunales que tomaban decisiones que afectaban a los niños: la facultad de definir como interés del niño a proteger aquel que el propio tribunal identificaba como

¹⁵ GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ. “El sistema filiativo chileno”, Editorial Jurídica de Chile, p.46

necesario para su bienestar, independientemente de lo que el niño manifestara como su interés”.¹⁶

La disposición que consagra este interés superior suscribe una obligación para autoridades, instituciones públicas y privadas, estableciendo que el "interés superior del niño" debe ser un pilar fundamental en el ejercicio de las medidas concernientes a la infancia en el respeto de los derechos de los niños. En efecto, se trata entonces de considerar que cualquier medida a aplicar en materias infantiles requiere que ellas se dirijan a promover y proteger los derechos establecidos en su favor. Así, se funda un principio obligatorio e imperativo que se dirige a limitar las acciones de los organismos mencionados. Sin embargo, “el concepto de “interés superior del niño”, una vez que es recogido por una carta de derechos, como es la CDN, no puede ser entendido como una mera fórmula paternalista, además indeterminada en su contenido”.¹⁷

De esta manera, el principio del interés superior se configura en palabras de Cillero como “una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos”¹⁸. En consecuencia, podemos decir, que el interés superior del niño

¹⁶ COUSO SALAS, JAIME. “El Niño como Sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y Derecho a Ser Oído”, en Revista de Derechos del Niño / Números Tres y Cuatro / 2006. UNICEFF, p.147

¹⁷ COUSO SALAS, JAIME. “El Niño como Sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia”. Ob. Cit., p.147

¹⁸ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención de los Derechos del Niño. Infancia, Ley y Democracia en América Latina”. Compiladores Mendez y Beloff. Ed. Depalma, Sta Fe de Bogota- Bs. As., 1998, p. 146

consiste precisamente en obrar en virtud de los derechos que han sido establecidos en su favor; así los derechos que se contemplan en la Convención deben ser para los Estados el llamado “Interés Superior”.

No obstante, “para la CDN –una carta de derechos que reconoce al niño como sujeto de derechos, con autonomía (progresiva, como se verá) para ejercerlos–, la reconducción del interés superior del niño a los derechos implica algo más: implica, sobre todo, que para definir el interés superior de un niño será determinante la propia visión del niño, como titular de los derechos, sobre cuáles son sus intereses, o sobre cómo y cuándo quiere ejercer sus derechos. Un titular de derechos reclama para sí un rol protagónico en la decisión de cómo ejercer y proteger sus derechos. Esto vincula estrechamente este principio del interés superior del niño con el principio de autonomía”¹⁹.

Al considerar el interés superior del niño como principio “rector guía”, apreciamos que la Convención señala que éste será una consideración primordial, donde los derechos de los niños, niñas y adolescentes al colisionar con otros derechos de interés social, deberían ser preferidos ante los últimos, por lo que siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos; se trata de una orientación paternalista que se justifica, pues no siempre lo que se decida será lo que el menor quiera.

“La Convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el

¹⁹ COUSO SALAS, JAIME. “El Niño como Sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia”. Ob. Cit., p.148

desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas”²⁰.

Como vemos, se trata de un principio que va mas allá de las disposiciones jurídicas, pues debe imperar, por ejemplo en temas de educación y protección social. Pues bien, entendiendo su importancia, “el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el interés superior del niño es uno de los principios generales de la Convención, llegando a considerarlo como principio "rector-guía" de ella”.²¹

Con todo, siguiendo nuevamente a Miguel Cillero, podemos caracterizar el referido artículo tercero como²²:

- una garantía.
- de una gran amplitud, ya que no sólo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos;
- finalmente es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia.

En conclusión, podemos establecer que el interés superior del niño es “un concepto jurídico indeterminado, pero hay cierta unanimidad en cuanto a entender que consiste en garantizar al niño el ejercicio y satisfacción efectiva

²⁰ CILLERO BRUÑOL, Miguel. “Interés superior del niño en el Marco de la Convención de los Derechos del Niño. Infancia, Ley y Democracia en América Latina”. Ob cit.,

²¹ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. “Interés superior del niño en el Marco de la Convención de los Derechos del Niño. Infancia, Ley y Democracia en América Latina”. Ob cit.,

²² CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. “Interés superior del niño en el Marco de la Convención de los Derechos del Niño. Infancia, Ley y Democracia en América Latina””. Ob cit.,

de los derechos y garantías que surgen de la calidad de persona humana, los que deben ser respetados en el ejercicio de la autoridad de los padres, en las resoluciones que dicten los jueces y en las medidas que se tomen en los organismos públicos o privados al respecto”²³.

2. 2. 4. Derecho del niño a ser oído.

Se trata de un principio innovador que consiste en que el niño, niña y adolescente tiene derecho a formarse un juicio propio, el cual puede expresar libremente, y por ende, debe ser escuchado. Se reconoce así, de modo implícito, tanto la autonomía y subjetividad de éstos, como el peso que su opinión puede y debe tener en las decisiones de los adultos.

En efecto, este derecho se relaciona íntimamente con el interés superior del niño, “de hecho, es tan importante el protagonismo del niño en la concreción de su interés superior (sus derechos) que frente a la trascendencia de este requisito el empleo de un lenguaje de derechos es, en cambio, completamente secundario. Así, cuando la Children’s Act inglesa de 1989 define como objetivo del sistema de protección a la infancia asegurar el “bienestar” (welfare) del niño –sin usar un “lenguaje de derechos”–, pero luego señala que para definir cuál es el bienestar del niño, el primer criterio son los “deseos y sentimientos” (wishes and feelings) del niño, está reconduciendo de hecho el concepto de “bienestar” a los derechos del niño de un modo decisivo, aun sin adoptar el lenguaje de los derechos. Y si los procedimientos y prácticas concretas aseguran que los deseos y sentimientos del niño ocuparán un rol central en la decisión, entonces esa ley protege derechos”.²⁴

²³ GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ. “El sistema filiativo chileno”. Ob. Cit., p.46

En este sentido, el derecho del niño a ser oído cobra gran importancia, “ya que sin esa exigencia de atender a los deseos del niño, y sin asegurarles a éstos centralidad en cada toma de decisión –mediante procedimientos y prácticas eficaces para ello, una ley que defina al interés superior del niño como la máxima satisfacción de sus derechos no está protegiendo derechos ni está superando los problemas históricos del concepto de “interés superior del niño”²⁵.

No obstante, el hecho de que el niño, niña y adolescente puedan manifestar su posición, “también tiene su lado complejo, porque muchas veces los intereses de los niños no están acordes con los de la sociedad, la familia, y su propio interés”. Para analizar acerca de este punto, y reflexionar acerca del tema, dio el ejemplo de una adolescente que se acerca a sus padres para pedirles una cirugía estética, digamos de la nariz. “Una adolescente, a quien se le ocurre cambiarse a los 16 años la nariz, luego aumentarse los senos, o levantarse lo de atrás..., esto adónde va a parar, dónde están los límites ahí. A partir de los 18 años cada uno es libre y no podemos entrar en discusión. Podría resultar cómico tocar el tema, y hasta nos volvemos especialistas acerca de cómo se realiza la cirugía de las bolsas, pero cuando trasladamos el tema a una adolescente, el problema se transforma en una cosa seria, pues la seguridad de uno no puede darse por tener la nariz más grande o chica, o esté desarrollada por delante o por detrás”²⁶.

²⁴ COUSO SALAS, JAIME. “El Niño como Sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia”. Ob. cit., p.148

²⁵ COUSO SALAS, JAIME. “El Niño como Sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia”. Ob. cit., p.149

²⁶ SALOMONE, GABRIELA. Niño como sujeto autónomo al sujeto de la responsabilidad en el campo de la Infancia y la Adolescencia. [En línea]
>http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/informacion_adicional/practicas_de_investigacion/775/textos_y_articulos/infancia_autonomia_salomone.doc>
(consulta:diciembre 2009)

Para integrar los deseos (y “sentimientos”) del niño al concepto del interés superior del niño es necesario superar un prejuicio que lamentablemente está extendido en esta materia, y que ha sido caracterizado como la “teoría del balancín”: según esta concepción, los intereses del niño serían algo naturalmente opuesto a sus deseos, y es necesario balancear unos y otros, sin inclinar demasiado la balanza (o el balancín) hacia los deseos del niño –en perjuicio de sus intereses– ni hacia los intereses del niño –en perjuicio de sus deseos. El prejuicio supone que los niños, casi por definición, desean cosas que no les convienen, guiados así por una cierta tendencia autodestructiva.²⁷

En virtud de esta situación, la Convención parece establecer ciertas limitaciones a este derecho de expresión de los niños. Así establece su artículo 12 que: "Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opinión en todos los asuntos que afecten al niño, en función de la edad y madurez del niño, niña y adolescente. Con tal fin, se le dará en particular oportunidad de ser escuchado, en todo proceso judicial o administrativo que afecte al niño, niña y adolescente, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas del procedimiento de la ley nacional".

En efecto, podríamos concluir que el derecho del niño, niña y adolescente a expresar su opinión está limitado a que éste se encuentre "en condiciones de formarse un juicio propio". Sin embargo, “la hipótesis referida al “niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio” debe entenderse en un amplio sentido, abarcando a todo niño que puede tener algo relevante que comunicar

²⁷ COUSO SALAS, JAIME. “El Niño como Sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia”. Ob. cit., p. 149

sobre un asunto que le afectará, incluso a través de formas no verbales. La fórmula de la Children's Act inglesa de 1989, que considera los "deseos y sentimientos" del niño, es especialmente feliz, en este sentido, al referirse no sólo a deseos formulados en forma discursiva, sino también a sentimientos expresados de otra forma, lo que es muy relevante para niños con menores competencias lingüísticas o niños que en ciertas circunstancias no pueden verbalizar, pero sí demuestran de formas perceptibles (a veces, con vehemencia) sus sentimientos positivos o negativos frente a ciertas opciones"²⁸.

Además el derecho a expresarse implica cierto grado de autonomía, la cual "requiere de ciertas competencias personales, entre ellas una mínima capacidad de reflexión y de conexión con los propios sentimientos; y de algunas condiciones básicas, como tener alternativas entre las que optar y cierto grado de libertad frente a la interferencia de terceros. Sin embargo, no obstante la deficiencia en esas capacidades o condiciones, atribuimos normativamente una autonomía básica a todas las personas adultas para reconocerles igual estatus moral y político. Los sistemas políticos basados en principios liberales suponen, aun a costa de aceptar una ficción, un modelo de persona autónoma. El sistema se legitima porque sus principios y normas son aceptados, o al menos están en condiciones de ser aceptados, por cada una de las personas a quienes rige".²⁹

"En términos generales Jean Piaget nos muestra que el desarrollo psíquico que se inicia con el nacimiento y finaliza en la edad adulta es

²⁸ COUSO SALAS, JAIME. "El Niño como Sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia". Ob. Cit., p. 148

²⁹ UNDURRAGA VALDES, VERÓNICA. "Anticoncepción de Emergencia: Autonomía de las Adolescentes y Derechos de sus Padres". UNDURRAGA VALDÉS, VERÓNICA. [en línea] www.anuariocdh.uchile.cl

comparable al crecimiento orgánico: al igual que éste último, consiste esencialmente en una marcha hacia el equilibrio. De igual forma, en efecto, que el cuerpo evoluciona hasta un nivel relativamente estable caracterizado por el crecimiento y por la madurez de los órganos, también la vida mental puede ser concebida como si evolucionara en la dirección de una forma de equilibrio final representado por el espíritu adulto. Así pues, el desarrollo es, en un sentido, un progresivo equilibrarse, un paso perpetuo de un estado menos equilibrado a un estado superior de equilibrio”.³⁰

Por otro lado, también debe considerarse en un sentido amplio la referencia a “todos los asuntos que le afecten”. En lo que respecta a los procedimientos jurisdiccionales ante tribunales de familia, en esta disposición bien puede verse una consagración de la garantía del derecho a la defensa, en su aspecto de defensa material. En efecto, expresamente en el numeral segundo, el Artículo 12 de la CDN dispone que “se dará en particular la oportunidad al niño de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño”. “En su dimensión de “defensa material” esta garantía se traduce en las facultades del niño a intervenir en todos los asuntos que le afecten, formular alegaciones y presentar pruebas y, en general, estar protegidos en contra de cualquier indefensión. Por ello, como se verá, este derecho no se satisface simplemente consultando la opinión del niño en una oportunidad a lo largo del proceso, sobre dos o tres alternativas cerradas que ya han sido definidas de manera previa, sino que exige ofrecer al niño la posibilidad de participar en la construcción del caso, desde un principio, siendo un protagonista de la decisión en un sentido más amplio. No se trata simplemente del derecho a opinar, sino

³⁰ GIL DOMINGUEZ, ANDRÉS. FAMA MARÍA VICTORIA. HERRERA, MARISA. “Derecho Constitucional de Familia”. Ob. Cit. p.541

del derecho a participar en la decisión del caso (en la decisión de su propia vida)".³¹

“Un representante de niños debe ser más que un abogado. Debe tener un conocimiento substancial del desarrollo de los niños y las herramientas adecuadas para comunicarse con ellos. Tan sólo trabajar con el niño no es suficiente”.³²

Es el trabajo de un especialista, generalmente un consejero de salud mental, no solamente elaborar su propio informe, sino también evaluar el informe del niño. “Por supuesto que habrá situaciones en que la opinión del niño se ve influenciada por uno de los padres u otra figura paternal; en ese caso tales influencias deben ser tenidas en cuenta por el experto con el objeto de determinar la verdadera voz del niño y no confundirla con la de sus padres que hablan a través de él”.³³

Por ejemplo, en juicios de cuidado personal, de acuerdo con el sicólogo infantil James Gabarino, autor de *What Children Can Tell Us*, “para resolver el problema de la disputa se requiere una valoración de la calidad de la relación padre-hijo. Esta valoración se logra de mejor manera observando al niño con cada uno de los padres y obteniendo información de adultos relevantes para el niño, como los abuelos, profesores y niñeras. El informe y testimonio del

³¹ COUSO SALAS, JAIME. “El Niño como Sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia”. Ob. cit., p.154

³² MASON, MARY ANN. “¿Una voz para el niño?”. *Revista de Derechos del Niño* Número Dos , Publicado en Santiago de Chile, enero 2004, p.122

³³ MASON, MARY ANN. “¿Una voz para el niño?”. Ob.cit., p.122

psicólogo se debe usar más como información adicional que como una recomendación ineludible.³⁴

“Tomar debidamente en cuenta” la opinión del niño impone, en mi opinión, conferir un “especial peso” a esa opinión y a las preferencias expresadas por él, en su caso. No debe entenderse esto en el sentido de que el tribunal debe necesariamente resolver el asunto de la forma como el niño quiere, pero sí en el sentido de que a la hora de ponderar los diversos principios en tensión y de sopesar las distintas alternativas de solución, la opinión del niño, especialmente si de ella se deriva una preferencia a favor de una de esas diversas alternativas de solución, debe traducirse en conferirle un mayor peso relativo a la alternativa escogida por él”. Así, si en un determinado caso resulta que “antes” de considerar la opinión del niño no hay una alternativa claramente preferible a las otras (en su interés superior) entonces, después de escuchar su opinión, la alternativa que el niño prefiere adquiere un “especial peso” que termina por inclinar la balanza, definitivamente, en favor de esa preferencia.³⁵

Con todo, el principio examinado posee un carácter procedimental, y exige que el niño tenga la posibilidad efectiva de participar en todas las etapas que posee una problemática, esto es, en principio sobre si acaso judicializar o no el caso, sobre las medidas cautelares que el tribunal adoptará, sobre el diagnóstico al que se someterá al niño, sobre las personas que serán y lógicamente sobre la decisión que se adoptará por parte del tribunal, donde deberá tener la posibilidad de opinar sobre la mantención o cambio de la decisión adoptada.

³⁴ MASON, MARY ANN. “¿Una voz para el niño?”. Ob.cit., p.122

³⁵ COUSO SALAS, JAIME. “El Niño como Sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia”. Ob. cit., p.154

En la práctica, por ejemplo, un adolescente maduro al cual el tribunal quiere entregar en su momento la decisión de con cuál de sus parientes seguirá viviendo y qué relación mantendrá con su padre y/o madre no custodios es un buen caso para ilustrar su participación.

“Sólo así, al final del proceso, el adolescente que es invitado a tomar la decisión sobre con cuál de sus padres o parientes ha de vivir, ha participado plenamente en la construcción del caso, es decir, en la definición del curso que adoptará su propia vida. Una ventaja de todo ello, además, es que ofrece mayores posibilidades para un “entendimiento” entre el tribunal y los profesionales que lo asesoran técnicamente, por una parte, y el niño, por la otra, de manera que las opiniones que unos y otros se van formando sobre las opciones más convenientes para resolver el caso se pueden ir acercando, en una dinámica que tiende a flexibilizar posiciones y ampliar visiones, tanto en los primeros como en el niño, con mayores posibilidades de que en la decisión del asunto por parte del tribunal el niño logre identificar su propio aporte y visión”³⁶.

