



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado

**ORDEN PÚBLICO FAMILIAR Y SU RELACIÓN CON LOS ASPECTOS
SUSTANTIVOS DE LA RELACIÓN FILIAL PERSONAL**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autor: RODRIGO AGUSTÍN ALDUNATE ROMERO

Profesora Guía: Claudia Schmidt Hott

Santiago, Chile

2006

Con mucho cariño, para Gonzalo y mi madre.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	1
INTRODUCCIÓN	2
CAPÍTULO I	
ORDEN PÚBLICO FAMILIAR	7
1. Introducción al tema	7
2. Noción doctrinaria	10
2.1.Orden público – consecuencias	13
2.2.Orden público – contenido específico	15
2.3.Orden público –fin social	16
2.4.Orden público – noción personalista	17
CAPÍTULO II	
TRATADOS INTERNACIONALES Y DERECHOS	
FUNDAMENTALES	22
1. Ubicación Sistemática de los Tratados Internacionales en el ordenamiento jurídico nacional	22
CAPÍTULO III	
ORDEN PÚBLICO FAMILIAR	31
1. Conceptualización	31
2. Contenido	32
2.1.Interés Superior del Niño	34
2.1.1. Abstracto e Indeterminado	36
2.1.2. Determinado – estatuto sustituto	38
2.1.3. Determinado – estatuto complementario	42
2.2. Derecho del niño a ser oído	46
2.3. Igualdad	49
2.4. Derechos Fundamentales y Dignidad	51

CAPÍTULO IV

ORDEN PÚBLICO FAMILIAR Y SU RELACIÓN

CON LOS ASPECTOS SUSTANTIVOS DE LA RELACIÓN

FILIAL PERSONAL	56
1. Introducción	56
2. De la relación Filial Personal	58
2.1. Deberes de los Hijos respecto de sus progenitores y eventualmente respecto de sus ascendientes	62
2.1.1. Respeto y Obediencia	62
2.1.2. Cuidado y Socorro	63
2.2. Deberes de los progenitores y eventualmente de los ascendientes respecto de los hijos o descendientes respectivamente	64
2.2.1. Cuidado personal de la crianza	64
2.2.2. Cuidado personal de la educación	69
2.2.3. Deber de establecimiento	72
2.3. Derechos – Funciones de los progenitores respecto de sus hijos	76
2.3.1. Derecho - Función de la dirección de la educación	76
2.3.2. Facultad de Corregir a los hijos	78
2.3.3. Tuición o cuidado personal de los hijos	80
2.3.3.1. Atribución legal	81
2.3.3.2. Atribución convencional	84
2.3.3.3. Atribución judicial	86
2.3.4. Relación Directa y Regular	92
CONCLUSIONES	100
BIBLIOGRAFÍA	107

RESUMEN

En adelante se propone una mirada crítica respecto a los aspectos sustantivos de la relación filial personal, pasando revista sobre los principios y normas fundamentales de Derecho de Familia.

Identificaremos los Derechos Fundamentales consagrados en la Constitución y convenciones internacionales pertinentes, reconociendo luego una posición sistemática de todos ellos con el tratamiento que el legislador ha seguido en lo relativo a la relación filial personal, todo lo cual se observa desde la perspectiva del orden público familiar determinado en atención a los derechos y principios señalados.

INTRODUCCIÓN

Al buscar información relativa al Derecho de Familia, en particular, al orden público familiar, saltan a la vista algunas cuestiones que reflejan la situación actual. Parece claro que no existe, al menos en la doctrina nacional, un esfuerzo sistemático en torno a la materia; se trata de un sinnúmero de exposiciones que de manera aislada tratan tópicos particulares, con una probabilidad cierta de encontrarse desactualizados, pues, en un orden de cosas carente de organización y dedicación permanente, la actualidad de las exposiciones es improbable y como consecuencia de esto, la incertidumbre imperante, especialmente en el ámbito judicial.

En aquellos casos en que autores han tratado el tema relativo al Derecho de Familia, con un esfuerzo de integración armónica entre el material doctrinario recogido, sus normas y principios, éste se ha vuelto insuficiente; representa el esfuerzo de unos pocos, que no es capaz de llenar el enorme vacío que al respecto reina en nuestro medio.

Se trata de un tema de tal envergadura, que su universalidad no admite cuestionamientos; una universalidad actual, no sólo eventual; involucra a todos los destinatarios del ordenamiento jurídico y los alcanza de forma tal que compromete su existencia más allá de la individualidad que los caracteriza; su estructura social depende de aquél.

El constituyente conciente de lo anterior, en el artículo 1 de la Constitución Política de la República, integrante de las bases de la institucionalidad, ubica a la familia como el núcleo central de la sociedad.

No obstante, una sola mirada a la legislación vigente, refleja al menos dos situaciones de singular importancia, quizás consecuencia de la crisis doctrinal ya esbozada:

- déficit conceptual extendido a lo largo de gran parte de la legislación pertinente. Esto trae consigo la existencia de un cúmulo normativo desorganizado y contradictorio que no es posible recoger en armonía, sino a través de un esfuerzo intelectual llevado al extremo, con el que pocos se han comprometido; e

- inexistencia de un conjunto identificable de normas integrantes de un Derecho de Familia estructurado. Coexisten numerosas leyes vigentes en un mismo tiempo y espacio que no dan lugar para hablar de un Derecho de Familia condescendiente con el valor normativo y estructural que hace un par de párrafos se reconoció. Se trata de una suma de normas acomodables, que bajo interpretación, pueden relacionarse, de manera más o menos directa, con dicha rama, quedando este tema entregado a la interpretación que de esas normas pueda hacerse, generándose el problema relacionado con la certidumbre, según habíamos señalando; la seguridad jurídica queda en duda, en manos de jueces y abogados que, como se ha comprobado, carecen de los medios e instancias suficientes para abarcarlo en su plenitud. En los peores casos, incluso carecen de la intención.

El propósito de esta memoria, es enfrentar de manera más o menos sistemática las inconsistencias que se producen como consecuencia de lo señalado anteriormente. Con dicho objeto, se pensará el Derecho de Familia desde una perspectiva que hasta ahora no ha sido enfrentada. Un punto de vista fundado en sus principios subyacentes, pasando revista sobre las normas jurídicas vigentes en la materia, de manera tal de extrapolar una idea coherente con el resto del sistema acerca del orden que rige sobre la materia; el Orden Público Familiar.

Es preciso señalar que dicho orden será concebido ya no sólo como un límite al libre ejercicio de la autonomía de la voluntad, la cual, no cabe dudas, debe sujetarse a éste, sino también desde la perspectiva integracional que se puede obtener y en este sentido como límite plausible al ejercicio de actividades

estatales. En esa perspectiva, se estudiarán, de acuerdo a las convicciones alcanzadas en el andar de esta obra, del material disponible y sobre la base del taller que le dio fuerza, las instituciones concernientes a la relación filial personal, pasando por aquellas que establecen principios rectores sobre la misma, hasta las que con una aparente simplitud, (des)materializan aquellos principios, tales como el artículo 228 del Código Civil que establece un derecho a la persona que no siendo padre del hijo de su cónyuge, para negar la convivencia de éstos últimos.

Asimismo, se pensarán las normas y principios subyacentes al ordenamiento jurídico a la luz de una noción que con el tiempo se ha ido consagrando en el Derecho Civil, cual es, la corriente personalista expuesta por el profesor Fernández Sessarego, quien la ha planteado como *aquella que considera a la persona como el bien o valor supremo del derecho y reconoce su rol central de protagonista del quehacer jurídico*. En palabras del mismo autor, esta corriente deja atrás, la *visión patrimonialista e individualista*¹ del Derecho, que hasta entonces ha predominado en el pensamiento científico jurídico. Este último punto es de vital importancia para el desarrollo del proyecto que me propongo, toda vez que se erige como el sustento doctrinal del pensamiento inspirador de esta obra.

No se trata tan solo del Derecho de Familia en particular, como si fuera posible aislar a éste del resto de las ramas que forman nuestro Derecho; se trata por el contrario, de un ejercicio de integración, en el que se relacionan el Derecho como un todo y el Derecho de Familia como un subconjunto que no es independiente a aquél; todo esto desde la perspectiva de las personas, los niños y los padres, la relación entre los mismos y en general los vínculos jurídico-familiares que alrededor de aquellos se van desarrollando.

¹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. Introducción a la Teoría del Derecho, "Derecho y Persona", cuarta edición, Abril del 2001, Pág. 111. Por su parte, el autor, catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Zaragoza de España, don Carlos Martínez Aguirre, entiende esta corriente como la *despatrimonialización del Derecho Civil*, señalando al respecto que ha de entenderse por este fenómeno, *"la subordinación teleológica de las instituciones y valores patrimoniales a los personales"*. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. "El Derecho Civil a finales del siglo XX", Editorial Tecnos, 1991, Págs. 151 y152.

Por lo señalado anteriormente, es que puede decirse que el punto de partida y final de esta memoria serán los Derechos Fundamentales, consagrados tanto en la Constitución como en los tratados internacionales que a partir de aquella tienen vigencia en nuestro ordenamiento jurídico.

Los principios y derechos que se les han reconocido a los niños y la familia en general, no serán ya mirados desde una perspectiva abstracta y teórica sino que, por el contrario, serán siempre enfocados desde el punto de vista objetivo y sustantivo del que arrancan, llevándolos a su aplicación en el caso concreto.

Luego, se pondrá énfasis en la noción, concepto y evolución que se ha hecho respecto del principio del “interés superior del niño”, rector de la legislación de familia y quizás uno de los más claros ejemplos de esta nueva forma de pensar el Derecho, pudiéndose predicar a su respecto, un grado importante de precisión de contenido y con esto evitar que el arbitrio de intervinientes judiciales y políticos de estancado desarrollo doctrinario, lo interpreten de acuerdo a las conveniencias atinentes a sus necesidades.

Además, se busca que a la luz del orden público concebido, se entienda un Derecho de Familia en que la autonomía es ejercida de manera tal que sea justificable y coherente con el resto del ordenamiento. Luego, no se trataría de una noción intrínsecamente limitante, pues a la luz de dicho reconocimiento, en cuanto límite, tiene también una función integradora, comprensiva y autosuficiente.

Con objeto de dar curso al proyecto esbozado, realizaré, un examen de constitucionalidad en las materias relativas, ya sea que éstas se encuentren materialmente contenidas en la Constitución o bien que a partir del artículo 5 inciso segundo de la misma, sean asimilables. Dicho examen comprenderá no solo un estudio pormenorizado de normas sino que, principalmente, se tratará de un pronunciamiento respecto a la forma en que, en mi opinión, deben entenderse estos derechos y cómo se relacionan con el resto del ordenamiento jurídico.

CAPÍTULO I

ORDEN PÚBLICO

1. Introducción al tema

Ha sido un tema de discusión permanente la cuestión acerca de las características particulares de tal o cual rama del Derecho para su posterior calificación como Derecho Público o Privado; previamente se ha pretendido la identificación de los caracteres que descansan detrás de estos conceptos de manera tal de poder diferenciarlos.

En el presente capítulo, esbozaré un argumento que tiene por objeto reafirmar lo que viene siendo una tendencia mas o menos aceptada en la dogmática jurídica moderna, referente a la eliminación de la distinción, al menos categórica, entre Derecho Público y Privado y luego, con los presupuestos y consecuencias que supone tal circunstancia, darle un sentido distinto al que hasta ahora se ha formulado para la expresión "Orden Público".

De acuerdo a lo expuesto por la mayoría de los autores que trataron el tema, esencialmente, aunque con diferentes especificaciones, la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado descansa sobre la idea del interés que subyace a las normas. En efecto, se ha señalado que serían normas pertenecientes al Derecho Público, aquellas en las que se observa un interés, al menos preferentemente, colectivo y por el contrario, normas de Derecho Privado, aquellas en las que predomina un interés particular. Sin embargo, es de consenso señalar que las normas que tienen por objeto la protección, resguardo, promoción, o cualquier otro objeto de un interés que se vincula a una relación jurídica particular, o bien a un sujeto particular, tienen a su vez, un sentido colectivo, en el

entendido que el respeto, la efectividad y la existencia de esas normas preocupan y protegen no solo a su *destinatarios efectivos*, sino que además, al resto de la colectividad como *destinatarios eventuales* o bien, como miembros de la sociedad sobre la cual recae la imperatividad del ordenamiento jurídico al que pertenecen esas normas, de manera tal que, aunque sea indirectamente, existe un interés general comprometido. Igual conclusión cabe respecto de las normas que protegen directamente intereses generales, toda vez que los miembros de la comunidad sobre las que recaen, son destinatarios *eventuales directos* de las mismas y *efectivos indirectos*, pues pesa sobre ellas el mismo compromiso de institucionalidad antes dicho.

Luego, no tendría mayor sentido la distinción entre una y otra clase de normas, considerando que concurren en ambas intereses generales y particulares de manera conjunta, no existen razones que justifiquen tal diferenciación. Por el contrario, en dicho orden de cosas, parece conveniente mirar al Derecho como una integridad, susceptible de caracterizaciones, calificaciones y distinciones, todas ellas útiles para su entendimiento, pero que ven al mismo como un todo sistemático, en el cual las normas, con independencia de su objeto o ámbito de aplicación, gozan de imperio. No sería conveniente formular calificaciones que tengan por objeto relativizar la importancia de alguna norma en atención a factores tales como la sustituibilidad² de la misma por la autonomía de la voluntad, ni menos a circunstancias tales como su origen o ubicación sistemática en el ordenamiento jurídico al que pertenecen. Dicha imperatividad, se funda en el

² En efecto, tal como sucede respecto a los Derechos Fundamentales en conflicto, no es dable sostener que existen unos derechos más importantes que otros o, bien, si se quiere, que tengan un carácter jerárquico superior. Cuando dos o más Derechos Fundamentales colisionan, el conflicto debe resolverse de acuerdo a criterios de ponderación, teniendo en cuenta que todos ellos forman parte del ordenamiento jurídico y en consecuencia, gozan de imperatividad para el caso concreto. Dicha ponderación debe realizarse de acuerdo a las circunstancias particulares del caso y el resultado que se obtenga, va a depender de tales circunstancias. De lo contrario se estaría desconociendo la vigencia normativa de alguno de ellos. Así mismo, para el caso de las normas de Derecho, cuyo objeto esté dado por un interés particular, la circunstancia de ser éstas sustituibles por la autonomía de la voluntad, no importa su derogación; no se trata de "*unas u otras*", sino que por el contrario, se trata de una sustitución, que se justifica en las circunstancias; para el caso concreto, es posible que se sustituya a esa norma la voluntad del agente, situación contemplada y permitida por el legislador, lo cual en ningún caso importa la derogación de la norma, ésta permanece vigente aunque no reciba aplicación.

compromiso social que existe sobre ciertos intereses y principios fundamentales a los que la sociedad en particular adscribe. Compromiso que luego de largos e inmemoriales procesos, gozan hoy de un reconocimiento consensuado, de manera tal que materializan parte de la institucionalidad constitutiva en el núcleo fundamental de nuestro ordenamiento, tanto jurídico como social y que, al menos en principio, pareciera reflejarse en los Derechos Fundamentales³.

Por lo general, cuando se habla de orden público, me parece se ha cometido, de manera más o menos reiterada, el error de caracterizarlo de acuerdo a sus consecuencias, pretendiendo identificársele con las mismas. Se confunde al Orden Público con Derecho Público; detrás de ciertas normas existiría un interés colectivo preponderante y en consecuencia forman parte del Derecho Público haciéndose inderogables a la autonomía de la voluntad. Ese último parece ser el objeto que se busca con tal identificación. Llevándolo al extremo, en algunos casos, se ha otorgado a cierto tipo de normas, por orden expresa del legislador, el estatus jurídico de norma perteneciente al orden público, con el objeto de protegerla y así dotarla de las consecuencias jurídicas que surgirían de ese solo reconocimiento. Sin embargo, dichas consecuencias no han de ser artificiosas, ni producto de la decisión eventual de una simple mayoría parlamentaria, sino que el fruto de un problema de carácter sustantivo que importa el tema en cuestión.

En efecto, el orden público, lejos de ser un estatuto especial del que gozan cierto tipo de normas, es un concepto de carácter descriptivo y sustantivo. Es *descriptivo* en cuanto depende, en su contenido, del contexto institucional con que se le

³ Para efectos de esta memoria voy a entender los Derechos Fundamentales queriendo destacar *por una parte, el carácter perentorio, inviolable e irrenunciable de los mismos, y por la otra, que solo algunos de los derechos de las personas, precisamente aquellos que tienen la propiedad de ser fundamentales forman parte de esta clase de derechos.* De lo anterior se obtienen al menos dos consecuencias esenciales para el entendimiento de este trabajo; en primer lugar, que con la expresión “Derechos Fundamentales” me estoy refiriendo a un conjunto determinado e identificable de derechos y no a una noción subjetiva y abstracta y, en segundo lugar, es posible y necesario distinguir entre esta clase de derechos y aquellos que no tienen el carácter de fundamental, como así mismo de los principios subyacentes a los mismos, de manera tal de precisar su ámbito de aplicación. Este concepto de Derechos Fundamentales se encuentra tratado En: SQUELLA NARDUCCI, A. “Introducción al Derecho”, Editorial Jurídica de Chile, Marzo 2000, Pág. 158.

relacione y *sustantivo*, toda vez que alcanza sentido en relación a ese contenido. No se trata de que tales o cuales normas sean de orden público o privado, sino que algunas de ellas protegen de manera directa los principios que han sido expresamente reconocidos o bien, subyacen a un ordenamiento jurídico en particular, mientras que otras, lo hacen de manera indirecta. Como se dijo, la imperatividad de las normas es permanente y su sustituibilidad por la autonomía de la voluntad, se determina no en atención a si han sido aquellas calificadas como normas de orden público por el legislador, sino que en atención a si es que con dicha sustitución, se infringen o no los principios que la sustentan y que en definitiva constituyen el orden público.

2. Noción doctrinaria

Por lo dicho hasta ahora, queda de manifiesta la dificultad con que se enfrenta la doctrina en la búsqueda de un concepto de consenso en el tema que nos aboca. Al respecto, se ha observado una evolución paulatina en torno a lo que se entiende por Orden Público, principalmente a la luz de lo expuesto por autores relacionados con el Derecho Económico. Sin embargo, es en el ámbito del Derecho Civil donde más dificultades o contradicciones pueden encontrarse a propósito de la expresión en comento, pues es ahí, donde se ha realizado de manera más profunda una revisión y búsqueda de los principios característicos de la rama, siendo en consecuencia, numerosos los pasajes de discusión doctrinaria donde unos quedan excluidos y otros integrados. Así para unos formará parte del orden público en materia de Derecho Civil, el principio según el cual nadie puede aprovecharse de su propio dolo; sin embargo para otros, dicha afirmación quedará comprendida en el principio general de la buena fe, de manera tal que será materialización y no fundamento del orden público de que se trata.

Para efectos de comentar las diferentes formas en que se ha enfrentado y entendido el problema, en lo que sigue, voy a realizar un análisis fundado de lo

propuesto por diferentes autores que trataron el tema, en consideración a tres elementos o caracteres fundamentales que, a juicio del autor, descansan inexorablemente detrás de la expresión orden público, a saber:

A.- General; quiere decirse con esto que el orden público alcanza a todas las normas existentes en el ordenamiento jurídico del que forma parte, ya sea un acto jurídico cuyo origen se encuentra en la manifestación de voluntad de una persona natural o bien respecto de la vigencia y constitucionalidad de la ley⁴ ; además, quiere decirse, que el orden público es vinculante respecto de todas las áreas del Derecho, sin ser procedente la exclusión de alguna de ellas en atención a su contenido específico;

B.- Sustantivo; toda vez que el orden público, es la expresión material del contenido fundamental que subyace al ordenamiento jurídico en general. Es necesario agregar a esta característica el hecho de tratarse de un concepto que no obstante ser sustantivo, es asimismo de carácter *indeterminado en cuanto a su contenido*, el que se relaciona y condiciona a un lugar y momento determinado; depende de su contexto según pasamos a ver en la letra que sigue;

C.- Descriptivo; el orden público no es, como se ha pretendido por algunos autores, un concepto que esté dotado de un contenido específico-permanente. Es por el contrario, el reflejo de una situación pre-existente, que en buenas cuentas, queda resumida en dicha expresión. Es preciso señalar que el argumento de este trabajo puede resumirse a propósito de esta característica; la expresión en comento, no se refiere a un conjunto de normas en particular; detrás de dicha expresión se encuentra reflejado el Estado Constitucional de Derecho ya

⁴ Es necesario hacer presente que con respecto a la normas de carácter constitucional, existen dos situaciones distintas dependiendo de su naturaleza. Es nota característica de nuestra Constitución Política, la abundancia de normas; algunas de ellas tiene que ver incluso con aspectos procedimentales. Luego, el orden público es vinculante solo respecto de aquellas normas que, mediante un ejercicio de interpretación, pueden entenderse justificadas y fundamentadas en el mismo. En cambio, respecto a las normas que sustentan y dan forma al orden público, no se puede predicar una supeditación al mismo toda vez que, con la modificación de aquellas, éste cambia en su contenido.

constituido y en consecuencia, su contenido y cometido se determina en atención al reconocimiento de un orden de cosas cuyo establecimiento se encuentra fundamentalmente en la Constitución, en particular en el capítulo referido a los Derechos Fundamentales, descartándose con esto, ulteriores interpretaciones carentes de utilidad práctica que se pretenden a propósito de la textura abierta que lo caracteriza a este concepto; como se dijo, el orden público tiene contenido; un contenido concreto, se refleja en los Derechos Fundamentales, pero bien, como aquellos, puede variar.

A continuación voy a exponer las que, a mi juicio, constituyen las principales formas en que se ha entendido el Orden Público, tanto en Derecho Comparado como en Derecho Nacional.

2.1. Orden público - consecuencias

Algunos autores lo han entendido en función de sus consecuencias. En efecto y según se advirtió más arriba, han habido casos en que, incluso, es el legislador quien, a través de una decisión de carácter político, otorga a cierto tipo de normas el carácter de orden público⁵. Lo que se pretende con estas calificaciones, es asegurar la indisponibilidad de las mismas. Sin embargo, como se señaló al inicio de este capítulo, dicho carácter, no es una propiedad artificial que quede al arbitrio del grupo parlamentario de turno, sino que, por el contrario, el orden público es la institucionalidad misma, a la que dicho cuerpo debe por su parte sujetarse, en lo que respecta a su ámbito normativo, en igualdad de condiciones que cualquier otro destinatario del ordenamiento jurídico; el orden público, como concepto de carácter general, sustantivo y descriptivo, tiene vigencia no solo respecto de los

⁵ El Código Civil Mexicano señala en su Art. 138 Ter que, *“las disposiciones que se refieren a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basado en el respeto a la dignidad”*. En: Congreso Internacional de Derecho de Familia, “El Orden Público en el Derecho Familiar Mexicano”, GÜITRON, J., Universidad Autónoma de Mexico; Instituto de Investigaciones Jurídicas, 22,23 y 24 de Noviembre de 2005.

contratantes o particulares, sino también sobre todos los cuerpos de autoridad, intermedios o privados, que actúen en el ordenamiento jurídico en que dicho orden se materializa.

