

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJO(A)S Y ORIENTACIÓN SEXUAL DE LOS PROGENITORES

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

AUTOR:

JAVIERA FRANCISCA ASCENCIO DE LA FUENTE

Profesora Guía: Maricruz Gómez de la Torre Vargas

Santiago, Chile 2008

| | |
|--|------------|
| RESUMEN . . . | 4 |
| INTRODUCCIÓN . . . | 5 |
| <u>CAPÍTULO 1 : CONCEPTO DE FAMILIA. . .</u> | 7 |
| 1.1 La familia jurídicamente protegida. . . | 7 |
| 1.1.1 La familia en la Constitución de 1980. . . | 8 |
| 1.1.2 La familia en el Código Civil. . . | 11 |
| 1.1.3 La familia en leyes especiales. . . | 13 |
| 1.1.4 La familia en el Derecho internacional de los derechos humanos. . . | 16 |
| 1.2 La familia en un Estado democrático de Derecho. . . | 24 |
| 1.2.1 El Estado democrático de Derecho . . . | 24 |
| 1.2.2 Principios que informan el Estado Democrático de Derecho . . . | 26 |
| <u>CAPÍTULO 2:AUTORIDAD PARENTAL Y CUIDADO PERSONAL. . .</u> | 34 |
| 2.1 Generalidades. . . | 34 |
| 2.2 Autoridad parental. . . | 35 |
| 2.2.1 Definiciones y límites conceptuales en relación a la patria potestad. . . | 36 |
| 2.2.2 Contenido de la autoridad parental. . . | 38 |
| 2.3 Cuidado personal del niño, niña o adolescente. . . | 45 |
| 2.3.1 Marco conceptual. . . | 45 |
| 2.3.2 Marco Normativo. . . | 48 |
| 2.3.3 Reglas de atribución. . . | 49 |
| <u>CAPÍTULO 3: ORIENTACIÓN SEXUAL DE LOS PROGENITORES Y ATRIBUCIÓN DEL CUIDADO PERSONAL. . .</u> | 60 |
| 3.1 Consideraciones Generales . . . | 60 |
| 3.2 Principio del interés superior del niño. . . | 61 |
| 3.2.1 Marco Conceptual . . . | 61 |
| 3.2.2 Marco Normativo: . . . | 63 |
| 3.2.3 Contenido: . . . | 65 |
| 3.3 Alcances de la expresión “causa calificada” para efectos del artículo 225 del Código Civil. . . | 70 |
| 3.4 Principio de igualdad y no discriminación. . . | 76 |
| 3.4.1 Orientación Sexual: . . . | 77 |
| 3.4.2. Igualdad: . . . | 78 |
| 3.4.3. Discriminación . . . | 81 |
| 3.5. El interés superior del niño a la luz del cuidado personal y su vinculación con el principio de igualdad y de no discriminación. . . | 89 |
| CONCLUSIONES . . . | 99 |
| BIBLIOGRAFÍA . . . | 101 |

RESUMEN

El objetivo de esta memoria es determinar el rol que la orientación sexual de los progenitores desempeña al momento de atribuir judicialmente el cuidado personal de los hijos. Para ello, se analiza la noción de familia en nuestro ordenamiento jurídico, se delimita el concepto de cuidado personal, y su inserción dentro de los derechos-deberes que comprende la autoridad parental, y se precisan las causas calificadas que podrían hacer indispensable para el interés superior del niño el cambio en la atribución de dicho cuidado personal. Asimismo, se revisa el principio del interés superior del niño, para luego analizar su eventual colisión con los principios de igualdad y de no discriminación.

En definitiva, se presentan aquí distintos argumentos que permiten colegir que, inhabilitar a los progenitores para ejercer el cuidado personal de sus hijo(a)s, por el sólo hecho de admitir su orientación sexual homosexual, y de mantener, conforme a dicha orientación, una convivencia con una pareja del mismo sexo, implica la transgresión a las normas de un Estado democrático de Derecho.

INTRODUCCIÓN

A comienzos de diciembre del año 2006, se anunció públicamente que Mary Cheney, hija del Vicepresidente de los Estados Unidos, Richard Cheney, estaba embarazada. Esta noticia traía aparejada además, la particularidad de que Mary era ya conocida por ser lesbiana y mantener una relación durante quince años con otra mujer.

El Presidente de los Estados Unidos, George W. Bush, quien en el año 2005 en una entrevista concedida a *The New York Times*, habría señalado que los niños fruto de parejas homosexuales "pueden recibir amor, pero lo ideal -de acuerdo a varios estudios- es que el niño crezca en una familia casada formada por un hombre y una mujer", declaró ante la prensa que Mary Cheney iba a ser "un alma que adore a su hijo y me alegro por ella". Agregó que "Mary va a ser una madre estupenda y va a querer mucho a su niño".¹

En Chile, Norma Squadritto, transexual, decidió a sus 50 años operarse para convertirse en Sebastián Squadritto. Luego de ello, contrajo matrimonio con Magali Demuth y obtuvo el cuidado personal de su nieto².

Por otra parte, la jueza Karen Atala Riffo no logró de los tribunales chilenos mantener la custodia de sus tres hijas, por considerar la Corte Suprema que la homosexualidad de ella y de su pareja conviviente, atentaba contra el interés superior de las niñas, lo que constituía una causa calificada para despojarla del cuidado personal de ellas³.

Estos casos ponen de relieve que la orientación sexual no es indiferente a la sociedad a la hora de evaluar las condiciones necesarias que una persona debe reunir para ocuparse del cuidado personal de sus hijos. Esta memoria pretende, en ese contexto, clarificar la esfera de los prejuicios y resaltar el ámbito de los principios y normas que nos sirvan de herramienta para determinar cuáles son los criterios pertinentes que el sentenciador debe considerar al momento de resolver un conflicto en el que se dispute el cuidado personal de niños, niñas o adolescentes.

Atendido lo anterior, y de modo de particularizar el ámbito de estudio, la hipótesis a partir de la cual se desarrollará esta presentación consiste en la afirmación que la homosexualidad declarada de un progenitor que vive junto a su pareja, no constituye un impedimento para ejercer el cuidado personal de su hijo(a).

Para ello, se analizará en primer lugar, el concepto de familia, tanto en el ordenamiento jurídico nacional como a nivel de Derecho Comparado y en el sistema internacional de los derechos humanos. Se buscará entender los límites de la familia dentro de los cuales el Estado debe otorgar protección, las opciones legislativas en la materia, y cómo debiese caracterizarse la familia en un Estado Democrático de Derecho.

¹ <http://www.elpais.com/articulo/agenda/Mary/Cheney/embarazada/elpepigen/20061207elpepiage_3/Tes> [consulta: 26 octubre 2007].

² GÓMEZ DE LA TORRE V, M. 2001. Uniones entre personas del mismo sexo. Revista de Derecho Comparado N° 4, pág. 27.

³ CUARTA SALA DE LA CORTE SUPREMA. 2004. Considerando decimonoveno de la sentencia recaída en el Recurso de Queja interpuesto por Jaime López Allende en contra de ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco y su Fiscal Judicial. Anuario de Derechos Humanos. Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. [en línea] <[http://www.anuariocdh.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3__CHILE%20\(1\).pdf](http://www.anuariocdh.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3__CHILE%20(1).pdf)> [consulta: 25 octubre 2007].

Luego se abordará, en el segundo capítulo, uno de los efectos que las relaciones familiares pueden generar, denominado autoridad parental, y en particular, aquel constituido precisamente por el cuidado personal de los hijos, capítulo necesario para entender cuáles son los derechos y deberes que se estarían cuestionando por parte de quienes consideran que la orientación homosexual de los progenitores obsta al cuidado personal de sus hijos.

A continuación, se revisará el principio del interés superior del niño, tanto en sus alcances generales como contextualizado a la luz del artículo 225 del Código Civil, y por último, se tratará el contenido y la recepción normativa del principio de igualdad y no discriminación, y su relación y eventual colisión con el principio del interés superior del niño en materia de cuidado personal.

De ese modo, se pretende abordar la homosexualidad y la responsabilidad parental de una manera que comprenda gran parte de las distintas ópticas que convergen en la discusión jurídica sobre la materia, ya sea que provengan de la doctrina, de los legisladores, de la jurisprudencia, o del sistema de derechos humanos, de forma tal que las conclusiones que se puedan sostener en esta materia, contribuyan a un debate que tenga por finalidad la construcción de una sociedad más tolerante, democrática e integradora.

CAPÍTULO 1 : CONCEPTO DE FAMILIA.

1.1 La familia jurídicamente protegida.

Atendido que el cuidado personal se presenta como uno de los efectos de las relaciones familiares, es necesario determinar, previo a su estudio en particular, cuáles son efectivamente las familias que generan tales efectos, y si es posible hablar de familias que no reciben la misma protección y regulación que otras por parte del legislador, o en tal caso simplemente no se trata ya de una agrupación familiar, sino de otro tipo de figura que debe permanecer al margen de dicha ordenación.

Ahora bien, como se ha señalado en múltiples oportunidades, la familia constituye una realidad anterior al Derecho y, en cuanto tal, originariamente no depende de su regulación, "sino que está directamente vinculada con las sociedades en las cuales se presenta. Así, su propia noción y su contenido son el reflejo de una serie de convicciones sociales y, por la misma razón, la familia se presenta, necesariamente, como una realidad histórica y pre-jurídica."⁴

Al respecto, el autor español Carlos Lasarte señala que "(...) la idea de familia es tributaria en cada momento histórico de una serie de condicionamientos sociales y se resiste a ser encajonada en una noción concreta que no se plantee con grandes dosis de generalización e imprecisión. Por ello, no existe precepto alguno en la Constitución ni en la legislación ordinaria en el que, de forma precisa, se establezca con carácter general qué es una familia o cómo deben ser las familias. Tan familia es el grupo compuesto por los padres y doce hijos, cuanto una viuda y un hijo, o una madre separada que ostenta el ejercicio de la patria potestad sobre sus dos niñas pequeñas, etc., aunque a efectos de una norma jurídica concreta (de impuesto sobre la renta de las personas físicas o de declaración de familia numerosa) se establezcan condiciones y requisitos absolutamente precisos y concretos."⁵

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas⁶, ha señalado que el concepto de familia puede diferir de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme al concepto, aunque, remarca el Comité, cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, ésta debe ser objeto de una adecuada protección⁷.

Asimismo, en nuestro país, la Comisión Nacional de la Familia destacó que la diversificación en las formas de organización de la familia no constituye un proceso crítico de descomposición, sino que más bien se da "como parte de la dinámica de relación entre

⁴ BARRIENTOS, J y NOVALES, A. 2004. Nuevo Derecho Matrimonial Chileno. Santiago, Editorial LexisNexis. Pág. 3.

⁵ LASARTE, C. 2002. Principios de Derecho Civil VI. Derecho de Familia. Madrid, Marcial-Pons. Pág. 6.

⁶ El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en los Estados Partes.

⁷ Observación General N° 19 - Artículo 23° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (39° período de sesiones, 1990), párr. 2. COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS [en línea] <<http://www.cajpe.org.pe/InformacionJuridica.htm>> [consulta: 20 octubre 2007].

familia y sociedad y, por lo tanto, como la forma en que los grupos familiares responden a los desafíos y circunstancias específicas de nuestro tiempo.”⁸

Sin embargo, el hecho que se reconozca la existencia de distintos tipos de familia como objeto de estudio sociológico, no ha significado un consenso en cuanto a que todas ellas sean objeto de protección jurídica.

Encarna Roca Trías señala que: “(...) debe conocerse el concepto cultural de familia presente en una sociedad concreta en un momento determinado, porque de aquí derivarán las siguientes consecuencias:

La clasificación de los grupos familiares y la aceptación de unos y el rechazo de otros.

La ordenación jurídica en base a normas que deben regular la creación y disolución del grupo elegido, a la vez que la conducta del mismo, tanto entre sus miembros como en sus relaciones con el exterior y especialmente con los sistemas sociales.

La determinación del modelo que debe aplicarse a la legislación: si la creación de las normas reguladoras debe dejarse exclusivamente a la autonomía de la voluntad; si debe existir un control público y, si ello es así, cuándo, cómo y con qué criterios.

La decisión sobre las minorías, ya se trate de establecer criterios de exclusión, ya se trate de establecer criterios de selección.”⁹

De acuerdo a lo expresado por la autora, la importancia de una delimitación conceptual del término familia, es que ella permite esbozar los criterios que las políticas públicas y la acción legislativa adoptarán en el tratamiento de los temas que digan relación con dicha organización social. Es decir, tal proceder ayuda a entender porqué hay ciertos grupos protegidos y otros excluidos de la regulación jurídica, porqué conductas que se aceptan en determinados grupos, se rechazan en otros, etcétera.

En este acápite no intentaremos hacer una recopilación de lo que doctrinariamente se ha entendido por familia, sino precisamente ver cuáles han sido las consecuencias de las definiciones normativas adoptadas, y los posibles alcances que de ellas pueden derivar hacia la noción de “familia”.

1.1.1 La familia en la Constitución de 1980.

La Constitución Política de la República señala en su primer artículo que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y que es deber del Estado dar protección a la familia y propender a su fortalecimiento¹⁰.

⁸ Informe Comisión Nacional de la Familia, Capítulo IV “La Realidad de las Familias Chilenas Hoy”, pág. 140, citado en el 1^{er} Informe de las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia, y de Familia de la Cámara de Diputados, sobre el proyecto de ley que establece una nueva Ley de Matrimonio Civil (Boletín N° 1759-18). Pág. 3.

⁹ ROCA, E. 1999. Derechos Humanos y Derecho de Familia. En: EL DERECHO de familia y los nuevos paradigmas. Tomo I. X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, Argentina, 20 al 24 de septiembre de 1998. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (Coordinadora) Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni. Pág. 48.

¹⁰ En el mismo sentido, la Constitución colombiana de 1990 dispone en su artículo 5° que: “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.” En tanto, la Constitución peruana de 1993 dispone en su artículo 4 que: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.” Por otra parte, el artículo siguiente se refiere a las uniones de hecho, en los siguientes

De ese modo, el constituyente no sólo ha reconocido la existencia de la familia, sino que la ha elevado a la categoría de célula fundamental de la sociedad.

De acuerdo a lo planteado por el profesor Javier Barrientos, “el reconocimiento y declaración constitucional de la familia como núcleo fundamental de la sociedad genera, al menos, dos cuestiones de interés ligadas con el derecho de familia chileno: a) cuál es la noción constitucional de familia, y que consecuencias jurídicas se siguen de ella; y b) qué ha de entenderse por su caracterización como núcleo fundamental de la sociedad y cuáles son las consecuencias jurídicas de tal carácter.”¹¹

Para el profesor Barrientos, a diferencia de lo que sostienen numerosos autores, la Carta Fundamental si contiene una definición de familia: ‘la familia **es** el núcleo fundamental de la sociedad’. Sin embargo, no existe una noción que precise en qué consiste una familia. Ahora bien, a su juicio, que no existan antecedentes sobre este punto en la historia fidedigna de la ley, no obsta para entender comprendidas a las familias nucleares, las extensas y las monoparentales, incluso aquellas formadas por mujer y hombre sin hijos¹².

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, la mayor discusión a este respecto gira en torno a la determinación de si el matrimonio constituye o no “la base principal” de la familia.

Para algunos autores no cabe duda de que la familia a que se refirió el constituyente es la familia que tiene como base el matrimonio¹³, argumentando para ello el absurdo

términos:” La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.” Ver COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS [en línea] <<http://www.cajpe.org.pe/rj>> [consulta: 20 octubre de 2007].

¹¹ BARRIENTOS, J y NOVALES, A. 2004. Nuevo Derecho Matrimonial Chileno. Santiago, Editorial LexisNexis. Pág. 13.

¹² BARRIENTOS, J y NOVALES, A. 2004. Nuevo Derecho Matrimonial Chileno. Santiago, Editorial LexisNexis. Págs. 12-14.

¹³ Héctor Riesle, dictando una Clase Magistral en el Día de la Universidad Bernardo O’Higgins, expresó: “Se alega que la Constitución protege la familia pero no definiría qué es la familia, lo que quedaría entregado a la ley. Con tal criterio podría decirse lo mismo respecto a la vida, a la libertad, a la propiedad o a cualquier otro bien jurídico, lo que equivaldría a sostener que la Constitución no protege ni garantiza nada. Por la vía de la redefinición la ley podría hacer tabla rasa de la Constitución. La realidad es otra. Como lo señalé años atrás, cuando la Constitución utiliza una palabra (en la especie: “familia”) está recogiendo del uso general (sentido natural y obvio), de su acepción legal y de su acepción técnica. Las tres acepciones confluyen para decir que la familia que la Constitución protege es la constituida por el matrimonio indisoluble y la filiación legítima, con sus corolarios de patria potestad, potestad marital rectamente entendida, derechos y deberes recíprocos de cónyuges e hijos, sucesión y otros. La ley no puede sustituir por otra cosa la familia que la Constitución protege. Lo dicho no impide que alguna norma pueda ser perfeccionada, pero evidentemente excluye la destrucción de la institución, estableciendo normas contradictorias con ella como se está haciendo. Así, se está usando la ley para destruir instituciones jurídicas fundamentales que la misma Constitución Política protege. Esto es un uso subversivo de la ley, es usar la ley para destruir el Derecho”. RIESLE, H. 2003. El Estado de Derecho en Chile y su crisis presente_[en línea] <http://www.ubohiggins.cl/ex_exten.php> [consulta: 25 octubre 2007]. Al respecto, no cabe sino señalar que parece imposible aceptar una argumentación construida en base a instituciones felizmente superadas, como la legitimidad o ilegitimidad de la filiación, o la potestad marital, para interpretar la Constitución y desconocer así la supremacía de la igualdad como valor democrático y por ello indispensable. Por su parte, Diez Urzúa ha señalado que : “Conviene destacar que la familia a la cual se le otorga protección constitucional no es cualquier familia, como se ha querido interpretar, sino el modelo mayoritario de la familia chilena, conformado de acuerdo a los hábitos de la civilización occidental cristiana, o sea la fundada en el matrimonio (...) El constituyente, orientado claramente por esta precisa concepción filosófica, no dejó abierta la posibilidad, como algunos han pretendido sostener, de que el legislador sea quien defina, en cada momento histórico, lo que se entiende por familia”. Diez, S. Personas y Valores, su protección constitucional. 1999. Santiago, Editorial Jurídica. Págs 51-52. Citado por BARRIENTOS, J y NOVALES, A. 2004. Nuevo Derecho Matrimonial Chileno. Santiago, Editorial LexisNexis. Pág. 29.

que representaría pensar que constituya deber del Estado no sólo proteger, sino también propender, al fortalecimiento de las uniones de hecho o de las parejas homosexuales¹⁴.

Por otra parte, quienes sostienen que el deber del Estado comprende tanto el fortalecimiento y protección de las familias cuya base está en el matrimonio, como de aquellas en que no existe vínculo conyugal, se apoyan en argumentos antidiscriminación basados en la propia Carta Magna y en lo dispuesto en los tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile. Uno de ellos es el Pacto de San José de Costa Rica, en el cual, en el mismo artículo donde se establece la igualdad de todos los hijos, se prevé la protección de la familia, siendo por ello obvio "(...) que la familia en cuestión no es la legítima, puesto que el pacto ordena no discriminar entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio (...) Aun cuando aceptáramos que, en efecto, el precepto constitucional alude a la familia legítima, ello habría sido objeto de una reforma constitucional secundaria provista por la reforma al inciso 2° del artículo quinto de la Constitución y la posterior incorporación del Pacto de San José (...)".¹⁵ Por lo demás, tal como señala Eduardo Aldunate Lizana, "no existe ningún elemento en el texto constitucional que permita vincular la noción de familia con la de matrimonio."¹⁶

Por otra parte, dentro de los fundamentos esgrimidos en la moción parlamentaria que dio inicio a la discusión sobre la nueva Ley de Matrimonio Civil¹⁷, se señaló que, si bien la Constitución evidentemente tendía a la protección de la familia matrimonial, no rechazaba otros grupos familiares, dejando incluso abierta la puerta para el establecimiento del divorcio vincular. Así, la citada iniciativa legislativa expresa que "(...) tanto desde un punto de vista originario (actas de la Comisión Constituyente), como gracias a una interpretación sistémica, es posible extraer una primera e importante conclusión: "Nuestra Constitución si bien no es valóricamente neutra, no define en ningún momento su idea de familia, o el vínculo directo de ésta con el matrimonio", dejando abierta la posibilidad de que sea la sociedad, en cada época histórica, la que establezca cómo se harán efectivas las aspiraciones programáticas consagradas por la Constitución en esta materia. Por ejemplo, en el caso específico de la indisolubilidad del matrimonio, en el acta de la sesión N° 191 de la Comisión Constituyente, celebrada el 18 de marzo de 1976, queda expresamente establecido que lo relativo a una posible ley de divorcio vincular, queda entregado al criterio del legislador."¹⁸

¹⁴ En este sentido, HERNÁN CORRAL T. en Familia y Derecho, Universidad de los Andes, Colección Jurídica, Santiago, 1994, p. 30, citado por RAMOS, R. 2005. Derecho de Familia. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Pág. 13.

¹⁵ CARLOS PEÑA G. 1996. ¿Hay razones constitucionales fuertes a favor de un estatuto igualitario? En: Instituciones Modernas de Derecho Civil, Santiago, Editorial Conosur. Págs 140 a 150. Citado por RAMOS, R. 2005. Derecho de Familia. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. No deja de sorprender, de todos modos, que el citado autor califique de "legítima" a la familia matrimonial. Págs. 12 y 13.

¹⁶ ALDUNATE L, E, 2006. El derecho esencial a contraer matrimonio. En: PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO, FACULTAD DE DERECHO, coord. Álvaro Vidal. El nuevo derecho chileno del matrimonio, Chile. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 42.

¹⁷ Moción de la Diputada señorita Saa, señoras Allende y Aylwin, y de los Diputados señores Walker, Barrueto, Cantero, Longton, Munizaga, Elgueta y Viera-Gallo, que propone Nueva Ley de Matrimonio Civil (Boletín N° 1759-18)

¹⁸ En las actas del constituyente, citadas en la moción parlamentaria en comento, consta lo siguiente: "El señor Ortúzar (Presidente)... Lo que si le interesaría es que la Comisión sea bien clara. Consulta si habría inconveniente para aprobar esta disposición, dejando constancia de que la Comisión no ha querido en forma alguna inmiscuirse en el problema de la indisolubilidad del matrimonio o intentar resolverlo. Los señores Diez y Guzmán expresan concordar con esa proposición. El señor Ortúzar (Presidente) insiste en que ello se haría siempre que se deje claramente en el acta la constancia mencionada. El señor Guzmán manifiesta que

Mención aparte merece otra norma constitucional que configura parte del contenido de los derechos que encierra la vida familiar, y que permite entender a la familia o más bien, a las familias, dentro de una sociedad democrática: se trata de la garantía contemplada en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República, la cual asegura a todas las personas “el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”. A ella nos referiremos en forma particular más adelante. Sin embargo, podemos desde ya concluir que nuestra Carta Fundamental se compromete fuertemente con la promoción y protección de la familia, sin limitarla en cuanto a sus modalidades orgánicas, sino sólo sujetándola, como es obvio, a los límites que se imponen en un Estado Democrático de Derecho.

1.1.2 La familia en el Código Civil.

En nuestro ordenamiento jurídico, la regulación de la familia no se ha concebido de manera autónoma en relación al Derecho Civil, como si ha sucedido en otras legislaciones, en las cuales se cuenta, de hecho, con un Código de la Familia, como en Bolivia, o con un Código de los Niños y Adolescentes, como en el Perú, Brasil, Uruguay y Ecuador¹⁹. Por el contrario, en nuestro Derecho, la regulación de la familia es parte del Derecho Privado, encontrándose en el Código Civil.

Ahora bien, como explica el profesor Tapia, el Código Civil tampoco otorgó un tratamiento a la familia como grupo objeto de protección, sino que su regulación se insertó en el Libro I, denominado “De las personas”, conforme al individualismo imperante en los tiempos de Bello.²⁰

Si se revisa la evolución histórica de la familia, a la época de la dictación del Código Civil, ella se constituía exclusivamente por el matrimonio religioso, y el marido, “príncipe de la familia”, la gobernaba como monarca absoluto²¹. De ahí que resulte inconducente

él precisaría más y diría. “Queda entendido que la resolución de este problema es de resorte del legislador.” Citado en Moción de la Diputada señorita Saa, señoras Allende y Aylwin, y de los Diputados señores Walker, Barrueto, Cantero, Longton, Munizaga, Elgueta y Viera-Gallo, que propone Nueva Ley de Matrimonio Civil (Boletín N° 1759-18). En ese mismo sentido, Alejandro Silva Bascuñán explica que: “La historia de la gestación de la Ley Fundamental pone de manifiesto, por lo dicho, que intencionadamente no quiso el constituyente prohibir en ella la dictación de una ley de divorcio, aunque se expresó con gran vigor la concordancia en considerar el matrimonio indisoluble, por razones de conveniencia humana y social, la forma más adecuada de constitución de la familia”. SILVA, A. 1997. Tratado de Derecho Constitucional. Tomo IV. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Pág. 42.

¹⁹ En este sentido, el Código Boliviano de Familia, que data de 1988, dispone en su primer capítulo, llamado “Régimen Jurídico de la familia”, que la familia, el matrimonio y la maternidad gozan de la protección del Estado (de lo cual se colige que, familia, no se asocia necesariamente al matrimonio) y que los miembros de la familia gozan de un trato jurídico igualitario en la regulación de las relaciones conyugales y de filiación, así como en el ejercicio de la autoridad de los padres y en otras situaciones similares, eliminándose toda mención o criterio discriminatorio que sea incompatible con el valor y dignidad esencial de la persona humana. Se precisa también que la regulación del Código en comento se limita a la organización jurídica de la familia y a las relaciones de derecho que le son inherentes, y no prejuzga sobre los deberes religiosos o morales de sus componentes. Además, reconoce la existencia de un interés de la familia, distinto al interés de sus miembros, al señalar en el artículo 2° que: “los jueces y autoridades, al resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, tendrán en cuenta el estado o condición de las personas como miembros del grupo familiar y concederán prevalencia al interés que corresponde a la familia sobre el particular de sus componentes y de terceros.” COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS [en línea] < <http://www.cajpe.org.pe/rij/> > [consulta: 19 marzo de 2008].

²⁰ TAPIA, M. 2005. Código Civil .1855-2005. Evolución y perspectivas. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Pág. 73.

²¹ TAPIA, M. 2005. Código Civil .1855-2005. Evolución y perspectivas. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Pág. 103.

preguntarse por el rol que para el legislador de la época asumían las uniones de hecho u otros tipos de organizaciones familiares.

Las reformas legales tendientes a imponer nuevas concepciones en materia de familia sólo han adquirido un ritmo más acelerado en los últimos quince años, lo que denota que durante más de un siglo vivimos regidos por normas no sustancialmente distintas a las ya caracterizadas desde la época de Andrés Bello, contexto histórico en que nuestra sociedad estaba "(...) organizada sobre la base de una economía agrícola y doméstica, impregnada de una visión católica y patriarcal de las relaciones familiares."²²

Como dice Mauricio Tapia, "La cuestión que debe destacarse es que las modificaciones legales reemplazaron esa visión unívoca y normativa de la familia del Código Civil, por una regulación que no busca establecer un modelo de relaciones familiares, sino que pretende abrir espacios para diferentes proyectos de vida y convicciones morales. La familia en el derecho moderno, como afirmó lúcidamente Jean CARBONNIER, pasa a tener un carácter funcional, es un instrumento entregado a cada uno para el desarrollo de su personalidad."²³

Siguiendo el razonamiento del profesor Tapia, no obstante el origen ideológico de las normas de familia en nuestro Código Civil, no es posible afirmar hoy en día que dicho texto imponga la consagración de un tipo de familia por sobre otras. No sólo por las profundas reformas realizadas en materia de filiación que consagraron un régimen igualitario entre los hijos, no importando si fueron concebidos al interior de un matrimonio o fuera de él, sino también porque el tratamiento que el Derecho Civil comenzó a otorgar a las relaciones familiares fue más bien apuntando a imponer criterios en momentos de crisis, de modo de regular la forma de resolución de conflictos, y no de imponer un determinado modelo de vida. Así, el autor citado señala: "La función *didáctica* fue reemplazada por una visión *terapéutica*, y refleja una concepción del Estado liberal más bien dirigida a asegurar una neutralidad frente a sus súbditos que a dirigir sus vidas íntimas."²⁴

La señalada evolución ha dado como resultado la imposición de una visión igualitaria e individualista, coincidente con las ideas inspiradoras del Código Civil, que considera a la familia como una entidad funcional a los diferentes proyectos de vida de las personas²⁵, no dejando por ello de establecer normas protectoras en función de los niños, niñas y adolescentes, y de las distintas situaciones que en momentos de crisis se puedan presentar.²⁶

²² TAPIA, M. 2005. Código Civil .1855-2005. Evolución y perspectivas. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Pág. 102.

²³ TAPIA, M. 2005. Código Civil .1855-2005. Evolución y perspectivas. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Pág. 105.

²⁴ TAPIA, M. 2005. Código Civil .1855-2005. Evolución y perspectivas. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Pág. 105.

²⁵ TAPIA, M. 2005. Código Civil .1855-2005. Evolución y perspectivas. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Pág. 106.

²⁶ De todos modos, resulta pertinente señalar que el Código Civil se refiere a la familia en las siguientes disposiciones: art. 15 N° 2, referido a la extraterritorialidad de la ley chilena en las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia respecto a cónyuges y parientes chilenos; art. 44, en el cual se establece como estándar de responsabilidad la noción de "buen padre de familia", noción que aparece aplicada también en los artículos 1939, 1941, y 2018 relativos al arrendamiento, en el artículo 2288 sobre agencia oficiosa, en el 2323 sobre responsabilidad extracontractual, y en el 2394 sobre prenda. Asimismo, el art. 65 se refiere a la familia como criterio de referencia del domicilio civil de una persona; el título VI del libro I, denominado "Obligaciones y derechos entre los cónyuges", se refiere en reiteradas ocasiones a la noción de "familia común", que dado el contexto normativo, es la que emana del vínculo matrimonial, y se refiere también en el párrafo 2 a la institución de los "bienes familiares", que introduce la noción de "interés de la familia", para la cual es válida también la prevención anterior. Se la menciona también en normas sobre tutela y curatela (arts. 431, 457, y 502 y siguientes) y en las normas sobre usufructo, y sobre uso y habitación, una de las cuales ha servido para decir que el Código Civil si contempla una definición de familia, pero la verdad es que sólo es posible referirla al derecho real en comento. Se

1.1.3 La familia en leyes especiales.

Dada la falta de una definición particular respecto a la familia en el Código Civil, y dado, en general, el tratamiento inorgánico que el Derecho de Familia recibe en nuestro ordenamiento jurídico, es necesario revisar otros cuerpos normativos especiales que en esta materia se refieren a ella.

1.1.3.1 Ley N° 19.947, que establece Nueva Ley de Matrimonio Civil ²⁷

La Ley de Matrimonio Civil, discutida en el Parlamento durante cerca de nueve años, establece, al comenzar su primer artículo que, “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia.”

En la moción parlamentaria que la originó, se define a la familia como “la unión socialmente aprobada de un hombre, una mujer y sus hijos”, cuya importancia fundamental radica en ser el lugar en que se forja la identidad y la intimidad de los sujetos y ser un instrumento privilegiado de socialización de las nuevas generaciones, a través del cual se transmiten creencias, valores, usos y costumbres²⁸. Se señala además que dicha iniciativa fortalece y promueve el matrimonio, pero dando solución a las situaciones de crisis, regulando en especial los efectos hacia los hijos²⁹.

En cuanto al artículo 1° de la Ley de Matrimonio Civil, si bien su primera frase no es más que una repetición de lo prescrito en el artículo 1° de la Constitución Política de la República, la segunda podría dar lugar a discusiones: por una parte, si la base principal de la familia es el matrimonio, pueden existir familias que tengan otras bases distintas a él. Sin embargo, desde otra óptica, es perfectamente posible señalar que si la familia carece de su base principal, difícilmente existe, por cuanto cualquier organismo o institución que

trata del art. 815, el cual se refiere a la extensión del derecho de uso y habitación, estableciendo que comprende las necesidades personales del usuario o habitador y las de su familia. A continuación señala que “la familia comprende al cónyuge y los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución. Comprende asimismo el número de sirvientes necesarios para la familia. Comprende además, las personas que a la misma fecha vivían con el habitador o usuario y a costa de éstos; y las personas a quienes éstos deben alimentos”. Sin embargo, no es posible adoptar esta definición como criterio normativo de la noción de familia, atendido el hecho que tal concepto responde a una estructura familiar romana completamente superada, y atendido que el mismo Código Civil en otras disposiciones separa la familia de los sirvientes o dependientes, como en los artículos 1941 y 2018, lo que insta a pensar que ni para el mismo Bello ese concepto de familia era extrapolable a otras situaciones distintas de las referidas en el derecho de uso y habitación. Por otra parte, encontramos además normas tales como el art. 1337, sobre partición; 1618, sobre bienes inembargables; 1740 y 1758, sobre sociedad conyugal; 2045, referido al censo; 2243, referido al depósito necesario; 2262, sobre el juego y la apuesta; y 2472 sobre prelación de créditos.

²⁷ CHILE. Ministerio de Justicia. 2004. **Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil. Ella reemplaza a la Ley de Matrimonio Civil de 10 de enero de 1884, y si bien fue publicada el 17 de mayo de 2004, su entrada en vigor data del 18 de noviembre de ese mismo año.**

²⁸ Moción de la Diputada señorita Saa, señoras Allende y Aylwin, y de los Diputados señores Walker, Barrueto, Cantero, Longton, Munizaga, Elgueta y Viera-Gallo. Nueva Ley de Matrimonio Civil (Boletín N° 1759-18). Pág. 1.

²⁹ “Sostenemos que esta iniciativa favorece la estabilidad matrimonial y, por tanto, protege debidamente a la familia, porque en los hechos hace más difícil el divorcio que en la actualidad, y resguarda el cumplimiento de los deberes familiares hacia los hijos después de terminado el matrimonio. Además de establecer taxativamente las causales de divorcio, se favorece una instancia previa de conciliación y se faculta al juez, en casos extremos, para denegar el divorcio aunque concorra alguna causal, si con ello se evitan males mayores.” Citado en Moción de la Diputada señorita Saa, señoras Allende y Aylwin, y de los Diputados señores Walker, Barrueto, Cantero, Longton, Munizaga, Elgueta y Viera-Gallo, que propone Nueva Ley de Matrimonio Civil (Boletín N° 1759-18). Pág. 5.

carece de su base principal es inexistente. Ahora bien, revisando la historia fidedigna de la Ley de Matrimonio Civil, queda claro que la intención del legislador fue la de admitir con dicha frase, otras familias no constituidas en torno a un vínculo matrimonial. En efecto, ese inciso fue propuesto en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, mediante indicación de los senadores Chadwick, Romero y Diez, quienes lo complementaban luego con otro inciso, que señalaba que “el matrimonio es la base de la familia legalmente constituida.”³⁰ Frente a tal indicación, la Ministra Delpiano señaló en la Comisión que, “más allá de la voluntad cultural que existe de formar familia a través del matrimonio, numerosas leyes, como la de adopción, reconocen otras formas de familia”³¹. Finalmente, la Comisión, recogiendo las opiniones vertidas, acogió el inciso primero de la indicación de los señores Senadores, pero señalando que el matrimonio es la base “principal” de la familia, de modo de no excluir a las familias que tengan otro origen³². Así, quedó redactado en los mismos términos que hoy consagra la referida ley.

Eduardo Aldunate Lizana explica que dicha redacción fue “una concesión, un pago compensatorio para lograr el acuerdo político necesario para la aprobación de la ley”, dados los fuertes cuestionamientos que ella generaba. Señala al respecto: “La impresión que queda es que a cambio de regular el divorcio, se trató de reforzar el matrimonio elevándolo a una categoría que la Constitución no le da: ni más ni menos que ser la base principal del núcleo fundamental de la sociedad. Sin poder distinguir aquí una ganancia normativa – los enunciados de este tipo en una ley no tienen el valor de la consagración del respectivo principio a nivel fundamental-, podría al menos decirse, con algo de humor, que el efecto de esta disposición es llevar a considerar el celibato como un comportamiento anti, o a lo menos, asocial.(...) Al agregar a la transcripción del texto constitucional el carácter de base principal de la familia que tendría el matrimonio se pretende solemnizar una declaración que, aun cuando meramente legislativa, tenga ecos de declaración fundamental. Se pasa por alto que, con ello, se produce un efecto reductivo del deber de protección a la familia consagrado en el artículo 1° inciso 5° de la Constitución Política de la República. Aunque sólo sea con el carácter de base principal que le otorga al matrimonio el artículo 1° inciso 1° de la Ley N° 19.947, a la luz del mandato legislativo la autoridad administrativa y judicial bien podría, llegado el caso, integrar la fuente constitucional con la fuente legal y acotar dicho deber constitucional de protección a la familia nuclear matrimonial.”³³

En definitiva, podemos señalar que la Ley de Matrimonio Civil, al regular el matrimonio, no lo consideró como la única forma de constituir una familia objeto de la protección del Estado, sino que como una de las formas de hacerlo, que no sería ni más ni menos que la principal. De ese modo, otras formas familiares, “secundarias” solo para dicha ley, también son dignas de tutela y merecedoras de tal protección, debiendo el Estado propender a su

³⁰ Al respecto, Chadwick aclaró que con esta última frase “(...) la intención no es excluir otras formas de familia, sino recalcar que el matrimonio es la base de ella, la manera general de constituir una familia”. En Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en proyecto de ley que establece Nueva Ley de Matrimonio Civil (Boletín N° 1759-18). Pág. 37.

³¹ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en proyecto de ley que establece Nueva Ley de Matrimonio Civil (Boletín N° 1759-18). Pág. 36.

³² Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en proyecto de ley que establece Nueva Ley de Matrimonio Civil (Boletín N° 1759-18). Pág. 37.

³³ ALDUNATE L, E, 2006. El derecho esencial a contraer matrimonio. En: PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO, FACULTAD DE DERECHO, coord. Álvaro Vidal. El nuevo derecho chileno del matrimonio. Chile. Editorial Jurídica de Chile. Págs. 41 y 42.

fortalecimiento, tal como lo impone nuestra Carta Fundamental, la cual, como señaláramos, no realiza distingo alguno a la hora de referirse a la organización familiar.

1.1.3.2 Ley N° 20.066, sobre violencia intrafamiliar.

Este texto legal, tal como lo hiciera su antecesora, la Ley N° 19.325, consagra dentro de los sujetos pasivos de la violencia intrafamiliar no sólo a los cónyuges sino también a los convivientes. En efecto, el inciso primero del art. 5° de la Ley N° 20.066, al establecer qué se entiende por Violencia Intrafamiliar, dispone que “Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente.” En tanto, la ley anterior, publicada el 27 de agosto de 1994, establecía en el primer inciso de su artículo 1°, lo siguiente: “Se entenderá por acto de violencia intrafamiliar, todo maltrato que afecte la salud física o psíquica de quien, aún siendo mayor de edad, tenga respecto del ofensor la calidad de ascendiente, cónyuge o conviviente o, siendo menor de edad o discapacitado, tenga a su respecto la calidad de descendiente, adoptado, pupilo, colateral consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive, o esté bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar que vive bajo un mismo techo.”³⁴

Si bien en ambas leyes se amplía la protección respecto de los sujetos pasivos de violencia intrafamiliar (en los incisos segundos de los respectivos artículos), lo importante es destacar que se ha impuesto en ellas una concepción amplia y plural de familias a las cuales el Estado se encuentra obligado a proteger, adoptando todas las medidas conducentes para garantizar la vida, integridad personal y seguridad de sus miembros.³⁵

En ese sentido, es importante destacar que durante la discusión parlamentaria de la Ley N° 19.325, no se desató gran polémica por la inclusión de la figura del conviviente en ella. Así, en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, se consigna: “La inclusión de la conviviente es producto del reflejo de una realidad social. No hay duda alguna que en la sociedad chilena hay dos tipos de familia, una, la constituida legalmente; otra, la que nace de una relación de pareja, del simple hecho de vivir en compañía de otro o de cohabitar con él”.³⁶ Existió, eso sí, una indicación presentada por el ex Diputado Devaud en la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara, para agregar a continuación de la expresión “conviviente”, la siguiente frase: “Entendiéndose por tal, la persona de distinto sexo que se la reputa como pareja estable del agresor.”³⁷ Sin embargo, dicha indicación fue rechazada, lo que confirma el hecho que hoy en día, la Ley de Violencia Intrafamiliar, al incluir al conviviente e incluso al ex conviviente (cuestión en la que innova en relación a su antecesora), protege no sólo a los miembros de la familia originada en la convivencia de un hombre y de una mujer, sino también a aquella fruto de

³⁴ Atendido que la nueva ley recoge de la anterior la inclusión del conviviente como sujeto de protección, no existiendo mayor debate al respecto durante su tramitación legislativa, se comentará, entonces, la discusión parlamentaria suscitada con ocasión de la que fuera la Ley N° 19.325.

³⁵ El artículo 2 de la Ley N° 20.066 dispone, en efecto: “Obligación de protección. Es deber del Estado adoptar las medidas conducentes para garantizar la vida, integridad personal y seguridad de los miembros de la familia.”

³⁶ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, recaído en proyecto de ley que establece Ley de Violencia Intrafamiliar. (Boletín N° 451-07).Pág. 8.

³⁷ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, recaído en proyecto de ley que establece Ley de Violencia Intrafamiliar. (Boletín N° 451-07). Pág. 20.

una convivencia entre personas del mismo sexo. Así lo entendió la Corte de Apelaciones de La Serena³⁸ al confirmar una condena contra un hombre que agredió física y verbalmente a su pareja del mismo sexo, y al hijo de éste, un joven con discapacidad mental. La Corte sostuvo que "(...) resultaría particularmente atentatorio contra el principio de independencia de los jueces, que un tribunal superior impusiera sobre el inferior su concepto valórico sobre un tema jurídico en conflicto". Agregó que la condena dictada por la jueza de garantía, Ana Naranjo Bischof, "se encuentra ajustada al derecho, por cuanto el concepto de conviviente incluye en forma extensiva a aquel unido a otro en una relación de convivencia homosexual, a quien se considera además como integrante del grupo familiar". Más aún, para la Corte "la ley no distingue si "quien" tenga o haya tenido la calidad de conviviente con el autor del maltrato familiar ha de ser una persona de distinto sexo del ofendido, o puede ser del mismo sexo, por lo que no corresponde al intérprete desatender la máxima". Por su parte, la jueza de garantía había consignado en su fallo que: "La palabra convivencia quiere significar la cohabitación entre personas unidas por un vínculo afectivo y que goza de cierta estabilidad, sin importar el sexo de sus integrantes", agregando que "Esta magistratura estima que de acogerse la tesis planteada por la defensa se produciría una odiosa e inconstitucional discriminación y se dejaría en desprotección a quienes siendo convivientes de un mismo sexo sean víctima de violencia intrafamiliar"³⁹.