Como hemos podido apreciar, el derecho del niño a ser oído es un principio fundamental a la hora de considerar al niño como sujeto de derecho, pues bien, la posibilidad de expresar libremente sus propias opiniones conlleva no solamente la posibilidad de exteriorizarlas sino también de que éstas mismas sean valoradas por quienes tienen la autoridad de decidir, lo cual, trae consigo un cambio en la participación de niños y adolescentes en la toma de sus propias decisiones y, por ende en la defensa de sus derechos, lo cual sustenta ciertamente la idea de autonomía progresiva, objeto del presente estudio.

³⁶ COUSO SALAS, JAIME. “El Niño como Sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia”. Ob. cit., p.158

CAPITULO II

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y AUTONOMÍA PROGRESIVA.

Como hemos visto, con la suscripción de la CDN en 1989 surge una nueva visión doctrinaria sobre la posición jurídica del niño en la sociedad, vale decir, de cómo debe entenderse su participación en la vida pública y privada. Esta nueva concepción reconoce al niño, niña y adolescente como sujeto pleno de derecho, dejando atrás la antigua apreciación de estimarlos como meros “objetos de protección”.

Esta nueva condición modifica el estatus jurídico de niños, niñas y adolescentes; sin embargo, la posibilidad de ejercer ciertos derechos se encuentra íntimamente relacionada con el principio de la autonomía de la voluntad, al cual hace alusión el artículo 5º de la CDN a través de la incorporación de un nuevo concepto jurídico relacionado al mismo, esto es, el de Autonomía Progresiva.

En consecuencia, podemos decir entonces que no basta con establecer y defender derechos, sino que la importancia es que éstos realmente puedan ser desarrollados por quienes son sus titulares. En virtud de esto, nos parece relevante analizar cual es el grado de autonomía que los niños y adolescentes poseen en el ejercicio de sus garantías.

1. Autonomía de la Voluntad

1. 1. Definiciones

La raíz de la palabra **autonomía** proviene del griego “auto” (uno mismo) y “nomos” (norma), por lo tanto, etimológicamente su significado podría definirse como “normas que se da uno mismo”.

Según la Real Academia de la Lengua Española, la voz autonomía³⁷ posee cuatro acepciones, de las cuales las primeras se relacionan directamente con su uso jurídico y por tanto, son las que pasamos a exponer a continuación: 1º Potestad que dentro de un Estado tienen Municipios, provincias, regiones u otras entidades, para regirse mediante normas y órganos de gobierno propios. 2º Condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie.

En base a la última definición, podemos concluir que el término autonomía podría equipararse a la concepción de “independencia”, no obstante, esto evidentemente no sería suficiente para explicar su significado, pues si complementamos las acepciones expuestas, encontramos que la esencia del concepto en análisis está en la facultad de poder dirigirse a uno mismo; en efecto, se trataría de una idea que se opone abiertamente al término de heteronomía³⁸, entendido éste último, como la condición de la voluntad que se rige por imperativos que están fuera de ella misma.

³⁷ ENCICLOPEDIA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA [en línea]
>http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=autonomia> (consulta: 02 sep 2009)

1. 2. Fundamentos de la Autonomía

Podemos concluir, que nos encontramos con dos conceptos claves a la hora de delimitar este principio, los cuales, serían parte del fundamento filosófico en análisis y sustentos elementales de la misma, como son: libertad y voluntad.

1.2.1. Libertad

La libertad ha sido analizada históricamente, pues siempre se ha considerado como un valor positivo, ya que sin libertad no existe posibilidad alguna de dirigirse a uno mismo y por tanto, de desarrollar la propia personalidad.

Desde un punto de vista corriente, se entiende que es libre quien no se encuentra privado de libertad, o sea, quien no se encuentra en la condición de prisionero o esclavo. Sin embargo, éste no es el único uso que se da a este término, pues sabemos que su concepto abarca algo mucho más trascendental. Es por ello, que podemos definirla como “la falta de sujeción y subordinación, entendida además, como la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos³⁹”.

³⁸ ENCICLOPEDIA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA [en línea]
>http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=heteronomia> (consulta: 02 sep 2009)

³⁹ ENCICLOPEDIA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA [en línea]
>http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=libertad> (consulta: 02 sep 2009)

De este modo, concluimos que ser libre requiere de la capacidad de elegir entre una u otra alternativa, pues bien, optar sería entonces el presupuesto determinante para poder ser libre, sustento que puede ponerse en práctica en virtud también de la razón, característica que sitúa al hombre en un nivel superior en la naturaleza. Todo esto fue entendido ya en la edad antigua por los griegos, quienes sostuvieron que el hombre era libre cuando actuaba conforme su racionalidad.

Para Aristóteles la libertad significaba ante todo autonomía, ausencia de coacción, autodeterminación, «causalidad propia»; y al igual que Sócrates y Platón, Aristóteles restringió la libertad al ámbito de la moral, pero a diferencia de aquéllos tenía claro que el hombre libre podía elegir hacer el mal tanto como el bien.⁴⁰ En esto consiste básicamente el libre albedrío, el cual se define como la libre determinación de la conducta.

Para Santo Tomás el libre albedrío es primariamente, un acto, aunque se lo tome como potencia. Así, afirma que “aunque en el sentido propio de la palabra, libre albedrío significa un acto, sin embargo, en el uso corriente llamamos libre albedrío a lo que es principio de este acto, es decir aquello en virtud de los cual el hombre juzga libremente”⁴¹

Todo lo anterior se manifiesta en la concepción naturalista del derecho, en consecuencia, “el libre albedrío tiene una importancia primordial, pues no se puede hablar de derechos y deberes del hombre si éste carece de libertad

⁴⁰ ARISTÓTELES. Moral a Nicómaco. libro III, cap. VI [en línea]
<<http://www.filosofia.org/cla/ari/azc01.htm>> (consulta: 02 sep 2009)

⁴¹ LIBERTAD Y LIBERACIÓN EN SANTO TOMAS DE AQUINO, Verdera [en línea]
>http://cablemodem.fibertel.com.ar/sta/xxxi/files/Jueves/Verdera_06.pdf> (consulta: 02 sep 2009)

interna. El tema del derecho natural se inscribe en ese caso como parte de un sistema ético, en el cual la presencia de la libertad es indispensable”...⁴²

1.2.2. Voluntad

La palabra voluntad⁴³ posee doce acepciones, de las cuales hemos seleccionado las que van en alusión directa con el tema que nos interesa, a saber:

- 1º Facultad de decidir y ordenar la propia conducta.
- 3º Libre albedrío o libre determinación.
- 4º Elección de algo sin precepto o impulso externo que a ello obligue.
- 5º Intención, ánimo o resolución de hacer algo.
- 10º Consentimiento, asentimiento, aquiescencia.

La voluntad, legalmente entendida, se refiere tanto a la intención de realizar una acción, ya sea lícita o ilícita, como al consentimiento que debe prestarse en cualquier negocio jurídico. Por consiguiente, consiste en un elemento determinante a la hora de generar efectos en el mundo del derecho.

En la cuarta acepción expuesta, al definirse como “elección de algo sin precepto o impulso externo que a ello nos obligue”, entendemos que se trata

⁴²EL LIBRE ALBEDRIO Y SUS IMPLICANCIAS LOGICAS. Zanotti, Gabriel [en línea] > <http://www.institutoacton.com.ar/articulos/artzanotti7.pdf>> (consulta: 02 sep 2009)

⁴³ENCICLOPEDIA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA [en línea] > http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=voluntad> (consulta: 02 sep 2009)

de una ausencia de conductas heterónomas, vale decir, de tener por consiguiente, la facultad de actuar con autonomía. Todo esto se relaciona directamente con una noción de libertad, pues para poder elegir, se requiere ser libre. Esta libertad se contempla en la tercera acepción entregada, la que alude al “libre albedrío” o capacidad que posee el hombre de escoger entre el bien y el mal; así, la voluntad es, como ya se expuso, “la facultad de decidir y ordenar la propia conducta”.

Con todo, la voluntad sería, junto a la razón, el elemento que interviene en la elección, y por ende, nos permite llevar a cabo la capacidad de escoger por medio de la libertad, vale decir, nos permite discernir. En consecuencia, se puede sostener que , el acto de la razón práctica que se presupone es el consejo comparativo, a saber, el discernimiento en que aparece un medio como más apto que los demás para alcanzar el fin intentado, en el momento y circunstancias presentes, aquí y ahora.⁴⁴

Para poder escoger no basta con ser libre, se requiere de voluntad, “esencialmente, para Santo Tomás de Aquino, la libertad cristiana adquiere firmeza en la voluntad (volo) humana como principio originario, ínsito en la filosofía del ser y de la persona”.⁴⁵ La voluntad se relaciona entonces con la capacidad de discernimiento, la cual se obtiene del desarrollo de la razón, por medio de la libertad que nos faculta para actuar autónomamente.

⁴⁴FILOSOFIA DE LA LIBERTAD. Díaz , Juan Manuel [en línea] >http://books.google.cl/books?id=RTAjrQOVQXQC&pg=PA41&lpg=PA41&dq=libre+albedrío+santo+tomas&source=bl&ots=1Zyju1DYq&sig=hUzFJjhLWOaRv1q5b1sBccJSucM&hl=es&ei=tk2ZSqTqMd2f8Qa_mfzFAQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=7#v=onepage&q=&f=false > (consulta: 02 sep 2009)

⁴⁵ LIBERTAD Y LIBERACIÓN EN SANTO TOMAS DE AQUINO. Verdera [en línea] >http://cablemodem.fibertel.com.ar/sta/xxxi/files/Jueves/Verdera_06.pdf>(consulta: 02 sep 2009)

Sin duda, para ser capaz de discernir es necesario poseer una madurez física y mental, pues se requiere de cierto conocimiento a la hora de realizar un juicio, ya que el hecho de realizar o no una conducta implica no sólo un derecho sino también una responsabilidad que nos lleva a hacernos cargo de las consecuencias de nuestros actos voluntarios. Es por ello que para realizar ciertas acciones es necesario, entre otros requisitos, el de la capacidad de ejercicio⁴⁶, la cual contiene implícito el elemento de la edad como condición para la validez de determinados actos.

1. 3. Autonomía como principio legal

Este principio surge en Europa en el siglo XVIII al alero de la corriente intelectual surgida con la Ilustración, la cual proclamaba y defendía los ideales de libertad, igualdad y propiedad, todos grandes principios conducentes a proponer un nuevo pensamiento filosófico sustentado en la razón cuya finalidad práctica era la disolución del Antiguo Régimen representado por el Absolutismo Monárquico.

Durante la Ilustración entonces comienza a gestarse todo un movimiento filosófico basado en la razón y la libertad donde grandes pensadores comienzan a orientar un nuevo desarrollo del pensamiento, uno de ellos fue Immanuel Kant, quien responde a la pregunta ¿Qué es la ilustración? señalando: “La ilustración es la salida del hombre de su autoculpable minoría de edad. La minoría de edad significa la incapacidad de servirse de su propio entendimiento sin la guía de otro. Uno mismo es culpable de esta minoría de

⁴⁶ CÓDIGO CIVIL.CHILE, **Art 1447**: *La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.*

edad cuando la causa de ella no reside en la carencia de entendimiento, sino en la falta de decisión y valor para servirse por sí mismo de él sin la guía de otro. Ten valor de servirte de tu propio entendimiento! He aquí el lema de la Ilustración”.⁴⁷

Al leer lo sentenciado por Kant, y luego de haber desarrollado anteriormente el significado de “autonomía”, no es difícil apreciar que en esta respuesta se encuentra implícito el concepto analizado. Pues bien, claramente al definir el término Ilustración, se establecería automáticamente el principio de autonomía de la voluntad como fundamento filosófico de la misma.

El desarrollo del mercado y la ilustración trajo consigo el liberalismo político y económico, el cual desembocó en la creación del Estado Moderno, lo que trajo como consecuencia el surgimiento de la autonomía como una necesidad; pues bien, “la autonomía de la voluntad es el fruto del liberalismo económico. El estado debe dejar hacer y dejar pasar: permitir que los hombres concluyan en la más amplia libertad sus intercambios de bienes y servicios. Que los individuos contraten como deseen y así asegurarán la justicia y el progreso”⁴⁸.

En términos legales, el principio de autonomía de la voluntad es una doctrina de filosofía jurídica, según la cual toda la obligación reposa esencialmente en la voluntad de las partes. Ésta es, a la vez, la fuente y la medida de los derechos y de las obligaciones que el contrato produce.⁴⁹En este

⁴⁷ KANT, INMANUEL. “En defensa de la Ilustración”, Editorial Alba. 1999.

⁴⁸ LOPEZ SANTA MARIA, JORGE. “Contratos Parte General”, Tomo 1. 2º Ed. CHILE, Editorial Jurídica de Chile, p. 238

⁴⁹ LOPEZ SANTA MARIA, JORGE. “Contratos Parte General”. Ob.cit., P.94

sentido, son las personas comunes y corrientes quienes pueden crear sus propias obligaciones en virtud de este principio, pues poseen la ya mencionada voluntad, la cual, es la fuente de la misma obligación creada. De aquí desprendemos: “de la autonomía de la voluntad se colige que el hombre no podía quedar vinculado por obligaciones en las cuales no ha consentido, y recíprocamente, que toda obligación querida por el hombre debe producir efectos”⁵⁰.

En consecuencia, de este principio se pueden desprender algunas consecuencias jurídicas más o menos prácticas, las que han sido agrupadas por el profesor Víctor Vial, quien destaca las siguientes:⁵¹

- El hombre es libre para obligarse o no; y si lo hace es por su propia voluntad.
- El hombre es libre para determinar el contenido de los actos jurídicos que celebre.
- El hombre es libre para renunciar por su propia voluntad a un derecho establecido en su beneficio, con tal que mire al interés individual del renunciante y que la ley no prohíba su renuncia.
- Cada vez que “surjan dudas en torno al significado y las consecuencias de sus manifestaciones” debe indagarse por la intención o querer real, esto es, lo que efectivamente la parte o partes perseguían.

⁵⁰ LOPEZ SANTA MARIA, JORGE. “Contratos Parte General” .Ob cit., p.236

⁵¹ VIAL DEL RIO, VÍCTOR. “Actos Jurídicos y Personas”. Tomo I: Teoría General del Acto Jurídico”. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, 1998, p.52

Estos postulados doctrinarios fueron rescatados por el Código Civil Francés y por la mayor parte de los Códigos Civiles de la época, siendo también, como hemos dicho, sustento del nuestro, el cual contempla en todo su íter normativo la presencia de la libertad contractual, lo cual puede apreciarse en algunos artículos en forma manifiesta, como es el artículo 1545 de nuestro Código Civil, el cual, establece “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

No obstante, el ejercicio de la autonomía trae aparejada cierta responsabilidad que, a su vez, debe ejercerse con la madurez necesaria, es por ello que es preciso delimitar el ejercicio de la misma, comenzando por determinar los requisitos para hacer surgir una obligación válida, los cuales se encuentran contemplados en el artículo 1445 del Código Civil.⁵²

1.3.1. Capacidad Jurídica de Ejercicio.

En virtud de la responsabilidad que el desarrollo de la autonomía trae como consecuencia; para que una persona se obligue se requiere como primer requisito que ésta sea legalmente capaz, tal como lo menciona el artículo recién expuesto, el cual, lo manifiesta como elemento determinante para la validez de cualquier acto. Sin embargo, cuando hablamos de capacidad en

⁵² CODIGO CIVIL. CHILE, **Art. 1445.** *Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:*

1º que sea legalmente capaz;

2º que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio;

3º que recaiga sobre un objeto lícito;

4º que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.

este sentido, nos referimos específicamente a la capacidad de ejercicio, la que se encuentra definida en el inciso final del artículo señalado, estableciendo que la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.

Esta capacidad de ejercicio es una categoría distinta de la capacidad de goce, la cual, se describe como la aptitud de ser titular de derechos, denominándose también capacidad adquisitiva, resultando indiferente si el titular puede o no ejercer sus derechos en forma independiente, mediando autorización o representación. En efecto, la capacidad jurídica distingue entonces entre capacidad de goce y de ejercicio; la primera es un atributo de la personalidad y es inherente a la persona humana, por tanto, se obtiene desde el nacimiento; la segunda se adquiere con la mayoría de edad.

Según nuestra normativa toda persona es legalmente capaz excepto aquellas que ley declara incapaces⁵³, por tanto, se entiende que la capacidad de ejercer los propios derechos configura la regla general, la cual se otorga por el sólo hecho de cumplir la mayoría de edad, la que se establece en nuestro país a los 18 años de edad.

