



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE EN LA RESOLUCIÓN
RACIONAL DEL CONFLICTO DE LOS ARTÍCULOS 226 Y 367 DEL CÓDIGO CIVIL ANTE
EL FALLECIMIENTO DE AMBOS PADRES

**TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO/A EN CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES**

NADIA MICAELA GARAY VERA
GERARDO EMANUEL RUIZ PRATO

Profesor Guía:
DR. GABRIEL ANTONIO HERNÁNDEZ PAULSEN

SANTIAGO DE CHILE
2020

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mi querida madre por enseñarme el rumbo frente a lo difícil y a mi querido padre por permitirme contar con su apoyo y consejos, a mis queridos tata Lucas Garay A. y hermana Natalia Garay Vera por estar presente constantemente en mi formación, con cariño y ayuda. A mis amigas y amigos que, ya sea fuera de la carrera o dentro de ésta, me enseñaron a conducirme como persona consciente, analítica y alegre, a mis compañeros de labores. Dedico cariñosamente este trabajo a Rosita Medina Cerón, quien me formó y cuidó, plasmando su forma de querer en mi ser para siempre.

Nadia Garay Vera

Mi más profundo agradecimiento a: mi padre Gerardo Ruiz Zamora, por su inconmensurable cariño, confianza y apoyo incondicional, su conciencia ética y consecuencia, su inteligencia, bondad y generosidad; mi tata Gerardo Ruiz Vergara, el hombre más sabio y querido que he tenido el privilegio de conocer, cuyo ejemplo de virtud, bondad y sabiduría intentaré replicar en el ejercicio de la profesión y en mi vida; mi nana Eliana Zamora Parada, mi segunda madre, una mujer ejemplar e inquebrantable que ha sido el pilar fundamental de nuestra familia y un modelo a seguir por todos; mis hermanas Andrea, guía espiritual y artística; y Javiera, quien me enseñó la importancia de perseguir la felicidad; mi hermano Jesús, una de las personas más inteligentes que he conocido y de la que he adquirido innumerables herramientas; y mis primos Sebastián y Simón, que siempre me han apoyado como a un hermano. A Patricia Escobar, mi profesora de piano, por guiarme en una nueva arista de mi vida que se ha transformado en una pasión. A mis amigos y amigas por todo el apoyo y cariño incondicional que recibí de ustedes a lo largo de la carrera: Nadia Garay, Alex Ayala, Eliana Riermar, Cristián Lagos, Francisca Silva, Christopher González, Mauricio Curimil, Natalia Armendariz, Claudio Alvarado, Mauricio Gorostiaga, Martín González, Sebastián Ortiz, Cristóbal Sánchez y Daniela Garay. Finalmente, mi reconocimiento, respeto y admiración a todas las compañeras y compañeros de colectivos y organizaciones sociales en que participé durante mi paso por la universidad y que contribuyeron a consolidar mi vocación social: Colectivo NODO, Defensa Secundarios, Estudios de Nueva Economía, Grupo de Estudios de Filosofía Analítica de la U. de Chile (GEFAUCH), Grupo de Estudios de Autogestión y Cooperativismo (GEAC) y vecinos del campamento El Vergel del cerro La Cruz, Valparaíso.