1.1.4 La familia en el Derecho internacional de los derechos humanos.

Conforme a los idearios individualistas, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1790 no contempló los derechos de la familia ni las problemáticas que en el seno de ella se producen. Sin embargo, esta omisión ideológica sería subsanada al cabo de un siglo y medio, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴⁰ y los instrumentos internacionales que le sucederían, en donde se realza el papel fundamental de la familia en la sociedad y en la formación de los hijos, y la necesidad de que ella reciba una adecuada protección en sus más diversos aspectos. Gil, Herrera y Fama señalan en este sentido que, "Desde esta perspectiva, las convenciones internacionales hablan hoy en día de lo que se ha dado en llamar el "derecho a la vida familiar". Así, se pone de resalto que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y que, por ello, toda persona tiene derecho a fundar una familia (...)"⁴¹.

Los mismos autores señalan que los instrumentos sobre derechos humanos reconocen en forma expresa al matrimonio entre un hombre y una mujer como una de las formas, no la única, de manifestación de la familia. "Una interpretación armónica de los derechos reconocidos en dichas herramientas normativas permite concluir en el reconocimiento implícito de diversas formas de vivir en familia"⁴². Señalan, en conclusión, que de los distintos instrumentos internacionales se desprende indudablemente que las uniones de

³⁸ CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA.. 2007. Sentencia recaída en recurso de nulidad, dictada el 08 de enero de 2007, rol 373-2006. Defensoría Penal Pública [en línea] <http://www.defensoriapenal.cl/Documentos/jurisprudencia/2007_%20Boletin_web581.PDF>[consulta: 2 marzo 2008].

³⁹ <http://www.opusgay.cl/1315/article-75759.html#h2_2>[consulta: 19 marzo de 2008].

⁴⁰ El artículo 16.3 de la citada Declaración establece que "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad". United Nations [en línea] <<http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>> [consulta: 9 marzo de 2008].

⁴¹ GIL, A; FAMA, M.; y HERRERA, M. 2006. Derecho Constitucional de Familia. Tomo I. Buenos Aires, Editorial Ediar. Pág. 74.

⁴² GIL, A; FAMA, M.; y HERRERA, M. 2006. Derecho Constitucional de Familia. Tomo I. Buenos Aires, Editorial Ediar. Pág. 74.

hecho, las familias monoparentales y las familias ensambladas reciben algún grado de protección constitucional, cuya amplitud y alcance será evidentemente variable.

Azpiri señala al respecto: “En ninguna parte de estos documentos internacionales se excluye la posibilidad de que la familia no repose en una unión marital de hecho; muy por el contrario, la protección que brindan en forma indiscriminada a los hijos, sin tomar en cuenta si son matrimoniales o extramatrimoniales, y la referencia a padres o progenitores, sin que tenga importancia si se encuentran o no casados, permiten inferir que quedan comprendidos dentro de ese concepto, por lo menos, ambos supuestos, es decir la familia matrimonial como así también la que se genera por una situación marital de hecho.”⁴³

Ahora bien, como sucede también al interior de nuestra legislación, las normas internacionales reconocen el valor de la familia, y se refieren a ella como el “elemento natural y fundamental de la sociedad”, pero no la definen⁴⁴. La noción de familia se construye, por tanto, interpretativamente, destacando entre los instrumentos internacionales los elementos que aporta la Convención sobre los Derechos del Niño, la que establece variadas disposiciones relativas al contenido de las relaciones paterno-materno-filiales y que impone a los Estados deberes de protección y respeto a la familia, sin importar su estructura o vínculo basal. En efecto, el artículo 5 prescribe lo siguiente: “Los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”⁴⁵. De esa manera, se resguardan los derechos y deberes de los progenitores en cuanto a su deber preferente en la educación de los niños, extendiendo la noción de padres a todos aquellos quienes, según las normas de una determinada comunidad, les corresponda ejercer tal derecho-función, y entendiendo a la familia de acuerdo a los roles que en ella se desempeñan, y no a la forma que ella revista.

Por otra parte, podemos encontrar una definición de familia en el artículo 4 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares, el cual expresa lo siguiente: “A los efectos de la presente Convención, el término “familiares” se refiere a las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate.”⁴⁶ La citada norma contempla, por lo tanto, un concepto amplio, donde se atiende no al nombre convencional que reciba la relación de pareja, sino a los efectos que ella produzca, efectos que se consideran teniendo como punto de referencia el matrimonio, que dependiendo

⁴³ AZPIRI O, J. 2003. Uniones de hecho. Buenos Aires, Editorial Hammurabi. Pág. 30.

⁴⁴ Por ejemplo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, establece el Derecho a la constitución y a la protección de la familia, y señala: “Artículo VI. Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.” Comisión Interamericana de Derechos Humanos [en línea] <<http://www.cidh.org/Basicos/Basicos1.htm>> [consulta: 9 marzo de 2008].

⁴⁵ Decreto N° 830 de 1990 del Ministerio de Relaciones Exteriores, que promulga Convención sobre los Derechos del Niño.

⁴⁶ Esta Convención fue adoptada por la Asamblea General de la ONU en 1990, suscrita por Chile el 24 de septiembre de 1993, y aprobada por el Congreso Nacional el 8 de enero de 2004. El decreto promulgatorio N° 84, del Ministerio de Relaciones Exteriores, señala que el referido instrumento entró en vigor en nuestro país el 1 de julio de 2005.

del país en particular, bien podría ser un matrimonio homosexual. Y en cuanto al resto de los familiares, se atiende al hecho que se encuentren “a cargo” del trabajador migratorio, de acuerdo a las obligaciones que deriven del vínculo familiar según la legislación interna aplicable.

Daniel O’Donnell señala que “La razón de la ausencia de definiciones de “familia” en la mayor parte de los instrumentos que reconocen sus derechos parece ser la apuntada por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, a saber: la necesidad de preservar la inherente flexibilidad del concepto, que varía en función del contexto sociocultural.”⁴⁷ Según relata el autor, la Observación General N° 16, relativa al artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,⁴⁸ establece que el término familia debe interpretarse “con un criterio amplio que incluya a todas las personas que componen la familia, tal como se entienda ésta en la sociedad del Estado Parte de que se trate”. En tanto, la Observación General N° 19 menciona expresamente cuatro tipos de familia: la nuclear, la extendida, la monoparental y la compuesta de una pareja no casada y sus hijos⁴⁹.

El problema que podría plantearse en relación a lo señalado en la Observación General N° 16, y en otras observaciones y recomendaciones que han utilizado la fórmula de tolerar los distintos grupos familiares en la medida que así lo hagan los Estados Parte, es que justamente no impone una obligación de tolerancia y protección a grupos no considerados como organizaciones familiares en dichos Estados, con lo que eventualmente se estaría aceptando la discriminación al interior de ellos. Es decir, caen en contradicción al no aceptar otras formas organizativas, culturalmente aceptadas por otras sociedades, que resultan transgresoras de derechos humanos desde una perspectiva occidental. Por ejemplo, el caso de la poligamia. En este sentido, el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, al referirse a la Observación General N° 19 del Comité de Derechos Humanos, expresó que si bien la forma y el concepto de familia varían de un Estado a otro y hasta de una región a otra en un mismo Estado, la manera en que se define o configura la familia no puede vulnerar el principio de la igualdad de la mujer. Por ello, considera que la poligamia viola el artículo 5 a) de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, “(...) y puede tener consecuencias emocionales y económicas, tan graves para ella al igual que para sus familiares a cargo, que debe desalentarse y prohibirse.”⁵⁰

Ahora bien, de acuerdo a lo señalado por O’Donnell, la normativa internacional en materia de derechos humanos sobre la familia puede sintetizarse en tres grandes derechos o principios: en primer lugar, comprende el derecho de las personas a casarse y fundar una familia. En segundo lugar, reconoce que la familia, como entidad colectiva y elemento

⁴⁷ O’DONNELL, D, 2007. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Santiago, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Pág. 824.

⁴⁸ Dicha norma se refiere al derecho a la privacidad y señala lo siguiente: “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

⁴⁹ Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 19, párrafo 2, citado por O’DONNELL, D, 2007. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Santiago, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Pág. 824.

⁵⁰ Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Recomendación General N° 21, párrafo 13. O’DONNELL, D, 2007. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Santiago, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Pág. 834.

fundamental de la sociedad, tiene derecho a protección. Y en tercer lugar, consagra el principio de igualdad de los cónyuges, como manifestación del principio general de igualdad entre hombres y mujeres.⁵¹

a) El derecho a casarse y fundar una familia: La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948⁵², establece en su artículo 16.1 que “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. En el punto 2 expresa que “Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio” y luego, en el punto 3, el artículo 16 agrega: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”

Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵³ y la Convención Americana de Derechos Humanos⁵⁴ establecen dos requisitos para ser sujeto del derecho a contraer matrimonio: el libre consentimiento de los interesados y contar con la edad mínima. Si bien en dichos instrumentos no se señala una edad precisa para ser considerada la mínima, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, a través de su Recomendación General N° 21 de 1994, expresó que la edad mínima para contraer matrimonio tanto para el hombre como para la mujer debe ser de 18 años.⁵⁵ En la misma recomendación, se refiere al requisito del libre consentimiento en los siguientes términos: “El derecho a elegir a su

⁵¹ O'DONNELL, D, 2007. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Santiago, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Pág. 798.

⁵² Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948. United Nations [en línea] <<http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>> [consulta: 19 marzo de 2008].

⁵³ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, y que entró en vigor el 23 de marzo de 1976, señala en el artículo 23: “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.”

⁵⁴ La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 17, establece, bajo el enunciado “Protección a la Familia”, lo siguiente: “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.”

⁵⁵ Citado por O'DONNELL, D, 2007. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Santiago, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Pág. 831.

cónyuge y la libertad de contraer matrimonio son esenciales en la vida de la mujer y para su dignidad e igualdad como ser humano”⁵⁶

Es interesante notar que el matrimonio no puede ser negado por razones de nacionalidad, raza o religión, pero nada obstaría según el citado artículo 16.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, a que se impusieran restricciones en cuanto al sexo. En efecto, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas considera que, si bien la discriminación contra homosexuales viola el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el no permitir el matrimonio de personas del mismo sexo no puede considerarse una violación del derecho a casarse, puesto que el mismo artículo 23.1 lo reconoce expresamente como derecho del hombre y la mujer.⁵⁷

También se destaca el hecho que se contemple la posibilidad de disolución del vínculo, pero llama la atención la frase “a casarse y fundar una familia”, la cual podría interpretarse de tal modo que resulte el matrimonio ser el acto fundacional de la familia.

b) La familia tiene derecho a la protección: Este derecho proviene básicamente de dos fuentes, por una parte, de las normas internacionales que se refieren a la familia propiamente tal⁵⁸ y, por otra, de aquellas que se refieren al derecho a la intimidad⁵⁹. Así, el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”⁶⁰. En tanto, el artículo V de la Declaración Americana de Derechos Humanos consagra el derecho a la protección a la honra, la reputación personal y la vida privada y familiar⁶¹. El artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”⁶² Por último, podemos citar la Convención Americana de

⁵⁶ Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Recomendación General N° 21, párr. 16 citado por O’DONNELL, D, 2007. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Santiago, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Pág. 831.

⁵⁷ Citado por O’DONNELL, D, 2007. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Santiago, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Pág. 833.

⁵⁸ Entre ellas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoce, en el artículo 10 que “Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.”

⁵⁹ Este último puede encontrarse en el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art V de la Declaración Americana de Derechos Humanos, art 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los artículos 11.2 y 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos y art.16 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño.

⁶⁰ Ver United Nations [en línea] <<http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>>[consulta: 9 marzo de 2008].

⁶¹ En efecto, el artículo V señala: “Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos [en línea]<<http://www.cidh.org/Basicos/Basicos1.htm>> [consulta: 9 marzo de 2008].

⁶² Decreto N° 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores de 1989, que promulga el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Derechos Humanos, que en su artículo 11 dispone la protección a la honra y dignidad de las personas, prohíbe las injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada, la de su familia, en su domicilio y correspondencia, y los ataques ilegales contra su honra y reputación y señala además que las personas deben tener derecho a la protección de la ley contra esas injerencias⁶³.

Por otra parte, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio de Roma)⁶⁴, establece para los países europeos signatarios, el Derecho al respeto a la vida privada y familiar, consagrado en el artículo 8, que prescribe lo siguiente:

Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

En consecuencia, de la normativa internacional reseñada, se deriva la permanente voluntad de los Estados por acordar una protección a la vida privada, en la cual se inserta la vida familiar. De este modo, las familias pueden permitir el libre desarrollo de la personalidad de sus integrantes, al encontrarse protegida la intimidad al interior de ellas. Ahora bien, en todo caso, la protección no es contra toda injerencia, sino sólo contra aquella que resulta abusiva o arbitraria, en los términos señalados en la Convención Americana de Derechos Humanos. Por lo tanto, para analizar los límites del derecho a la vida privada, debemos analizar las demarcaciones terminológicas adoptadas en las mismas convenciones. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha desarrollado una importante doctrina relativa al artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la cual, en la Observación General N° 16, se profundiza en base a los conceptos de ilegalidad y arbitrariedad. Respecto a la ilegalidad, el Comité declara lo siguiente: “El término “ilegales” significa que no puede producirse injerencia alguna, salvo en los casos previstos por la ley. La injerencia autorizada por los Estados sólo puede tener lugar en virtud de la ley, que a su vez debe conformarse a las disposiciones, propósitos y objetivos del Pacto”⁶⁵. En cuanto al concepto de arbitrariedad, el Comité señaló que “Con la introducción del concepto de arbitrariedad se pretende garantizar que incluso cualquier injerencia prevista en la ley esté en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos

⁶³ El artículo 11 dispone: “Protección de la Honra y de la Dignidad. 1. Toda persona tiene derecho al respecto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”. Decreto N° 873, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 1991, que aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos denominada “Pacto de San José de Costa Rica”.

⁶⁴ Adoptado en Roma, el 4 de noviembre de 1950. European Court of Human Rights [en línea] <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493C-809D800CBD20E595/O/SpanishEspagnol.pdf>> [consulta: 20 marzo de 2008].

⁶⁵ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Opinión Consultiva OC-17/02, párrafo 70. Citado por O’DONNELL, D, 2007. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Santiago, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Pág. 826

del Pacto y sea, en todo caso, razonable en las circunstancias particulares del caso”⁶⁶. O’Donnell señala, además, que “una característica del artículo 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos compartida por el artículo 17.1 de la Convención Americana, es que ambos artículos reconocen a la familia como sujeto del derecho a protección. Así, el Comité de Derechos Humanos reconoció por primera vez en una decisión reciente a la familia como víctima de una violación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el caso Rojas García, la denuncia fue presentada por el señor Rojas en nombre de su madre anciana, un hermano, dos hermanas, dos hijos y tres sobrinas, todos presentes en el domicilio familiar en el momento de un allanamiento nocturno llevado a cabo en forma violenta. El Comité concluyó que el allanamiento había sido una injerencia arbitraria en el domicilio de la familia, y que éste y la forma cómo se ejecutó vulneraron los artículos 7 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.”⁶⁷

Resulta interesante revisar además, la interpretación que el Comité de Derechos Humanos realizó sobre el concepto de familia en el caso Hopu y Bessert con Francia, en el cual los reclamantes se enfrentaban a un proyecto de desarrollo que implicaba afectar un cementerio con restos humanos de la época precolonial. En lo pertinente, el Comité resolvió: “(...) De ello se desprende que al definir el término “familia” en una situación concreta se deben tener en cuenta las tradiciones culturales. Las reclamaciones de los autores revelan que éstos consideran que la relación con sus antepasados constituye un elemento esencial de su identidad y cumple una función importante en su vida familiar. Esto no ha sido rebatido por el Estado Parte; tampoco ha objetado el Estado Parte el argumento de que el cementerio en cuestión desempeña un papel importante en la historia, cultura y vida de los autores. El Estado Parte ha impugnado la reclamación de los autores sólo por el hecho de que no han establecido un vínculo de parentesco entre los restos descubiertos en el cementerio y ellos mismos. El Comité considera que el hecho de que los autores no hayan establecido un vínculo de parentesco directo no puede invocarse en contra de ellos en las circunstancias de la comunicación, en que el cementerio en cuestión es anterior a la llegada de los colonos europeos y se reconoce como lugar que contiene restos de los antepasados de los actuales habitantes polinésicos de Tahití. Por consiguiente, el Comité concluye que la construcción de un complejo hotelero en el terreno de un cementerio ancestral de los autores si interfirió en el derecho de éstos a la protección de la familia y la vida privada.”⁶⁸

⁶⁶ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observación General N°16, párrafo 3. Citado por O’DONNELL, D, 2007. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Santiago, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Pág. 826 y 827.

⁶⁷ O’DONNELL, D, 2007. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Santiago, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Págs 828 y 829. Es interesante ver además la jurisprudencia del Comité en el caso X e Y con Argentina, el que se explica en la página 830 de obra citada, en los siguientes términos: “El derecho a la vida de familia puede sufrir ciertas limitaciones inherentes al mismo. Hay circunstancias especiales, como el encarcelamiento o el servicio militar que, aunque no suspenden el derecho, inevitablemente afectan su ejercicio y no permiten que se disfrute plenamente de él. Si bien el encarcelamiento necesariamente limita que se goce plenamente de la familia al separar forzosamente a uno de sus miembros, el Estado tiene la obligación de facilitar y reglamentar el contacto entre los reclusos y sus familias y de respetar los derechos fundamentales de todas las personas contra las interferencias abusivas y arbitrarias por parte del Estado y sus funcionarios públicos.”

⁶⁸ Citado por O’DONNELL, D, 2007. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Santiago, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Págs. 826 y 827.

c) Principio de igualdad entre cónyuges: La Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación de la Mujer⁶⁹, establece en su artículo 6 que “Sin perjuicio de la salvaguardia de la unidad y la armonía de la familia, que sigue siendo la unidad básica de toda sociedad, deberán adoptarse todas las medidas apropiadas, especialmente medidas legislativas, para que la mujer, casada o no, tenga iguales derechos que el hombre en el campo del derecho civil y en particular: a) El derecho a adquirir, administrar y heredar bienes y a disfrutar y disponer de ellos, incluyendo los adquiridos durante el matrimonio; b) La igualdad en la capacidad jurídica y en su ejercicio; c) los mismos derechos que el hombre en la legislación sobre circulación de las personas.” Por su parte la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer⁷⁰ establece en el artículo 16.1 lo siguiente: “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:

El mismo derecho para contraer matrimonio;

El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;

Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución;

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;

Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos;

Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;

Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación;

Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materias de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso”.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos señaló en su Observación General N° 19 que “Durante el matrimonio, los esposos deben tener iguales derechos y responsabilidades en la familia. Esta igualdad se aplica también a todas las cuestiones derivadas del vínculo

⁶⁹ Proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 2263 (XXII), de 7 de noviembre de 1967. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos [en línea] <http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/21_sp.htm> [consulta: 2 marzo de 2008].

⁷⁰ Esta Convención entró en vigor internacional el 3 de septiembre de 1981, y fue promulgada en nuestro país en 1989, mediante Decreto n° 789, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

matrimonial, como la elección de residencia, la gestión de los asuntos del hogar, la educación de los hijos y la administración de los haberes (...).⁷¹

En definitiva, podríamos señalar que el sistema universal de los derechos humanos reconoce como sujetos de protección tanto a la familia como a sus integrantes, entendiendo bajo la expresión “familia” a la estructura usualmente aceptada en cada Estado o sociedad particular. No obstante las diferencias respetadas en esa materia, se imponen a todos los Estados Parte de cada Convención una serie de obligaciones que deben cumplir para asegurar el respeto de los derechos humanos al interior de los grupos familiares, obligaciones que siguen constituyendo un gran desafío para nuestro país, tanto en materia legislativa, como de políticas públicas, a fin de que cada individuo se desenvuelva en lo cotidiano conciente de los derechos y deberes que le corresponden como integrante de una familia en un Estado Democrático de Derecho.

1.2 La familia en un Estado democrático de Derecho.

No obstante los cambios económicos, políticos y sociales que van marcando el paso del tiempo y la construcción de la historia, hay ciertas instituciones que resultan más difíciles de modificar y de adecuar, por la clase de intereses que ellas encierran y lo difícil que respecto a ellas resulta lograr consenso. No es desconocido el intrincado debate que generó en nuestro país la nueva ley de matrimonio civil, y anteriormente, la ley de filiación, y lo difícil que resultaba para un importante grupo de chilenos aceptar la justicia que encerraba la igualdad de todos los hijos, en especial, en el ámbito sucesorio. De ahí que resulte lógico preguntarse si el sistema jurídico que hemos construido -o permitido se construya- responde, en el ámbito de la familia, a lo que demanda actualmente un Estado Democrático de Derecho, o si este sistema aún no alcanza los estándares que una sociedad concebida con ese carácter nos impone.

En consecuencia, el objetivo de este capítulo no se agota en el análisis normativo de la legislación existente en la materia, sino en determinar cuál es la familia o las familias jurídicamente protegidas a la luz de las directrices fundamentales que deben guiar la lectura de dicha legislación, y cómo ellas permiten proclamar la igualdad y la autonomía de las personas como valores exigibles en una sociedad democrática. Para ello, desarrollaremos a continuación el concepto de Estado democrático de Derecho, y sus alcances en materia de familia.

1.2.1 El Estado democrático de Derecho

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, y en el contexto de la reconstrucción europea, comenzó un proceso que en el ámbito jurídico fue configurando lo que hoy llamamos el Estado Constitucional de Derecho, y que, tal como señalan Gil, Fama y Herrera, arriba “(...) a un resultado conceptual que puede resumirse de la siguiente manera: una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, donde el protagonismo fundamental ha de seguir correspondiendo al legislador democrático pero, irremediabilmente, la última palabra se

⁷¹ Citado por O'DONNELL, D, 2007. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Santiago, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Pág. 836.

encomienda a los jueces”.⁷² Estos autores se refieren luego a una de las derivaciones del Estado constitucional, a saber, el Estado Social y Democrático de Derecho “(...) la cual condensa la fuerza normativa de la Constitución y la sujeción de los particulares y los poderes constituidos –postulado estado de derecho–; un conjunto de normas constitucionales de libertades civiles y políticas –postulado estado democrático–; y, por último, la búsqueda de la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales, o sea, la disponibilidad del espacio vital que permita la digna procura existencial”⁷³.

En consecuencia, la configuración de los distintos sistemas jurídicos como integrantes de Estados Democráticos de Derecho, ha desembocado en lo que se ha llamado la “constitucionalización del derecho”⁷⁴, fenómeno cuyo aspecto medular se encuentra en la idea de irradiación de los derechos fundamentales⁷⁵ y que implica que la creación, la decisión de no regulación, y la interpretación de las normas y relaciones jurídicas, debe llevarse a cabo a la luz de los principios y disposiciones constitucionales, que reciben a la vez su contenido y dirigen su interpretación conforme a la teoría de los derechos humanos. Así, se transita de pensar en los derechos humanos como normas integradoras exclusivamente del Derecho Público, a entenderlos como normas que irradian los distintos ámbitos del ordenamiento jurídico⁷⁶, permitiendo además instalar la idea de que estos derechos no tan sólo son reclamables frente al Estado, sino que pueden ser exigidos entre particulares, en lo que se ha llamado el “efecto horizontal de los derechos fundamentales.”⁷⁷ Como explica Aldunate Lizana, este efecto relativo u horizontal de los derechos fundamentales se acepta en forma indiscutida en nuestro país, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, principalmente en base a las normas contenidas en los artículos 6, inciso 2° y 20 de la Constitución Política de la República⁷⁸. Lo confirma Nogueira Alcalá, quien señala que “(...) el sistema de derechos asegurados posee una fuerza vinculante erga omnes, siendo plenamente aplicables no sólo a las relaciones entre

⁷² GIL, A; FAMA, M.; y HERRERA, M. 2006. Derecho Constitucional de Familia, tomo I. Buenos Aires, Editorial Ediar. Pág. 24.

⁷³ GIL, A; FAMA, M.; y HERRERA, M. 2006. Derecho Constitucional de Familia, tomo I. Buenos Aires, Editorial Ediar. Pág. 24.

⁷⁴ Respecto a este tópico, el profesor José Luis Cea Egaña ha definido la “constitucionalización del derecho” como “un proceso, en virtud de la cual la supremacía que posee la Carta Fundamental se hace patente en las leyes, decretos, actuaciones administrativas, sentencias judiciales o fiscalizaciones practicadas por los organismos de control. Ciertamente, ese proceso se debe manifestar con idéntico vigor en las conductas de los particulares ante la Constitución. Al respetar aquella supremacía constitucional, en la forma y en el fondo, el sistema jurídico entero se somete al Código Político”. CEA, J. L. 2004. Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Santiago, Chile, Editorial Universidad Católica de Chile. Pág.69.

⁷⁵ ALDUNATE L, E. 2003. El efecto de irradiación de los derechos fundamentales. En: UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE. La constitucionalización del derecho chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Pág. 13.

⁷⁶ Juan Carlos Ferrada señala al respecto que “Así, una serie de normas y conceptos clásicos del derecho civil, penal o procesal, por nombrar algunos, son puestos en tela de juicio por este nuevo derecho, derogando algunas normas, requiriendo la reinterpretación de otras o, en fin, exigiendo una armonización coherente con los nuevos valores y principios.” FERRADA B, JC. 2003. Presentación. UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE. La constitucionalización del derecho chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Pág. 8.

⁷⁷ Andrés Gil, María Victoria Fama, y Marisa Herrera, explican este fenómeno como una “nueva perspectiva que tiende a superar los ámbitos normativos cerrados y a dejar de lado la separación estricta entre estado y sociedad, equiparando la naturaleza de los derechos independientemente de quien sea el obligado a cumplirlos.”. GIL, A, FAMA, M y HERRERA, M. 2006. Derecho Constitucional de Familia, tomo I. Buenos Aires, Editorial Ediar. Pág. 3.

⁷⁸ ALDUNATE L, E. 2003. El efecto de irradiación de los derechos fundamentales. En: UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE. La constitucionalización del derecho chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.. Págs. 14 y 15.

particulares-Estado, sino también entre particulares, concepción que se institucionaliza claramente en nuestra Constitución a través de la acción constitucional de protección (...). La eficacia horizontal de los derechos humanos se une a la eficacia vertical otorgando plenitud de vigencia a los valores incorporados en los derechos fundamentales en todas las dimensiones del ordenamiento jurídico. Tal eficacia general o erga omnes de los derechos está establecida en la Constitución chilena en su artículo 6° incisos primero y segundo (...).”⁷⁹

Precisamente una de las áreas en las que ha influido fuertemente la teoría de los derechos humanos, es en el Derecho de familia. A este respecto, Gil, Fama y Herrera señalan : “Así, el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos han incorporado en sus textos numerosas normativas que, por influencia del derecho romano, tradicionalmente se reputaban confinadas al derecho privado, tales como el derecho al nombre, a la nacionalidad, los derechos de la mujer y de los niños y adolescentes, normas relativas al matrimonio, a las uniones de hecho, a la determinación de la filiación, a la responsabilidad parental, etcétera.”⁸⁰

En consecuencia, podemos señalar que las materias que el Derecho de Familia involucra, a la luz de los principios constitucionales y de la teoría de los derechos fundamentales, deben ser creadas y revisadas siguiendo determinados principios rectores que caracterizan a un Estado Democrático de Derecho.

Al respecto, Paulina Veloso observa: “La familia inserta en una sociedad democrática - en cambio - se sustenta en el reconocimiento de la igualdad jurídica de hombres y mujeres; no hay superioridad jurídica de un sexo sobre el otro; los derechos de los cónyuges son recíprocos; la patria potestad se ejerce por ambos padres en interés de los hijos, el acento está en los derechos de éstos respecto a ambos padres; el estatuto filiativo está basado en el principio de igualdad esencial de la persona humana, consagrándose la libre investigación de la paternidad o maternidad, acogiendo así el principio de la verdad real por sobre la verdad formal; se norma y sanciona la violencia al interior de la familia; se reconoce jurídicamente a las familias de hecho; como manifestación del pluralismo jurídico, ningún modelo de vida familiar recibe la sanción plena del ordenamiento jurídico, que establece sólo unas reglas directivas muy laxas, permitiendo un mayor juego de la autonomía privada; el Estado interviene en la protección de los derechos fundamentales.”⁸¹

1.2.2 Principios que informan el Estado Democrático de Derecho

Gil, Fama y Herrera mencionan como los tres principios esenciales en un Estado Constitucional de Derecho a la tolerancia, el pluralismo y la participación: “La tolerancia presenta como requisito la conciencia de la propia identidad: sólo quien está seguro de su biografía puede aceptar que cada persona alcance la trascendencia por medio de la fe, la razón o por cualquier otro camino. El pluralismo implica una visión del mundo basada en la creencia de que la diferencia, el contraste, la disidencia y el cambio contribuyen a

⁷⁹ NOGUEIRA, H. 1997. Dogmática constitucional. Editorial Universidad de Talca. Pág 145. Citado por ALDUNATE L, E. 2003. El efecto de irradiación de los derechos fundamentales. En: UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE. La constitucionalización del derecho chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Págs. 15 y 16.

⁸⁰ GIL, A; FAMA, M.; y HERRERA, M. 2006. Derecho Constitucional de Familia, tomo I. Buenos Aires, Editorial Ediar. Pág. 5.

⁸¹ VELOSO V, P.1998. Nuevos principios del Derecho de Familia en función, principalmente de la normativa internacional que emana de los tratados de Derechos Humanos. En: El Derecho de familia y los nuevos paradigmas: X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, Argentina. Pág.13.

lograr la integración democrática, mucho más que la unanimidad. La participación permite la constante redefinición del contrato de representación popular.”⁸²

En la línea anterior, nos referiremos, a continuación, a ciertos principios que resultan pertinentes al tema de esta tesis, principios basados justamente en la tolerancia, el pluralismo y la participación. Estos son fundamentalmente el del interés superior del niño, el derecho a la identidad, el respeto a la diversidad (o derecho a ser diferente), la igualdad y no discriminación arbitraria, libertad de intimidad y libre desarrollo de la personalidad. Estos principios revelan una doctrina de la diversidad, lo que se entiende por pluralismo jurídico. Revisando las palabras de Gil, Fama y Herrera, “La definición del Estado como democrático, vincula y expande el significado del término a una concreta filosofía política que afianza la plena vigencia de los derechos humanos en un marco de tolerancia y pluralismo asegurado por el óptimo funcionamiento del andamiaje jurisdiccional y de los controles institucionales. Implica una particular concepción pluralista de la realidad social y supone una comprensión de la sociedad como trama plural en la que interaccionan distintos grupos sociales reconocidos por la autonomía y legitimidad de su diversidad.”⁸³ En ese sentido, las normas que regulan el Derecho de Familia deben ser creadas, interpretadas, aplicadas por los operadores del Derecho, e integradas en la conciencia de los individuos, como normas que se orientan hacia la inclusión de las distintas manifestaciones culturales, realidades sociales, y opciones de vida que se presentan al interior del tejido social, permitiendo que los distintos individuos puedan exigir sus derechos y cumplir con sus responsabilidades de manera acorde al principio de igualdad y sin transgresión al principio de no discriminación.

Respecto a esta materia, Barrientos y Novales enuncian una serie de consecuencias jurídicas que son generadas precisamente por la constitucionalización del derecho de familia, y que permiten hablar hoy en día de un orden público familiar⁸⁴. En efecto, señalan lo siguiente: “Las bases constitucionales del derecho de familia reconocidas en el artículo 1 de la Constitución, no sólo reflejan su filosofía inspiradora, sino que también deben orientar al intérprete de los demás preceptos constitucionales. Así, pues, existe un orden público constitucional del derecho de familia, en cuyo contexto debe ser interpretada la misma Carta Fundamental, consolidándola como un todo armónico y coherente (...) Supuesto lo anterior, lógicamente, toda la legislación civil tocante a la familia, es decir, el derecho de familia de orden legal, debe fundarse en el orden público constitucional de la familia y debe interpretarse en el contexto de sus principios declarados como bases de la institucionalidad, pues, de lo contrario, dicha legislación debería caer por inconstitucional”⁸⁵

En consecuencia, la importancia de dilucidar el contenido que el sistema de los derechos humanos integra a nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 5° inciso segundo de la Constitución radica justamente en que las normas y directrices de dicho sistema forman parte del denominado orden público familiar.

Ahora bien, en materia de infancia y de relaciones familiares en relación a los niños, niñas y adolescentes, es primordial el respeto al interés superior de éstos, principio que será abordado con mayor detalle en los capítulos siguientes, ya que constituye justamente, junto a los principios de igualdad y de no discriminación, uno de los conceptos más importantes de

⁸² GIL, A; FAMA, M.; y HERRERA, M. 2006. Derecho Constitucional de Familia, tomo I. Buenos Aires, Editorial Ediar. Pág. 28.

⁸³ GIL D, A; FAMA, M.; y HERRERA, M. 2006. Derecho Constitucional de Familia, tomo I. Buenos Aires, Editorial Ediar. Pág. 26.

⁸⁴ BARRIENTOS, J y NOVALES, A. 2004. Nuevo Derecho Matrimonial Chileno. Santiago, Editorial LexisNexis. Págs. 32 a 35.

⁸⁵ BARRIENTOS, J y NOVALES, A. 2004. Nuevo Derecho Matrimonial Chileno. Santiago, Editorial LexisNexis. Pág. 33,

precisar a la hora de evaluar los criterios que deberán considerarse al momento de realizar la atribución del cuidado personal de los hijos. No obstante, es necesario tener presente desde ya, que este principio debe ser entendido también en una dinámica normativa, en la que se conjugan los distintos principios que conforman el llamado pluralismo jurídico, y que permiten el desarrollo y la promoción de la diversidad.

1.2.2.1 El derecho a la identidad

Eric Erikson, desde una perspectiva de la psicología, entiende que la identidad de cada persona es determinada por la interacción social. “Para este autor, la identidad psicosocial depende del complemento entre una síntesis interna del individuo –el ego- y la integración del individuo en roles sociales de grupo. En otras palabras, y al igual que algunos representantes de la escuela de Frankfurt, la identidad psicosocial se forma en una dialéctica que integra las fases de desarrollo psicológico –desde la infancia a la entrada en la vida adulta- con los procesos históricos.”⁸⁶

Por su parte, y desde una perspectiva jurídica, Fernández Sessarego define el derecho a la identidad como “el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad (...) es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro”⁸⁷. En esa misma línea, Claudia Schmidt Hott se refiere al derecho en comento como “el que tiene toda persona sobre la verdad de su propia biografía, que comprende elementos estáticos, destinados substancialmente a no cambiar, como el nombre, el sexo, los datos respecto del nacimiento, la filiación; y dinámicos, referidos a lo que se denomina el “patrimonio ideológico-cultural de la personalidad”, constituido por las experiencias pasadas, la condición presente y, sobre todo, las posiciones, las aspiraciones y convicciones ideológicas, políticas y morales de cada individuo. Comprende también que esta verdad personal sea así reconocida por las demás personas (la sociedad en su conjunto).”⁸⁸

En ese sentido, el derecho a la identidad puede ser reivindicado en diversas situaciones, y servir de principio orientador en materias de distinta índole.⁸⁹ Así, a modo de ejemplo, en materia de adopción, el derecho a la identidad de un individuo consiste en “el derecho a saber quiénes son sus padres, y a qué familia se perteneció”⁹⁰, o en materia de identificación de los recién nacidos, donde deben tomarse los resguardos para asegurar el efectivo vínculo entre el niño y su madre⁹¹, y por supuesto, en materia de reclamación de

⁸⁶ GIL, A.; FAMA, M.; y HERRERA, M. 2006. Derecho Constitucional de Familia, tomo I. Buenos Aires, Editorial Ediar. Pág. 706.

⁸⁷ FERNANDEZ SESSAREGO, C. 1992. Derecho a la identidad personal. Buenos Aires, Editorial Astrea. Citado por GIL, A.; FAMA, M.; y HERRERA, M. 2006. Derecho Constitucional de Familia, tomo I. Buenos Aires, Editorial Ediar. Pág. 708.

⁸⁸ SCHMIDT, C.; VELOSO, P. 2001. La filiación en el nuevo derecho de familia. Santiago, Conosur-LexisNexis. Pág. 64.

⁸⁹ Andrés Gil, María Victoria Fama y Marisa Herrera, se refieren a él como un concepto multifacético y lo expresan en los siguientes términos: “En definitiva, la identidad es un termino complejo, hábil para ser desmenuzado, penetrado y estudiado desde distintas ópticas, todas ellas interrelacionadas ya que, al decir de otra antropóloga, Francoise Heritier, “Nadie existe sino en relación a los otros””. Pág. 707.

⁹⁰ GÓMEZ DE LA TORRE V, M. 2007. El Sistema Filiativo Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Pág. 229.

⁹¹ A modo de ejemplo, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires garantiza en el artículo 12 el derecho a la identidad de las personas, señalando lo siguiente: “El derecho a la identidad de las personas. Asegura su identificación en forma inmediata a su nacimiento, con los métodos científicos y administrativos más eficientes y seguros. En ningún caso la indocumentación de la madre es obstáculo para que se identifique al recién nacido. Debe facilitarse la búsqueda e identificación de aquellos a quienes les hubiera sido suprimida o alterada su identidad. Asegura el funcionamiento de organismos estatales que realicen pruebas inmunogenéticas

paternidad, donde el derecho a la identidad, entendido como derecho a la verdad, faculta a los tribunales a ordenar las correspondientes pruebas biológicas a los involucrados de modo de hacer prevalecer la verdad real, la verdad biológica del nexo filiativo, por sobre la verdad formal y por sobre cualquier otra consideración de orden familiar y social.⁹² Cabe destacar en esta materia, lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño en los siguientes artículos:

Art. 7 punto 1:

“El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres, y a ser cuidado por ellos”.

Art. 8 punto 1:

“Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.”

Estos artículos se refieren al derecho a la identidad justamente entendiéndolo comprensivo tanto de los elementos estáticos, como dinámicos, y comprometiendo para ello a los Estados también al resguardo de las relaciones familiares, que precisamente van conformando la identidad de todos los individuos. Y es en esa construcción identitaria donde también aparece la sexualidad de las personas. En ese sentido, Abadi señala que “La sexualidad humana sólo puede ser comprendida dentro del espacio de la cultura. Vale decir que es un lenguaje impregnado de significados, que se manifiestan en la subjetividad de cada individuo de acuerdo con sus avatares biográficos y están inscriptos en un tiempo y modelo sociohistóricos. Por lo tanto, define una determinada identidad y un lugar en el concierto de sus relaciones. Subvierte lo biológico, supera lo genital, y es en su terreno – poblados de representaciones reales y fantasmáticas- donde se entrecruzan ejes ligados al poder, al consenso, el placer y el amor.”⁹³

En definitiva, lo importante es retener lo que Gil, Fama y Herrera señalan con toda claridad: “(...) si asumimos que cada ser humano es único e irrepetible, la identidad es la condición de nuestra particularidad, de nuestro ser concreto en el mundo. Así, por medio del derecho a la identidad, se protege la vida humana en sí, indivisible, individual, y digna.”⁹⁴

1.2.2.2 Libertad de intimidad o derecho a la privacidad y el libre desarrollo de la personalidad:

Como ya se señalara, el respeto a la privacidad y a la vida privada de los individuos y de su familia se encuentra protegido constitucionalmente y en distintos tratados internacionales de derechos humanos. En efecto, nuestro texto constitucional asegura a todas las personas,

para determinar la filiación y de los encargados de resguardar dicha información” Citado por GIL, A; FAMA, M.; y HERRERA, M. 2006. Derecho Constitucional de Familia, tomo I. Buenos Aires, Editorial Ediar. Pág. 712.

⁹² Por ello nuestro Derecho Civil consagra el principio de la libre investigación de la paternidad y de la maternidad, subsistiendo aún casos de excepción en materia de posesión notoria del estado civil, filiación por fecundación mediante técnicas de reproducción asistida, y repudiación.

⁹³ ABADI, J. E. 2007. Identidad sexual. Revista de Derecho de Familia, (37) julio/agosto 2007, Argentina, Editorial LexisNexis - Abeledo-Perrot. Pág. 5,

⁹⁴ GIL, A; FAMA, M.; y HERRERA, M. 2006. Derecho Constitucional de Familia, tomo I. Buenos Aires, Editorial Ediar. Pág. 707-708.

en su artículo 19, N° 4, el respeto y la protección a la vida privada y pública y a la honra de su persona y su familia. Al respecto, el profesor José Luis Cea es de la opinión que "(...) los derechos subjetivos mencionados se reconocen tanto a las personas naturales como a las jurídicas y también a los entes o instituciones morales, como la familia"⁹⁵ Tenemos así que no tan sólo debe reconocerse como titulares del derecho a la vida privada a cada uno de los individuos, sino también es posible hablar de un derecho a la vida privada familiar.

Ahora bien, Cea define la vida privada como "el conjunto de los asuntos, conductas, documentos, comunicaciones, imágenes o recintos que, el titular del bien jurídico protegido, no desea que sean conocidos por terceros sin su consentimiento previo."⁹⁶

En tanto, en la doctrina uruguaya, Mario Daniel Lamas define la intimidad como "la parte de nuestra vida que trasciende de nuestra conciencia pero que queda reservada a nosotros mismos o a un número reducido de personas que nosotros elegimos. Para unos se trata de la vida interior, espiritual, para otros comprende las relaciones de familia, para otros las sentimentales, sexuales y religiosas, para otros incluye también su imagen, sus recursos, sus diversiones y su vida profesional, para otros, en fin, todas las acciones que nosotros mismos definimos que queden apartadas de la vista de los demás."^{97 98}

El derecho a la intimidad, como explica el autor citado, no protege solamente esferas de comportamientos individuales, sino que puede abarcar las relaciones interpersonales, entre ellas, las que se desarrollan en el ámbito familiar.

Por eso se enseña también que existe un "derecho a la intimidad familiar", entendido como el derecho a la privacidad de las personas "en sus relaciones intrafamiliares y en las que traba extrafamiliarmente con terceros."⁹⁹

Como concluyese María Virginia Bertoldi de Fourcade, "(...) un principio jurídico de la nueva generación es el reconocimiento de la libertad del individuo para conformar el tipo de familia que quiera o que pueda. De lo dicho resulta que es pauta de ineludible consideración el respeto de los términos en los que las personas diseñan su proyecto de vida."¹⁰⁰

En este aspecto, es necesario reflexionar sobre la importancia del principio del libre desarrollo de la personalidad. Si bien apareció en sus orígenes como un derecho autónomo, en la Constitución de Bohn, en nuestro derecho se ha entendido incorporado constitucionalmente como parte del derecho a la vida privada que establece el artículo 19 N° 4 de la Carta Magna. No obstante, podemos sostener también que ha sido relevado a la categoría de aquellos derechos que forman parte de las bases de la institucionalidad,

⁹⁵ CEA, J. L. 2004. Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Santiago, Chile, Editorial Universidad Católica de Chile. Pág. 177.