La incapacidad, por tratarse de la excepción, debe determinarse expresamente, por ello el legislador establece en el artículo 1447 todos quienes deben considerarse incapaces de ejercicio, distinguiendo entre absolutos y

⁵³ CODIGO CIVIL. CHILE, **artículo 1447**: Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente. Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución.

Son también incapaces los menores adultos y los disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo. Pero la incapacidad de las personas a que se refiere este inciso no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos, determinados por las leyes.

Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.

relativos, determinado que entre los primeros se encuentran los impúberes y entre los segundos, los menores adultos.

De esta manera, entendemos que la incapacidad puede ser absoluta o relativa, donde lo importante de esta distinción es que en el primer caso los impúberes no podrán hacer nacer obligaciones válidas en ningún caso, pues son incapaces absolutos según la norma; por otro lado, los menores adultos podrán hacerlo en ciertos casos, pues son incapaces relativos.

En efecto, las obligaciones pueden ser civiles o meramente naturales. Según el artículo 1470 del Código Civil “Las obligaciones Civiles son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento. Naturales las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas, autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas”.

Dentro de estas últimas se encuentran contempladas expresamente en el N° 1 del artículo mencionado, las contraídas por personas que teniendo suficiente juicio y discernimiento, son, sin embargo, incapaces de obligarse según las leyes, como los menores adultos.

“Nadie discute que la ley se refiere solamente a los incapaces relativos y no a los absolutos... El legislador presume de derecho que los impúberes, los dementes y los sordomudos que no pueden darse a entender claramente carecen de discernimiento y juicio suficiente para obligarse”.⁵⁴

Como podemos apreciar, los menores adultos, al contratar hacen nacer obligaciones naturales, tal como expresamente se menciona en el artículo

⁵⁴ VIAL DEL RIO, VÍCTOR. “Manual de la Obligaciones en el Código Civil Chileno”, Biblioteca Americana, Chile, p.166

1470, donde sin embargo, los impúberes quedan excluidos, pues se puede desprender que a juicio de la normativa, éstos no poseen suficiente juicio y discernimiento, y que por tanto, se concluye que no tendrían capacidad para consentir, lo cual, los deja fuera de contar con la posibilidad de hacer nacer obligaciones válidas de cualquier tipo.

Pues bien, la sanción que contempla la ley ante la obligación realizada por un incapaz sin los requisitos legales es, por un lado, la nulidad absoluta en caso de que éstas sean realizadas por impúberes, y por otro, la relativa para los menores adultos.

Esto tiene como consecuencia que los impúberes generan obligaciones susceptibles de ser declaradas nulas absolutamente, razón por la cual, la “obligación que el contrato engendraba se extingue en forma definitiva e irrevocable y no subsiste como obligación natural”.⁵⁵

La posibilidad de solicitar la nulidad implica que las partes vuelvan al estado en que se encontraban antes de contratar

La declaración de la nulidad implica una serie de prestaciones recíprocas, razón por la cual, para estos casos el Código Civil contempla una disposición de protección al menor, la cual establece en su artículo 1688: “Si se declara nulo el contrato celebrado con una persona incapaz sin los requisitos que la ley exige, el que contrató con ella no puede pedir restitución o reembolso de lo que gastó o pagó en virtud del contrato, sino en cuanto probare haberse hecho más rica con ello la persona incapaz. Se entenderá haberse hecho ésta más rica, en

⁵⁵ VIAL DEL RIO, VÍCTOR. “Manual de la Obligaciones en el Código Civil Chileno”. Ob cit., p.166

cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas, le hubieren sido necesarias; o en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas, que no le hubieren sido necesarias, subsistan y se quisiere retenerlas”.

“Con la disposición en estudio la ley protege a los incapaces, pues teme que éstos, cuando actúan sin los requisitos que la ley exige, no den una adecuada inversión a lo que obtengan en virtud de un contrato del cual han sido partes”.⁵⁶

Por otro lado, la ley en el artículo 1685⁵⁷ del CC, “supone que la parte que contrató con el relativamente incapaz lo hizo en la creencia de que éste no estaba afectado por ninguna incapacidad legal, incurriendo así en un error que fue provocado por las maniobras dolosas del incapaz que hizo creer que era plenamente capaz”.⁵⁸ De esta manera, este artículo “sanciona al incapaz privándolo del derecho de alegar rescisión por su propia incapacidad”.⁵⁹

1.3.2. Autonomía Progresiva.

Como hemos visto, la ley no adjudica a los menores de edad la autonomía absoluta necesaria para ejercer derechos y obligaciones, pues se

⁵⁶VIAL DEL RIO, VÍCTOR. “Actos Jurídicos y Personas”. Tomo I: Teoría General del Acto Jurídico”. Ob cit., p.191

⁵⁷ CODIGO CIVIL. CHILE, **Art. 1685**. Si de parte del incapaz ha habido dolo para inducir al acto o contrato, ni él ni sus herederos o cesionarios podrán alegar nulidad. Sin embargo, la aserción de mayor edad, o de no existir la interdicción u otra causa de incapacidad, no inhabilitará al incapaz para obtener el pronunciamiento de nulidad.

⁵⁸ VIAL DEL RIO, VÍCTOR. “Actos Jurídicos y Personas”. Tomo I: Teoría General del Acto Jurídico”. Ob.cit., p.175

⁵⁹ VIAL DEL RIO, VÍCTOR. “Actos Jurídicos y Personas”. Tomo I: Teoría General del Acto Jurídico”, Ob. Cit., p.175

trata de individuos dependientes de otros sujetos; por tanto, la mayor parte del tiempo deben actuar representados por sus padres, tutores o guardadores. No obstante lo anterior, actualmente se entiende que “ser niño, no es ser menos adulto, la niñez no es una etapa de preparación para la vida adulta. La infancia y la adolescencia son formas de ser persona y que tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida⁶⁰. En este sentido, podemos sostener que la infancia es concebida como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía, personal, social y jurídica”.⁶¹

Siguiendo esta nueva concepción, la Convención Internacional de los derechos del Niño vino a realizar una innovación doctrinaria en materia de capacidad, ya que modificó el enfoque jurídico conferido a la infancia, pues anteriormente a ella las políticas asistenciales consideraban al niño “como un mero receptor de la oferta pública o privada de servicios, asumiendo el carácter de beneficiario o de objeto de la protección del Estado y sociedad”.⁶² Esta visión jurídica configuraba la llamada **doctrina de la situación irregular**, lo cual, “implicaba creer que los niños tenían una personalidad imperfecta e inacabada,... siendo éste el principal instrumento de base para legitimar el poder absoluto y discrecional que se ejercía sobre los más jóvenes”⁶³.

Surge entonces, como contrapartida a la situación irregular, la doctrina de la Protección Integral, la cual, “deja de considerar al niño/a como una persona inmadura, incompleta, en proceso de desarrollo, carente y en ocasiones peligroso, para pasar a ser reconocido como sujeto titular y portador

⁶⁰ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. “Infancia, justicia y derecho”, Ob cit, p.19

⁶¹ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. “Infancia, justicia y derecho”, Ob cit., p.19

⁶² CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. “Infancia, justicia y derecho”, Ob cit., p.18

⁶³ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. “Infancia, justicia y derecho”, Ob cit., p.21

de ciertos derechos y atributos fundamentales que le son inherentes por su condición de persona humana, más los derechos específicos que derivan de su condición de niño/a”⁶⁴.

De esta forma, se construye un “sujeto de derecho especialísimo, dotado de una supraprotección, o protección complementaria, pues se agregan nuevas garantías a las que corresponden a todas las personas”.⁶⁵

Por esta razón, la Convención no sólo contempló los llamados derechos humanos de la infancia, sino que además consideró la posibilidad de ponerlos en la práctica a través de una nueva idea de autonomía, denominada autonomía progresiva, la cual, “no se trata de un ejercicio progresivo de derechos (no se puede ejercer progresivamente el derecho a la vida, por ejemplo) sino de una autonomización progresiva en el ejercicio de los derechos, de acuerdo a la etapa vital en la que se encuentra”⁶⁶.

Esta perspectiva consiste en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en las personas menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de acuerdo a la “evolución de sus facultades”, lo cual significa que a medida que aumenta la edad también se incrementa el nivel de autonomía y el poder de autodeterminación del niño ante su propia existencia, disminuyendo simultáneamente el poder del mundo adulto para imponer decisiones heterónomas.

⁶⁴ MAGISTRIS, GABRIELA PAULA. “Responsabilidad parental y concepción del niño como sujeto de derecho Tensiones y compatibilidades”, [En línea] http://www.iin.oea.org/anales_xix_cpn/docs/Presentaciones_ganadores_concurso/Gabriela_Magistris-Argentina/Trabajo_Gabriela_Magistris.doc

⁶⁵ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. “Infancia, justicia y derecho”, Ob cit., p.21

⁶⁶ MAGISTRIS, GABRIELA PAULA. “Responsabilidad parental y concepción del niño como sujeto de derecho Tensiones y compatibilidades”, Ob. Cit., p.8

Esta nueva idea de autonomía se encuentra consagrada en algunas disposiciones de la CDN, sustentándose principalmente en los artículos 5º y 12º.

La disposición fundamental que consagra esta materia es la del artículo 5, la cual establece: “los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con la evolución de su facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Las consideraciones generales vertidas en la disposición transcrita pueden sintetizarse de la siguiente manera:⁶⁷

- la reafirmación del rol natural de los padres en la crianza y educación de los hijos;
- la confirmación de que son los niños mismos quienes ejercen sus derechos;
- la introducción al concepto de la evolución progresiva de la competencia del niño a ejercer sus derechos con creciente autonomía, que permita superar una aparente contradicción entre los dos primeros.

⁶⁷PEÑA, MYRIAM. “Responsabilidad Parental versus Autonomía Progresiva del niño”, Ob. Cit., p.1

Por otro lado, el artículo 12 establece:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, niña y adolescente en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

A nuestro juicio, el análisis conjunto de ambos artículos posee tres dimensiones importantes:

a) En principio, debemos destacar que es al Estado a quien corresponde respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres, asumiendo el principio de no injerencia arbitraria en la vida familiar ya reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 12, y reafirmada por el artículo 16 de la CDN.

b) Por otro lado, a los padres o demás responsables en su caso, les corresponde impartir orientación y dirección apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente convención.

c) Finalmente, y no por ello lo menos significativo, se señala que el ejercicio de los derechos del niño es progresivo en virtud de la evolución de sus facultades.

CAPITULO III

PROGRESIVAMENTE HACIA LA AUTONOMÍA.

El desarrollo de la autonomía progresiva se relaciona directamente con dos principios importantes, como son: el de interés superior del niño y el derecho de éste a ser oído. En efecto, estos principios sustentan la idea de concebir al niño como verdadero sujeto de derechos, ya que determinan su participación activa en la sociedad. Sin embargo, el ejercicio de esta autonomía por parte de los menores conlleva diversas consecuencias jurídicas. Pues bien, en un comienzo, será en relación al modo mismo de ejercer este principio por parte de niños y adolescentes; pues evidentemente se requiere establecer las condiciones prácticas necesarias para llevarla a cabo. Por otro lado, esta capacidad progresiva de la infancia repercute directamente en la redefinición de las funciones parentales, las cuales requieren adaptarse a estas concepciones modernas; y por su puesto, se hace necesario determinar cuál es la misión que le cabe al Estado.

Con todo, como consecuencia de lo anterior, se desprende además, que el niño, niña y adolescente es portador de una creciente responsabilidad en virtud de sus actos. En este sentido, la CDN, opera como guía de las relaciones suscitadas entre la infancia, el Estado y la familia, las cuales, se estructuran a partir del reconocimiento de derechos y deberes recíprocos. Así, el artículo 5⁶⁸

⁶⁸ CDN, **Artículo 5** *Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de su facultades, dirección y*

junto al 18⁶⁹, ambos de la CDN, proporcionan un marco para estas relaciones, donde, “siguiendo la tradición contenida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la CDN es profundamente respetuosa de la relación niño-familia, enfatizando el papel de las políticas sociales básicas y de protección y limitando la intervención tutelar del Estado a una última instancia, lo que supone que han fallado los esfuerzos de la familia y los programas sociales generales”.⁷⁰

1. Ejercicio de la Autonomía Progresiva por Niños y Adolescentes. Actuación autónoma del joven.

Como hemos visto, la progresividad de la autonomía consiste en que el niño asuma responsabilidades paulatinamente, las cuales serán cada vez mayores según el desarrollo de sus posibilidades. En efecto, es preciso que los padres entreguen las herramientas necesarias para realizar labores, en principio simples, como hacer sus tareas o vestirse, para posteriormente llegar a tomar decisiones más complicadas sobre aspectos importantes de sus vidas.

orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

⁶⁹ CDN, **Artículo 18.** *1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres, o en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. 2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños. 3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.*

⁷⁰ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. “Infancia, Autonomía y Derechos: Una Cuestión De Principios”, Ob. cit., p.2

El hecho de que la autonomía vaya adquiriéndose gradualmente implica necesariamente una serie de distinciones previas, ya que “los derechos establecidos en la CDN, al igual que las necesidades de una persona, se ejercen completamente según la fase de desarrollo en que está inmerso”⁷¹. Por tanto, será necesario distinguir las diferencias que, sin duda, tendrán que ver con la “evolución de sus facultades”. Ciertamente, “la contrastación con la realidad psíquica, afectiva y social de un niño pequeño nos confronta a una capacidad de autonomía mínima”⁷². No obstante, el rango etario que abarca la minoría de edad va desde el nacimiento hasta los 18 años. Por lo tanto, no sería posible –ni sería debido- sostener un modo único de pensar esa capacidad”⁷³.

Como es lógico, un niño de cinco años tendrá menos capacidades que un joven de quince. Pues bien, los menores de dieciocho años van adquiriendo aptitudes en un proceso de determinación de la propia personalidad, el cual pasa por distintas etapas, donde claramente ... “existen diferencias entre las necesidades y subjetividad de un niño(a), un adolescente y un adulto, pero éstas no son progresivas sino diferentes”.⁷⁴

⁷¹ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. “Infancia, Autonomía y Derechos: una cuestión de principios”, Ob cit., p.2

⁷² MAGISTRIS, GABRIELA PAULA. “Responsabilidad parental y concepción del niño como sujeto de derecho Tensiones y compatibilidades”, Ob. cit., p. 10

⁷³ SALOMONE, GABRIELA PAULA. “Niño como Sujeto Autónomo al Sujeto de la Responsabilidad en el Campo de la Infancia y la Adolescencia”. Ob. cit. 2

⁷⁴ MAGISTRIS, GABRIELA PAULA. “Responsabilidad parental y concepción del niño como sujeto de derecho Tensiones y compatibilidades”, Ob. Cit. 11

Esto se ve reforzado en artículo 12 N°1 de la CDN, el cual, establece que el estado deberá garantizar “al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”.

Esta disposición se vincula íntimamente con el concepto de autonomía progresiva, pues nos habla del “niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio”, aspecto que a nuestro parecer “debe entenderse en un amplio sentido, abarcando a todo niño que puede tener algo relevante que comunicar sobre un asunto que le afectará, incluso a través de formas no verbales, vale decir, no se trata sólo de deseos formulados en forma discursiva, sino también a sentimientos expresados de otra forma, lo que es muy relevante para niños con menores competencias lingüísticas o niños que en ciertas circunstancias no pueden verbalizar, pero sí demuestran de formas perceptibles (a veces, con vehemencia) sus sentimientos positivos o negativos frente a ciertas opciones”⁷⁵.

El concebir al niño, niña y adolescente como sujeto de derechos envuelve la idea de igualdad jurídica, basada lógicamente en el principio de igualdad y no discriminación, recogido expresamente por la CDN. “Sin embargo, tal igualdad jurídica y la intención de no discriminar no deberían obnubilar nuestra mirada respecto de las diferencias evolutivas, y principalmente subjetivas, que el niño o adolescente real nos presenta”.⁷⁶

⁷⁵ UNICEF. “Derecho del niño a expresar su opinión libremente y a que ésta se tenga debidamente en cuenta. Justicia y derechos del niño” N°10. UNICEF .Santa Fe de Bogotá, Colombia 2008, p.

⁷⁶ SALOMONE, GABRIELA PAULA. “Niño como Sujeto Autónomo al Sujeto de la Responsabilidad en el Campo de la Infancia y la Adolescencia”. Ob. cit., p. 3

En consecuencia, para poder determinar el grado de participación de cada menor de edad en el desarrollo de sus derechos, se hace necesario distinguir entre las diversas fases de evolución del niño, las cuales, pueden estandarizarse a través de criterios cronológicos, pues “todas las teorías de la psicología del desarrollo sugieren que hay “etapas discretas” (discrete stages) en la vida de un niño. Jean Piaget, considerado el padre de la psicología del desarrollo experimental, describió detalladamente el desarrollo de los procesos mentales del niño”⁷⁷.