Gerardo Ruiz Prato

TABLA DE CONTENIDO

AGRADECIMIENTOS	2
RESUMEN	7
INTRODUCCIÓN.....	8
CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO.....	12
1. BASES FILOSÓFICAS.....	12
1.1. ¿QUÉ ES LA FILOSOFÍA ARGUMENTATIVA?.....	12
1.2. ¿QUÉ ES LA CONCEPCIÓN PRAGMÁTICO – UNIVERSAL DEL DISCURSO PRÁCTICO?.....	14
1.3. ¿QUÉ ES EL PLURALISMO ÉTICO?	14
1.4 NEOCONSTITUCIONALISMO Y ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO	16
2. CONCEPTO Y PROTECCIÓN ESTATAL DE FAMILIA.....	17
3. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA INFANCIA EN CHILE.....	18
CAPÍTULO II: REGULACIÓN DE LAS RELACIONES PATERNO FILIALES Y RÉGIMEN SUPLETORIO A LA PATRIA POTESTAD EN CHILE	21
1. RELACIONES PATERNO FILIALES.....	21
1.1. BINOMIO PATRIA POTESTAD / AUTORIDAD PARENTAL	21
1.2. PRINCIPIOS QUE PERMEAN LAS RELACIONES PATERNO FILIALES	22
1.2.1. INTERÉS SUPERIOR DEL NNA.....	23
1.2.1.1. CONCEPTO Y ALCANCES.....	23
1.2.1.2. CONSAGRACIÓN EN NORMATIVA INTERNA.....	26
1.2.2. CORRESPONSABILIDAD	27
1.2.3. DERECHO A SER OÍDO	27
1.2.4. AUTONOMÍA PROGRESIVA	28
1.2.5. PRINCIPIO DE IGUALDAD	29
1.3. EMANACIONES DE LA RELACIÓN PATERNO FILIAL (INSTITUCIONES).....	29
1.3.1. CUIDADO PERSONAL	29
1.3.1.1. CONCEPTO	29
1.3.1.2. ATRIBUCIÓN (NORMAS SUSTANTIVAS).....	30
1.3.1.3. ATRIBUCIÓN (NORMAS PROCEDIMENTALES)	32
1.3.1.4. EJERCICIO	32
1.3.2 PATRIA POTESTAD	33
1.3.2.1. CONCEPTO.....	33
1.3.2.2. ATRIBUCIÓN	33
1.3.2.3. TERMINACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.....	34

2. RÉGIMEN SUPLETORIO A LA PATRIA POTESTAD: LAS GUARDAS.....	35
2.1. CONCEPTO Y PRINCIPIOS	35
2.2. CARACTERÍSTICAS COMUNES A TUTELAS Y CURATELAS	36
2.3. CLASIFICACIONES DE LAS GUARDAS	37
2.4. ATRIBUCIÓN	37
2.4.1. NORMAS SUSTANTIVAS	37
2.4.2. NORMAS PROCESALES	38
2.5. EJERCICIO	40
2.5.1. FACULTADES PATRIMONIALES.....	40
2.5.2. FACULTADES PERSONALES.....	40
2.5.3. NORMAS ESPECIALES DE TUTELA	40
2.5.4. NORMAS ESPECIALES DE CURADURÍA	42
CAPÍTULO III: REGULACIÓN DE LAS RELACIONES PATERNO FILIALES Y RÉGIMEN SUPLETORIO A LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO COMPARADO.....	43
1. ESPAÑA.....	43
1.1. TRATAMIENTO DEL NNA DENTRO DE LAS RELACIONES PATERNO FILIALES	43
1.2. EL CASO DEL FALLECIMIENTO DE AMBOS PADRES.....	44
1.3. ATRIBUCIÓN DE TUTOR O CURADOR	44
1.4. CONSIDERACIONES CRÍTICAS.....	45
2. ESTADOS UNIDOS (CALIFORNIA)	45
2.1. EL CASO DEL FALLECIMIENTO DE AMBOS PADRES.....	45
2.2. ATRIBUCIÓN DE LA TUTORÍA EN LA PERSONA.....	46
2.3. CONSIDERACIONES CRÍTICAS.....	47
3. COLOMBIA	47
3.1. TRATAMIENTO DEL NNA DENTRO DE LAS RELACIONES PATERNO FILIALES	47
3.2. EL CASO DEL FALLECIMIENTO DE AMBOS PADRES.....	48
3.3. ATRIBUCIÓN DEL CUIDADO PERSONAL Y GUARDA.....	48
3.4. CONSIDERACIONES CRÍTICAS.....	49
CAPÍTULO IV: EL PROBLEMA DE LOS CRITERIOS ATRIBUTIVOS DE LOS ARTÍCULOS 226 Y 367 DEL CÓDIGO CIVIL ANTE EL FALLECIMIENTO DE AMBOS PADRES DE UN NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE	50
1. EXPOSICIÓN Y ANÁLISIS DEL CASO ROL N° 2867-2015 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	50
2. RECONSTRUCCIÓN RACIONAL DE LA RESOLUCIÓN DEL CASO	53
2.1. JUSTIFICACIÓN INTERNA DEL DISCURSO JURÍDICO.....	53
2.1.1. LA NORMA JURÍDICA.....	53
2.1.1.1. EXPOSICIÓN.....	54