Luego y así entendido el orden público, se le está confundiendo con sus efectos o consecuencias normativas. Que tal o cual norma tenga el carácter de indisponible no quiere decir que sea entonces, por ese solo hecho, parte del orden público del Derecho en que se encuentra. Dicha situación es perfectamente posible, sin embargo, no es necesaria⁶. No obstante que la sustituibilidad de la norma signifique en un caso determinado infracción al orden público, ese antecedente no es razón suficiente para estimar que la norma particular forme, de manera directa, parte de dicho orden. Así, en una relación contractual cualquiera, no obstante su autonomía, las personas deben velar por el Estado Constitucional de Derecho, fundado en el reconocimiento y respeto de las normas y reglas pertinentes a dicha relación, que se encuentran establecidas con carácter vinculante - o no - respecto del negocio de que se trate. La infracción de dichas normas, como infracción de las *reglas del juego*, importa a su vez, infracción al Orden Público, no obstante algunas de ellas puedan ser sustituidas por las partes de acuerdo a su voluntad. Esta facultad, siendo posible, debe ejercitarse de acuerdo a las circunstancias y

⁶ La sustituibilidad de una norma, no puede entenderse como un factor concluyente a la hora de analizar si forma parte o no del orden público correspondiente al ordenamiento jurídico en que se encuentra. Son numerosos ejemplos en los que encontramos normas de carácter insustituible a la autonomía de la voluntad y que, sin embargo, son materialización y no fundamento del orden público en que se justifican. Es el caso del inciso 1, artículo 229 del Código Civil chileno que, en términos imperativos, establece: "El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo no será privado del derecho ni quedará exento del deber, que consiste en mantener con él una relación directa y regular, la que ejercerá con la frecuencia y libertad acordada con quien lo tiene a su cargo, o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo". Expresamente manifiesta el legislador su intención en cuanto a determinar que, para el caso, se trata de un deber y no sólo de un derecho para los padres el mantener una relación directa y regular con los hijos que no compartan domicilio con aquellos. Eventualmente podrán establecerse acuerdos en cuanto a "la frecuencia o libertad con que se ejerza" el deber comentado, sin embargo, no respecto de la existencia del mismo. Es imperativo e insoslayable para los progenitores mantener dicha relación. Ahora bien, esta norma, insustituible a la autonomía de la voluntad, es expresión o materialización de otra(s) normas, que como veremos, son, ahora sí, fundamento del orden público familiar al que se circunscribe el artículo en comento, especialmente aquellas referidas al interés superior del niño, principio rector de la normativa familiar. Al respecto, ver: VELOSO V. PAULINA, Principios Fundamentales que inspiran el nuevo estatuto de filiación. En: El Nuevo Estatuto de Filiación en el Código Civil Chileno, Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Seminario año 1998, Pág. 29.

procedimientos normativos vigentes. La infracción a las mismas, no obstante, tratarse de normas en principio sustituibles, es infracción al orden público que las comprende.

2.2. Orden público - contenido específico

Otros autores, como se cita en seguida, han visto al orden público, como una institución de carácter general y sustantivo - ambas propiedades compartidas en este trabajo; sin embargo, desconocen su carácter descriptivo.

Se pretende la elaboración de un concepto de orden público de contenido específico, determinado por el autor con carácter permanente.

Un ejemplo de esta noción, lo encontramos a la luz de lo expuesto por el profesor Lira Urquieta, quien al hablarnos del orden público a propósito de la licitud de los contratos, señala que *“dentro de la ideología de Bello, el orden público señalado en el código civil chileno no puede ser otro que el régimen republicano y autoritario consagrado en la Constitución Política de 1833 (...)”* señalando luego que esta noción *“sirve de llave a los tribunales para dar paso a una moralización de los contratos”*⁷. No obstante coincidir con el autor en la consideración que hace respecto del orden público establecido por Bello, me parece pertinente, reparar que a lo dicho, debe agregársele, que el contenido de dicho concepto tiene vigencia en un espacio de tiempo limitado asimismo a la vigencia de los principios normativos que sustentan el régimen autoritario al que el autor se refiere. No habiéndose referido Bello a este punto, parece ser la interpretación correcta aquella que exige la compatibilidad de contenido del orden público con las modificaciones y cambios que experimente el ordenamiento en que se encuentra. Luego, para que esto sea posible, es preciso que la noción de orden público esté en condiciones de adaptarse, limitándose en consecuencia la posibilidad de

⁷ LIRA URQUIETA, P. “El Código Civil Chileno y su época”, Editorial jurídica de Chile, 1956, Pág. 22 y 23.

establecer un contenido específico para el mismo. Hoy día, no siendo necesario señalar los cambios que han dado origen al nuevo régimen, está fuera de dudas que no se puede entender el régimen republicano en Chile en los mismos términos que se entendía en la época de la codificación y, sin embargo, el concepto de orden público permanece vigente; su contenido, sin dudas, es otro.

2.3. Orden público - fin social

En algunos fallos de la Corte de Apelaciones, encontramos una noción de orden público que resulta particularmente extraña a la luz de las consideraciones tenidas hasta ahora. En fallo de 6 de Septiembre de 1941, señaló la Corte de Apelaciones de Santiago, que orden público *“es el justo y armónico mantenimiento de las instituciones permanentes del Estado y de las leyes que organizan y reglamentan con el fin de promover el mejor bien de la sociedad y de la familia”*⁸. Luego en otro fallo de 11 de Julio de 1946, la misma Corte, entiende por orden público *“la organización considerada como necesaria para el buen funcionamiento de la sociedad”*⁹. Finalmente, en sentencia del 11 de Agosto de 1953, la Corte de Apelaciones mira al orden público como *“la situación o estado de legitimidad moral y de armonía dentro del conjunto social, que permite el respeto y garantía de los derechos esenciales de los ciudadanos”*¹⁰.

Es importante el grado de coincidencia que hay detrás de todas estas interpretaciones de orden público en cuanto a la asignación de un objeto específico al mismo. Dicho objeto se encontraría principalmente constituido por la promoción del orden social en atención a principios relacionados con el bien común. No obstante ser un fin absolutamente conveniente, se le está asignando al orden público un rol que escapa al ámbito que de acuerdo a lo que es, le corresponde. En efecto y como se ha dicho reiteradamente, el orden público no

⁸Consultado En: NUÑEZ, P. y OTROS, “Materiales de Clases sobre El Orden Público Económico”, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1999, Pág. 11.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

es un medio para la consecución de fines específicos de carácter político. En su carácter reflejo, el orden público representa la suma de los intereses consagrados al más alto nivel normativo en la institucionalidad en que se le identifique y, como tal, sirve de guía interpretativa ante situaciones en que fuera necesario resguardar dichos principios; en suma puede decirse que ante situaciones de trasgresión sirve como límite, tanto para la actividad de los particulares como de los órganos de autoridad; opera como una especie, no reconocida, de legislador negativo, al que puede recurrirse con objeto de rechazar una regla o norma determinada que con su aplicación vulneraría el Estado Constitucional de Derecho en general o un Derecho Fundamental en particular.

2.4. Orden público - noción personalista

Finalmente y con objeto de dar con un concepto de orden público consecuente con lo dicho, creo necesario realizar una breve referencia a un fenómeno de carácter jurídico relacionado con la mayor importancia que, de un tiempo a esta parte, se ha asignado a la persona en el Derecho en general y el Derecho Civil en particular y que ha traído como consecuencia lo que autores han llamado la *despatrimonialización del Derecho Civil*.

Se trata de una corriente que deja atrás la visión patrimonialista e individualista del Derecho predominante hasta finales del siglo XX, que paulatinamente va siendo reemplazada por una noción personalista, caracterizada por ubicar a la persona como *“el bien o valor supremo del derecho y reconoce su rol central de protagonista en el quehacer jurídico”*¹¹.

El Derecho, desde una perspectiva funcional, tiene como fundamento la regulación de las relaciones entre dos o más personas, tanto en lo que corresponde al intercambio de bienes como el establecimiento de formas armónicas de

¹¹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. “Derecho y Persona, Introducción a la Teoría del Derecho”, Editorial Grijley, año 2000, Pág. 111.

convivencia. Sin embargo, es en el primero de estos ámbitos donde históricamente el Derecho Civil ha encontrado un desarrollo, estrictamente jurídico, de mayor relevancia. En efecto, según advierte Diez-Picazo “*el predominio del Derecho Patrimonial dentro del Derecho Civil es un hecho real (...)*”¹². Sin embargo y como se dijo, este paradigma ha ido cambiando, fundamentalmente en atención a los postulados de una concepción personalista que ubica a la persona como bien supremo del Derecho, que debe ser considerada como un fin en sí misma y no ya como un simple actor-factor del escenario legal. El Derecho pasa a girar en torno a la idea fundamental del respeto de la dignidad de la persona humana, a través del reconocimiento y promoción de los Derechos Fundamentales en que se materializa dicha dignidad; el patrimonio pasaría entonces a constituir solo un elemento, que por indispensable, no debe restársele importancia, pero que sin embargo se encuentra siempre a disposición de aquella.

Luego, debe entenderse al Derecho como un conjunto armónico de reglas que, en resumidas cuentas, buscan un solo fin, es decir, apuntan todas ellas en una misma dirección, todas relacionadas a propósito de dicha búsqueda. En consecuencia, parece razonable la exigencia de interpretárseles bajo un solo prisma; el de los Derechos Fundamentales, que materializan la dignidad antes señalada.

Relacionado lo anterior con lo dicho hasta ahora respecto a la expresión orden público, es dable sostener las consideraciones que siguen para su correcto entendimiento.

Orden público, en primer lugar, quiere referirse, como se desprende del propio concepto, a un determinado *orden de cosas*; el punto está en dilucidar cuál es el

¹² MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. “El Derecho Civil a fines del siglo XX”, Editorial Tecnos, año 1991, Pág.151.

contenido de dicho orden, quién lo determina y porqué va acompañado de la expresión *público*.

Respecto de la primera pregunta, esto es, el contenido de dicho orden, creo haber dicho suficiente hasta ahora; se trata principalmente de los principios y Derechos Fundamentales que sustentan a un ordenamiento jurídico en un espacio de tiempo y lugar determinados. Estimo razonable señalar que el sujeto encargado de la determinación de su contenido, no puede ser otro distinto que el órgano establecido y reconocido como competente para la toma de decisiones, la mayoría de ellas de carácter político, en la sociedad; el constituyente. Finalmente la expresión público, no tiene que ver con la ya superada distinción entre Derecho Público y Privado sino más bien, debe relacionarse con el carácter general que corresponde al mencionado orden y el hecho de que no sea éste susceptible de ser establecido por los particulares, pues, como se ha insistido, se trata de la estructura y organización fundamental de la sociedad.

Habiéndose dicho todo lo anterior, cito lo expuesto por el profesor Jorge Streeter al respecto que, considero, resume en geniales términos lo que hemos de entender por orden público y como señalaré, comprende absolutamente en su definición los caracteres inherentes a dicha expresión. Al respecto señala el profesor Streeter:

“no existiendo un concepto unívoco (...) las notas o características fundamentales de ese orden público, hacen referencia a la organización básica que se ha dado a la comunidad política, a los intereses generales y más permanentes de la sociedad, a los valores que sustentan las normas de convivencia que forman su ordenamiento jurídico”¹³.

¹³ STREETER, J. “Modificación de la Ley de la Libre Competencia”, material de clases para el curso de Libre Competencia del profesor Domingo Valdés, Universidad de Chile Facultad de Derecho, Primer Semestre 2006, Pág. 35.

He destacado lo expuesto por el profesor Streeter en razón a que con dicha noción de orden público es posible satisfacer las exigencias conceptuales comentadas en este documento. En efecto, destaca en la definición el carácter general que corresponde al orden público, toda vez que no establece restricción alguna en cuanto al tipo de normas que compromete dicho orden, ni tampoco se refiere a una determinada área del ordenamiento jurídico, siendo en consecuencia, vinculante respecto al ordenamiento jurídico en su integridad. En segundo lugar, no merece dudas el carácter sustantivo que el autor asigna a la expresión orden público; lo relaciona directamente con la *estructura, organización e intereses* fundamentales de la sociedad de que se trata, de manera tal que comprende en ella los aspectos fundamentales del ordenamiento jurídico al que corresponde. Finalmente, goza la definición de bastante claridad respecto al carácter descriptivo que merece la expresión orden público, pues la relación que a su respecto hace con una sociedad y ordenamiento jurídico determinados, es abierta de manera tal que no lo limita en su contenido a un escenario en particular, sino que por el contrario lo hace depender de aquél.

Sin embargo y para terminar, creo que es necesario realizar un solo reparo a la definición comentada. Éste tiene que ver con la necesidad de añadir en la misma, de forma expresa y como nota característica, una mención directa a los Derechos Fundamentales, toda vez que a pesar de poder incorporarlos a través de un ejercicio interpretativo, me parece que siendo en ellos donde se materializan buena parte, sino todos, los principios, intereses y valoraciones a las que el profesor Streeter se refiere, tal inclusión, dotaría de fuerza y funcionalidad a la institución a la que se refiere.

CAPÍTULO II

TRATADOS INTERNACIONALES Y DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Ubicación Sistemática de los Tratados Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Nacional

En la discusión doctrinaria en torno al rango o jerarquía de los tratados internacionales en derecho interno, el objeto del debate se ha centrado en torno al lugar en que éstos se encuentran teniendo a la Constitución y la ley por referencia; se distinguen unas posiciones que los igualan al valor normativo de una ley, de aquellas que los ubican en un punto intermedio entre ésta y la Carta Fundamental¹⁴. Otras interpretaciones, sobre todo a partir dictación de la ley número 18.825 de 17 de Agosto de 1989, que modifica el inciso segundo del artículo 5 de la Constitución, han llegado a la conclusión que los tratados y convenciones internacionales, tienen *rango constitucional*; habiendo sido ratificados y estando vigentes, dichos instrumentos, en la medida que consagran derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, por mandato del artículo 5 de la Constitución, priman por sobre la ley nacional contraria¹⁵.

Sería el mencionado artículo el que atribuye rango constitucional a los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos y la idea de supremacía

¹⁴ Pablo Rodríguez señala, a propósito del principio de Supremacía Constitucional, agregando a sus términos el de *Hermetismo Constitucional*, que éste consiste en que *“la Carta Fundamental se basta y se agota en sí misma, sin que ella pueda ser complementada, con el mismo poder vinculante, por otras formas de expresión del Derecho”*. Agregando además, respecto a la intención de incorporar con jerarquía constitucional (...) algunos Tratados Internacionales, que con esto *“la Carta Fundamental queda abierta a modificaciones provenientes de acuerdos internacionales que en el derecho interno se aprueban por medio de los trámites propios de una simple ley (...) tesis inadmisibles”*. RODRIGUEZ GREZ, P. “El Derecho como creación colectiva” Universidad del Desarrollo, Ediciones Jurídicas, Primera Edición correspondiente al año 1999, Pág. 169. Opinión que se aparta totalmente de lo que se propone en este capítulo.

¹⁵ RIOSECO VASQUEZ, A. “Derechos de los Tratados”, Primera Parte, Apuntes de clases, Departamento Derecho Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Segunda Edición, Santiago, Abril de 1999, Pág. 74.

constitucional la que fundamenta su aplicación por sobre el resto del ordenamiento jurídico. Al respecto es pertinente tener en cuenta lo señalado por el Tribunal Constitucional chileno, que, con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley modificatoria antes referida, declaró que “*las normas constitucionales prevalecen sobre disposiciones contenidas en tratados internacionales y que la interpretación contraria a esta tesis nacionalista significaría permitir la modificación de la Constitución de un modo distinto al establecido en sus artículos 116 y 118*”¹⁶. Hoy día en cambio, con la modificación del artículo 5, cobra un nuevo impulso la tesis de quienes sostienen que prevalece el derecho internacional humanitario sobre el derecho interno.

En principio, los argumentos que justifican la inclinación por una u otra de las posibilidades en comento, se relacionaron fundamentalmente con aspectos formales en el proceso que lleva a la ratificación de los tratados. Así, no es raro observar que en los textos que se trata el tema, la presentación incluye invariablemente una referencia a las facultades del Presidente de la República en el manejo de las relaciones internacionales y las atribuciones y participación del Congreso Nacional en la aprobación o ratificación de los tratados.

Luego, se distingue entre los tratados *formales o solemnes*, siendo éstos, los que para su entrada en vigencia requieren de la realización del acto administrativo, que constituye su formalidad habilitante, consistente en la aprobación o ratificación que realiza el Congreso, en virtud de lo establecido en el artículo 50 inciso primero de la Constitución; por otra parte, están los *acuerdos simplificados*, los cuales, en la medida que concurren los elementos que al respecto se señalan en el número 2 del citado artículo 50, se encontrarían eximidos de la realización del trámite parlamentario antes dicho.

¹⁶ Consultado En: RUIZ-TAGLE VIAL, P. Borrador sobre “Constitucionalidad de los Tratados Internacionales en Chile”, Curso de Formación General, Primer Semestre, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Recurso Electrónico <http://www.plataforma.uchile.cl/fg/semestre1/2003/igualdad/modulo2/clase2/texto/tratados.htm>.

Hoy día en cambio, a pesar de encontrarse aún al centro de la discusión los aspectos procedimentales y de participación señalados, el tema se ha relacionado con una cuestión de referencia que dice relación con la existencia o no, de derechos de carácter humanitario involucrados en los tratados o convenciones, de manera tal que por mandato constitucional y en virtud del artículo 5, tendrían naturaleza constitucional los instrumentos internacionales que, en términos del mencionado artículo versan sobre *derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*. Luego, pareciera ser que el momento en que se modifica, en los términos que actualmente se encuentra vigente, el artículo 5 de la Constitución, cuando podría predicarse con propiedad la jerarquía constitucional de dichos tratados.

Sin embargo y a pesar de justificarse la existencia de argumentos que atienden a la forma en que se tramitan los tratados para su posterior calificación en el sistema jurídico correspondiente y, más aún, a pesar de la existencia del inciso segundo, del artículo 5, tantas veces citado, en los párrafos siguientes se propone una idea que arranca desde un punto de vista sustantivo, distinta a la sola referencia que se hace de aquél artículo y que pone su mirada, más que en los tratados y convenciones y su legitimidad estructural, en los derechos que en ellos se consagran.

Antes de comenzar, es preciso eso sí, realizar unas breves advertencias, a saber;

- En primer lugar, que el presente capítulo tiene un carácter instrumental respecto del contenido inmediato de este trabajo, de manera tal que su tratamiento se limitará a lo necesario para continuar con aquél;
- Luego, basta precisar que al referirnos a los tratados internacionales, se está aludiendo al conjunto de derechos que en aquellos se consagran, en particular a los relacionados con los Derechos Fundamentales y no a la forma o estructura de dichos tratados;
- Asimismo, que el estudio de este tema lo centraremos en rededor de los artículos 1,5 y 19 de la Constitución Política de la República, donde, a mi juicio, se encuentra materializado lo fundamental de la temática que abordamos en los párrafos siguientes; y

- Finalmente, que cuando en el título de este capítulo se hace referencia a la *ubicación sistemática* de los tratados internacionales, no se está queriendo aludir a una posición estructural de los mismos, sino que a una idea respecto del contenido de los Derechos Fundamentales consagrados en aquellos.

Ahora bien, discutir acerca de la ubicación formal de los mencionados tratados, en resumidas cuentas, es una cuestión que versa sobre la jerarquía que, para el Derecho nacional, tienen los derechos que en ellos se consagran, lo que, en particular para el caso de los tratados que guardan relación con Derechos Fundamentales, arroja problemas de considerable envergadura, a saber; tal como se señaló en la nota al pie número dos, del capítulo primero de esta memoria, los Derechos Fundamentales no pueden ser objeto de jerarquización sin con ello aceptar que deberá suprimirse, en el caso concreto, la vigencia y obligatoriedad de alguno de ellos; lo fundamental en caso de conflictos es, en términos utilizados por el profesor Pablo Ruiz-Tagle, lograr *“una solución parcial y razonada del conflicto, que se contrapone a la solución absoluta e intuitiva que supondría el postular la existencia de una jerarquía entre los derechos”*¹⁷. Luego, con dicho fin, el camino sería plantear la solución de los conflictos entre derechos fundamentales, en el escenario que corresponde al caso concreto, evitando, sin pretexto, establecer un orden jerárquico de los mismos, debiéndose buscar la solución en la ponderación que sea necesario realizar de acuerdo a las particulares condiciones del caso, tarea que corresponde al juez que sustancie la causa.

A partir de aquello, puede anotarse como primera conclusión que en el caso de los tratados internacionales, ratificados y vigentes en Chile, que versen sobre derechos humanos, no puede predicarse a su respecto una supremacía constitucional que resolviera conflictos, de manera previa y absoluta, entre los derechos que en ellos se consagran y los que se encuentran en el artículo 19 u otro de la Constitución Política de la República. Siendo coherentes con dicho argumento, tampoco podría sostenerse la tesis contraria, esto es, que los derechos consagrados en instrumentos de carácter internacional por ese solo

¹⁷ RUIZ TAGLE VIAL, P. op. Cit.

hecho tuvieran una jerarquía superior a los derechos consagrados en derecho nacional o doméstico. Luego, la discusión acerca de la jerarquía de los tratados y convenciones internacionales, en cuanto tales, resulta inconveniente.

La pregunta que, a mi parecer, sería pertinente realizar, trata sobre el carácter y naturaleza de los derechos que en los mencionados instrumentos se consagran; y más importante aún, cuál es la relación que ellos guardan con las normas constitucionales del ordenamiento jurídico nacional.

La cuestión, debe plantearse desde la relación que existe entre esos derechos y los que han sido consagrados y reconocidos por el constituyente como fundamentales; en términos utilizados por el profesor Ruiz Tagle, se trata del establecimiento de un “*punto de contacto*”¹⁸ entre unos y otros; existiendo una relación sustantiva entre el contenido de un instrumento de carácter internacional, que viene a desarrollar o bien complementar, lo que en derecho interno ha sido reconocido con el carácter de fundamental, podría sostenerse el carácter constitucional de dicho contenido.

Lo señalado anteriormente no obsta el reconocimiento que merece la Constitución como la norma jurídica de mayor jerarquía; por el contrario, es justamente de dicho reconocimiento de donde puede extraerse las aseveraciones que se plantean.

El artículo primero de la Constitución, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico, hace un reconocimiento expreso de la estructura fundamental de la sociedad, en todos los niveles de participación que han sido tradicionalmente reconocidos como relevantes; estos son, el individuo como sujeto digno y capaz, la familia, los grupos intermedios, señalando además el rol del Estado respecto de todos ellos, para finalmente reconocer en amplios términos a todos los sectores de la sociedad.

¹⁸ RUIZ TAGLE VIAL, P. op. Cit.

Luego, en el artículo 19, como es sabido, consagra un catálogo de derechos, que por su naturaleza y contenido gozan del carácter de fundamentales.

Finalmente, en el artículo 5, reconoce a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, como límite a la soberanía estatal, prescribiendo el deber del Estado de respetar y promover tales derechos.