En este sentido, la misma ley contempla distinciones en cuanto a la edad, así basándonos en el artículo 26 de nuestro Código Civil⁷⁸, podremos atender a las distintas fases de madurez:

a) Infante o niño: “Jean Piaget plantea que los niños no diferencian consistentemente entre lo subjetivo y lo objetivo hasta la edad de 7 u 8 años”.⁷⁹ “Sin embargo, estos pequeños en ciertos casos, podrían tener preferencias e ideas razonables respecto de lo que ellos quieren”⁸⁰. A raíz de lo anterior, son los adultos quienes deben determinar que es lo mejor para ellos, de esta manera, durante esta etapa cobra mayor importancia el principio del interés superior del niño, sobre todo en el caso de los bebés, quienes ni siquiera pueden expresar sus ideas, por tanto, la figura de los padres es primordial.

⁷⁷ MASON, MARY ANN. “¿Una voz para el niño?”. Ob cit., p.122

⁷⁸ CODIGO CIVIL.CHILE, **Art. 26.** *Liámase infante o niño todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos.*

⁷⁹ MASON, MARY ANN. “¿Una voz para el niño?”. Ob.cit, p.122

⁸⁰ MASON, MARY ANN. “¿Una voz para el niño?”. Ob.cit, p.122

b) Impúber: si bien entre los 7 y 9 años estos niños y niñas no poseen la misma capacidad de entendimiento y habilidad para tomar decisiones que los adultos, podrían ser capaces de arribar a decisiones perfectamente lógicas. Además se muestran comúnmente ansiosos de convertirse en activos participantes del proceso de toma de decisiones.⁸¹.

“En el período que va desde los 7 a los 12 años -denominada por el autor “etapa de operación concreta del desarrollo cognitivo”- es donde los niños comienzan a razonar abstractamente, son capaces de concentrarse por períodos más largos de tiempo y pueden establecer y seguir una meta”⁸².

Los impúberes mayores de diez años se encuentran en la fase de la preadolescencia, la cual trae consigo una serie de cambios biológicos y cognitivos. “En este período, algunos niños han demostrado poder tomar decisiones perfectamente racionales mientras que otros no han alcanzado ese nivel de desarrollo. En consecuencia, en esta etapa es necesario atender a la particularidad de cada niño”.⁸³

c) Menor Adulto: El hito biológico que marca la llegada de la adolescencia es la pubertad o madurez infantil la que puede definirse como “la etapa del crecimiento y del desarrollo dentro de la cual se produce la maduración de los caracteres sexuales y se alcanza la capacidad de reproducción. Es una etapa de transición en que nos encontramos con un

⁸¹ MASON, MARY ANN. “¿Una voz para el niño?”. Ob.cit., p.122

⁸² MASON, MARY ANN. “¿Una voz para el niño?”. Ob.cit., p.122

⁸³ MASON, MARY ANN. “¿Una voz para el niño?”. Ob.cit., p.122

personaje que no es infante como tampoco adolescente. Aún juega, pero sueña despierto y presenta el aburrimiento y la clásica desazón del púber”⁸⁴.

“En el área del desarrollo cognitivo, casi todos los científicos sugieren que los niños, desde los 14 años en adelante, poseen un nivel cognitivo e intelectual similar al de los adultos, en lo relativo al discernimiento. Incluso la mayoría de los científicos están de acuerdo con que los niños alcanzan este nivel a la edad de 12 años”⁸⁵.

2. Responsabilidad Parental.

Según lo que hemos visto, podría pensarse que existe un verdadero choque de intereses entre la institución de la patria potestad y la capacidad de los niños para ejercer sus propios derechos; todo esto, ya que antiguamente la familia era considerada una pequeña comunidad soberana. Sin embargo, con el paso del tiempo, el derecho fue limitando paulatinamente el poder del pater, democratizando la autoridad de padres y madres, entendiendo que los derechos entregados a éstos son consecuencia de los deberes que trae consigo la parentalidad.

Sabemos que los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos, los cuales son reconocidos por la Constitución Política y la CDN. Del mismo modo, los niños, niñas y adolescentes son titulares de derechos humanos y constitucionales. “La CDN reafirma este principio,

⁸⁴ BAVESTRELLO BONTÁ, IRMA. “Derecho de Menores”, Editorial Lexis Nexis, 2003, p.8

⁸⁵ MASON, MARY ANN. “¿Una voz para el niño?”. Ob.cit., p.122

contempla reglas especiales para que puedan ejercer sus derechos humanos y establece un régimen particular para su protección, teniendo en cuenta su proceso de desarrollo físico y mental”.⁸⁶

En este sentido, la postura moderna sobre la finalidad de la crianza se encuentra orientada hacia lograr la autonomía del niño, niña y adolescente otorgándole una legítima participación en su proceso de desarrollo a través de la educación y el respeto filial. De acuerdo a esto, podemos sostener que obviamente la autonomía “implica asimismo la pérdida de ciertas facultades que tenían los padres sobre sus hijos. O sea que cuanto mayor sea el ámbito de autodeterminación del niño, menor será la posibilidad de injerencia por parte de sus padres”⁸⁷.

Sin embargo, “el hecho que los niños sean personas, que tengan derechos y que estemos obligados a escuchar lo que ellos piensan, no implica la renuncia de la autoridad (familia, escuela e instancias competentes) a la protección a los derechos que compete al mundo adulto”⁸⁸.

Por esta razón, se producen tensiones difíciles de resolver en la práctica, ya que todo lo dicho no obsta, a que los padres aconsejen, enseñen, o establezcan normas. Pues bien, “concebir el derecho de los padres como contrario u opuesto a la autonomía de los hijos e hijas supone no comprender

⁸⁶ UNDURRAGA VALDÉS, VERÓNICA. “Anticoncepción de Emergencia: Autonomía de las Adolescentes y Derechos de sus Padres.” Ob. cit., p.172

⁸⁷ MAGISTRIS, GABRIELA PAULA. “Responsabilidad parental y concepción del niño como sujeto de derecho Tensiones y compatibilidades”, Ob. Cit. 14

⁸⁸ GRILLO, MILENA. “Los retos en la defensa de los derechos de la niñez en la construcción del Desarrollo”, en Mesa Redonda: “La perspectiva de género y de grupos específicos en la construcción del Desarrollo”. [En línea]

de qué se trata la obligación de educar⁸⁹. En este sentido, podemos sostener que el enfoque de los derechos de la niñez y la adolescencia no busca trasladar hacia las personas menores de edad la responsabilidad de tomar decisiones sobre su vida, ni llama al mundo adulto a quedarse cruzado de manos⁹⁰.

En consecuencia, podemos establecer que “el principio de protección y promoción de la autonomía tiene una importante manifestación en el deber de orientación y dirección de sus padres, y se fundamenta en que el niño tiene "derecho" a desarrollar progresivamente el ejercicio de sus derechos, superando el argumento tradicional de sentido inverso, esto es, que los padres tienen poderes sobre la niñez, debido a que las niñas y los niños carecen de autonomía”⁹¹. Por tanto, se hace necesario buscar un método que equilibre ambas posiciones; vale decir, por un lado, la autoridad paterna y por otro, el ejercicio de la autonomía progresiva, redefiniendo, de esta manera, la nueva función parental.

Esta situación posee límites difusos, donde la CDN entrega pocas luces, ya que su artículo 27⁹² distribuye obligaciones entre los padres y el Estado, para la formación integral del niño, niña y adolescente. Sin embargo, no define específicamente las “responsabilidades” de los padres, por lo que este

⁸⁹ GRILLO, MILENA. “Los retos en la defensa de los derechos de la niñez en la construcción del Desarrollo”, Ob. Cit.

⁹⁰ GRILLO, MILENA. “Los retos en la defensa de los derechos de la niñez en la construcción del Desarrollo”, Ob. Cit.

⁹¹ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. “Infancia, Autonomía y Derechos: Una Cuestión de Principios”. Ob.cit., p.5

⁹² **Art 27 N°2.** *A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.*

concepto debe ser definido por la legislación interna de cada país. No obstante, podemos desprender del resto de las disposiciones, que la idea es que los padres tienen la obligación de impartir al niño dirección y orientación apropiadas para que “ejercer los derechos reconocidos en la Convención” en armonía con la “evolución de sus facultades”.

“En ese aspecto, algunos países han comenzado a definir la responsabilidad y la autoridad de los padres en su legislación, incluyendo los conceptos de diálogo y negociación así como la participación de los niños en la vida familiar, con el objetivo de evitar por completo los malos tratos.”⁹³

De acuerdo a lo anterior, nos parece lógico pensar que la autoridad parental no puede vulnerar el ejercicio de la autonomía, tanto presente como futura, por lo que habrán medidas que, al atentar contra ella, no podrán permitirse, como por ejemplo: restringir absolutamente el contacto con personas ajenas a la familia, evitar su normal aprendizaje social o cognitivo, o aplicar medidas extremas atentatorias como la esterilización para evitar el embarazo adolescente. Todo esto, ya que los padres tienen el deber de entregarles las herramientas necesarias para que, a partir de los 18 años, estén en condiciones de ejercer sus derechos.

En consecuencia, la misión de los padres es “contribuir al desarrollo de esa autonomía progresiva, a través de acciones dirigidas por un lado, a escuchar a los niños para descifrar sus necesidades y representarlo lo más fielmente posible, y por el otro, intentando que cada niño sea su propio

⁹³ PEÑA, MIRYAM. “Responsabilidad Parental versus Autonomía Progresiva del niño”. Ob. cit.

portavoz, tratando de que éste decida con la mayor libertad posible, sin querer sustituirlo en su voluntad”.⁹⁴

Por lo señalado, se hace necesario erradicar la práctica de la violencia, pues el castigo físico o psicológico “provoca rebelión y una falta de autodisciplina; además de resentimiento, venganza, miedo y confusión”⁹⁵; todas emociones negativas que repercuten en la formación del carácter y la capacidad de desarrollo. En este sentido, lo mejor es imponer la disciplina necesaria y justa, que fomente un trato digno del niño, desarrollando en él una “forma de control interno y un crecimiento de sí mismo”⁹⁶, que requiere pensamiento y autocontrol en la búsqueda de la madurez.

3. Rol del Estado

El Estado está obligado a intervenir en búsqueda del bienestar del niño, niña y adolescente en virtud del principio de **interés superior del niño**.

“El artículo 18 de la CDN señala que los padres ejercerán sus funciones de acuerdo a una orientación fundamental: el interés superior del niño. Así deja en claro que los padres tienen una responsabilidad primordial para con sus hijos, pero que esta responsabilidad está circunscripta por los derechos que la Convención otorga al niño. Cuando los padres no pueden asumir o distorsionan

⁹⁴ MAGISTRIS, GABRIELA PAULA. “Responsabilidad Parental y Concepción del Niño como Sujeto de Derecho: Tensiones y compatibilidades”, Ob. cit., 15

⁹⁵ UNICEFF. “Maltrato infantil y Relaciones Familiares en Chile”. Uniceff, 2008, Santiago, p. 11

⁹⁶ UNICEFF. “Maltrato infantil y Relaciones Familiares en Chile2. Ob cit., p.12

sus facultades, ha de intervenir el Estado para proteger los derechos del niño y satisfacer sus necesidades”.⁹⁷

En primera instancia, la responsabilidad de asegurar el respeto de los derechos de la infancia recae en la familia. Sin embargo cuando esta función no se esta cumpliendo, tanto porque la familia no puede o no quiere, el Estado debe entrar a participar de esa tarea.

Esto significa que los deberes jurídicamente reconocidos de los padres son límites a la injerencia del Estado, donde los derechos paternos no son poderes ilimitados, sino funciones jurídicamente definidas hacia el ejercicio autónomo progresivo de los derechos del niño que, en casos calificados de incumplimiento, deben ser asumidos por el Estado.

Este rol supletorio del Estado nos indica, que al actuar en última instancia se requerirán por parte de él la realización de todas las gestiones, y la aplicación de las disposiciones necesarias para restablecer la vulneración de derechos.

Un caso discutible de participación estatal en temas privados ha sido el de la suministración de la píldora del día después, decisión que nos presenta dos directrices en cuanto a su fundamentación. En un principio, “podemos sostener que las jóvenes que tienen vida sexual están preparadas para el ejercicio de la autonomía que esa vida sexual implica, caso en el cual también estarían preparadas para tomar la decisión de consumir el anticonceptivo de emergencia”⁹⁸. Por otro lado, “la justificación podría darse en relación a que

⁹⁷ PEÑA, MIRYAM. “Responsabilidad Parental versus Autonomía Progresiva del Niño”. Ob. cit., P.2

las jóvenes están experimentando vida sexual sin tener las condiciones de madurez suficiente, caso en el cual su acceso al anticonceptivo de emergencia resguarda su autonomía futura al prevenir un embarazo para el cual tampoco están preparadas”⁹⁹.

Como vemos, en el primer caso, podemos argumentar la hipótesis en relación directa al ejercicio de las menores de su propia autonomía progresiva; sin embargo, en el segundo supuesto “el Estado estaría ejerciendo un rol subsidiario al de los padres, porque la educación que éstos dieron a la niña no impidió que ella tuviera relaciones sexuales”.¹⁰⁰

La justificación dada en la segunda hipótesis es la lógica que se utiliza en la aplicación de las medidas de protección, pues “la protección que se entrega al menor de edad en el ámbito jurisdiccional está dimensionada por la conducta, su comportamiento que en determinadas circunstancias lo puede colocar en una situación de mayor riesgo que la norma infringida, o bien sus carencias que coartan su libertad y hieren su dignidad”¹⁰¹.

En lo que respecta a los procedimientos jurisdiccionales ante tribunales de familia, el artículo 12 de la CDN dispone que “se dará en particular la oportunidad al niño de ser escuchado en todo procedimiento judicial”. De esta disposición se desprende una consagración de la garantía del derecho a la defensa, en su aspecto de defensa material.

⁹⁸ UNDURRAGA, VERÓNICA. “Anticoncepción de Emergencia: Autonomía de las Adolescentes y Derechos de sus Padres”. Ob cit., p. 171

⁹⁹ UNDURRAGA, VERÓNICA. “Anticoncepción de Emergencia: Autonomía de las Adolescentes y Derechos de sus Padres”. Ob cit., p.171

¹⁰⁰ UNDURRAGA, VERÓNICA. “Anticoncepción de Emergencia: Autonomía de las Adolescentes y Derechos de sus Padres”. Ob cit., p.171

¹⁰¹ UNDURRAGA, VERÓNICA. “Anticoncepción de Emergencia: Autonomía de las Adolescentes y Derechos de sus Padres”. Ob cit., p. 171

“En su dimensión de “defensa material” esta garantía se traduce en las facultades del niño a intervenir en todos los asuntos que le afecten, formular alegaciones y presentar pruebas y, en general, estar protegidos en contra de cualquier indefensión. Por ello, como se verá, este derecho no se satisface simplemente consultando la opinión del niño en una oportunidad a lo largo del proceso, sobre dos o tres alternativas cerradas que ya han sido definidas de manera previa, sino que exige ofrecer al niño la posibilidad de participar en la construcción del caso, desde un principio, siendo un protagonista de la decisión en un sentido más amplio”.¹⁰²

En consecuencia, el estado a través de la vía judicial, debe garantizar la participación de niños, niñas y adolescentes, por tanto, “no se trata simplemente del derecho a opinar, sino del derecho a participar en la decisión del caso (en la decisión de su propia vida)”.¹⁰³

¹⁰² UNICEF. “Derecho del Niño a Expresar su Opinión Libremente y a que ésta se Tenga Debidamente en Cuenta”, UNICEFF, CHILE, p.

¹⁰³UNICEF. “Derecho del Niño a Expresar su Opinión Libremente y a que ésta se tenga Debidamente en Cuenta”

CAPITULO IV

ANALISIS DE LA NORMATIVA VIGENTE

Paulatinamente la legislación comparada y la jurisprudencia han comenzado a reconocer la capacidad de ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los jóvenes, recogiendo, de esta manera, el concepto de autonomía progresiva. A título de ejemplo señalamos, el artículo 1626 N° 2 del Código Civil Alemán que dice que “Los padres observarán en el ejercicio del cuidado, la creciente capacidad y necesidad de la independencia del hijo en cuanto a su actuación consciente y responsable”¹⁰⁴

Asimismo en países como Holanda y Francia se contemplan avances significativos, pues en el primero, la autoridad parental frente “a los menores de más edad disminuye en la medida en que su personalidad y su capacidad de tomar sus propias decisiones se han desarrollado”¹⁰⁵. En el “segundo, los médicos están autorizados a atender a los niños en la consulta sin la presencia de sus padres, sin ningún límite de edad, estando obligados al secreto profesional; y para determinadas operaciones se exige su consentimiento”.¹⁰⁶

¹⁰⁴ MAGISTRIS, GABRIELA PAULA. “Responsabilidad parental y concepción del niño como sujeto de derecho Tensiones y compatibilidades”, Ob. cit.16

¹⁰⁵ MAGISTRIS, GABRIELA PAULA. “Responsabilidad parental y concepción del niño como sujeto de derecho Tensiones y compatibilidades”, Ob. cit.16

¹⁰⁶ MAGISTRIS, GABRIELA PAULA. “Responsabilidad parental y concepción del niño como sujeto de derecho Tensiones y compatibilidades”, Ob. cit., p. 17

“En Filipinas, el Acta para el Bienestar del Niño y el Joven, establece que un niño tiene derecho a elegir su carrera; los padres pueden aconsejar pero no decidir. Algo similar ocurre en Noruega”.¹⁰⁷.