2.1.1.1.1. Teoría normativista y lógica deóntica.....	54
2.1.1.1.2. El concepto de norma jurídica.....	55
2.1.1.1.3. Los elementos que componen una norma.....	55
2.1.1.2. APLICACIÓN.....	56
2.1.1.2.1. ¿Es necesario asignar un guardador y adicionalmente un cuidador personal? ..	56
2.1.2. SISTEMA NORMATIVO.....	60
2.1.2.1. EXPOSICIÓN DE LA TEORÍA DE ALCHOURRÓN Y BULYGIN	60
2.1.2.2. APLICACIÓN.....	61
2.2. JUSTIFICACIÓN EXTERNA DEL DISCURSO JURÍDICO	64
2.2.1. RACIONALIDAD Y RAZONABILIDAD.....	64
2.2.1.1. EXPOSICIÓN.....	64
2.2.1.2. APLICACIÓN.....	65
2.2.2. SUBSUNCIÓN NORMATIVA VERSUS PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS.....	67
2.2.2.1. EXPOSICIÓN.....	67
2.2.2.2. APLICACIÓN.....	69
2.3 CONSTRUCCIÓN Y EXPOSICIÓN DE ARGUMENTOS.....	70
CONCLUSIONES.....	77
BIBLIOGRAFÍA.....	80
JURISPRUDENCIA.....	83

ABREVIATURAS Y SIGLAS

Abreviaturas artículo, artículos, inciso y numeral: art., arts., inc. y n., respectivamente.

AUC: Acuerdo de Unión Civil. Relativo a ley N° 20.830. CHILE. Crea el Acuerdo de Unión Civil. Ministerio de Secretaría General de Gobierno, Santiago, Chile, 21 de abril 2015.

CC: Código Civil. Cuando no lleve adjunto el gentilicio “chileno”, “colombiano”, “español” u otro, se entenderá que se refiere a la norma chilena (Código Civil. CHILE. Santiago, Chile, 14 de diciembre 1855).

CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CIDN: Convención Internacional de Derechos del Niño. ONU: Asamblea General 20 de noviembre 1989.

CPC: Ley N° 1552. CHILE. Código de Procedimiento Civil. Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, 30 agosto 1902.

CPR: Constitución Política de la República. CHILE. Santiago, Chile, 21 de octubre 1980.

CS: Corte Suprema de Justicia de Chile.

DDHH: Derechos Humanos.

ISN: Interés superior del niño, niña o adolescente.

LM: Ley N° 16.618. CHILE. Ley de Menores. Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, 08 de marzo 1967.

LMC: Ley N° 19.947. CHILE. Establece la nueva ley de matrimonio civil. Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, 17 de mayo 2004.

LTF: Ley N° 19.968. CHILE. Crea los tribunales de familia. Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, 30 de agosto 2004.

LVIF: Ley N° 20.066. CHILE. Establece ley de violencia intrafamiliar. Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, 07 de octubre de 2005.

NNA: Niños, niñas y adolescentes.

SENAME: Servicio Nacional de Menores.

TC: Tribunal Constitucional de Chile.

RESUMEN

En este estudio se analiza el conflicto entre criterios atributivos de los arts. 226 y 367 CC ante el fallecimiento de ambos padres de un NNA, caso difícil que debe resolverse mediante una debida fundamentación que cumpla con las exigencias de un procedimiento racional de fundamentación que acate las reglas de la teoría de la argumentación jurídica. Así, se pretende contribuir con un modelo de resolución racional de casos difíciles que pueda servir de guía en otros casos de este tipo.

En particular, se confronta el criterio atributivo de la institución de las guardas, regulado en el art. 367 del CC con el criterio aportado por el art. 226 del CC en materia de cuidado personal. Producto de la artificiosa separación entre las funciones personales/patrimoniales en materia de relación paterno filial que ha adoptado nuestro legislador, a lo que se suma la falta de actualización de las normas que regulan las guardas, ambas disposiciones otorgan soluciones diversas, pese a enfrentarse la misma situación jurídica, generando efectos perniciosos respecto de los derechos de los NNA.

Luego de su revisión, y dadas las necesidades de los NNA y la especial consideración que debe dispensarles el Estado con el fin de cumplir con sus obligaciones internacionales, se sostiene que ante el conflicto normativo planteado, la solución que garantiza el principio de legalidad sustancial es el criterio atributivo recogido en el art. 226 del CC, que establece la necesidad de adoptar el ISN como consideración fundamental, satisfaciendo las exigencias de racionalidad sustancial impuestas por la filosofía argumentativa, la concepción pragmática universal del discurso práctico, la ética procedimental pluralista, la dogmática del neoconstitucionalismo, el nuevo derecho de familia, el paradigma de protección integral del NNA, el modelo del Estado democrático de derecho, y los tratados internacionales que versan sobre los derechos fundamentales de los NNA.