La mención que en el artículo 5 se hace a los Derechos Humanos, no dice relación, como se ha afirmado, con una constitucionalización de los tratados internacionales que versan sobre la materia. Como se señaló, el carácter fundamental y su reconocimiento constitucional se vincula a su contenido, de manera tal que no podría ser de otra forma. Son constitucionales toda vez que materializan, especifican y complementan, Derechos Fundamentales. Luego, establecido el punto de contacto entre unos y otros, puede alegarse la inconstitucionalidad de cualquier acto, de autoridad o particular, que tienda a su vulneración. Se trata entonces de *“admitir la colaboración entre el derecho constitucional y el derecho internacional”*¹⁹.

Es pertinente insistir en todo caso en la necesidad de establecer en dicho punto de contacto, una relación sustantiva e inmediata, o directa, entre los derechos que, sin formar parte del catálogo del artículo 19, se les reconoce el carácter de fundamentales y así evitar banalización de los mismos.

Con objeto de precisar lo señalado con anterioridad, pasó a examinar brevemente el artículo 5 de la Constitución²⁰ que, como se ha dicho, constituye el punto central en que se fundamenta la discusión en torno a la materia:

¹⁹ RUIZ TAGLE VIAL, P. op. Cit.

²⁰ Artículo 5. La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales

- En primer lugar, que el punto neurálgico de la mencionada norma se encuentra en la soberanía, su ejercicio, reconocimiento y deberes que el Estado debe guardar en su ejercicio;
- Luego, la referencia que se hace a la Constitución, tiene que ver con el segundo y tercer punto señalados; con respecto a los límites se realiza una referencia implícita, toda vez que los *derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*, se encontrarían, aunque no exclusivamente, en la Carta Fundamental y, en cuanto al deber del Estado de respetar y promover tales derechos, reconociéndose en este punto, que los mismos se encuentran no sólo en la Constitución, sino además en los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile.

Así las cosas, es posible señalar que la constitucionalización de las convenciones y tratados internacionales que versan sobre Derechos Humanos, a partir del citado artículo, aunque resulta conveniente en cuanto tiende a la protección y promoción de tales derechos, no es plausible desde un punto de vista normativo. La referencia que se hace de los mismos, tiene que ver, como se dijo, con la soberanía, sus límites y los deberes que el Estado tiene en su ejercicio; luego, sin dotarlos de una posición jerárquica específica - como sí la tiene la Constitución o la Ley - en el sistema jurídico nacional, les reconoce obligatoriedad y supremacía a partir de su contenido. Es decir, a la luz del citado artículo lo que, a mi juicio, puede señalarse no es que por ser tratados internacionales que versen sobre derechos humanos, estaríamos en presencia de normas de carácter constitucional, legal o como se quiera; sino en cambio, que los derechos que en ellos se consagran, en cuanto se trata de *derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*, o bien, que materializan o complementan éstos, sirven de límite al ejercicio legítimo de la soberanía y condicionan el actuar estatal,

derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

estableciéndose un deber a su respecto, no pudiendo cumplirse con mandato constitucional alguno, sea legislativo o judicial, contrario a aquellos.

Finalmente quisiera citar las palabras del profesor Ruiz-Tagle, en que, motivado por las tesis planteadas en una junta académica entre especialistas en Derecho Público y Derecho Internacional realizada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile a fines del año 2000, señala que *“podemos entender los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, como aquellos derechos establecidos en la Constitución, en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, respecto de los cuales pueda establecerse un punto de contacto con los derechos constitucionales, teniendo todos ellos la virtud de servir como límites a la potestad del Estado por disposición expresa del citado artículo”*²¹ (refiriéndose al artículo 5) .

²¹ RUIZ TAGLE VIAL, P. op. Cit.

CAPITULO III

ORDEN PÚBLICO FAMILIAR

1. Conceptualización

De conformidad con lo señalado hasta ahora, no parece conveniente detenerse en la búsqueda de una definición estricta de lo que entendemos por orden público familiar, sino en cambio, estaremos por identificar el contenido de aquél, de manera tal que con su tratamiento podamos aprehenderlo, ahora sí, como concepto.

El Derecho de Familia, al igual que todo el ordenamiento jurídico, se enmarca dentro de los límites que orientan al sistema legal como un todo; con esto, quiero referirme no solo al Derecho interno, sino además, a todas las instituciones jurídicas que, en relación con él, son pertinentes. Luego, la legitimidad y vigencia normativa del Derecho de Familia, debe supeditarse, junto con las normas nacionales de superior jerarquía, a los tratados y convenciones internacionales que hayan sido ratificados por Chile, se encuentran vigentes y tengan relación con el mismo²² ; así también, deberán tenerse en cuenta los valores y principios que subyacen a dichos cuerpos normativos que, según vimos en el capítulo anterior, trascienden en su vigencia y aplicación, al ámbito en que nacieron.

2. Contenido

Ha nacido en nuestro medio, un nuevo Derecho de Familia; el Derecho Civil ha evolucionado, se reconocen principios que no se encuentran comprendidos en la

²² En virtud de lo establecido en el Artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política de la República de Chile. Es el caso de la Convención sobre los Derechos Del Niño, el Pacto de San José de Costa Rica y la Convención Sobre la Eliminación de Todas Las Formas de Discriminación en contra de la Mujer de Naciones Unidas (CEDAW), entre otras.

legislación precedente; comienza ha hacerse realidad la consideración efectiva de la familia como el núcleo central de la sociedad²³ pero, además, en un proceso que sigue en marcha, se reconoce la diversidad familiar, la inexistencia de familias minusválidas, la igualdad entre el hombre y la mujer, la consideración fundamental de los niños como sujetos de Derecho. Se reconoce también la igualdad filiativa, la identidad biológica como especie de identidad personal, el derecho del niño a la autodeterminación, la coparentalidad al interior de la familia, el derecho del niño a ser oído, entre otros principios y derechos, todos ellos, relacionados con la visión personalista del Derecho, a la que nos referimos en el capítulo anterior.

Señala la profesora Veloso, a propósito de la nueva ley de filiación, que *“el texto se ubica perfectamente en la tendencia universal del respeto a los derechos esenciales de la persona y está por ello en concordancia (...) con los tratados humanos que Chile ha suscrito, ratificado y se encuentran vigentes”*²⁴ ; por su parte, el profesor Enrique Barros, a propósito de aquella reforma, señala que *“responde a cambios culturales muy profundos respecto de la función atribuida al Derecho de Familia: se acentúa su rol protector y tiende a abandonarse su rol expresivo e institucional”*²⁵ .

Se trata de una tendencia que, con independencia a la existencia de defectos técnico-legislativos, se enmarca en la consideración fundamental del respeto a los Derechos Fundamentales y en particular al reconocimiento de los niños como sujetos de Derecho.

Habiéndose implementado legislación de reforma en el sentido señalado, reconociéndose con esto la legitimidad, vinculación y vigencia de las convenciones

²³ Así lo ha señalado expresamente el constituyente; Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Chile.

²⁴ VELOSO, P. op. Cit. Págs. 19 y 20.

²⁵ BARROS BOURIE, E. “Notas Históricas y Comparadas sobre el Nuevo Ordenamiento Legal de la Filiación” En: El nuevo Estatuto del Filiación en el Código Civil Chileno, Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, LOM Ediciones, Seminario año 1998, Pág. 40.

internacionales suscritas y ratificadas por Chile que versan sobre la materia y habiendo un relativo consenso en la doctrina sobre los aspectos fundamentales que caracterizan al nuevo Derecho de Familia; faltaría precisar, en orden lógico-sistemático, las fuentes normativas vinculantes, identificando su contenido fundamental específico, de manera tal de hacer extensible su ámbito de aplicación y otorgar la seguridad y certeza jurídica que, en resumidas cuentas, materializa la irrestricta vigencia que, como sujetos de Derecho, merecen los miembros de la familia, valga precisar que mujeres y niños incluidos esta vez, respecto de los derechos que en su calidad de personas les corresponden.

Con dicho motivo, en adelante, pasaré a identificar los principios esenciales que inspiran el orden público en Derecho de Familia, relacionándolos, en la medida que corresponda, con el grupo específico al que se refieren y finalmente, mediante un ejercicio de carácter inductivo, con los Derechos Fundamentales en que se justifican.

2.1. Interés Superior del niño

Tanto en convenciones internacionales como en la ya mencionada legislación de reforma, se ha ido desarrollando una noción de lo que hemos de entender por “niño”, sumamente revolucionaria respecto de la legislación precedente. Sin tener en cuenta las diferencias existentes desde un punto de vista objetivo formal²⁶, se ha entendido la necesidad de otorgar una protección especial respecto de los niños, fundada en sus particulares condiciones de existencia y, además, en el

²⁶ Las diferencias se relacionan con la edad que se establece para considerar a un niño como tal. Así mientras en la Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 1, se señala que, “se entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”, la Ley de Tribunales de Familia, señala por su parte, en el inciso 3 del artículo 16, que, “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”. Sin embargo, en uno y otro caso se establecen dichas diferencias para efectos de la Convención y la Ley respectivas, en consecuencia, no se trataría de una diferenciación de fondo con consecuencias sustantivas, siendo pertinente señalar que, en consideración a los nuevos principios en materia de Derecho de Familia, en particular a los que se tratan en esta memoria, quedaría derogado el artículo 26 del Código Civil chileno, que por su parte sí divide a las personas en consideración a su edad.

hecho de no haberse producido dicho reconocimiento de manera espontánea. A este respecto, caber recordar la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su preámbulo, señala expresamente la necesidad de proporcionar cautela reforzada en los términos antes dichos, haciendo referencia a diferentes convenciones de carácter internacional en que así se ha tenido en cuenta ²⁷.

En la mencionada consideración, se funda la necesidad de elaborar un principio que tenga por objeto la salvaguarda y garantía de los Derechos Fundamentales respecto del grupo específico de personas llamado “niños”. Es de suma importancia tener esto presente para la correcta lectura de lo que en adelante se propone, toda vez que no tendría aquello sentido, sin entender que el norte y justificación de esta propuesta, es la búsqueda de protección a los niños en cuanto al goce de los derechos que, como persona, le corresponden, sin que medie la exigencia de cualquier otro requisito adicional; escenario en el que tiene lugar el denominado “Interés Superior del Niño”, principio rector en la materia²⁸.

En Derecho interno, no ha pasado mucho tiempo desde la entrada en vigencia de las convenciones internacionales y reformas en que por primera vez se reconoce el Interés del Niño en esos términos; sin embargo, como veremos, ya es posible identificar avances en torno a la idea que se tiene de este fundamental concepto.

²⁷ Al respecto se señala en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, “*Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, éste, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento*”, más adelante expresa, “*reconociendo que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración (...)*”. Convención sobre los Derechos del Niño, Texto promulgatorio, decreto N° 789, D.O. N° 33.542 de 09 de Diciembre de 1989.

²⁸ Así lo menciona expresamente el inciso 2 del artículo 16 de la Ley de Tribunales de Familia: “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”. Por su parte en la Convención sobre los Derechos del Niño se señala, en el artículo 3 inciso primero, que, “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”.

En lo que sigue, se mencionan las posiciones más importantes que, considero, han tenido lugar sobre la materia y las consecuentes funciones que, con la justificación que se propone en cada una de ellas, se ha asignado al principio en comentario.

2.1.1. Abstracto e indeterminado

En un comienzo, se entendió el Interés superior del Niño como un concepto abstracto e indeterminado, cuyo contenido y contornos se hacían extremadamente difíciles de precisar y que, según se ha dicho, se caracterizaría por ser *“difícil de definir en razón de su carácter variable en función tanto del tiempo como del modelo cultural que va acuñando su contenido”*²⁹.

Luego, si para la doctrina no era fácil la tarea, mucho menos lo era para jueces que, en un sistema judicial fuertemente caracterizado por la falta de recursos, tiempo, desarrollo y eficiencia, no daba con las condiciones correspondientes al espíritu que merecía tal valoración³⁰. Al menos en el ámbito judicial, que es donde en definitiva se vive el Derecho, el interés superior del niño, pasa a ser lo que otros, con criterios tan inciertos como dispares, creen que es mejor para aquellos y no lo que a los mismos les corresponde en su calidad de sujetos de Derecho.

No obstante ser muchos los temas en que podría haber acuerdo sobre el contenido de tal concepto y aunque hubiera un sistema judicial dotado de gran capacidad y eficiencia, hay invariablemente una *zona gris* en la que se permite a abogados y jueces deliberar *críteriosamente* al respecto y en consecuencia la

²⁹ POLAKIEWICZ, M. “El Derecho de los Hijos a la Parentalidad”. En: X Congreso Internacional de Derecho de Familia “El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas”, Ponencia, comisión II “El niño como sujeto de Derecho”, Mendoza, Argentina, 20 al 24 de Septiembre de 1998, Pág. 308.

³⁰ Interesante es tener en cuenta la apreciación que realiza la profesora Schmidt, al señalar que entre las características de la Ley que crea en Chile los Tribunales de Familia, se encuentra el establecimiento de una nueva estructura administrativa, *“respondiendo a la necesidad de modernización de la justicia en este ámbito”*. SCHMIDT HOTT C., “Tribunales de Familia”, En: material correspondiente al Taller sobre Aspectos Sustantivos de la Ley de Tribunales de Familia, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, primer semestre 2006, Pág. 2.

protección que se pretende se torna vulnerable³¹ ; se va realizando un esfuerzo en torno a encontrar puntos de consenso; acuerdos circunstanciales respecto de los derechos del niño, generándose la incertidumbre consecuente, grave problema si recordamos, como se dijo, la imperiosa necesidad de proteger a los mismos.

Para quienes sustentan esta posición, el Interés Superior del Niño sería un principio cuya función vital se relaciona con la hermenéutica y la orientación en la toma de decisiones de carácter legislativo - en consideración al inciso segundo del artículo 5 de la Constitución y la consecuente vigencia de convenciones internacionales en las que este principio se reconoce - y judicial.

En efecto y acertadamente, se entiende que las disposiciones relativas al Derecho de Familia y otras con que se relacione, deben ser interpretadas y comprendidas, armónica y sistemáticamente, a la luz del mencionado principio.

Sin embargo, dicha función por sí sola resulta insuficiente, representa una visión restrictiva de la obligación que, en virtud del artículo 16 inciso 2 de la Ley que crea los Tribunales de Familia, tiene el juez en cuanto a considerar en sus decisiones el Interés Superior del Niño; obligación que en realidad comprende algo más que una simple consideración; el Interés Superior del Niño, por su propia naturaleza y contenido, es un principio de carácter prescriptivo, que obliga y limita la actividad del juez de acuerdo a su contenido. En los términos utilizados por el profesor Miguel Cillero Bruñol, *“el principio del interés superior del niño, lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo para las autoridades”*³² .

³¹ *“otra debilidad del criterio interés superior del niño, se encuentra en la característica que tienen todos los conceptos de contenido indeterminado, cual es, el margen de discrecionalidad que tiene el funcionario que lo aplica, asunto que puede conducir fácilmente a la arbitrariedad (...)el juez podía tomar cualquier decisión con fundamento en el concepto”*. MORALES, G., “El Interés Superior del Niño en materia de Instituciones Familiares” Págs. 8 y 9. Consultado En: XII Congreso Internaiconal de Derecho de Familia, “El Derecho de Familia ante los retos del nuevo milenio”, la Habana 2002.

³² En: CILLERO BRUÑOL, M. “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional Sobre Los Derechos del Niño”. Recurso electrónico: <http://www.iin.oea.org>

Luego, a pesar de tratarse de una loable función, no se sustenta por sí sola. En la mayoría de los casos, tendería a la búsqueda de una solución *pro-niños*, sin embargo, como se ha dicho, es objeto de un reparo fundamental, a saber, la incertidumbre y consecuente desprotección que, de la indeterminación que la caracteriza, se desprende. Según señala el citado profesor Cillero Bruñol, “*existen incluso quienes lamentan que la Convención (sobre los Derechos del Niño) la recogiera (refiriéndose a este principio) porque amparados en el interés superior, se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitarían los derechos que la propia Convención consagra*”³³.

En conclusión puede decirse que esta primera posición no satisface la finalidad fundamental que se pretende; incertidumbre y protección son dos situaciones que conviven en conflicto.

2.1.2. Determinado - estatuto sustituto

A partir de lo señalado por el autor referido en la parte final del número anterior, es posible dar con algunas directrices fundamentales sobre el tema, que van a resultar sumamente útiles para la elaboración y entendimiento de un concepto en torno al principio en estudio.

Al respecto, el profesor Cillero Bruñol, da cuenta de una de las consideraciones fundamentales que debe tenerse presente al referirnos a la materia en estudio.

Se trata del entendimiento de este principio como un *estatuto especial de protección*; quiere con esto decirse que hay una situación preexistente; algo que proteger, a saber, los Derechos Fundamentales que a los niños, en su calidad de personas les corresponden³⁴.

³³ CILLERO BRUÑOL, M. op. Cit.

³⁴ Es pertinente señalar aquí las facultades que, el artículo 75 inciso 22, de la Constitución Nacional de Argentina, otorga al Congreso de ese país, en torno a la aprobación de tratados, a los que a su vez, reconoce una jerarquía superior a la de las leyes, incluyendo entre ellos, la Convención

En efecto, señala que *“se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de cierto grupo de personas, entre los cuales están los niños (...) Los niños gozan de una supraprotección o protección complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino fundada en la protección jurídica general”*³⁵.

Llega aún más allá cuando, al decir que se trata de una concepción garantista del interés superior del niño, cita a Dworkin para agregar que, *“lo que aquí provisionalmente denominamos principio, podemos denominarlo, en el caso específico del interés superior del niño en la Convención (sobre los Derechos del Niño) como garantía, entendida ésta última como vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos”*³⁶.

Con esto último, se está reconociendo la existencia previa y general de una clase de derechos subjetivos fundamentales, respecto de los cuales se puede observar a un cierto grupo de personas que, por circunstancias particulares de su vida, se ha visto impedido en el goce de los mismos; luego, es necesaria la existencia de un estatuto especial de protección que vele o garantice el ejercicio de los derechos que al grupo específico, como parte de la comunidad, le corresponden.

En seguida, agrega que la mencionada protección debe quedar determinada en su contenido y *“ser congruente con la finalidad de otorgar la más amplia tutela efectiva a los derechos del niño, en un marco de seguridad jurídica”*³⁷.

Internacional sobre los Derechos del Niño. En palabras de Orlandi, *“esta constitucionalización representa una reacción frente a las violaciones masivas, persistentes y sistemáticas de los Derechos Humanos de una determinada categoría de personas. Atiende a situaciones patológicas reforzando los instrumentos generales con nuevas normas o instituciones de promoción o protección”*. Consultado En: ORLANDI, O., Ponencia sobre “El Derecho del niño a ser oído en los procedimientos judiciales vinculados con la familia”, En: X Congreso Internacional de Derecho de Familia. op.Cit., Págs. 270 y ss.

³⁵ A mayor abundamiento señala expresamente que *“cualquier pretensión (...) que propicie un derecho de menores autónomo, es contraria a los derechos del niño que emana de la doctrina universal de los derechos humanos”*, CILLERO BRUÑOL, M. op. Cit..

³⁶ CILLERO BRUÑOL, M. op. Cit.

³⁷ CILLERO BRUÑOL, M. op. Cit.

De acuerdo a lo dicho para este principio y más aún, siguiendo lo propuesto respecto al orden público familiar y general, creo son del todo pertinentes las aseveraciones mencionadas en los párrafos precedentes.

Sin embargo y no obstante que, en la primera parte de su trabajo, reconoce expresamente la complementariedad del mecanismo de protección señalando que *“cualquier pretensión (...) que propicia un derecho de menores autónomo, es contraria a la concepción de los derechos del niño que emana de la doctrina universal de los derechos humanos”*³⁸, termina por afirmar, que el interés superior del niño *“sería la satisfacción de sus derechos”* y que en consecuencia, solo a partir del momento en que se establece un catálogo determinado de derechos a su respecto, como sucede en la Convención sobre los Derechos del Niño, es posible superar la vaga noción que se ha tenido respecto del principio en comento³⁹. Este comentario, parece contradecir, el carácter complementario que expresa y acertadamente reconoció al comienzo de su trabajo; la existencia de un catálogo de derechos respecto de los niños, no es el evento que dota de contenido al principio comentado en estas páginas. No se trata tampoco de excluir de dicho contenido aquellos derechos que, en virtud del reconocimiento constitucional que se haga de las convenciones en que se declaran, pasan a formar parte del catálogo de los derechos fundamentales ya consagrados, sino que sólo debe tenerse presente que previo a la existencia de aquellos, ya era posible identificar un contenido específico respecto del Interés Superior del Niño, que, como se concluye en estas páginas, estaría determinado por los Derechos Fundamentales existentes a la fecha.

Respecto a las funciones, en primer lugar y de la misma forma que se señaló para el caso anterior, se reconoce la función interpretativa y orientadora del principio. Sin embargo, se diferencia al reconocer la existencia de un contenido específico

³⁸ CILLERO BRUÑOL, M. op. Cit.

³⁹ En efecto, señala en profesor Bruñol que *“la falta de un catálogo de Derechos del Niño hacía que la noción de interés superior pareciera remitir a algo que estaba más allá del Derecho, una especie de interés colectivo o particular que pudiera imponerse a las soluciones estrictamente de Derecho”*. CILLERO BRUÑOL, M. op. Cit.

para el interés superior del niño; se limita esta función a los márgenes que de acuerdo a dicho contenido, puedan determinarse.

Siempre existe un espacio para la discrecionalidad, tanto para el caso de los jueces como para el de los legisladores, sin embargo, con el desarrollo que van teniendo los Derechos Humanos, convenciones internacionales y el propio Derecho interno, se van reduciendo dichos espacios, con lo que la seguridad y certeza jurídicas se ven fortalecidas.

Luego, en virtud de tratarse de un estatuto de protección, tiene el interés superior del niño una función relacionada con la *salvaguarda y garantía de derechos*. Como se señaló, se trata de un vínculo normativo idóneo para asegurar la satisfacción de otros derechos subjetivos.

Así mismo y relacionado con lo anterior, tendría una función en cuanto *límite a la actividad de la autoridad*; ya sea que se trate de autoridades administrativas, relacionadas con el poder legislativo o judicial. Señala el profesor Cillero Bruñol, que “*desde la vigencia de la Convención - de acuerdo a lo dicho más arriba, se discrepa respecto a este momento - (...) el interés superior del niño deja de ser un objetivo social deseable realizado por una autoridad progresista o benevolente y pasa a ser un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad*”⁴⁰.

2.1.3. Determinado - estatuto complementario

La legitimidad del sistema de Derecho como instrumento de convivencia, se justifica en su objeto. El Derecho ha sido concebido con una finalidad que tiene que ver con la consecución de bienestar para sus destinatarios; dicho bienestar se relaciona a su vez, con los intereses que entre ellos exista, luego, el interés superior del niño, tiene que ver con el reconocimiento de su calidad de destinatarios del ordenamiento jurídico, su capacidad para detentar derechos y

⁴⁰ CILLERO BRUÑOL, M. op. Cit.

ejergerlos, de conformidad a lo que el constituyente ha determinado como el marco ineludible y la sociedad ha aceptado como tal; esos son los Derechos Fundamentales, donde, como se dijo en el capítulo anterior, se materializan los intereses no solo de ellos sino además, de todo el resto de las personas.