⁹⁶ CEA, J. L. 2004. Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Santiago, Chile, Editorial Universidad Católica de Chile. Pág. 178.

⁹⁷ LAMAS, M, 2004. Derechos de la personalidad y explotación de la apariencia humana. Estudio sobre el nombre, la imagen, la intimidad, la identidad, el honor y la reputación como derechos personales y como derechos patrimoniales. Montevideo, Editorial Cikato Abogados. Pág. 238.

⁹⁸ En tanto, Andrés Gil, María Victoria Fama y Marisa Herrera señalan que "la libertad de intimidad engloba a todas las conductas autorreferentes, o sea, aquellas que se refieren al sujeto activo en cuanto a su vida autobiográfica, sin consecuencias dañinas para terceros.", en GIL, A; FAMA, M.; y HERRERA, M. 2006. Derecho Constitucional de Familia, tomo I. Buenos Aires, Editorial Ediar. Pág. 226.

⁹⁹ GIL D, A; FAMA, M.; y HERRERA, M, en Derecho Constitucional de Familia, tomo I. 2006. Buenos Aires, Editorial Ediar. Pág. 229.

¹⁰⁰ BERTOLDI DE FOURCADE, M. 1998. Principios jurídicos aplicables a la familia de fin de siglo. En: El Derecho de familia y los nuevos paradigmas: X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, Argentina.

al entenderlo comprendido en el inciso 4° del artículo 1° de la Constitución Política de la República, el que en efecto señala: “El Estado está el servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.”

En cuanto a la protección constitucional del derecho a la vida privada o la libertad de intimidad, hay que señalar que, atendido lo dispuesto en el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República¹⁰¹, es posible concluir que el referido texto legal limita la acción del Estado y de los particulares, en tanto no pueden imponer una determinada conducta o forma de vida, ni condiciones, tributos o requisitos que impidan el libre ejercicio del derecho a la intimidad, si aquella afecta el derecho en su esencia¹⁰².

Los límites posibles de imponer mediante la intervención estatal deben fundarse en que la manifestación del derecho a la intimidad atenta contra los derechos fundamentales de otras personas¹⁰³, y tal como señalan Gil, Herrera y Fama, “en tal caso, ante la

¹⁰¹ “La Constitución asegura a todas las personas: 26° La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

¹⁰² Sin embargo, todavía hay quienes se resisten a permitir la igualdad de la protección de la ley en el ejercicio de los derechos de determinados individuos, por el sólo hecho de no conformar sus formas de vida a las estructuras familiares tradicionales, restringiendo el libre desarrollo de la personalidad sólo a quienes no se apartan de determinada forma de concebir la vida. A modo de ejemplo, Hernán Corral sostiene lo siguiente: “Nos parece por tanto que, cuando se habla de respeto de la intimidad familiar, sea como dimensión del derecho individual a la privacidad, o como derecho de titularidad grupal, se quiere aludir principal y esencialmente a la familia constituida por matrimonio. Sin perjuicio de lo anterior, pensamos que aquellas relaciones instauradas al margen del matrimonio, pero que presentan una estructura análoga a la familia matrimonial, sea biparental o monoparental, pueden también gozar, de un modo análogo y no propio, de un derecho a la intimidad familiar, pero sólo entendido como contenido del derecho individual al respeto de la vida privada en el plano de las relaciones familiares. No cabe, pensamos, predicar de los grupos familiares de hecho un derecho a la privacidad con titularidad colectiva, puesto que ello implicaría el reconocimiento institucional u orgánico de una entidad, a la que le faltan los elementos estructurales para devenir en núcleo de intereses protegidos al margen de los derechos individuales, al menos a título de familia. Por fin, respecto de aquellas relaciones afectivas, sentimentales o sexuales que se desmarcan completamente de la comunidad de vida formada por el matrimonio, estimamos que no cabe aplicar, ni siquiera de modo análogo, los instrumentos jurídicos de protección a la familia, tanto en su dimensión individual como comunitaria. Así, por ejemplo, las uniones incestuosas, las polígamas, las homosexuales o lésbicas, los grupos de vida promiscua, etc., no pueden reclamar el reconocimiento o amparo jurídico que se otorga a la familia-institución CORRAL, H. 1998. Vida familiar y derecho a la privacidad. En: El Derecho de familia y los nuevos paradigmas: X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, Argentina.

¹⁰³ Este es un punto que permite se produzcan fuertes discusiones al existir colisión de derechos en juego. En este sentido, Hernán Corral T. sostiene: “Pero, ¿qué decir de conductas sexuales aberrantes o desviadas (al menos, en la tradicional moral occidental), que se llevan a cabo con el consentimiento de personas adultas? Pensamos que las desviaciones que atenten gravemente contra los fines socialmente reconocidos al grupo familiar y la dignidad espiritual y corporal de sus integrantes, pueden ser consideradas ilícitas jurídicamente o incluso penalizadas, en su caso, sin que ello signifique una lesión de la vida privada familiar. Debe afirmarse que la privacidad de la familia no puede invocarse para excluir la intervención del Derecho en lo concerniente a conductas que, si bien no constituyen una directa lesión a un derecho individual, conforman una violación objetiva de estándares morales mínimos que hacen posible la convivencia social y la paz de las mismas familias. Así, por ejemplo, el adulterio consentido, aun cuando se le invoque como un medio para buscar descendencia, (como sucede en las técnicas de fertilización con gametos de donante), o la utilización del cuerpo de una mujer como madre gestante en las técnicas de maternidad subrogada, pueden ser prohibidas legítimamente por el ordenamiento jurídico”. CORRAL, H. 1998. Vida familiar y derecho a la privacidad. En: El Derecho de familia y los nuevos paradigmas: X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, Argentina.

colisión de principios, la solución estará dada por la prevalencia de aquél que, bajo ciertas circunstancias de hecho, tenga un mayor peso (...).¹⁰⁴

Ahora bien, la protección estatal de la intimidad no se agota en la mera abstención de intervenir en la privacidad de las personas, sino que implica además adoptar las medidas tendientes a permitir el libre desarrollo de la personalidad de ellas. En ese sentido, Mariano Fernández Valle señala que “El principio de autonomía personal opera como resguardo del ámbito autorreferente y como obstáculo contra cualquier tipo de interferencia estatal o de terceros en los planes libremente elegidos por las personas. Pero no es sólo un derecho que opera contra esta interferencia o que protege un ámbito íntimo y privado. Es un derecho mucho más amplio, que también obliga a crear las garantías y precondiciones necesarias para la elección y materialización de todas aquellas acciones que no afecten sustancialmente la autonomía de otras personas.”¹⁰⁵

Por eso resulta lógico preguntarse si, por ejemplo, la abstención del Estado al no regular vidas familiares no fundadas en un vínculo matrimonial, es legítima, o efectivamente obstaculiza el libre desarrollo de la personalidad de determinados individuos.

Mariano Fernández Valle comenta el caso sudafricano, que trata de la aprobación, a fines de 2006, de la posibilidad de abrir el régimen matrimonial a cualquier pareja, independientemente de cual fuese la identidad sexual, identidad de género u orientación sexual de sus integrantes. Esto, a partir de una orden de la Corte Constitucional de Sudáfrica, la cual es citada y analizada por el autor, y que nos aporta en este punto el siguiente análisis: “(...) La Corte Constitucional afirmó que dada la importancia y centralidad que atribuyen nuestras sociedades al matrimonio y sus consecuencias en nuestra cultura, el negar este derecho a las parejas de personas del mismo sexo representa negar su derecho a la autodefinición en una forma profunda (sentencia, párrafo N° 72). Asimismo, en uno de sus pasajes más destacados, la sentencia remarca que la Constitución de Sudáfrica otorga derechos que van más allá del respeto a un ámbito privado ajeno a la interferencia estatal, y que las litigantes no están reclamando un derecho a ser “dejadas a solas” por el Estado, sino más bien un derecho a ser reconocidas como iguales y tratadas dignamente por la ley (sentencia, párrafo N° 78). Con algo de poesía, la Corte también sostuvo que “el amor que fue forzado alguna vez a la clandestinidad, ahora puede abiertamente decir su nombre (...).”¹⁰⁶

1.2.2.3 El respeto a la diversidad y el derecho a ser diferente.

Los principios y derechos precedentemente expuestos sólo pueden tener cabida en la medida que su efectividad se asegure no sólo a las mayorías, sino también a las minorías. El postulado contenido en el inciso 4° del artículo 1° de la Constitución, anteriormente revisado, impone al Estado como finalidad, asegurar la promoción del bien común respecto a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad. Por lo tanto, el pluralismo con que se pretende cimentar nuestra sociedad, que se considera democrática, requiere necesariamente que tanto el Estado como cada uno de los ciudadanos actúe de manera tolerante, no sólo en el sentido negativo, de aceptar la convivencia con las diferencias, sino en el sentido

¹⁰⁴ GIL D, A; FAMA, M.; y HERRERA, M. 2006. Derecho Constitucional de Familia, tomo I. Buenos Aires, Editorial Ediar. Pág. 226.

¹⁰⁵ FERNÁNDEZ, M. 2007. Matrimonio y Diversidad sexual: La lección sudafricana. En: CENTRO DE DERECHOS HUMANOS. Anuario de Derechos Humanos. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Pág. 98.

¹⁰⁶ FERNÁNDEZ VALLE, M. 2007. Matrimonio y Diversidad sexual: La lección sudafricana. En: CENTRO DE DERECHOS HUMANOS. Anuario de Derechos Humanos. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Pág. 98.

positivo, de adecuar las condiciones para permitir efectivamente la existencia de ellas. Como expresan Andrés Gil, María Victoria Fama y Marisa Herrera, “cuando el discurso jurídico enuncia que existen ciertas subjetividades que son toleradas pero no fomentadas, emerge una zona gris entre lo prohibido y lo permitido, que coloca al sujeto en una tensión que se resuelve “pagando” determinados “costos” en cuanto hace o deja de hacer.”¹⁰⁷

Es claro que la democracia no pasa por la imposición de las decisiones de las mayorías a las minorías, sino por el respeto a estas últimas, y la promoción de medidas que permitan a ellas acceder a una igualdad efectiva de oportunidades. De ahí la importancia de entender los alcances de los principios de igualdad y de no discriminación arbitraria, los cuales se desarrollan en el último capítulo.

En conclusión, al analizar los efectos de las relaciones de familia, como el cuidado personal, en el caso de este trabajo, debe considerarse, previo a cualquier análisis, que las organizaciones familiares pueden revestir diversas formas y caracteres, pero todas ellas deben ser objeto de respeto, tolerancia y protección, de modo de, a través de un efectivo acceso a los derechos fundamentales, permitir el desarrollo de la personalidad de cada uno de sus integrantes, y con ello, el fortalecimiento de una sociedad pluralista, dentro de un Estado Democrático de Derecho.

¹⁰⁷ GIL, A; FAMA, M.; y HERRERA, M. 2006. Derecho Constitucional de Familia, tomo I. Buenos Aires, Editorial Ediar. Pág. 21.

CAPÍTULO 2: AUTORIDAD PARENTAL Y CUIDADO PERSONAL.

2.1 Generalidades.

Las uniones de pareja, ya sean generadas a través de un vínculo matrimonial o no, acarrearán una multiplicidad de consecuencias, tanto en el ámbito de las relaciones patrimoniales, como en el ámbito de las relaciones personales

Una de tales posibles consecuencias es justamente la filiación¹⁰⁸, la que ha sido definida por Gómez de la Torre como “una relación fundamentalmente jurídica entre el padre y el hijo y la madre y el hijo.”¹⁰⁹ Somarriva en tanto, la ha definido como “la relación de descendencia que existe entre dos personas, una de las cuales es padre o madre de la otra”¹¹⁰.

Precisamente, la palabra filiación deriva del latín *filiatio*¹¹¹, e implica la procedencia de los hijos respecto de los padres. Ahora bien, las denominaciones de padre, madre, hijo o hija, pueden responder a una realidad biológica, pero también pueden reflejar una realidad meramente jurídica, como en el caso de la adopción o de las técnicas de reproducción humana asistida. Por ello, se ha señalado también que “Jurídicamente, entonces, la filiación es el vínculo jurídico que existe entre dos personas, designadas, una de ellas, como padre o madre de la otra”¹¹² En este sentido, Gómez de la Torre explica que “los términos paternidad, maternidad, hijo, filiación, padre, expresan, sobre todo, categorías jurídicas estructuradas sobre papeles culturales”¹¹³

La regulación de las relaciones filiativas, ha tenido una lenta evolución en nuestro país. Hasta antes de las reformas introducidas por la Ley N° 19.585, que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, cuya entrada en vigencia se produjo el 27 de octubre de 1999, persistían los principios de un Código de Bello altamente discriminatorio hacia la mujer y proclive a la creación de estatutos diferenciadores entre aquellos niños nacidos dentro del matrimonio y aquellos nacidos fuera de él. En todo caso, no se puede desconocer que existieron reformas tendientes a un tratamiento más

¹⁰⁸ No obstante, hay que tener en cuenta que ello no implica necesariamente que toda filiación derive de una relación de pareja, como en el caso, por ejemplo, de la filiación adoptiva cuando el padre o madre adoptante es soltero y no tiene pareja alguna.

¹⁰⁹ GÓMEZ DE LA TORRE, M. 2007. El Sistema Filiativo Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Pág. 18.

¹¹⁰ SOMARRIVA, M. 1963. Derecho de Familia. Santiago, Editorial Nascimento. Pág. 391. Citado por RAMOS, R. 2005. Derecho de Familia. Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. P. 371.

¹¹¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA [en línea] <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=filiación> [consulta: 10 enero 2008].

¹¹² En Introducción del texto “El nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al derecho sucesorio, a la luz de las normas y principios de la Ley N° 19.585”, Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile y Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM). 1999. Santiago. Pág. 11.

¹¹³ GÓMEZ DE LA TORRE, M. 2007. El Sistema Filiativo Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Pág. 18.

igualitario¹¹⁴, no obstante, éstas fueron insuficientes, y no lograron el establecimiento de nuevos paradigmas en materia de familia, como si lo hizo la Ley N° 19.585. En este sentido, se posibilitó con ella una vasta investigación de la paternidad y maternidad, la consecuente ampliación de las pruebas periciales para estos efectos, la incorporación de los derechos del niño consagrados en los distintos instrumentos internacionales vigentes en Chile y, lo principal, la efectiva consideración de todos los hijos como absolutamente iguales ante la ley, no obstante la distinción, para efectos de determinación de la filiación, entre aquella de origen matrimonial y la de origen no matrimonial

Ahora bien, los temas que principalmente se abordan al estudiar la filiación, son básicamente su determinación y efectos. En lo que a este trabajo atañe, cabe señalar que los efectos de la filiación dicen relación con los derechos y deberes que derivan de ella y en el ordenamiento jurídico nacional abarcan las siguientes materias:

Autoridad parental

Patria potestad

Derecho de alimentos

Derechos hereditarios

Dado el objeto de estudio de esta tesis, sólo se tratará con profundidad uno de ellos: la autoridad parental.

2.2 Autoridad parental.

Maricruz Gómez de la Torre, siguiendo a Díez-Picazo y Gullón, ha entendido la autoridad parental como un “complejo de funciones y responsabilidades encomendadas a los padres en interés del propio hijo, cuyo ejercicio debe disminuir en relación con la autonomía progresiva”.¹¹⁵

En el anterior sentido, la autora señala que “La autoridad parental tiene como fin procurar al niño la protección y los cuidados indispensables para garantizar su desarrollo espiritual y material. Constituyen una responsabilidad y un derecho para los padres, pero también un derecho fundamental para los niños de ser protegidos y orientados hasta alcanzar su plena autonomía.”¹¹⁶

¹¹⁴ En 1935, la Ley N° 5.750 reemplazó el art 36 del Código Civil y suprimió la categoría de hijos de dañado ayuntamiento. Permitió también al hijo simplemente ilegítimo pedir alimentos en seis hipótesis. Sin embargo, se continuaba consagrando la inadmisibilidad de la investigación libre de la paternidad y/o maternidad. Luego, en 1952, la Ley N° 10.271, amplió el reconocimiento voluntario de hijo natural (espontáneo -expreso y tácito- y provocado) e introdujo el reconocimiento forzoso de hijo natural (pero en casos taxativos y de difícil acreditación). De todos modos, no significó una modificación sustantiva en materia de igualdad en los efectos, sino que incluso ratificó el principio según el cual “el hijo natural no tenía abuelos” (la filiación natural producía un parentesco limitado). La Ley N° 18.802 de 1989 tampoco introdujo cambios significativos en la materia, sino que sólo modificó algunos aspectos de la autoridad paterna con el objeto de hacer participar a la madre en las facultades de corrección y castigo moderados y de dirigir la educación de sus hijos. También introdujo otras tímidas reformas en materia de patria potestad. Por último, las leyes N° 17.999, de 1981 y N° 19.089, de 1991 apuntaron a perfeccionar el reconocimiento voluntario expreso.

¹¹⁵ GÓMEZ DE LA TORRE, M. 2007. El Sistema Filiativo Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Pág. 133.

¹¹⁶ GÓMEZ DE LA TORRE, M. 2007. El Sistema Filiativo Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Pág. 132.

Sin embargo, en nuestro país, la configuración de la autoridad parental no se ha construido en función de estos propósitos, sino que se la ha restringido a los aspectos personales que encierran las relaciones filiales, por oposición a los aspectos patrimoniales que derivan de ellas. Así, el cuidado personal de los hijos se comprende dentro del concepto de autoridad parental, y todos aquellos derechos y deberes sobre los bienes de los hijos no emancipados¹¹⁷, se encuentran bajo la denominación de patria potestad.

2.2.1 Definiciones y límites conceptuales en relación a la patria potestad.

Frente a las relaciones filiativas, el legislador ha regulado determinados aspectos relevantes, dando lugar precisamente a los cuatro efectos de la filiación enunciados precedentemente¹¹⁸. En ellos puede distinguirse claramente un tratamiento diferenciado para los aspectos personales que involucran tales relaciones, los que se comprenden dentro del concepto de autoridad parental, y para los aspectos patrimoniales de ellas, que caben dentro de la patria potestad.

Sin embargo, esta forma de abordar por parte de nuestro legislador civil esta materia, no responde a las tendencias del derecho comparado, donde se agrupa bajo ese concepto, o el de *responsabilidad parental*, o más tradicionalmente, *patria potestad*, tanto a los efectos patrimoniales como a aquellos de carácter meramente personal que derivan de la relación filiativa.

Así, en Argentina, el artículo 264 del Código Civil caracteriza a la patria potestad como “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos”.¹¹⁹ Boeri, Fredes y Scoccia se refieren a la patria potestad aludiendo a lo sostenido por Belluscio en orden a que “el hecho de imponer deberes y otorgar derechos a los padres en lo que hace al ejercicio de la patria potestad, ha consagrado en el derecho argentino la llamada cláusula de beneficio de los hijos, que impone un modo de ejercer la autoridad paterna siempre con la mira puesta en el interés del hijo, quedando así eliminada toda la idea de primacía o prerrogativa paterna”¹²⁰

En España, la doctrina entiende por patria potestad el “conjunto de deberes, atribuciones y derechos que los progenitores ostentan respecto de los hijos que, por ser menores de edad, se encuentran de forma natural bajo la guarda, protección y custodia de sus padres¹²¹”. En efecto, el Código Civil español señala en los dos primeros incisos de su artículo 154: “Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con

¹¹⁷ RAMOS PAZOS, R. 2005. Derecho de Familia. Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Pág. 439.

¹¹⁸ Esto, sin perjuicio de los efectos de la sanción contemplada en el artículo 203 del Código Civil al padre o madre que se opone a la determinación judicial de la paternidad, y que consisten en que el respectivo padre o madre tendrá todas las obligaciones legales cuyo cumplimiento vaya en beneficio del hijo o sus descendientes, pero quedará privado de la patria potestad y de todos los derechos que por el solo ministerio de la ley se le confieren, respecto de la persona y bienes del hijo y de sus descendientes. Los padres sancionados pierden así, no sólo la patria potestad, sino también el cuidado personal del hijo, el derecho a pedir alimentos al hijo en la ancianidad y quedan privados de los derechos sucesorios en la sucesión del hijo e inhabilitados para ejercer la tutela o curaduría del mismo.

¹¹⁹ ARGENTINA. 2007. Código Civil de la República Argentina. Pág. 48.

¹²⁰ BOERI, M, FREDER, P, SCOCCIA, A. 2007. El abuso de poder en el ejercicio de la patria potestad. En: CÚNEO, D y HERNÁNDEZ, C (Directores). Tenencia de hijos menores y régimen de visitas. 1era Edición. Argentina. Editorial Juris. Pág. 33.

¹²¹ LASARTE, C. 2002. Principios de Derecho Civil VI. Derecho de Familia. Madrid, Editorial Marcial-Pons. Pág. 367.

su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades: 1°. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2°. Representarlos y administrar sus bienes”.¹²²

Además, cabe señalar que en el derecho comparado la expresión patria potestad está siendo reemplazada por “autoridad parental”, aludiendo así a una autoridad ejercida por ambos padres, en un plano de igualdad, en el propio interés del hijo, y no a un ejercicio de meras potestades sobre éste¹²³.

En nuestro país en cambio, la doctrina habla generalmente de autoridad paterna, o de relaciones de filiación no patrimoniales, para referirse al conjunto de derechos y obligaciones, de contenido eminentemente moral, existente entre padres e hijos¹²⁴.

Fabiola Lathrop señala que el legislador civil chileno se apartó así de una fuerte tradición jurídica, que data de las Partidas y de los Códigos que le sirvieron de fuente, y de una opción legislativa, que a la época de la tramitación de la Ley N° 19.585, ya existía como tendencia en el derecho comparado (legislaciones de Argentina, Perú y España, por ejemplo).¹²⁵

En efecto, durante la tramitación del cuerpo legal citado precedentemente, se intentó realizar este cambio terminológico y conceptual. El Mensaje del proyecto de la Ley N° 19.585, ingresado a la Cámara de Diputados el 10 de agosto de 1993, contenía entre sus ideas matrices, la agrupación bajo el concepto de patria potestad del aspecto patrimonial y

¹²² ESPAÑA. 2004. Código Civil. Por su parte, el artículo 418 del Código Civil peruano de 1984 señala: “Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores”, la que según el artículo 419 se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio. Asimismo, el Código de Familia boliviano, señala en el artículo 249 que el hijo menor de edad se halla sometido a la autoridad de sus padres hasta que llegue a su mayoría o se emancipe, agregando en el artículo 258, que esta autoridad comprende los deberes y derechos de guardar al hijo, corregir adecuadamente su conducta, mantenerlo y educarlo, dotándolo de una profesión u oficio socialmente útil según su vocación y aptitudes, administrar su patrimonio y representarlo en los actos de la vida civil. Estos principios son ratificados por el Código del Menor del mismo país (Ley N° 1403 de 18 de diciembre de 1992), el cual prescribe en el artículo 32 que “la autoridad de los padres será ejercida en igualdad de condiciones por la madre y por el padre (...)”. En tanto, la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de la República de Venezuela que entrara en vigencia el 1° de abril del año 2000, establece en su artículo 347, que “se entiende por patria potestad el conjunto de deberes y derechos de los padres en relación con los hijos que no hayan alcanzado la mayoría, que tiene por objeto el cuidado, desarrollo y educación integral de los hijos”. El artículo siguiente complementa: “La patria potestad comprende la guarda, la representación y la administración de los bienes de los hijos sometidos a ella”. Por otra parte, el Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador estatuye en su artículo 105: “La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley”.

¹²³ Eduardo Zannoni explica al respecto que “Las legislaciones modernas han sustituido el término patria potestad por los de autoridad parental o responsabilidad parental que traducen, quizá con más precisión, las transformaciones que ha experimentado la familia en estos aspectos: No es autoridad del padre, sino de ambos padres –padre y madre– que asumen, ambos, los deberes y derechos que sobre los hijos les confiere la ley, como a partir de la Ley N° 23.264, lo hace nuestro derecho positivo (...)” Citado por GALLIANO, P y CERVIO, M. 2007. Privación de patria potestad y derecho de adecuada comunicación. ZANNONI, E. 1998. Derecho de Familia. Tomo II. 3era edición. Buenos Aires, Editorial Astrea. Pág. 680. En: CÚNEO, D y HERNÁNDEZ, C (Directores). Tenencia de hijos menores y régimen de visitas. 1^{era} Edición. Argentina. Editorial Juris. Pág. 228.

¹²⁴ Esa es justamente la definición que bajo la expresión de “autoridad paterna” realiza René Ramos Pazos. En efecto, señala que la autoridad paterna, “tradicionalmente ha sido definida como el conjunto de derechos y obligaciones de contenido eminentemente moral, existente entre padres e hijos” RAMOS, R. 2005. Derecho de Familia, Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Pág. 424.

¹²⁵ LATHROP, F. 2005. Cuidado personal de los hijos. Santiago, Puntotext. Pág. 4.

personal, y entregaba su ejercicio, en interés del hijo, al padre y a la madre, conjuntamente. Es así como en el proyecto aprobado por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, la patria potestad pasa a ser “el conjunto de deberes y derechos que corresponden al padre y a la madre en relación con la persona del hijo y sobre sus bienes, mientras sea menor de edad y no se haya emancipado. Se ejerce también sobre los derechos eventuales del que está por nacer.”¹²⁶

Sin embargo, tras la discusión parlamentaria, se mantuvo finalmente la separación de estas materias en 2 títulos diferentes del Libro I del Código Civil: el IX, para las relaciones de familia, y el X, para la patria potestad.

En definitiva, podemos entender que la doctrina nacional denomina autoridad paterna al conjunto de derechos funciones de carácter personal, y agrupa en cambio, bajo el concepto de patria potestad, a aquellos que se encuentran revestidos de una connotación patrimonial.

Por ejemplo, Carlos López Díaz define la autoridad parental como el “conjunto de derechos y obligaciones que surgen entre padres e hijos, principalmente relativos a la persona del hijo, y dotados de un fuerte contenido moral.”¹²⁷

En la presente memoria, de modo de apuntar hacia una estructura familiar igualitaria, en la que ambos padres tienen los mismos derechos y responsabilidades en relación a sus hijos, y en la que éstos, los niños, niñas y adolescentes, son considerados sujetos de derecho y no sólo objeto de protección, se considera preferible no utilizar la expresión “autoridad paterna”, que enfatiza una relación de poder entre padre-varón e hijo, y que, por lo demás, excluye de su ejercicio a la madre, y reemplazarla por las expresiones de “autoridad parental”, o “relaciones paterno-materno-filiales”, o bien, “coparentalidad”.

2.2.2 Contenido de la autoridad parental.

Según la doctrina nacional¹²⁸, la autoridad de los padres comprende lo siguiente:

2.2.2.1 Deberes de los hijos para con sus padres y ascendientes.

2.2.2.2 Derechos-deberes de los padres para con los hijos.

2.2.2.1 Deberes de los hijos para con sus padres y ascendientes:

Según lo dispuesto en los artículos 222 y 223¹²⁹ del Código Civil, los hijos deben asumir, en su calidad de tales, los deberes de respeto y obediencia a sus padres¹³⁰, y el deber de cuidado y socorro a los padres y demás ascendientes.

¹²⁶ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, sobre el proyecto de ley que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. Boletín N° 1060-07-1.

¹²⁷ LÓPEZ DÍAZ, C. 2005. Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia. Tomo I y II. Santiago, Librotecnia. Pág. 531.

¹²⁸ Por ejemplo, RAMOS, R. 2005. Derecho de Familia. Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Pág. 424.

¹²⁹ El artículo 222 en su inciso 1° establece que “Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres.” Por su parte, el artículo 223 dispone que “Aunque la emancipación confiera al hijo el derecho de obrar independientemente, queda siempre obligado a cuidar de los padres en su ancianidad, en el estado de demencia, y en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren sus auxilios. Tienen derecho al mismo socorro todos los demás ascendientes, en caso de inexistencia o de insuficiencia de los inmediatos descendientes.”

¹³⁰ Antes de entrar en vigencia la Ley N° 19.585, el Código Civil establecía en el art. 219 que “los hijos legítimos deben respeto y obediencia a su padre y su madre; pero están especialmente sometidos a su padre”.

En cuanto a este último, implica básicamente el deber de proporcionar alimentos, los que en virtud del art. 321 del Código Civil se deben también a los ascendientes. Hay que recordar, al respecto, que la infracción de este deber implica una causal de indignidad para suceder y una causal de desheredamiento; y que, por otra parte, si se aplica la sanción del art.203 del Código Civil, quedarán privados del derecho a pedir alimentos al hijo el padre o madre que le haya abandonado en su infancia, cuando la filiación haya debido ser establecida por medio de sentencia judicial contra su oposición.

2.2.2.2 Derechos - deberes de los padres para con los hijos:

Estos derechos-deberes, o derechos–funciones se han clasificado tradicionalmente de la siguiente manera¹³¹:

2.2.2.2.1 Derecho-deber de cuidado.

2.2.2.2.2 Derecho-deber de mantener una relación directa y regular.

2.2.2.2.3 Derecho - deber de crianza y educación

2.2.2.2.4 Gastos de educación, crianza y establecimiento.

Sin embargo, antes de tratar cada uno de ellos, es necesario recalcar que el principio rector en esta materia es el principio del interés superior del niño, niña, o adolescente, el cual debe orientar cada una de las normas legales así como la interpretación y aplicación que de ellas se haga. En efecto, este principio, incorporado en virtud de lo ordenado por los distintos instrumentos internacionales atinentes, en especial, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño¹³², se encuentra plasmado, entre otros preceptos legales, en el inciso 2° del art. 222 del Código Civil, norma con la que comienza el Título IX del Libro I, denominado “De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos”. La referida disposición señala lo siguiente: “La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades.”

2.2.2.2.1 Derecho-deber de cuidado de los padres para con los hijos.

Antes de dar cualquier definición, es necesario tomar en consideración que esta materia tiene una confusa regulación en el Derecho Civil, y su tratamiento doctrinario ha resultado, por lo tanto, difícil de sistematizar.

En términos generales, es posible concluir que el derecho-deber de cuidado, o también llamado “cuidado personal”, abarca todo lo concerniente a la atención que los hijos deben

¹³¹ RAMOS PAZOS, R. 2005. Derecho de Familia. Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Pág. 425. Otros autores nacionales, como Alejandra Cid, clasifican los derechos-deberes de los padres para con sus hijos incluyendo los siguientes temas: El derecho-deber de cuidado de los hijos, la mantención de relación directa y regular con el hijo, la corrección del hijo, la crianza y educación, y el deber de alimentos. (CID, A.2005. Tratado de la Tuición y Derechos del Niño. Santiago, Editorial Parlamento Ltda. Pág.149 y siguientes),

¹³² Artículo 18.1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres, o en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. En tanto el principio 8, inciso 2°, de la Declaración de Derechos del Niño señala: “El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a los padres.”

recibir en su hogar, de modo de lograr un desarrollo integral y acorde a su interés superior. Este derecho ha sido conceptualizado por Schmidt Hott como “el derecho de los padres de tener a sus hijos en su compañía”¹³³, y siguiendo la línea teórica de esta autora, se diferencia del derecho-deber de crianza y educación en que este último tiene un carácter genérico, comprendiendo dentro de él todas las responsabilidades que competen a los padres en su calidad de tales. Así, en caso de que ellos se encuentren separados, podremos visualizar la siguiente situación: Uno de ellos tendrá el cuidado personal del hijo o hija, el otro, no obstante, tendrá el derecho y el deber de mantener una relación directa y regular con él o ella, pero a ambos corresponderá el derecho-deber de crianza y educación de sus hijos.

De todos modos, dado que este es justamente el derecho función objeto de estudio, será abordado con mayor profundidad en las páginas siguientes.

2.2.2.2 Derecho-deber de mantener con el hijo una relación directa y regular.

Como es obvio, en el caso de separación de los padres, el hecho que a uno de ellos se le asigne el cuidado personal de un hijo o hija, no excluye al otro de las responsabilidades y derechos que le asisten en cuanto a su crianza y educación. Por ello, se mantiene a su respecto el derecho, tanto de él como de su hijo, a mantener una relación directa y regular; y, a su vez, el deber que en su calidad de padre o madre le impone el cumplir con este régimen comunicacional, siempre en función del interés superior del niño, niña o adolescente.

Así, el Código Civil establece en el artículo 229, que “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.

Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente.”

En la misma dirección, la Convención sobre los Derechos del Niño, señala en su artículo 9.3 “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.” Y en el artículo 10 inciso 2°, dispone que “El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 2 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.”

En la doctrina argentina, Darío Cúneo explica que el comentado derecho pertenece tanto a los hijos como a los padres: “(...) los primeros son protegidos legalmente para

¹³³ SCHMIDT H, C. 2001. Relaciones Filiales personales y patrimoniales. En: VELOSO V, P y SCHMIDT H, C. La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia. Chile. Editorial Conosur-LexisNexis. Pág. 273.

hacerles posible un crecimiento saludable y los segundos ven favorecida la factibilidad concreta de cumplir el correlativo deber de contribuir a la formación integral de su prole”.¹³⁴

Ahora bien, cabe señalar en relación con este derecho, que la terminología a su respecto ha variado, en el sentido de sustituir el término “visitas”, por la expresión “régimen comunicacional”, o “relación directa y regular”. La razón es básicamente enfatizar que la naturaleza de este derecho-deber, como resalta Polakiewicz, “no es otra cosa que la adecuación del ejercicio de la parentalidad después de la ruptura conyugal.”¹³⁵

Al respecto Paulina Veloso al referirse a los cambios introducidos por la Ley N° 19.585 al régimen comunicacional, señala: “Se entiende ya no como visitas, lo que da una idea de transitoriedad y lejanía (anterior art. 227 del Código Civil), sino que consiste en mantener con el hijo una relación directa y regular, la que ejercerá con la frecuencia y libertad acordada con quien lo tiene a su cargo; o decretada por el juez. Es decir, aquí se recoge la idea de que ambos padres tienen responsabilidad en la educación de sus hijos, que ésta es permanente y supone una relación regular”¹³⁶

En cuanto a la forma de ejercer este derecho-deber, cabe señalar que ella será materia de acuerdo entre los padres. En caso de que ello no sea posible, será el juez de familia quien lo determine. Hay que recordar, además, que para efectos de separación judicial o divorcio de los cónyuges, ellos deben presentar un acuerdo completo y suficiente en que se determine, entre otras cosas, el régimen aplicable a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquel de los padres que no los tuviere bajo su cuidado.¹³⁷ Si tal acuerdo no se presenta, o no reúne los caracteres de completitud y suficiencia que señala la Ley de Matrimonio Civil, será el juez de familia quien resuelva la materia.

Además del Código Civil, este derecho-deber encuentra regulación en el art.48 de la Ley N° 16.618; donde se establece el derecho de solicitar al juez la resolución respecto al régimen comunicacional, y se le otorga a él la posibilidad de aperebrir y apremiar al padre o madre a quien corresponda mantener la relación y que deje de cumplirla injustificadamente, así como la de decretar la suspensión o restricción del ejercicio del derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo. A continuación, en el artículo 49 del mismo texto legal, se reglamenta la autorización para que el menor de edad pueda salir al extranjero.

2.2.2.2.3. Derecho- deber de crianza y educación.

Como ya se señalara, este es un derecho-deber que pertenece a ambos padres por su calidad de tales, y no por tener a su cargo el cuidado personal del hijo o hija. Por esta razón, si bien forma parte del contenido del cuidado personal del niño, niña o adolescente, resulta relevante destacar que, en caso de separación de los padres, no sólo toca este deber a quien mantiene el cuidado personal, sino también a aquél que no lo tiene, ya que se trata de un derecho y una responsabilidad de ambos.

¹³⁴ CÚNEO, D. 2007. Regímenes de tenencia de hijos y derecho a una adecuada comunicación. En: CÚNEO, D y HERNÁNDEZ, C (Directores). Tenencia de hijos menores y régimen de visitas. 1^{era} Edición. Argentina. Editorial Juris. Pág.13

¹³⁵ POLAKIEWICZ, M. 1998. El derecho de los hijos a la parentalidad. En: El Derecho de familia y los nuevos paradigmas: X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, Argentina. Págs. 297-316.

¹³⁶ VELOSO, P. 1999. Principios recogidos en el nuevo estatuto filiativo. Págs. 26-27 En: SERNAM y Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1999. El nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al derecho sucesorio, a la luz de las normas y principios de la Ley N° 19.585. Santiago, Fundación Facultad de Derecho, U. Chile.

¹³⁷ Arts. 21, 27, y 55 de la Ley de Matrimonio Civil. CHILE. Ministerio de Justicia. 2004. Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil.

El artículo 224 del Código Civil señala en su inciso 1°: “Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos”. No obstante que gran parte de la doctrina¹³⁸ atribuye esta norma al cuidado personal, en verdad, ella está consagrando este deber genérico de crianza y educación. Schmidt Hott ubica, en efecto, al cuidado personal de la crianza, dentro de los deberes de los padres, y señala al respecto: “Este deber a primera vista parece que comprendiere solamente la atención personal del menor, sin embargo, comprende la prestación de los más variados socorros. Podríamos sostener que constituye el género de los diferentes deberes que tiene los padres respecto de sus hijos.”¹³⁹

En este mismo sentido, la Convención sobre Derechos del Niño, en el párrafo 1 del artículo 18 dispone: “Los Estados Parte pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”¹⁴⁰.

La misma Convención, en el artículo 14, párrafo 2, señala: “Los Estados Parte respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades”¹⁴¹.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en el N° 4 del artículo 17, que: “Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo (...)”¹⁴².

Ahora bien, en cuanto al cuidado personal de la educación, la Constitución Política de la República señala en su artículo 19 N° 10, que ella asegura a todas las personas el derecho a la educación, y luego, en su inciso 3°^{ro}, dispone: “Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho”. Este derecho aparece también, en términos similares, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 26, párrafo 3, que expresa: “Los

¹³⁸ Esta es la opinión que sustentan, entre otros, los profesores René Abeliuk y René Ramos Pazos. Ver ABELIUK, R. 2005. La Filiación y sus efectos. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Pág. 322; y RAMOS, R. 2005. Derecho de Familia. Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Pág. 425.

¹³⁹ SCHMIDT H, C. *En*:SCHMIDT, C; VELOSO, P. 2001. La filiación en el nuevo Derecho de Familia. Santiago, Editorial Conosur-LexisNexis. Pág.253. Por su parte, Alejandra Cid Droppelman señala: “Entendemos por crianza del hijo todo lo que es necesario en la vida material y también aquello que es necesario y pertinente a su desarrollo moral e intelectual. El criterio del legislador es amplio en cuanto a la crianza, ya que comprende los más variados socorros: alimentación conveniente, vestuario, atención médica, medicina y recreaciones sanas, acordes con la edad del niño.” CID D, A. 2005. Tratado de la Tuición y Derechos del Niño. Santiago, Editorial Parlamento Ltda. Pág 120.

¹⁴⁰ Decreto N° 830 de 1990, del Ministerio de Relaciones Exteriores, que promulga Convención sobre los Derechos del Niño.

¹⁴¹ Decreto N° 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 1990, que promulga Convención sobre los Derechos del Niño.

¹⁴² Decreto N° 873 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 1991, que aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos denominada “Pacto de San José de Costa Rica”.

padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos¹⁴³”

Asimismo, el art. 236 del Código Civil establece que“Los padres tendrán el derecho y el deber de educar a sus hijos, orientándolos hacia su pleno desarrollo en las distintas etapas de su vida.” Esta norma está en perfecta concordancia con el principio rector del interés superior del niño que se ha plasmado normativamente en el inciso 2° del art. 222 del Código Civil.

Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dispone que toda persona tiene el deber de educar a sus hijos menores de edad.¹⁴⁴

Ahora bien, en nuestro país, la infracción al deber de educación, restringido sólo a la educación básica y media obligatoria, como lo dispone el inciso quinto del numeral 10° del artículo 19 de la Constitución ¹⁴⁵ importa una falta que, según el art. 494 N° 15 del Código Penal se sanciona con pena de multa, de una a cuatro unidades tributarias mensuales. Dicha norma prescribe que sufrirán la pena de falta “Los padres de familia o los que legalmente hagan sus veces que abandonen a sus hijos, no procurándoles la educación que permiten y requieren su clase y facultades.”

De todos modos, este derecho-deber no sólo implica proporcionar la educación básica y media obligatoria, ni tan sólo supervisar la educación formal que imparten los establecimientos educacionales, sino que se concibe en un sentido amplio: formar al hijo para que éste logre el pleno desarrollo en las distintas etapas de su vida, como lo consigna la Constitución Política de la República, y el art. 236 del Código Civil ya citado.

Ahora bien, dentro del derecho-deber de crianza y educación, la ley le otorga a los padres la facultad de corregir a sus hijos, facultad que no puede producir en caso alguno el menoscabo de la salud ni del desarrollo personal de éstos. Por ello, frente a esta facultad de los padres, el juez puede decretar medidas en resguardo del hijo, incluso de oficio o frente a la petición de cualquier persona, no sólo cuando se produzca tal menoscabo, sino también cuando fundadamente se tema que ocurra. Además, para proteger el bienestar del hijo, los padres podrán solicitar al tribunal que determine sobre la vida futura de aquel por el tiempo que estime más conveniente, el cual no podrá exceder del plazo que le falte para cumplir dieciocho años de edad¹⁴⁶. Antes de entrar en vigencia la ley N° 19.585, que modificó el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, el artículo 233 del

¹⁴³ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2005. Decreto supremo N° 100, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República

¹⁴⁴ El artículo XXX, en efecto, dispone: “Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten.”

¹⁴⁵ La norma en comento dispone: “La educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. En el caso de la educación media este sistema, en conformidad a la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad.” Esta norma fue introducida mediante la Ley N° 19.876, reforma constitucional que establece la obligatoriedad y gratuidad de la educación media, promulgada el 7 de mayo de 2003.

¹⁴⁶ CHILE. 2006. Código Civil, Art 234: “Los padres tendrán la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal. Si se produjese tal menoscabo o se temiese fundadamente que ocurra, el juez, a petición de cualquiera persona o de oficio, decretará medidas en resguardo del hijo, sin perjuicio de las sanciones que correspondiere aplicar por la infracción. Cuando sea necesario para el bienestar del hijo, los padres podrán solicitar al tribunal que determine sobre la vida futura de aquel por el tiempo que estime más conveniente, el cual no podrá exceder del plazo que le falte para cumplir dieciocho años de edad. Las resoluciones del juez no podrán ser modificadas por la sola voluntad de los padres.”