INTRODUCCIÓN

La Convención Internacional de los Derechos del Niño, dictada el 20 de noviembre de 1989, y ratificada por Chile en el año 1990, considerada el instrumento internacional más importante en relación a la protección jurídica de la infancia y la adolescencia, modificó la visión y tratamiento de los NNA por parte del Estado y la sociedad, desde objetos de protección hacia plenos sujetos de derecho. Estructurada en base a cuatro principios fundamentales –a saber, no discriminación, supervivencia, desarrollo y protección, participación, e Interés Superior del Niño, Niña o Adolescente–¹ vino a imponer una serie de responsabilidades para los Estados, en cuanto a la obligación de revisar y modificar los mecanismos tradicionalmente utilizados para resolver las necesidades de los NNA.² Ello implicó que nuestro país asumiera una serie de obligaciones destinadas a garantizar sus derechos. En relación al ISN, si bien su introducción significó un cambio fundamental en los procedimientos y regulación sustantiva de los derechos de los NNA, Chile se encuentra retrasado en la materialización efectiva de este principio, tal y como lo evidencian algunos tristemente emblemáticos casos.³

Así por ejemplo, podemos referirnos al fallecimiento de Lissette Villa, en abril de 2016, niña de 11 años que se encontraba internada en un hogar dependiente del SENAME, que provocó la práctica de una serie de actuaciones judiciales e investigativas,⁴ que develaron la violación sistemática por parte del Estado de los derechos fundamentales de los NNA que vivían en los hogares de dicha red. Los hechos denunciados y evidenciados fueron de tal gravedad que la Oficina del Alto Comisionado de la ONU realizó una observación *in loco* para comprobar la situación, trayendo como resultado la presentación de un informe categórico en el que responsabiliza al Estado de Chile por tales vulneraciones. Adicionalmente, recordó al Estado sus obligaciones en materia de ISN,⁵ evidenciando su incumplimiento sistemático por diferentes órganos del Estado de Chile. A modo ejemplar, respecto al actuar judicial, señala que “la frecuente ausencia de motivación suficiente de las sentencias impide conocer los elementos considerados, la ponderación entre los mismos y

¹ CILLERO, 1999, pp. 7-8.

² FARÍAS, 2003, p. 220.

³ Sin mencionar el caso del estallido social (18 de octubre del 2019), en que, según organismos de DD.HH., como Amnistía Internacional, ha existido una grave, sistemática y generalizada violación de los derechos humanos de los NNA. CIPER, 2019.

⁴ Caso SENAME. Que informa graves vulneraciones al ISN y otros principios, por parte de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial chileno. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS, 2018.

⁵ *Ibidem*, considerando n. 26.

las circunstancias apreciadas y el proceso seguido para la determinación del ISN como consideración primordial de la decisión adoptada”.⁶

Otro ejemplo relevante es el caso Atala Riffo y las niñas versus el Estado de Chile.⁷ En 2002, la juez de familia Karen Atala se separó de hecho del padre de sus tres hijas, manteniendo el cuidado personal de éstas. En el 2003, Atala comenzó a convivir en la misma casa con su pareja del mismo sexo y sus hijas. Ante esto, el padre de las niñas solicitó la tuición ante el Juzgado de Menores, demanda que fue rechazada en primera instancia y luego confirmada en sede de apelación. Sin embargo, en 2004, conociendo de un recurso de queja presentado por el padre, la Corte Suprema le concedió el cuidado personal definitivo de las niñas. Por este motivo, la madre de las niñas presentó una solicitud ante la CIDH para que se pronunciara sobre el caso. Las consideraciones de este fallo, ampliamente conocidas en nuestro medio jurídico, establecen que el Estado de Chile fue responsable al violar el derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho a ser oído y el interés superior del NNA en perjuicio de las hijas de Karen Atala. Respecto de este último, señala que la Corte Suprema hizo un uso arbitrario del ISN como consideración primordial para la resolución del caso, utilizándolo como excusa para amparar una discriminación en contra de la madre por motivo de su orientación sexual.⁸