Respecto a lo dicho para la noción abstracta o difusa del interés superior del niño, quiero aprovechar de señalar un comentario relativo al problema derivado de los acuerdos circunstanciales a los que se hizo referencia.

La necesidad de llegar a un acuerdo, es una situación de facto que se produce toda vez que dos o más personas se encuentran legítimamente en posiciones divergentes, de manera tal que, con una pretensión de carácter funcional, acercan sus posiciones, por la razón que sea, para continuar con el objeto que sigue el contenido de la materia de que trata la divergencia. Luego, si es que no se produce tal acuerdo, o acercamiento de posiciones, la acción se frustra, ya sea total o parcialmente. Me parece que en lo que respecta al interés superior del niño, la frustración que se habría de producir es solamente parcial - la condicionalidad de estos términos obedece al rechazo a la teoría en que se plantea el problema - ; existen inmensas cuotas de consenso sobre lo que es o no conveniente para ellos; atrás han quedado los sistemas educacionales basados en los castigos y definitivamente obsoletos los malos tratos físicos. Es una situación que socialmente se ha considerado intolerable.

Es sobre aspectos específicos sobre los que se produce la frustración, aspectos tales como las facultades de los niños para ejercer sus derechos respecto de los padres, exigir el cumplimiento de los deberes de los que son *beneficiarios*, o en fin, disponer de su patrimonio.

Ahora bien, quiero sostener la inexistencia del mencionado problema al considerar que lo que en definitiva constituye al interés superior del niño, no es algo de consensos; no existe la necesidad de producirse un acuerdo, pues no sería facultativo, ni de jueces, ni abogados ni de nadie más que de la comunidad social

y política representada, deliberar al respecto. En definitiva, no habría dos legítimas posiciones divergentes. No quiero proponer con esto una aplicación mecanicista del Derecho, sino que, en consideración a las características particulares del caso y sobre todo, del niño, el juez debe deliberar de conformidad a los Derechos Fundamentales y no a la noción o definición de interés superior del niño que le haya parecido más adecuada, pues, como lo he señalado reiteradamente, se trata de reconocerlos como sujetos de Derecho, como destinatarios del ordenamiento jurídico bajo idénticas condiciones que el resto de los miembros de la comunidad a la que pertenecen; en la medida que se realice la hipótesis que la norma contempla, ésta se hace aplicable al caso concreto, sin importar si se trata de una persona mayor de edad o un niño; y lo que ocurre es que para una determinada clase de Derechos, los Fundamentales, la hipótesis no contempla otra exigencia que ostentar la calidad de ser humano; siendo persona, en los términos de nuestra Constitución, se es sujeto activo o legitimario respecto de tales derechos .

Respecto a lo señalado por Cillero Bruñol, me gustaría agregar que cuando menciona la consagración de un catálogo de derechos como el momento a partir del cual puede superarse la noción vaga o difusa del interés superior del niño, viene en contradecir, o al menos relativizar, el carácter complementario del estatuto de protección que, con la consagración de aquél y otros principios, él mismo reconoce; este principio, no goza de un contenido autónomo; depende y se relaciona con los Derechos Fundamentales; luego, sus contornos, con independencia de la necesaria consagración de nuevos derechos específicos respecto del niño, han debido precisarse de acuerdo a los mismos.

En consecuencia y para terminar, tres puntos son imprescindibles de tener en cuenta respecto de este principio:

1. es un estatuto de protección; en consecuencia sirve a un objeto principal, a saber, los Derechos Fundamentales;
2. luego, tiene un carácter complementario y no sustituto; y finalmente,

3. no corresponde asignarle un contenido específico autónomo; su contenido se vincula con su función y queda constituido por los Derechos Fundamentales.

Para terminar este tema, me gustaría citar las palabras de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su intervención ante la Corte Interamericana; afirmaciones absolutamente compatibles con lo dicho hasta ahora:

1. Que de conformidad con la normativa contemporánea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la cual se enmarca el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección.
2. Que la expresión "interés superior del niño", consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño⁴¹.

Además cabe destacar lo señalado mediante el Mensaje presidencial con que se da inicio al proyecto de ley sobre protección de los derechos de la infancia y la adolescencia⁴², que en su artículo número nueve, con gran acierto entiende que el interés superior del niño es un principio de carácter general y obligatorio en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños, niñas y adolescentes, consistente en procurar la máxima satisfacción y pleno disfrute de sus derechos.

2.2. Derecho del niño a ser oído

En Derecho Familia y en particular en la nueva legislación sobre matrimonio civil y tribunales de familia, discurren otros principios que, tal como en el caso anterior, son nota característica y particular de esta rama. Entre otros se encuentra el Derecho del Niño a ser Oído, que de acuerdo a lo señalado en el Artículo 16 inciso

⁴¹ Recurso electrónico; consultado En: <http://www.derhumanos.com.ar/derechonino.htm>. (CIDH, Opinión Consultiva 17, 22 de septiembre de 2002)

⁴² Mensaje número 309-352, de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un Proyecto de Ley de Protección de derechos de la Infancia y Adolescencia. Santiago, 18 de Enero del 2005.

2 de la nueva Ley de Tribunales de Familia, es junto con el interés superior del niño, principio rector en la materia.

Ahora bien, y con el propósito de ser consecuentes con lo dicho hasta ahora, es necesario resaltar, como nota característica del mencionado derecho, su doble dimensión. Por una parte, tiene un carácter eminentemente sustantivo; constituye por sí solo una valoración imperativa respecto a la condición que se le reconoce al niño en cuanto sujeto de Derecho; sin embargo, a la vez puede sostenerse que se trata de un derecho *consecuencial*, toda vez que, el niño, en cuanto persona goza, por esa sola razón, de dicho reconocimiento y siempre, aunque teniendo en consideración sus particulares condiciones y características, mereció ser tenido en cuenta al momento de tomarse decisiones a su respecto. Sin embargo, por las mismas razones que se dieron en el número anterior, se justifica un reconocimiento expreso en este sentido.

Desde aquel punto de vista, representa un derecho puesto al servicio de otros⁴³; los Derechos Fundamentales, consagrados tanto a nivel internacional, constitucional como legal, y en particular el Derecho a Opinar, a la defensa y la libertad de expresión, todos ellos, reconocidos y garantizados en nuestra Constitución⁴⁴. De todo esto, es posible afirmar su carácter instrumental u operativo⁴⁵.

Sin embargo, es posible observar y resultan aún sospechosos los términos en que, tanto en la Convención sobre los Derechos del Niño, como en la Ley de

⁴³ Resulta ilustrativo lo señalado en la parte final del artículo 16 de la Ley de 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”*.

⁴⁴ Constitución Política de la República de Chile, Editorial Jurídica de Chile, IX Edición Oficial, Aprobada por Decreto N° 555, de 06 de Junio de 2002. Artículo 19, número 2 y 12.

⁴⁵ El mencionado carácter operativo, es reconocido en las conclusiones pertinentes de la comisión N° 2 del X Congreso Mundial de Derecho de Familia, “El niño como sujeto de derecho. “El Interés Superior del Niño en las Distintas Instituciones Jurídicas”. Consultado En: SCHMIDT, C.-VELOSO, P. “La Filiación en el nuevo Derecho de Familia”, Editorial Cono Sur, Santiago de Chile, 2001. Pág. 302, cita al pie n° 362.

Matrimonio Civil, han sido redactados los artículos relativos a la materia. En efecto, tanto en uno como en otro cuerpo normativo, se establece el derecho en comento, condicionándolo a la capacidad del niño para “formarse un juicio propio”⁴⁶, es decir, se relativiza⁴⁷. Dicha circunstancia, en parte, ocurre por un problema de fondo que tiene que ver con el carácter amplio o restrictivo con que se interpreta el derecho que se reconoce; así una interpretación restrictiva, reconocería en éste, un derecho para el niño a *participar judicialmente como parte*, siendo en consecuencia procedente a su respecto, un análisis objetivo de lo que dice. Luego, resulta lógico que, analizado bajo los mismos criterios que se toman para el caso de los mayores de edad, no sea posible tener en cuenta sus opiniones mientras no esté en condiciones de formarse un juicio propio. Sin embargo, al realizar el mismo análisis interpretando la norma de acuerdo a su fundamento, parece ser que lo que se pretende con ella, es la *obtención de información* relativa al niño, que solo él, por tratarse de una persona digna (de donde, según veremos más adelante, proviene su individualidad) está en condiciones de proporcionar. Así se entiende que palabras, gestos, o cualquier otra forma, no son sino medios a través de los cuales el niño otorga dicha información y el deber de los jueces es interpretarlos correctamente⁴⁸.

⁴⁶ La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 12 establece: “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, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”. Por su parte, la nueva Ley de Matrimonio Civil, señala en el inciso segundo del artículo 85 que, “Cuando existieren menores de edad comprometidos, el juez deberá considerar especialmente el interés superior del niño, y oír a aquél que esté en condiciones de formarse un juicio propio, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, al resolver todos los asuntos relacionados con su persona o sus bienes”.

⁴⁷ A este respecto, cabe señalar que para algunos autores dicha relativización, es absolutamente pertinente. Resulta ilustrativo lo dicho por la profesora Olga Orlandi, quien declara que, “*No todo menor que pueda expresarse puede ser oído, todo depende de la edad, el grado de madurez y las características del caso, cuestiones éstas eminentemente fácticas*”. Opinión que se encuentra en dirección absolutamente contraria a lo propuesto en esta memoria, toda vez que de aquella, se desprende que no habría entonces un derecho de los niños a ser oídos, sino que solo una *recomendación legal* a los jueces a oírlos, quienes de acuerdo a condiciones fácticas, cuyo alcance es objeto de una apreciación peligrosamente personal, van a determinar si corresponde o no hacerlo.

⁴⁸ Al respecto puede tenerse en cuenta lo dicho por la Comisión II, citada anteriormente, cuando señala que “*El juez debe ser persona idónea para oír al menor y estar preparado profesionalmente para decodificar sus dichos*”.op. Cit. Págs. 270 y ss.

Tanto el constituyente como el legislador en el Código Civil y la nueva Ley de Tribunales de Familia así lo han entendido; en términos tan simples como elocuentes se ha prescrito la obligatoriedad de escuchar al niño o, o bien, tener en cuenta sus opiniones y en la consideración que de ello se haga, relativizar lo que explícitamente haya observado u oído en atención a su edad y madurez.

2.3. Igualdad

Respecto del interés superior del niño y el derecho al que me referí en el número precedente, puede señalarse como nota característica su carácter instrumental, en cuanto forman parte un estatuto general de protección que tiene por objeto ciertos derechos subjetivos fundamentales. Los niños, por diversas consideraciones, no podrían ejercer actualmente algunos de esos derechos y en consecuencia, el legislador y constituyente, cumpliendo con su mandato, cimientan una estructura institucional que vele por la vigencia de los mismos.

Sin embargo, para el caso de la igualdad la situación es distinta; se trata de un principio y derecho cuya existencia se basta por sí sola, justificándose en su propio contenido. La igualdad, en resumidas cuentas, es una pretensión de justicia, predicable para todas las áreas del Derecho, sin distinguir si nos encontramos en Derecho de Familia, Constitucional, Penal, Civil o cualquier otra.

Reconocemos que no sería necesaria la vinculación particular de este principio con alguna área del derecho, pues dada su generalidad y suficiencia participaría de todas ellas.

He preferido hacerlo parte de manera expresa entre los principios integrantes del orden público familiar por tratarse de un derecho cuyo desarrollo y evolución normativa han sido especialmente relevantes en Derecho de Familia; de acuerdo a la tendencia personalista de la que hablamos en el primer capítulo y las reformas legislativas señaladas, es posible afirmar que la igualdad se ha constituido en

pretensión y fundamento del orden público familiar al que en estas páginas nos hemos referido.

No siendo objeto de esta memoria, desarrollar una particular noción acerca de la igualdad, pues al respecto, bastantes trabajos tenemos disponibles, interesa sin embargo precisar, una idea de igualdad, de manera tal que sobre ella, vayamos analizando la situación en que se encuentran diferentes grupos específicos en nuestro derecho, particularmente niños y mujeres, estas últimas en su rol de madres y cónyuges.

Según señala la citada profesora Veloso⁴⁹, *“la idea de igualdad no ignora las diferencias o desigualdades de los seres humanos”*, citando a Francisco Laporta agrega que, *“el núcleo de la idea de igualdad estriba en determinar qué desigualdades son relevantes y cuáles no (...) el análisis de esta justificación se va realizando de acuerdo al denominado test de razonabilidad”*.

Me parece ser ésta la noción de igualdad adecuada para trabajar en lo que viene, por reconocerse en aquella que el meollo del asunto no está en la búsqueda de una definición que verse sobre determinados estados de igualdad, algo así como la dimensión común entre las personas, tarea que podría ser bastante atractiva, sin embargo para otras disciplinas; en Derecho, la igualdad es una noción cuyo contenido y objetivo se relaciona con la búsqueda de justificaciones bajo el prisma de lo racional; cuál es la justificación razonable para la existencia de determinadas diferencias o bien, bajo qué condiciones existenciales es necesario establecer diferencias, son, a mi juicio, las preguntas en que la igualdad encuentra su objeto. En ese sentido, es ilustrativa la mención que se ha hecho de los derechos y principios calificados como parte de un estatuto de protección; constituyen un buen ejemplo en la que dicha igualdad se materializa.

⁴⁹ VELOSO, P. op. Cit. Pág. 17

2.4. Derechos Fundamentales y Dignidad

Según se señaló en la nota al pie número 3 de esta memoria, la idea de Derechos Fundamentales en que se apoya lo propuesto, es una noción que incluye los derechos y libertades fundamentales que se encuentran consagrados tanto a nivel constitucional como internacional. La exigencia estructural que importa dicha consagración, permite identificar un grupo específico de derechos, cuya vigencia es un hecho objetivo, indiscutible y de contenido relacionado. No se concibe la existencia de unos en contradicción de otros; todos forman parte del sistema de Derecho que rige en un lugar y momento determinados, pues, como ha sido anotado por el prestigioso catedrático, Robert Alexis, *“sin una consideración sistemático-conceptual del Derecho, no es posible la ciencia del Derecho como una disciplina racional”*⁵⁰. Además, cabe mencionar, la inconveniencia de predicar la existencia de una jerarquía entre los mismos, asumiendo que de lo contrario y para los casos en que exista colisión, se estaría desconociendo la vigencia de algunos de ellos por tener que suprimirlos para el caso concreto. En términos utilizados por el profesor Ruiz-Tagle, *“la anulación o privación de eficacia es precisamente el efecto que se produce con las concepciones que (...) establecen órdenes rígidos o jerarquías que se suponen de la aplicación total o absoluta para la resolución de todos los conflictos entre derechos”*⁵¹

⁵⁰ ALEXIS, R. “Teoría de los Derechos Fundamentales”. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997. Pág. 45. Asimismo ha sido declarado por el Tribunal Constitucional chileno cuando señala que, *“la Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquier interpretación que conduzca a anular o privar de eficacia algún precepto de ella”*. Ver fallo de fecha 03 de Marzo de 1998 de 24° juzgado civil de Santiago en autos Rol No. C-3634-95.

⁵¹ RUIZ-TAGLE, P. “Una dogmática general para los Derechos Fundamentales en Chile”, Revista de Derecho Público, vol. 63. Pág. 189

Junto con anotarse las consideraciones señaladas, debe reconocerse que entre los Derechos Fundamentales habría algo en común, que obviamente trasciende a su denominación.

Centrar la problemática en rededor del origen de los mismos -lo que en resumidas cuentas, significaría enfrentar el punto desde una perspectiva estructural - deviene en una discusión impertinente; el tema sería entonces la pregunta acerca de su validez, cuestión que se aleja del objeto de esta memoria. Sin embargo y como se verá, en el nivel que corresponde a su contenido habría un fundamento característico y común a todos ellos.

Teniendo en consideración que entre las expresiones derechos naturales, humanos, fundamentales, libertades públicas y otras, se encuentra presente una pretensión moral y racional conjunta, se vuelve indiscutible que además de la dimensión y presupuestos éticos involucrados, existe una dimensión positiva, justificante y necesaria para su vigencia. Luego, parece ser que la denominación propuesta sería la más adecuada entre las señaladas para satisfacer la existencia de ambas dimensiones. Con libertades públicas por ejemplo, se corre el riesgo de abandonar la dimensión moral de dicha pretensión, reduciendo el asunto a una cuestión meramente positiva, a saber, la existencia o no de un derecho para el caso específico; por su parte con la expresión Derechos Humanos, comúnmente se hace referencia a pretensiones de justicia de carácter histórico - cultural, sin importar si éstas se encuentran o no positivizadas; extremo es el caso de la expresión Derechos Naturales, de la que en su propio nombre puede observarse la carencia de argumentos de carácter positivo. Por el contrario, según acertadamente anota Peces-Barba, *“Derechos Fundamentales puede comprender, tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana (...) y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del*

ordenamiento (...) Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica"⁵².

Ahora, habiendo precisado el objeto, determinado la juridicidad básica - la Constitución, los tratados y convenciones internacionales - resta señalar el fundamento o punto común que existe entre ellos, esto es, la moralidad básica a la que el autor se refiere, de manera tal de poder entenderlos y aplicarlos con sentido.

Con respecto a dicho objeto, es fundamental tener en cuenta que el elemento común a los derechos señalados no se encuentra positivizado y estructurado como "*uno de ellos*", so pena de ser cuestionable en su propio ámbito⁵³.

Luego, lo que en estas líneas se busca es precisamente un elemento común, autónomo y externo; un principio fundamental en el que Derechos Fundamentales, Orden Público, derechos y deberes en general, puedan justificarse. Parece ser una valoración subjetiva, que desde un punto de vista axiológico, se le ha reconocido vigencia.

En términos utilizados por el positivismo radical, haríamos referencia a la norma fundamental hipotética a la que el reconocido autor alemán, Hans Kelsen, se refiere⁵⁴. Sin embargo, aquella tiene una pretensión justificante en el área de lo

⁵² PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General. Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999. Págs. 37.

⁵³ Imaginemos que justificáramos la existencia de los Derechos Fundamentales consagrados en nuestra Constitución a propósito de una idea general de Libertad; para los casos en que la libertad, entrara en conflicto con algún otro Derecho (con la igualdad sucede todos los días), tendríamos que reconocerle una vigencia irrestricta, es decir, reconocerle un carácter absoluto y prevaleciente sobre el otro derecho, pues es el fundamento de aquél. Esto trae como consecuencia problemas tanto prácticos como teóricos, que vuelven inconsistente esta posibilidad. De hecho, la Dignidad, no es reconocida como derecho propiamente tal en los términos enumerados en el artículo 19 de la Constitución, sino en cambio, señalada como punto de referencia, en el artículo 1 de la misma, de lo cual se desprende, en primer lugar, su carácter fundamental y justificante y luego, la distinción que habría entre ella y los Derechos Fundamentales que la misma Constitución reconoce como tales.

⁵⁴ KELSEN, H. "Teoría Pura del Derecho", Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1999. Págs. 111 a 126.

positivo; mientras que lo que ahora se pretende es encontrar el punto de referencia en la dimensión ética o moral señalada.

Sin que exista una comprobación de carácter empírico donde pueda constatarse un consenso específico, parece ser que es en la idea que trasciende al reconocimiento del ser humano como un sujeto digno, de donde pueden derivarse consecuencias normativas como las señaladas a lo largo de este capítulo.

Una justificación teórica de tal afirmación podría ser objeto de miles de páginas - de hecho lo ha sido - sin embargo, por no ser aquel el cometido de este trabajo, para cerrar el capítulo, sólo quisiera hacer una breve remisión a los principios antes dichos y a otros que por generales se omitieron, en que queda de manifiesta dicha relación.

En primer lugar y con respecto a la igualdad, la exigencia de razonabilidad que se estableció como necesaria para la realización de diferencias entre destinatarios, obedece a la consideración de aquellos como iguales; iguales en dignidad y derechos, en los términos utilizados en la propia Constitución⁵⁵. Luego, como se dijo, el interés superior del niño y el derecho del mismo a ser oído, se remite a la consideración de aquellos como sujetos de Derecho, y en consecuencia destinatarios del ordenamiento jurídico en igualdad de condiciones que el resto de las personas, lo que hace extensible a su respecto igual conclusión. Asimismo, la libertad, principio fundamental que recorre toda la historia constitucional y republicana de la se tengan antecedentes, se funda en el reconocimiento de la persona en cuanto a su capacidad de autodeterminación e individualidad, ambas propiedades que descansan en la dignidad señalada en los argumentos precedentes.

Finalmente quisiera anotar, atendiendo la pretensión universal y el carácter general que se le atribuye a sus normas, el Pacto Internacional de Derechos

⁵⁵ Véase Artículo 1.

Económicos, Sociales y Culturales de 1966, en cuanto señala y reconoce que los derechos que se consagran en aquel -vinculantes y reconocidos por numerosos Estados, entre los que se encuentra Chile⁵⁶- *se desprenden de la dignidad inherente al ser humano*, lo que va en absoluta concordancia no sólo con lo dicho hasta ahora, sino además, con la tendencia personalista de la que se habló en el capítulo anterior y la evolución normativa que se desarrolla en al menos, los ordenamientos jurídicos pertenecientes a los países del mundo occidental, tanto a nivel local como internacional.

⁵⁶ Promulgado por Decreto 326, publicado en el Diario Oficial N° 33.382 de 27 Mayo de 1989.

CAPÍTULO IV

ORDEN PÚBLICO FAMILIAR Y SU VINCULACIÓN CON LOS ASPECTOS SUSTANTIVOS DE LA RELACIÓN FILIAL PERSONAL

1. Introducción

No obstante la demanda académica y teórica que existe respecto a los temas que venimos tratando, no tiene mucho sentido abocarnos a la tarea propuesta si llegado el minuto, no es posible aplicarla al caso concreto, o la situación específica en que instituciones, correspondientes a la rama sobre la que versa, tienen presencia.

Con objeto de materializar lo señalado en los capítulos precedentes, es que en adelante pasaremos revista sobre algunas instituciones de Derecho de Familia, en que se aplican o ven reflejados los principios enunciados; casos en los que, a partir del orden público familiar, puede establecerse la inconstitucionalidad de preceptos que actualmente son reconocidos como vigentes.

En lo principal, el tema propuesto, circunda las temáticas relativas a la autoridad parental, tanto en su aspecto personal como patrimonial. Sin embargo, de acuerdo al objeto de esta memoria, sólo nos remitiremos a lo relativo a la relación filial personal.

No obstante lo anterior, hay que hacer presente la necesidad de establecer un régimen unificado de las relaciones filiales, integrando a la dimensión personal, los aspectos relativos a la relación filial patrimonial. El punto de conexión debe establecerse en función del origen de ambas, esto es, el nexa filiativo, que trasciende a los argumentos dados para justificar la separación de estas

instituciones, que además no representan en absoluto el espíritu de la nueva legislación, ni la normativa internacional que rige la materia⁵⁷.