En nuestro Continente varios países han incorporado este tema, así la Corte Constitucional de Colombia T-477/95, en relación a los derechos de la salud, sostiene: “En principio los padres pueden tomar ciertas decisiones en relación con el tratamiento médico de sus hijos, incluso, a veces, contra la voluntad aparente de éstos. Sin embargo, ello no quiere decir que los padres puedan tomar, a nombre de su hijo, cualquier decisión médica relativa al menor, por cuanto el niño no es propiedad de sus padres sino que él ya es una libertad y una autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional ... La Corte considera que hay tres elementos centrales a ser considerados en situaciones de esta naturaleza, y que son: a) de un lado, la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del menor; b) de otro lado, la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño...”.¹⁰⁸

1. Situación Legal Chilena

La ratificación en 1990 de la CDN implicó una serie de obligaciones para el Estado, entre las que se encuentra la de adecuar la legislación vigente en materia de infancia. A pesar de lo anterior, sabemos que nuestra normativa legal no entrega las herramientas suficientes para hacerse cargo de esta

¹⁰⁷ MAGISTRIS, GABRIELA PAULA. “Responsabilidad parental y concepción del niño como sujeto de derecho Tensiones y compatibilidades”, Ob. Cit, p.17

¹⁰⁸ GRILLO, MILENA. “Los retos en la defensa de los derechos de la niñez en la construcción del Desarrollo”, Ob. cit.

autonomía progresiva, por tanto, efectivamente se requieren ciertas modificaciones, las cuales, serían aún una tarea pendiente.

1.1. Normas Jurídicas.

Lo primero que corresponde analizar es lo relativo a la autoridad paterna y a la patria potestad, contenidos que fueron expuestos en el capítulo segundo de este trabajo.

El inciso 2º del Art. 222 de nuestro Código Civil establece que “la preocupación fundamental de los padres es el **interés superior del hijo**, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades”.

Como vemos, el principio de Interés Superior del Niño se encuentra expresamente reconocido en el primer artículo del título que trata de los deberes entre padres e hijos, sin embargo, no se entrega una definición de él, sino que sólo se contempla la finalidad que éste posee, donde indirectamente se hace alusión al concepto de autonomía progresiva, sin recogerlo expresamente, sólo refiriéndose a la noción de “la evolución de sus facultades”, idea que se complementa con el artículo 236, el cual, reconoce que los padres tendrán el derecho y el deber de educar a sus hijos, orientándolos hacia su pleno desarrollo en las distintas etapas de su vida.

No aparecen disposiciones concretas que desarrollen el concepto de la “evolución de las facultades del niño”, ni siquiera una disposición general que permita al niño, una vez adquirido madurez o entendimiento suficiente, tomar

decisiones por sí mismo, siempre que no haya una limitación específica al respecto por la ley.

En consecuencia, se reiteran ciertamente las ideas de la Convención sin entregar una definición acabada ni estándares que deban tomarse en cuenta para regular su aplicación, por lo que siguen siendo materias abiertas que quedan entregadas al criterio del juez, perdiéndose el Estado la posibilidad de incorporar en estas disposiciones orientaciones un poco más decidoras o específicas en relación a la responsabilidad de los padres, en, lo que hubiera dado mayor certeza y garantía del goce efectivo de los derechos del niño.

Creemos que podría haberse fijado edades mínimas para ciertos actos, que permita al niño, que supera las edades establecidas, tomar decisiones por sí mismo, o, podría haberse reconocido determinados derechos que puedan ser ejercidos por el niño sin el consentimiento de los padres.

Una incorporación importante es la que se regula en el art. 227, donde se dispone que “el juez oír a los hijos y a los parientes, en las materias referidas al título en estudio, norma que fue modificada por la ley N° 19.968¹⁰⁹ de 2004 , lo cual, a nuestro juicio, viene a considerar el ejercicio de la autonomía en la práctica, pues como sabemos, el hijo no puede parecer en juicio, como actor, contra un tercero, sino autorizado o representado por el padre o la madre que ejerce la patria potestad, o por ambos, si la ejercen de manera conjunta”.¹¹⁰

¹⁰⁹ Ley que crea los tribunales de familia

¹¹⁰ **Art. 264 CC.** *El hijo no puede parecer en juicio, como actor, contra un tercero, sino autorizado o representado por el padre o la madre que ejerce la patria potestad, o por ambos, si la ejercen de manera conjunta.*¹¹⁰

A la luz de esta disposición, podemos concluir que es aquí donde se presenta nítidamente al niño, niña y adolescente como sujeto activo de derechos, pues se le permite el derecho de participar en la toma de decisiones en asuntos que afecten su interés. Ahora bien, es imprescindible abrir un canal de diálogo entre padres e hijos, donde los primeros tengan en cuenta las opiniones libremente expresadas de los niños, niñas y adolescentes posibilitando la racionalización de las conductas, las cuales, deberán ser tenidas en cuenta, considerando sus propios derechos, como: libertad de religión, de conciencia y de expresión; estableciendo como límites el respeto de terceros, la moral y el orden públicos. “De esta forma, los niños pasan a ser interlocutores activos, con la capacidad necesaria para participar, en lugar de ser un reflejo pasivo de los deseos de los padres”¹¹¹.

En general, se puede desprender que se asume una postura cautelosa, en relación a la introducción del principio de la “autonomía progresiva del niño, niña y adolescente”, ya que no se dispone con precisión la limitación de las responsabilidades parentales en función de los intereses sus intereses, aspecto que podría enmarcarse en lo difícil que sería modificar ciertos aspectos culturales tradicionales.

“Mientras las opiniones de los expertos difieren significativamente respecto a la edad en que se alcanza el discernimiento (la clase social parece ser la variable más importante, de hecho los niños aventajados socialmente demuestran mayor capacidad a menor edad), la evidencia parece demostrar

Si el padre, la madre o ambos niegan su consentimiento al hijo para la acción civil que quiera intentar contra un tercero, o si están inhabilitados para prestarlo, podrá el juez suplirlo, y al hacerlo así dará al hijo un curador para la litis.

¹¹¹ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención de los Derechos del Niño. Infancia, Ley y Democracia en América Latina”. Compiladores Mendez y Beloff. Ed. Depalma, Sta Fe de Bogota- Bs. As., 1998, p. 83

que los niños tienen la capacidad cognitiva para tomar decisiones racionales a una edad menor de la que establece la ley”¹¹².

No obstante, donde verdaderamente nos parece que la autonomía progresiva se encuentra consagrada, aunque de manera tangencial, es en las normas concernientes al peculio profesional, pues no sólo se subentiende que el menor debe trabajar para poseerlo, sino que también se establece que el hijo se mirará como mayor de edad para la administración y goce de su peculio profesional o industrial, contemplándose claramente ciertas protecciones por el hecho de ser incapaz, pues no podrá tomar dinero a interés, ni comprar al fiado (excepto en el giro ordinario de dicho peculio) sin autorización escrita de las personas mencionadas. Y si lo hiciere, no será obligado por estos contratos, sino hasta concurrencia del beneficio que haya reportado de ellos.

A su vez, el artículo 263 establece : “Siempre que el hijo tenga que litigar como actor contra el padre o la madre que ejerce la patria potestad, le será necesario obtener la venia del juez y éste, al otorgarla, le dará un curador para la litis. El padre o madre que, teniendo la patria potestad, litigue con el hijo, sea como demandante o como demandado, le proveerá de expensas para el juicio, que regulará incidentalmente el tribunal, tomando en consideración la cuantía e importancia de lo debatido y la capacidad económica de las partes”.

En relación a la creación de la ley de Tribunales de Familia, vemos bastantes avances, pues el objetivo de la misma es garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías, donde el interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios

¹¹² MASON, MARY ANN. ¿Una voz para el niño?. Ob.cit, p122

rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento. (artículo 16º Ley que crea los Tribunales de Familia)

Es así como el juez está obligado a escuchar la opinión del niño, niña y adolescente para tomar decisiones relativas a materias como: convivencia familiar, lugar de residencia en caso de separación de sus padres, autorización para contraer matrimonio.¹¹³ Así por ejemplo el artículo 79 dispone que los niños, niñas y adolescentes respecto de los cuales se encuentre vigente una medida de protección judicial, tendrán derecho a que el juez los reciba personalmente, cuando lo soliciten por sí mismos o a través de sus representantes.

Hay normas expresas que permiten el inicio del procedimiento a requerimiento del niño, niña y adolescente, designándole para ese efecto curador ad litem.

Por otro lado, en la ley de Adopción se reconoce la autonomía del menor adulto sin cuyo consentimiento no puede ser adoptado, pues como se colige del artículo 3º¹¹⁴.- se requerirá el consentimiento del menor adulto en el

¹¹³ Artículo 69.- Comparecencia del niño, niña o adolescente. En este procedimiento, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones de los niños, niñas o adolescentes, considerando su edad y madurez.

Para este efecto podrá escucharlos en las audiencias a que se refieren los artículos 72 y 73, o en otra especial fijada al efecto, en un ambiente adecuado y cautelando su salud física y psíquica.

¹¹⁴ Artículo 3º¹¹⁴.- 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. Si fuese menor adulto, será necesario su consentimiento, que manifestará expresamente ante el juez durante el respectivo procedimiento previo a la adopción, en relación con la posibilidad de ser adoptado, y en el curso del procedimiento de adopción, respecto de la solicitud presentada por el o los interesados. En caso de negativa, el juez dejará constancia de las razones que invoque

proceso de adopción, donde además el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones del menor, en función de su edad y madurez, pues se entiende, como se consagra en el artículo 1º de esta ley, que la adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado

En el otro extremo de la concepción de autonomía se reconoce la responsabilidad en el actuar, en este sentido el nuevo sistema de responsabilidad penal adolescente, no sólo separa el sistema jurídico de protección de derechos de infancia de la respuesta penal frente a las infracciones cometidas por los adolescentes, creando un sistema específico para las personas menores de dieciocho años, distinto de los adultos pero que al mismo tiempo supera la idea de incapacidad penal, lo cual permite sancionar y juzgar a un adolescente desde la perspectiva de su particular condición de persona en desarrollo, asegurando el respeto a los derechos y garantías que se reconocen a todas las personas imputadas por haber cometido una infracción penal.

2.- Postura Doctrinaria Personal.

La CDN no ofrece una solución concreta sobre la edad o edades específicas del niño, niña y adolescente relacionadas con la adquisición de derechos de autonomía, sino que entrega una orientación general al establecer que la autonomía es progresiva en consonancia con la “evolución de las facultades del niño”. Esto podría estimarse como un aspecto positivo, pues evita la rigidez de constituir barreras cronológicas; no obstante, a su vez, puede considerarse como perjudicial, pues la decisión acerca de cuándo el niño ha adquirido suficiente entendimiento no posee estándares adecuados a los

el menor. Excepcionalmente, por motivos sustentados en el interés superior de aquél, podrá resolver fundadamente que prosiga el respectivo procedimiento.

cuales recurrir en caso de discrepancias, donde los adultos pueden desestimar el concepto de “la evolución de las facultades del niño”, en virtud de una falta de comprensión o conocimiento.

“De ahí que las legislaciones nacionales, como ya lo han hechos algunas, deberían fijar edades mínimas para el ejercicio de ciertos derechos, o por lo menos precisar el concepto de la “evolución de las facultades del niño” por medio de un principio general, según el cual el niño adquiere el derecho de tomar decisiones por sí mismo en relación a ciertas cuestiones una vez que haya adquirido “suficiente entendimiento”¹¹⁵.

A nuestro juicio, el concepto clave a delimitar es lógicamente el de “evolución de las facultades” introducido por el artículo 5º, pues éste nos parece una noción ambigua que no queda plenamente clara. En pos de lo anterior, será necesario complementar esta norma con el requisito contenido en el artículo 12, el cual, plantea el “tener debidamente en cuenta las opiniones del niño en función de su edad y estado de madurez”.

Con todo, nos parece que este aspecto del ejercicio de la autonomía no debe quedar contenido de manera tan ambigua, por tanto, es claro el deber de precisar el grado de participación de niños y adolescentes en la práctica, pues la autonomía progresiva no sólo implica escuchar al hijo, sino obviamente entregarle la capacidad de ejercerla en determinadas circunstancias, por lo que

¹¹⁵ PEÑA, MIRYAM. “Responsabilidad Parental versus Autonomía Progresiva del niño”. Ob. cit., p.3

“la autoridad de los padres debe ceder a medida que los menores desarrollan sus capacidades de decidir de manera autónoma”¹¹⁶.

Para ejercitar sus derechos, el niño, niña y adolescente requiere poder consentir, o sea, tener la capacidad de discernir, facultad que no será igualitaria en todas las edades, ni en todos los niños.

Considerando las diferentes etapas madurativas por las que transcurre la vida de los menores nos parece que evidentemente en los primeros años de vida éstos deberán actuar través de sus representantes, quienes deberán decidir en pos del interés superior del niño; luego, el menor adulto estará mejor preparado para desenvolverse de forma autónoma, tomando en consideración la evolución de cada niño, caso a caso, utilizando para ello todas las herramientas necesarias que nos entregan los avances científicos.

“Las capacidades evolutivas del menor pueden ser entendidas entonces como una limitación al ejercicio de la autoridad parental, que se fortalece progresivamente hasta eliminarla completamente en favor del reconocimiento de la independencia de los menores, incluso en direcciones que se oponen a las creencias y expectativas de sus padres, a medida que éstos van adquiriendo las condiciones necesarias para adoptar decisiones de manera autónoma sobre su propia vida, ejerciendo los derechos de los que son titulares”¹¹⁷.

¹¹⁶ MAGISTRIS, GABRIELA PAULA. “Responsabilidad parental y concepción del niño como sujeto de derecho Tensiones y compatibilidades”, Ob. cit., p.19

¹¹⁷ MAGISTRIS, GABRIELA PAULA. “Responsabilidad parental y concepción del niño como sujeto de derecho Tensiones y compatibilidades”, Ob. cit., p.20

Las limitaciones a la capacidad de decidir de las/los menores de edad deben interpretarse de manera restrictiva ya que entrañan una limitación de derechos, en consecuencia quien considera que en determinada situación un menor no puede decidir, tiene la carga de probar por qué.

En este sentido, parece interesante estudiar la viabilidad de la reforma propuesta de crear un defensor autónomo del niño, que pudiera representar sus derechos ante cualquier autoridad administrativa. “El objetivo se encuadra dentro de la perspectiva de la protección. No obstante, el Defensor debe intervenir en el juicio, en representación del niño, niña o adolescente, en estas circunstancias: a) careciendo ellos de defensor particular y b) a pedido del niño, sus padres, tutores o responsables. Nótese la practicidad de esta representación, pues, exonera a la necesidad de recurrir al expediente del otorgamiento del mandato por escritura pública, ni al trámite para litigar sin gastos de parte de los representantes legales”...¹¹⁸

“La realización del objetivo de dar a los niños en los nuevos tribunales de familia el trato de un verdadero sujeto de derechos es una tarea tan importante como difícil. Si se la toma en serio, puede significar un cambio radical, tanto para los niños cuyas vidas se decidirán en la justicia de familia como para las políticas de infancia, en general, por ese reconocido papel que las instituciones jurídicas desempeñan en la configuración de las costumbres y de la cultura. Pero tomar en serio ese desafío impone hacer un trabajo mucho mejor hecho que el que hemos presenciado hasta ahora, que parta definiendo objetivos,

¹¹⁸AGUIRRE, ARNALDO. “la protección, representación y la autonomía progresiva del niño y adolescente. II Seminario Latinoamericano de la Infancia y Adolescencia. La responsabilidad del Estado en el cumplimiento de los derechos de la infancia y la adolescencia”, p.4

acciones e instrumentos estratégicos, y que disponga de los recursos idóneos y necesarios para ello”.¹¹⁹

3. Jurisprudencia¹²⁰

3.1. Jurisprudencia Nacional

En Valdivia, a siete de abril de dos mil nueve se acogió una medida de protección solicitada para el niño Robynson Leonardo Gómez Noa, de 11 años de edad, el cual, padecía de Leucemia Linfoblástica Aguda, en circunstancias que la madre no ha informado su opción al equipo médico de continuar el tratamiento para su hijo, ni ha sido ubicada telefónicamente para que se pronuncie sobre la opción ofrecida, lo cual es de suma relevancia, ya que al niño debe dársele la opción de someterse al tratamiento prescrito porque tiene un 40% de posibilidades de sobrevivir.