Código Civil daba el derecho a los padres de hijos legítimos de castigarlos y corregirlos moderadamente, norma que vulneraba el art. 19 N° 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño que prescribe: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.” Hoy se discuten en el Senado, en 2° trámite constitucional, las modificaciones que el Ejecutivo propuso a la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia¹⁴⁷, dentro de las cuales se contempla una modificación a la redacción del inciso 1° del art. 234 del Código Civil, y la supresión de los incisos 2°, 3°, y 4°, por entenderse salvaguardados en las medidas de protección que contempla la Ley N° 19.968.¹⁴⁸

No obstante lo señalado anteriormente, nuestra legislación contempla, además, determinadas hipótesis frente a las cuales los padres pueden verse privados del derecho-deber a educar a sus hijos. Ellas son:

Cuando la filiación del niño haya sido determinada judicialmente contra la oposición del padre o la madre. Esto es consecuencia de lo dispuesto en el art. 203 del Código Civil, el que en su inciso 2° deja claro el hecho que el padre o madre privado de este derecho, no quedará exento del cumplimiento de todas sus obligaciones legales que vayan en beneficio del hijo o sus descendientes.

Cuando el cuidado del hijo haya sido confiado a otra persona. En efecto, el artículo 237 del Código Civil dispone lo siguiente: “El derecho que por el artículo anterior se concede a los padres, cesará respecto de los hijos cuyo cuidado haya sido confiado a otra persona, la cual lo ejercerá con anuencia del tutor o curador, si ella misma no lo fuere.”

Cuando el padre o madre hubiere abandonado al hijo. Esto se encuentra contemplado en el art. 238 del Código Civil.¹⁴⁹

Cuando, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 239 de dicho texto legal, el hijo ha sido separado de su padre o madre por inhabilidad moral de éste, a menos que la medida haya sido revocada.¹⁵⁰

Cuando el padre o madre hubiere sido condenado por un delito sexual cometido en la persona del menor, y la sentencia condenatoria ordenare dejar constancia de ello al margen de la inscripción de nacimiento. Esta situación se previene en el art. 370 bis del Código Penal.¹⁵¹

¹⁴⁷ Mensaje presidencial que introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la Ley N° 19968, que crea los Tribunales de Familia. Boletín N° 4438-07.

¹⁴⁸ En el Oficio N° 6634 enviado por la Cámara de Diputados a la Cámara Revisora, con fecha 24 de enero de 2007, se indica que la Cámara de Diputados aprobó modificar el art. 234, quedando ahora su redacción en los siguientes términos: “Los padres tendrán la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal y en conformidad a la ley y a la Convención sobre los Derechos del Niño.”

¹⁴⁹ CHILE. 2006. Código Civil. Art. 238: “Los derechos concedidos a los padres en los artículos anteriores no podrán reclamarse sobre el hijo que hayan abandonado”.

¹⁵⁰ CHILE. 2006. Código Civil. Art. 239: “ En la misma privación de derechos incurrirán los padres que por su inhabilidad moral hayan dado motivo a la providencia de separar a los hijos de su lado; a menos que ésta haya sido después revocada”

¹⁵¹ CHILE. Código Penal. Art. 370 bis. “El que fuere condenado por alguno de los delitos a que se refieren los dos párrafos anteriores cometido en la persona de un menor del que sea pariente, quedará privado de la patria potestad si la tuviere o inhabilitado

2.2.2.2.4 Gastos de educación, crianza y establecimiento.

Tanto el padre como la madre, no importando cual de ellos tiene a su cargo el cuidado personal, deben contribuir a soportar los gastos de crianza, educación y establecimiento. Esta es la regla general. No importa para estos efectos, si el hijo tiene o no bienes, el deber pertenece a sus padres¹⁵².

2.3 Cuidado personal del niño, niña o adolescente.

2.3.1 Marco conceptual.

Controvertido ha resultado determinar en qué norma del Título IX del Libro I del Código Civil se hace referencia al cuidado personal, por lo que más difusos son todavía los límites de su contenido.

para obtenerla si no la tuviere y, además, de todos los derechos que por el ministerio de la ley se le confirieren respecto de la persona y bienes del ofendido, de sus ascendientes y descendientes. El juez así lo declarará en la sentencia, decretará la emancipación del menor si correspondiere, y ordenará dejar constancia de ello mediante subinscripción practicada al margen de la inscripción de nacimiento del menor. El pariente condenado conservará, en cambio, todas las obligaciones legales cuyo cumplimiento vaya en beneficio de la víctima o de sus descendientes”.

¹⁵² Si los padres están casados en sociedad conyugal, la sociedad es obligada al pago y soporta el gasto. Si los padres, en cambio, no están casados, o lo están bajo el régimen de participación en los gananciales o separación de bienes, ambos deberán contribuir en proporción a sus respectivas facultades económicas. Ahora bien, de acuerdo a lo señalado entre los artículos 230 y 233 del Código Civil, habrá casos en que la regla general no será aplicable. Así, si uno de los padres ha fallecido, los gastos corresponden al sobreviviente; frente a la insuficiencia de los padres, si el hijo tiene bienes propios, los gastos de su establecimiento y en caso necesario, los de su crianza y educación, podrán extraerse de ellos, conservándose íntegros los capitales en cuanto sea posible. Si, en cambio, en la misma hipótesis, el hijo carece de bienes, la obligación de alimentarlo corresponderá a sus abuelos. A falta de convenio entre los obligados a soportar estos gastos, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 233 del Código Civil, será el juez quien resuelva, en consideración a las facultades económicas de ellos, siendo esta decisión susceptible de modificación si varían con posterioridad las circunstancias que dieron lugar a su dictación. Ahora bien, si los gastos de crianza y educación fueron soportados por una persona distinta de los padres, luego de que ellos abandonaren al hijo o hija, los padres sólo podrán recuperar al hijo o hija, en la medida que así lo autorice el juez, si estima, por razones graves, que es de conveniencia para el hijo, y siempre que previamente pagaren al tercero los costos de la crianza y educación, tasados por el juez. Por otra parte, el art. 241 del Código Civil se pone en la situación que el hijo que aún no cumple 18 años se ausente de su casa y se encuentre en urgente necesidad, no pudiendo ser asistido por el padre o madre que tiene su cuidado personal, y dispone que, en tal caso, se presumirá la autorización de éste o ésta para las suministros que se le hagan, por cualquier persona, en razón de alimentos, habida consideración de su posición social, debiendo sí, el que haga las suministros, dar noticia de ellas al padre o madre lo más pronto que fuere posible, ya que toda omisión voluntaria en este punto hará cesar la responsabilidad. La redacción de esta norma no parece acertada. La hipótesis plantea el caso de que el hijo o hija menor de edad se ausente de su casa y se encuentre en urgente necesidad no pudiendo al padre o madre que tiene su cuidado personal suministrarle alimentos. Esto, a la luz del contenido del cuidado personal y de los derechos deberes de crianza y educación, es errado, ya que no sólo ese padre o madre tiene el deber de hacer tales suministros, sino ambos, no importando cual de aquellos tuviese a su cargo el cuidado personal. Por otra parte, el criterio utilizado para determinar la cuantía de los alimentos consistente en la “consideración de la posición social” es abierta y arbitrariamente discriminatorio, tanto en su regulación general como en el caso del artículo comentado, donde permite entender que en casos de urgente necesidad algunos niños deberán recibir un cuidado mayor que otros, no en función de la urgencia sino sólo de su posición social.

La mayoría de la doctrina¹⁵³ ha sostenido que el cuidado personal se regula en el art. 224, donde el Código Civil señala que corresponde a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos. Por ello, se han realizado críticas a la definición que de tal norma se desprende, señalando que debe destacarse su carácter de derecho-función y no de simple derecho; y que, además, se trata de una figura que comprende no sólo la crianza y educación sino todo cuanto sea necesario para el desarrollo y realización espiritual y material del hijo.

La jurisprudencia, por su parte, ha señalado que las expresiones “tuición”, “cuidado personal”, “cuidado” y “crianza y educación” son utilizadas como sinónimos por el legislador, siendo la primera (tuición) propia de la Ley N° 16.618¹⁵⁴.

Sin embargo, otras voces, como la de la profesora Claudia Schmidt Hott, han señalado que la norma del art. 224 no se refiere en particular al cuidado personal de los hijos, lo que en verdad se encuentra tratado en el artículo siguiente, sino que alude a un deber genérico de los padres, que comprende todas las responsabilidades que provienen precisamente de la filiación y que deben cumplir teniendo como preocupación fundamental el interés superior del hijo, conforme a lo preceptuado por el artículo 222 inciso 2° del Código Civil¹⁵⁵.

En la misma línea anterior, Leichtle Sagner señala: “Esta potestad, conocida en la doctrina y Derecho comparado como tenencia, guarda material, unidad de domicilio o deber de convivencia, corresponde al derecho deber de los padres de tener en su compañía a sus hijos, con un contacto material necesario para prestarles la atención personal que requieren según su edad y madurez”¹⁵⁶.

Al respecto, Abeliuk ha señalado que la crianza y educación no son sinónimos de cuidado personal, “(...) sino que forman parte de él, y del capítulo de las relaciones de familia.”¹⁵⁷

Atendidas las razones anteriores, la profesora Claudia Schmidt Hott ha definido el cuidado personal, como “el derecho de los padres de tener a sus hijos en su compañía” o “el derecho paternal a la crianza, educación y establecimiento del menor de edad, o como el deber de alimentar, corregir y otorgar por lo menos una educación básica y un oficio de profesión al hijo.”¹⁵⁸

Ahora bien, la doctrina chilena no ha delimitado el contenido del cuidado personal, es decir, cuáles son los derechos y deberes que comprende su ejercicio. Alejandra Cid Droppelman señala que la tuición tiene una acepción jurídica y otra sociológica: “Desde una perspectiva jurídica la tuición se relaciona con el concepto de autoridad paterna. Desde el

¹⁵³ Por ejemplo, RAMOS PAZOS, R. 2005. Derecho de Familia. Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Pág.425. También CID D, A. 2005. Tratado de la Tuición y Derechos del Niño. Santiago, Editorial Parlamento Ltda. Pág.119.

¹⁵⁴ RDJ., T. 59, sec 1°, pág. 145. Citado por ABELIUK, R. 2005. La Filiación y sus efectos. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Pág. 322.

¹⁵⁵ SCHMIDT, C; VELOSO, P. 2001. La filiación en el nuevo Derecho de Familia. Santiago, Editorial Conosur-LexisNexis. Págs. 253 y 254.

¹⁵⁶ LEICHTLE, R. 2006. Delimitación entre los deberes de cuidado personal de la crianza y de educación, con el cuidado personal o tuición: hacia la coparentalidad en el ordenamiento jurídico chileno. Memoria para obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Pág. 16.

¹⁵⁷ ABELIUK, R. 2005. La Filiación y sus efectos. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Pág. 322.

¹⁵⁸ SCHMIDT, C; VELOSO, P. 2001. La filiación en el nuevo Derecho de Familia. Santiago, Editorial Conosur-LexisNexis. Pág. 273.

punto de vista sociológico, la tuición es un rol, es decir, la institucionalización de la acción necesaria para que un menor llegue a valerse por sí mismo en el tiempo, o dicho en otros términos, para que se forme como ciudadano. Esta acción, en circunstancias normales, se ejerce por los padres durante los primeros años de vida del niño y posteriormente también por medio de instituciones especializadas, como la escuela, la iglesia, etc”¹⁵⁹.

Fabiola Lathrop, en tanto, señala al respecto que “(...) los derechos y deberes que comprende el cuidado personal, a que se refiere el artículo 225 del Código Civil, presuponen la convivencia habitual entre padres e hijos. Sin embargo, ello no quiere decir que deban vivir necesariamente bajo un mismo techo. La compañía no se restringe a la unidad de domicilio, por el contrario, como veremos, comprende mucho más que el mero contacto físico; el cuidado personal de un hijo abarca la comunicación afectiva e intelectual, buen ejemplo de los padres y cariño ambiental.”¹⁶⁰

Así, el contacto físico de los trescientos sesenta y cinco días del año no es lo que basta. Puede ocurrir perfectamente que por razones laborales el padre o madre deba ausentarse en forma esporádica del hogar y aún así deba cumplir con su deber de cuidado, y quizás durante el tiempo que se encuentra junto a sus hijos su preocupación denote estar velando por ellos y por su desarrollo, a diferencia de otros padres que conviven día a día con sus hijos.

En España, donde el cuidado personal se comprende dentro del concepto de patria potestad, el contenido de este derecho-función se encuentra más acotado y mejor descrito en la legislación. En efecto, el artículo 154 del Código Civil establece que la patria potestad comprende, entre otros derechos y facultades de los progenitores respecto de los hijos, los de velar por ellos y tenerlos en su compañía. Al respecto, Lasarte señala que “(...) la expresión legal de “velar por los hijos” es posiblemente la generalización del conjunto de los deberes paternos a que posteriormente hace referencia el precepto e implica prestarles la asistencia y protección que, en cada momento de su vida *sub potestate*, requiera la crianza y formación de los hijos.”¹⁶¹

Del mismo modo, en el Código de los Niños y Adolescentes del Perú, se establece, en el artículo 74, como deberes y derechos que la patria potestad comprende: “a) velar por el desarrollo integral de los niños y adolescentes; b) proveer su sostenimiento y educación; c) dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes; d) darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente; e) tenerlos en su compañía, recurriendo a la autoridad, si fuere necesario, para recuperarlos; g) representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil; h) recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención; i) administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieran”¹⁶².

En tanto, la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de Venezuela, dispone en su artículo 358 que “La guarda comprende la custodia, la asistencia material, la vigilancia y la orientación moral y educativa de los hijos, así como la facultad de imponerles correcciones adecuadas a su edad y desarrollo físico y mental. Para su ejercicio se requiere

¹⁵⁹ CID, A. 2005. Tratado de la Tuición y Derechos del Niño. Santiago, Editorial Parlamento Ltda. Pág. 119.

¹⁶⁰ LATHROP, F. 2005. Cuidado personal de los hijos. Santiago, Editorial Puntotex. Pág. 9.

¹⁶¹ LASARTE, C. 2002. Principios de Derecho Civil VI. Derecho de Familia. Madrid, Editorial Marcial-Pons. Pág. 373.

¹⁶² PERÚ. Ley N° 27337 que aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes. RED DE INFORMACIÓN jurídica.

Legislación Andina. [en línea] <<http://www.cajpe.org.pe/InformacionporPaíses05.htm>> [consulta: 06 octubre de 2007].

el contacto directo con los hijos y, por tanto, facultad para decidir acerca del lugar de la residencia o habitación de éstos¹⁶³.

2.3.2 Marco Normativo.

En primer lugar, podemos señalar que, en el ámbito de los instrumentos internacionales ratificados por nuestro país, la Convención sobre los Derechos del Niño trata la materia en los siguientes términos:

“Artículo 18:

Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres, o en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas”.

Es decir, la Convención pone el énfasis en el reconocimiento que los Estados deben hacer respecto a la responsabilidad que a ambos padres corresponde en cuanto a la crianza y desarrollo del hijo, responsabilidad que deben ejercer mirando siempre el interés superior del niño.

La Constitución Política de la República, por su parte, no se ocupa del cuidado personal, sino que sólo se refiere a uno de los aspectos que lo comprende, aunque lo sobrepasa (ya que corresponde a ambos padres). Se trata del derecho a la educación, consagrado en el art. 19 N° 10 de la Carta Fundamental y citado anteriormente en este trabajo a raíz, justamente, del derecho-deber de crianza y educación.

El Código Civil, en cambio, destina los artículos 225 a 228 para ocuparse de esta materia. Lo complementa la Ley N° 16.618, Ley de Menores, cuyos artículos 41 y 42 se refieren al artículo 226 del Código Civil. Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585, el artículo 46 de la denominada Ley de Menores, complementaba las citadas normas del Código Civil para los casos de separación de hecho o convencional de los cónyuges, y padres no casados, pero dicha norma fue derogada, trasladándose tal reglamentación al cuerpo del Código Civil.

La Ley N° 19.947 también trata la materia, en sus artículos 21, 27 y 55, a raíz del contenido de los acuerdos reguladores que ante el quiebre de la vida conyugal deben ser aprobados por el tribunal en casos de nulidad, separación y divorcio.

Por su parte, el artículo 9 inciso final de la Ley N° 20.066, sobre Violencia Intrafamiliar, autoriza al juez para establecer en la sentencia definitiva el régimen de cuidado personal y

¹⁶³ VENEZUELA. Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. RED DE INFORMACIÓN jurídica. Legislación Andina. [en línea]<<http://www.cajpe.org.pe/InformacionporPaíses06.htm> > [consulta: 06 octubre de 2007].

de relación directa y regular y cualquier otra cuestión de familia sometida a su conocimiento por las partes.

En el ámbito procesal, las cuestiones relativas al cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes quedan sometidas al tribunal de familia correspondiente, quien conocerá y resolverá conforme al procedimiento ordinario contemplado en los artículos 55 y siguientes de la Ley N° 19.968.

Es necesario enfatizar, en todo caso, que cada una de las normas que nuestra legislación contempla deben ser interpretadas en forma acorde al principio rector del interés superior del niño, niña o adolescente, tal como lo ordena el artículo 222 inciso 2° del Código Civil, y el artículo 16 de la Ley N° 19.968, que establece los Tribunales de Familia, así como diversos instrumentos internacionales ratificados por Chile.

2.3.3 Reglas de atribución.

Habiendo realizado una aproximación al contenido del derecho-función de cuidado personal y al marco normativo en el que se encuadra, queda por determinar a quien corresponde su ejercicio, y quien toma la decisión relativa a su atribución.

De acuerdo a lo dispuesto en los artículos 224 y 225 del Código Civil, dado que la crianza y educación de los hijos compete a ambos padres, en caso de que ellos vivan juntos, tocará a ellos conjuntamente el cuidado personal de sus hijos. Ahora bien, en caso de que los padres se encuentren separados, corresponderá a la madre el cuidado personal de sus hijos. Es posible criticar la técnica legislativa utilizada en estas disposiciones, ya que permite que se generen confusiones interpretativas en cuanto a determinar cuál es la regla general en materia de cuidado personal, y se ha señalado que, quizás, la regla general del artículo 224 debió haber sido prevista en el artículo siguiente. Sin embargo, el artículo 225 comienza ya poniéndose en el caso de ruptura o separación, dando por entendido que en caso de unión entre los padres, el cuidado personal corresponde a ambos.

Ahora, en caso que sólo uno de los progenitores viva, tocará a él el cuidado personal de los hijos. Si, en cambio, el hijo no ha sido reconocido por ninguno de sus padres, el juez determinará a quien corresponde su cuidado. Si, por el contrario, su filiación está determinada, pero el hijo ha sido reconocido sólo por uno de sus padres, a él corresponderá el ejercicio de éste derecho-deber. De este modo, la ley señala a quien pertenecerá el ejercicio del cuidado personal en estas distintas hipótesis, dejando que sea el tribunal quien realice esta atribución en el caso del hijo que no ha sido reconocido por ninguno de los padres. Las reglas aquí señaladas se extraen del artículo 224, el que, como hemos dicho, se ocupa del cuidado personal de la crianza y educación, pero que, dado su carácter genérico y el silencio del artículo siguiente, puede hacerse aplicable como regla general.

Sin embargo, también sería legítimo concluir que el hecho que el artículo 225 parta desde una situación de separación, responde justamente a que el cuidado personal de los hijos, así como el derecho y deber de mantener una relación directa y regular con ellos, son dos caras o dos roles que se generan a partir de la separación, por mantenerse respecto de ambos el deber de crianza y educación. Así, este deber genérico, si los padres están separados, se manifiesta para uno como el deber de cuidado personal, y para el otro, como el deber de mantener un régimen comunicacional con los hijos. Esta es la posición que se adopta en esta tesis.

Por último, hay que recordar que, si la filiación ha sido determinada judicialmente contra la oposición del padre o de la madre, de acuerdo a lo prevenido en el artículo 203 del Código

Civil, éstos quedan privados, en general, de todos los derechos que por el ministerio de la ley se le confieren respecto de la persona y bienes del hijo y de sus descendientes, en cuyo caso es el juez quien debe determinar quien ejerce el cuidado personal del niño.

Ahora bien, lo que está fuera de discusión es que si los padres se separan, la atribución del cuidado personal puede provenir de la ley, del juez o del acuerdo de voluntades de los padres. A esta situación nos referiremos a continuación.

2.3.3.1 Atribución legal.

El artículo 225 nos señala al respecto que, si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos, norma que debe entenderse sin perjuicio de las responsabilidades que le corresponden al padre por su calidad de tal.

Lo primero que llama la atención es que exista una atribución directa a uno de los padres, y no se haya privilegiado el acuerdo entre ellos, como ocurre en otras legislaciones, y como se propuso durante la tramitación del proyecto de ley de filiación. En efecto, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado "(...) fue del parecer que debe privilegiarse el acuerdo, el que debe constar por escrito y reunir las mismas formalidades que el acuerdo sobre la patria potestad. (...) A falta de acuerdo, sea porque no existe o porque no consta en la forma señalada, la madre tendrá el cuidado personal de los hijos menores."¹⁶⁴

Así, del primer informe de esa comisión salió aprobada la siguiente redacción:

"Artículo 218. Si los padres viven separados, el cuidado personal de los hijos menores se decidirá de común acuerdo mediante escritura pública o instrumento privado autorizado por notario público, que se subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo, dentro de los treinta días siguientes a su expedición.

Si no constare ese acuerdo, la madre tendrá el cuidado personal de los hijos menores. Lo tendrá el padre, cuando se trate de un hijo que solamente haya sido reconocido por él.

No obstante lo dispuesto en los incisos anteriores, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa grave, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres."¹⁶⁵

Sin embargo, en un segundo informe, se registra como fue acogida la indicación N° 121, de los HH. Senadores señora Feliú y señor Otero, y la indicación N° 122, de los HH. Senadores señores Díez y Larraín, para reemplazar el artículo y entregar en primer lugar a la madre el cuidado personal de los hijos menores de edad¹⁶⁶. Esa sería la opción que finalmente se plasmaría en el artículo 225 en comento.

Ahora bien, otro aspecto que merece evaluación, es justamente la opción que el legislador prefirió a la hora de definir a quien corresponde que la ley atribuya el ejercicio del

¹⁶⁴ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. (Boletín N° 1060-07). Págs. 59-60.

¹⁶⁵ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. (Boletín N° 1060-07). Págs. 147-148.

¹⁶⁶ Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. (Boletín N° 1060-07).

cuidado personal. A diferencia de fórmulas adoptadas por otras legislaciones¹⁶⁷, la nuestra decidió que la atribución legal debe hacerse a la madre.

Anteriormente, el Código Civil atribuía el cuidado personal, llamado en ese entonces, “tuición”, según el sexo del hijo. Así, distinguía entre las hijas y los hijos, correspondiendo al padre la de éstos al cumplir 5 años (art. 224 original) y a la madre la de las hijas. La Ley N° 5.680 elevó la edad a 10, y la Ley N° 10.271, a 14. Luego, la Ley N° 18.802 de 1989 eliminó tal distinción, y finalmente la Ley N° 19.585 estableció, sin distinguir entre sexos, que el cuidado personal corresponde a la madre, lo que puede modificarse por convención de los padres o resolución del juez.¹⁶⁸

Al respecto, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, fue de la opinión que, a falta de acuerdo, sea porque no existe o porque no consta en la forma señalada, la madre tiene el cuidado personal de los hijos menores. Consta, en efecto, lo siguiente: “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 lo asuma cuando los padres no viven juntos.”¹⁶⁹

En este sentido, hay quienes han divisado una posible inconstitucionalidad en esta disposición, por vulnerar el principio de igualdad y establecer una discriminación en contra del padre.¹⁷⁰ En efecto, puede sostenerse que viola el art. 19 N°2 de la Constitución Política de la República, y que infringe, además, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que en el artículo 16 letra d¹⁷¹, impone a los

¹⁶⁷ En España, el artículo 156.5 del Código Civil señala: “Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquél con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.” ESPAÑA. 2004. Código Civil

¹⁶⁸ Al respecto, el Código Civil argentino señala actualmente en el inciso 2^{do} del artículo 206, que “Los hijos menores de 5 años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. Los mayores de esa edad a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquél a quien el juez considere más idóneo. Los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos.” En España, la legislación ha evolucionado hacia una atribución que no distingue en razón de edad ni de sexos, sino que se centra en el interés superior de los hijos. Así, en 1981, el artículo 159 del Código Civil, referido a la facultad del juez para la determinación de la guarda de los hijos, contemplaba una atribución directa del cuidado de los hijos menores de siete años, a la madre, salvo que el juez por motivos especiales proveyere de otro modo. Posteriormente, la Ley N° 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, modificó el texto del artículo 159 del Código Civil, eliminando la atribución preferente a la madre. La disposición actual entrega al juez la decisión sobre el cuidado de los hijos, sin supeditarla a la edad de estos; cuestión que debe resolverse atendiendo al interés de los hijos, tras oírlos si tienen suficiente juicio, y en todo caso, al mayor de doce años.

¹⁶⁹ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. (Boletín 1060-07).

¹⁷⁰ Por ejemplo, BARROS, E. 1999. Notas históricas y comparadas sobre el nuevo ordenamiento legal de la filiación. En: El Nuevo estatuto filiativo en el Código Civil chileno. Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, pág 47. Asimismo, SCHMIDT, C. 2001. Relaciones filiales personales y patrimoniales. En: SCHMIDT, C Y VELOSO, P. 2001. La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia. Ambos autores son citados por LATHROP GOMEZ, F. 2005. Cuidado personal de los hijos. Santiago, Editorial Puntotext. Págs. 13 y 14, autora que también comparte dicha crítica.

¹⁷¹ Art 16.1 “Los Estados Parte 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: (...) 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”.

Estados la obligación de adoptar todas las medidas tendientes a asegurar en condiciones de igualdad, los mismos derechos y deberes como progenitores a hombre y mujeres, considerando en forma primordial el interés superior de los hijos.

Por el contrario, un sector de la doctrina estima más conveniente entregar a la madre el cuidado de los hijos de corta edad, aduciendo razones de mejor aptitud de aquella en comparación con el padre e incluso de mejor interés para el niño. En ese sentido, Abeliuk señala: “Lógicamente, y por obra de la naturaleza, los hijos deben estar al lado de la madre. Sólo situaciones de excepción justifican la alteración de esta regla (...)”¹⁷²

Esta posición encuentra también su fundamento en el derecho internacional, a través del Protocolo de San Salvador, que establece, en el artículo 16 que “(...) salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre (...)”¹⁷³

Ahora bien, ¿cuál es ese criterio que determina que en forma lógica sea la madre la naturalmente apta para ejercer el cuidado personal de sus hijos? La verdad es que si esta norma se revisa en conjunto con aquella que atribuye la patria potestad al padre¹⁷⁴, podría desprenderse de inmediato que el legislador concibe dentro de la familia, roles a desempeñar en especial por cada progenitor: la madre, destinada naturalmente al cuidado de los hijos, y el padre, destinado naturalmente a la gestión y administración de los bienes de la familia.

Sin embargo, el anterior criterio parece dejar de responder a la realidad actual. Hoy en día la mujer es muchas veces el sujeto proveedor en el hogar y, por otra parte, el hombre ha debido con mayor frecuencia asumir responsabilidades en las tareas cotidianas de atención y cuidado de los hijos, todo lo cual lleva a concluir que la igualdad de roles no es sólo una aspiración jurídica sino que es cada vez más una necesidad fáctica¹⁷⁵.

En Argentina, María Justina Boeri, Paula V. Fredes y Ana C. Scoccia explican los fundamentos del artículo 206 de su Código Civil, y señalan que “En un principio, se utilizó para la atribución de la guarda del menor la “doctrina de los tiernos años”, por el cual

¹⁷² ABELIUK, R. 2005. La Filiación y sus efectos. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Pág. 329.

¹⁷³ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador). Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en vigor internacional desde el 16 de noviembre de 1999. Hasta la fecha no ha sido ratificado por Chile.

¹⁷⁴ El artículo 244 del Código Civil dispone al efecto: “La patria potestad será ejercida por el padre o la madre o ambos conjuntamente, según convengan en acuerdo suscrito por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, que se subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento. A falta de acuerdo, al padre toca el ejercicio de la patria potestad. En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, a petición de uno de los padres, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad al padre o madre que carecía de él, o radicarlo en uno solo de los padres, si la ejercieren conjuntamente. Ejecutoriada la resolución, se subinscribirá dentro del mismo plazo señalado en el inciso primero. En defecto del padre o madre que tuviere la patria potestad, los derechos y deberes corresponderán al otro de los padres.”

¹⁷⁵ En el mismo sentido, Mariana Romano, opina: “(...) No creemos que los padres resignen la tenencia por no poder o no saber hacerse cargo de los menores. Tal vez, tal concepto deviene de tiempos pasados, en los cuales los hombres dejaban a exclusivo cargo de las mujeres la crianza de los niños. Hoy en día, el rol del hombre también ha cambiado. Así como la mujer trabaja, además, fuera de su hogar —“*porque dentro lo han hecho siempre*”—, al decir de Elizabeth Jelin, desarrollando diversas labores o ejerciendo profesiones liberales, los padres participan mucho más activamente en el crecimiento de los hijos, tanto en su aspecto físico (como por ejemplo en la higiene, alimentación y vestimenta), como emocional.” ROMANO, M. Tenencia y Régimen de Visitas: Una primera aproximación. Pág 77. En: CÚNEO, D y HERNÁNDEZ, C (Directores). Tenencia de hijos menores y régimen de visitas. 1^{era} Edición. Argentina. Editorial Juris.

se otorgaba incondicionalmente la guarda de los niños menores a la madre, siendo esta doctrina abandonada y reemplazada por la de “lo mejor en interés del niño”, que no presupone diferencias de sexo, objetadas como discriminatorias. Es el auge y la aceptación general de los regímenes de tenencia o custodia compartida.”¹⁷⁶

A diferencia del derecho comparado, en que cada vez son más las sentencias que entregan al padre el cuidado personal de los hijos, nuestra jurisprudencia raramente estima que es el padre quien debe asumir el cuidado personal. El punto, en todo caso, es determinar cuáles son las opciones que los sentenciadores tienen al momento de decidir a cuál de los padres se otorga el cuidado personal: si es un ámbito en el cual existe libertad sólo guiada por el interés superior del hijo, o si la ley efectivamente los amarra, no pudiendo otorgar el cuidado personal al padre sino en casos excepcionalísimos.

La Corte de Apelaciones de Santiago, el 16 de septiembre de 2005, se inclinó por la última opción, al señalar: “... la regla legal del artículo 225 del Código Civil, otorga preferencia a la madre para el cuidado personal de los hijos, el cual cede, sólo frente a las inhabilidades que fijó el legislador. Y dejará de ser preferente, en aquellas específicas situaciones a favor del menor, buscando siempre la mejor alternativa para él y dejarlo bajo el cuidado de quienes a la luz de las pruebas y antecedentes, reúne las mejores condiciones integrales de vida.”¹⁷⁷

Es necesario destacar que el artículo 225 rige para todas las hipótesis que puedan darse respecto a padres separados. Es decir, se aplica tanto a aquellos que estuvieron unidos por vínculo matrimonial, como a aquellos que convivieron o bien nunca mantuvieron una relación estable. Por lo tanto, la causa de separación no es relevante para efectos de la atribución, a diferencia de lo que sucedía antes de la dictación de la Ley N° 19.585, en que se señalaba que “la circunstancia de haber sido el adulterio de la madre lo que ha dado lugar al divorcio, debe ser considerado como un antecedente de importancia para resolver sobre su inhabilidad. Lo mismo se aplica al padre.”¹⁷⁸

¹⁷⁶ BOERI, M, FREDES, P Y SCOCCIA, A. El abuso de poder en el ejercicio de la patria potestad. Pág. 38. En: CÚNEO, D y HERNÁNDEZ, C (Directores). Tenencia de hijos menores y régimen de visitas. 1^{era} Edición. Argentina. Editorial Juris.

¹⁷⁷ Leyes y Sentencias, N° 1, 1^{ero} a 16 de octubre de 2005. Pág. 59. Citada por LATHROP GOMEZ, F. en: Cuidado personal de los hijos. Santiago, Editorial Puntotex. Pág. 12.

¹⁷⁸ Ahora bien, no obstante tratarse de una situación distinta a la expuesta, en cierta forma la hipótesis a que hace mención el artículo 228 del Código Civil, se refiere a la atribución del ejercicio del cuidado personal. En efecto, dicho artículo establece que “la persona casada a quien corresponda el cuidado personal de un hijo que no ha nacido en el matrimonio, sólo podrá tenerlo en el hogar común con el consentimiento de su cónyuge.” Al respecto, Juan Andrés Orrego comenta: “Lo anterior es, en principio, razonable, pues violentaría al otro cónyuge, que carece de vínculo consanguíneo con el hijo, el que se le impusiere aceptarlo en el hogar común”(ORREGO ACUÑA, J. A. 2007. Temas de Derecho de Familia. Santiago, Editorial Metropolitana. Pág. 91) Por su parte, Leonor Etcheberry señala que “En la norma en comento, claramente quien está decidiendo que el niño debe ser separado de sus padres, es el cónyuge del padre o madre del menor, quien amparado en esta norma puede en forma omnipotente, oponerse a que el hijo viva junto a uno de sus padres. Por lo tanto, esta norma hace que el Estado que debe velar para que el niño no sea separado de sus padres, le da una herramienta a un tercero, que si bien no es ajeno a la situación, sí es ajeno al menor, de decidir con quién éste no puede vivir.” (ETCHEBERRY, L. 1999. Los Derechos y Obligaciones entre padres e hijos y la patria potestad. En: SERNAM Y FUNDACIÓN FACULTAD DE DERECHO, U. CHILE. 1999. El nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al derecho sucesorio, a la luz de las normas y principios de la Ley N° 19.585. Santiago, Fundación Facultad de Derecho, U. Chile. Pág. 107.) Ahora bien, antes de la Ley N° 19.585, el artículo 278 inciso 2° del Código Civil establecía que: “... la persona casada no podrá tener a un hijo natural en su casa sin el consentimiento de su marido o mujer.” Es decir, la norma anterior se refería a los hijos naturales, en cambio la de ahora incluye tanto a hijos de filiación matrimonial como no matrimonial. Al respecto, Carlos Álvarez Cid señala: “Ciertamente aplica el principio que tiende a igualar la situación de los hijos, pero a nuestro juicio, iguala para abajo, esto es, origina

2.3.3.2 Atribución convencional:

No obstante la regla del artículo 225, que atribuye directamente el cuidado personal a la madre, es posible que por acuerdo de ambos padres, sea el padre a quien corresponda el ejercicio de este derecho-función.

En efecto, el inciso segundo del artículo citado señala que 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 treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre, acuerdo que será revocable si se cumplen las mismas solemnidades.

De igual modo, este acuerdo puede revestir la forma de una transacción aprobada judicialmente, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 22 letra c de la Ley de Matrimonio Civil, debiendo observarse la formalidad de subinscripción señalada en el art. 225 del Código Civil tanto para hacerla oponible frente a terceros, como para producir, por otra parte, la fecha cierta del cese de convivencia, a los efectos de la solicitud de divorcio. Sin embargo, anteriormente, la jurisprudencia había declarado la nulidad de este pacto y la irrenunciabilidad del derecho de la madre a la tuición que la ley le otorgaba.¹⁷⁹

2.3.3.2.1 Cuidado personal compartido o custodia alternada o sucesiva.

Este es un sistema que ha sido adoptado en otras legislaciones, que tuvo su origen en el derecho anglosajón, y que consiste en que el hijo convive con cada uno de los progenitores durante determinados períodos, que se alternan o suceden entre ellos, entendiéndose así que, en cada uno de dichos lapsos, uno de los padres ejerce el cuidado personal, y el otro mantiene un régimen comunicacional con el hijo.

Esta modalidad ha sido principalmente impulsada por asociaciones de padres separados, que reclaman del Estado un reconocimiento a su derecho a participar, en igualdad de condiciones con la madre, en el desarrollo diario de sus hijos.

un desmejoramiento de la situación de los hijos, lo cual va en directa contradicción con el espíritu de la ley”(CID, C. 1999. Derechos y Obligaciones entre padres e hijos, en particular de la autoridad paterna. En: Modificaciones al Código Civil en materia de Filiación y Sucesión por causa de muerte. Universidad de Concepción. Págs 91 y 92. Citado por ETCHEBERRY, L. 1999. Los Derechos y Obligaciones entre padres e hijos y la patria potestad. En: SERNAM Y FUNDACIÓN FACULTAD DE DERECHO, U. CHILE. 1999. El nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al derecho sucesorio, a la luz de las normas y principios de la Ley N° 19.585. Santiago, Fundación Facultad de Derecho, U. Chile. Pág. 106 y 107.) Por todo lo expuesto podríamos afirmar que el artículo 228 del Código Civil ignora por completo los criterios enunciados en los tratados internacionales mencionados y en la misma legislación civil, y se trataría de una norma inconstitucional a la luz del artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República. Esta reforma al artículo, con ocasión de la formulación de la Ley N° 19.585 nos hace tener presente dos cuestiones: Primero, que este artículo no es un resabio olvidado de la redacción original del Código de Bello, que ha llegado hasta nuestros días por simple descuido del legislador; y, segundo, que una vez revisado y discutido, con ocasión de la tramitación de la nueva ley de filiación, se resolvió darle la redacción actual incorporando una norma que desde cualquier punto de vista violenta el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes. En efecto, hay que tener presente que esta norma no proviene del proyecto originario; sino que fue introducida por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Según da cuenta el Informe de dicha comisión de 20 de noviembre de 1996, los H.H. senadores Hamilton, Larraín y Sule, aprobaron por unanimidad la incorporación de una norma similar a la entonces vigente, referida a los hijos de filiación no matrimonial. Finalmente, la redacción actual del artículo 228 del Código Civil, consta en el Informe complementario de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 22 de julio de 1997, extendiendo la hipótesis al hijo de filiación matrimonial proveniente de un matrimonio anterior.

¹⁷⁹ Así lo explica Fabiola Lathrop al citar un fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 1956, y un fallo de la Corte Suprema de 1983. E n: LATHROP, F. 2005. Cuidado personal de los hijos. Santiago, Editorial Puntotex. Pág. 16.

Así, en Chile, la Corporación Padres por la Igualdad Parental, ha elaborado un anteproyecto de tuición compartida, el que propone que la tuición y la patria potestad sean ejercidas por padre y madre en forma conjunta y simultánea, definiendo entre ambos los períodos de alternancia. En efecto, proponen, en el artículo 7 del referido anteproyecto, lo siguiente: “El ejercicio coparental en el régimen de tuición compartida debe ser acordado y determinado por ambos progenitores, considerando una alternancia de tiempo adecuada, de modo que permita concretar las relaciones personales del niño con ambas figuras parentales, y con el fin de que los padres puedan ejercer responsablemente la coparentalidad”¹⁸⁰

En cuanto a las ventajas que un sistema de custodia alternada o sucesiva puede aportar¹⁸¹, Fabiola Lathrop señala las siguientes: Es el sistema que más se apega a los principios de igualdad entre los progenitores y de corresponsabilidad parental; permite una visión de conjunto en cuanto a la educación y desarrollo del niño, sin que padre y madre se sientan ganadores ni perdedores en el ejercicio del cuidado del hijo; es el método que más se asimila al ejercicio compartido desarrollado con anterioridad a la crisis matrimonial; aminora el “divorcio” entre hijo y padre o madre no custodio, y el sentimiento de “luto” que produce el alejamiento del progenitor no guardador; la custodia sucesiva puede enriquecer el mundo social, afectivo y familiar del hijo; elimina la calidad de deudor de la pensión alimenticia; e incentiva y fortalece la comprensión mutua entre padre y madre. Como desventaja, señala la inestabilidad que la custodia sucesiva provoca en todos los aspectos de la vida del hijo, inestabilidad que contraviene su interés superior¹⁸².

En cuanto a la viabilidad del cuidado personal compartido en Chile, la autora citada señala que si bien hay quienes sostienen que la interpretación literal de las normas referidas a esta materia no permiten, no sólo el acogimiento judicial de esta modalidad sino que, ni siquiera una convención que atribuya el cuidado personal en forma alternada, una interpretación lógica, sistemática y teleológica de la ley conduce a la conclusión contraria. En efecto, argumenta a favor de esta posibilidad basándose en la fuerza que ha adquirido la autonomía de la voluntad en materia de familia, lo que se refleja tanto en la Ley de Matrimonio Civil como en la Ley de Tribunales de Familia. Así, “la penetración de la autonomía de la voluntad en los supuestos de ruptura matrimonial, plasmada en los acuerdos reguladores, parte del supuesto básico de que los cónyuges son quienes mejor pueden establecer sus condiciones de vida posteriores (...) No nos parece contra ley, decidir que el cuidado personal del hijo sea sucesivo, si ello redundará clara y directamente en el interés superior y desarrollo integral de éste.”¹⁸³

2.3.3.3 Atribución judicial

Además de la ley y de la voluntad de ambos padres, es posible que sea el juez quien decida en determinadas ocasiones a quién corresponderá el cuidado personal de el o los hijos.

Estas hipótesis son las siguientes:

¹⁸⁰ PADRES POR LA IGUALDAD PARENTAL. [en línea] En:<<http://www.geocities.com/papahijo2000/menu.htm>>

¹⁸¹ Cabe destacar también, lo señalado por la profesora Maricruz Gómez de la Torre, a saber: “Con la tuición compartida se cumple el derecho del niño a mantener una relación parental con ambos padres, sin perjuicio de la responsabilidad de ambos en la crianza, formación y educación, aun cuando estén separados o divorciados”. En: GÓMEZ DE LA TORRE, M. 2007. El Sistema Filiativo Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Pág 147.

¹⁸² LATHROP, F. 2005. Cuidado personal de los hijos. Santiago, Editorial Puntotex. Pág. 87 y siguientes.

¹⁸³ LATHROP, F. 2005. Cuidado personal de los hijos. Santiago, Editorial Puntotex. Pág. 87 y siguientes.

Si el hijo no ha sido reconocido por ninguno de sus padres (art. 224 inciso 2°).

Si los padres viven separados, y el interés del hijo lo hace indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada. En este caso, el juez deberá entregar el cuidado personal al otro padre (o madre), con una limitante: no puede atribuir el cuidado personal del hijo a quien no ha contribuido a la manutención del hijo mientras estuvo al cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo. Todo esto según el inciso 3° del artículo 225 del Código Civil.

En caso de inhabilidad física o moral de ambos padres. Aquí el juez podrá otorgar el cuidado personal a un tercero, preferentemente a los consanguíneos más próximos, y sobre todo, a los ascendientes. Para efectos de determinar qué se entiende por inhabilidad física o moral, el artículo 42 de la Ley N° 16.618 complementa el art. 226 del Código Civil y realiza una enumeración no taxativa de casos, que serán analizados en el capítulo siguiente.

En caso de realizarse un procedimiento judicial para efectos de separación o divorcio, el juez debe dar su aprobación al acuerdo regulador presentado por los padres y, a falta de acuerdo, deberá ser quien resuelva la materia.