Por último, nos gustaría destacar el caso de Ramón vs. Servicio de Registro Civil e Identificación,⁹ en que el Registro Civil se negó a inscribir a un niño con dos madres, quienes habrían participado de modo simultáneo de un procedimiento de reproducción asistida utilizando material genético de un tercero anónimo de sexo masculino. En sus fallos, tanto la Corte de Apelaciones como la Corte Suprema evitaron referirse al ISN, permitiendo solo la inscripción del hijo por aquella madre que lo dio a luz. No obstante, recientemente el Segundo Juzgado de Familia de Santiago, conociendo de la acción de reclamación de filiación interpuesta por el niño, representado por quien fuera reconocida como madre previamente, en contra de la madre excluida, reconoció los derechos filiativos de éste respecto de ambas madres, tomando en consideración su interés superior, derecho a la identidad, a la vida privada y familiar y a la igualdad ante la ley. Acto seguido, ordenó al

⁶ Íbidem, considerando n. 27 letra b.

⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2012.

⁸ Íbidem, considerando 110.

⁹ CASO DE RAMÓN VS. SERVICIO DE REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN, que evidencia la omisión de la consideración del ISN por parte del juez para la resolución racional del caso. CORTE SUPREMA, 2018.

Registro Civil modificar la partida de nacimiento del niño, a efectos de que en ella quedara establecido que es hijo de dos madres.¹⁰

Frente a los diversos cuestionamientos de organismos internacionales en relación al grave incumplimiento estatal, Chile ha realizado una serie de esfuerzos para cambiar esta situación. Un ejemplo importante ha sido la dictación de la ley 20.680 sobre corresponsabilidad parental, que ha modernizado las instituciones de cuidado personal y la patria potestad, a la luz de los principios establecidos en la CIDN.

Sin embargo, no toda la legislación del derecho de familia y la infancia ha seguido el mismo camino, encontrándonos en pleno año 2020 con instituciones que no han sufrido modificaciones sustantivas desde la época de su promulgación. Este es el caso de la regulación de las tutelas y curadurías, inspiradas en una lógica que colisiona con los principios del actual paradigma de la infancia. Ante esto, nos parece relevante la siguiente pregunta: *¿Es el interés superior del NNA la consideración primordial para la resolución racional del caso difícil generado por la colisión de los criterios atributivos de los art. 226 y 367 del CC en el caso de fallecimiento de ambos padres de un NNA?*¹¹ La lectura preliminar del CC junto con las serias vulneraciones de los derechos fundamentales de los NNA en Chile, nos permiten sostener que nuestra legislación no garantiza efectivamente la consideración esencial del ISN y que existe una respuesta alternativa del ordenamiento jurídico nacional que observa de manera más sólida aquellos principios y derechos fundamentales del derecho de la familia y la infancia. Según expondremos, adoptar esta orientación ayuda a salvar el error cometido por el legislador al perpetuar una respuesta que no es coherente con el prototipo social, jurídico y político imperante en la actualidad.

Ilustraremos ambas afirmaciones mediante el análisis del caso del TC rol 2867-2015, revisando las posibles soluciones a dicha colisión normativa. Utilizaremos como herramientas metodológicas y conceptuales las contribuciones teóricas de la concepción argumentativa de la filosofía, la concepción pragmático - universal del discurso práctico, la ética pluralista procedimental, la filosofía analítica del derecho, la teoría argumentativa del derecho y el neoconstitucionalismo, dando cuenta de ciertos principios e instituciones jurídicas relevantes para resolver el caso, que explicaremos en el Capítulo I de este trabajo.

¹⁰ SEGUNDO TRIBUNAL DE FAMILIA DE SANTIAGO, 2019.

¹¹ Vgr., fallos: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 2016 y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 2017. Que evidencian, precisamente, la colisión normativa producida entre los criterios atributivos contenidos en las normas que regulan el cuidado personal, por un lado (art. 226 del CC), y las guardas (art. 367 del CC).

En el Capítulo II revisaremos nuestra legislación nacional en materia de relaciones paterno filiales, de forma tal de ofrecer el marco normativo relevante y atinente según el cual analizar el problema planteado en este trabajo, es decir, la colisión entre los criterios atributivos de los arts. 226 y 367 del CC en el caso de fallecimiento de ambos padres de un NNA.