De esta manera, la sentencia señala en su considerando sexto que la protección de la vida y la integridad del niño, niña y adolescente que la Ley de Familia impone a los Tribunales con esta competencia, exige el amparo de ésta en toda circunstancia, sin exclusión, reserva ni excepción, de modo tal que ante

¹¹⁹ COUSO SALAS, JAIME. “El Niño como Sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y Derecho a Ser Oído”. Revista Derechos del Niño Números Tres y Cuatro. UNICEFF. Publicado en Santiago de Chile, octubre 2006, p.158

¹²⁰ Medida de protección terapéutica a favor de un menor (Sentencias del Tribunal de Familia y de la Corte de Apelaciones de Valdivia) 2R0e0v9isJt a de Derecho JURVloSIP. RXUXDIIE -N NCºI A1 -C JOuMlioE 2N0T0A9 DA Páginas 279-29709

un niño que padezca de alguna enfermedad que irremediablemente acarreará su muerte, si existe un tratamiento susceptible de ofrecer alguna posibilidad de sobrevivida, ese tratamiento debe aplicarse hasta su agotamiento con los recursos humanos y médicos disponibles.

No obstante lo anterior, el catorce de mayo de dos mil nueve, la Corte de Apelaciones de Valdivia resolviendo la apelación de dicha sentencia, REVOCA la medida de protección adscrita, donde se disponía el deber de practicar al niño Robynson Leonardo Gómez Noa, el tratamiento que la ciencia médica aconseje para salvaguardar su vida; y en su lugar se resuelve QUE SE ACOGE la medida de protección solicitada, en el sentido que:¹²¹

a) El Tribunal de Familia de Valdivia adoptará las medidas que juzgue necesarias para verificar que la madre del menor reciba de parte del Hospital Base de Valdivia toda la información relevante a efectos de que adopte su decisión, decisión que, previa audiencia del menor, comunicará al mismo Hospital o al médico tratante, y se cerciorará de que esa decisión sea formalizada de acuerdo con los procedimientos hospitalarios en uso.

b) El Tribunal de Familia de Valdivia dispondrá las medidas que juzgue convenientes para que la madre del menor sepa con claridad, de parte del Hospital Base de Valdivia, cuáles son los tiempos y condiciones en que puede retractarse de una negativa inicial a recibir el tratamiento propuesto para su hijo; y que en cualquier caso, podrá acceder siempre a terapias paliativas del dolor.

Sin duda, este caso nos plantea una disyuntiva bastante radical, entre el derecho a la vida y la posibilidad del menor de ejercer su autonomía

¹²¹ Ambas sentencias se adjuntan en el anexo de este trabajo.

progresiva. Por esta razón se hace imprescindible fundar claramente las decisiones jurídicas que resuelvan un entuerto de esta magnitud y que por consiguiente, llegue a la resolución más conveniente para todos los interesados, sobre todo para el menor objeto de la disputa.

El problema manifiesto que puede suscitarse es en relación a la corta edad del menor, por quien evidentemente debe tutelarse el respeto de sus derechos con mayor ahínco, es aquí donde el interés superior del niño juega un papel fundamental a la hora de discernir entre lo más conveniente para un niño que se encuentra en una situación de vulnerabilidad y que evidentemente requiere plantear su postura frente a una cuestión que lo involucra trascendentalmente.

Es por ello que nos parece razonable pensar como considera la sentencia que “el derecho a la vida no puede entenderse pura y simplemente como la mera continuación de las funciones biológicas”¹²², pues se debe reconocer que la persona humana tiene el derecho a elegir la vida que desea llevar ... “Del artículo 19 N° 1° de la Constitución no se sigue, entonces, la existencia de un deber de vivir (en el sentido primario de conservar ciertas funciones biológicas) a todo evento, a cualquier costo y bajo cualesquiera condiciones, si ello supone una radical vulneración de la autonomía individual, y particularmente, de la dignidad intrínseca de la persona humana. Menos, desde luego, que el Estado tenga siempre y en todo caso la tarea de imponer coactivamente ese deber, especialmente teniendo a la vista el contenido del inciso tercero del artículo primero de la carta fundamental”.¹²³

¹²² Considerando 12° sentencia 2° instancia en comentario

¹²³ Considerando 12° sentencia 2° instancia en comentario

Se trata, como vemos de una concepción liberal del derecho a la vida que, en nuestra opinión va de acuerdo con los principios defendidos por nuestra Constitución, pese a que la jurisprudencia mayoritaria de nuestros tribunales (incluyendo el fallo de primera instancia aquí referido) ha tendido a imponer la tesis contraria. Esta posición, como se desprende del considerando undécimo, se contrapone a los casos en que el Estado ha forzado tratamientos médicos “cuando las actuaciones profesionales no suponen un atentado grave a la calidad de vida del paciente, y al mismo tiempo, garantizan, al menos en un grado estadístico alto, la recuperación de la salud del mismo; y resultan, a juicio de esta Corte, especialmente justificadas cuando se refieren a menores de edad y a la oposición a tratamientos curativos fundada en razones religiosas de sus padres ..., ya que no pueden sin embargo determinar la muerte o el riesgo de ella para quien no ha consentido madura y responsablemente en esa adhesión religiosa, como ocurre con los niños”¹²⁴.

Por otro lado, nos parece certero el considerar que la decisión de primera instancia excede el marco atributivo del Juez de Familia, pues no se respeta ni se tiene en cuenta la opinión del menor, la cual es plenamente reconocida en nuestra legislación y que a la cual, la Corte inteligentemente considera primordial, ya que “reconoce que el proceso de formación de la conciencia humana es gradual, y por lo mismo exige que la opinión del menor sea objeto de consideración judicial, a la luz de su edad y de sus capacidades intelectuales concretas”¹²⁵, donde en el caso en cuestión se sopesan que a su corta edad el niño Gómez Noa ha vivido antes la experiencia de un tratamiento de quimioterapia, lo cual le brinda la posibilidad de entregar su opinión de acuerdo a la trágica experiencia de la que ha sido objeto y que por tanto le

¹²⁴ Considerando 11º sentencia 2º instancia en comento

¹²⁵ Considerando 11º sentencia 2º instancia en comento

brinda una mejor perspectiva de decisión que sin duda, reconoce un grado de autonomía susceptible de ser tomado en consideración.

Esta sentencia, no sólo reconoce la autonomía del niño en materias médicas, sino que también delimita los casos de participación del Estado y la familia en conflictos de este tipo, ya que establece condiciones para forzar tratamientos médicos, manifestando que en caso de no reunirse esos supuestos, “el Estado debe retroceder, y dejar que sea la familia, con la información suficiente aportada en el contexto de la relación médico-paciente, la que adopte la decisión que mejor se acomoda a su sistema de creencias, a sus experiencias previas, a sus valores, a su percepción de lo que sea una vida que vale la pena vivirse, a su entendimiento de lo que sea lo mejor para su derecho a ¿hacer la vida?”¹²⁶.

En consecuencia, nos parece claro que este caso cumple con las condiciones para que sea el niño y su familia quienes decidan internamente la disyuntiva, pues existe además un derecho a la intimidad, por lo que será, a juicio de la Ilustrísima Corte, “el menor, y sobre todo sus padres, los que tienen el derecho de decidir la forma en que transcurrirán los días de vida que le queden, y aunque suene duro escribirlo, la forma en que morirá”.¹²⁷

¹²⁶ Considerando 15º sentencia 2º instancia en comentario

¹²⁷ Considerando 16º sentencia 2º instancia en comentario

3.2. Jurisprudencia Extranjera¹²⁸.

Y.C. ingresó a un hospital público debido a una enfermedad de transmisión sexual, como consecuencia de haber sido víctima de un presunto abuso sexual. A raíz de esta circunstancia, las autoridades hospitalarias, dan intervención a la justicia.

Inmediatamente, la autoridad judicial resuelve dar curso a la “Protección de Persona”, a partir de la cual Y.C. es apartada de su medio familiar, e institucionalizada en un Hogar para niñas.

Desde aquel momento, su hermana mayor comenzó a solicitar la guarda de Y.C., manifestando que quien debería estar apartado y encerrado era el agresor y no la niña.

Luego de tres años de estar separada de su medio familiar, por intermedio de la Directora de la Institución donde Y.C. se encontraba, los profesionales de la Clínica Jurídica de Fundación Sur realizan una presentación judicial patrocinando a Y.C. quien manifestaba claramente su voluntad de vivir con su hermana mayor.

La presentación privilegiaba la concepción del niño como sujeto de derecho y por consiguiente su derecho constitucional a ser defendido en juicio como así también su derecho a ser oído y que su opinión sea tenida especialmente en cuenta.

¹²⁸ Sentencia Argentina [En línea] <http://www.surargentina.org.ar/juriabo.htm>

La misma fue considerada por la jueza interviniente, quien entendió que Y.C., de 13 años de edad, tenía derecho a un patrocinio letrado como así también a ser parte en el juicio donde se resolverían cuestiones directamente vinculadas a su persona.

En el mes de marzo de 2007, la Justicia resolvió que: “ Considerando el informe realizado por las asistentes sociales del Tribunal en cuanto a que señala que “ Y.C. estaría deseosa de vivir con L. y su familia” , y lo sugerido en cuanto al egreso de la menor con su hermana (...), teniendo asimismo en cuenta lo expresamente solicitado por la menor causante a fs. 402/404 (presentación que se adjunta), y conformidad prestada precedentemente por la Sra. Defensora de Menores e Incapaces, en los términos de la Ley 26061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, arts. 3 y 7, y a fin de evitar la institucionalización del menor, otorgase la guarda de la menor Y.C. a su hermana L. G... ”

CONCLUSIONES

Actualmente los jóvenes se independizan física y económicamente de su familia de origen con mayor lentitud, lo cual tensiona las relaciones familiares.

El derecho contemporáneo ha generado una creciente protección hacia los menores, donde la CDN ha redefinido las relaciones paterno filiales, en especial cuando su artículo 5 recuerda el derecho de los padres de impartir a sus hijos - en consonancia con la evolución de sus facultades- dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos.

Sin duda, el reconocimiento de estos derechos ha abierto una mayor participación a los niños, niñas y adolescentes, quienes están expuestos a modernas técnicas de aprendizaje y sobre todo a las nuevas tecnologías, lo cual les permite desarrollar mayores capacidades en comparación a un niño, niña o adolescente del siglo pasado.

Todo esto ha significado un cambio profundo que fue atenuando la autoridad paterna, transformando paradigmáticamente su dinámica. Este cambio de enfoque atiende, con mayor énfasis, el interés superior de los niños y las niñas, a partir de las nociones de autonomía progresiva, lo cual significa el reconocimiento de una participación social más activa por parte de la población infantil en la sociedad.

En consecuencia, los padres están llamados a criar y educar a sus hijos, eliminando la subordinación, teniendo en cuenta las opiniones e intereses del niño, buscando lograr la autonomía del sujeto como un ser diferente a sus

progenitores. Por tanto, la familia está llamada a promover espacios destinados a lograr dicha autonomía, incrementando las responsabilidades del niño, niña y adolescente a medida que va creciendo y haciéndolo participar en su proceso educativo, de acuerdo a la edad en la que se encuentre.

El problema que se plantea en relación a esta nueva función parental es en cuanto a qué tan capacitados están los padres para entender y determinar el grado de evolución de las facultades del hijo en relación al cual debe permitirse el ejercicio de sus derechos.

En efecto, los padres deben saber que la adolescencia es un periodo especial, en el cual se adquieren nuevos derechos y obligaciones cuyo ejercicio y cumplimiento exige la incorporación de conocimientos teóricos y prácticos.

Lo anterior, implica sin duda, la necesidad de preparación de los padres, donde pueda entregárseles los conocimientos y la información acerca del desarrollo infantil y su psicología evolutiva para así poder lograr el mejor desarrollo de los niños, niñas y adolescentes el que debe contemplar diversos aspectos, como: el material, psíquico, cognitivo, conductual y social.

Los roles parentales no son derechos absolutos, ni meramente poderes/deberes, son derechos limitados por los derechos de los propios niños, es decir, por su interés superior.

En esta tarea el Estado tiene el deber de apoyar a los padres en el cumplimiento de este rol, y por otro lado, el de garantizar a los niños que su crianza y educación se dirija hacia el logro de su autonomía.

Esta participación social de la población infantil y adolescente, exige políticas públicas que atiendan a sus particularidades, brindando las herramientas concretas que garanticen el derecho de todo niño a ser oído. Por tanto, basándonos en el principio de interés superior del niño los órganos del Estado deberían adoptar todas las medidas necesarias para asegurar su cumplimiento.

No obstante, las orientaciones entregadas por la CDN buscan disminuir el rol tutelar y de control del Estado, para así favorecer la responsabilidad de las familias y la comunidad, por lo que la idea es apoyar socialmente a las familias a fin de que éstas cumplan su tarea.

Sin embargo, un problema que aún enfrentan las familias pobres es la tendencia a judicializar los problemas sociales, lo cual, en la práctica opera como una razón para privar el ejercicio de la autonomía en áreas que normalmente están cubiertas por la adscripción normativa, pues se estima que quienes viven en la pobreza no están capacitados para tomar decisiones.

Es cierto que el concepto de capacidad progresiva presenta cierta ambigüedad, lo cual, puede dar lugar a la discrecionalidad judicial, vulnerándose de este modo la debida participación de los niños en los procesos que los afectan. En consecuencia, esta situación conlleva una revisión jurídica de las normas relacionadas al respeto de estos principios, sobre todo el concepto de incapacidad establecido por la ley, el cual es resabio de la doctrina de la situación irregular, posición que claramente se contradice con la noción del niño como sujeto de derecho.

Se hace necesario entonces realizar profundas modificaciones a las leyes vigentes, para así poder adecuar y aplicar la Convención, creando

mecanismos de protección efectiva que aseguren al niño la exigibilidad de sus derechos, no sólo civiles y políticos, sino también los económicos, sociales y culturales.

Está claro que debe asignarse a la familia un rol de eje central y estratégico para el desarrollo de los niños, eliminando la separación arbitraria e innecesaria de éstos desde su núcleo familiar y así terminar con la internación de niños por motivos económicos o familiares solucionables mediante formas de atención en la propia comunidad.

A nuestro juicio, la promoción de mecanismos como: la creación de un compilado de normas infantiles que reúnan las disposiciones dispersas, el establecimiento de defensorías de la infancia y las acciones civiles de interés difuso y colectivos; son medidas eficaces para avanzar en la protección efectiva de los derechos de las niñas y los niños.

BIBLIOGRAFÍA

1.- Fuentes normativas:

- Constitución Política de Chile. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2007.

- Código Civil de la República de Chile. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2007.

- “Convención Internacional de los Derechos del Niño”. Suscrito por Chile el 26 de enero de 1990, promulgado el 14 de agosto de 1990 y publicado en el Diario Oficial el 27 de septiembre de 1990.

- Ley N° 16.618: “Ley de Menores”. Promulgada el 03 de febrero de 1967 y publicada en el Diario Oficial el 8 de marzo de 1967.

- Ley N° 19.585: “Ley de Filiación”. Promulgada el 13 de octubre 1998 y publicada en el Diario Oficial el 26 de octubre de 1998.

- Ley N° 19.620 sobre Adopción de Menores. Promulgada el 26 de julio de 1999 y publicada en el Diario Oficial el 05 de agosto de 1999.

- Ley N° 19.711 “Regula el derecho de visita a los hijos sometidos a la tuición de uno de los padres. Publicada en el Diario Oficial el 18 de enero de

2001.

- Ley N° 19.968: “Crea los tribunales de Familia”. Promulgada el 25 de agosto de 2004 y publicada en el Diario Oficial el 30 de agosto de 2004.

- Ley N° 20.066 sobre “Violencia Intrafamiliar”. Promulgada el 22 de septiembre de 2005 y publicada en el Diario Oficial el 07 de octubre de 2005.

- Ley N° 20.084 sobre “Responsabilidad Penal Juvenil”. Promulgada el 28 de noviembre de 2005 y publicada en el Diario Oficial el 07 de diciembre de 2005.

- “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”. Texto Promulgatorio, decreto N°778. Publicado en el Diario Oficial N° 33.360 de 29 de abril de 1989.

- “Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales”. Texto Promulgatorio, decreto N°326. Publicado en el Diario Oficial N° 33.382 de 27 de mayo de 1989.