Resulta importante señalar que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 227 del Código Civil y en distintas convenciones internacionales, el hijo o hija tiene derecho a ser oído en el procedimiento judicial. Como explica Lathrop, "(...) el juez deberá indagar entre los motivos que los cónyuges invocan, corroborar la ausencia de presiones que condicionen lo acordado, comprobar que la atribución convenida coincide con el interés del hijo, si éste ha sido realmente el protagonista de la decisión, si se ha tenido en cuenta o si ha sido nada más que un elemento de transacción dentro de las concesiones que se han efectuado (...). Para ello, ya sea a falta de acuerdo, o de homologación del convenio presentado, el juez deberá dar audiencia a el o los hijos, cuando estime que cuentan con suficiente juicio. Deberá decidir sobre su cuidado habiéndoles escuchado directamente y, si es necesario, con la colaboración de los especialistas cuyo dictamen evalúe necesario"¹⁸⁴. Por otra parte, Boeri, Fredes y Scozia señalan: "Nuestra doctrina y jurisprudencia mayoritaria sostiene que hacer eco ciego a la opinión de los menores, equivaldría a omitir una de las funciones más importantes de la paternidad, como es la de suplir la inmadurez de los menores, que les lleva a preferir cosas que suelen resultar en muchas oportunidades contrarias a sus propios intereses y, en tal caso, tanto los padres como luego el juez dejarían de cumplir su función contrariando toda lógica si la conducta a seguir fuera impuesta finalmente por menores"¹⁸⁵. Por ello consideran que "(...) la opinión de los hijos menores en dicha determinación no debe elevarse a la categoría de factor excluyente, sino que debe confrontarse con los demás elementos del juicio concurrentes. Dicha opinión es válidamente invocable para fundar la respectiva decisión cuando los menores hayan alcanzado edades y un desarrollo intelectual, afectivo y cognoscitivo que pueda habilitarlos para discernir no sólo desde una preferencia meramente afectiva"¹⁸⁶.

Ahora bien, luego de enunciadas las distintas situaciones en las cuales procede la intervención judicial, podemos concluir claramente que el juez no tiene una facultad amplia de cambiar la atribución legal de cuidado personal de la madre al padre, sino que ésta se encuentra restringida a determinadas situaciones, señaladas en el artículo 225 del Código

¹⁸⁴ LATHROP, F. 2005. Cuidado personal de los hijos. Santiago, Editorial Puntotex. Pág. 21.

¹⁸⁵ BOERI, M, FREDES, P Y SCOCCIA, A. El abuso de poder en el ejercicio de la patria potestad. Pág.55. En: CÚNEO, D y HERNÁNDEZ, C (Directores). Tenencia de hijos menores y régimen de visitas. 1^{era} Edición. Argentina. Editorial Juris.

¹⁸⁶ BOERI, M, FREDES, P Y SCOCCIA, A. El abuso de poder en el ejercicio de la patria potestad. Pág. 53. En: CÚNEO, D y HERNÁNDEZ, C (Directores). Tenencia de hijos menores y régimen de visitas. 1^{era} Edición. Argentina. Editorial Juris.

Civil, las que en los términos utilizados por dicha norma son –y para el caso que el interés del hijo lo haga indispensable- el “maltrato, el descuido, y toda causa calificada.”

De aún más difícil procedencia es la posibilidad de despojar a ambos padres del cuidado personal, y atribuirlo a una tercera persona, lo que según el artículo 226 sólo ocurrirá en casos de inhabilidad física o moral de ambos padres, los que se contemplan en el artículo 42 de la Ley N° 16.618.

En el anterior sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos opinó que “(...) debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.”¹⁸⁷

Precisadas las reglas anteriores, nos concentraremos en lo sucesivo en las razones que permiten el cambio en la atribución del cuidado personal de los hijos de un progenitor al otro.

En tal sentido, podemos encontrar en la historia de la Ley N° 19.585, en el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado¹⁸⁸, lo siguiente: “Como última regla en esta materia, la Comisión decidió contemplar la posibilidad de revisión judicial del acuerdo de los padres o de la radicación en la madre del cuidado personal. Discrepó, sin embargo, de la facultad que le concede el proyecto de decidir de otro modo por motivos convenientes para los hijos, teniendo especialmente en vista lo dispuesto en el artículo 9° de la Convención de los Derechos del Niño, que establece el derecho del niño a no ser separado de sus padres. La facultad del tribunal para alterar el cuidado personal del hijo quedó circunscrita, por consiguiente, a que el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa grave, y simplemente habilita al juez para entregar su cuidado personal al otro de los padres.”¹⁸⁹

Por otra parte, en el fallo de la Cuarta Sala de la Corte Suprema que se pronunció sobre el Recurso de Queja interpuesto por Jaime López Allende, se acordó quitar a Karen Atala Rifo el cuidado personal de sus tres hijas, pero con el voto en contra de los Ministros José Benquis C. y Orlando Álvarez H., quienes, respecto al punto en comento, dejaron constancia de lo siguiente: “Por consiguiente, el juez no puede variar la norma general de la radicación del cuidado de los hijos, por arbitrio o con fundamentos faltos de justificación, livianos o ambiguos, sino únicamente cuando un examen restrictivo de la normativa legal y de los antecedentes acompañados demuestre un “indispensable” interés del niño.”¹⁹⁰

La constatación realizada por los referidos ministros respecto a la radicación legal del cuidado personal en la madre, ha sido criticada, por consagrarse así un derecho de la madre a la tuición de los hijos, por sobre un derecho de los hijos a que se considere su interés

¹⁸⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-17/2002. O'DONNELL, D, 2007. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Santiago, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Pág. 815.

¹⁸⁸ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación.(Boletín 1060-07).

¹⁸⁹ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. (Boletín N° 1060-07).

¹⁹⁰ Número 6 del voto disidente, 2° párrafo. 2004. Sentencia recaída en el Recurso de Queja interpuesto por Jaime López Allende en contra de ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco y su Fiscal Judicial. Anuario de Derechos Humanos. Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. [en línea] <[http://www.anuariodch.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3__CHILE%20\(1\).pdf](http://www.anuariodch.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3__CHILE%20(1).pdf)>[consulta: 25 octubre 2007].

superior como factor determinante al momento de evaluar quien debiese estar a cargo de su cuidado personal. Así, si bien se proclama el principio del interés superior del niño, el cambio en la atribución del cuidado personal se encuentra aún ligado a una conducta reprochable de la madre, que haga estrictamente necesario el cambio de dicha atribución.

En Argentina, de acuerdo al artículo 206 del Código Civil, en caso de separación de los cónyuges, los hijos menores de 5 años quedan a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. Pero respecto de los que superan tal edad, a falta de acuerdo entre los cónyuges, los niños quedan a cargo de quien el juez estime más idóneo. De este modo, la atribución legal a la madre es limitada sólo hasta corta edad, imponiéndose como criterio para que ella sea modificada sólo la afectación del interés superior del niño¹⁹¹. En cambio, si el hijo o hija es mayor de 5 años, será el acuerdo de los padres el que resolverá a quien corresponde su cuidado personal. Sólo a falta de dicho acuerdo interviene el órgano jurisdiccional, quien debe evaluar la idoneidad de los dos padres, en relación a lo que sea más conveniente para resguardar el interés superior del niño, encontrándose ambos en igualdad de condiciones, sin un derecho preferente establecido a favor de alguno de ellos y reconociéndose así la capacidad de ambos padres para ejercer en determinados casos, la “tenencia unilateral” de sus hijos.¹⁹²

Respecto a esta evaluación de “idoneidad” de los padres, las autoras Boeri, Fredes y Scoccia sostienen que debe hacerse “un minucioso balance de las características de cada uno de ellos en relación con las necesidades básicas del menor, teniendo en consideración no sólo las características de aquel de los padres al cual se le otorga, sino también del padre a quien no se le otorga. “No se trata de buscar al padre ideal” en forma abstracta sino de evaluar en cada caso particular las virtudes y falencias de cada uno. (...)”¹⁹³ Explican, además, que un criterio judicial bastante utilizado corresponde a mantener la situación actual (dar la tenencia al padre que hasta el momento de la sentencia venía ejerciéndola) mientras no existan razones de importancia que justifiquen un cambio.¹⁹⁴

En definitiva, no obstante que en nuestro Derecho resulte criticable el criterio impuesto por el legislador, que asume estereotipos y asigna roles, subsumiendo el interés superior del niño en ellos, no podemos desconocer que hoy, para que el juez pueda modificar la atribución que la ley efectúa a la madre del cuidado personal de sus hijos, es necesario que se acredite maltrato, descuido o una causa calificada que ponga en tal riesgo el interés superior del niño, niña o adolescente, que haga indispensable la referida modificación. Esta

¹⁹¹ Darío Cúneo señala, al respecto, que: “Para juzgar la idoneidad del progenitor al cual debe otorgarse la tenencia de sus hijos menores de edad, debe tenerse especialmente en cuenta el interés superior de aquellos, exigencia que viene impuesta por el artículo 3° de la Convención sobre Derechos del Niño, de jerarquía constitucional a tenor de lo normado por el art.22 de la Constitución Nacional.” CÚNEO, D. 2007. Regímenes de tenencia de hijos y derecho a una adecuada comunicación. Pág 11. En: CÚNEO, D y HERNÁNDEZ, C (Directores). Tenencia de hijos menores y régimen de visitas. 1^{era} Edición. Argentina. Editorial Juris.

¹⁹² CÚNEO, D. señala que han de tomarse en cuenta “ (...)las posibilidades reales de cada uno de ellos para, en forma sostenida y de acuerdo con las circunstancias de tiempo, persona y lugar al momento de fallar, facilitar una adecuada y mejor comunicación de los hijos con quien resulte no tenerlos”. CÚNEO, D. 2007. Regímenes de tenencia de hijos y derecho a una adecuada comunicación. Pág 11. En: CÚNEO, D y HERNÁNDEZ, C (Directores). Tenencia de hijos menores y régimen de visitas. 1^{era} Edición. Argentina. Editorial Juris.

¹⁹³ BOERI, M, FREDDES, P Y SCOCCIA, A. El abuso de poder en el ejercicio de la patria potestad. En: CÚNEO, D y HERNÁNDEZ, C (Directores). Tenencia de hijos menores y régimen de visitas. 1^{era} Edición. Argentina. Editorial Juris. Pág. 39.

¹⁹⁴ BOERI, M, FREDDES, P Y SCOCCIA, A. El abuso de poder en el ejercicio de la patria potestad. En: CÚNEO, D y HERNÁNDEZ, C (Directores). Tenencia de hijos menores y régimen de visitas. 1^{era} Edición. Argentina. Editorial Juris. Pág. 39.

temática es justamente la que abordaremos en el capítulo siguiente, de modo de tener los elementos necesarios para emitir un pronunciamiento jurídico fundado en torno a la orientación sexual como criterio relevante en la atribución del cuidado personal.

2.3.3.3.1 Modificación de la atribución del cuidado personal.

Si bien en un momento en que se discute judicialmente el cuidado personal del o los hijos puede resultar más apropiado, en opinión del juez, atribuírselo a uno de los padres, es posible que con posterioridad varíen las circunstancias, y el interés superior de los hijos haga necesaria una modificación en la radicación del cuidado personal de ellos. Así, puede finalmente atribuírselo al otro padre o quizás a un tercero. Por ello, el artículo 242 del Código Civil señala que “las resoluciones del juez bajo los respectos indicados en las reglas anteriores se revocarán por la cesación de la causa que haya dado motivo a ellas, y podrán también modificarse o revocarse, en todo caso y tiempo, si sobreviene motivo justo, y se cumple con los requisitos legales. En todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.”

De ese modo, tanto la atribución legal del cuidado personal, como la judicial, pueden ser revocadas. En el primer caso, si sobreviene motivo justo, y se cumple con los requisitos legales, en el segundo, además, por cesar la causa que dio motivo a ella. En ambas ocasiones, el juez deberá considerar el interés superior del hijo y respetar su derecho a ser oído dentro del proceso. En el caso de atribución convencional, ésta podrá revocarse también, cumpliendo las mismas solemnidades observadas para su otorgamiento.

En consecuencia, para resolver respecto a una eventual modificación en la atribución del cuidado personal, el juez deberá ponderar los hechos que constituyan el aludido justo motivo o aquellos que hicieron cesar la causa que dio lugar a dicha atribución.

Si analizamos las normas dadas por nuestra legislación para regular el cuidado personal, podemos ver que no existen causales específicas que hagan plausible una modificación por parte del juez. Sólo se habla de motivo justo, de cese de la causa por la cual se tomó la decisión original, como podría ser una causa de inhabilidad física o moral, y de interés superior del niño. Esos son los tres criterios que deben orientar la decisión del juez. Por lo tanto, la gravedad de las razones que hagan razonable un cambio en la radicación de la atribución dice relación con la misma gravedad de las razones por las cuales no debe respetarse la atribución legal de la madre, o del padre en el caso que lo hayan acordado, es decir, volvemos a la expresión “causa calificada” del artículo 225.

CAPÍTULO 3: ORIENTACIÓN SEXUAL DE LOS PROGENITORES Y ATRIBUCIÓN DEL CUIDADO PERSONAL.

3.1 Consideraciones Generales

La crianza y educación de los niños es, en una sociedad democrática, una responsabilidad que corresponde tanto al padre como a la madre. En efecto, no importando el rol que cada uno de ellos juegue en caso de separación, a ambos concierne velar por el interés superior de sus hijos.

Ahora bien, como revisáramos anteriormente, en cuanto a la autoridad parental son muchos los avances legislativos que se siguen esperando, ya que su regulación no se ajusta a los estándares que impone un Estado Democrático de Derecho, encontrándose distintos prejuicios o estereotipos institucionalizados en el espectro normativo.

El objetivo de este capítulo, será precisar las razones que en nuestra legislación permiten un cambio en la atribución del cuidado personal, de modo de poder evaluar si, en dichos fundamentos, se encuentra o no la orientación sexual homosexual de alguno de los padres.

De acuerdo a las conclusiones a que se arribara anteriormente, podemos señalar que el cuidado personal atribuido a la madre puede ser judicialmente modificado en razón del principio del interés superior del niño, cuando éste se vea afectado de tal manera que sea indispensable otorgarle el cuidado personal al otro padre, o incluso a un tercero, en el caso del artículo 226 del Código Civil en relación con el artículo 42 de la Ley de Menores, por haberse comprobado maltrato, descuido u otra “causa calificada”. Ahora bien, el argumento que generalmente se utiliza para no confiar en los cuidados que pueda proporcionar un padre o madre homosexual a sus hijos es justamente que su orientación sexual es una causa calificada que atenta contra el interés superior de ellos. Así sucedió en el caso de la jueza Karen Atala Riffo, quien convive desde el año 2003 con su pareja homosexual, y quien tras un largo proceso judicial, perdió el cuidado personal de sus tres hijas menores de edad. En primera instancia, la sentencia del Juzgado de Letras de Villarrica no acogió la demanda de tuición interpuesta por el padre de las niñas, Jaime López Allende, ya que llegó a la convicción que no existía ninguna causa legal que inhabilitase a la madre para tener el cuidado regular de sus hijas, pronunciándose respecto a la convivencia homosexual de Atala, y señalando que el concepto de familia “(...) es lo suficientemente amplio para comprender en él las distintas realidades que se dan en nuestra sociedad, teniendo siempre presente que el concepto de familia se encuentra en constante evolución y que es esencialmente relativo ya que variará según la época y el lugar que sea factor de análisis. Que en consecuencia, al tenor de lo expuesto, se estima que no es posible descartar a priori que uniones de hecho, diversas a las originadas en el matrimonio, puedan constituir un

grupo familiar.¹⁹⁵ En tanto, la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó el fallo de primera instancia, reproduciendo su parte resolutive, los considerandos y citas legales. Sin embargo, la decisión de ambos tribunales sería revocada a través de un Recurso de Queja que el padre interpusiera ante la Corte Suprema, y que fuese acogido en mayo de 2004, invalidando las sentencias anteriores, y concediendo al padre la tuición de sus tres hijas de 4, 5 y 9 años de edad, por considerar que la convivencia homosexual de la madre constituía ampliamente una causa calificada que, a la luz del artículo 225 del Código Civil, autoriza al juez a entregar el cuidado personal de los hijos al padre, en lugar de la madre¹⁹⁶. Con posterioridad al pronunciamiento de la Corte Suprema, Karen Atala presentó una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en contra del Estado de Chile¹⁹⁷. Por la relevancia que este caso ha adquirido en el debate jurídico nacional, será analizado en lo sucesivo en esta tesis, y considerado como punto de referencia en las materias que a continuación se desarrollan.

3.2 Principio del interés superior del niño.

3.2.1 Marco Conceptual

Como se explicara precedentemente, para que la madre pueda dejar de tener el cuidado personal de sus hijos, debe existir una razón como el maltrato, descuido u otra causa calificada, de tal envergadura, que el traspaso de la atribución del cuidado personal de la madre al padre o excepcionalmente a una tercera persona en el caso del artículo 226 del Código Civil en relación con el artículo 42 de la Ley N° 16.618, sea indispensable para el interés superior del hijo.

Pero, ¿qué es lo que debe entenderse por 'interés superior del hijo'? Para Fabiola Lathrop, se trata de "(...) un principio cuya definición se encuentra en desarrollo, o dicho de otro modo, forma parte de los denominados conceptos indeterminados, relativos o abstractos, que adquieren verdadera dimensión cuando son aplicados al caso concreto"¹⁹⁸

¹⁹⁵ JUZGADO DE LETRAS DE VILLARRICA. 2003. Considerando trigésimo, párrafo tercero, de sentencia pronunciada el 29 de octubre de 2003 por doña Viviana Cárdenas Beltrán. Anuario Centro Derechos Humanos Facultad de Derecho, Universidad de Chile [en línea] <[http://www.anuariodh.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3__CHILE%20\(1\).pdf](http://www.anuariodh.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3__CHILE%20(1).pdf)>[consulta: 25 octubre 2007].

¹⁹⁶ CUARTA SALA DE LA CORTE SUPREMA, 2004. Sentencia del 31 de mayo de 2004, recaída en el Recurso de Queja interpuesto por Jaime López Allende en contra de ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco y su Fiscal Judicial. Anuario Centro Derechos Humanos Facultad de Derecho, Universidad de Chile [en línea] <[http://www.anuariodh.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3__CHILE%20\(1\).pdf](http://www.anuariodh.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3__CHILE%20(1).pdf)>[consulta: 25 octubre 2007].

¹⁹⁷ La denuncia fue presentada argumentando que la decisión de la Corte Suprema habría infringido, entre otros, los derechos y garantías a la dignidad y el honor, a la privacidad familiar, y a la igualdad tanto respecto de la denunciante como de sus hijas. La denuncia fue acogida a tramitación, encontrándose actualmente pendiente de resolución. En UNDURRAGA, V. "Interés superior del niño/a y tuición de la madre o padre homosexual". Publicado en REVISTA DE DERECHOS DEL NIÑO, Números 3 y 4. 2006. Programa de Derechos del Niño del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales. Fondo de Naciones Unidas para la Infancia. Oficina de Chile.

¹⁹⁸ LATHROP, F. 2005. Cuidado personal de los hijos. Santiago, Editorial Puntotex. Pág. 33.

Sin embargo, y como explica Cillero Bruñol, el interés superior del niño exige ser analizado de acuerdo a las disposiciones consagradas en la Convención sobre los Derechos del Niño, y por lo tanto, no puede ser invocado para justificar situaciones en las cuales se vulneren los derechos garantizados por dicho instrumento internacional. Es decir, el carácter indeterminado del concepto de interés superior del niño no es excusa para realizar interpretaciones discrecionales, sino que impone la obligación de dotarlo del contenido que emana de la Convención. Como expresa este autor, "(...) cualquier análisis sobre la Convención no podrá dejar de hacerse cargo de esta noción, pero, a su vez, quien pretenda fundamentar una decisión o medida en el "interés superior del niño" deberá regirse por la interpretación que se desprende del conjunto de las disposiciones de la Convención".

199

Paulina Veloso, por su parte, señala que "Conceptualmente el interés superior del menor, mira al niño como titular de derechos autónomos, susceptibles, si fuere necesario, de ser ejercidos contra sus padres. El menor es un sujeto de derecho, distinto de los padres. Por ello, en consecuencia, se considera al menor, cuando está en condiciones de formarse un juicio, como sujeto de opiniones propias y se establece la necesidad de oírlo. En cambio, si aún no tiene juicio propio, los mayores no podrán adoptar cualquier resolución a su respecto; ya que se les considera una autonomía en desarrollo. (...) El asegurar el desarrollo de la personalidad, la autonomía, actual y futura, e identidad del menor, aparecen indisolublemente ligados a este criterio de la protección del interés superior del niño"²⁰⁰.

En tanto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a este principio, señalando que él implica que el desarrollo del niño "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 niño"²⁰¹. En la misma opinión consultiva emitida por dicho organismo, éste señaló: "Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos,

¹⁹⁹ Cillero señala, en efecto, lo siguiente: "Generalmente, se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico. Por esta razón, diversos autores han puesto de relieve que el carácter indeterminado de esta noción impide una interpretación uniforme y, en consecuencia, permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica. Existen quienes lamentan que la Convención la recogiera, porque amparados en "el interés superior" se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitaría la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra". CILLERO BRUÑOL, M. 1998 El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño. En: GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO Y BELOFF, MARY (Compiladores). Infancia, ley y democracia en América Latina. Santa Fe de Bogotá. Temis. De Palma. Pág. 3.

²⁰⁰ VELOSO, P. Principios recogidos en el nuevo estatuto filiativo. Pág. 24. En: SERNAM Y FUNDACIÓN FACULTAD DE DERECHO U. CHILE. 1999. El nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al derecho sucesorio, a la luz de las normas y principios de la Ley N° 19.585. Santiago, Fundación Facultad de Derecho, U. Chile.

²⁰¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-17/2002. Citada en O'DONNELL, D, 2007. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Santiago, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Pág. 814.

con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño.²⁰²

Ahora bien, buscando una definición de interés superior del niño, se atenderá en esta tesis al concepto dado por Cillero Bruñol, quien lo entiende como la plena satisfacción de los derechos de los niños²⁰³. Esta definición es además congruente con lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en distintos fallos, siendo uno de ellos el recaído en el caso de las niñas Yean y Bosico con República Dominicana, en el cual la Corte establece que “La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad.”²⁰⁴

3.2.2 Marco Normativo:

En el ordenamiento jurídico internacional este principio se consagra en la Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 3.1, que dispone: “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.”²⁰⁵

²⁰² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-17/2002. Citada en O'DONNELL, D, 2007. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Santiago, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Pág. 814.

²⁰³ CILLERO BRUÑOL, M. 1998 El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño. En: GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO Y BELOFF, MARY (Compiladores). Infancia, ley y democracia en América Latina. Santa Fe de Bogotá. Temis. De Palma. Pág. 9 y siguientes. El autor agrega que “(...) El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo “interés superior” pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo “declarado derecho”; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser “interés superior.” Asimismo, María Josefa Méndez Costa iguala el interés del niño con sus derechos subjetivos y expresa que “Media, por lo tanto, una coincidencia básica y definitoria: el interés superior del niño coincide con los derechos minoriles. Siempre que se encuentre en juego un derecho del niño, más aún si está expresado en la enunciación prácticamente exhaustiva de la Convención, cabe la certeza de que ese interés superior se halla comprometido.” MÉNDEZ COSTA, M. J. 2006. Los principios jurídicos en las relaciones de familia. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni. Pp 319 y 320.

²⁰⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2005. Sentencia dictada el 8 de septiembre de 2005 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Considerando 134. Pág. 59. En CORTE INTERAMERICANA de Derechos Humanos. [en línea]: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>> [consulta:28 diciembre de 2007].

²⁰⁵ En el mismo instrumento, se hace también mención al interés superior del niño a propósito de los niños privados de libertad, (art. 37 letra c); y de la separación de los niños de sus padres (artículo 9). Al respecto, Méndez Costa señala: “Sobre esta expresión “interés superior del niño” se vuelve insistentemente en la Convención, lo que es destacado por todos los autores que se detienen en el tema. En efecto, aparece como justificativo de la separación del niño de sus padres (art. 9, párr.1) y de que, en el supuesto de hallarse separado de uno o de ambos progenitores, no mantenga relaciones personales y contacto directo regulares con los dos (art. 9, párr. 3); es dispuesto como “preocupación fundamental” de los padres o de los representantes legales del niño en el cumplimiento de la responsabilidad primordial que les compete en la crianza y desarrollo de éste (art. 18, párr.1), como “consideración primordial” en materia de adopción (art.21), como una de las pautas del trato con el niño privado de su libertad que estará separado de los adultos salvo que ello se considere contrario a dicho interés (art. 37, c) y del proceso al niño que se alegue o acuse de haber infringido las leyes penales garantizándose la intervención del órgano o autoridad competente teniendo en cuenta su edad y situación y a sus padres o representantes, salvo el mentado interés superior (art.40, párr. 2, b, III).” MÉNDEZ COSTA, M. J. 2006. Los principios jurídicos en las relaciones de familia. Santa Fe. Editorial Rubinzal-Culzoni. Pág. 314.

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos en el N° 4 del artículo 17²⁰⁶ señala, a propósito de las responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, que "(...) En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos."

Asimismo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea²⁰⁷ señala, en el artículo 24, que "(...) En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial (...)." ²⁰⁸

En la legislación interna, a partir de la dictación de la Ley N° 19.585, este principio ha sido recogido en las diversas modificaciones legislativas que le han sucedido en los últimos años.

Así, el Código Civil, al comenzar el título IX del Libro I, prescribe en el inciso 2° del artículo 222, lo siguiente: "La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades." De este modo, aunque por el artículo 5° inciso 2° de la Constitución este principio ya formara parte de nuestro ordenamiento jurídico, el Código Civil lo enfatiza y destaca como principio rector en materia de Derecho de Familia. También lo establece como criterio determinante para el análisis del juez, al disponer en el inciso 2° del artículo 242 que: "En todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de sus edad y madurez." ²⁰⁹

Esta misma línea se siguió al elaborarse la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, donde se establece como uno de los principios del procedimiento el interés superior del niño. En efecto, el artículo 16 de dicho texto legal prescribe en el inciso 2°, lo siguiente: "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."

²⁰⁶ Decreto N° 873 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 1991, que aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica".

²⁰⁷ Proclamada en el Consejo Europeo de Niza los días 7 y 8 de diciembre de 2000. PARLAMENTO EUROPEO [en línea] <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf >[consulta: 12 diciembre de 2007]

²⁰⁸ Por su parte, la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en noviembre de 1959, establece en el Principio 2°, la obligación del Estado de otorgar una protección especial que permita el desarrollo físico, mental, moral y social de los niños, obligación que implica, al promulgar leyes con este fin, atender al interés superior del niño como consideración fundamental. Asimismo, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer dispone en la letra b) del artículo 5, que los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para "garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y el desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés superior de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos."

²⁰⁹ El interés superior del niño aparece también en el Código Civil en los artículos 225 inciso 3°, 229 inciso 2°, 234 inciso 3°, 244 inciso 3°, 245 inciso 2°, 268 inciso 2°, y 272 inciso 2°.

Por su parte, la Ley de Matrimonio Civil, N° 19.947 establece, en el primer inciso del artículo 3°, que “las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil.”²¹⁰

En definitiva, el principio del interés superior del niño se presenta en nuestra legislación como un principio general del Derecho, por el cual se reconocen y aseguran los derechos establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, reconocimiento que deben asegurar no sólo los integrantes de la familia, sino también los representantes del Estado a través de sus diversas instituciones y fuentes normativas y, en general, todos los miembros de la sociedad.²¹¹

En cuanto al derecho proyectado, el 18 de enero de 2005, el Ejecutivo envió al Parlamento un Mensaje para iniciar un proyecto de ley de protección de derechos de la infancia y la adolescencia²¹². Dicho Mensaje define a los niños, en su artículo 3°, como sujetos de derecho, y como tales, con “(...) dignidad, capacidades y potencialidades, con autonomía progresiva para ejercer sus derechos y asumir sus responsabilidades”. En tanto, en el artículo 9°, se refiere al interés superior del niño como principio general, obligatorio y prevalente frente a otros intereses, y lo define como “(...) consistente en procurar la máxima satisfacción y pleno disfrute de sus derechos.”

3.2.3 Contenido:

Atendido el marco normativo descrito precedentemente, podemos concluir que el principio del interés superior del niño, si bien se configura en razón de las circunstancias que rodean a cada niño, niña o adolescente respecto del cual se analiza, no es un concepto vacío, a llenar simplemente con elementos discrecionales por el juzgador. Por el contrario, se encuentra contenido por los derechos que en su calidad de persona y de sujeto en desarrollo le pertenecen a los niños, niñas y adolescentes. En ese sentido, existen criterios dados por la doctrina, así como otros construidos por la jurisprudencia, que pueden orientar en esta materia, en la medida que se ajusten a los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los restantes instrumentos internacionales de derechos humanos.

Al respecto, Verónica Undurraga Valdés señala: “La determinación del interés superior del niño nunca implica una decisión discrecional del juzgador. Por el contrario, es un juicio que supone la aplicación de una serie de criterios y la imposición de limitaciones, a los que el juez está obligado en conformidad con las disposiciones de la Convención

²¹⁰ La Ley de Matrimonio Civil considera el interés superior del niño también en el artículo 27 inciso 2°, al estimar el acuerdo regulador como suficiente si resguarda el interés superior de los hijos; en el art. 36 inciso 2°, en cuanto a las medidas que el juez debe tomar para evitar los efectos negativos para los hijos de la separación de sus padres; y en el art. 85 inciso 2°, en materia de procedimiento de separación judicial, nulidad de matrimonio y divorcio.

²¹¹ Al respecto, Miguel Cillero explicando el sentido de la Convención sobre los Derechos del Niño, por oposición a concepciones paternalistas, señala que ella “(...) formula el principio del interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio le recuerda al juez o a la autoridad de que se trate que ella no “constituye” soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no sólo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente”. En: CILLERO, M; COUSO, J; JUSTE, M; y URZUA, P. 1995. Niños y adolescentes, sus derechos en nuestro derecho. Santiago, SENAME. Pág. 10.

²¹² Mensaje 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. Boletín N° 3792-07.

Internacional sobre los Derechos del Niño y por aplicación de las normas constitucionales y legales chilenas. De estos textos jurídicos pueden desprenderse los siguientes criterios y limitaciones a los que deberá ceñirse el juez (...) ²¹³.

Los criterios que la autora a continuación enumera y desarrolla son los siguientes:

La determinación del interés superior del niño siempre es un juicio concreto referido a un niño o una niña en particular ²¹⁴.

El juez debe atender a las circunstancias actuales, reales y concretas de vida y experiencia del niño o niña.

La opinión del niño o niña es primordial al momento de determinarse cuál es su interés superior.

El principio del interés superior del niño supone el respeto a la dignidad y el reconocimiento de los derechos fundamentales de su madre y padre.

El interés superior del niño supone permitirle al niño un desarrollo que lo prepare como un individuo pleno, capaz de vivir en el espíritu y los ideales proclamados por la Carta de Naciones Unidas ²¹⁵.

En el ámbito del Derecho comparado, la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de Venezuela, que entró en vigor el 1 de abril de 2000, define lo que debe entenderse por Interés superior del niño y enumera criterios de aplicación. Para ello, define el concepto en cuanto a sus funciones y a su objeto, otorgándole los caracteres de principio de interpretación y de aplicación de esa ley, junto a la función de orientar todas las medidas que conciernan a niños y adolescentes, independientemente del sujeto que deba adoptar dichas medidas. En lo que concierne al objeto del principio, lo describe como el aseguramiento del desarrollo integral de los niños y adolescentes, y el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías. Los criterios de aplicación que la ley ordena tomar en consideración en cada caso concreto dicen relación con el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos, y con la necesidad de lograr un equilibrio entre sus derechos y garantías y sus respectivos deberes, así como con las exigencias del bien común, y los derechos de las otras personas. Asimismo, establece como criterio de aplicación la consideración a la especificidad de los niños y adolescentes como sujetos en desarrollo y enfatiza la prevalencia de dicho principio frente a otros intereses en conflicto. ²¹⁶

²¹³ UNDURRAGA, V. "Interés superior del niño/a y tuición de la madre o padre homosexual". Publicado en REVISTA DE DERECHOS DEL NIÑO, Números 3 y 4. 2006. Programa de Derechos del Niño del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales. Fondo de Naciones Unidas para la Infancia. Oficina de Chile. Pág. 326.

²¹⁴ Señala al respecto que "(...) la aplicación del principio del interés superior del niño supone tener en cuenta, respecto de cada una de las niñas involucradas, aspectos como la edad, el carácter, las necesidades afectivas que manifiestan, las opiniones que tienen, los vínculos que han formado con su madre y su padre y las demás personas que viven en los hogares de ambos." UNDURRAGA, V. "Interés superior del niño/a y tuición de la madre o padre homosexual". Publicado en REVISTA DE DERECHOS DEL NIÑO, Números 3 y 4. 2006. Programa de Derechos del Niño del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales. Fondo de Naciones Unidas para la Infancia. Oficina de Chile. Pág. 327.

²¹⁵ UNDURRAGA, V. "Interés superior del niño/a y tuición de la madre o padre homosexual". Publicado en REVISTA DE DERECHOS DEL NIÑO, Números 3 y 4. 2006. Programa de Derechos del Niño del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales. Fondo de Naciones Unidas para la Infancia. Oficina de Chile.

²¹⁶ El artículo 8 de la referida ley dispone: "Interés Superior del Niño. El Interés Superior del Niño es un principio de interpretación y aplicación de esta Ley, el cual es de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños y adolescentes. Este principio está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños y adolescentes, así como el disfrute

En relación al énfasis que la ley venezolana coloca en la prevalencia del interés del niño por sobre otros, cabe precisar que debe entenderse dicho interés en armonía con aquellos que derivan del bien común y de los derechos de las personas. En este sentido, Cecilia Grosman expresa: “La calificación de superior en modo alguno implica desconocer los intereses de los otros componentes del grupo familiar, pues los requerimientos del niño deben armonizarse con las necesidades de toda la familia dentro de una lógica de integración. La expresión ha tenido la intención de energizar los derechos de la infancia, a menudo olvidados por los adultos en las situaciones conflictivas. Igualmente alienta la idea de que la voluntad o deseo de los progenitores o sus sustitutos debe ceder ante lo que resulte más conveniente para el niño o el adolescente, persona a la cual afectará la decisión jurisdiccional.”²¹⁷

En tanto, la Ley N° 20.061 de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, de Argentina, luego de enfatizar la obligatoriedad de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, y de los derechos consagrados en otros tratados internacionales en los cuales dicho país sea parte, define el interés superior, y desarrolla, en su capítulo II, una serie de derechos. Así, en su artículo 3, señala que se entenderá por interés superior “(...) la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”, concepto que dada la referencia previa a la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, se entiende integrado también por los derechos que ella consagra. Luego, en el mismo artículo, complementa la definición con ciertos criterios que deberán respetarse. Ellos son: la condición de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos; el derecho de ellos a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; el equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; y su centro de vida, entendiéndose por tal el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.²¹⁸

Colombia, por su parte, promulgó recientemente su Código de la Infancia y Adolescencia²¹⁹, el que trata materias de protección, de responsabilidad penal adolescente,

pleno y efectivo de sus derechos y garantías. - Parágrafo Primero: Para determinar el interés superior del niño en una situación concreta se debe apreciar: a) La opinión de los niños y adolescentes; b) La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños y adolescentes y sus deberes; c) La necesidad de equilibrio entre las exigencias del bien común y los derechos y garantías del niño adolescente; d) La necesidad de equilibrio entre los derechos de las demás personas y los derechos y garantías del niño o adolescente; e) La condición específica de los niños y adolescentes como personas en desarrollo, - Parágrafo Segundo: En aplicación del Interés Superior del Niño, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de los niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.” RED DE INFORMACIÓN JURÍDICA. Legislación Andina. [en línea] <<http://www.cajpe.org.pe/InformacionJuridica01.htm>> [consulta: 30 de diciembre de 2007].

²¹⁷ GROSMAN, C. El Derecho infraconstitucional y los derechos del niño. Págs. 326 y siguientes. Citado por María Josefa Méndez Costa, en: MÉNDEZ, EMILIO Y BELOFF, MARY (Compiladores). Infancia, ley y democracia en América Latina. Santa Fe de Bogotá. Editorial Temis. Pág. 320 y siguientes.

²¹⁸ ARGENTINA. Ley N° 20.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Publicada en el Boletín Oficial el 26 de octubre de 2005. CONSEJO DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES [en línea] <http://www.infanciayderechos.gov.ar/files/txt_ley26061.php> [consulta: 30 diciembre 2007].

²¹⁹ COLOMBIA. Ley N° 1098 de 2006 por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. En INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR [en línea]: <http://www.icbf.gov.co/espanol/juridica/LEY_1098_2006.doc> [consulta: 30 de diciembre de 2007].

y las relativas a políticas públicas. Este Código define el interés superior del niño en su artículo 8, como el “(...) imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.” Se enfatiza en otras disposiciones, además, el carácter de principio interpretativo y de criterio de resolución frente a conflictos de norma, del principio en comento. En cuanto al catálogo de derechos aplicables a la infancia y adolescencia, el artículo 6, luego de disponer la aplicación directa de aquellos consagrados en la Constitución Política, y en los tratados o convenios internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, en especial, la Convención de Derechos del Niño, dispone que “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en dichas normas, no debe entenderse como negación de otras que, siendo inherentes al niño, niña o adolescente, no figuren expresamente en ellas.”²²⁰

Otro país que recientemente modificó y codificó su legislación en materia de infancia y adolescencia es Uruguay. El Código de la Niñez y Adolescencia de la República Oriental del Uruguay consagra como criterio específico de integración e interrelación, el interés superior del niño y adolescente. Así, el artículo 6° del citado Código lo define como “el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana”²²¹. Agrega, en la misma disposición, que, “En consecuencia, este principio no se podrá invocar para menoscabo de tales derechos.” Esto reafirma lo ya comentado a propósito de la norma colombiana, en el sentido de que la correcta interpretación del principio de interés superior debe permitir la protección de los derechos de niños y adolescentes y no servir de pretexto para su conculcación.

Por otra parte, y revisando la jurisprudencia chilena en la materia, podemos encontrar la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 1 de septiembre de 2004, en la que se revocó la dictada en primera instancia, la cual no daba lugar al acuerdo mediante el cual el padre de un niño le otorgaba el cuidado personal a la hermana de la madre fallecida, “basada, en síntesis, en que en virtud de lo dispuesto en los artículos 225 y 226 del Código Civil, el acuerdo de tuición sólo está permitido respecto de los padres, y que para otorgar la tuición a un tercero, la ley exigiría que se acreditara una causal de inhabilidad física o moral de los padres, lo que no habría ocurrido en la especie.”²²² La sentencia de la Corte, además de analizar los preceptos citados, invoca el principio del interés superior del niño, y en su considerando 5° señala: “Que el interés del menor constituye un concepto jurídico indeterminado, de contornos imprecisos y de profusa utilización en el derecho comparado. No obstante, puede afirmarse que alude a asegurar al menor el ejercicio y protección de sus derechos fundamentales; y a posibilitar la mayor suma de ventajas, en todos los aspectos de su vida, en perspectiva de su autonomía y orientado a asegurar el libre desarrollo de su personalidad; concepto, en todo caso, cuyos contornos deben

²²⁰ Esta disposición parece muy acorde a una interpretación armónica e integral de los derechos del niño, que incorpore derechos en desarrollo, y que impida utilizar arbitrariamente el principio del interés superior para negar derechos que pertenecen naturalmente a los niños. Todo lo anterior, en la medida que se entiendan los derechos y garantías “inherentes” en el contexto de los derechos humanos, y no como pretexto para sustentar decisiones contrarias a ellos. URUGUAY. 2005. Código de la Niñez y Adolescencia de la República Oriental del Uruguay y apéndices normativos.

²²¹

²²² Sentencia publicada en Revista de Derecho (Valdivia), vol XVII, diciembre 2004. Pág. 273-278. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502004000200012&script=sci_arttext>

delimitarse en concreto, en cada caso.”²²³ Luego, en el considerando 6°, agrega: “Que para esta determinación en concreto, y acudiendo a criterios estudiados en la doctrina, resulta necesario analizar el caso de autos en relación, al menos, a los siguientes factores: a) las necesidades materiales, educativas y emocionales del menor y la probabilidad de que sean cubiertas por quien pretende la tuición; b) la capacidad y condiciones de la solicitante para asumir la tuición; c) el efecto probable de cualquier cambio de situación en la vida actual del menor; y d) si existiere algún daño sufrido o riesgo de sufrirlo por consecuencia de la tuición.”²²⁴

En cuanto al contenido patrimonial del interés del niño, Astrid Schudeck señala que este principio “implica también la satisfacción de sus necesidades materiales. Es decir, involucra el “confort o bienestar material” del niño para efectos de cubrir sus necesidades alimentarias, educativas, recreativas, etc. Así se satisface, además, el derecho del menor a gozar de un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.”²²⁵ Citando el art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño²²⁶, esta autora señala que dicha Convención vincula el derecho del niño a gozar de un nivel de vida adecuado directamente con la prestación alimentaria.

Agrega la autora que “(...) el deber de proporcionar confort material al menor no significa que al momento de decidir cuál de los padres está capacitado para convivir con los hijos, deba preferirse a quien posea más recursos económicos. Existen otros factores que condicionan la decisión, y muchas veces el aspecto económico no tendrá ninguna relevancia. Además, el deber de atender las necesidades materiales de los hijos pesa sobre ambos padres en proporción a sus facultades, aunque uno de ellos no conviva con el menor (...) Con todo, el incumplimiento del deber alimentario o de mantenimiento, si tiene importancia para privar a un padre de la patria potestad o para no confiarle la tuición de los hijos.”²²⁷

En definitiva, sería posible afirmar que el interés superior implica propender hacia el mejor desarrollo de la personalidad de niños, niñas y adolescentes, respetando y fomentando su identidad, su intimidad, su opinión, y todos aquellos elementos que les

²²³ Sentencia publicada en Revista de Derecho (Valdivia), vol XVII, diciembre 2004. Pág. 273-278. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502004000200012&script=sci_arttext>

²²⁴ Sentencia publicada en Revista de Derecho (Valdivia), vol XVII, diciembre 2004. Pág. 273-278. REVISTA DE DERECHO [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071809502004000200012&script=sci_arttext>

²²⁵ SCHUDECK D, A. 2002. El interés superior del niño. Memoria para obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. P 41 y ss.

²²⁶ El artículo 27 de la Convención de Derechos del Niño dispone lo siguiente: 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. 2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. 3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda. 4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.”

²²⁷ SCHUDECK D, A. 2002. El interés superior del niño. Memoria para obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Pág. 41 y siguientes.

permitan ejercer con dignidad sus derechos y garantías como sujetos en desarrollo, protegiendo y asegurando su autonomía actual y futura, y enseñándoles los deberes que a ellos corresponden en una sociedad democrática.²²⁸

Lo anterior, siempre entendiendo a los niños, niñas y adolescentes como individuos receptores de la protección que el sistema de derechos humanos consagra, y en especial, de los derechos contemplados en la Convención sobre los Derechos del Niño, los cuales no pueden ser conculcados en base a una interpretación meramente discrecional del interés superior.