En cuanto a lo anterior, son pertinentes las palabras pronunciadas por el Presidente de la República de la época en el mensaje con que se inicia el proyecto correspondiente a la nueva Ley de Filiación, donde afirma que con ésta, *“la patria potestad deja de tener la connotación puramente patrimonial que siempre se le ha dado en nuestra legislación (...), pasando a considerarse dentro de ella, también, el aspecto personal, que involucra el deber de los padres de velar por sus hijos, cuidarlos, alimentarlos y educarlos, así como el conjunto de derechos y obligaciones que existen en una relación filial⁵⁸”*, quedando de manifiesto el correcto y moderno -en atención a la forma en que se trata el tema en legislación comparada, como la española, peruana o boliviana - entendimiento que tenía sobre la materia. Sin embargo finalmente, en esto, el proyecto original no prosperó.

Consecuencia de lo anterior, permanece vigente aún, la necesidad de replantear la discusión en torno a la materia, siendo discutible la constitucionalidad de la forma en que se resolvió; con ello se vulneran derechos relativos a la igualdad,

⁵⁷ De acuerdo a lo propuesto por Fernando Fueyo Laneri, dicha separación *“provino, tal vez de la diferencia de titularidad de derechos en uno y otro caso (refiriéndose a la autoridad paterna y la patria potestad); en el primero, don Andrés Bello, admitió la comunidad de derechos de ambos cónyuges y en el segundo - según el Código Civil original - no se concedió derechos a la madre”*. Consultado En: SCHMIDT HOTT, C. “De las relaciones parentales conforme al nuevo estatuto filiativo y especialmente de la relación filial personal”. Material de apoyo, curso Taller de Memoria, “Aspectos Sustantivos de la nueva Ley de Tribunales de Familia”, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2006, Pág. 3. Además cabe tener presente, las razones expuestas por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del H. Senado, cuando señala que *“conservar ambas instituciones separadas, en nada afectaría a la esencia del proyecto (refiriéndose a la nueva Ley de Filiación), más aún cuando, en lo que respecta a la patria potestad (...) debe tenerse presente que sus reglas en la práctica serían de aplicación excepcional, puesto que lo normal es que los hijos no emancipados carezcan de bienes”*. Esta última opinión es rechazada categóricamente por la profesora Schmidt, argumentando que se fundamenta en una concepción restringida sobre la patria potestad, *“olvidando que ésta también, implica la representación legal de los hijos no emancipados, para cuyo ejercicio no necesariamente, éstos han de tener bienes”*. op. Cit, Pág. 3 y 4. Conclusión con la que me encuentro de acuerdo, sumado además a la falta de consistencia que hay en la admisión de un defecto legislativo - en cuanto la separación, como se verá, se fundamenta en un argumento discriminatorio - por la escasa aplicación práctica, cuestión por sí sola inaceptable.

⁵⁸ Mensaje N° 198 B 326. Consultado En: SCHMIDT HOTT, C. op. Cit., nota al pie número 5.

consagrados no sólo en la Constitución⁵⁹, sino además, en instrumentos de carácter internacional, como lo es, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que en su artículo 16 número 1 señala que, *“los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: letra d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial”*⁶⁰.

A pesar de lo dicho y sólo por ser éste el objeto propuesto, en adelante, voy a referirme exclusivamente a las instituciones correspondientes a la relación filial personal, distinguiendo en ella, los diferentes aspectos que la comprenden.

2. De la Relación Filial Personal

Esta materia es abordada por el legislador en el título IX del Libro I del Código Civil, denominado *“De los Derechos y obligaciones entre los padres e hijos”*.

En atención a la profunda confusión que existe respecto a los temas que se tratan en dicho título, la tozudez del medio para entender las instituciones que se contemplan de acuerdo a los principios verdaderamente inspiradores en la materia y la aberrante legislación precedente -de tan sólo un par de años atrás- creo conveniente reparar en la inaptitud de la nominación existente para provocar un cambio real y sustantivo en la lectura de los artículos que comprende, toda vez que así parece mantenerse la cuestión de acuerdo a los criterios patrimoniales

⁵⁹ op. Cit. Artículo 19 número 2.

⁶⁰ Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Texto promulgatorio, decreto N° 789, D.O. N° 33.542 de 09 de Diciembre de 1989.

que inspiraron la legislación precedente; es decir, los conceptos clásicos o tradicionales de obligación y derechos subjetivos⁶¹ .

El concepto de obligación patrimonial, cuyo contenido puede obtenerse de la lectura del artículo 1.460 del Código Civil, tiene su argumento en la prestación que en calidad de deudor, debe realizar una de las partes, en beneficio de la otra. Se produce una compensación de prestaciones recíprocas, que por lo demás, de acuerdo a teorías y principios generales del Derecho deben ser equivalentes⁶² .

Por el contrario, en Derecho de Familia, las *obligaciones* a las que se refiere el capítulo de la Relación Filial Personal, gozan de contenido propio; habiendo sido determinado el nexo filiativo, por ese sólo hecho, es posible afirmar la existencia del deber, sea tanto para los hijos como para los padres y el contenido de dicho deber es susceptible de ser determinado en atención a factores de naturaleza diversa a los que justifican la contraprestación en materia civil patrimonial, como por ejemplo ocurre en el caso del artículo 232 del Código Civil, que establece el deber de los abuelos, en caso de ausencia o insuficiencia de los padres, de alimentar y educar a sus nietos, supuesto en el que no ha habido una prestación original que de lugar al deber impuesto, sino que arranca de un deber de carácter ético o moral, como lo son el socorro y colaboración al interior del grupo familiar. En atención a lo señalado es que se propone como necesaria, la revisión del epígrafe con que se nomina el Título IX del Libro I del Código Civil, estableciéndose alguno, cuyos términos denoten claramente la particular naturaleza, tanto de los deberes como de los derechos funciones, que corresponden a los sujetos de la relación filial.

⁶¹ “ *Los derechos que les asisten a los padres y que el ordenamiento jurídico les reconoce, no se garantizan en su interés propio, sino que en el del hijo, de allí que suela hablarse de “Derechos-Funciones”, o de “Facultades que integran la autoridad de los padres en el interés primordial de los hijos”.* SCHMIDT HOTT, C. op. Cit. Pág. 5.

⁶² Como por ejemplo ocurre con la *Teoría de la Imprevisión*, en que, por el acaecimiento de un hecho o circunstancia imprevisible, una de las partes resulta excesivamente gravada, cesando en tal caso, la obligación de cumplir con su prestación, al menos en los términos que originalmente fue convenida. Sin embargo, dicha teoría no goza de reconocimiento legal en nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, como es lógico pensar y de acuerdo a lo establecido en la propia Convención sobre los Derechos del Niño, el lugar ideal en que se ejercen los aspectos relativos a la Relación Filial Personal, es el seno de la familia⁶³ -en la que conviven ambos progenitores con sus hijos- no es menos cierto que las situaciones de conflicto, en que se hace necesario un orden legal claro y coherente, tienen lugar precisamente cuando el mencionado grupo se desestabiliza. Así, los asuntos relativos a la tuición, relación directa y regular, cuidado personal de la crianza y educación u otros, son instituciones que en la generalidad de los casos, se debaten por primera vez al momento de producirse un quiebre al interior del grupo familiar⁶⁴ .

Luego y considerando además que el origen de los deberes y derechos funciones a los que nos referimos, se fundamentan en la relación filial y que dicha relación no depende de la forma en que la familia se estructure⁶⁵ -de lo contrario no se ve, cómo justificar, por ejemplo, la extensión de los deberes alimentarios respecto de los consanguíneos en línea recta a partir del segundo grado - , es necesario un cambio en la mentalidad del legislador - y del lector- en los que respecta a los

⁶³ Señala en su preámbulo que, *“convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”*. op. Cit.

⁶⁴ *“El presupuesto ideológico sobre el que se sustenta toda la regulación del tema, se basa en la inestabilidad del conflicto, en la imposibilidad de los cónyuges de arribar por sí mismos a soluciones para las crisis que atraviesan. Se garantiza por parte del sistema, que la solución a sus dificultades les será provista por la ley a través de la decisión judicial”*. POLAKIEWICZ, M. op. Cit. Pág. 315.

⁶⁵ En atención a que en el Código Civil no se ha dado una definición de lo que es FAMILIA, han existido numerosas opiniones tendientes a acotar lo que debe entenderse por ésta; una concepción restringida de familia, compartida por gran número de autores de Derecho Civil, la acota al elemento de convivencia, de manera tal que en caso de producirse la separación entre los padres, se produciría la desaparición del *“elemento fundamental”*, llegando incluso a señalarse, que *“esta desaparición genera por sí misma, la atenuación en el contralor de la educación, en el respeto debido al otro cónyuge...hasta llegar al desentendimiento total y definitivo.- Si se trata del Divorcio Vincular, desaparece lisa y llanamente la familia”*. LÓPEZ DE CARRIL, J. *“El Discurso peyorativo y su influencia en la conservación de la tenencia o guarda de los hijos”* Pág. 69. Consultado En: POLAKIEWICZ, M. op. Cit. Pág. 297. De otra parte, la Corte Europea de Derechos humanos se ha pronunciado específicamente en la materia, señalando que *“el respeto a la vida familiar asegurado por la Convención Europea de Derechos Humanos (Art. 8), no permite distinguir entre familia legítima y familia natural, lo que además constituiría una discriminación fundada en el nacimiento, violatoria de la Convención (Art. 14). Por ello, para permitir el desarrollo normal de la vida familiar de una madre soltera y de su hijo, el Estado no debe establecer una discriminación fundada en el nacimiento”*. Consultado En: VELOSO, P. op. Cit. Pág. 21.

artículos pertinentes, pues, como luego de tanto insistir se concluye, los hijos de padres separados o divorciados, tienen los mismos derechos que todos los niños y la *“especificidad de su situación no puede adquirir una envergadura tal, que modifique o restrinja la plenitud de sus derechos, y especialmente el derecho a la parentalidad, y a vivir en una familia⁶⁶”*.

A continuación pasaremos revista por las tres esferas que dan contenido a la Relación Filial Personal, deteniéndonos en cada una de ellas con objeto de comentar en qué medida y de qué forma se relacionan con el contenido del Orden Público Familiar.

2.1. Deberes de los hijos respecto de sus progenitores y eventualmente respecto de los ascendientes:

A su vez dentro de esta esfera, pueden distinguirse dos tipos de deberes:

2.1.1. Respeto y obediencia

Este deber se encuentra consagrado en el artículo 222 del Código Civil, con el que se da comienzo al título de la Relación Filial Personal.

Respecto a lo que interesa al objeto de esta memoria, cabe anotar que, en dicho artículo, se materializan al menos dos de los principios enumerados como integrantes del orden público familiar, a saber;

- el interés superior del niño, en cuanto, el mismo artículo, inciso segundo, aunque sin realizar una declaración expresa, pareciera establecer como premisa o condición para la vigencia del deber de los hijos, el de los padres en cuanto *a preocuparse fundamentalmente por la mayor realización material y espiritual de los hijos, prescribiendo además la obligación de guiarlos en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*. De manera tal que el mencionado deber cesa en circunstancias que su cumplimiento signifique un menoscabo para tal ejercicio;

⁶⁶ POLAKIEWICZ, M. *Ibíd.*

- Asimismo, es pertinente anotar que con la modificación introducida por la Ley 19.585, se consagra este deber de los hijos respecto del padre y de la madre, en igualdad de condiciones derogándose el antiguo artículo 219 que señalaba que *los hijos estaban esencialmente sometidos al padre*. Con esto se concretiza el principio de igualdad ante la Ley del artículo 19 número 2 de la Constitución, además de cumplirse con el artículo 16 N° 1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, que prescribe que los *Estados Partes - caso de Chile - adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares (...)*.

2.1.2. Cuidado y Socorro

Este deber se encuentra contemplado, bajo tres hipótesis, en el artículo 223 del Código Civil: *(i) en su ancianidad, (ii) en estado de demencia y (iii) en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren de sus auxilios*. Luego, de acuerdo al inciso segundo del citado artículo, el deber señalado se hace extensible a *todos los demás ascendientes, en caso de inexistencia o insuficiencia de los inmediatos descendientes*. Cesa el deber respecto del hijo que, en términos del artículo 324 del Código, haya sido abandonado en su infancia, *cuando la filiación haya debido ser establecida por medio de sentencia judicial contra su oposición* (la del progenitor).

En esta norma se ven concretados el principio de igualdad, tanto respecto de los hijos, en cuanto no distingue entre hombres o mujeres, como de los padres y ascendientes, que bajo las hipótesis señaladas y con independencia de su sexo, son beneficiarios de dicha obligación.

Además, aunque según vimos en el capítulo pertinente, en todos los derechos a los que nos referimos existe una relación sustantiva con la dignidad, parece ser que en este caso, habría una manifestación directa de la misma, habiéndose preocupado el legislador específicamente de velar por los ascendientes, en caso en que éstos se encuentren en estado de necesidad, cuestión que

indudablemente tiene que ver con el reconocimiento de aquellos como destinatarios del ordenamiento jurídico, en cuanto sujetos de Derecho, dignos y por tanto, merecedores de tutela jurídica especial. Con esto último reforzamos lo que se afirmó al momento de pronunciarnos respecto del Interés Superior del Niño, dado que, tal como en ese caso, el legislador, establece un estatuto o normas especiales de protección, por no poder aquellos ejercer sus derechos de manera espontánea o directa.

2.2. Deberes de los progenitores y eventualmente de los ascendientes respecto de los hijos o descendientes respectivamente.

Hay que tener presente que, como se dijo, el origen de los mismos se encuentra determinado en atención a la calidad de progenitores o ascendientes y no de su pertenencia al grupo familiar, de manera tal que la discusión acerca de lo que se entiende por familia y la existencia o no de convivencia, es una cuestión que no tiene relevancia para la vigencia de los deberes que se señalan.

2.2.1. Cuidado personal de la crianza

De acuerdo a la doctrina establecida por el profesor Fernando Fueyo, el mencionado deber comprende la prestación de los más variados socorros⁶⁷. Asimismo ha sido reconocido en términos generales en la Convención sobre los Derechos del Niño⁶⁸, cuestión cuyo entendimiento resulta fundamental para lo que en adelante se señala, teniendo presente que aún es recurrente observar

⁶⁷ FUEYO LANERI, F. Derecho Civil, Tomo Sexto, Derecho de Familia, Vol 1, Santiago, Imp y Lito. Universo S.A., 1959, Pág. 346. Consultado En: SCHIMDT HOTT, C. op. Cit. Pág. 6.

⁶⁸ Artículo 3, número 2: *Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.*

declaraciones públicas o privadas, en las que se hace equivalente el mencionado deber con lo que tradicionalmente se ha llamado *tuición o cuidado personal*.

El tema se encuentra regulado en los artículos 224 y siguientes del Código Civil, estableciéndose como regla general, caso en que los padres e hijos convivan, que este deber corresponderá a ambos de consuno.

Aparentemente, y con independencia al tema relativo a la denominación, la disposición iría por el camino correcto, en cuanto no distingue ni califica a los progenitores respecto de dicho deber. Sin embargo, sólo con lo dicho, puede anotarse como primer problema el hecho de establecerse el deber conjunto sujeto a la circunstancia de convivencia entre los padres, cuestión improcedente, de acuerdo a lo que hemos venido afirmando.

En efecto, de acuerdo a lo establecido en el artículo 18 de la Convención sobre los derechos del Niño, *ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño*, agregando, que *su preocupación fundamental será el interés superior del niño*. Luego, no señala, ni hace referencia implícita, a la convivencia como criterio relevante en cuanto a la existencia de dicho deber; al respecto es pertinente citar las palabras de Marta Polakiewicz quien señala que, *“entenderlo de otra manera significa introducir una violación al principio de no discriminación, en función del estado civil o la decisión de los padres de convivir o no, respecto del derecho de los hijos a ser criados por ambos padres, sin supremacías de uno respecto del otro”*⁶⁹.

Además, cabe citar como sustento normativo de tal afirmación, cual es, el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece el derecho de los hijos a no ser separados de sus padres; esto en relación con el artículo 2 que prescribe la obligación de respetar los derechos consagrados en la Convención, con independencia a la condición en que sus padres se encuentren.

⁶⁹ POLAKIEWICZ, M. op. Cit., Pág. 298.

Con respecto al artículo 225, conviene hacer un tratamiento separado, toda vez que los términos, razonamientos y criterios que el legislador utilizó en la redacción del mismo, dan origen a una multiplicidad de dificultades, todas ellas de relevancia constitucional.

Comenzando con el inciso primero, encontramos el problema originado en la *atribución legal de la tuición o cuidado personal*, cuestión cuya inconstitucionalidad resulta axiomática, más todavía si consideramos lo señalado por las convenciones internacionales citadas con anterioridad.

El asunto relativo a la atribución legal de la tuición o cuidado personal -haciéndola extensiva a los deberes relacionados con la crianza- en su aspecto constitucional, se relaciona con la violación de los Derechos del Niño establecidos en la convención y que de acuerdo al artículo 5 inciso 2 de la Constitución, tienen vigencia en Chile.

En efecto, en el Código Civil, el asunto se encuentra tratado desde la perspectiva de los padres, es decir, se establece una atribución o potestad a uno de ellos en virtud de la cual goza del derecho de criar a sus hijos, mas no desde el punto de vista de estos últimos, como corresponde de acuerdo a los términos en que trata la materia, la Convención sobre los Derechos del Niño en sus artículos 9 y 2 y en particular el artículo 7, que establece el derecho del niño a *conocer y ser cuidado por sus padres* (ambos)⁷⁰.

⁷⁰ En el mensaje con que se presenta al Congreso Nacional, el proyecto de reforma que da lugar a la nueva Ley de Filiación, luego de señalarse la necesidad de incorporar a la patria potestad, el contenido propio de la relación filial personal, en el punto 5.4 se declara: “*se deja establecida una cuestión que por evidente a veces se olvida, cual es que la patria potestad no se ejerce en interés de los padres, si no en beneficio de los hijos, a quienes en más de una ocasión el juez tendrá que oír, si poseen suficiente discernimiento*”. Consultado En: Mensaje de S.E. el Presidente de la República que Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de Filiación (Boletín número 1060-07) correspondiente a la 25 sesión ordinaria del Congreso, de fecha 10 de Agosto de 1993.

La crianza es un deber de los progenitores, cuyo beneficiario es el hijo, siendo plausible sostener que este último tiene un derecho a este respecto. Pues bien, las condiciones en que los primeros han decidido o han podido mantener su respectiva relación, no guarda correspondencia con la que, a su vez, deben a los hijos. En este orden de cosas, no podría ejercerse legítimamente el *derecho* que, de acuerdo al mencionado artículo, corresponde a la atribución legal que se realiza a la madre, si esto significa la exclusión del padre, como viene ocurriendo⁷¹.

A mayor abundamiento, el inciso segundo del artículo 225, concede la posibilidad de que los padres acuerden una atribución distinta a la legal, con lo que se ratifica la perspectiva asumida por el legislador en la materia. Siendo los hijos los beneficiarios del deber que tienen los progenitores en cuanto a su crianza, no resulta coherente que aquellos puedan, mediante acuerdo, hacerse ajenos a los deberes correspondientes.

La disposición antes referida arroja además problemas de constitucionalidad relacionados con desigualdad ante la ley, en cuanto se establece una discriminación arbitraria de los hijos que no viven con ambos padres, respecto de los que sí gozan de tal condición, otorgándoles a los primeros un tratamiento injustificadamente desigual en cuanto al goce de sus derechos. Además, y dentro de aquella inconstitucionalidad, se establece una discriminación arbitraria en contra del padre o la madre, según se le mire, toda vez que, la determinación

⁷¹ “...cabe una consideración respecto del significado propio de la atribución de la tenencia a uno de los progenitores, como atribución de una facultad o poder a uno de ellos en detrimento del otro (...) La atribución unipersonal de la tenencia, implica la atribución de una cuota de poder en lo relacionado con la parentalidad, que representa una compensación a la cuota de poder económico que conserva generalmente aquel de los padres que no convive con el hijo (...) el progenitor a quien se ha atribuido la tenencia, comienza a apoderarse de los hijos y el otro a apartarse del ejercicio cotidiano de la parentalidad, y a apoderarse del control del dinero” POLAKIEWICZ, M. op. Cit. Pág. 300. De tal comentario pueden extraerse los problemas que surgen de la atribución unilateral de los derechos relacionados con el cuidado personal; por de pronto, los relacionados con la perspectiva equivocada que ubica a los progenitores, y no a los hijos, como centro del asunto y además, la falta de consideración de los hijos como sujetos de Derecho, relegándolos a las consecuencias que resulten de la forma en que se encuentra estructurada la familia y las decisiones que los padres tomen a su respecto, pasando por alto los derechos que de acuerdo a la Convención les corresponden.

prima facie de la madre como progenitor idóneo para la convivencia con el hijo, responde a criterios tradicionalistas, relacionados con la consideración del padre como sujeto encargado del sustento económico de la familia y aquella de las labores domésticas, cuestión que además de alejarse de la realidad, nada tiene que ver con los deberes que corresponden a la crianza, cuyo alcance es inmensamente superior que los domésticos o de sustento, aunque comprende ambos.

He decidido dejar para el final el problema de constitucionalidad relacionado con el interés superior del niño, que, en los términos en que ha sido tratado a lo largo de esta memoria, tiene que ver con el pleno goce de los derechos que a los mismos les corresponden en su calidad de personas.

Al respecto, cabe insistir en la necesidad de producir un cambio en la perspectiva con que se enfrenta el tema en sede legislativa y judicial; el cuidado personal de la crianza es como contrapartida al deber de los progenitores, un derecho que tiene el hijo y en consecuencia, el legislador debe, en sentido absolutamente contrario a como la ha hecho hasta ahora, tender a garantizar su ejercicio. Luego, la atribución legal que se realiza a través del artículo 225 y más aún, la posibilidad que se otorga a los padres de acordar la unipersonalidad en el ejercicio del deber en comento, importa un desconocimiento del interés superior del hijo en cuanto al goce, que de conformidad los preceptos citados de la Convención sobre los Derechos del Niño le corresponden.

En este escenario, lo recomendable sería que la lectura del artículo 225 sea restringida, interpretándose que el cuidado personal y tuición a la que éste se refiere se limita exclusivamente a la unidad de domicilio, alcance que, según veremos, está asimismo sujeto a cuestionamiento. Luego, de conformidad con el mismo y producida la separación de los progenitores, en principio, el hijo debe permanecer en el domicilio materno, siguiendo plenamente vigente su derecho a ser criado por ambos padres y el deber de éstos en ese sentido.

Con lo anterior se está velando por la coparentalidad que expresamente se encuentra reconocida como derecho de los niños, de conformidad con el artículo séptimo de la Convención.

2.2.2. Cuidado Personal de la Educación

De acuerdo a lo señalado en el artículo 224 del Código Civil, *“toca de consuno a ambos padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de (...) la educación de los hijos”*. Por su parte, el inciso segundo del artículo 19 número 10 de la Constitución Política de la República establece que, *“los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos”*, tratamiento seguido por el artículo 236 del Código Civil que, sin hacer distinción entre uno y otro progenitor, prescribe que éstos tienen de consuno el derecho y el *deber de educar a sus hijos, orientándolos hacia su pleno desarrollo en las distintas etapas de su vida*.