2.- Documentos de Internet

- **AMNISTIA INTERNACIONAL.** “Convención sobre los Derechos del Niño”. Documento de internet que contiene Artículo Jurídico. España. En: <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/menores/conven-precedentes.html>

- **ASOCIACION DE ABOGADOS DE BUENOS AIRES.** “El abogado del Niño y la ley 26061 de Protección Integral de derechos Niños, niñas y adolescentes. Un Análisis Preliminar”. Documento de internet que contiene artículo de Silvina Basso. Argentina. En: <http://www.aaba.org.ar/bi23n031.htm>

- **BIOETICA EN LA RED.** “Declaración de los Derechos del Niño”. Documento de internet de Francisco Ramiro García Chile. En: http://www.bioeticaweb.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=4534

- **CABLEMODEM.** “Libertad y Liberación en Santo Tomás de Aquino: ¿Compatible con la Teología de la Liberación”. Documento de internet que contiene artículo de Hugo Verdiera. Argentina. En: http://cablemodem.fibertel.com.ar/sta/xxxi/files/Jueves/Verdera_06.pdf

- **CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, UNIVERSIDAD DE CHILE.** "Anticoncepción de emergencia: Autonomía de las adolescentes y derechos de sus padres". Documento de internet que contiene Artículo jurídico de Verónica Undurraga Valdés. Anuario DE Derechos Humanos 2007, Santiago, Chile. En:

http://www.cdh.uchile.cl/anuario03/7-SeccionNacional/anuario03_sec_nacionalll UndurragaValdes.pdf

- **CHILE RIGHTS INFORMATION NETWORK.** “LA Convención sobre los Derechos del Niño”. Documento de internet que contiene Texto Jurídico de la Convención. En: <http://www.crin.org/espanol/crc.asp>

- **DIARIO ABC DIGITAL.** "Los riesgos de establecer Principios inflexibles". Documento de internet que contiene Entrevista a Profesora Maricruz Gómez de la Torre de 23 de junio de 2008, Santiago, Chile. En:
<http://www.abc.com.py/articulos.php?pid=426522&fec=2008-06-23&ABCDIGITAL=e1592bf89fe6de7babacf73acbe39372>

- **FUNDACION SUR.** "Una resolución que supo escuchar la voz de una niña". Documento de internet que contiene Fallo Judicial tribunal 1º instancia de Buenos Aires de fecha 30 de marzo de 2007. En:
<http://www.surargentina.org.ar/juriabo.htm>

- **ISTITUTO ACTON ARGENTINA.** “El Libre albedrío y sus Implicancias Lógicas”. Documento de internet que contiene artículo de Gabriel Zanotti. Argentina. En: <http://www.institutoacton.com.ar/articulos/artzanotti7.pdf>

- **ISTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDCAS.** “Declaración de los Derechos del Niño 1959”. Documento de internet que contiene texto jurídico. México. En:
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/4/pr/pr20.pdf>

- **INSTITUTO DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE.** "Infancia, Autonomía y Derechos". Documento de internet que contiene Artículo Jurídico de Miguel Cillero Bruñol. Uruguay. En: <http://www.inau.gub.uy/biblioteca/cillero.pdf>

- **INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, LA NIÑA Y DEL ADOLESCENTE.** "Responsabilidad parental y concepción del niño como sujeto de derecho. Tensiones y compatibilidades". Documento de Internet que contiene Artículo Jurídico de Gabriela Paula Magistris. Uruguay. En: www.iin.oea.org/anales_xix_cpn/docs/Presentaciones_ganadores_concurso/Gabriela.../Trabajo_Gabriela_Magistris.doc -

- **MEMORIA CHILENA.** "La infancia en el Siglo XX". Documento de internet. Chile. En: http://www.memoriachilena.cl//temas/index.asp?id_ut=lainfanciaenelsigloXX

- **MINISTERIO PUBLICO, REPUBLICA DE CHILE.** "Oficio N° 148 del fiscal Nacional que instruye sobre situación de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos en la reforma procesal penal". Documento de Internet de 27 de marzo de 2005. Santiago, Chile En: <http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/V%C3%ADctimas/148%202003.doc>

- **PODER JUDICIAL, REPUBLICA DE PARAGUAY.** "La protección, Representación y la autonomía progresiva del niño y del adolescente". Documento de internet que contiene Artículo Jurídico Profesor Arnaldo Aguirre. Paraguay. En: <http://www.pj.gov.py/seminario/ponencias/ponencia02.pdf>

- **PODER JUDICIAL, REPUBLICA DE PARAGUAY.** "Responsabilidad

parental versus Autonomía Progresiva del Niño". Documento de internet que contiene Artículo Jurídico Profesora Miriam Peña. Paraguay. En: <http://www.pj.gov.py/seminario/ponencias/ponencia02.pdf>

- **REVISTA DE DERECHO DE VALDIVIA.** "El abogado del Niño y la ley 26061 de Protección Integral DE DERECHOS DE Niños, niñas y adolescentes. Un Análisis Preliminar". Documento de internet que contiene artículo de Silvana Basso. Chile. En: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502008000200008&lng=es&nrm=iso

- **SAGA.** UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA. "El Libre albedrío y Libertas en San Agustín". Documento de internet que contiene artículo de Gabriel Zanotti. Colombia. En: http://www.saga.unal.edu.co/etexts/PDF/saga1/Gardeazabal_agustin.pdf

- **SENADO REPUBLICA DE CHILE.** "Aprueban Legislar sobre proyecto que establece normas de protección de los derechos de los niños y adolescentes". Documento de internet de 6 de abril de 2005 que contiene Artículo de prensa. Valparaíso, Chile. En: <http://www.pj.gov.py/seminario/ponencias/ponencia02.pdf>

- **SCIELO.** "La libertad humana como valor primordial en Tomás de Aquino". Documento de internet que contiene artículo de Dietrich Lorenz. Chile. En: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0049-34492004000400003&script=sci_arttext

- **SOCIEDAD COLOMBIANA DE PEDIATRIA.** "Los Derechos del Niño". Documento de internet que contiene Artículo Jurídico de Ernesto

Durán.

Colombia.

En:

http://www.scp.com.co/bancomedios/documentos%20PDF/derechos_del_ni_no1.pdf

- **UNICEFF.** “Ratificar la Convención sobre los Derechos de los Niño implica un Cambio en el rol de la Sociedad y de las Políticas Públicas”. Documento de internet que contiene informe periodístico. Chile. En: <http://www.unicef.cl/unicef/index.php/Ultimas/Ratificar-la-Convencion-sobre-los-Derechos-del-Nino-implica-un-cambio-en-el-rol-de-la-sociedad-y-de>

- **VISION MUNDIAL: AMERICA LATINA Y EL CARIBE.** “Veinte Años de la Convención Internacional de los Derechos del Niño”. Documento de internet que contiene artículo de Visión Mundial. Costa Rica. En: <http://www.visionmundial.org/visionmundial.php?id=214>

3. - TEXTOS

- BAEZA CONCHA, GLORIA. "EL Interés Superior del Niño: derecho de Rango Constitucional, su recepción en la legislación Nacional y aplicación en la Jurisprudencia". Artículo. Revista Chilena de Derecho Santiago, Chile, 2001.
- BAVESTRELLO BONTA, IRMA. "Derecho de Menores". Lexis Nexis. Santiago, 2003
- BOBADILLA, VALESCA. "El Rol Subsidiario del Estado en la Protección de Niños y Adolescentes". Memoria. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Chile, 2006.
- CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. "Evolución histórica de la Consideración Jurídica de la Infancia y Adolescencia en Chile: legislación de Menores en Chile y Antecedentes de su Evolución". Instituto interamericano del Niño, Programa de Fortalecimiento de los Sistemas de Bienestar Infantil, Santiago de Chile, 1993.
- CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. "Juventud, Minoría de edad y Responsabilidad Penal". Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago de Chile, 1991.
- CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. "Infancia, Derecho y Justicia: Situación de los derechos del Niño en América Latina y La Reforma Legislativa en la década de los 90". UNICEFF, Santiago de Chile, 1999.

- CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. "Niños y Adolescentes: sus derechos en Nuestro Derecho". SENAME, Santiago de Chile, 1995.

- COUSO SALAS, JAIME. "El Niño como Sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y Derecho del Niño a ser Oído". Revista de Derechos del Niño N° tres y cuatro. UNICEFF, Santiago de Chile, 2006.

- ESCAFF SILVA, ELIAS. "Psicología Jurídica". Universidad Diego Portales. Santiago, Chile, 2006.

- GARCIA MENDEZ, EMILIO. "Infancia, Ley y Democracia en América Latina". Ediciones Depalma. Santa Fé de Bogotá, 1999.

- GARCIA MENDEZ, EMILIO. "Infancia, adolescencia y control en América Latina: Argentina, Colombia, Costa Rica, Uruguay, Venezuela: Primer Informe San José de Costa Rica 21 a 25 de agosto de 1989, Proyecto de Investigación de Desarrollo de los Tribunales de Menores en Latinoamérica: Tendencias y Perspectivas / coordinación y diseño de la investigación". Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1990.

- GIL DOMINGUEZ, ANDRES Y OTROS. "Derecho Constitucional de Familia". Tomo I . 1º Edición. Ediar. Argentina, 2006.

- GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ. "El sistema Filiativo Chileno". Editorial Jurídica de Chile, Stgo 2007.

- GROSMAN, CECILIA. "Derecho de Familia". Revista

Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2009

- GUZMAN BRITO, ALEJANDRO. "Derecho Romano Privado". Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 2001.

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA. "El derecho constitucional del menor a ser oído". Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires, 1996.

- KANT, INMANUEL. "En Defensa de la Ilustración". Editorial Alba. 1999.

- LATHROP GÓMEZ, FABIOLA. "Los conflictos de Interés entre progenitores e hijos". Artículo. Revista Gaceta Jurídica. Santiago de Chile, 2007.

- LOPEZ SANTA MARIA, JORGE. "Los Contratos, Parte General". Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. 2º Ed. Santiago, 1998.

- MEDINA QUIROGA, CECILIA Y MERA FIGUEROA, JORGE. "Sistema Jurídico y Derechos Humanos: el derecho Nacional y las obligaciones Internacionales de Chile en materia de derechos humanos". Sociedad de Ediciones de la Universidad Diego Portales. Santiago de Chile, 1996.

- PEÑA GONZALEZ, CARLOS. "Las implicancias civiles de la ley 19.221 que establece la mayoría de edad a los 18 años". Colegio de Abogados de Chile. Santiago de Chile, 1993.

- RAMOS PAZOS, RENE. "Derecho de Familia". Tomo II. Editorial

Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 2007.

- UNICEFF. “De menor a Ciudadano: Implementación de la Convención de los Derechos del Niño en América Latina y el Caribe”. UNICEFF. Santa Fé, Colombia, 1996.

- UNICEFF. “Revista de Justicia y Derechos del Niño”. UNICEFF. Santiago de Chile, 2004.

- VIAL DEL RIO, VICTOR. “Actos Jurídicos y Personas”. Tomo I: Teoría General del Acto Jurídico”. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, 1998.

- VIAL DEL RIO, VICTOR. “Manual de las Obligaciones en el Código Civil Chileno”. Edición . Santiago, 1998.

- VODAVONIC, ANTONIO. “Leyes de derecho de Familia y Menores”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 2005.

ANEXO

Jurisprudencia¹²⁹

Valdivia, siete de abril de dos mil nueve.

VISTOS Y OIDOS:

PRIMERO: Que del oficio dirigido a este Tribunal por el Hospital Base y suscrito por la médico hemato-oncóloga infantil Dra. Pilar Martínez D., se solicita una medida de protección para el niño Robynson Leonardo Gómez Noa, de 11 años de edad, el que padece de Leucemia Linfoblástica Aguda, explicando que la madre no ha informado su opción al equipo médico de continuar el tratamiento para su hijo, ni ha sido ubicada telefónicamente para que se pronuncie sobre la opción ofrecida. Explica la doctora informante, que al niño debe dársele la opción de someterse al tratamiento prescrito porque tiene un 40% de posibilidades de sobrevivir.

SEGUNDO: Debe precisarse que el oficio ya indicado del Hospital Base no expresa en definitiva cuál es la medida de protección que se pide, infiriéndose que se trata de ubicar a la madre para que ejerza la opción que se le plantea de someter a su hijo al tratamiento médico que le ofrece una posibilidad de sobrevivir del 40%. No obstante lo anterior, atendido lo dispuesto en los artículos 68 y siguientes de la Ley 19.968, que impone a los Jueces de

¹²⁹ Medida de protección terapéutica a favor de un menor (Sentencias del Tribunal de Familia y de la Corte de Apelaciones de Valdivia) Revista de de Derecho JURVloSIP. RXUXDIIE -N NCºI A1 -C JOuMlioE 2N0T0A9 DA Páginas 279-29709. Comentario de Yanira Zúñiga Añazco

Familia el deber de adoptar todos los resguardos necesarios para asegurar la debida protección de los niños, niñas y adolescentes, este Tribunal estima necesario pronunciarse sobre la opción que se plantea a la madre.

TERCERO: De lo expuesto en la respectiva audiencia, consta que la madre rehusa someter a su hijo de 11 años de edad al tratamiento médico que se ofrece, por cuanto éste le asegura escasas posibilidades de sobrevivir y durante su curso le significará a su hijo enormes padecimientos, los que ya conoció al vivirlos en similar tratamiento que se le suministró en el periodo 2005-2007.

CUARTO: También en estrados la médico tratante, de especialidad hemato-oncóloga infantil, doña Pilar Martínez, ha expuesto que omitiendo el tratamiento prescrito, la muerte del niño es inevitable en breve tiempo, en tanto que con el tratamiento las posibilidades de sobrevivir son del 40%.

QUINTO: Luego la opción que se plantea es o enfrentar al niño a la muerte inevitable en un breve lapso, o brindar una posibilidad de sobrevivir que puede ser superior a ese periodo con la aplicación de los tratamientos que la medicina ofrece.

Enfrentados a esa opción, a juicio de este Tribunal debe privilegiarse la alternativa que científicamente ofrece una posibilidad de sobrevivir que es superior al del transcurso letal de la enfermedad, no existiendo motivo alguno para privar al niño de esa alternativa.

A este respecto debe ponderarse que las argumentaciones de la madre para rehusar el tratamiento se encuentran fundadas en un legítimo, pero

emotivo deseo de bienestar de su hijo en el corto tiempo, y además en el natural deseo de sustraerlo del padecimiento que el tratamiento conlleva.

Sin embargo tales motivaciones de la madre no pueden constituir un obstáculo para rehuir los remedios que la ciencia médica ofrece al niño, que si bien, ciertamente, no puedan garantizar una sanación, al menos ofrecen la expectativa de que ello ocurra.

Sexto: Que la protección de la vida y la integridad del niño que la Ley de Familia impone a los Tribunales con esta competencia, exige el amparo de ésta en toda circunstancia, sin exclusión, reserva ni excepción, de modo tal que ante un niño que padezca de alguna enfermedad que irremediablemente acarreará su muerte, si existe un tratamiento susceptible de ofrecer alguna posibilidad de sobrevida, ese tratamiento debe aplicarse hasta su agotamiento con los recursos humanos y médicos disponibles.

Atendido lo expuesto y lo dispuesto en la Convención Internacional de los Derechos del Niño; artículos 68 y siguientes de la Ley 19.968, se declara:

Que se acoge la medida de protección, en cuanto se dispone que debe practicarse al niño Robynson Leonardo Gómez Noa el tratamiento que la ciencia médica aconseje para salvaguardar su vida.

RIT P-178-2009

Dictada por Doña María Isabel Eyssautier Sahr, Juez de Familia Valdivia, catorce de mayo de dos mil nueve.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que con fecha siete de abril de dos mil nueve la Juez de Familia de Valdivia doña María Isabel Eyssautier Sahr resolvió una medida de protección (**RIT P-178-2009**) interpuesta mediante oficio dirigido a ese Tribunal y suscrito por la médico hemato-oncóloga infantil Pilar Martínez D., relativo al menor de once años Robynson Leonardo Gómez Noa, que se encuentra aquejado por una recaída, ahora adicionalmente con cáncer testicular, de una Leucemia Linfoblástica Aguda.

SEGUNDO: Que, aunque el oficio en cuestión no resultaba claro en cuanto a expresar en concreto cuál era la medida de protección que se pedía, pudiendo inferirse que se trataba de ubicar a la madre para que ejerza la opción de someter a su hijo al tratamiento médico que le ofrece una posibilidad de sobrevida de un 40%, la Juez a quo entendió que, atendido lo dispuesto en los artículos 68 y siguientes de la Ley 19.968, que impone a los Jueces de Familia el deber de adoptar todos los resguardos necesarios para asegurar la debida protección de los niños, niñas y adolescentes, le resultaba jurídicamente imperativo pronunciarse directamente sobre la opción que se plantea a la madre.

TERCERO: Que en la audiencia respectiva, el Tribunal de Familia constató que la madre rehúsa someter a su hijo al tratamiento médico que se ofrece, por cuanto éste le asegura escasas posibilidades de sobrevida y su práctica le significará a su hijo enormes padecimientos, que ya conoció al vivirlos en similar tratamiento que se le suministró en el periodo 2005-2007. Por otra parte, la médico tratante doña Pilar Martínez expuso que omitiendo el tratamiento prescrito, la muerte del niño es inevitable en breve tiempo, en tanto que con el tratamiento las posibilidades de sobrevida son de un 40%.