3.3 Alcances de la expresión “causa calificada” para efectos del artículo 225 del Código Civil.

En el caso judicial que enfrentó a Karen Atala y Jaime López por el cuidado personal de sus hijas, se aludió a la constitución de una causa calificada que hacía indispensable para el interés de las niñas el cambio en la atribución de su cuidado personal, incorporando por esa vía la homosexualidad de la madre a la discusión en sede judicial. A la luz de este fallo, objeto de estudio del presente trabajo, surge una ineludible pregunta: ¿Cuáles son los alcances de la expresión “causa calificada”?

Antes de las reformas introducidas al Código Civil por la Ley N° 19.585, el art. 223 de ese cuerpo legal prescribía que “en caso de divorcio, toca a la madre el cuidado personal de los hijos menores, salvo cuando por su depravación sea de temer que se perviertan o que se halle inhabilitada por otra causa, en que le corresponde al padre”. De ese modo, no era necesario construir el concepto de causa calificada ni menos aún de evaluar lo conveniente para el interés del niño, sino sólo analizar, en relación con casos como el de Karen Atala, la conducta sexual de la madre.

Durante la tramitación del proyecto de ley que introdujo las referidas reformas, el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados señaló “En relación con esta normativa, la de tuición de los hijos de padres que viven separados --sea por ruptura del matrimonio o porque éste no existe-- se ha mantenido en el artículo 222 la norma que le entrega el cuidado de los hijos menores a la madre, pero se ha establecido que el juez podrá decidir de otro modo, por motivos calificados. Con ello se ha pretendido corregir las evidentes distorsiones que ha venido generando la normativa actual, según la cual, para que la madre pierda la tuición, debe ser acreditada su depravación y consiguiente perversión de los hijos menores. Nadie puede ignorar, en el mundo actual, que existen muchas otras causas que ameritan el cambio de la regla general y que, por cierto, no son indicativas de tal inhabilidad moral. La inadecuación de dicha norma genera graves conflictos que repercuten negativamente en los hijos. Se ha preferido consignar, pues, una expresión que, dando cuenta de una situación especial --"motivos calificados"-- carece de una connotación negativa.”²²⁹

²²⁸ Para estos efectos es importante recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño señala en su Preámbulo, entre sus consideraciones: “(...) que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad (...)”

²²⁹ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados recaído en Proyecto de ley que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. (Boletín 1060- 07).

Leonor Etcheberry señala que, a diferencia del art. 223 del Código Civil anterior a la dictación de la Ley N° 19.585, la expresión “causa calificada” es más amplia y ya no implica sólo sancionar la conducta moral de la madre, sino que debe interpretarse a favor del interés superior del niño, cuál es el lugar donde él se desarrollará mejor, tanto espiritual como materialmente. Esta autora señala: “La expresión “causa calificada” deberá determinarla casuísticamente el juez en cada juicio que conozca, teniendo presente el interés superior del niño y teniendo en cuenta la única limitación que tiene el juez (en cuanto a no haber contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo). Es claro deducir, que no se trata de quien tenga una mejor situación económica, ya que quien la tiene debe proveer a sus hijos lo necesario, sino de determinar donde el hijo se podrá desarrollar mejor obteniendo una mayor realización espiritual y material posible.”²³⁰

Uno de los temas recurrentes en este sentido es la nueva convivencia de pareja del padre o madre que tiene el cuidado personal. Durante la tramitación de la Ley N° 19.585, los Senadores Díez y Larraín formularon una indicación en virtud de la cual, frente a la circunstancia de que el padre o la madre a quien le correspondía la tuición del menor hubiere contraído nuevo matrimonio, o constituido una nueva unión de hecho, se habilitaría al juez para alterar la tuición de la que goza y, atendida la conveniencia del menor, conceder la tuición al otro progenitor, siempre que no se encuentre en la misma situación. Esta indicación fue acogida por la Comisión, con los votos de Hamilton, Larraín y Otero, pero felizmente no fue aprobada en definitiva, no constando en el texto legal vigente.²³¹

Al respecto, Fabiola Lathrop explica que el hecho que el cónyuge pase a convivir con otra persona, contrayendo o no vínculo de matrimonio, no es motivo suficiente para modificar el cuidado personal de los hijos. En cambio, el hecho acreditado de que esta nueva situación amorosa influye negativamente en el hijo, si puede ameritar una reforma del cuidado personal; o si el mismo niño manifiesta con insistencia su deseo de convivir con su otro progenitor, deberá atenderse y determinar si verdaderamente se justifican sus aprensiones, siempre considerando primordialmente su mejor interés.²³²

Por otra parte, el 18 de abril del 2007 ingresó a tramitación en el Senado una moción parlamentaria²³³, de autoría del senador Jovino Novoa, que pretende agregar al inciso tercero del artículo 48 de la ley N° 16.618²³⁴, la siguiente frase final: “Sin perjuicio de ello, si

²³⁰ ETCHEBERRY, L. Los Derechos y Obligaciones entre padres e hijos y la patria potestad. En: SERNAM Y FUNDACIÓN FACULTAD DE DERECHO U. CHILE. 1999. El nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al derecho sucesorio, a la luz de las normas y principios de la Ley N° 19.585. Santiago, Fundación Facultad de Derecho, U. Chile. Pág. 105.

²³¹ Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. (Boletín N° 1060-07).

²³² LATHROP, F. 2005. Cuidado personal de los hijos. Santiago, Editorial Puntotex. Pág. 26.

²³³ Proyecto de ley que modifica la Ley de Menores, en lo relativo al cuidado personal de los hijos y al régimen de visitas. (Boletín N° 5002-07)

²³⁴ Los tres primeros incisos de este artículo actualmente señalan: “En caso de que los padres del menor vivan separados, y no hubieren acordado la forma en que el padre o madre que no tuviere el cuidado personal del hijo mantendrá con él una relación directa y regular, cualquiera de ellos podrá solicitar al juez de letras de menores que la regule. Asimismo, podrá pedir al tribunal que modifique la regulación que se haya establecido de común acuerdo o por resolución judicial, si fuere perjudicial para el bienestar del menor. Si se sometiere a decisión judicial la determinación de la persona a quien corresponderá ejercer el cuidado personal del menor, y no se debatiere la forma en la que éste se relacionará con el padre o madre que quede privado de su cuidado personal, la resolución se pronunciará de oficio sobre este punto, con el mérito de los antecedentes que consten en el proceso. Cuando, por razones imputables a la persona a cuyo cuidado se encuentre el menor, se frustre, retarde o entorpezca de cualquier manera la

dicha conducta fuere grave y reiterada, el juez quedará facultado para privar a dicho padre o madre del cuidado personal del hijo”. Es decir, si la persona que tiene a cargo el cuidado personal de un hijo, por razones imputables a ella, frustra, retarda o entorpece la relación directa y regular a la que tiene derecho el otro de los padres, no sólo deberá permitir la recuperación del tiempo no utilizado por aquél, en los términos que señale el juez, sino que, más aún, si esta conducta es calificada por el juez como grave y reiterada, el juez podrá privarlo del cuidado personal de ese hijo. Esto parece absolutamente inadecuado y contrario a los principios que informan la materia, ya que transforma nuevamente al niño en moneda de cambio en las demostraciones de fuerza de sus padres. Es frecuente que las personas, tras una ruptura, confundan las implicancias de sus propios conflictos e involucren a los hijos en ellos, pero el legislador no puede tomar partido ni menos darles más herramientas legales para ello. Por el contrario, el mandato del legislador está dado para garantizar que se lleven a cabo los derechos y responsabilidades parentales en función del interés superior del niño. No hay que olvidar que el mantener una relación directa y regular con los hijos no sólo es un derecho en beneficio del padre, sino también un derecho del hijo, y que, además, sólo en función del interés superior del niño puede constituirse una causa calificada que impida el ejercicio del cuidado personal. De ese modo, si un padre o madre considera que el otro, por razones que le son imputables, está frustrando, retardando o entorpeciendo de manera grave y reiterada su relación directa y regular con el hijo deberá acreditar, entonces, que dicha conducta constituye una causa calificada y que el interés superior de los hijos hace indispensable se cambie la atribución en el cuidado personal de ellos. Así, para tal objeto, no es necesario realizar modificación legal alguna.

Por otra parte y como se señalara anteriormente, pueden existir circunstancias que ameriten la atribución del cuidado y educación de los hijos, en personas distintas de sus progenitores. Estas circunstancias son, según el artículo 226 del Código Civil, los casos de inhabilidad física o moral de ambos padres, disposición que se complementa con la norma del art. 42 de la Ley N° 16.618. Por su parte, el artículo 41 de la misma ley señala las personas a las cuales puede el juez conferir el cuidado personal en el caso de encontrarse los padres en la situación del artículo 226 del Código Civil.

Esta posibilidad no es contraria a lo ordenado por instrumentos internacionales que rigen la materia. En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 9, que los tribunales pueden determinar que un hijo sea separado de sus padres cuando, en conformidad a la ley y a los procedimientos aplicables, ello sea necesario para garantizar el interés superior del niño. Asimismo, en el ámbito interno, la Ley N° 19.968 dispone en su artículo 74 que es posible la separación del niño de sus padres, pero enfatiza el carácter excepcionalísimo de una medida de esta envergadura. Así, previene lo siguiente: “Medida de separación del niño, niña o adolescente de sus padres. Sólo cuando sea estrictamente necesario para salvaguardar los derechos del niño, niña o adolescente y siempre que no exista otra más adecuada, se podrá adoptar una medida que implique separarlo de uno o de ambos padres o de las personas que lo tengan bajo su cuidado. En este caso, el juez preferirá a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que aquél tenga una relación de confianza y, sólo en defecto de los anteriores, lo confiará a un establecimiento de protección. La resolución que disponga la medida deberá ser fundada.”²³⁵

relación en los términos en que ha sido establecida, el padre o madre a quien le corresponde ejercerla podrá solicitar la recuperación del tiempo no utilizado, lo que el tribunal dispondrá prudencialmente.”

²³⁵ En el sentido anterior, Fabiola Lathrop señala: “Será el juez el que deberá sopesar la magnitud de dichas circunstancias excepcionales. Puede tratarse de cuestiones de índole patrimonial, como la falta de recursos económicos para sostener a los hijos, o

Ahora bien, revisando en particular la expresión “causa calificada” del artículo 225 del Código Civil, encontramos que la mayoría de la doctrina, y ciertamente la jurisprudencia, sostiene que el artículo 42 de la Ley N° 16.618, si bien hace referencia al artículo 226 del Código Civil, estableciendo los casos de inhabilidad física o moral, también es aplicable para efectos de determinar casos de causa calificada al tenor del artículo 225. Una interpretación literal de las tres normas mencionadas podría hacer concluir que el artículo 42 de la Ley de Menores, al hacer referencia explícita al artículo 226, se aplica sólo para aquellos casos en que se evalúa la posibilidad de traspasar el cuidado personal de los hijos a una tercera persona, por la inhabilidad física o moral de ambos padres, y no para aquellos casos en que se disputa el cuidado personal entre los propios padres. Sin embargo, resulta evidente que la enumeración de circunstancias inhabilitantes por parte del referido artículo 42, es una calificación de causales que la misma ley realizó en materia de cuidado personal. Además, el último numeral del artículo 42 contiene una cláusula general, de la cual las anteriores no serían más que ejemplos.

Las circunstancias que permiten entender, a la luz de dicha norma, que uno o ambos padres se encuentran en casos de inhabilidad física o moral, y por tanto, incursos en una causa calificada que les impediría ejercer el cuidado personal de sus hijos son las siguientes:

Cuando estuvieren incapacitados mentalmente: El trastorno mental que les afecte debe ser tal envergadura que produzca una incapacidad que les impida ejercer el cuidado personal. Tal como señala una sentencia de la Corte Suprema, “la circunstancia de que la madre necesita apoyo psicoterapéutico no implica que se encuentre incapacitada para sustentar la tuición de sus hijas”²³⁶. En relación con la homosexualidad, cabe señalar que ella no es considerada una patología mental, razón por la cual no sería procedente alegarla como causa calificada en este contexto.²³⁷

Cuando padecieren alcoholismo crónico: De acuerdo a la Real Academia Española, el alcoholismo crónico es una enfermedad ocasionada por el abuso habitual y compulsivo

factores de carácter personal, como algún impedimento físico o psicológico, o sencillamente de hechos que han quedado acreditados en el juicio, como la inidoneidad concurrente de ambos padres. (LATHROP GOMEZ, F. 2005. Cuidado personal de los hijos. Santiago, Puntolex. Pág. 22.) Sin embargo, resulta necesario tomar los máximos resguardos a la hora de evaluar las cuestiones de índole patrimonial señaladas por la autora. Dado el tenor de lo dispuesto en el art. 226, que requirió una complementación normativa para delimitar el concepto de inhabilidad física o moral, y dado el carácter excepcional que en los tratados internacionales y en la ley de tribunales de familia se da a la posibilidad de separación al niño de sus padres, no puede sino entenderse restrictivamente tal alternativa, no pudiendo ser un obstáculo al cuidado personal de un hijo la falta de recursos económicos para solventar los gastos que este implica. Abrir esa puerta sería calificar a los padres pobres como padres inhábiles para ejercer el cuidado personal de sus hijos. Incluso algunas legislaciones, como la ecuatoriana, expresamente disponen la improcedencia de limitar, suspender o privar de la patria potestad por razones económicas. (ECUADOR. Código de la Niñez y Adolescencia. RED DE INFORMACIÓN JURÍDICA. Legislación Andina. [en línea]:<http://www.cajpe.org.pe/InformacionporPaises04.htm> [consulta: 08 octubre de 2007] Artículo 114.

²³⁶ CORTE SUPREMA, 19 de abril de 1990, Gaceta Jurídica n° 125, p 120. Citado en LÓPEZ DÍAZ, C. 2005. Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia. Tomo I y II. Santiago, Editorial Librotecnia. Pág. 569.

²³⁷ Hay que recordar que en 1973 la Asociación Americana de Psiquiatría (APA) decidió eliminar la homosexualidad del “Manual de Diagnóstico de los trastornos mentales” (DSM) y en 1990, la Organización Mundial de la Salud (OMS), retiró la homosexualidad de su lista de enfermedades mentales. (<http://elmundosalud.elmundo.es/elmundosalud/2005/06/24/medicina/1119625636.html>, consultado el 1 de enero de 2008).

de bebidas alcohólicas, que produce trastornos graves y suele transmitir por herencia otras enfermedades, especialmente del sistema nervioso.²³⁸

Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo: En el capítulo anterior analizamos estos conceptos, los que dicen relación con el ejercicio de las responsabilidades parentales. En relación con el tema que nos ocupa, la orientación homosexual de uno de los padres no permitiría impugnar el cuidado personal de sus hijos por esta vía, ya que éste se circunscribe al ejercicio de las aludidas responsabilidades, y no a otras conductas de los padres²³⁹.

Cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en los lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio: Esta causal no merece mayor comentario, no siendo el caso que analizamos.

Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores. Esta causal tampoco serviría de fundamento para el caso objeto de análisis.

Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad: En relación con el tema del presente trabajo, cabe señalar que el mal ejemplo y el peligro para la moralidad podrían haber sido invocados en casos de conducta homosexual de los padres en la época en que algunos consideraban la homosexualidad como una perversión sexual, sin embargo, no es esa la tendencia actual²⁴⁰. Por lo demás, la discusión en estos días al respecto, dice relación, principalmente, con los perjuicios que puede acarrear la discriminación social que afecte a los niños por vivir en un hogar donde uno de los padres es homosexual.²⁴¹

²³⁸ REAL ACADEMIA española. [en línea] < http://buscon.rae.es/drael/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=alcoholismo%20crónico > [Consulta: 1 de enero de 2008].

²³⁹ Respecto de esta causal, resulta clarificadora la sentencia dictada por la Corte Suprema el 19 de marzo de 1990, que señaló “La madre no obstante la edad de sus hijas (dos y cinco años), abandonó el hogar común y solo pidió regulación de visitas dos años después. Y en un período de más de tres años, sólo en dos oportunidades se contactó con el colegio de las menores, demostrando una absoluta falta de interés por ellas, sin perjuicio de que ha llevado una vida irregular y que emocionalmente es inestable”. Citada por UGARTE VIAL, J. 2000. Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas, Derecho de Menores. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Pág. 37.

²⁴⁰ En ese sentido, ver Encuesta Opinión Pública N° 16, “Opción sexual y discriminaciones” de Julio 2004, realizada por la Fundación Chile 21. FUNDACIÓN CHILE 21 [en línea] <http://www.chile21.cl/chile21/archivos/est_opinion/op16-1.pdf> [consulta: 19 de marzo de 2008].

²⁴¹ En ese sentido, la sentencia de la Corte Suprema que acogió el recurso de queja interpuesto por el padre de las niñas López Atala, fundó la existencia de causa calificada en los siguientes considerados: “**DECIMO SEXTO.**- Que, en el mismo orden de consideraciones, no es posible desconocer que la madre de las menores de autos, al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual, como puede hacerlo libremente toda persona en el ámbito de sus derechos personalísimos en el género sexual, sin merecer por ello reprobación o reproche jurídico alguno, ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas; **DECIMO SEPTIMO.**- Que, aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, atendida sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto de la cual deben ser protegidas; **DECIMO OCTAVO.**- Que, por otro lado, fuerza es admitir que dicha situación situará a las menores López Atala a un estado de vulnerabilidad en su medio social, pues es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal.” Es decir, la Corte reconoce que no existe reproche jurídico a la conducta homosexual de la madre,

Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material: Ésta puede ser sin duda la puerta de entrada para avalar interpretaciones discrecionales por parte de los sentenciadores, por lo que resulta necesario en cada caso evaluar el nivel de peligro moral o material que se invoca. La Corte Suprema en 1998 falló estableciendo que “Peligro material equivale al riesgo físico en que puede encontrarse un menor, como la falta de alimentación, desarrollo en ambiente tóxico, u otro que afecte su integridad corporal. El peligro moral dice relación con el riesgo que puede afectar a su comportamiento con sus semejantes y consigo mismo, peligro de su desarrollo conductual, vivir en ambientes antisociales.”²⁴² En el sentido anterior, durante el año 2007, la Corte de Apelaciones de Copiapó acogió un recurso de apelación y confirmó la sentencia de 1era instancia con modificaciones, en el sentido de privar a la madre del cuidado personal de su hija, pero regulando el régimen comunicacional entre ellas. La sentencia dispuso, al respecto, que “(...) debe concluirse que la entrega del cuidado personal de la menor a la actora, representa, al menos hoy día, poner en riesgo físico y material a aquélla, pues no se encuentra acreditado de manera indubitada que haya cambiado positivamente su conducta y forma de vida que motivaron la aplicación de la medida de protección a favor de su hija. En efecto, si bien la testigo que presentó y los informes sociales parecieran así indicarlo, no es menos cierto que su informe psicológico da cuenta de diversas alteraciones de personalidad y pensamiento, en especial un perfil de permanente inmadurez, que conspira para entender superado el patrón de conducta desadaptativo que ha mantenido a la largo de su vida, en términos que el riesgo de sufrir, por cualquier causa, una desestabilización emocional y con ello recaer en el comportamiento negativo de antaño, aparece del todo plausible, tanto más, si no existen antecedentes psiquiátricos y psicológicos que informen que dicho riesgo debe entenderse superado.

TERCERO: Que si a todo lo anterior se unen los efectos negativos que tendrá para la menor su entrega al cuidado personal de la madre, como lo informaron el perito psicólogo y acertadamente lo razona la señora Juez a quo en el motivo octavo de la sentencia en alzada, el propio deseo de la niña, expresado en la audiencia dispuesta al efecto, y el principio del interés superior del menor, formativo de este procedimiento, se configura un cuadro que lleva a concluir, como se adelantó, que concurre respecto de la demandante, la causal de inhabilidad prevista en el N° 7 del artículo 42 de la Ley de Menores, en la medida que se encuentra, por ahora, inhabilitada para ejercer su rol parental”²⁴³.

Esta sentencia resulta destacable por cuanto considera, para evaluar la pertinencia de atribuir el cuidado personal a la madre, tres factores que resultan fundamentales, a saber, los efectos negativos sobre la niña, la opinión de la niña, y su interés superior.

Sin perjuicio de los eventuales acertados fundamentos fácticos en los que pudiere sustentarse la sentencia en comento, es necesario hacer presente que, justamente son

pero considera que su convivencia con otra mujer, en el mismo hogar que el que comparte con sus hijas, puede generar efectos nocivos en el desarrollo emocional de ellas, y producir un estado de vulnerabilidad en ellas debido a la evidente discriminación a que se verán expuestas.

²⁴² Citada por Jorge Ugarte Vial en: UGARTE VIAL, J. 2000. Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas, Derecho de Menores. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Págs. 38 y 39.

²⁴³ CORTE DE APELACIONES DE COPIAPÓ. Sentencia pronunciada el 4 de octubre de 2007 y recaída en el caso caratulado “Zepeda Santander con Arancibia Palma”, Rol N° 236/2007. AREA JURÍDICA.CL [en línea] <<http://www.areajuridica.cl/jurisprudencia/civil/corte-de-apelaciones-de-copiapo/recurso-de-apelacion-acogido-civil-articulos-186-y-siguientes-del-codigo-de-procedimiento-civil-y-67-de-la-ley-nb0-19-968-pueden-los-padres-ser-privados-del-cuidado-personal-de-sus-hijos-en-caso-de-inhabilidad-fisica-o-moral/>> [Consulta: 1 de enero de 2008].

los “efectos negativos” que pudieren recaer sobre los niños y la configuración de hechos que se consideran a la hora de determinar cual es el interés superior de ellos, lo que genera mayor discusión a la hora de evaluar la idoneidad de los homosexuales como padres. Por ello, el sentenciador deberá considerar también la perspectiva de los derechos humanos, y en particular, del principio de igualdad y no discriminación, para poder configurar responsablemente el mentado “peligro moral”. Es esta precisamente, la reflexión que desarrollaremos en los párrafos que siguen.

3.4 Principio de igualdad y no discriminación.

Al abordar el tema del cuidado personal de los hijos por parte de personas homosexuales, uno de los argumentos más fuertes que en su defensa se presenta consiste justamente en que, desestimar per se a tales personas como progenitores capaces de cuidar de sus hijos, transgrede el principio de igualdad y, por lo tanto, implica desde luego, una discriminación arbitraria.

A continuación se desarrollará, por lo tanto, la forma en que nuestra legislación recoge dos principios que, no obstante encontrarse estrechamente vinculados, no son idénticos: la igualdad y la no discriminación, ambos analizados finalmente en relación a la orientación sexual.

La prevención anterior es necesaria dado que, si bien hay autores que consideran que se trata de dos perspectivas de atender a un mismo principio, la tendencia de la jurisprudencia del sistema universal de derechos humanos es considerarlos como complementarios²⁴⁴, especialmente atendido el tratamiento que se les da en distintos instrumentos internacionales, como por ejemplo, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que se refiere a ellos en artículos distintos²⁴⁵, o en la Convención Americana de Derechos Humanos, la que al utilizar en su artículo 24 la expresión “en consecuencia”, resalta el carácter de corolario que se le otorga a la no discriminación en relación al principio de igualdad.²⁴⁶ Patricia Palacios señala al respecto que “La manera en que el Estado logra cumplir con su obligación de asegurar la igualdad en la ley y ante la ley es a través del

²⁴⁴ Daniel O'Donnell señala: “La jurisprudencia universal sobre esta cuestión se encuentra en proceso de evolución. Las decisiones adoptadas hace algunos años tendían a utilizar el singular al referirse a “El principio de no discriminación y la igualdad ante la ley” o “el derecho de la igualdad ante la ley y la igualdad de protección de la ley sin discriminación”. No obstante, algunas decisiones recientes revelan una tendencia a diferenciar entre el concepto de discriminación y el de igualdad ante la ley e igual protección de la ley”. O'DONNELL, D, 2007. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Santiago, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Págs. 917 y 918.

²⁴⁵ Daniel O'Donnell señala: “El primer artículo de la Declaración, con un enfoque iusnaturalista, declara que las personas “nacen” iguales en derechos y deberes. El segundo proclama que toda persona “tiene” derechos y libertades consagradas por la Declaración, sin distinción. La relación entre los dos artículos sugiere que la idea de que la ley no debe establecer ni permitir distinciones entre los derechos de las personas con base en las características mencionadas es una consecuencia de la idea reconocida en el primer artículo, en el cual todas las personas son iguales.” O'DONNELL, D, 2007. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Santiago, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Pág. 916.

²⁴⁶ Dicho artículo señala: “Igualdad ante la ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”

principio de no discriminación²⁴⁷”. Luego explica que, justamente a lo que se obligan los Estados Parte con los instrumentos internacionales de derechos humanos no es a otorgar una “estricta igualdad de trato hacia las personas, sino que se requiere que las personas sean tratadas sin discriminación.”²⁴⁸

3.4.1 Orientación Sexual:

Previo al análisis de los principios de igualdad y de no discriminación, resulta necesario realizar ciertas precisiones en cuanto a la orientación sexual y sus diversas manifestaciones. Ello, por cuanto debe determinarse, a la luz de los señalados principios, si la orientación sexual puede ser esgrimida como un criterio permitido a la hora de construir diferenciaciones de tratamiento respecto de personas homosexuales, incluido el caso en que convivan con personas de su mismo sexo.

En primer lugar, podemos señalar que la orientación sexual puede ser entendida como “la atracción de una persona, de naturaleza sexual o afectiva, real o imputada, hacia personas del sexo opuesto, personas de su mismo sexo, o personas de ambos sexos; y los actos, de naturaleza sexual o afectiva, reales o imputados, realizados por una persona con personas del sexo opuesto, personas de su mismo sexo, o personas de ambos sexos.”²⁴⁹

De ese modo, los individuos pueden tener una orientación sexual heterosexual, homosexual, bisexual o asexual.

Este tópico, tal como señaláramos en el primer capítulo, resulta fundamental en la construcción de la identidad personal. El derecho a la identidad comprende necesariamente el derecho a la identidad sexual, y ella no es simplemente asociable a lo masculino o a lo femenino, sino que “se constituye como un complejo movimiento de ensamblajes y reasignificaciones, de articulaciones provenientes de diversos estratos de la vida psíquica, con fuerte incidencia cultural e ideológica”²⁵⁰.

Ahora bien, no es posible realizar afirmaciones categóricas en cuanto a cómo debe entenderse el sexo, ni la sexualidad humana, por exceder el campo de nuestro conocimiento y porque tampoco representan las interrogantes a dilucidar en esta tesis, sin embargo, podemos realizar ciertas aproximaciones a dichos conceptos en base a lo explicado por Gil, Herrera y Fama, quienes señalan que el sexo de las personas puede ser definido de acuerdo a diversos criterios.²⁵¹

constitución cromosómica

estructura gonadal

²⁴⁷ PALACIOS, P. 2006. La No discriminación. Santiago. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Pág.29.

²⁴⁸ PALACIOS, P. 2006. La No discriminación. Santiago. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Pág.29.

²⁴⁹ CUVI R, M. 2002. El derecho a la no discriminación por motivo de orientación sexual en la jurisprudencia internacional de derechos humanos. Memoria para obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Pág. 28.

²⁵⁰ GIL, A; FAMA, M.; y HERRERA, M. 2006. Derecho Constitucional de Familia. Tomos II. Buenos Aires, Editorial Ediar. Págs. 1114-1115.

²⁵¹ GIL, A; FAMA, M.; y HERRERA, M. 2006. Derecho Constitucional de Familia. Tomo II. Buenos Aires, Editorial Ediar. Pág. 1111.

morfología de los conductos genitales

morfología de los genitales externos

asignación social del sexo

sexo psíquico

Dichos autores, citando a Marcela Lagarde, caracterizan la sexualidad por la “división genérica antagónica del mundo, del trabajo, de las actividades creadoras, del tiempo y del espacio, de los lenguajes, por la relación distinta de los géneros con lo sagrado y con el poder, por su participación en los ritos y en el mundo profano²⁵²”.

En cuanto a la expresión homosexual, ella ha sido caracterizada por Gil, Herrera y Fama de la siguiente manera: “La denominación no deriva del prefijo latín homo, que significa hombre, sino del vocablo griego homoios, que define lo que es igual o semejante (...) Desde lo etimológico, homosexual sería quien tiene afinidad sexual por personas de su mismo sexo”.²⁵³

Habiendo revisado brevemente los conceptos aludidos, analizaremos ahora los principios de igualdad y de no discriminación.

3.4.2. Igualdad:

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano proclamada en 1789, e inspirada en la declaración de independencia estadounidense de 1776, anunció como uno de los más importantes principios que inspirarían toda la filosofía y constitucionalismo occidental la igualdad de todos los hombres²⁵⁴

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948²⁵⁵ consagró este principio, y estableció en su artículo 1° que: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Al respecto, Patricia Palacios señala que “el referido artículo, que pareciera contener una declaración, pero que es más bien una prescripción, vino a especificar exactamente en qué ámbito los seres humanos somos iguales: en dignidad y, más concretamente, en derechos²⁵⁶”. Luego, el artículo 2.1 de dicha Declaración, estableció: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de

²⁵² GIL, A; FAMA, M.; y HERRERA, M. 2006. Derecho Constitucional de Familia. Tomo II. Buenos Aires, Editorial Ediar. Pág. 1111.

²⁵³ GIL, A; FAMA, M.; y HERRERA, M. 2006. Derecho Constitucional de Familia. Tomo II. Buenos Aires, Editorial Ediar. Pág. 1113.

²⁵⁴ El artículo primero de dicha declaración señala: “Los hombres nacen libres e iguales en derechos”. Las mujeres no eran ciudadanas. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, proclamada en 1789. [en línea] <[http:// www.aidh.org/uni/formation/01home2_e.htm](http://www.aidh.org/uni/formation/01home2_e.htm)> [consulta: 25 septiembre 2007]

²⁵⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. UNITED NATIONS [en línea] <<http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>> [consulta: 9 marzo 2008]

²⁵⁶ PALACIOS, P. 2006. La No discriminación. Santiago. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Pág. 28.

cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.²⁵⁷”

Esa es, según el profesor Cea, la primera etapa a destacar en la evolución del concepto de igualdad, a saber, el de igualdad como valor natural, lo que se traduce en “el rechazo a las desigualdades, proclamado en términos de isonomía por la naturaleza del género humano.”²⁵⁸

Por su parte, Manuela Cuvi²⁵⁹ explica que el principio de igualdad ha sido entendido de distintos modos a través de la historia, pudiendo distinguirse a su respecto, cuatro etapas bien definidas. En un principio, la igualdad se expresó como “igualdad ante la ley”, entendiéndose como un mandato formal, dirigido a los órganos de aplicación de la ley, para que no realizasen actos arbitrarios al aplicar las normas jurídicas. De ese modo, se cautela que los jueces o funcionarios públicos no establezcan consecuencias jurídicas distintas para situaciones de hecho similares, sólo por razones de discrecionalidad arbitraria. Por ello se señala que el concepto de igualdad ante la ley es una “igualdad formal”, ya que no se refiere al contenido de las normas jurídicas, sino exclusivamente a su aplicación por parte de los operadores del derecho.

Luego este principio comenzó a evolucionar en su aspecto material, adquiriendo un efectivo contenido sustantivo que obliga a los legisladores a dictar normas expresamente dirigidas a la protección contra la discriminación. Se habla entonces de la “igual protección de la ley”, o “igualdad en la ley”, que implica una obligación negativa para los órganos encargados de la formación de la ley, consistente en no establecer discriminaciones en las normas que generen, y una obligación positiva para los mismos, consistente en dictar normas especiales que apunten a dar protección efectiva contra la discriminación.

Cuvi habla de una tercera etapa, que se vislumbra en el siglo XX, al estructurar el principio de igualdad sobre la idea de la “prohibición legal contra toda discriminación”, idea que surge para contrarrestar diferencias arbitrarias específicas que reiteradamente violaban el principio de igualdad. Así, se establecen catálogos de características personales que no son posibles de utilizar como criterio de distinción.

Finalmente, la referida autora menciona una etapa en que la igualdad exige la “protección contra la discriminación”, la que requiere de la adopción de medidas positivas o acciones afirmativas para integrar a grupos discriminados²⁶⁰. Así, por ejemplo, encontramos en México la Ley Federal para prevenir y eliminar la discriminación²⁶¹, la cual establece, en su artículo 2, que “Corresponde al Estado promover las condiciones para que la libertad y la

²⁵⁷ Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. UNITED NATIONS [en línea] <<http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>> [consulta: 9 marzo 2008].

²⁵⁸ CEA, J. L. 2004. Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Santiago, Chile, Editorial Universidad Católica de Chile. Pág. 122.

²⁵⁹ CUVI, M. 2002. El derecho a la no discriminación por motivo de orientación sexual en la jurisprudencia internacional de derechos humanos. Memoria para obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Pág. 10 y siguientes.

²⁶⁰ La Real Academia Española define ‘discriminación positiva’ como “Protección de carácter extraordinario que se da a un grupo históricamente discriminado, especialmente por razón de sexo, raza, lengua o religión, para lograr su plena integración social.” REAL ACADEMIA ESPAÑOLA [en línea]: <http://buscon.rae.es/drael/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=discriminación%20positiva> [Consulta: 1 de enero de 2008].

²⁶¹ MÉXICO. Ley Federal para prevenir y eliminar la discriminación. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2003. CÁMARA DE DIPUTADOS DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS [en línea] <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/262.pdf>> [consulta: 20 noviembre de 2007]

igualdad de las personas sean reales y efectivas. Los poderes públicos federales deberán eliminar aquellos obstáculos que limitan en los hechos su ejercicio e impidan el pleno desarrollo de las personas así como su efectiva participación en la vida política, económica, cultural y social del país y promoverán la participación de las autoridades de los demás órdenes de Gobierno y de los particulares en la eliminación de dichos obstáculos.”

En el mismo sentido, la Constitución de 1999 de la República Bolivariana de Venezuela señala en el N° 2 de su artículo 21, sobre igualdad ante la ley, que “La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”²⁶².

Ahora bien, tales declaraciones, si bien cumplen con los estándares formales de lo que pretende el sentido de protección contra la discriminación, no van a lograr dicho objetivo si no van acompañadas efectivamente de políticas públicas que se orienten a crear las condiciones necesarias para proteger de la discriminación a los grupos vulnerables.

Por otra parte, Daniel O’Donnell explica la consagración del derecho a la protección contra la discriminación, y cita jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la cual, en el caso Nahlik, contiene la siguiente observación: “El Comité ha tomado nota de la alegación del Estado Parte de que la comunicación es inadmisibles (...) por referirse a una supuesta discriminación en el marco de un acuerdo privado respecto del cual el Estado Parte no tiene influencia alguna. El Comité observa que, en virtud de los artículos 2 y 26 del Pacto, el Estado Parte está obligado a velar porque ninguna de las personas que residan en su territorio y estén sometidos a su jurisdicción sea objeto de discriminación alguna y que, por consiguiente, los tribunales de los Estados Partes tiene la obligación de proteger a las personas contra la discriminación, tanto si se produce en la esfera pública como entre partes privadas en el sector paraestatal de, por ejemplo, el empleo (...).”²⁶³

Esta sentencia ilustra, por lo tanto, que la obligación de los Estados consistente en dar protección contra la discriminación, no se agota en la adopción de políticas públicas adecuadas, como explicábamos anteriormente, sino que debe proyectarse hacia la esfera de acción de los particulares, de modo de impedir en forma efectiva las conductas o imposiciones discriminatorias.

Ahora bien, la sentencia citada por O’Donnell deriva de los compromisos que los Estados han asumido en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en materia de igualdad, a través de los principales instrumentos internacionales.²⁶⁴ Entre ellos,

²⁶² VENEZUELA. Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela de 1999. COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS [en línea] <<http://www.cajpe.org.pe/rlij/>>

²⁶³ O’DONNELL, D, 2007. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Santiago, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Pág. 924.

²⁶⁴ Además de los instrumentos destacados, encontramos también los siguientes: Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (ratificada por Chile en 1988), Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador" (no ratificado por Chile), Convención relativa a la Lucha contra la Discriminación en la Esfera de la Enseñanza (ratificado por Chile en 1971), Convenio

cabe relevar la Convención Americana de los Derechos Humanos, ratificada por nuestro país, en 1980, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, ratificada por Chile en 1971, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en especial su artículo 2.2, ratificado por Chile en 1972, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en especial su artículo 2.1, ratificado por Chile en 1989, la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, ratificada en 1989, la Convención Sobre los Derechos del Niño, ratificada en 1990, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, ratificada por Chile el año 2002, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ("Convención de Belem Do Pará"), ratificada por nuestro país el año 1996, entre otros.

En el ordenamiento jurídico nacional, el principio de igualdad se consagra a nivel constitucional, en los artículos 1°, incisos 1, 4, y 5; artículo 6°, inciso 2°; 15, 18 y 19, números 3, 6, 7, 9 inciso 2, 12, 15 inciso 5, 16, y 20²⁶⁵.

3.4.3. Discriminación

La palabra "discriminar" recibe dos acepciones en el Diccionario de la Real Academia Española. En una primera, discriminar se refiere a "seleccionar excluyendo". La segunda, con una clara connotación negativa, tiene como significado "dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc."²⁶⁶.

La Guía *Stop-Discrimination* de la Unión Europea, distingue entre discriminación directa e indirecta. Respecto de la primera, señala que consiste en tratar "a una persona de manera menos favorable que a otra en una situación análoga por motivos de origen racial o étnico,

N° 100 de la O.I.T. sobre Igualdad de Remuneración de 1951, aprobado por Chile en 1971, Convenio N° 111 de la O.I.T. sobre la Discriminación en el Empleo y la Ocupación de 1958, aprobado por nuestro país en 1971, Convenio N° 122 de la O.I.T. sobre la Política de Empleo de 1964, aprobado por Chile en 1969, Convenio N° 159 de la O.I.T. sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas de 1983, promulgado en nuestro país en 1999, Convenio N° 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989, aún no aprobado por Chile, Convenio N° 182 de la O.I.T. sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil de 1999, promulgado en nuestro país el año 2000, Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones (proclamada por la Asamblea General de la ONU en 1981, resolución 36/55), Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales (aprobada y proclamada por la UNESCO, el 27 de noviembre de 1978), Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990, aprobada por Chile en el año 2005, Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (aprobada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 47/135, 1990), Declaración sobre los principios fundamentales relativos a la contribución de los medios de comunicación de masas al fortalecimiento de la paz y la comprensión internacional, a la promoción de los derechos humanos y a la lucha contra el racismo, el apartheid y la incitación a la guerra, y las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (Resolución aprobada por la Asamblea General de la ONU el 20 de diciembre de 1993).

²⁶⁵ FIGUEROA C, R. 2000. Igualdad y discriminación. En: Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público. Escuela de Derecho Universidad Diego Portales. Pág. 40 y siguientes.

²⁶⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA [en línea] <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=discriminar> [Consulta:1 enero 2008]

religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Ejemplo de discriminación directa: en un anuncio de trabajo se indica: «Absténganse personas con discapacidad».²⁶⁷

La discriminación indirecta, en cambio, es aquella que “se da cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros puede ocasionar una desventaja a personas por motivos de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, a no ser que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima. Como ejemplo de discriminación indirecta, puede mencionarse la exigencia de que todas las personas que solicitan un puesto de trabajo deban superar una prueba en una lengua concreta, aunque esta no sea necesaria para el ejercicio del trabajo. La prueba puede ser discriminatoria para las personas cuya lengua materna no sea la de la prueba.”²⁶⁸

Por otra parte, el concepto de discriminación ha sido consagrado en diversos tratados internacionales, pero no en todos ellos ha sido definido. En efecto, la fórmula comúnmente utilizada en ellos es la de establecer cláusulas de no discriminación²⁶⁹, en las que se establecen criterios prohibidos para utilizar en distinciones, pero no se define el contenido de la noción de discriminación. En todo caso, igualmente existen instrumentos que si la han conceptualizado, entre los cuales merecen destacarse los siguientes:

Convenio N° 111 de la O.I.T. sobre la Discriminación en el Empleo y la Ocupación (1958), que la define para efectos de dicho convenio como “cualquier distinción, exclusión, o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional, u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”²⁷⁰.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de la ONU, que establece en su artículo 1.1 que para efectos de dicha convención, la expresión “discriminación racial” se entenderá como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia, basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio y condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquiera otra esfera de la vida pública”²⁷¹.

La Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de la ONU (CEDAW) utiliza los mismos criterios que la convención señalada anteriormente y define la discriminación contra la mujer como “toda distinción, restricción

²⁶⁷ PÁGINA WEB DE LA COMISIÓN EUROPEA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN. <<http://www.stop-discrimination.info>> [consulta: 01 de enero de 2008].

²⁶⁸ PÁGINA WEB DE LA COMISIÓN EUROPEA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN. <www.stop-discrimination.info>. [consulta: 01 de enero de 2008].

²⁶⁹ Patricia Palacios explica que dichas cláusulas pueden revestir el carácter de cláusulas subordinadas, o cláusulas autónomas. Las subordinadas hacen referencia “a la obligación de los Estados Partes de un tratado sólo a reconocer, garantizar o satisfacer los derechos y libertades reconocidos en el respectivo instrumento a todos sin discriminación, mientras que la cláusula autónoma establece el principio general de no discriminación en sí mismo, que no se limita al ámbito cubierto por la declaración o tratado, sino que cobra su máxima expresión al ser aplicado justamente a situaciones no allí incluidas”. PALACIOS, P. 2006. La No Discriminación. Santiago. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Pág. 30.

²⁷⁰ Convenio N° 111 de la O.I.T. sobre la Discriminación en el Empleo y la Ocupación, de 1958, aprobado por nuestro país en 1971, mediante Decreto promulgatorio N° 733 del Ministerio de Relaciones Exteriores

²⁷¹ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de la ONU, aprobada por nuestro país en 1971, mediante Decreto promulgatorio N° 747 del Ministerio de Relaciones Exteriores

o exclusión basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, de los derechos humanos o las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera²⁷²”.

La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, señala que para efectos de dicha Convención, se entiende por Discriminación contra las personas con discapacidad “toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales²⁷³”.

En base a los tres primeros instrumentos señalados, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas²⁷⁴ plasmó en su Observación General N° 18, de 1989, lo que debía entenderse por discriminación, considerándola como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”. La Observación General N° 18, a juicio de Daniel O’Donnell, también incorporó a la doctrina del Comité de Derechos Humanos el “(...) concepto de que no toda diferenciación de trato constituye discriminación, así como los criterios que permiten distinguir entre discriminación y mero trato diferenciado. El último párrafo de la Observación General establece: “Por último, el Comité observa que no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”. ”²⁷⁵

De esa manera, se ha concluido que “una diferenciación de trato que resulta en el privilegio o la desventaja de una persona o sector de la población llega a ser legítima (aún cuando se base en un criterio de distinción prohibido), cuando reúne las siguientes características:

Que sea aplicada en forma objetiva.