En dichos términos, se materializa el principio de igualdad ante la ley, en cuanto a los deberes de los padres respecto de sus hijos, toda vez, que la condición *hombre o mujer*, no representa un criterio relevante para la materia, cuestión que se encuentra conforme con lo establecido en el citado artículo 16 número 1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

La mencionada regla admite sólo dos excepciones, a saber; (i) si el hijo sólo ha sido reconocido por uno de los progenitores, sólo a éste corresponde y (ii) el caso del hijo de filiación indeterminada, en que el cuidado personal de la educación corresponde a la persona designada por el juez.

Con respecto a los hijos, cabe señalar que en las normas citadas, se plasma en la ley, el derecho esencial que, de acuerdo al artículo 28 número 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, tienen aquellos a recibir educación, cuestión a la que

Chile se encuentra obligado en virtud del artículo 5 inciso 2 de la Constitución. Asimismo, y por los términos en que ha sido redactada, se verifica en la misma, la igualdad entre los hijos; una vez que ha sido determinada la filiación, todos ellos gozan del derecho a recibir educación.

Además, es pertinente señalar que el deber referido ha sido interpretado en sentido amplio, teniendo en cuenta que *“refiriéndose el legislador a los alimentos legales debidos a los descendientes (art. 323 inc. 2 y 332 inc. 2 del Código Civil), establece reglas claras que determinan la extensión en el cumplimiento efectivo de este deber en lo que se refiere a la escolaridad y a los estudios superiores”*⁷². De acuerdo a lo consignado en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, realizada con fecha 20 de Noviembre de 1996, se propuso que el texto que se refiere a la extensión señalada, sea limitado a los veintiún años de edad, salvo que los beneficiarios se encuentren cursando estudios profesionales encaminados a la obtención de un oficio, extendiéndolo en ese caso hasta los veinticinco años. Sin embargo, el límite definitivo se consagró en los veintiocho años de edad, en consideración de la Comisión de fecha 22 de Julio de 1998, que tuvo en cuenta que, *“por regla general, los padres apoyarán a sus hijos hasta que concluyan sus estudios y habida consideración, de que los estudios pueden haberse iniciado a una edad más avanzada y que hay carreras profesionales de larga duración, por lo que en la práctica, si se fija una edad baja recaerá esa carga solamente en aquél de los padres que tenga el cuidado personal”*⁷³. Cuestión que, no obstante contradecir el origen normativo de los deberes relativos a la educación de los hijos, resulta práctica para la solución de casos de acuerdo a la realidad de los mismos. Personalmente, no soy partidario de consideraciones de este tipo; me parece que el deber del legislador es entre otros, ser coherente y sistemático en orden a los mandatos que establece y para el caso, el deber de educación y los deberes alimentarios a los que se refiere, no guardan relación con la tuición o cuidado personal, siendo en consecuencia

⁷² SCHMIDT HOTT, C. op. Cit. Pág.7

⁷³ SCHMIDT HOTT, C. op. Cit. Nota al pie número 19.

improcedente la consideración de esta última para la determinación de contenido de los primeros.

Además, puede anotarse que, de conformidad con el artículo 230 del Código Civil, en caso que el hijo tuviera bienes propios y siendo necesario, por ausencia o insuficiencia de sus progenitores, los gastos relativos a la educación podrán solventarse con esos bienes, sólo en lo que fuera preciso y así procurar que se mantenga, en lo posible, la integridad de su capital. Finalmente y en el caso de carencia de bienes del hijo, además de la ausencia o insuficiencia de los progenitores, según la modificación introducida por la Ley número 19.741 publicada en Julio de 2001 al artículo 232 del Código Civil, podrá demandarse el cumplimiento del mencionado deber a los abuelos, *pasando en primer lugar a aquellos de la línea del padre o la madre que no provee; y en subsidio de éstos a los abuelos de la otra línea*, sin que sea pertinente en cualquier caso, distinguir si la filiación del hijo ha sido matrimonial o extramatrimonial; en ambos casos, el parentesco se genera sin distinción.

2.2.3. Deber de Establecimiento

El mencionado deber se encuentra regulado en los artículos 231 y 233 del Código Civil, que establecen al respecto, la forma en que se realiza la contribución económica al mismo.

De acuerdo ha sido fallado, éste consistiría en proporcionar a los hijos *“lo necesario para darle una situación firme y duradera como la instalación de un estudio profesional, la adquisición de maquinarias, herramientas o útiles trabajo, y otros semejantes que estén destinados a la colocación estable del hijo”*⁷⁴.

⁷⁴ Fallo publicado en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XLVIII, sección segunda, Pág. 79. Consultado En: SCHMIDT HOTT, C. op. Cit. Pág. 8.

De acuerdo al objeto de esta memoria, no es pertinente detenerse en el análisis del deber en comento, no obstante ser conveniente señalar algunas consideraciones. La primera de ellas es que dicha institución no se encuentra consagrada en Derecho Comparado. Además cabe advertir que en consideración a la naturaleza del deber y la circunstancia de que eventualmente serán titulares o beneficiarios del mismo, hijos incluso mayores de 28 años de edad, no se aviene con la realidad de nuestra sociedad ni con el objeto que persiguen los estatutos de protección que han sido consagrados, tanto a nivel de Derecho Internacional como de Derecho Interno, respecto de los niños o hijos⁷⁵.

Terminando con los deberes relativos a la relación filial personal, cabe destacar lo señalado en el artículo 241 del Código Civil según el cual, y para cuando el hijo se encontrare en urgente estado de necesidad, dada la ausencia o insuficiencia de sus padres, se *presumirá la autorización de aquellos para la sumministrazione que le hagan, por cualquier persona en razón de alimentos, habida consideración de su posición social*; agregado final que importa una discriminación injusta y arbitraria en contra de los hijos que representan aquella parte de la sociedad de precaria existencia material. Insistimos en la necesidad de dar lectura a los asuntos relativos a la materia, desde la perspectiva de los hijos, de los derechos que éstos gozan en su calidad de personas, y en la existencia de deberes a su respecto, con independencia a factores tales como su sexo, existencia material o posición social, pues se trata de una materia cuya vigencia y aplicación resulta ser el mínimo exigible para el reconocimiento de aquellos como sujetos de Derecho, de manera tal que, aunque resultaren discutibles los términos en que se determine el cumplimiento de estos deberes a terceros distintos de aquellos que por mandato legal tienen el deber de contribuir, si puede exigirse al legislador, que evite la utilización de expresiones tales como la posición social o la existencia material del niño, cuestión reprochable no sólo desde un punto de vista moral, si no además, a la luz de las Convenciones ratificadas y vigentes en Chile y los derechos constitucionales relativos a la materia.

⁷⁵ SCHMIDT HOTT, C. Ibidem.

Finalmente, quiero referirme al artículo 240 del Código Civil, que representa, de manera extrema, la falta de entendimiento del legislador en la materia.

Habida consideración de los principios que inspiraron la reforma legislativa en materia de Filiación, Tribunales de Familia y Matrimonio Civil, entre los que destacan el interés superior del niño, la igualdad ante la ley y la dignidad de las personas, no se comprende la existencia de artículos como el que pasamos a comentar.

En aquél, se consagra el derecho legal de retención que tiene el tercero, que, en la ausencia de progenitores, hubiera criado y alimentado al hijo, en contra de los padres, mientras estos últimos no hayan cancelado el monto en dinero correspondiente a los gastos en que el tercero hubiera incurrido con ocasión de la educación y crianza del niño, condición previa a la autorización del juez que resolverá el asunto. Este último sólo la concederá, según el inciso segundo del citado artículo, en la medida que hubieren causas graves que justificaren la conveniencia para el hijo de proceder en tal sentido.

La mencionada disposición resulta ser abiertamente contraria a los derechos y principios que con anterioridad se han señalado, en particular a lo que se refiere al interés superior del niño y su reconocimiento como sujeto de Derecho. Así lo han entendido distintos autores, como el caso de Carlos Álvarez quien considera *que el hijo estaría sujeto a un derecho legal de retención ejercido sobre su persona y por ello, esta norma sería contradictoria con tratados internacionales suscritos por Chile y con normas de rango constitucional. Específicamente estaría en contradicción con el artículo nueve de la Convención sobre los Derechos del Niño*⁷⁶, en la cual se consagra del derecho esencial de aquellos a ser criados y

⁷⁶ ÁLVAREZ CID, C. "Derechos y Obligaciones entre Padres e Hijos , en particular de la Autoridad Paterna", En: Revista de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, N° 204, Año LXVI, Julio - Diciembre 1998. Consultado En: SCHMIDT HOTT, C. Ob. cit. Pág. 11, nota al pie número 28.

educados por sus padres, salvo que sea necesaria la separación en virtud de su propio interés, cuestión que nada tiene que ver con el pago que se establece como condición en el citado artículo.

Además cabe destacar que la redacción del artículo 240 nos señala que, *el juez sólo concederá la autorización si estima, por razones graves, que es de conveniencia para el hijo*, con lo cual parece establecer una suerte de presunción legal, de que resulta conveniente para el hijo el mantenimiento del status quo, es decir, la separación. Dicha presunción deberá ser desvirtuada por los padres en el curso del proceso. Por el contrario, estimo que lo correcto sería que el legislador hubiera reconocido y partido del supuesto que lo conveniente es la crianza y educación de los hijos realizada por sus respectivos padres, así ha sido entendido en la Convención sobre los Derechos del Niño en el citado artículo 9 y en consecuencia, será el tercero, quien deberá acreditar lo contrario. Luego, la redacción debiese señalar que *el juez no concederá tal autorización, en caso que estimare que la misma fuera inconveniente o contraria al interés superior del niño*⁷⁷.

2.3. Derechos - Funciones de los progenitores respecto de sus hijos.

⁷⁷ En efecto el artículo 53 del Proyecto de Ley de Protección de derechos de la Infancia y la Adolescencia establece en el número cuatro que debe reemplazarse el artículo 240 del Código Civil por el siguiente: Artículo 240: Si el hijo abandonado por sus padres hubiere sido alimentado y criado por otra persona y quisieran éstos recuperar el cuidado personal, deberán ser autorizados por el juez para hacerlo, el que en su resolución determinará la forma y plazo en que se producirá la entrega. El juez sólo negará la autorización si estima, por razones graves, que es de conveniencia para el interés superior del hijo. La persona que lo hubiera alimentado o criado podrá solicitar al juez, en el mismo procedimiento, la tasación y reintegro de los gastos de crianza y educación en que hubiese incurrido. El no pago de dichos gastos, en ningún caso, impedirá la entrega del niño a sus padres. El sólo hecho de haber confiado el cuidado del menor de edad a terceros, no constituye abandono para los efectos de lo dispuesto en este artículo." Cuestión que como se observa tiende a cautelar los derechos y garantías que en estas páginas comentamos se verían vulnerador por la disposición actualmente vigente.

Este tema guarda relación con los derechos o facultades que tienen los padres respecto de sus hijos, pero entendidos éstos no en el sentido clásico de derechos subjetivos, sino en cambio, sujetándolos a una realidad existencial (los hijos) en la que los titulares no son el centro de la relación. Es por aquello que a la expresión derechos, señalada en el título, se le agrega el carácter de funciones, estableciéndose así un vínculo normativo entre el ejercicio de los mismos y la necesidad de dar cumplimiento a los deberes y límites que les son inherentes, no siendo posible un ejercicio legítimo de ellos sin la satisfacción de estos últimos.

Al respecto, debe hacerse presente que, de acuerdo a las normas constitucionales e internacionales relativas a la materia, rigen y obligan a los padres en el ejercicio de los derechos que se enumeran a continuación, los principios y normas que, según vimos en el capítulo precedente, rigen la materia, tales como el interés superior del niño, la igualdad ante la ley, el derecho del niño a ser oído, la dignidad, entre otros.

2.3.1. Derecho - Función de la Dirección de la Educación

Según vimos en el apartado relativo al deber de los padres de educar a sus hijos, el artículo 236, señala que éste constituye no sólo un deber sino además un derecho para aquellos. En lo que respecta al deber, creo haber dicho suficiente en su momento, sin embargo he reservado para este acápite algunas consideraciones relativas al derecho en comento.

Habiéndose establecido que el deber a la educación es un mandato que recae sobre los progenitores, es difícil estructurar una idea que tienda a su consideración como derecho o facultad. Sin embargo, el aspecto al que se refiere este derecho, no tiene que ver con la decisión de dar o no educación a los hijos, sino con el contenido de ésta, siendo en consecuencia, pertinente señalar que el mencionado

derecho se refiere a la dirección de la educación, como acertadamente se propone en el título.

Luego, de lo que trata esta materia, es de los límites y sentido que el constituyente y legislador han considerado debe circunscribirse el contenido de la educación que los padres otorguen a sus respectivos hijos. Tal como hemos venido diciendo, en virtud del artículo 5 de la Constitución debe además, considerarse lo que al respecto se establece en los instrumentos internacionales que versan sobre la materia.

El artículo 19 número 10 de la Constitución Política de Chile, consagra el derecho a la educación, prescribiendo en el primer y en el segundo inciso que, *“la educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida. Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos”*. Luego, el artículo 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece el contenido hacia el que debe estar encaminada la educación de los hijos, considerando tanto el desarrollo personal de los mismos, en todo orden de materias, como el respeto que debe inculcárseles respecto a los Derechos Humanos, sus padres, su cultura y valores generales, entre los que se incluye no sólo a su propia comunidad sino además, otras con las que se relaciona. Se establece en tal sentido, un mandato a promocionar la tolerancia entre los pueblos y sus respectivas comunidades. Además, la segunda parte del artículo 236 del Código Civil, prescribe que los padres, en el ejercicio del derecho a educar, deben orientar a los hijos hacia su pleno desarrollo en las distintas etapas de su vida. Finalmente, el artículo 222 del mismo Código, señala como preocupación fundamental de los padres el interés superior de los hijos, debiendo guiarlos en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

Con todo esto, puede señalarse que el derecho al que este apartado se refiere, es de *ejercicio limitado* en cuanto a su contenido; los padres podrán tomar decisiones acerca de la orientación que estimen conveniente respecto a la educación de sus

hijos pero sujetos a la condición de satisfacer las exigencias sustantivas mínimas señaladas con anterioridad. El ejercicio legítimo de este derecho, no podrá efectuarse por ejemplo, en contradicción del interés superior del hijo, de manera tal que cualquier acto de educación que tuviera por consecuencia una vulneración de derechos constitucionalmente reconocidos a los mismos, no podría justificarse en aquél, pues en tal circunstancia estaría ejerciéndose ilegítimamente.

2.3.2. Facultad de Corregir a los hijos

En el Código Civil, la materia se encuentra regulada en el artículo 234, que hasta la entrada en vigencia de la Ley Nº 19.585 (antiguo artículo 233), continuaba utilizando la expresión “*castigar moderadamente*”, cuyo alcance indeterminado la hacía extremadamente peligrosa. En efecto, la indeterminación de la expresión eliminada, podría considerarse al menos un principio de inconstitucionalidad, toda vez que a partir de la misma, se producía un incumplimiento de la obligación que asumió el Estado de Chile, al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, en orden a velar por la integridad física y psíquica de los niños (artículo 37 de la Convención), cuestión que implica una disposición previa en ese sentido.

Afortunadamente, de acuerdo a los términos actualmente vigentes en el código, la facultad de corregir que tienen los padres respecto de los hijos, deberá ejercerse con el debido cuidado, en cuanto ello no *menoscabe su salud ni su desarrollo personal*, entendiéndose comprendido en la expresión final, lo relativo al interés superior del niño y su mayor realización espiritual y personal, en los términos señalados en el artículo 222 del Código Civil.

Habida consideración de lo anterior, es que los jueces tienen facultades frente al menoscabo, o temor de menoscabo, en la salud o desarrollo personal de los hijos, y a petición de cualquier persona o de oficio, podrán decretar medidas en su

resguardo, cuestión que se encuentra regulada en el inciso segundo del citado artículo 234.

Además es pertinente señalar que *cuando sea necesario para el bienestar del hijo, los padres podrán solicitar al tribunal que determine sobre la vida futura de aquél*, hasta que cumpla los 18 años de edad, cuestión que de conformidad con el artículo 8 número 7 de la Ley de Tribunales de Familia, será competencia de esos tribunales y que relacionada con el artículo 242 del Código Civil, deberán tener en cuenta en sus resoluciones el interés superior del hijo y sus opiniones, en función de su edad y madurez; además, debe tenerse en cuenta, el artículo 16 de la Ley de Tribunales de Familia, en cuanto comprende el derecho del niño a ser oído, materializando así, derechos constitucionales que a éste le corresponden de acuerdo hemos venido afirmando.

2.3.3. Tuición o Cuidado Personal de los Hijos

En este apartado conviene recordar lo señalado respecto al cuidado personal de la crianza, toda vez que aquél ha sido comúnmente confundido con la tuición a la que pasamos a referirnos.

En efecto, tradicionalmente bajo esta denominación, se ha entendido que se consagra el derecho de uno de los progenitores a relacionarse y criar cotidiana y preferentemente a sus hijos, en desmedro del otro progenitor⁷⁸. Sin embargo, y

⁷⁸ En sentencia de la Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, no obstante tratarse el tema con amplitud de pensamiento y orientación doctrinaria de avanzada, al menos en cuanto a la tuición convencional y la consideración del interés superior del niño como principio rector, se confunden los términos que corresponden al cuidado personal de la crianza con la tuición, cuestión que es debatida en el caso. No obstante que tanto el cuidado personal de la crianza, como la tuición tienen su fuente legal en el artículo 224, se trata de dos instituciones que deben distinguirse, tanto en sus fundamentos como en sus efectos; es dable exigir que al momento de referirse a ellos, el juzgador tenga en cuenta las respectivas diferencias. En el caso, se señala *“respecto de la tuición, el legislador consideró, primeramente, como criterio relevante y decisivo, la voluntad o autonomía de los padres para adoptar las resoluciones a este respecto. Subyace a la norma jurídica la consideración, prima facie, de que son los padres los que están en mejor situación para adoptar las decisiones que permitan asegurar la mayor realización espiritual y material posible del menor, así como asegurar el ejercicio - al hijo - de sus derechos esenciales*

como se dijo, para un coherente entendimiento de la materia, es que debemos acotar la expresión *tuición o cuidado personal* (sin apellido) a la unidad de residencia o domicilio, sin que esto tenga que ver con la crianza.

Así ha sido entendido modernamente, en doctrina representada en parte, en el medio nacional, por la profesora Claudia Schmidt y en Derecho Comparado, por el profesor Daniel Hugo D´Antonio⁷⁹.

Luego y de acuerdo a los términos en que se regula la materia en los artículos 225 a 228 del Código Civil, es pertinente realizar algunos comentarios en orden a la constitucionalidad de los mismos.

Para partir, puede señalarse que el legislador ha utilizado como criterio diferenciador el factor convivencia entre los progenitores, cuestión que en atención al significado que hemos atribuido a la expresión *tuición*, carece de sentido práctico toda vez que, entendida ésta como *unidad de residencia o domicilio*, ante la convivencia de los progenitores, atribuida aquella a uno de los padres, siempre traería como consecuencia la atribución hecha al otro, así, el asunto es relevante sólo en la medida en que se haya producido la separación entre los progenitores, o bien, nunca hayan convivido.

Por otra parte y aún teniendo en cuenta lo señalado respecto al significado de la expresión *tuición*, es posible la realización de un reproche de constitucionalidad por algunas situaciones que en dichas normas pueden observarse; al respecto, es atinente señalar que el legislador ha reconocido tres formas de atribución de la

que emanan de la naturaleza humana", cuestión que en realidad, se refiere a la crianza y educación, mas no la tuición o cuidado personal. Consultado En: TURNER SAELZER, S. Sentencia sobre determinación de la titularidad del cuidado personal de los hijos menores (Corte de Apelaciones de Santiago). *Rev. Derecho (Valdivia)*, dic. 2004, Vol. 17, pp. 273-278. ISSN 0718-0950.

⁷⁹ Consultado En: SCHMIDT HOTT, C. op. Cit. Pág. 15.

tuición, a saber; (i) atribución legal; (ii) atribución convencional y (iii) atribución judicial.

2.3.3.1. Atribución Legal

Respecto a la atribución legal, ésta se realiza a la madre, cuestión que resulta contradictoria a los principios y derechos esenciales consagrados en la Constitución y convenciones internacionales ratificadas y vigentes en Chile. En efecto, dicha atribución importa una discriminación arbitraria del otro progenitor, produciéndose en consecuencia una desigualdad ante la ley, derecho fundamental consagrado en el artículo 19 número 2 de la Carta Fundamental, además de tratados internacionales como el Pacto de San José de Costa Rica⁸⁰, o la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer⁸¹.

Además, con dicha atribución se produce un absoluto desconocimiento al derecho del niño a ser oído, consagrado en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que al respecto prescribe que *“Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez”*, cuestión que según vimos al momento de referirnos a este derecho, debe extenderse no tan sólo a los niños que *estén en condiciones de formarse un juicio propio*, sino a todos los niños, siendo labor del juez, dar sentido y contenido a lo que éste manifestare -en función de su edad y madurez-, para lo cual, como se dijo, debe encontrarse preparado (asunto que constituye una de las tareas más desafiantes en materia de Derecho de Familia).

⁸⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos denominada Pacto de San José de Costa Rica. Texto promulgatorio, decreto N° 873, D.O. N° 33.860 de 5 de Enero de 1991. Artículo 17 número 4.

⁸¹ Artículo 16 número 1.

Luego, cabe tener presente lo señalado por el profesor Enrique Barros, quien al respecto sostiene que en el evento de producirse la separación entre los progenitores, surge la posibilidad que el niño pase a ser usado como objeto en la negociación que, como consecuencia, ellos debieron establecer⁸². Con lo cual se produce un desconocimiento a la calidad de sujeto de Derecho del niño, vulnerando así, una vez más, el interés superior del niño, principio rector en la materia.

En consideración a lo dicho hasta ahora es posible concluir la inconstitucionalidad del citado artículo, en cuanto, con la atribución legal de la tuición, se estarían infringiendo normas constitucionales e internacionales que rigen la materia, tal como anteriormente se sostuvo.

Todo esto resulta aún más preocupante si consideramos las razones que tuvo el legislador para seguir la opción por dicha atribución; de acuerdo ha sido consignado en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado de 20 de Noviembre de 1996, *“la radicación legal del cuidado de los hijos, si no hay acuerdo, evita numerosas dificultades y responde a la práctica que demuestra que lo más frecuente es que sea la madre la que la asuma cuando los padres no viven juntos”*, argumento que viene a identificar lo bueno con lo natural, o lo normal, hipótesis constitutiva de la falacia naturalista, que consiste en deducir conclusiones prácticas normativas o valorativas a partir de premisas que contienen sólo información acerca de hechos^{83 84}.

⁸² BARROS BOURIE, E. op. Cit. Pág. 47 - 48.