En el capítulo III nos referiremos a la forma en que se ha abordado este problema en el derecho comparado, esto es, cómo se han regulado las instituciones de las guardas, el cuidado personal del NNA y la incorporación del ISN en el caso de morir ambos padres. Tomaremos para ello y a modo ejemplar, tres ordenamientos jurídicos elegidos ya sea por tratarse de una legislación similar a la nuestra, por pertenecer a una tradición jurídica distinta, como lo el *common law*, o bien, aun perteneciendo a nuestra misma tradición jurídica, por tratarse de una versión del derecho continental más moderna. En estos ejemplos se ha afrontado el problema jurídico en cuestión de forma diversa, y ello nos permitirá constatar cómo otros Estados han logrado compatibilizar las obligaciones emanadas del CIDN con su normativa interna.

Finalmente, en el Capítulo IV abordaremos el caso señalado, revisando la racionalidad de las justificaciones que motivan el curso de acción tomado por la legislatura y los jueces, analizando la corrección formal y material de los argumentos expuestos para sustentar posibles soluciones judiciales que observen los principios y derechos antes mencionados.

CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO

1. BASES FILOSÓFICAS

Al enfrentar algún tema problemático dentro del derecho de familia, podemos encontrar diversas respuestas en principio correctas, pero no siempre aceptables. Por ello, muchas veces la naturaleza misma de este derecho nos exige realizar un esfuerzo mayor en la determinación de la solución, en una rama que, como señala la doctrina, es mutable y transdisciplinaria.¹²

Su mutabilidad se evidencia en las distintas modificaciones que ha experimentado desde la dictación del CC en nuestro país, al igual que su objeto de protección, la familia, institución que, según autores como Arancibia y Cornejo, también ha experimentado profundos cambios con el correr de los años. En este contexto, el desafío recaído en el derecho de familia sería de poder evolucionar “cada vez más hacia el reconocimiento de un verdadero Derecho de las familias, de carácter pluralista, encargado antes de proveer protección a las diversas formas en que esta realidad se puede expresar en la vida social”.¹³

Sobre su transdisciplinariedad, Hernández señala que las posibles soluciones para las problemáticas del derecho familiar exceden las posiciones clásicas del iusnaturalismo y el positivismo. De esta forma, de las diferentes áreas que nutren la comprensión del fenómeno jurídico familiar, el autor enfatiza la eminente preponderancia de la ética,¹⁴ y propone un trazado ético a considerar, sugiriendo el arribo a un enfoque que nos permita de manera lógica y con credenciales legítimas responder a la pregunta ¿Se deben defender todas, ciertas o algunas “realidades familiares”? Y de así hacerlo ¿de qué forma?

Consideramos que mediante el uso del aparato teórico de la filosofía argumentativa, podemos lograr un acercamiento que cumpla con los requisitos antedichos, pues, como señala Atienza, sin argumentación -lo que incluye su interpretación- no es posible la realización del derecho.¹⁵

1.1. ¿QUÉ ES LA FILOSOFÍA ARGUMENTATIVA?

De acuerdo al profesor Miguel Orellana, la filosofía argumentativa “consiste en un diálogo particular entre combinaciones de dos tipos de elementos distintos. De un lado, están

¹² ARANCIBIA & CORNEJO, 2014, pp. 15-16.

¹³ Íbidem, p. 316.

¹⁴ HERNÁNDEZ, 2008, p.19.

¹⁵ ATIENZA, 2005, p. 1.

las intuiciones (lo que se cree), acerca de cómo, en último término, son las cosas (aquello que llamamos “metafísica”) o cómo deben ser (aquello que llamamos “ética”). Del otro lado están los argumentos racionales (por qué se cree), los intentos de demostrar que, en último término, las cosas son o deben ser de cierta manera”.¹⁶ En este contexto, los argumentos filosóficos son estrategias de razonamiento que tienen por objeto demostrar la verdad de una cierta intuición ante una sociedad con variadas intuiciones, determinadas por su cultura, religión e historia. Así, pretenden esclarecer, refinar y evaluar críticamente las respuestas que se dan a ciertas preguntas humanas fundamentales basadas en determinadas intuiciones.