Que obedezca a una justificación razonable.

Que se mantenga una cierta proporcionalidad entre la medida distintiva y la finalidad perseguida.

²⁷² Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de la ONU, aprobada por nuestro país en 1989, mediante Decreto promulgatorio N° 789 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

²⁷³ Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada por nuestro país el año 2002, mediante Decreto promulgatorio N° 99 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

²⁷⁴ Órgano encargado de velar por el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

²⁷⁵ O’DONNELL, D, 2007. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Santiago, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Pág. 931.

Que se persiga un propósito legítimo en virtud del Pacto”²⁷⁶.

En nuestro país, el Código del Trabajo establece en su artículo 2 que las relaciones laborales deberán fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona, y que uno de los principios de las leyes laborales es justamente el de no discriminación. Luego, define los “actos de discriminación”, y señala cuales no deberán considerarse discriminatorios. Así, dispone que los actos de discriminación son “(...)las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.”^{277 278}

Por su parte, el Mensaje Presidencial con el que se inicia proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación (Boletín N° 3815-07), contempla, en su artículo 3, la siguiente definición de discriminación, “Para efectos de esta ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión, restricción o preferencia arbitraria, por acción o por omisión, basada en la raza, color, origen étnico, edad, sexo, género, religión, creencia, opinión política o de otra índole, nacimiento, origen nacional, cultural o socioeconómico, idioma o lengua, estado civil, orientación sexual, enfermedad, discapacidad, estructura genética o cualquiera otra condición social o individual”²⁷⁹. Nuevamente, cabe destacar que se incorpora como criterio prohibido de diferenciación a la orientación sexual de las personas.

²⁷⁶ PALACIOS ZULOAGA, P. 2006. La No Discriminación. Santiago. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Pág. 41.

²⁷⁷ El año 2003 se presentó a tramitación un proyecto de ley elaborado por diputados de la Concertación, que tipificaba en el Código Penal delitos contra los derechos de los trabajadores. No obstante lo discutible de la propuesta en cuanto a penalizar las circunstancias ahí abordadas, es rescatable que una de las figuras planteadas consista en sancionar a los que produzcan “(...)grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, (...) y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado (...)”. Es decir, a diferencia del Código del Trabajo actual, aquí se considera expresamente la orientación sexual como motivo prohibido de discriminación, lo que resulta absolutamente destacable. **Proyecto de ley que tipifica conductas atentatorias contra los derechos de los trabajadores, estableciendo un nuevo título en el Código Penal (Boletín N° 3332-07).**

²⁷⁸ Por otra parte, la Ley N° 19.284, que establece normas para la plena integración social de personas con discapacidad, si bien no se detiene a definir el concepto de discriminación, se plantea como objetivo velar por que las personas con discapacidad puedan ejercer plenamente los derechos que la Constitución y las leyes reconocen a todas las personas. Para ello, por tanto, impone obligaciones tanto al Estado como a los particulares en el afán de lograr una equiparación de oportunidades, que las refiere al acceso a la cultura, a la información, a las comunicaciones y al espacio físico, a la educación, a la capacitación e inserción laborales, entre otras materias. Ahora bien, durante el año 2007 la Cámara de Diputados aprobó un proyecto de ley que modifica la Ley N° 19.284, y lo envió al Senado para su segundo trámite constitucional. El proyecto aprobado por la Cámara, comienza estableciendo que el objeto de la ley será “asegurar el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, con el fin de obtener su plena inclusión social, asegurando el disfrute de sus derechos y eliminando cualquier forma de discriminación fundada en la discapacidad (Artículo 1 del proyecto de ley que modifica la Ley N° 19.284, que establece normas para la plena integración social de las personas con discapacidad. Oficio N° 7031 de 03 de octubre de 2007, enviado por la Cámara de Diputados al Senado. Boletín N° 3875-11). En el artículo 5° de dicho proyecto, se establece lo que, para efectos de dicha ley, se entiende por discriminación, a saber “Toda distinción, exclusión o restricción arbitraria fundada en la discapacidad, y cuyo fin o efecto sea la privación, perturbación o amenaza en el goce o ejercicio de los derechos establecidos en el ordenamiento jurídico.

²⁷⁹ Mensaje N° 315-352 con el que inicia un proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación, ingresado a la Cámara de Diputados el 22 de marzo de 2005.

También cabe destacar que, en el año 2000, ingresó a tramitación un proyecto de ley presentado por diputados de la Concertación, que establece una ley marco sobre derechos sexuales y reproductivos²⁸⁰. Este proyecto, en su artículo 5°, dispone que “Se prohíbe toda forma de discriminación en el ejercicio de estos derechos, ya sea del Estado, de cualquiera de sus agentes o de los particulares. Para efectos de esta ley, se entenderá por discriminación cualquier exclusión, menoscabo, restricción o diferenciación arbitraria basada en el sexo, la edad, la orientación sexual, el estado civil, el origen étnico, el origen de clase social, religión o creencias, discapacidad o cualquier causa análoga.” Además, en el artículo 9°, se “reconoce el derecho a toda persona a ejercer la sexualidad independiente de la reproducción y la libertad para elegir con quien vivir la sexualidad.”

Lamentablemente, la señalada moción se encuentra detenida en la Comisión de Salud desde hace siete años. No obstante, esta Comisión si aprobó ya en general y en particular el proyecto de ley enviado por el Ejecutivo, que regula los derechos y deberes que las personas tienen en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, proyecto que actualmente cuenta con suma urgencia, y que en su artículo 2°, inciso 1°, dispone que “Toda persona tiene derecho a que, cualquiera que sea el prestador que le otorgue atención de salud, ésta le sea dada sin discriminación arbitraria alguna por razones de sexo, orientación sexual, etnia, raza, religión, condición física o mental, nivel socioeconómico, ideología, afiliación política o sindical, cultura, nacionalidad, edad, información genética, sistema de salud u otras”²⁸¹

Por otra parte, el año 2003, se presentó el Proyecto de Ley de Fomento de la no discriminación y contrato de unión civil entre personas del mismo sexo, el cual quedó radicado en la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados, sin que ella haya emitido aún informe alguno. Este proyecto, aparte de resultar relevante por regular las uniones civiles entre homosexuales, contiene un artículo que se refiere específicamente a la prohibición de utilizar la orientación sexual como criterio que impida ejercer derechos parentales. En efecto, el artículo 2 señala lo siguiente: “La orientación sexual de una persona no podrá ser considerada en ningún caso como elemento en contra para el discernimiento de guardas, regulación del régimen de visitas, ejercicio del derecho preferente de educación de los hijos, y en general cualquier derecho donde la orientación sexual pueda invocarse como elemento restrictivo para el ejercicio de tales derechos.”²⁸²

En tanto, en julio de 2007 se presentó una moción sobre reforma constitucional que incorpora normas contra la discriminación y publicidad que atente contra la dignidad de las personas²⁸³. Este proyecto, que quedó radicado en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, consta de dos artículos: En el primero, se intercala un nuevo inciso segundo al artículo 19 N° 2 de la Constitución, el cual es del siguiente

²⁸⁰ **Ley marco sobre derechos sexuales y reproductivos. Moción de las diputadas señoras María Antonieta Saa, Fanny Pollarolo, Isabel Allende, Rosa González y Marina Prochelle y de los diputados señores Víctor Barrueto, Osvaldo Palma, Carlos Jarpa, Jaime Mulet y Gabriel Ascencio (Boletín N° 2608-11).**

²⁸¹ Mensaje N° 223-354 con el que se inicia un proyecto de ley que regula los derechos y deberes que las personas tienen en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.

²⁸² Proyecto de Ley de fomento de la no discriminación y de contrato de unión civil entre personas del mismo sexo. Moción presentada por los diputados y diputadas Accorsi Opazo, Ascencio Mansilla, Hales Dib, Jeame Barrueto, Leal Labrín, Palma Flores, Rossi Ciocca, Saa Díaz, Tohá Morales, y Vidal Lázaro. (Boletín N° 3283-18).

²⁸³ Reforma Constitucional que incorpora normas contra la discriminación y publicidad que atente contra la dignidad de las personas (Boletín N° 5193-07). Iniciado en moción de los parlamentarios Accorsi Opazo, Cristi Marfil, Goic Borojevic, Muñoz D'Albora, Pascal Allende, Rubilar Barahona, Saa Díaz, Soto González, Tohá Morales y Vidal Lázaro.

tenor: “La ley garantizará el respeto, la protección y el fomento de la igualdad en todas sus dimensiones. Ni persona, ni autoridad alguna, podrá establecer distinciones en relación con el edad, sexo, estirpe, género, condición u orientación sexual, origen racial, cultural o socioeconómico, o cualquier otra condición social o individual.” Luego, introduce en el artículo 19 N° 12, un nuevo inciso segundo, que prohíbe a los medios de comunicación o publicitarios, hacer uso de su libertad de emitir opinión e informar promoviendo la discriminación basada en la diferencias de raza, color, origen étnico, edad, sexo, religión, creencia, opinión política, origen nacional, cultural o socioeconómico, orientación sexual y muy especialmente en la inferioridad o superioridad de sexo.

Junto con dicho proyecto, el mismo grupo de parlamentarios, ingresó una moción para modificar la Ley del Consumidor, N° 19.496, en el sentido de prohibir expresamente la publicidad que atente contra la dignidad de las personas, grupo o género o establezca discriminaciones arbitrarias, que se basen, entre otras razones, en la orientación sexual.²⁸⁴

Ahora bien, sin duda el proyecto que mayor debate legislativo ha generado en esta materia es el que establece medidas contra la discriminación. Ya se señaló anteriormente que el Mensaje de dicho proyecto define la discriminación e incluye la orientación sexual dentro de las categorías prohibidas de discriminación. Además, establece una norma penal especial en el artículo 12 del Código Penal, en virtud de la cual se considera circunstancia agravante el cometer el delito por una motivación discriminatoria fundada en las categorías señaladas en el artículo 3²⁸⁵. Durante su tramitación, se cambió la expresión “orientación sexual” por “condición sexual”, ya que se sostuvo que la primera no había sido usada antes en nuestro ordenamiento jurídico, y que para la doctrina podía implicar derechos para las personas de distinta orientación sexual, como por ejemplo al matrimonio, lo que no se podía abordar en el momento. El entonces Ministro Secretario General de Gobierno, Osvaldo Puccio, sostuvo, en tanto, que el término orientación sexual era universalmente aceptado y permitía compatibilizar nuestra legislación con la normativa internacional. Agregó que a la homosexualidad no la consideraba una condición sexual, sino una orientación sexual²⁸⁶. De todos modos, en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, se presentaron indicaciones que permitieron que el proyecto fuera en definitiva aprobado por la Cámara con su redacción original.

El proyecto comentado, que hoy se encuentra en el Senado en segundo trámite constitucional, fue fruto de diversas indicaciones, una de las cuales resulta interesante en

²⁸⁴ El proyecto señala en su primer artículo que se introducirá un nuevo artículo 27 bis del siguiente tenor: “Es contraria a los principios y disposiciones de esta ley, y se considerará ofensiva, toda publicidad que atente contra la dignidad de las personas, grupo o género, o establezca discriminaciones arbitrarias, basadas en la raza, origen étnico, edad, sexo, orientación sexual, religión, enfermedad, discapacidad, origen cultural o socioeconómico, y muy especialmente la que se base en la premisa de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos.” Moción que introduce reglas relativas a la publicidad discriminatoria en la Ley del Consumidor (Boletín N° 5194-03). Independientemente del análisis particular que de estos dos proyectos pueda realizarse, parece sumamente destacable que la discriminación se prohíba y se regule también en el ámbito de la publicidad, de modo de comenzar a destruir estereotipos y de impedir que estos estereotipos sean, además, un negocio lucrativo.

²⁸⁵ El artículo 3, del Mensaje Presidencial N° 315-352 con el que se inicia un proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación, prescribe que: “Para efectos de esta ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión, restricción o preferencia arbitraria, por acción o por omisión, basada en la raza, color, origen étnico, edad, sexo, género, religión, creencia, opinión política o de otra índole, nacimiento, origen nacional, cultural o socioeconómico, idioma o lengua, estado civil, orientación sexual, enfermedad, discapacidad, estructura genética o cualquiera otra condición social o individual.”

²⁸⁶ Segundo Informe de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputados, recaído en el proyecto que establece medidas contra la discriminación. (Boletín N° 3815-07).

esta materia: se trata de la presentada por los Senadores Girardi, Navarro y Ominami en orden a establecer un nuevo artículo que regule la discriminación por orientación sexual en el cuidado personal, realizando los ajustes necesarios en las normas pertinentes del Código Civil. Así, se pretendía incorporar un nuevo inciso en el artículo 225 de dicho texto legal, que fuese del siguiente tenor: “No se comprenderá dentro de las inhabilidades para ejercer el cuidado personal del menor, la orientación sexual diversa del padre o de la madre que ejerza o pueda ejercer, de acuerdo con las reglas generales, este cuidado, sea que mantenga o no alguna relación con otra persona de su mismo sexo.” Sin embargo, esta indicación fue rechazada, contando sólo con el voto favorable del Senador Ávila, y siendo informada desfavorablemente por el Subsecretario General de Gobierno, quien señaló que la regulación específica propuesta por los diputados no se conciliaba con el propósito de una legislación general que permita el desarrollo jurisprudencial en la construcción de estos conceptos.²⁸⁷

Por último, resulta relevante revisar la moción que el Senador Ominami Pascual presentase en enero del año en curso, y que modifica el Código Civil, la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia y la Ley N° 16.618 de Menores, en materia de inhabilidades para ejercer el cuidado personal de hijos de padres separados (Boletín N° 5743-07). La iniciativa legal introduce modificaciones en los referidos textos legales de modo de asegurar que no se comprenderá como una inhabilidad para ejercer el cuidado personal, la orientación sexual de los progenitores, o el hecho que uno de ellos mantenga una relación con una persona de su mismo sexo, ya sea en la esfera de su vida pública o privada. Así, en el primer artículo del proyecto de ley, se introduce un nuevo inciso tercero en el artículo 225 del Código Civil, del siguiente tenor: “No se comprende dentro de las inhabilidades para ejercer el cuidado personal del menor, la orientación sexual diversa de la madre, padre o adulto que ejerza o pueda ejercer, de acuerdo con las reglas generales, este cuidado. Tampoco será causal de inhabilidad el hecho que quien detente o pueda detentar, el cuidado personal del niño mantenga o no alguna relación con otra persona de su mismo sexo, ya sea en la esfera de su vida privada o pública.” Agrega también un nuevo inciso final al artículo 229 del Código Civil, refiriéndose al derecho-deber de mantener una relación directa y regular con los hijos, en los siguientes términos: “No será causal fundada para suspender o restringir este derecho, la orientación sexual diversa de la madre o del padre, sea que mantenga o no alguna relación, ya sea en la esfera de su vida privada o pública, con otra persona de su mismo sexo.” Agrega, asimismo, un nuevo inciso final al artículo 244 del señalado Código, que establece lo siguiente: “No será causal para suspender, restringir o privar de este derecho a quien lo detente, su orientación sexual diversa, sea que mantenga o no alguna relación, ya sea en la esfera de su vida privada o pública, con otra persona de su mismo sexo.”²⁸⁸ El proyecto contiene una muy buena fundamentación, relacionada

²⁸⁷ Segundo informe de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece medidas contra la discriminación.. Pág. 77 y siguientes. (Boletín N° 3815-07).

²⁸⁸ Proyecto de Ley que modifica el Código Civil, la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, y la Ley N° 16.618 de Menores, en materia de inhabilidades para ejercer el cuidado personal de hijos de padres separados. Ingresado al Senado el 22 de enero de 2008 (Boletín N° 5743-07). El proyecto propone además, en sus dos artículos siguientes, las modificaciones que a continuación se señalan: ARTÍCULO 2: Modifíquese la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia en el siguiente sentido: 1° Modifíquese el artículo 341 incorporando el siguiente inciso segundo nuevo, pasando a ser el actual inciso segundo, el final: “La prueba de la orientación sexual diversa de alguna de las partes, sea que se manifieste en la esfera de su vida privada o pública, no será considerada en la sentencia como fundamento para restringir, suspender o privar de algún derecho con respecto del menor, a aquel contra quien resulte probada dicha orientación.” ARTÍCULO 3: Modifíquese La Ley N° 16.618 de Menores en el siguiente sentido: 1° Intercalase en el inciso segundo del artículo 16 bis, después del (.) seguido y antes de la frase “De la misma forma procederá

con los Pactos Internacionales y nuestro texto constitucional, y los derechos y libertades en ellos garantizados, tanto en materia de igualdad, de no discriminación, como de respeto a la vida privada, y de primacía del interés superior del niño. Asimismo, se refiere a las investigaciones que concluyen que "(...) la orientación sexual de los progenitores, en sí misma y vivan o no en pareja, no parece ser una variable relevante a la hora de determinar el modo en que se construye el desarrollo y ajuste psicológico de hijos e hijas.²⁸⁹". El proyecto representa, por lo tanto, un tremendo avance en materia de no discriminación en relaciones paterno-materno-filiales, y es de esperar que tenga cabida en la agenda parlamentaria, de modo de que se discuta, justamente el objeto de esta tesis, en sede legislativa. Sin embargo, pareciese necesario reformular el articulado propuesto en la moción, de modo de recalcar que lo importante en materia de cuidado personal es resguardar el interés superior del niño, el que en cada caso concreto debe evaluarse a la luz de sus circunstancias. Este reparo surge, básicamente, porque tal como está redactada esta iniciativa, podría entenderse que nunca podrá involucrarse la orientación sexual de los padres en conflictos familiares llevados a sede judicial relacionados con el cuidado personal de los hijos, impidiendo de plano la discusión a ese respecto, lo que importaría restringir el ámbito de primacía del interés superior de los niños, niñas y adolescentes. No obstante lo anterior, la moción constituye un gran aporte a la discusión legislativa en nuestro país.

En síntesis, el debate sobre la orientación sexual está básicamente instalado. Ahora bien, los órganos pertinentes del sistema de derechos humanos han debido pronunciarse respecto a la discriminación por orientación sexual, justificando si ella cabe dentro de alguna categoría, y en caso afirmativo, si pertenece a la categoría de discriminación por sexo o por la cláusula general "otra condición social", existiendo sentencias representativas de las distintas posturas, pocas aún, pero, en definitiva, construyendo jurisprudencia al respecto. Y, si bien no hay consenso aún en cuanto a la forma en que la prohibición de discriminación por orientación sexual se acoge en los instrumentos internacionales, al menos existe la claridad que, independientemente de la vía a utilizar, la discriminación sexual es manifiestamente contraria a los derechos humanos. En efecto, en marzo del año 2007, un grupo de 29 expertos del mundo en derechos humanos presentó un documento denominado "*Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de las leyes internacionales de Derechos Humanos en relación a la Orientación Sexual y la Identidad de Género*". *Estos principios pretenden ser los que* dicten la pauta para que las Naciones Unidas y los gobiernos avancen hacia garantizar el alcance universal de las protecciones a los derechos humanos.²⁹⁰

Por otra parte, en el ámbito del Derecho Comparado, ya algunos países han incluido expresamente en sus textos constitucionales la orientación sexual como categoría respecto de la cual se prohíbe la discriminación, y en nuestro país ha comenzado paulatinamente el debate en torno a ella, principalmente luego de la controvertida sentencia recaída en el llamado "caso Atala". Como se señalare anteriormente, existen en el Congreso Nacional algunos proyectos de ley que abordan la materia, siendo quizás, el más importante, tanto por sus alcances como por la efectiva tramitación legislativa, el que establece medidas

respecto de un menor de dieciséis años imputado de haber cometido una falta.", la siguiente frase: "No será motivo suficiente para que Carabineros de Chile ejerza esta función, la sola orientación sexual diversa de los miembros de su familia, de algún miembro de la familia o de quien ejerce el cuidado del menor, sea que se manifieste en la esfera de su vida privada o pública dicha orientación."

²⁸⁹ Proyecto de Ley que modifica el Código Civil, la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia y la Ley N° 16.618 de Menores en materia de inhabilidades para ejercer el cuidado personal de hijos de padres separados. Ingresado al Senado el 22 de enero de 2008 (Boletín N° 5743-07).

²⁹⁰ PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA. [en línea] <<http://www.yogyakartaprinciples.org>> [consulta: 12 diciembre 2007]

contra la discriminación, y es de esperar igualmente que el proyecto relativo a la no consideración de la orientación sexual en materia de cuidado personal, obtenga el impulso necesario para ser debatido al interior de las ramas del Congreso Nacional.

3.5. El interés superior del niño a la luz del cuidado personal y su vinculación con el principio de igualdad y de no discriminación.

No obstante la relevancia que reviste el principio de no discriminación, todavía hay quienes señalan que él debe ceder frente al principio del interés superior del niño, por lo que se dice ante un conflicto como el que se analiza en esta tesis, a saber, el de la orientación sexual de los progenitores como factor determinante en la atribución del cuidado personal de los hijos, debe prevalecer el interés superior de los niños, que justificaría la discriminación. El fallo de la Cuarta Sala de la Corte Suprema, que quitó a Karen Atala el cuidado personal de sus tres hijas, sostuvo este argumento en su considerando décimosexto, al señalar que “(...)no es posible desconocer que la madre de las menores de autos, al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual, como puede hacerlo libremente toda persona en el ámbito de sus derechos personalísimos en el género sexual, sin merecer por ello reprobación o reproche jurídico alguno, ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas”²⁹¹.

El tema a desarrollar a continuación consiste justamente en demostrar que, no obstante que la primacía del principio del interés superior del niño es incuestionable, constituye un error asumir de plano que él se contrapone al principio de no discriminación. En otras palabras, la idea central que pretenden instaurar los párrafos siguientes, es que existe la posibilidad de satisfacer ambos principios, ya que la orientación sexual homosexual de uno de los padres y su convivencia con una persona de su mismo sexo no necesariamente será contraria al interés superior de sus hijos.

Ahora bien, para comenzar, hay que señalar que durante la tramitación del mentado caso Atala, los distintos tribunales que lo conocieron debieron referirse al interés superior de los niños y la relevancia que para éste revestía la opción sexual de la madre.

Por una parte, Doña Viviana Cárdenas Beltrán, Jueza Subrogante del Juzgado de Villarrica, conceptualizó y desarrolló en el considerando vigésimo séptimo de su sentencia de primera instancia el interés superior del niño, en los siguientes términos: “(...)En forma previa es necesario precisar que este interés superior del niño no es un derecho por sí solo y que tampoco se trata de una norma para aplicar en forma directa, sino que, más bien, es un principio que orienta, conduce, determina, fundamenta y limita la actuación de la sociedad respecto de los niños y que se debe manifestar en todos los ámbitos. En materia jurisdiccional se trata de un principio especial que sirve para lograr una interpretación armónica que tenga como fin la tutela judicial efectiva de los derechos de los justiciables,

²⁹¹ CUARTA SALA DE LA CORTE SUPREMA. 2004. Considerando decimosexto de la sentencia de 31 de mayo de 2004, recaída en el Recurso de Queja interpuesto por Jaime López Allende en contra de ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco y su Fiscal Judicial. Anuario de Derechos Humanos. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. [en línea] <[http://www.anuariodch.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3__CHILE%20\(1\).pdf](http://www.anuariodch.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3__CHILE%20(1).pdf)>[consulta: 25 octubre 2007].

según lo expone la Jueza de Menores de San Bernardo, doña Alba Llanos Melussa, en su artículo “Interés Superior del Niño”, publicado en el Boletín N° 3 de la Revista del Instituto de Estudios Judiciales. En el mismo artículo expone que para determinar el sentido y alcance de la expresión “Interés Superior del Niño” es preciso tener en cuenta que el término “Interés” alude a un provecho, utilidad, ganancia, porque es el valor que en sí tiene una cosa; y en cambio, el significante “Superior” se refiere a lo que está más alto y en lugar preeminente respecto de otra cosa, aquello más digno respecto de otras cosas de menor aprecio y bondad. Teniendo presente lo anterior, es posible concluir que el principio del interés superior del niño cobra aplicación específicamente frente a una colisión de derechos cuyo ejercicio simultáneo resulta incompatible. Así es posible afirmar que el derecho a la vida, a la integridad física o síquica, a no ser separado de sus padres, a la identidad, a la no discriminación, son por esencia derechos de la más alta jerarquía que deben protegerse y privilegiarse cuando entren en conflicto con otros de menor jerarquía. Sin embargo, como se ha advertido, no se ha acreditado que la madre de las menores haya puesto en peligro el respeto de los referidos derechos de las menores, por lo que, en concepto de esta sentenciadora, el principio del interés superior del niño no ha sido vulnerado.”²⁹²

En tanto, en la Corte Suprema, al conocer del caso a través de un recurso de queja interpuesto por el padre, don Jaime López Allende, el interés superior del niño fue invocado tanto para acoger el Recurso de Queja, en el voto de mayoría, como para rechazarlo, en el voto de minoría.

En efecto, el considerando décimo de dicha sentencia señala, a propósito del interés superior del niño, “Que los tribunales están obligados a considerar ese principio esencial al resolver los asuntos relacionados con derechos y obligaciones de padres e hijos, tanto porque esa noción representa el espíritu general de la legislación sobre la materia, cuanto porque así lo manda el legislador al establecer, en el inciso segundo del artículo 242 del Código citado, que “en todo caso, para adoptar sus resoluciones, el juez, atenderá como consideración primordial, el interés superior del hijo.”²⁹³

La misma Corte, luego de señalar en el considerando décimo segundo que “(...)el tribunal puede confiar el cuidado personal de los hijos al otro padre, haciendo cesar la tuición de quien la ejerce, si existe una causa calificada que haga indispensable adoptar la resolución, teniendo en cuenta el interés del hijo²⁹⁴”, concluye en el considerando décimo noveno, que las condiciones descritas (es decir, los efectos que esa convivencia homosexual puede causar en el bienestar y desarrollo emocional de las hijas, atendida sus edades, la eventual confusión de roles sexuales por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, el

²⁹² JUZGADO DE LETRAS DE VILLARRICA. 2003. Considerando vigésimo séptimo de sentencia pronunciada el 29 de octubre de 2003 por doña Viviana Cárdenas Beltrán. Anuario de Derechos Humanos. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. [en línea] <[http://www.anuariodch.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3__CHILE%20\(1\).pdf](http://www.anuariodch.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3__CHILE%20(1).pdf)>[consulta: 25 octubre 2007]

²⁹³ CUARTA SALA DE LA CORTE SUPREMA. 2004. Considerando décimo de la sentencia de 31 de mayo de 2004, recaída en el Recurso de Queja interpuesto por Jaime López Allende en contra de ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco y su Fiscal Judicial. Anuario de Derechos Humanos. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. [en línea] <[http://www.anuariodch.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3__CHILE%20\(1\).pdf](http://www.anuariodch.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3__CHILE%20(1).pdf)>[consulta: 25 octubre 2007].

²⁹⁴ CUARTA SALA DE LA CORTE SUPREMA. Considerando décimo segundo de la sentencia de 31 de mayo de 2004, recaída en el Recurso de Queja interpuesto por Jaime López Allende en contra de ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco y su Fiscal Judicial. Anuario de Derechos Humanos. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. [en línea] <[http://www.anuariodch.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3__CHILE%20\(1\).pdf](http://www.anuariodch.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3__CHILE%20(1).pdf)>[consulta: 25 octubre 2007].

estado de vulnerabilidad en que se encuentran las niñas en su medio social por tener un entorno familiar que se diferencia significativamente de aquel que tienen sus compañeros de colegio, y la posibilidad por ello de ser objeto de aislamiento y discriminación), "(...)constituyen ampliamente la causa calificada que el legislador ha incluido entre las circunstancias que en conformidad con el artículo 225 del Código Civil, autorizan al juez para entregar el cuidado personal de los hijos al padre en lugar de la madre, pues ellas configuran un cuadro que irroga el riesgo de daño, los que podrían tornarse irreversibles, para los intereses de las menores, cuya protección debe preferir a toda otra consideración, en los términos definidos imperativamente por la normativa que gobierna la materia²⁹⁵".

Por el contrario, los votos minoritarios de los Ministros José Benquis C. y Orlando Álvarez H., se sostuvieron, en este sentido, en base a que "el juez no puede variar la norma general de la radicación del cuidado de los hijos, por arbitrio o con fundamentos faltos de justificación, livianos o ambiguos, sino únicamente cuando un examen restrictivo de la normativa legal y de los antecedentes acompañados demuestre un indispensable interés del niño²⁹⁶". Luego, señalaron que "(...) al respecto, en los dictámenes que obran en los autos agregados, tanto los psicólogos como las asistentes sociales, infieren que la homosexualidad de la madre no vulnera los derechos de las niñas, ni priva a aquella de ejercer su derecho de madre, ya que desde una perspectiva psicológica o siquiátrica, a juicio de dichos expertos, se trata de una persona absolutamente normal. De ello puede desprenderse que está también habilitada, como sucede en la realidad para ejercer como Jueza, cargo para en cuyo desempeño no aparece cuestionada su moralidad. En tal emergencia, restarle a la madre, sólo por su opción sexual, la tuición de sus hijas menores de edad –como lo ha requerido el padre sobre la base de apreciaciones netamente subjetivas- involucra imponer tanto a aquellas como a la madre una sanción innominada y al margen de la ley, amén de discriminatoria."²⁹⁷

Por lo tanto, la pregunta que cabe formularse ahora es la siguiente: ¿puede considerarse la homosexualidad de uno de los padres como una causa calificada que afecte el interés del hijo y haga indispensable que se atribuya el cuidado personal al otro padre?

Lo primero que es necesario delimitar, entonces, es la esfera de protección que impone el interés superior del niño. Es decir, qué grado de vulnerabilidad es tolerable aceptar dentro del desarrollo de un niño, qué situaciones de riesgo forman simplemente parte de su proceso de aprendizaje y cuáles atentan de plano contra el desarrollo de su personalidad.

²⁹⁵ CUARTA SALA DE LA CORTE SUPREMA. Considerando décimo noveno de la sentencia de 31 de mayo de 2004, recaída en el Recurso de Queja interpuesto por Jaime López Allende en contra de ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco y su Fiscal Judicial. Anuario de Derechos Humanos. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. [en línea] <[http://www.anuariodch.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3__CHILE%20\(1\).pdf](http://www.anuariodch.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3__CHILE%20(1).pdf)>[consulta: 25 octubre 2007]

²⁹⁶ CUARTA SALA DE LA CORTE SUPREMA. 2004. Fundamento 6° del voto minoritario de los Ministros señores José Benquis C. y Orlando Álvarez H., en sentencia de 31 de mayo de 2004, recaída en el Recurso de Queja interpuesto por Jaime López Allende en contra de ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco y su Fiscal Judicial. Anuario de Derechos Humanos. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. [en línea] <[http://www.anuariodch.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3__CHILE%20\(1\).pdf](http://www.anuariodch.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3__CHILE%20(1).pdf)>[consulta: 25 octubre 2007]

²⁹⁷ CUARTA SALA DE LA CORTE SUPREMA. 2004. Fundamento 9° del voto minoritario de los Ministros señores José Benquis C. y Orlando Álvarez H., en sentencia de 31 de mayo de 2004, recaída en el Recurso de Queja interpuesto por Jaime López Allende en contra de ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco y su Fiscal Judicial. Anuario de Derechos Humanos. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. [en línea] <[http://www.anuariodch.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3__CHILE%20\(1\).pdf](http://www.anuariodch.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3__CHILE%20(1).pdf)>[consulta: 25 octubre 2007].

Al respecto, el considerando décimo séptimo del fallo de la Corte Suprema en comento, estableció: “Que, aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, atendidas sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto de la cual deben ser protegidas”²⁹⁸.

Entonces, la Corte parte de la base que ante una situación de riesgo se puede modificar la regla de atribución legal. El punto es si la homosexualidad de la madre -en este caso- y su convivencia con una persona de su mismo sexo constituyen o no una situación de riesgo.

Verónica Undurraga, al analizar el interés superior del niño y la necesidad que en su determinación el juez atienda a las circunstancias actuales, reales y concretas de vida y experiencia del niño o niña, señala: “Si el niño o niña tiene una madre lesbiana –y siendo éste un rasgo inmodificable por parte de la madre- el juicio sobre el interés superior del niño debe tomar en consideración que inevitablemente ese niño o niña deberá enfrentar e incorporar en su experiencia de vida ese hecho. La pregunta sobre el interés superior del niño, en este caso, debe ir dirigida a determinar si alejar a los niños del cuidado cotidiano de la madre y otorgarle la tuición al padre, es la mejor decisión que puede tomarse para que las niñas incorporen de la manera más positiva posible para ellas, la realidad de ser hijas de una madre lesbiana (...).”²⁹⁹ Luego cita lo expresado por un fallo dictado por una Corte en Pennsylvania, en 1992: “Al resolver conflictos sobre tuición de niños, el sistema judicial debe reconocer la realidad de vida de los niños, no importando cuán inusual o compleja sea ésta. (...) Si no lo hace, perpetúa la ficción de la homogeneidad familiar a expensas de los niños cuya realidad no se ajusta a esa forma (...) El interés superior [del niño] se cumple mejor exponiendo al niño a la realidad y no fomentando en el niño vergüenza u horror por el compromiso no tradicional de uno de sus padres.”³⁰⁰

Por otra parte, y como se ejemplificará con distintos fallos a continuación, uno de los argumentos muchas veces esgrimido por los tribunales, es el riesgo a la discriminación por parte de su entorno social al que se exponen los hijos criados por padres homosexuales, riesgo frente al cual los niños deben ser protegidos de antemano.

En el caso Atala, el fallo de la Corte Suprema que acogió el recurso de queja establece en su considerando décimo octavo lo siguiente: “Que, por otro lado, fuerza es admitir que dicha situación situará a las menores López Atala a un estado de vulnerabilidad en su medio social, pues es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan,

²⁹⁸ CUARTA SALA DE LA CORTE SUPREMA. Considerando décimo séptimo de la sentencia de 31 de mayo de 2004, recaída en el Recurso de Queja interpuesto por Jaime López Allende en contra de ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco y su Fiscal Judicial. Anuario de Derechos Humanos. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. [en línea] <[http://www.anuariodch.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3__CHILE%20\(1\).pdf](http://www.anuariodch.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3__CHILE%20(1).pdf)>[consulta: 25 octubre 2007]

²⁹⁹ UNDURRAGA, V. “Interés superior del niño/a y tuición de la madre o padre homosexual”. Publicado en REVISTA DE DERECHOS DEL NIÑO, Números 3 y 4. 2006. Programa de Derechos del Niño del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales. Fondo de Naciones Unidas para la Infancia. Oficina de Chile. Pág. 327.

³⁰⁰ Blew v. Verta. Citada por UNDURRAGA, V. “Interés superior del niño/a y tuición de la madre o padre homosexual”. Publicado en REVISTA DE DERECHOS DEL NIÑO, Números 3 y 4. 2006. Programa de Derechos del Niño del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales. Fondo de Naciones Unidas para la Infancia. Oficina de Chile. Pág. 328.

exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal.³⁰¹”

Al respecto, Astrid Schudeck, señala que “aunque sea procedente y se permita la determinación en concreto del interés del menor, muy poco puede conseguirse si tal determinación se encuentra dominada por la existencia de estereotipos y prejuicios acerca de lo que es más conveniente para el niño. El problema será mayor si dichos estereotipos no consiguen el bienestar del niño.³⁰²”

Para la tesis que aquí se presenta, es importante determinar si la orientación homosexual de los progenitores implica necesariamente un atentado contra el interés superior de sus hijos, o puede considerarse que la afirmación de la existencia de un atentado constituye un mero prejuicio o estereotipo del juzgador³⁰³.

Schudeck describe el caso *Jacoby v. Jacoby*, en el cual la Corte de Apelaciones de Florida, Estados Unidos, se pronunció a favor de una madre lesbiana que reclamaba la custodia de sus hijas, revocando la decisión de primera instancia que se la había negado. El tribunal de 1era instancia habría tomado en esencial consideración los ataques del padre contra la orientación sexual de la madre, y lo dicho por el mismo psicólogo en cuanto a que “un fuerte estigma se adjunta a la homosexualidad y que mientras el ser criado en un ambiente homosexual no parece alterar las preferencias sexuales, sí repercute sobre la interacción social ya que, probablemente, los pares de las niñas y sus parientes tendrán palabras o pensamientos negativos acerca de esto.”³⁰⁴

Es decir, el tribunal de primera instancia asumió que la homosexualidad de la madre y su pareja no era un factor que pudiera distorsionar las preferencias sexuales de las hijas, por lo que no sería eso lo que atentaría contra el interés superior de las niñas, sino que los verdaderos atentados provendrían de los prejuicios sociales en el que ellas se desenvolverían, y en base a eso, decide que la homosexualidad de la madre es perjudicial para sus hijas.

La autora citada explica luego el fallo de segunda instancia, en el que la Corte de Florida señaló, a raíz de la orientación sexual de la madre, que “la conexión entre la conducta y el daño para las niñas debe tener un fundamento evidente, no puede suponerse”³⁰⁵. La Corte agrega que aun cuando los comentarios del tribunal acerca de las creencias de la comunidad y sus posibles reacciones, fueran correctos y apoyados en la prueba del

³⁰¹ CUARTA SALA DE LA CORTE SUPREMA. Considerando décimo octavo de la sentencia de 31 de mayo de 2004, recaída en el Recurso de Queja interpuesto por Jaime López Allende en contra de ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco y su Fiscal Judicial. Anuario de Derechos Humanos. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. [en línea] <[http://www.anuariodh.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3__CHILE%20\(1\).pdf](http://www.anuariodh.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3__CHILE%20(1).pdf)>[consulta: 25 octubre 2007]

³⁰² SCHUDECK, A. 2002. El interés superior del niño. Memoria para obtener el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Pág. 30.

³⁰³ Astrid Schudeck señala que “se entiende por estereotipos, las ideas o concepciones compartidas por un conjunto de personas o por la mayoría de la comunidad. Por prejuicios, las ideas u opiniones carentes de fundamento y de objetividad, no racionales; las convicciones que se sostienen sin conocimiento de los hechos sino que con una perspectiva absolutamente individual” SCHUDECK, A. 2002. El interés superior del niño. Memoria para obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Pág. 30.

³⁰⁴ SCHUDECK, A. 2002. El interés superior del niño. Memoria para obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Págs. 36 a 41.

³⁰⁵ SCHUDECK, A. 2002. El interés superior del niño. Memoria para obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Págs. 36 a 41.

expediente, el derecho no podía dar efecto a prejuicios privados³⁰⁶. Schudeck señala al respecto: “El razonamiento de la Corte es notable. Las únicas condiciones necesarias para tomar en cuenta la orientación sexual de los progenitores, consisten en que se verifique un daño cierto para los hijos y la existencia de una relación causal entre tal conducta y el perjuicio (en forma similar a lo que se exige para atribuir responsabilidad en el ámbito extracontractual). De lo contrario, estaremos frente a simples prejuicios privados que ningún efecto pueden tener para el derecho.”³⁰⁷

En el mismo sentido que la Corte de Florida, el fallo de primera instancia del Juzgado de Villarrica que se pronunció en el caso de las niñas López Atala, estableció, en el considerando vigésimo octavo de la sentencia, que “(...) De los testimonios a que se ha hecho referencia se concluye que las menores no han sido objeto de ninguna discriminación a la fecha y lo que los testigos y parientes de la parte demandante manifiestan es un temor a una posible discriminación futura. Con respecto a este punto es conveniente señalar que este tribunal debe fundar su resolución en hechos ciertos y probados en la causa y no en meras suposiciones o temores.”³⁰⁸

En la misma línea, Verónica Undurraga cita una sentencia de la Corte de New Jersey que expresa lo siguiente: “Si (la madre lesbiana) retiene la tuición, es posible que, como la comunidad es intolerante frente a sus diferencias, estas niñas algunas veces tengan que tener una fortaleza mayor que la corriente. Pero esto no necesariamente significa que su bienestar moral o su seguridad estén amenazados. Es igualmente razonable esperar que ellas resulten mejor preparadas para buscar sus propios estándares de lo bueno y lo malo, más hábiles para percibir que la mayoría no siempre está en lo correcto en sus juicios morales, y más capacitadas para comprender la importancia de adecuar sus creencias a los requerimientos de la razón y el conocimiento empírico y no a las estrecheces propias de los sentimientos o prejuicios populares vigentes. Separar a las niñas (de su madre) sólo puede hacerse con el costo de sacrificar aquellas cualidades que ellas encontrarán más provechosas para los desafíos que necesariamente vendrán. En lugar de fortaleza y sentimientos de protección, va a producir en ellas un sentimiento de vergüenza hacia su madre. En lugar de coraje y el mensaje de que las personas no se amilanan frente a los intolerantes, favorece la opción simple de evadir los problemas difíciles y escoger una salida fácil. Por último, debilita el respeto que ellas puedan tener por la norma de conducta humana, en todas partes aceptada, de que no abandonar a aquellos con los que tenemos una deuda de amor y cuidado solamente porque ellos no son estimados por los demás. Concluimos que el interés superior de las niñas no estaría siendo respetado erosionando de esta manera su desarrollo como adultas maduras y con principios.”³⁰⁹

³⁰⁶ SCHUDECK, A. 2002. El interés superior del niño. Memoria para obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Págs. 36 a 41.

³⁰⁷ SCHUDECK, A. 2002. El interés superior del niño. Memoria para obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Págs. 36 a 41.

³⁰⁸ JUZGADO DE LETRAS DE VILLARRICA. 2003. Considerando vigésimo octavo de sentencia pronunciada el 29 de octubre de 2003 por doña Viviana Cárdenas Beltrán. Anuario de Derechos Humanos. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. [en línea] <[http://www.anuariocdh.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3__CHILE%20\(1\).pdf](http://www.anuariocdh.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3__CHILE%20(1).pdf)>[consulta: 25 octubre 2007]

³⁰⁹ UNDURRAGA, V. Interés superior del niño/a y tuición de la madre o padre homosexual. Publicado en REVISTA DE DERECHOS DEL NIÑO, Números 3 y 4. 2006. Programa de Derechos del Niño del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales. Fondo de Naciones Unidas para la Infancia. Oficina de Chile. Pág 331 y siguientes.

Si consideramos además lo explicado anteriormente respecto a la responsabilidad de los padres en cuanto a que sus hijos sean criados en el espíritu democrático que inspira la Carta de Naciones Unidas, y que implica entre otras cosas, respetar la diversidad, promover el trato igualitario, y relacionarse día a día reconociendo la dignidad intrínseca del otro, no pueden tomarse decisiones amparadas en el interés superior, que creen una burbuja para los niños, a costa de los derechos de las demás personas, menos aún si se trata de los derechos de sus padres. Como bien lo entendió el legislador argentino, discriminar a los padres también significa discriminar a sus hijos. Por ello estableció en el artículo 28 de la Ley N° 26.061³¹⁰ el principio de igualdad y no discriminación, en los siguientes términos: “Las disposiciones de esta ley se aplicarán por igual a todos las niñas, niños y adolescentes, sin discriminación alguna fundada en motivos raciales, de sexo, color, edad, idioma, religión, creencias, opinión política, cultura, posición económica, origen social o étnico, capacidades especiales, salud, apariencia física o impedimento físico, de salud, el nacimiento o cualquier otra condición del niño o de sus padres o de sus representantes legales.” Como se puede apreciar, esta disposición se enmarca en lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 2.2, a saber, que “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.”