⁸³ *“En efecto, la evidencia empírica no es ni con mucho concluyente respecto de la conveniencia de otorgar siempre la tuición a la madre. Aunque lo usual es que la madre sea aquél de los padres que pretenda la tuición, cada vez más padres quisieran ejercerla. Y como ha mostrado un estudio norteamericano; pese a la creencia popular, la investigación desarrollada en las dos últimas décadas sugiere que el hecho de vivir con la madre puede no siempre ir en beneficio de los hijos. Pareciera que a los hijos les va mejor al vivir con el progenitor del mismo sexo tras la separación”*.BARROS BOURIE, E. op. Cit. Pág. 47, citando a EDWARD W. Beal y HOCHMAN, Gloria, en *Los Hijos del Divorcio en la Adulthood*, Estudios Públicos 57.

⁸⁴ Consultado En: Recurso Electrónico; Wikipedia, la Enciclopedia Libre; http://es.wikipedia.org/wiki/Falacia_naturalista

Sin duda que una regla como la señalada es discutible desde el punto de vista del interés superior del niño; pareciera ocuparse primeramente de la consagración de un derecho subjetivo en favor de la madre cuyo objeto es el hijo y no del derecho que corresponde a éste de acuerdo a su conveniencia e interés, como artificialmente propone la norma.

2.3.3.2. Atribución Convencional.

Ésta se encuentra regulada en el inciso segundo del citado artículo 225, estableciéndose como facultad de los progenitores, el *determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre*, con lo que se modificaría la atribución legal comentada precedentemente. Dicho acuerdo debe materializarse en un acto solemne⁸⁵, en el que debe cumplirse una serie de requisitos legales que, para efectos de lo que a continuación se señala, se entienden cumplidos.

Es oportuno relacionar la citada facultad, con los deberes que de conformidad al artículo 222 del Código Civil, tienen los padres respecto de los hijos; así también, con las que sean pertinentes y se encuentren en convenciones y tratados internacionales, de manera tal que aquella debe circunscribirse a los límites que derivan del respeto a los derechos esenciales. En consecuencia, aunque el legislador no haya hecho referencia expresa al principio del interés superior del niño, sino tan sólo para el caso en que, en virtud de aquél, fuera necesario que el juez determinara la atribución distinta a la legal, éste es vinculante para los padres en todo evento, debiendo en el acuerdo resguardar los intereses y derechos del niño como cuestión fundamental.

⁸⁵ El acuerdo debe realizarse mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los 30 días siguientes a su otorgamiento. El mismo es revocable, cumpliendo las mismas solemnidades. (Art. 225 inc. 2 del Código Civil).

En todo caso hay que advertir algunos problemas que pueden presentarse en atención a la forma en que se realiza el acuerdo en comento; según se señala en la ley, los sujetos que participan del acuerdo son exclusivamente los progenitores, siendo así desplazados los hijos en cuanto al ejercicio del derecho a participar que le corresponde en asuntos en que su interés se encuentre comprometido, de conformidad al artículo 12 número 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Debe considerarse además que, en un escenario familiar en que se ha producido un quiebre en las relaciones, cuya consecuencia es la separación (recordemos que para el caso de la tuición este es el único contexto en que el tema es relevante), por lo general, los motivos que han dado origen al conflicto, poco tienen que ver con los hijos, sino con problemas entre los progenitores, situación en la que es sino imposible, muy difícil pensar en que se oiga al niño, más aún, se le escuche y éste se encuentre en una posición que le permita manifestar su opinión en condiciones que aseguren su libertad, pues la regla general en estos casos será que, estando los padres en un proceso de negociación, extremarán sus posturas y el hijo se verá obligado a optar entre uno u otro polo, no habiendo un punto intermedio en el que se refleje realmente su posición. Además, puede anotarse el caso de la parte económicamente más débil en la relación, que así tampoco estará en condiciones de mantener una posición estable respecto al conflicto; a través de las necesidades de esta última, el otro progenitor tendrá la posibilidad de canalizar sus intereses y en la medida que estos últimos sean satisfechos, serán resueltas las necesidades económicas del otro progenitor y eventualmente las de otros hijos con los que convive con posterioridad a la relación; luego, éste no se encontraría en condiciones de acordar, *estando viciado su consentimiento por fuerza moral en los términos descritos en el artículo 1456 del Código Civil*⁸⁶ .

⁸⁶ SCHMIDT HOTT, C. op. Cit. Pág 18.

A pesar de lo anterior, parece ser ésta la forma en que el legislador debiese haber dado curso al tema relativo a la tuición de los hijos; el grupo familiar, con participación del hijo, es el que está en mejor condiciones de establecer la forma en que se satisfagan sus intereses y en consecuencia debiera haberse establecido, como primera alternativa, el acuerdo familiar para la determinación de la tuición, siendo pertinente al caso, una intervención judicial de manera tal que el juez participe refrendando lo acordado y así velar por el ejercicio efectivo de los derechos que al niño y los padres correspondan, en particular, en aquellos aspectos en que por su posición puedan verse perjudicados. Lamentablemente este acuerdo refrendado no fue tenido en cuenta por el legislador, quizás con la intención de evitar la intromisión de terceros en la relaciones de familia, cuyo contenido altamente singular y privado, no parece dar lugar a la participación de terceros, como es el caso de los jueces; sin embargo estos últimos sólo participarían en la dimensión correspondiente al efectivo ejercicio de los derechos de los intervinientes en el acuerdo, cuestión que se corresponde absolutamente con su rol, de acuerdo al mandato constitucional que sobre ellos recae⁸⁷.

2.3.3.3. Atribución Judicial

Tal como se señaló, existe un caso en que el juez podrá entregar el cuidado personal del niño al otro progenitor, desvirtuando con esto la regla general, o lo que los padres hayan acordado de acuerdo al inciso segundo del artículo 225, siendo aquél en que el *interés del hijo lo haga indispensable*.

⁸⁷ “En la especie no estamos exclusivamente ante mayores y capaces que, sin afectar a terceros, deciden libremente (...) a la inversa, se visualiza la proyección directa que esos acuerdos tienen en otros sujetos - los niños - que , paradójicamente, son los que se encuentran ausentes y marginados (...) la labor judicial (...) importará una oportuna intervención para mantener la privacidad familiar en todos los niveles, sin que se vulnere la dignidad de ningún sujeto involucrado; pues nadie puede invocar su propia privacidad mientras -a la par- lesiona la intimidad y la dignidad de otro, en nuestro caso, el niño”. SCHMIDT HOTT, C. op. Cit. Pág. 19, nota al pie número 62.

Me parece que una correcta lectura de los artículos que se refieren a la materia, estos son, el artículo 225, 226 y 238 del Código Civil, nos debe llevar a la conclusión que la causa que faculta al juez para entregar la tuición del hijo al otro progenitor, es genérica y siempre debe remitirse a la circunstancia de verse comprometido el interés superior del niño, de manera tal que el maltrato, descuido, abandono y la inhabilidad física o moral de los padres, son causales sólo enunciativas y deben aplicarse en relación a dicho interés, pudiendo además, a partir de la expresión *otra causa calificada*, otorgada por el legislador, dar lugar a la atribución judicial de la tuición, por una causa que no sea de aquellas expresamente contempladas en la ley.

En efecto, constituiría una discriminación arbitraria, que atenta contra el principio de igualdad ante la ley, la inhabilitación de alguno de los progenitores para ejercer la tuición de su hijo, si es que la causa que se reclama, no tiene que ver con el interés de este último. Tal como se señaló, la tuición es una materia que debe entenderse y ejercerse en función de los hijos, de su interés y sus necesidades, de manera tal que, en lo que no los afecte, cuestión que deberá ser determinada por el juez de la causa, oyendo a éstos y a los progenitores, nada tiene que ver la conducta que sigan los padres en su vida personal.

Mención aparte merece el artículo 228 del Código Civil, que nos recuerda una vez más, aunque esta vez quizás de la forma más dramática, la incoherencia e inconstitucionalidad presente en alguna de las normas que regulan los distintos aspectos de la relación filial en Derecho Interno. La citada norma, dispone que *la persona casada a quien corresponde el cuidado personal del hijo, que no ha nacido de ese matrimonio, sólo podrá tenerlo en el hogar común, con el consentimiento de su cónyuge*. Cuestión que va en abierta contradicción no sólo con el espíritu que inspira la reforma legal en la materia, aunque, como se dijo, en muchas oportunidades sólo lo haya hecho artificialmente, sino además con normas de carácter internacional que en virtud del artículo 5 inciso 2 de la Constitución tienen rango constitucional en Chile, por ser de contenido

profundamente ligado con los derechos fundamentales establecido en la Carta Magna.

Así y considerando que lo señalado en el artículo 222 del Código Civil, no se entiende cómo podrían los padres, cumplir conjuntamente con dicha función y aquella norma en los casos para los cuales ésta fue diseñada.

Por los términos en que ha sido redactada, claro está, que lo que hace es establecer un derecho en favor del cónyuge que no sea padre del niño, para que éste, en el evento que fuese de su gusto, sin que sea necesario justificar causa, ordene la salida del niño, hijo del otro cónyuge, del hogar común o bien, la salida de ambos. El mayor problema se presenta en la primera hipótesis, pues será en aquél, en el que la persona que tenga a su cargo el cuidado personal del hijo, deber que vamos a entender se refiere exclusivamente a la unidad de domicilio, va a incumplir con el mismo, cuestión que el legislador pareciera permitir sin más.

Desde el punto de vista de la norma y con independencia a los sujetos de la relación, existe también un evidente problema de constitucionalidad, pues importa ella, una discriminación arbitraria hecha por ley a aquellos hijos de filiación extramatrimonial, estableciéndose una diferenciación de acuerdo al origen de las personas, hipótesis expresamente contemplada y prohibida en la Constitución, artículo 19 número 2.

Además, y en el mismo sentido señalado, atenta contra lo dispuesto en el pacto de San José de Costa Rica, que de conformidad al artículo 17 número 5, referido a La Protección de la Familia, señala que *la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacido fuera del matrimonio como los nacidos dentro del mismo*. Luego, la relación de este último artículo con el segundo y el primero del mismo pacto, nos lleva a la conclusión que el Estado de Chile es el que se encuentra incumpliendo su obligación, al no respetar el libre ejercicio de los derechos y libertades garantizados en esa Convención, por no haber adoptado en Derecho

Interno, las medidas legislativas tendientes a dicho respeto, sino por el contrario, en reforma de fecha reciente, haber dado lugar a una disposición como la transcrita⁸⁸.

Además se incumple la obligación que asumió el Estado al momento de ratificar la Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer, que prescribe en su artículo 16 que *Los Estados Parte adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación (...) y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: letra a) el derecho para contraer matrimonio*. Luego, con la citada norma, el cónyuge que tuviere bajo su cuidado a un hijo proveniente de una relación precedente y terminada, no estaría en iguales condiciones que el otro cónyuge para contraer matrimonio, circunscribiendo su elección a aquella parte de los *candidatos* que, estando autorizados para rechazar a su hijo, han decidido no hacerlo; pues aunque sea cierto que en el hecho, los padres que tengan a un hijo bajo su cuidado personal, en su inmensa mayoría, generarían por sí solos tal limitación, cosa muy distinta es que ésta venga impuesta vía autoridad, y en el escenario propuesto por la norma, la tenencia de un hijo, obviamente importa una carga, cuestión que además, tiene que ver con la consideración del niño como objeto y no como sujeto de Derecho.

Así, pasamos a revisar los problemas de constitucionalidad, en relación a los derechos de los niños que se violentan con la norma.

En primer lugar y como se dijo, el derecho que tiene el niño a ser tratado como sujeto de Derecho, digno y merecedor de respeto y tutela jurídica. En ese sentido, es manifiesto que el artículo 228 importa un atentado contra la dignidad del niño,

⁸⁸ Peor es el caso, si tenemos presente que ha sido derogado el antiguo artículo 46 de la Ley de Menores, *“si al cónyuge a quién correspondía la tuición del menor, había contraído nuevo matrimonio, el juez podría alterar esas reglas, atendida la conveniencia del menor y conceder la tuición al otro, siempre que éste no se hubiere encontrado en la misma situación ni le hubiere afectado alguna inhabilidad. Es así como la nueva normativa se aleja de la solución que daba nuestro ordenamiento jurídico, que, por cierto, consideraba la opinión del menor”* SCHMIDT HOTT, C. op. Cit. Pág 23.

que nada tiene que ver con los problemas que dieron origen a la disolución del vínculo existente entre sus padres, siendo considerado un objeto, una carga para el progenitor que tuviera a su cargo el cuidado personal, llevando dicha condición al extremo de autorizarse el desprendimiento de su persona, cuestión que a todas luces resulta atentatoria contra su interés.

Además, como se dijo en su momento, el cuidado personal de los hijos, tiene la característica de ser un derecho-función, de manera tal que no puede confundírsele con un derecho subjetivo, que la madre pudiese condicionar al momento de contraer matrimonio con una persona distinta al padre del niño. Insistimos en que los derechos a los que nos venimos refiriendo, son de una naturaleza tal, que su contenido incorpora una dimensión obligacional de la que los hijos son titulares o beneficiarios, no pudiendo en consecuencia disponerse de ellos por el solo arbitrio de los padres que los ejercen. Así, aún en el caso que no fueran pertinentes las críticas de constitucionalidad ya señaladas, el progenitor que tuviere a su cargo el cuidado personal del hijo, no podría entonces contraer matrimonio bajo las condiciones impuestas por el artículo 228, toda vez que con ello estaría disponiendo de un derecho que no le pertenece, el del niño, cuestión inaceptable desde un punto de vista doctrinario y legal.

Continuando, puede señalarse el impacto que tiene la norma respecto a la Convención sobre los Derechos del Niño que, sobre el particular, prescribe en el Artículo 9, que *los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño*. Por lo evidente del caso, no son muchos los comentarios que pueden hacerse de esta norma, sino tan sólo, subrayar aquella parte en que el Estado de Chile se encuentra obligado a respetar la permanencia de los padres junto a sus hijos, a excepción de casos calificados que digan relación del interés del niño, obligación absolutamente violentada por el artículo en comento.

Finalmente, insistimos en el derecho que tiene el niño, de acuerdo al artículo 12 de la Convención, a manifestar su opinión en todos los asuntos que le afecten; además está señalar que el artículo 228 del Código Civil, que no da lugar ni a la opinión del progenitor, mucho menos ha considerado la opinión del niño, ni acaso su interés.

Sin embargo y afortunadamente, la aberración que importa la disposición en comento ha sido advertida al menos por una parte de las autoridades que participan en proceso legislativo. En efecto, se encuentra en trámite en el Congreso Nacional, un proyecto de ley que tiene por objeto la protección de los derechos de la infancia y adolescencia, en que además de comprenderse con mayor fortuna el fenómeno social y las consecuencias jurídicas que tiene la materia en general, se propone en particular, la derogación del artículo 228 en comento⁸⁹, cuestión que hoy por hoy, resulta mucho más que necesaria, pues tal como se señala en el preámbulo del mensaje con que se le dio inicio, la reforma persigue consolidar los cambios que a partir y propósito de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, tienen lugar en la materia, en el entendido que se basa ésta en una *“propuesta jurídica y cultural distinta: el niño como persona con autonomía progresiva, con protagonismo, creatividad, intereses y preferencias y con responsabilidad, con capacidad para tener en cuenta y respetar los derechos humanos de los demás”* y no tan solo en la visión correspondiente a la antigua Ley de Menores, que si bien tuvo efectos positivos en relación a la legislación que la precedió, se fundaba en la situación de riesgo o irregularidad y no en la protección a los derechos del niño en consideración a su reconocimiento como sujeto de Derecho⁹⁰.

⁸⁹ Mensaje 309-352. op. Cit. Artículo 53.

⁹⁰ El alcance que corresponde a la Ley de Menores no es el de una transformación del estatus jurídico de los niños, niñas y adolescentes, sino que más bien responde a problemas bastante específicos; esta nueva ley no implicó cambios de importancia en las leyes del período anterior, salvo algunas modificaciones puntuales como la derogación del artículo 233 del Código Civil que contemplaba la facultad del padre de imponer la detención del hijo o de elegir su estado y profesión futura. El punto de mayor innovación está dado por la creación de un tribunal de menores, como depositario del patronato estatal. Es decir, el Estado, a través del juez, actúa como padre. En esa línea, esta ley se ocupa principalmente de la “desviación social”, es decir, de los niños, niñas y

2.3.4. Relación Directa y Regular

La materia se encuentra regulada en el artículo 229 del Código Civil que en su nueva redacción dispone: *“el padre o la madre que no tenga el cuidado personal del hijo, no será privado del derecho, ni quedará exento del deber, que consiste en mantener con él una relación directa y regular, la que ejercerá con la frecuencia y libertad acordada con quien lo tiene a su cargo, o en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo. Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente”*. Con dichos términos y atendida la desaparición de la añeja expresión *visitas*, pareciera que el legislador nacional se ha adecuado a la normativa internacional que regula la materia.

Respecto a los derechos relacionados y consagrados a nivel internacional, cabe mencionar los artículos 9 y 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño; el primero, en el párrafo tres, prescribe que, *“Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”*, mientras que el artículo 10, párrafo segundo, a propósito del caso en que los padres vivan en un Estado diferente al del hijo, nos señala que este último tendrá sin embargo, *“derecho a mantener periódicamente, salvo circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos progenitores”*.

El concepto de relación directa y regular que se utiliza en el Código Civil, alude a una cuestión no tan sólo de presencia física y esporádica, como serían por ejemplo, los conocidos derechos de fin de semana en el antiguo régimen, sino que

por el contrario una cuestión de carácter trascendental en la que el padre o la madre, con independencia al factor convivencia, cumplen con los deberes que les corresponden en la crianza y la educación del hijo; en particular, en aquella parte que trasciende a la contribución económica, determinada por su individualidad y carácter irremplazable. Al respecto, son pertinentes y acertadas las palabras con que Marta Polakiewicz entiende la materia, al señalarnos que ésta *“no es otra cosa que la adecuación del ejercicio de la parentalidad después de la ruptura conyugal”*, asunto de suyo, más amplio que las consecuencias fácticas de las visitas, que en su propio nombre aluden a una cuestión rígida y esporádica.

Así, el tema relativo a la relación directa y regular, constituye, quizás, la mejor forma en que el legislador ha entendido el asunto relativo a los derechos funciones proveniente de la relación filial; tiene que ver con una perspectiva que mira las relaciones de Derecho al interior de la familia, desde el punto de vista de los hijos y sus necesidades. Tiende a resguardar el interés superior de los niños, en cuanto, asume que para su formación, es necesaria e insoslayable la participación de ambos progenitores, sea cual sea la relación que exista entre ellos y además, que la cuestión relativa a la tuición se reduce exclusivamente a la unidad de domicilio, debiendo en consecuencia uno y otro participar de su crianza en la cotidianidad, todo lo cual, se encuentra en concordancia con lo que ha sido establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño.

En dicho contexto es que la facultad que tienen los padres para acordar acerca de la frecuencia y libertad con que se ejerce este derecho, debe entenderse condicionada a la satisfacción del interés superior de sus hijos, para lo que dicha frecuencia y libertad han de ser suficientes; el legislador, cuando autoriza el acuerdo entre los padres, se refiere a la forma en que se llevará a cabo el cumplimiento del deber y no a la existencia del mismo, siendo contrario a Derecho, el establecimiento de un acuerdo en que alguno de los progenitores quede exento del deber de relacionarse con su hijo.

Sin embargo, cabe hacer presente la carencia de alguna forma de convalidación judicial del acuerdo al que nos referimos, en la que se asegure el respeto de los intereses y derechos de padres e hijos ante el quiebre de la convivencia, en particular el derecho de los niños a ser oídos en los asuntos que los involucran, inclusive en sede familiar, cuestión que no se encuentra contemplada en el artículo 229 del Código Civil.

Para el caso en que habiéndose producido la separación entre los padres, aquellos no hubieran realizado un acuerdo en cuanto a la forma en que el padre o la madre que no tuviere a su cargo la tuición del hijo, se relacionará con éste, el derogado artículo 48 bis de la Ley número 16.618 sobre menores, había resuelto la materia, como veremos, en contradicción a los derechos que de acuerdo al propio Código Civil y las normas constitucionales e internacionales citadas, corresponden al niño. En efecto, el mencionado artículo establecía que el procedimiento que se seguiría para los casos de las demandas concernientes a la relación directa y regular, correspondía a un trámite de naturaleza incidental, en el que se contemplaba el derecho del niño a ser oído, sólo para el supuesto que la parte demandada se oponga a las pretensiones del demandante, quedando la vigencia de este derecho, condicionada a una eventualidad del proceso que no depende de aquél. Luego, con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.968, dicha norma ha sido derogada y la cuestión queda sometida a las reglas y principios generales que sobre la materia ha establecido el legislador tanto en el artículo 242 del Código Civil como en el artículo 16 de la Ley de Tribunales de Familia, de manera tal que el niño deberá ser siempre oído en los procedimientos judiciales que se sigan con objeto de resolver los asuntos relacionados con el régimen comunicacional.

Ahora, voy a hacer referencia a la forma en que la materia ha sido regulada en la Nueva Ley sobre Matrimonio Civil⁹¹, que establece como regla general que, en lo

⁹¹ Ley N° 19.947, Establece Nueva Ley de Matrimonio Civil, publicada en el Diario Oficial de 17 de Mayo del año 2004.

que respecta a los deberes y derechos correspondientes a la relación filial personal, éstos se regirán por las normas del Código Civil (artículo 1) y además que en las materias de familia, que sean resueltas de conformidad con las disposiciones de la misma, deberá *cuidarse proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil* (artículo 3).

Se trata del establecimiento de un marco jurídico, cuyo objeto particular -el matrimonio y su terminación-, sea compatible con la subsistencia de los derechos y deberes correspondientes a la relación filial personal, cuestión que, como se dijo, se basa en la consideración del interés superior del niño y del cónyuge más débil, además del correcto entendimiento acerca de la fuente u origen de dichos deberes y derechos, esto es, la relación de parentesco.

Sobre el particular, cabe destacar la existencia de los *acuerdos* que los padres podrán presentar en los casos en que sean éstos quienes hayan solicitado la separación de hecho, separación judicial o el divorcio.

Para el caso de la separación de hecho, el artículo 21, otorga la posibilidad a los cónyuges de regular mediante acuerdo la forma en que se seguirán sus relaciones mutuas. Luego, en el inciso segundo y para el caso en que existan hijos de esa unión, prescribe que el acuerdo *deberá* regular también, a lo menos, el régimen aplicable a (...) la relación directa y regular, estableciéndose en seguida que deberán respetarse los derechos conferidos por las leyes que tengan el carácter de irrenunciables, entre los que se encuentra desde luego, el interés superior del niño al que se refiere no sólo dicha ley, sino también el Código Civil y la Convención sobre los Derechos del Niño. En consecuencia, serán aplicables en sede familiar, toda vez que dicho acuerdo se producirá sin la intermediación de la judicatura, todas las exigencias derivadas del reconocimiento de los derechos fundamentales canalizados por medio del interés superior del niño; incluido entre ellos, el derecho a ser oído, circunstancia que me parece debiese quedar acreditada en el mismo.

Ahora bien, para el caso en que el acuerdo sobre la materia no se haya producido entre los cónyuges, de conformidad al artículo 23 de la citada ley, este se resolverá a través de un procedimiento judicial, en el que como se ha dicho, deberá asimismo resguardarse la vigencia y respeto de los derechos que corresponden al niño y cónyuge más débil.