CUARTO: Que, en la sentencia en alzada la juez razonó que, en definitiva, “la opción que se plantea es o enfrentar al niño a la muerte inevitable en un breve lapso, o brindar una posibilidad de sobrevida que puede ser superior a ese periodo con la aplicación de los tratamientos que la medicina ofrece”, y concluyó que enfrentados a esa opción (¿debe privilegiarse la alternativa que científicamente ofrece una posibilidad de sobrevida que es superior al del transcurso letal de la enfermedad, no existiendo motivo alguno para privar al niño de esa alternativa? Conclusión que reafirma al agregar luego ¿que la protección de la vida y la integridad del niño que la Ley de Familia impone a los Tribunales con esta competencia, exige el amparo de ésta en toda circunstancia, sin exclusión, reserva ni excepción, de modo tal que ante un niño que padezca de alguna enfermedad que irremediablemente acarreará su muerte, si existe un tratamiento susceptible de ofrecer alguna posibilidad de sobrevida, ese tratamiento debe aplicarse hasta su agotamiento con los recursos humanos y médicos disponibles?, con lo que termina resolviendo que ¿se acoge la medida de protección, en cuanto se dispone que debe practicarse al niño Robynson Leonardo Gómez Noa, el tratamiento que la ciencia médica aconseje para salvaguardar su vida?

QUINTO: Que, fundando su apelación de la resolución antes reseñada, y en estrados, la recurrente ha sostenido, luego de relatar los hechos, y en síntesis máxima, que la decisión adoptada por la madre, en conjunto con su hijo, es razonada y fundada puesto que se ha precedido de una completa evaluación, concluyendo que la quimioterapia ya tuvo su oportunidad y dejó al niño con irremediables secuelas físicas y psicológicas, a parte de no resultar eficaz, puesto que la remisión sólo duró dieciocho meses. En consecuencia, se optó por buscar nuevas alternativas de tratamiento, partiendo por un naturópata, que fue sólo el primero de los expertos que han intervenido, encontrándose hoy en manos de un médico alópata que le ofrece un

tratamiento alternativo de inmunoterapia (y acompaña certificado del médico en cuestión). Por ello, apunta, el rechazo de la quimioterapia y la extirpación testicular no significa que el menor no vaya a recibir un tratamiento médico distinto, tratamiento que está reconocido legalmente por el Decreto N° 42 del Ministerio de Salud (Diario Oficial de 14 de Junio de 2005). Agrega que el propio Comité de Ética del Hospital de Valdivia se pronunció sobre el caso, ordenando la integración de la medicina alternativa y no pronunciándose acerca del sometimiento forzado del menor a la quimioterapia. Realiza una acabada argumentación respecto de cada uno de esos puntos, haciendo especial énfasis en las capacidades terapéuticas de la medicina alternativa (y en la ausencia de consecuencias colaterales dañinas) y en la paupérrima e intolerable calidad de vida que le augura la quimioterapia y la extirpación testicular al menor Gómez Noa, en lo que puede ser el último tiempo de vida que le quede; y finaliza solicitando se acoja el presente recurso de apelación, revocando la medida decretada por el Tribunal de Familia de Valdivia que obliga al menor Robynson Gómez Noa a someterse al tratamiento de quimioterapia, respetándose de esta forma la decisión de la madre y del niño de optar por un tratamiento médico distinto, decisión que ha sido tomada fundada y razonadamente.

SEXTO: Que excede con mucho el marco de actuación de un Tribunal de Justicia realizar, en una sentencia judicial, una evaluación de las posibilidades terapéuticas de la medicina conocida como ¿alternativa?, respecto de aquellas ofrecidas por la medicina tradicional o alópata, ni en abstracto ni en el caso concreto de la leucemia y del cáncer testicular que afecta al menor Robynson Gómez Noa. Tampoco, una determinación de cuál de las posibilidades ofrecidas por la medicina alópata resulte más conveniente, si aquella de los médicos del Hospital Base en Valdivia, o la del médico tratante en Santiago, Sr. Silva Jaramillo. Esencialmente, porque esas son evaluaciones

que ni siquiera quienes tienen la experticia científica pueden hacer con una razonable dosis de seguridad. No es, por tanto, una evaluación de esa clase la que permitirá resolver la controversia planteada a esta Corte.

SÉPTIMO: Que, por el contrario, la tarea fundamental de esta Corte consiste en decidir cuál es el margen constitucional y legal en que el Estado puede actuar para forzar la práctica de un tratamiento médico, y cuáles son, por consiguiente, los límites que en esta materia el Estado no debiera traspasar. Con ese propósito, esta Corte se estará, a efectos de desarrollar la argumentación y por razones de prudencia analítica, a los siguientes supuestos:

A) que las terapias distintas a la quimioterapia y la extirpación (tanto procedentes de la medicina alternativa cuanto practicadas por un médico alópata) pueden únicamente generar algún efecto paliativo, sumado a la certeza de que no causarán los efectos colaterales nocivos que sí tiene la quimioterapia;

y B) que es correcta la afirmación de la médico cirujano requirente de que una nueva quimioterapia, sumada a la extirpación testicular, ofrece una posibilidad de supervivencia de un 40%, entendiéndose que ello significa que el menor tendría ese porcentaje probabilístico de estar vivo al cabo de un período convencional determinado de tiempo, pero que ello no garantiza, en modo alguno, la curación de la enfermedad que lo afecta; y que resulta asimismo cierto que la práctica de los citados tratamiento y operación le acarrearán al niño los mismos o mayores trastornos físicos y síquicos que en la ocasión anterior. Adicionalmente, debe esta Corte hacer formal declaración de que está convencida de que todos los actores de este complejo caso han actuado y lo

continuarán haciendo con las mejores intenciones en pro del interés superior del menor de cuya protección se trata, y con la más completa buena fe.

OCTAVO: Que así las cosas, la resolución del presente caso supone, en primer término, una reflexión sobre el significado del derecho a la vida que la Constitución garantiza a toda persona; sobre los deberes que el Estado puede asumir respecto de ese derecho; y luego, la forma en que ese significado incide en la situación concreta del menor Gómez Noa.

NOVENO: Que el derecho a la vida consagrado en el número primero del artículo 19 de la Constitución Política es efectivamente, como lo ha puesto de relieve la numerosa doctrina y jurisprudencia, el principal de todos los derechos constitucionalmente garantizados a todas las personas, por constituir la estructura de plausibilidad sobre la que pueden ejercerse por los particulares y protegerse por el Estado el resto de los derechos, lo que constituye una afirmación lingüísticamente afinada de la evidencia palmaria de que respecto de una persona muerta el resto de los derechos constitucionalmente garantizados carece de todo sentido.

DÉCIMO: Que esa consideración del derecho a la vida es, precisamente, la que ha motivado las variadas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que han forzado transfusiones sanguíneas a menores de edad, cuando por razones religiosas sus padres se oponían a ellas; o que han forzado la alimentación de huelguistas de hambre.

UNDÉCIMO: Que parecen encontrarse razonablemente justificadas esas decisiones estatales (jurisprudenciales) que han forzado tratamientos médicos, en todos los casos en que esas actuaciones profesionales no suponen un atentado grave a la calidad de vida del paciente, y al mismo tiempo, garantizan,

al menos en un grado estadístico alto, la recuperación de la salud del mismo; y resultan, a juicio de esta Corte, especialmente justificadas cuando se refieren a menores de edad y a la oposición a tratamientos curativos fundada en razones religiosas de sus padres. Esas razones religiosas, objeto de una decisión de adhesión libre, informada y voluntaria, y que resultan constitucionalmente merecedoras de respeto y protección estatal, no pueden sin embargo determinar la muerte o el riesgo de ella para quien no ha consentido madura y responsablemente en esa adhesión religiosa, como ocurre con los niños. Asimismo, resultan particularmente justificadas las decisiones relativas a huelguistas de hambre cuando el Estado tiene sobre sus espaldas un especial deber de cuidado respecto de la salud y vida de ciertas personas, como ocurre con aquellas que se encuentran privadas de libertad por condenas judiciales.

DUODÉCIMO: Que, sin embargo, como el difícil y delicado caso del menor Gómez Noa lo pone particularmente de relieve, el derecho a la vida no puede entenderse pura y simplemente como la mera continuación de las funciones biológicas. En este sentido, se ha sostenido que ¿el derecho a la vida (?) no se limita al derecho a conservar la vida biológica (?) sino que se extiende al derecho a elegir la vida que cada cual desea llevar, a escoger los valores que le darán sentido, al esfuerzo por desarrollarse en la búsqueda de esos valores, a vivir la vida escogida, e incluso, el derecho a morir por esos valores, derecho del que es titular cada persona? Así, el derecho a la vida ¿además de abarcar el derecho a conservar la vida biológica, engloba el derecho a `hacer la vida?? (Figuroa Yáñez, Estudios de Derecho Civil 2007, p. 32). En buenas cuentas, el derecho a la vida constitucionalmente garantizado supone, primero y obviamente, el derecho a que no se nos prive de nuestra continuidad biológica, pero además, implica el derecho a decidir los parámetros con los cuales viviremos nuestra existencia física y espiritual. Del artículo 19 N° 1º de la Constitución no se sigue, entonces, la existencia de un

deber de vivir (en el sentido primario de conservar ciertas funciones biológicas) a todo evento, a cualquier costo y bajo cualesquiera condiciones, si ello supone una radical vulneración de la autonomía individual, y particularmente, de la dignidad intrínseca de la persona humana. Menos, desde luego, que el Estado tenga siempre y en todo caso la tarea de imponer coactivamente ese deber, especialmente teniendo a la vista el contenido del inciso tercero del artículo primero de la carta fundamental: ¿El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece?

DECIMOTERCERO: Que en el caso concreto del menor Gómez Nova la juez de primer grado ha dispuesto la práctica imperativa de la amputación testicular y de una nueva quimioterapia, a pesar de que la medida de protección solicitaba ¿ubicar? a la madre, con el propósito de ¿dar la opción a este menor de tratarse?; y lo hizo entendiendo que ello constituía su deber atentos los términos en que la Ley de Familia encarga a los Tribunales la protección de la vida y la integridad del niño, interpretando esa exigencia como imperando esa protección ¿en toda circunstancia, sin exclusión, reserva ni excepción? A juicio de esta Corte, tal decisión excede el marco atributivo del Juez de Familia, en base a las consideraciones que siguen.

DECIMOCUARTO: Que, en primer término, no se tuvo en cuenta la opinión del menor. Es completamente cierto que la autonomía individual no se reconoce plenamente por el ordenamiento jurídico nacional sino hasta los dieciocho años, y que por lo mismo esa opinión nunca podrá considerarse definitivamente determinante. Pero la ley reconoce que el proceso de formación

de la conciencia humana es gradual, y por lo mismo exige que la opinión del menor sea objeto de consideración judicial, a la luz de su edad y de sus capacidades intelectuales concretas. Teniendo el niño Gómez Noa once años de edad, y habiendo vivido antes la experiencia de un tratamiento de quimioterapia, estima esta Corte que, aunque fuera nada más que para una mejor ilustración, debió consultarse su parecer. Así lo dispone, desde luego, el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (ley chilena en virtud del decreto 830 RR.EE. de fecha 27 de septiembre de 1990) que establece que

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. Así lo establece, asimismo, el artículo 16 Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia: Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento. Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad?

DECIMOQUINTO: Que, en segundo término, no puede una decisión judicial interferir en la relación médico-paciente, forzando un tratamiento de la

gravedad que tiene el que se propone al menor de autos, cuando las probabilidades de sanación que ese tratamiento ofrece son tan mínimas que resulta imposible a la ciencia médica afirmarlas, llegando sólo a aventurar que puede esperarse un 40% de posibilidades de sobrevivida, en los términos que se han explicado antes, esto es, de expectativas de estar vivo al cabo de un lapso predeterminado de tiempo. Como se argumentó antes, la acción coactiva del Estado puede justificarse bien cuando la negativa al tratamiento médico de un menor reúna las siguientes características: Que se trate de una enfermedad o condición positivamente curable, o con porcentajes estadísticos altos de probabilidad de curación; y que se trate de acciones médicas cuya práctica no suponga un deterioro físico o psíquico del paciente que afecte su esencial dignidad como persona, o que afecte de un modo intolerable su calidad de vida. Si se dan esas circunstancias respecto de un menor de edad, y sus padres niegan el tratamiento, esa negativa no parecerá razonable, y entonces sí cabe el deber de intervención estatal para salvaguardar la vida del niño o niña. En todos los casos, en cambio, en que no se reúnan esas condiciones, el Estado debe retroceder, y dejar que sea la familia, con la información suficiente aportada en el contexto de la relación médico-paciente, la que adopte la decisión que mejor se acomoda a su sistema de creencias, a sus experiencias previas, a sus valores, a su percepción de lo que sea una vida que vale la pena vivirse, a su entendimiento de lo que sea lo mejor para su derecho a ¿hacer la vida?

DECIMOSEXTO: Que, en este sentido, resulta bastante claro para esta Corte que la situación de Robynson Gómez Noa, en que ya existió un tratamiento previo que provocó graves desajustes físicos y psíquicos, y que fracasó, al recidivar la enfermedad, esta vez con mayor malignidad, al haberse desarrollado un tumor o cáncer testicular, se enmarca dentro de aquellos casos en que el Estado no puede, ni moral ni jurídicamente, imponer un tratamiento

médico que tiene esos costos y tan poca garantía de efectividad. En esas circunstancias, es el menor, y sobre todo sus padres, los que tienen el derecho de decidir la forma en que transcurrirán los días de vida que le queden, y aunque suene duro escribirlo, la forma en que morirá. En esa suprema y última intimidad el Estado no debe inmiscuirse con el uso de la fuerza.

DECIMOSÉPTIMO: Que, en cambio, en un caso como este el Estado sí puede acoger la protección en los términos solicitados por la médico tratante, es decir, en los términos de garantizar que el menor tenga efectivamente la opción de recibir el tratamiento que la ciencia médica recomienda. Como la madre ya se encuentra ubicable, resta cerciorarse que cuenta con toda la información médica que le permita tomar la que considere la mejor decisión a favor de los intereses superiores del niño que tiene biológica y legalmente a su cargo. Adicionalmente, parece a esta Corte que la madre debe tener claridad acerca de que, pese a su rechazo inicial, puede, vistas las circunstancias, decidir aceptar la opción ofrecida por el Hospital Base de Valdivia, siempre que médicamente ello sea aún aconsejable; y que en cualquier caso, dispondrá siempre de terapias paliativas del dolor.

En mérito de lo considerado, disposiciones constitucionales y legales citadas, y visto, además, lo dispuesto en el artículo 67 y siguientes de la Ley N° 19.968, se declara:

QUE SE REVOCA la sentencia apelada de fecha siete de abril de dos mil nueve del Juzgado de Familia de Valdivia, que resolviendo una medida de protección, dispuso que debe practicarse al niño Robynson Leonardo Gómez Noa, el tratamiento que la ciencia médica aconseje para salvaguardar su vida; y en su lugar se resuelve:

QUE SE ACOGE la medida de protección solicitada, en el sentido que:

a) El Tribunal de Familia de Valdivia adoptará las medidas que juzgue necesarias para verificar que la madre del menor reciba de parte del Hospital Base de Valdivia toda la información relevante a efectos de que adopte su decisión, **decisión que, previa audiencia del menor**, comunicará al mismo Hospital o al médico tratante, y se cerciorará de que esa decisión sea formalizada de acuerdo con los procedimientos hospitalarios en uso.

b) El Tribunal de Familia de Valdivia dispondrá las medidas que juzgue convenientes para que la madre del menor sepa con claridad, de parte del Hospital Base de Valdivia, cuáles son los tiempos y condiciones en que puede retractarse de una negativa inicial a recibir el tratamiento propuesto para su hijo; y que en cualquier caso, podrá acceder siempre a terapias paliativas del dolor.

Redacción del Abogado Integrante señor Juan Andrés Varas Braun.

Regístrese y comuníquese.

RoI Nº 103-2009 FAM.

Pronunciada por la **SEGUNDA SALA**, por el Ministro Sr. DARÍO I. CARRETTA NAVEA, la Fiscal Judicial Sra. LORETO CODDOU BRAGA, Abogado Integrante Sr. JUAN ANDRÉS VARAS BRAUN. Autoriza la Secretaria Sra. ANA MARÍA LEÓN ESPEJO.

Valdivia, catorce de mayo de dos mil nueve notifiqué por el **ESTADO DIARIO** la resolución precedente.

Certifico: Que con esta fecha se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 162 del Código de Procedimiento Civil. **Valdivia**, 14 de mayo de 2009.