Esto es compartido por Vivanco, quien al referirse al citado artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, señala que ella “tampoco justifica privar a una madre de la custodia de sus hijos para protegerlos de cualquier futura discriminación a causa de su orientación sexual. De hecho, en lugar de consentir el prejuicio social, la Convención exige a los Estados que lo combatan activamente”³¹¹.

Por lo tanto, es precisamente responsabilidad del Estado proteger a los niños, niñas, y adolescentes de la discriminación que injustificadamente puedan sufrir ellos o sus padres, no permitiendo por ende, que primen los prejuicios por sobre los derechos. Dicho de otro modo, el riesgo de discriminación futura no puede sino constituir parte de los prejuicios y estereotipos de los juzgadores., y si ese criterio sigue imponiéndose a través de la jurisprudencia, podríamos llegar al extremo de encontrar a quienes intentarían atribuirse el cuidado personal de sus hijos aludiendo a que el otro progenitor es un inmigrante peruano, o un miembro de la comunidad mapuche, y que atendida la tendencia a la xenofobia de la sociedad chilena, los hijos se encontrarían en riesgo de discriminación futura.³¹²

³¹⁰ ARGENTINA. Ley N° 26061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Publicada en el Boletín Oficial el 26 de octubre de 2005. En: CONSEJO DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. [en línea] <http://www.infanciayderechos.gov.ar/files/txt_ley26061.php> [consulta: 30 diciembre 2007]

³¹¹ Director ejecutivo de la División de las Américas de Human Rights Watch. VIVANCO, J.M. Orientación sexual: evolución de la jurisprudencia. HUMAN RIGHTS WATCH [en línea] <http://www.hrw.org/spanish/opiniones/2004/orientacion_sexual.html> [consulta: 18 junio de 2007].

³¹² En este sentido, resulta relevante destacar lo señalado por Verónica Undurruga: “Es por eso que en una sentencia de tuición en que hay involucrada una madre lesbiana, es fundamental que los hijos de esta madre, cuando estén en condiciones de leer la sentencia, puedan percibir que el juzgador ha mirado su madre, no como una representante de una minoría sexual, ni como transgresora del orden moral, sino como una persona, en sus cualidades y defectos y especialmente, en lo relevante, en su relación maternal con sus hijos.” UNDURRAGA, V. Interés superior del niño/a y tuición de la madre o padre homosexual. Publicado en REVISTA DE DERECHOS DEL NIÑO, Números 3 y 4. 2006. Programa de Derechos del Niño del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales. Fondo de Naciones Unidas para la Infancia. Oficina de Chile. Pág. 329.

Ahora bien, un segundo tema a dilucidar es el relativo a los efectivos trastornos conductuales que podrían presentar los niños criados por padres homosexuales.

De acuerdo a lo señalado por Wagmaister y Bekerman, los resultados de 12 estudios realizados por la sicóloga Charlotte J. Patterson, que involucraron a cerca de 300 menores de edad, no pudieron concluir que los niños creados en hogares homosexuales presentaran trastornos de identidad, problemas de autoestima, ajustes o desórdenes psiquiátricos, ni diferencias en sus relaciones sociales. Por el contrario, la Doctora Patterson encontró ciertas ventajas en comparación a los niños pertenecientes a familias conformadas por padres heterosexuales, a saber, un mayor aprecio por la diversidad humana, una visión más amplia de los roles de género, mayor sensación de ser queridos, por las barreras que los/las gay/lesbianas debieron superar, y una apreciación de división igualitaria del trabajo entre padres/madres, porque las parejas gay/lesbianas no dividen el cuidado de los niños y tareas del hogar sobre la base de roles de género³¹³.

En tanto, Aquilino Polaino, catedrático de psicopatología de la Universidad Complutense, presentó en junio de 2005 un informe al Senado Español, sobre los efectos que tiene en el desarrollo de los menores de edad la convivencia de los padres con parejas homosexuales, en el contexto de la tramitación del Proyecto de Ley por el que se modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, hoy, Ley 13/2005. El psiquiatra, convocado por el Partido Popular, sostuvo que la homosexualidad es una psicopatología, y que condiciona la orientación sexual de los niños y su desarrollo emocional. Esto, ya que para el desarrollo psicoemocional es necesaria la comparecencia de hombre y mujer como figuras de padre y madre, respectivamente. El psiquiatra se refirió al perfil psicopatológico de las personas con conducta homosexual, y señaló haber encontrado en diversos casos y estudios, rasgos comunes como por ejemplo, "(...)Muchos de ellos y de ellas describen y perciben al padre durante la infancia como un padre hostil, distante, violento o alcohólico(...)La madre es percibida como sobreprotectora más por los niños que por las niñas que al llegar a adultos tienen conducta homosexual.(...) La madre es considerada por su hijo como necesitada de afecto, fría y muy exigente.(...) La madre es percibida por su hija lesbiana como emocionalmente vacía.(...) Los chicos renuncian a los juegos violentos, (...)hay ausencia de empresas motoras, especialmente de aquellas relacionadas con la práctica de deportes violentos y masculinos(...) Hay una incapacidad para defenderse físicamente de sus compañeros iguales en situaciones de violencia. Pueden haber sufrido en la temprana infancia abuso sexual o violación por padre, madre o algún familiar (...)"³¹⁴ Asimismo, expresó ante el Senado, que la homosexualidad de los padres produce "(...)una mayor incidencia de trastornos de identidad de género entre los chicos y chicas educados, acogidos y aceptados por padres adoptivos homosexuales. Hay también una mayor promiscuidad en la conducta sexual, hay más contactos homosexuales ante y durante la pubertad."³¹⁵

³¹³ WAGMAISTER, A y BEKERMAN, J.1998. Niños criados por parejas homosexuales: Caracterización socio-jurídica de ese contexto. Hacia una construcción de la relación coparento - filial para que el derecho adopte a esos niños. En: El Derecho de familia y los nuevos paradigmas: X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, Argentina. Pág. 162.

³¹⁴ POLAINO, A. Transcripción completa de la intervención del catedrático de la Universidad Complutense Aquilino Polaino en la Comisión de Justicia del Senado. INFORMATIVOS TELECINCO [en línea] <http://www.informativos.telecinco.es/aquilino/polaino/senado/dn_6947.htm> [consulta: 30 diciembre de 2007].

³¹⁵ POLAINO, A. Transcripción completa de la intervención del catedrático de la Universidad Complutense Aquilino Polaino en la Comisión de Justicia del Senado. INFORMATIVOS TELECINCO [en línea] <http://www.informativos.telecinco.es/aquilino/polaino/senado/dn_6947.htm> [consulta: 30 diciembre de 2007].

Sin embargo, las declaraciones del catedrático fueron rechazadas incluso por los representantes del Partido Popular, quienes se desligaron de las afirmaciones efectuadas por él.³¹⁶

En tanto, en la misma sesión se presentaron otros 10 expertos, convocados por los distintos grupos parlamentarios, todos los cuales avalaron la teoría contraria, es decir, sostuvieron que los niños educados por parejas del mismo sexo presentan un **desarrollo psicológico y afectivo normal**. Entre ellos, el Decano del Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, Fernando Chacón Fuertes, fustigó las declaraciones del doctor Polaino porque considerar la homosexualidad como una enfermedad, "va en contra de toda evidencia científica" y de las consideraciones de la mayoría de las asociaciones internacionales de psicólogos y psiquiatras³¹⁷. Chacón recordó a la prensa que la homosexualidad se excluyó como patología de todos los manuales de trastorno, como el manual de la Asociación de Psiquiatría Americana (APA), que la retiró como trastorno en 1973, y la Organización Mundial de la Salud (OMS), que la dejó de considerar una enfermedad en 1990. Agregó que los trastornos que pueden padecer personas homosexuales se deben en su inmensa mayoría al rechazo social por su homosexualidad o a la no aceptación de sí mismos, tal y como ocurre, por ejemplo, con algunos obesos.³¹⁸

En nuestro país, Verónica Undurraga concluye que los estereotipos comunes en esta materia no están sustentados por datos empíricos, y que por el contrario:

"a) Es falso que un niño que viva con su madre o padre homosexual va a presentar más confusiones respecto de su identidad sexual que un niño que viva con su progenitor heterosexual.

Que se sobredimensiona el daño que la eventual estigmatización o discriminación puede producir en los hijos que viven con padres homosexuales.

Que los malos hábitos que puedan presentar los niños no tiene comúnmente como causa la convivencia con su madre o padre homosexual, sino que normalmente proviene de las tensiones y conflicto de lealtades que tiene el niño por las peleas de sus padres y por el hecho de la separación.

Que no existe ninguna evidencia de que la presencia de la pareja de la madre en el hogar en que vive el niño sea perjudicial para el hijo.

Que no es cierto afirmar que un niño que viva con su madre o padre homosexual no tendrá un debido modelo de vida heterosexual, que sí tendría si la tuición la adquiere la madre/padre heterosexual. (...) La aplicación generalizada de este argumento en juicios de tuición sería por lo demás problemática, dado el gran número de hijos que se crían en familias monoparentales, que no tiene en su vida diaria, el referente paterno. Esta no ha sido la razón, sin embargo, para separar a los hijos del cuidado de sus madres. Por otra parte, considerando la forma en que la ley regula el régimen de comunicación que los hijos

³¹⁶ LEXUR EDITORIAL [en línea] <<http://www.lukor.com/not-por/0506/21164551.htm>>. Noticia del 21 de junio de 2005, consultada el 30 de diciembre de 2007.

³¹⁷ 20MINUTOS [EN LÍNEA] <<http://www.20minutos.es/noticia/32849/0/aquilino/gays/alcoholicos/>>. Noticia del 21 de junio de 2005, consultada el 30 de diciembre de 2007.

³¹⁸ 20MINUTOS [en línea] <<http://www.20minutos.es/noticia/32849/0/aquilino/gays/alcoholicos/>>. Noticia del 21 de junio de 2005, consultada el 30 de diciembre de 2007.

tiene con el padre que no tiene la tuición, el padre sí puede constituir un modelo masculino para sus hijos.”³¹⁹

En conclusión, si bien no es posible ni existe el afán de realizar afirmaciones de naturaleza médica en esta tesis, resulta inequívoco afirmar que diversos estudios han arrojado como resultado que los niños criados en familias homosexuales no demuestran problemas importantes en su desarrollo emocional a causa de la condición sexual de sus padres. De ahí que finalmente se haya aprobado la aludida Ley 13 /2005 en España, y que varias legislaciones europeas permitan ya la adopción por parte de parejas homosexuales.

³¹⁹ UNDURRAGA, V. Interés superior del niño/a y tuición de la madre o padre homosexual. Publicado en REVISTA DE DERECHOS DEL NIÑO, Números 3 y 4. 2006. Programa de Derechos del Niño del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales. Fondo de Naciones Unidas para la Infancia. Oficina de Chile. Pág. 334 y siguientes.

CONCLUSIONES

El proceso de constitucionalización del Derecho, y en particular, del Derecho de Familia, ha permitido dotar a las relaciones familiares de un contenido marcado por los estándares que imponen los derechos fundamentales. Uno de los efectos de este proceso ha sido justamente la discusión respecto a la extensión de tales derechos a individuos cuya organización familiar difiere de los cánones tradicionales, como sería el caso de parejas homosexuales. Al respecto, debemos colegir del análisis realizado, que existen todas las herramientas jurídicas para asegurar la protección del Estado a las diversas manifestaciones familiares que componen un tejido social multicultural como el que caracteriza a nuestros tiempos. En este sentido, el gran desafío de las sociedades que se pretenden democráticas, es encontrar la forma de asegurar las condiciones que permitan a cada uno de sus integrantes el libre desarrollo de su personalidad, con las limitantes que el respeto a los derechos humanos impone. Y aquí, no podemos sino constatar que este desafío pasa además por un compromiso efectivo de parte de los Estados con la promoción de los derechos sociales, económicos y culturales, que permitan a los individuos materializar sus planes de vida en el contexto de un verdadero Estado Social y Democrático de Derecho.

Ahora bien, en nuestro país, si bien se han concretado importantes avances en materia de legislación familiar, aún quedan institucionalizados una serie de estereotipos que impiden se cumplan, al menos normativamente, los estándares del sistema internacional de los derechos humanos.

Pero la discusión existe. Como ejemplo de ello, el 11 de julio de 2007 ingresó al Senado una moción de autoría del Senador Jaime Naranjo, que pretende modificar el artículo 225 del Código Civil, en lo relativo al cuidado personal de los hijos³²⁰. La iniciativa se funda en el principio de igualdad entre hombres y mujeres y propone que sea el acuerdo entre los padres el que determine a quien corresponde el cuidado personal de los niños. En caso de conflicto, faculta al juez para decidir, orientado por el principio del interés superior del niño y la opinión de éste. Asimismo, permite que la decisión judicial sea la tuición alternada de los hijos, compartiendo los padres el cuidado personal de ellos. Hoy este proyecto se encuentra en primer trámite constitucional, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, y fue informado desfavorablemente por la Corte Suprema, argumentando que iría en menoscabo del interés superior del niño, al traer aparejado una serie de inconvenientes prácticos. Además, el oficio de respuesta utiliza la tradicional consideración de la oposición entre el principio de la igualdad entre hombres y mujeres en sus responsabilidades parentales y el interés superior del niño³²¹. Esto, a la luz de las materias tratadas en la presente tesis, no puede sino ser cuestionado, por cuanto ambos principios deben ser analizados en función de cada caso particular, de las circunstancias que rodean a los niños, no pudiendo constituir el principio del interés

³²⁰ Proyecto de ley que modifica el artículo 225 del Código Civil, en lo relativo al cuidado personal de los hijos. (Boletín N° 5197-07).

³²¹ En efecto, el oficio expresa: "En resumen, el presente proyecto de ley, en pos de conseguir la no discriminación del hombre frente a la mujer en lo relativo al cuidado personal de los hijos comunes, cuando viven separados, iría en menoscabo del interés superior del niño". (Boletín N° 5197-07).

superior una excusa para negar a aquéllos los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, ni para validar interpretaciones discrecionales de conductas individuales, ni menos para obstaculizar la evolución del Derecho hacia el pleno respeto de los derechos humanos. No obstante, esperamos que la voluntad política efectivamente permita que la discusión en torno al proyecto en comento exista y se vea coronada con una modificación legal en la materia.

En cuanto a la aceptación de la discriminación arbitraria por causa de orientación sexual, es posible vislumbrar su fin. El sistema internacional de los derechos humanos está poco a poco manifestándose en pos de explicitar la condena que esta discriminación amerita. Así, la reciente sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos que falló en contra del Estado francés por impedir a una mujer lesbiana adoptar a un niño sólo a causa de su orientación sexual, representa un tremendo avance en esta materia. La sentencia dispone, en efecto, que si las razones para la distinción efectuada con la requirente se justifican sólo en consideraciones sobre su orientación sexual, la diferencia de tratamiento constituye una discriminación a la luz de la Convención de los Derechos del hombre y de sus Libertades fundamentales.³²²

En consecuencia, las herramientas jurídicas para impedir que la orientación sexual de los progenitores sea un criterio determinante en la atribución del cuidado personal de sus hijos, niños, niñas o adolescentes, existen. Ellas pueden reforzarse en el ámbito legislativo, como lo propone la moción presentada por el Senador Ominami, y comentada en esta tesis, a través de modificaciones en las normas de Derecho de Familia, o mediante la incorporación de una ley que establezca medidas contra la discriminación, como aquella que se debate actualmente en el Senado. Lo importante, es que sea cual fuere el mecanismo de protección que en esta materia se utilice, dicho mecanismo debe imponer a los sentenciadores la obligación de considerar la primacía del interés superior del niño, principio que no representa un concepto difuso o interpretable según la óptica de cada cual, sino por el contrario, es un principio que tiene un contenido claro y que implica la plena satisfacción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, derechos que muchas veces podrán ser vulnerados frente a una discriminación arbitraria hacia sus padres.

³²² La sentencia expresa, en efecto, que: "(...) en opinión de la Corte, si las razones esgrimidas para tal distinción se refieren únicamente a consideraciones sobre la orientación sexual de la requirente, la diferencia de tratamiento constituiría una discriminación a la luz de la Convención" (traducción libre) CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Caso E.B. c. FRANCE. Pronunciada el 22 de enero de 2008. CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS [en línea] <<http://www.echr.coe.int/echr/>> [consulta: 22 enero 2008].

BIBLIOGRAFÍA

ABADI, J. E. 2007. Identidad sexual. Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. (37): 1-8.

ABELIUK MANASEVICH, R. 2005. La Filiación y sus efectos. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 548 p.

AZPIRI O, J. 2003. Uniones de hecho. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 368 p.

BARRIENTOS GRANDÓN, J; y NOVALES ALQUÉZAR, A. 2004. Nuevo Derecho Matrimonial chileno. Santiago, Editorial LexisNexis. 472 p.

BAVESTRELLO BONTÁ, I. 2003. Derecho de menores. Santiago, Editorial LexisNexis. 329 p.

BELOFF, M (compiladora). 2000. Derecho, Infancia y Familia. Barcelona, Editorial Gedisa, 236 p.

BERTOLDI DE FOURCADE, M. 1998. Principios jurídicos aplicables a la familia de fin de siglo. En: EL DERECHO de familia y los nuevos paradigmas: X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, Argentina. Pp 8-15.

BOCK, P. 1977. Introducción a la moderna antropología cultural. Madrid, Editorial Fondo de Cultura Económica. 565 p.

BORDA, G. 2002. Manual de derecho de familia. Buenos Aires, Editorial Lexisnexis-Abeledo Perrot. 423 p.

BOSSERT, G. A. 2003. Régimen jurídico del concubinato. Buenos Aires, Editorial Astrea. 262 p.

BOSSERT, G. A.; ZANNONI, E. A. 2004. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Editorial Astrea. 659 p.

CEA EGAÑA, J. L. 2004. Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Santiago, Chile, Editorial Universidad Católica de Chile, 733 p.

CID DROPPelman, A. 2005. Tratado de la Tuición y Derechos del Niño. Santiago, Editorial Parlamento Ltda. 530 p.

CILLERO, M; COUSO, J; JUSTE, M; y URZUA, P. 1995. Niños y adolescentes, sus derechos en nuestro derecho. Santiago, SENAME. 200 p.

CILLERO BRUÑOL, M. 1998. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño. En: GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO Y BELOFF, MARY (Compiladores). Infancia, ley y democracia en América Latina. Santa Fe de Bogotá. Editorial Temis. 1397 p.

CORRAL TALCIANI, H. 1998. Vida familiar y derecho a la privacidad. En: EL DERECHO de familia y los nuevos paradigmas: X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, Argentina. Pp 160-178.

CORRAL TALCIANI, H. 2002. Adopción y filiación adoptiva. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 325 p.

- CORRAL TALCIANI, H. 2005. Derecho y derechos de la familia. Lima, Editorial Grijley.
- CORRAL TALCIANI, H. 2006. Regulación legal de las Uniones Homosexuales. Un contrasentido para el derecho de familia. En: Documentos de Trabajo Universidad de Los Andes. Santiago. 24 p.
- CÚNEO, D y HERNÁNDEZ, C (Directores). Tenencia de hijos menores y régimen de visitas. 1^{era} Edición. Argentina. Editorial Juris. 412 p.
- CUVI R, M. 2002. El derecho a la no discriminación por motivo de orientación sexual en la jurisprudencia internacional de derechos humanos. Memoria para obtener el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 146 p.
- DIEZ-PICAZO, L; GULLÓN, A. 2004. Sistema de derecho civil. Volumen VI. Derecho de Familia. Derecho de sucesiones. Madrid, Editorial Tecnos. 565 p.
- FACIO, A y FRIES, L. 1999. Género y Derecho. Santiago, Editorial LOM. 779 p.
- FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. 2006. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2006. Santiago, Universidad Diego Portales. 478 p.
- FELDMAN, G. 1998. Los derechos del niño. Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina. 492 p.
- FERNÁNDEZ VALLE, M. 2007. Matrimonio y Diversidad sexual: La lección sudafricana. En: CENTRO DE DERECHOS HUMANOS. Anuario de Derechos Humanos. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Pp 93-102.
- FIGUEROA C, R. 2000. Igualdad y discriminación. En: Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público. Escuela de Derecho Universidad Diego Portales.
- FIGUEROA YÁNEZ, G. 2001. Derecho Civil de la Persona. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 308 p.
- GARAFULIC L, M. 2001. Mujer y Derecho. Santiago, Proyecto Fundación Ford. 492 p.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.; YSÀS SOLANES, M; y SOLÉ RESINA J.2005. Derecho de Familia. Barcelona, Editorial Cálamo. 286 p.
- GIL, A; FAMA, M.; y HERRERA, M. 2006. Derecho Constitucional de Familia. Tomos I y II. Buenos Aires, Editorial Ediar. 1276 p.
- GOBIERNO DE CHILE, MINISTERIO DE JUSTICIA; y DIARIO OFICIAL. 2005. Compilación de normas de derecho de familia. Santiago, Editorial LexisNexis. 592 p.
- GÓMEZ DE LA TORRE V, M. 2001 Uniones entre personas del mismo sexo. Revista de Derecho Comparado (4): 23-37.
- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. 2007. El Sistema Filiativo Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 379 p.
- GROSMAN, C; y MARTINEZ ALCORTA, I. 2000. Familias Ensambladas. Buenos Aires, Editorial Universidad, 367 p.
- GROSMAN, C (Directora) y HERRERA, M (Coordinadora). 2007. Hacia una armonización del Derecho de Familia en el MERCOSUR y Países Asociados. Buenos Aires, Editorial LexisNexis. 625 p.
- GUZMÁN BRITO, A. 2005. Estudios dogmáticos de Derecho Civil. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso. 279 p.

HATTENHAUER, H. 1987. Conceptos fundamentales del Derecho Civil. Barcelona, Editorial Ariel, 220 p.

INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados recaído en proyecto de ley que establece Ley de Violencia Intrafamiliar. (Boletín N° 451-07).

INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, Legislación y Justicia sobre el proyecto de ley que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. (Boletín N° 1060-07).

INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley en segundo trámite constitucional, que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. (Boletín N° 1060-07).

INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en proyecto de ley que establece Nueva Ley de Matrimonio Civil (Boletín N° 1759-18).

INFORME DE LAS COMISIONES UNIDAS de Constitución, Legislación y Justicia y de Familia de la Cámara de Diputados, sobre el proyecto de ley que establece una nueva Ley de Matrimonio Civil, (Boletín N° 1759-18).

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. 1999. El derecho de familia y sus nuevos paradigmas. Tomo I. Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, 261 p.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. 2000. El derecho de familia y los nuevos paradigmas. Tomo III. Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni. 318 p.

LAMAS, M, 2004. Derechos de la personalidad y explotación de la apariencia humana. Estudio sobre el nombre, la imagen, la intimidad, la identidad, el honor y la reputación como derechos personales y como derechos patrimoniales. Montevideo, Editorial Cikato Abogados. 434 p.

LASARTE, C. 2002. Principios de Derecho Civil VI. Derecho de Familia. Madrid, Editorial Marcial-Pons. 460 p.

LATHROP GOMEZ, F. 2005. Cuidado personal de los hijos. Santiago, Editorial Puntotex. 160 p.

LEICHTLE SAGNER, R. 2006. Delimitación entre los deberes de cuidado personal de la crianza y de educación, con el cuidado personal o tuición: hacia la coparentalidad en el ordenamiento jurídico chileno. Memoria para obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 91 p.

LÓPEZ DÍAZ, C. 2005. Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia. Tomo I y II. Santiago, Editorial Librotecnia. 853 p.

MEDINA, G. 2001. Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio. Buenos Aires, Editorial Rubinzal- Culzoni. 301 p.

MEDINA, G. 2001. Uniones de hecho homosexuales. Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, 477 p.

MÉNDEZ COSTA, M. J. 2006. Los principios jurídicos en las relaciones de familia. Santa Fe. Editorial Rubinzal-Culzoni. 423 p.

MENSAJE 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. Boletín N° 3792-07.

MENSAJE DE S.E. el Presidente de la República con el que se inicia proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación. Boletín N°3815-07.

MENSAJE DE S.E. el Presidente de la República que introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la Ley N° 19968, que crea los Tribunales de Familia. Boletín N°4438-07.

MENSAJE DE S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley que regula los derechos y deberes que las personas tienen en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. Boletín N° 4398-11.

MIZRAHI, M. 1998. Familia, matrimonio y divorcio. Buenos Aires, Editorial Astrea. 152 p.

MIZRAHI, M. 2006. Homosexualidad y transexualismo. Buenos Aires, Editorial Astrea. 179 p.

MOCIÓN con la que se inicia proyecto de ley que establece la Nueva Ley de Matrimonio Civil. Boletín N° 1759-18.

MOCIÓN con la que se inicia el proyecto de ley que tipifica conductas atentatorias contra los derechos de los trabajadores, estableciendo un nuevo título en el Código Penal. Boletín N° 3332-07.

MOCIÓN de reforma constitucional que incorpora normas contra la discriminación y publicidad que atente contra la dignidad de las personas. Boletín N° 5193-07.

MOCIÓN para modificar el artículo 225 del Código Civil, en lo relativo al cuidado personal de los hijos. Boletín N° 5197-07.

MOCIÓN que establece ley marco sobre derechos sexuales y reproductivos. Boletín N° 2608-11.

MOCIÓN que introduce reglas relativas a la publicidad discriminatoria en la Ley del Consumidor. Boletín N° 5194-03.

MOCIÓN que modifica el artículo 225 del Código Civil, en lo relativo al cuidado personal de los hijos. Boletín 5197-07.

MOCIÓN que modifica la Ley de Menores, en lo relativo al cuidado personal de los hijos y al régimen de visitas. Boletín N° 5002-07.

MOCIÓN sobre proyecto de ley de fomento de la no discriminación y de contrato de unión civil entre personas del mismo sexo. Boletín N° 3283-18.

MOCIÓN sobre proyecto de ley que modifica el Código Civil, la Ley N° 19968 que crea los Tribunales de Familia y la Ley N° 16618 de Menores, en materia de inhabilidades para ejercer el cuidado personal de hijos de padres separados. Boletín N° 5743-07.

MOCIÓN sobre reforma constitucional que incorpora normas contra la discriminación y publicidad que atente contra la dignidad de las personas. Boletín N° 5193-07.

NOVOA MONREAL, E. 1997. El derecho como obstáculo al cambio social. 12ª edición. México. Siglo Veintiuno Editores. 255 p.

O'DONNELL, D, 2007. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Santiago, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 1064 p.

Oficio N° 6634 enviado por la Cámara de Diputados al Senado con fecha 24 enero de 2007, con ocasión del proyecto de ley que introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la Ley N° 19968, que crea los Tribunales de Familia.

Oficio N° 7031 enviado por la Cámara de Diputados al Senado con fecha 03 octubre de 2007, con ocasión del proyecto de ley que establece normas para la plena integración social de las personas con discapacidad.

ORREGO ACUÑA, J. A. 2007. Temas de Derecho de Familia. Santiago, Editorial Metropolitana. 452 p.

ORTEMBERG, O; GUFFANTI, G y BENZAQUÉN, A.1999. La discriminación de la mujer en el derecho de familia. Buenos Aires, Ediciones Profesionales D&D. 159 p.

PALACIOS ZULOAGA, P. 2006. La No discriminación. Santiago. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 337 p.

PARADA, C; BUSTAMANTE, L.; e ILLANES, C.1999. Ciclo de charlas "Ley N° 19.585. nuevo estatuto de filiación". Santiago, Revista del Abogado. 79 p.

POLAKIEWICZ, M. 1998. El derecho de los hijos a la parentalidad. En: EL DERECHO de familia y los nuevos paradigmas: X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, Argentina. Pp 297-316.

Primer informe de las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia, y de Familia de la Cámara de Diputados, sobre el proyecto de ley que establece una nueva Ley de Matrimonio Civil. Boletín N° 1759-18.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO. 2006. El nuevo derecho chileno del matrimonio. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 418 p.

RAMOS PAZOS, R. 2005. Derecho de Familia. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 370 p.

RAMOS PAZOS, R. 2005. Derecho de Familia. Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 668 p.

REVISTA CHILENA DE DERECHO PRIVADO FERNANDO FUEYO LANERI. N° 4, Julio 2005. Escuela de Derecho Universidad Diego Portales.

REVISTA INTERDISCIPLINARIA DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA. DERECHO DE FAMILIA. N°37, julio/agosto 2007. Editorial LexisNexis Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 298 p.

SCHMIDT, C; VELOSO, P. 2001. La filiación en el nuevo Derecho de Familia. Santiago, Editorial Conosur-Lexisnexis. 454 p.

SCHMIDT, C; MARTINIC, M; WEINSTEIN, G Y OTRAS. 2004. Instituciones de derecho de familia. Santiago, Editorial LexisNexis. 288 p.

SCHUDECK D, A. 2002. El interés superior del niño. Memoria para obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 240 p.

SEGUNDO INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. Boletín N° 1060-07.

SEGUNDO INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, Nacionalidad y Ciudadanía, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que establece medidas contra la discriminación Boletín 3815-07.

SEGUNDO INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, Nacionalidad y Ciudadanía, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece medidas contra la discriminación Boletín 3815-07.

SEMINARIO INTERNACIONAL DERECHO DE FAMILIA E INFANCIA. 2005. Academia Judicial de Chile. Santiago. 161 p.

SEMINARIO LEY N° 19.947 DE MATRIMONIO CIVIL. 2004. Academia Judicial de Chile. Santiago, 132 p.

SERNAM Y FUNDACIÓN FACULTAD DE DERECHO U. CHILE. 1999. El nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al derecho sucesorio, a la luz de las normas y principios de la Ley N° 19.585. Santiago, Fundación Facultad de Derecho, U. Chile. 200 p.

SERNAM Y DIARIO OFICIAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE. 2007. Derecho de Alimentos. Compendio de Normas Nacionales e Internacionales. Santiago, Gobierno de Chile, Servicio Nacional de la Mujer y Diario Oficial. 95 p.

SILVA BASCUÑÁN, A. 1997. Tratado de Derecho Constitucional. Tomo IV. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 376 p.

SOLARI, N. 2000. La niñez y sus nuevos paradigmas. Buenos Aires, Editorial La Ley. 150 p.

TAPIA RODRÍGUEZ, M. 2005. Código Civil.1855-2005. Evolución y perspectivas. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 471 p.

UGARTE VIAL, J. 2000. Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas, Derecho de Menores. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

UNDURRAGA VALDÉS, V. Interés superior del niño/a y tuición de la madre o padre homosexual. Publicado en REVISTA DE DERECHOS DEL NIÑO, Números 3 y 4. 2006. Programa de Derechos del Niño del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales. Fondo de Naciones Unidas para la Infancia. Oficina de Chile.

UNICEF, MINISTERIO DE JUSTICIA. 2004. Derechos niños y adolescentes. Santiago, UNICEF. 85 p.

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE. 2003. La constitucionalización del Derecho Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 298 p.

VELASCO LETELIER, E. 1994. Familia, divorcio y moral. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 97 p.

VELOSO VALENZUELA, P. 1998. Nuevos principios del derecho de familia en función, principalmente de la normativa internacional que emana de los tratados de derechos humanos. En: EL DERECHO de familia y los nuevos paradigmas: X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, Argentina. Págs. 16-32.

VILLAGRASA ALCAIDE, C.; y RAVETLAT BALLESTÉ, I. 2006. Los derechos de la infancia y de la adolescencia. Barcelona, Editorial Ariel. 334 p.

WAGMAISTER, A y BEKERMAN, J.1998. Niños criados por parejas homosexuales: Caracterización socio-jurídica de ese contexto. Hacia una construcción de la relación

coparento - filial para que el derecho adopte a esos niños. En: EL DERECHO de familia y los nuevos paradigmas: X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, Argentina.

XIII CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE FAMILIA. Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI. 18 al 22 de octubre de 2004. 2004. Editorial Sevilla y Huelva. 245 p.

TEXTOS LEGALES NACIONALES

CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2005. Decreto Supremo N° 100, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República.

CHILE. Ministerio de Justicia. 1874. COD-18742 que establece Código Penal (actualizado el 14 marzo 2008).

CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. DFL1. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley N° 4.808 sobre Registro Civil; de la Ley N° 17.344 que autoriza cambio de nombres y apellidos; de la Ley N° 16.618, Ley de Menores; de la Ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias; y de la Ley N° 16.271, de impuesto a herencias, asignaciones y donaciones.

CHILE. Ministerio de Justicia. 2004. Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil.

CHILE. Ministerio de Justicia. 2005. Ley N° 20.066 que establece ley de violencia intrafamiliar.

CHILE. Ministerio de Planificación y Cooperación. 1994. Ley N° 19.284 que establece normas para la plena integración social de personas con discapacidad.

CHILE. 2006. Código Civil. 1174 p.

LEGISLACIÓN COMPARADA

ARGENTINA. 2007. Código Civil de la República Argentina. 1136 p.

ARGENTINA. Ley N° 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Publicada en el Boletín Oficial el 26 de octubre de 2005. En CONSEJO DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. [en línea] < http://www.infanciayderechos.gov.ar/files/txt_ley26061.php > [consulta: 30 diciembre 2007].

BOLIVIA. Código Boliviano de Familia de 1988. COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS [en línea] <<http://www.cajpe.org.pe/rij/>> [consulta: 19 marzo 2008].

BOLIVIA. Código del Menor (Ley N° 1403 del 18 de diciembre de 1992). COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS [en línea] <<http://www.cajpe.org.pe/rij/>> [consulta: 19 marzo 2008].

COLOMBIA. Constitución Política de Colombia. COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS [en línea] <<http://www.cajpe.org.pe/rij/>> [consulta: 20 octubre 2007].

COLOMBIA. Ley N° 1098 de 2006 por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. En INSTITUTO COLOMBIANO de Bienestar Familiar. [en línea] < http://www.icbf.gov.co/espanol/juridica/LEY_1098_2006.doc > [consulta: 30 diciembre 2007].

ECUADOR. Código de la Niñez y Adolescencia. Ecuador. COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. Legislación Andina. [en línea] < <http://www.cajpe.org.pe/InformacionporPaises04.htm> > [consulta: 08 octubre de 2007].

ESPAÑA. 2004. Código Civil. 816 p.

FRANCIA. 2007. Code Civil. 2522 p.

MÉXICO. Ley federal para prevenir y eliminar la discriminación. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 junio de 2003. CÁMARA DE DIPUTADOS DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS [en línea] <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/262.pdf>> [consulta: 20 noviembre 2007]

PERÚ. Ley N° 27337 que aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes. Perú. COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. Legislación Andina. [en línea] < <http://www.cajpe.org.pe/InformacionporPaíses05.htm> > [consulta: 06 octubre de 2007].

PERÚ. 1997. Código Civil. 609 p.

URUGUAY. 2005. Código de la Niñez y Adolescencia de la República Oriental del Uruguay y apéndices normativos. 750 p.

VENEZUELA. Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela de 1999. COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS [en línea] < <http://www.cajpe.org.pe/rij/> /> [consulta: 11 noviembre 2007].

VENEZUELA. Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Venezuela. RED DE INFORMACIÓN JURÍDICA. Legislación Andina. [en línea] < <http://www.cajpe.org.pe/InformacionporPaíses06.htm> > [consulta: 06 octubre 2007].

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Proclamada en el Consejo Europeo de Niza los días 7 y 8 diciembre de 2000. En PARLAMENTO EUROPEO. [en línea] <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf> [consulta: 12 diciembre 2007].

Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita el 22 de noviembre de 1969 en San José de Costa Rica y promulgada en nuestro país mediante Decreto N° 873 de 1991 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobado por nuestro país en 2002, mediante Decreto promulgatorio N° 99, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, promulgada en nuestro país en 2005, mediante Decreto N° 84 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y promulgada en nuestro país mediante Decreto N° 789 de 1989 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de la ONU, aprobado por nuestro país en 1971 mediante Decreto promulgatorio N° 747 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Convención sobre los Derechos del Niño promulgada en nuestro país mediante Decreto N° 830 de 1990 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Convenio N°111 de la O.I.T. sobre la Discriminación en el Empleo y la Ocupación, de 1958, aprobado por nuestro país en 1971, mediante Decreto promulgatorio N° 733 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio de Roma), adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950. CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS [en línea] <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493C-809D-800CBD2OE595/O/SpanishEspagnol.pdf>>. [consulta: 20 marzo de 2008].

Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, proclamada en 1789. [en línea] <http://www.aidh.org/uni/formation/01home2_e.htm> [consulta: 25 septiembre 2007].

Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 2º noviembre 1959. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS [en línea] <http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/25_sp.htm> [consulta: 2 marzo 2008].

Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación de la Mujer, proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 7 de noviembre de 1967. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS [en línea] <http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/21_sp.htm> [consulta: 2 marzo 2008]

Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. UNITED NATIONS [en línea] <<http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>> [consulta: 9 marzo de 2008].

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS [en línea] <<http://www.cidh.org/Basicos/Basicos1.htm>> [consulta: 9 marzo 2008].

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, y promulgado en nuestro país mediante Decreto N° 778 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 1989.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1966, y promulgado en nuestro país mediante Decreto N° 326, de 1989, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador). Adoptado en El Salvador el 17 diciembre de 1988 y no ratificado aún por Chile.

JURISPRUDENCIA

CORTE DE APELACIONES DE COPIAPÓ. Zepeda Santander con Arancibia Palma. Rol: 236/2007. Fecha: 04/10/2007 Corte de Apelaciones de Copiapó. ARÉA JURÍDICA.CL [en línea] < <http://www.areajuridica.cl/jurisprudencia/civil/corte-de-apelaciones-de-copiapo/recurso-de-apelacion-acogido-civil-articulos-186-y-siguientes-del-codigo-de-procedimiento-civil-y-67-de-la-ley-nb0-19-968-pueden-los-padres-ser-privados-del-cuidado-personal-de-sus-hijos-en-caso-de-inhabilidad-fisica-o-moral/> > [consulta: 1 enero 2008].

CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA. Sentencia recaída en recurso de nulidad. Dictada el 08 de enero de 2007, rol 373-2006. DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA [en línea] <http://www.defensoriapenal.cl/Documentos/jurisprudencia/2007_%202_boletin_web581.PDF> [consulta: 2 marzo 2008].

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Sentencia sobre determinación de la titularidad del cuidado personal de los hijos menores pronunciada el 1 septiembre de

2004. En REVISTA DE DERECHO (VALDIVIA). [en línea] <http://www.scielo.cl/cielo.php?pid=S0718-09502004000200012&script=sci_arttext> [consulta: 24 mayo de 2007].

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia recaída en el caso E.B. con Francia pronunciada el 22 enero de 2008. CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS [en línea] <<http://www.echr.coe.int/echr/>> [consulta: 22 enero de 2008].

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia recaída en el caso de las niñas Yean y Bosico con República Dominicana dictada el 8 septiembre de 2005. CORTE INTERAMERICANA de Derechos Humanos. [en línea] <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>> [consulta: 28 de diciembre de 2007].

CORTE SUPREMA. Sentencia de su Cuarta Sala, recaída en recurso de queja interpuesto en el juicio sobre tuición de menores “López Atala, Matilde y otros”. Pronunciado el 31 de mayo de 2004. ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS DEL CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DE CHILE [en línea] <[http://www.anuariocdh.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3__CHILE%20\(1\).pdf](http://www.anuariocdh.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3__CHILE%20(1).pdf)> [consulta: 25 octubre 2007].

JUZGADO DE LETRAS DE VILLARICA. Sentencia de primera instancia recaída en juicio sobre tuición de menores “López Atala, Matilde y otros”. Pronunciada en Villarrica el 29 octubre de 2003. ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS DEL CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DE CHILE [en línea] <[http://www.anuariocdh.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3__CHILE%20\(1\).pdf](http://www.anuariocdh.uchile.cl/anuario1/documentos/11.fallos%20tuici%F3n%20_3__CHILE%20(1).pdf)> [consulta: 25 octubre 2007].

SITIOS WWW (WORLD WIDE WEB)

20 MINUTOS. [en línea] < <http://www.20minutos.es/noticia/32849/0/aquilino/gays/alcoholicos/> > [consulta: 30 diciembre de 2007]

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS [en línea] <www.cajpe.org.pe/InformacionJuridica.htm> [consulta: 20 octubre 2007].

COMISIÓN EUROPEA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN. [en línea] <www.stop-discrimination.info> [consulta: 01 de enero de 2008].

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. [en línea] <<http://www.cidh.org/annualrep/2003sp/Chile071.01.htm>> [consulta: 9 marzo 2008].

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. [en línea] <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>.

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME [en línea]

<<http://www.echr.coe.int/echr/>> [consulta: 22 enero 2008].

ELMUNDO.ES. [en línea]<<http://elmundosalud.elmundo.es/elmundosalud/2005/06/24/medicina/1119625636.html>>, Publicado el 24 de junio de 2005. [consulta: 1 de enero de 2008].

ELPAIS.com: el periódico global en español [en línea] <www.elpais.com/articulo/agenda/Mary/Cheney/embarazada/elpepigen/20061207elpepiage_3/Tes> [consulta: 26 octubre 2007].

FUNDACIÓN CHILE 21. [en línea] http://www.chile21.cl/chile21/archivos/est_opinion/op16-1.pdf [consulta: 19 marzo 2008].

HUMAN RIGHTS WATCH. [en línea] <http://www.hrw.org/spanish/opiniones/2004/orientacion_sexual.html> [consulta: 18 junio de 2007].

INFORMATIVOS TELECINCO. [en línea] <http://www.informativos.telecinco.es/aquilino/polaino/senado/dn_6947.htm> [consulta: 30 diciembre de 2007].

LEXUR EDITORIAL. [en línea] <<http://www.lukor.com/not-por/0506/21164551.htm>> [consulta: 30 diciembre de 2007]

OPUSGAY. [en línea] <http://www.opusgay.cl/1315/article-75759.html#h2_2> [consulta: 19 marzo].

PADRES POR LA IGUALDAD PARENTAL. [en línea] <<http://www.geocities.com/papahijo2000/menu.html>> [consulta: 3 enero de 2008].

PRINCIPIOS DE YOGIAKARTA. [en línea] <<http://www.yogiakartaprinciples.org>> [consulta: 12 diciembre de 2007].

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA [en línea] <http://buscon.rae.es/drael/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=filiaci%3F> [consulta: 10 enero 2008].

UNIVERSIDAD BERNARDO O'HIGGINS [en línea] <www.ubohiggins.cl/ex_exten.php> [consulta: 25 octubre 2007].