En el caso de la separación judicial, cuando ésta tuviera lugar por presentación conjunta entre los cónyuges, prescribe el artículo 27, que aquellos *deberán* acompañar a la solicitud, un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. En seguida señala el mismo artículo, que se entenderá que dicho acuerdo será completo, si regula todas las materias comprendidas en el artículo 21, entre las que se encuentra lo relativo a la relación entre el padre o madre que no tiene la tuición, con los hijos comunes, además será suficiente, *si resguarda el interés superior de los hijos (...)*, con lo cual es posible determinar la existencia del deber de incluir en el convenio, acuerdos cuyos términos respeten y aseguren para el futuro, el cumplimiento de los deberes existentes en razón de la relación filial; en mi opinión y tal como se dijo para el caso de la separación de hecho, deberá además, consignarse en el acuerdo, la circunstancia de haberse respetado en su elaboración, los derechos del niño, en particular, el derecho a ser oído; de lo contrario, deberá de todas formas, aunque por otro medio, acreditar tal circunstancia ante el juez que sigue el asunto.

En caso que el acuerdo no se hubiere presentado o éste no hubiera sido aprobado por el juez, deberá éste, de conformidad con lo señalado en el artículo 31, resolver todas y cada una de las materias que se señalan en el artículo 21, para lo cual deberá tener especial consideración en los criterios de suficiencia señalados en el artículo 27, entre los que se encuentra el interés superior del niño.

Con respecto a la separación judicial, cabe finalmente destacar lo señalado en el artículo 36 de la citada ley; no obstante, según hemos venido diciendo, los derechos y deberes correspondiente a la relación filial tienen por origen la relación de parentesco y se encuentran consagrados en diversas disposiciones entre las que se comprenden normas de rango legal, internacional y constitucional, de manera tal que podría comprenderse la vigencia de los mismos aún en aquellos casos en que el legislador no los haya señalado expresamente, resultan convenientes y acertados los términos perentorios con los que el legislador en la materia se ha referido a los mencionados derechos y deberes en el artículo 36, el que, a propósito de los efectos de la separación judicial, establece que aquella, no afectará la filiación ya determinada ni las responsabilidades de los padres separados en relación con sus hijos.

Con respecto al divorcio, el artículo 55 de la ley, señala que si los cónyuges lo solicitan de común acuerdo, deberán acompañar un acuerdo que, ajustándose a la ley, regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. El acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21 y entre los criterios de suficiencia se comprende el interés superior de los hijos.

En último lugar, quiero destacar que el mencionado proyecto de ley sobre protección de los derechos de la infancia y la adolescencia, al referirse a los derechos y *obligaciones* de los padres respecto de sus hijos, prescribe en el artículo 43⁹² -en la interpretación que de acuerdo a lo señalado al pie de página

⁹² El texto del citado artículo es el siguiente: **“Artículo 43.- Derechos y obligaciones de los padres.** Cuando se decreten las medidas contempladas en las letras c), d) y e), del artículo 36, los padres siempre conservarán el derecho y el deber establecido en el artículo 229 del Código Civil, salvo que en la misma resolución se hubiere adoptado expresamente alguna de las medidas previstas en las letras d) o e) del artículo 37. En todo caso, siempre conservará el deber de contribuir a los gastos de educación, crianza y establecimiento de sus hijos e hijas”. No tiene sentido la frase que hace referencia a las medidas contempladas en el artículo 36, toda vez que en dicho artículo lo que se contemplan son causales que dan lugar a medidas y no estas últimas. En efecto, las causales referidas guardan relación con el incumplimiento voluntario o negligente de las obligaciones de protección de padres o personas responsables del cuidado personal de los hijos, cuando ello comprometa su vida, integridad física o psíquica; casos de víctima de maltrato, abuso o explotación sexual y falta de asistencia de atención de salud para proteger la vida e integridad

me parece debe realizarse- que, los padres siempre conservarán el derecho y el deber establecido en el artículo 229 del Código Civil, aún en los casos -aunque no en todos ellos- en que por la concurrencia de alguna causal que signifique la necesidad de adoptar una medida de protección respecto de los hijos, los padres han quedado privados de la tuición. Ahora bien, como se señala en la nota al pie número noventa y uno, el tema carece de la precisión suficiente para ser desarrollado en estas páginas, sin embargo, lo que se pretende destacar es la voluntad del legislador, en la que se encuentra presente la idea de que la relación que corresponde a los padres con sus hijos debe mantenerse vigente como regla general y sólo se verá interrumpida en casos en que por causas calificadas e insalvables, ésta se haga imposible o bien, cuando, en virtud del interés del niño, dicha relación signifique un perjuicio para él mismo.

física del hijo. En ese orden de cosas, podría entenderse que las medidas a las que se refiere el artículo 43 son las señaladas en el artículo 37 del proyecto; sin embargo, por la complejidad de la materia y por referirse el artículo 43 sólo a algunas de las letras del artículo 36, sería esta última una interpretación que rebasaría los límites de interpretativos, llegando derechamente al campo de las suposiciones, cuestión que en mi opinión, excede las posibilidades tanto del lector del proyecto como de los jueces que ante la aprobación definitiva del texto, deberán aplicarlo a casos concretos, consecuencia de lo cual, debe mejorarse la redacción o corregir el error del artículo en comentario.

CONCLUSIONES

La carencia de material doctrinario relativo a la materia que venimos tratando es quizás la primera convicción que se obtuvo, aún recién comenzado este trabajo. No hace falta terminar, ni especializarse en Derecho de Familia para constatar ese hecho. No se ha realizado en el medio nacional, un tratamiento sistemático de los principios y derechos fundamentales en Derecho de Familia, cuestión que, según creo, obedece principal, aunque no exclusivamente, a la complejidad de la rama, tanto en lo que respecta a la existencia de una multiplicidad de normas y leyes que de forma separada tratan temas relacionados, lo cual por sí mismo tiende a la confusión, como a la presencia de bienes y sujetos cuyo fuerte contenido valórico, lo han transformado en *derecho duro*, a través del cual se canalizan intereses políticos e ideológicos existiendo un compromiso que al menos en principio, pareciera permanente, cuestión que a la larga, viene en demorar el proceso de adaptación de sus normas a las necesidades de actualidad.

Además, la rama del Derecho en la se centra el estudio para efectos de esta memoria, tiene una implicancia tal en la vida de las personas que nadie podría declararse ajeno a la misma; no se trata solamente que todos tengamos una familia, sino también de la consideración fundamental e irrefutable de que como seres humanos todos fuimos niños, o la necesaria existencia de sexos diferenciados en la Constitución de una familia con implicancias desde un punto de vista filiativo, hechos que por sí solos involucran decisiones trascendentales para la sociedad toda, como son las relativas al régimen de igualdad entre los miembros del grupo familiar y que por lo demás, denotan el carácter universal de la materia.

Aunque sea improbable, quizás podamos mantenernos ajenos al mundo del Derecho respecto de los actos jurídicos civiles o comerciales, nunca haber constituido una relación laboral, o bien, como sucede respecto de la mayoría, no haber tenido jamás intereses penales involucrados; sin embargo, para lo que respecta a vastos aspectos de nuestra existencia inevitable, el Derecho de Familia tiene algo que decir.

Lo anterior trae como consecuencia que nadie se mantendrá ajeno a las posiciones que se adopten y las modificaciones que se propongan en sede legislativa, aumentando en consecuencia la complejidad a la que veníamos hablando.

Como se adelantó, la universalidad de sus normas y valores, han implicado un inmemorial y permanente compromiso político e ideológico detrás de las cuestiones relativas al Derecho de Familia. Comenzando por la forma patriarcal en que se configuró la estructura del grupo familiar, posición tradicional o conservadora, respecto a una familia excesivamente rígida, sumado a posiciones pontificias que buscan la satisfacción de intereses ajenos a la naturaleza de las relaciones existentes en su interior, o a los aspectos jurídicos que ella naturalmente abarca, como fue la existencia de un régimen diferenciado de hijos dependiendo de la forma en que la filiación ha sido determinada, cuestión que afortunada y finalmente ha sido superada. Entre los asuntos en que, a mi juicio, se tomaron decisiones en orden a fundamentos de naturaleza distinta a la jurídica, provenientes quizás del compromiso ideológico o religioso impertinente, cabe destacar, para el caso de la relación personal con los hijos, el derecho preferente otorgado a la madre, a quien se le atribuye legalmente la tuición de los hijos, cuando ella no convive con el padre, cuestión que en definitiva y, como se señaló en el apartado correspondiente, tiene que ver con una consideración de aquella como la persona naturalmente idónea para la crianza y educación del niño, lo cual carece de argumentos convincentes desde un punto de vista racional e imparcial.

En dicho escenario es que además de la necesaria y crítica revisión que merecen las normas legales sobre la materia, cuestión trascendental, se hace indispensable la existencia de tribunales especializados, de manera tal que, aún desde la naturaleza pública de las instituciones que intervienen, sea posible comprender el fenómeno de naturaleza singular que se produce entre los miembros de la familia, es decir, un tribunal capaz de comprender la relación específica que ha sido sometida a su conocimiento y resolver en atención a las necesidades particulares del caso, teniendo en cuenta la existencia, tanto individual como grupal, de los sujetos que se vean involucrados.

Así, la creación, mediante la Ley N° 19.968, de los Tribunales de Familia resulta altamente conveniente en orden a garantizar la atención adecuada, eficaz e igualitaria de los asuntos que sea necesario resolver en sede judicial.

Los principios que inspiran esta materia tienen características especiales; como se anotó en el capítulo correspondiente, se trata en su mayoría de verdaderos estatutos de protección, siendo necesario para su cabal entendimiento, que en su estudio se consideren, además de los factores jurídicos, otros de naturaleza extrajurídica, que además, contribuyen a justificar la existencia de los mismos, como sucede con consideraciones de orden sociológico o psicológico relacionadas con la forma y mecánica en que se estructura y desenvuelve la familia.

Luego, se concluye, la necesidad de que al interior de esta jurisdicción especializada, existan tanto jueces como funcionarios, cada uno de ellos en la medida que les corresponda, capaces de aprehender el fenómeno no tan sólo jurídico, sino además social que hay detrás de los asuntos que llegan a su conocimiento; se requerirá la presencia de jueces expertos en la materia, demandándose de ellos una amplia capacidad académica, comprensiva de otras disciplinas, relacionadas con el hecho o situación que se erige como el fundamento existencial de la norma que deba aplicar.

En efecto, si en muchas ocasiones, lo que el juez deberá resguardar son los intereses de los niños o miembros del grupo familiar que se encuentren en una posición de vulneración respecto a otros, los conceptos jurídicos correspondientes a los Derechos Fundamentales serán un objetivo, que mal podrá alcanzarse si no se comprende las condiciones del sujeto que los demanda.

Además de la misión de los tribunales de justicia en sede familiar que tiene que ver con otorgar una solución justa a los problemas que se le presenten, debemos destacar la necesidad de que ésta sea el resultado de una actuación diligente, de manera tal que el tiempo que se ocupe en alcanzar esa solución, no sea óbice para su efectividad. Ahora bien, en este punto, debe tenerse en cuenta que lo primero es la justicia; en la búsqueda de soluciones rápidas no puede perderse de vista las soluciones justas. No sería entonces aceptable que, en determinados procedimientos -como ocurría bajo el amparo del derogado artículo 48 bis de la Ley 16.618- se obviara la participación de los niños en asuntos en que su interés se encontrara involucrado. Se requiere una jurisdicción especializada, con un número de juzgados y jueces suficientes, con equipos técnicos de asistencia interdisciplinaria, con dotaciones materiales y humanas suficientes, todos ellos capaces de cumplir con los plazos establecidos y necesarios para la obtención de una solución justa, tanto en la teoría como en la práctica.

He querido poner el acento en lo señalado, producto que parece ser ésta, la condición necesaria a cualquier sistema de leyes para su efectividad; la participación de la autoridad, organizada, capaz y eficiente, es un supuesto insoslayable en la efectividad de las normas y pretensiones que se tengan.

Paralelo a esto, es necesaria la revisión crítica de las normas que se tienen respecto a las materias de Derecho de Familia. La existencia de un conjunto satelital y desorganizado de leyes, merma las pretensiones que se tengan, aún sin entrar a analizar el contenido específico de ellas. Peor es el caso, ante la

constatación de la existencia de legisladores de espíritu diverso; uno de los cuales basó su mandato en un concepto rígido o tradicional de la familia y los derechos de sus miembros, vigente junto a otro que fundó su posición en atención a un postulado democrático-liberal.

Ahora bien, la revisión a la que me refiero no podría llevarse a cabo sin la existencia de un mínimo desarrollo conceptual, de manera tal de alcanzar algún grado suficiente de precisión que permita realizar la crítica con lógica y consistencia. Con dicho objeto es que a lo largo de estas páginas hemos propuesto nuestra idea, en función de ciertos derechos y principios que consideramos básicos, cuáles son, los Derechos Fundamentales, el interés superior de los niños, la igualdad y dignidad, todos ellos constitutivos del núcleo esencial sobre el que se estructura la institucionalidad en Derecho de Familia.

Al respecto merecen ser destacadas las siguientes conclusiones:

- En primer lugar, que el Derecho de Familia, no obstante su universalidad y consecuente importancia, forma parte, como uno más, de un conjunto de normas que en su totalidad, reflejan el Estado Constitucional de Derecho, de manera tal que, en términos de Bello, deben guardar junto a ellas, la debida correspondencia y armonía;
- Luego, que la forma sobre la que se estructura la armonía referida, obedece a ciertos postulados y principios fundamentales que, no obstante su amplitud y mutabilidad, deben quedar determinados en cuanto a su contenido. Dichos postulados y principios, como se anotó en su momento, parecen reflejarse en los Derechos Fundamentales y reciben, en su conjunto, el nombre de Orden Público;
- Ahora bien, para el caso del Derecho de Familia, éste se circunscribe a un subconjunto específico de dicho orden, con el que no pierde relación, esto es, a aquellos principios y derechos sobre los que se cimienta la estructura del ordenamiento jurídico en sede familiar. Luego, la normativa atingente, deberá ser estudiada, entendida y propuesta en consideración a dicho subconjunto, no

pudiendo en caso alguno desconocerse el orden público allí establecido. Para el caso de regulaciones específicas, respecto de las cuales no podrá realizarse un examen inductivo que lleve a una relación específica con algún principio o derecho justificante, debe entenderse que dicha relación, esta en contacto con la libertad que tiene presencia y vigencia en todas las materias del Derecho y en todo tiempo, con lo que además, se descartan las calificaciones del Derecho de Familia, como un Derecho en el que no tendrá cabida el ejercicio de la autonomía de la voluntad, pues como se anotó en el capítulo correspondiente, el ejercicio legítimo de la libertad, en muchas ocasiones, no es sino una de las manifestaciones más puras del derecho que se tiene;

- En consideración a lo señalado es que se vuelve necesario un trabajo doctrinal, en el que se determinen los conceptos básicos y fundamentales en Derecho de Familia, dotándolos de un contenido determinado y aprehensible, para lo cual tendrá que considerarse a los mismos en relación a los principios y derechos *preestablecidos* con el carácter de fundamentales, incluidos los principios y derechos relacionados de rango internacional; así, el orden público en sede familiar se constituye por principios tales como el interés superior de niño, cuyo contenido fue señalado en las páginas precedentes y derechos como la igualdad entre los miembros del grupo familiar;

-Luego, resulta plausible acusar la inconstitucionalidad de un conjunto no sistemático de normas, cuya vigencia formal no guarda relación con los aspectos sustantivos del orden público relacionado con el Derecho del que forman parte, algunas de ellas enunciadas a lo largo de estas páginas, tales como los artículos 225 y 228 del Código Civil.

Luego, puede concluirse que para lo que respecta a la materia de que trata este trabajo, estamos en presencia de un desafío que por su propia naturaleza se vuelve inagotable, cuya necesidad de actualización es permanente en el tiempo y respecto del cual es fundamental un tratamiento sistemático y coherente, lejano por mucho a lo que hoy día puede observarse en sede familiar.

BIBLIOGRAFÍA

TEXTOS CONSTITUCIONALES, LEGALES (VIGENTES O PROYECTOS), INFORMES PARLAMENTARIOS NACIONALES Y JURISPRUDENCIA.

1. Constitución Política de la República de Chile. Edición Oficial, aprobada por Decreto número 555, de 06 de Junio de 2002 del Ministerio de Justicia, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2002;
2. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Texto promulgatorio, decreto número 789, D.O. N° 33.542 de 09 de Diciembre de 1989.
3. Convención sobre los Derechos del Niño. Texto promulgatorio, decreto número 830, D.O. N° 33.779 de 27 de Septiembre de 1990;
4. Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica. Texto promulgatorio, decreto número 873, D.O. N° 33.860 de 5, de Enero de 1991;
5. Código Civil, Editorial Jurídica de Chile, aprobado por decreto número 803 de 29 de Agosto de 2000;
6. Código Civil, Lexis Nexis Chile, Cono Sur, segunda edición, actualizada al 01 de Febrero de 2002;
7. Fallo de fecha 03 de Marzo de 1998, de 24° Juzgado Civil de Santiago en autos Rol número C-3634-95;
8. Fallo publicado en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XLVIII, sección segunda, Pág. 79;
9. Ley N° 19.585 sobre el Nuevo Estatuto Filiativo, publicada en el D.O. N° 36.197 de 26 de Octubre de 1998;
10. Ley N° 16.618, fija el texto definitivo de la Ley de Menores, publicada en el D.O. de fecha 08 de Marzo de 1967;
11. Ley N° 19.711, que regula el Derecho a Visita de los Hijos Sometidos a la Tuición de uno de los Padres; Santiago, 28 de Diciembre de 2000;
12. Ley N° 19.947, Establece Nueva Ley de Matrimonio Civil, Santiago, 22 de Abril de 2004;
13. Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, publicada en el D.O. con fecha 30 de Agosto de 2004;
14. Mensaje de S.E. el Presidente de la República (309-352) con el que inicia un Proyecto de Ley de Protección de derechos de la Infancia y Adolescencia. República de Chile, Santiago, 18 de Enero del 2005;

15. Mensaje de S.E. el Presidente de la República que Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de Filiación (Boletín número 1060-07) correspondiente a la 25 sesión ordinaria del Congreso, de fecha 10 de Agosto de 1993;
16. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Texto promulgatorio, decreto número 326, D.O. N° 33.382 de 27 de Mayo de 1989;
17. TURNER SAELZER, S. Sentencia sobre determinación de la titularidad del cuidado personal de los hijos menores (Corte de Apelaciones de Santiago). *Rev. Derecho (Valdivia)*, dic. 2004, Vol. 17.

LIBROS, TEXTOS DE APOYO Y RECURSOS ELECTRÓNICOS

18. ALEXIS, R. "Teoría de los Derechos Fundamentales". Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997;
19. BARROS BOURIE, E. "Notas Históricas y Comparadas sobre el Nuevo Ordenamiento Legal de la Filiación" En: El nuevo Estatuto de Filiación en el Código Civil Chileno, Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, LOM Ediciones, Seminario, año 1998;
20. CILLERO BRUÑOL, M. "El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño". Recurso electrónico: <http://www.iin.oea.org>;
21. FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. Introducción a la Teoría del Derecho, "Derecho y Persona", cuarta edición, Abril del 2001;
22. KELSEN, H. "Teoría Pura del Derecho", Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1999;
23. LIRA URQUIETA, P. "El Código Civil chileno y su época", Editorial jurídica de Chile, 1956;
24. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. "El Derecho Civil a fines del siglo XX", Editorial Tecnos, año 1991;
25. NUÑEZ, P. y OTROS, "Materiales de clases sobre el Orden Público Económico", Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1999;
26. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General. Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999;
27. RIOSECO VASQUEZ, A. "Derecho de los Tratados", Primera Parte, apuntes de clases, Departamento de Derecho Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Segunda Edición, Santiago, Abril de 1999;
28. RODRIGUEZ GREZ, P. "El Derecho como creación colectiva" Universidad del Desarrollo, Ediciones Jurídicas, Primera Edición correspondiente al año 1999;
29. RUIZ-TAGLE VIAL, P. Borrador sobre "Constitucionalidad de los Tratados Internacionales en Chile", Curso de Formación General, Primer Semestre, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Recurso Electrónico <http://www.plataforma.uchile.cl/fg/semestre1/2003/igualdad/modulo2/clase2/texto/tratados.htm>;

30. RUIZ-TAGLE, P. "Una dogmática general para los Derechos Fundamentales en Chile", Revista de Derecho Público, vol. 63, Santiago de Chile;
31. SCHMIDT HOTT C., "Tribunales de Familia", curso Taller de Memoria, "Aspectos Sustantivos de la nueva Ley de Tribunales de Familia", Facultad de Derecho, Universidad de Chile, año 2006;
32. SCHMIDT HOTT, C. "De las relaciones parentales conforme al nuevo estatuto filiativo y especialmente de la relación filial personal". Material de apoyo, curso Taller de Memoria, "Aspectos Sustantivos de la nueva Ley de Tribunales de Familia", Facultad de Derecho, Universidad de Chile, año 2006;
33. SCHMIDT, C.- VELOSO, P. "La Filiación en el nuevo Derecho de Familia", Editorial Cono Sur, Santiago de Chile, 2001;
34. SQUELLA NARDUCCI, A. "Introducción al Derecho", Editorial Jurídica de Chile, Marzo 2000;
35. STREETER, J. "Modificación de la Ley de la Libre Competencia", material de clases para el curso de Libre Competencia del profesor Domingo Valdés, Universidad de Chile Facultad de Derecho, Primer Semestre 2006;
36. VELOSO V. PAULINA, Principios Fundamentales que inspiran el nuevo estatuto de filiación. En: El nuevo Estatuto de Filiación en el Código Civil Chileno, Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, LOM Ediciones, Seminario, año 1998;
37. Wikipedia, la Enciclopedia Libre; Recurso Electrónico: <http://es.wikipedia.org>

CONGRESOS Y COMISIONES

38. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 17 y 22 de Septiembre de 2002, Recurso electrónico;
39. GUITRON, J., "El Orden Público en el Derecho Familiar Mexicano". En: Congreso Internacional de Derecho de Familia, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 22,23 y 24 de Noviembre de 2005;
40. MORALES, G., "El Interés Superior del Niño en materia de Instituciones Familiares". En: XII Congreso Internacional de Derecho de Familia, "El Derecho de Familia ante los retos del nuevo milenio", la Habana 2002;
41. ORLANDI, O., Ponencia sobre "El Derecho del niño a ser oído en los procedimientos judiciales vinculados con la familia". En: X Congreso Internacional de Derecho de Familia, "El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas" Ponencia, comisión II "El niño como sujeto de Derecho", Mendoza, Argentina, 20 al 24 de Septiembre de 1998;
42. POLAKIEWICZ, M. "El Derecho de los Hijos a la Parentalidad". En: X Congreso Internacional de Derecho de Familia "El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas" Ponencia, comisión II "El niño como sujeto de Derecho", Mendoza, Argentina, 20 al 24 de Septiembre de 1998.