La argumentación, pieza angular en esta concepción filosófica, “es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o refutar. Esa actividad puede ser muy compleja y consistir en un número muy elevado de argumentos (de razones parciales) conectadas entre sí de muy variadas formas”.¹⁷ Según Manuel Atienza, actualmente el derecho puede ser entendido desde una pluralidad de enfoques, cada uno colocando el énfasis en un aspecto diferente de aquel. Entender el derecho fundamentalmente como argumentación entrega, actualmente, mejores respuestas a la exigencia que la sociedad moderna impone al sistema jurídico, es decir, la justificación del funcionamiento práctico del derecho como técnica de argumentación, y es en este sentido que las soluciones adoptadas bajo el enfoque de la concepción argumentativa del derecho vienen a dotar de legitimidad al sistema.¹⁸

Dentro de este modelo, es posible encontrar tres grandes concepciones argumentativas en el derecho, a saber, aquellos razonamientos adscritos a una concepción formal, basados en un método de argumentación racional; aquellos otros adscritos a una concepción material, basados en un método de argumentación ética y filosófico política; y otros que siguen una concepción pragmática, basados en los métodos que nos entrega la retórica y la dialéctica en la identificación de falacias en el discurso.¹⁹

¹⁶ ORELLANA, 1994, p. 27.

¹⁷ ATIENZA, 2005, p.18.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 21-22.

¹⁹ *Ídem*.

1.2. ¿QUÉ ES LA CONCEPCIÓN PRAGMÁTICO – UNIVERSAL DEL DISCURSO PRÁCTICO?

La concepción pragmático-universal del discurso práctico de Habermas, es el “estudio de aquellas condiciones morales que hacen posible reconocer el carácter interpersonal de la comunicación, en la que necesariamente se reconoce y admite que los participantes son actores con capacidad de orientar sus acciones en función de un entendimiento que permita la solución de un problema”,²⁰ o, en otras palabras, aquellas condiciones que nos permiten identificar y reconstruir las condiciones universales del entendimiento posible,²¹ concibiendo a los participantes de un discurso como seres dotados de valores morales, éticos y jurídicos. Por tanto, cabría reconocer en todo emisor valores, derechos y capacidades lingüísticas que lo habilitan para proponer soluciones a problemas relacionados con las interacciones sociales.

Una concepción ética que ponga el foco en la capacidad discursiva de los emisores para la solución de los problemas que plantea el discurso práctico general y jurídico en particular, requiere establecer procedimientos que vayan en consonancia con el contenido moral reconocido a los sujetos. Así, debe cumplir con ciertas reglas que permitan construir argumentos racionales con pretensión de universalidad y rectitud. El logro de dichas pretensiones no solo se alcanzará mediante una actividad comunicativa pura, sino que además se requiere de la determinación de una acción práctica que sea reconocida como correcta para el logro de un conocimiento apropiado de una situación problemática.

En síntesis, en el discurso práctico la exigencia es justificar la acción ofrecida a través de los argumentos,²² lo que en el discurso jurídico es trascendental puesto que la labor del juez consiste justamente en decidir correctamente respecto de la realización de determinadas acciones.

1.3. ¿QUÉ ES EL PLURALISMO ÉTICO?

Cuando estamos frente a un problema valórico, son tres las concepciones éticas con las que podemos resolverlo. Podemos adoptar una posición ética relativista, según la cual no existe una respuesta correcta en relación a los proyectos de vida que los individuos adopten en virtud de su autonomía privada; una posición ética universalista, según la cual existe solo

²⁰ CUCHUMBÉ, 2005, p. 68.

²¹ HABERMAS, 2001[1976], p. 299.

²² CUCHUMBÉ, 2005, p. 70.

una respuesta correcta y una sola naturaleza humana; y, por último, una postura ética pluralista, que de acuerdo a Orellana corresponde a “una manera de adherirse a una concepción absoluta de valores, una condición necesaria de que estos cumplan su papel orientador de las costumbres, sin desconocer por ello el valor intrínseco de la diversidad de las formas de vida distintas, pero igualmente legítimas”.²³ En definitiva, adoptar una posición en la ética cuya concepción de los valores sea tan absoluta como plural.

Solo si se adhiere a una postura ética pluralista, que asegure un procedimiento democrático participativo de discusión, se otorgarán las condiciones para asegurar el mayor número de proyectos de vida posible, mientras no se opongan a los derechos fundamentales de las personas. Pero, para lograr una plena operatividad de una ética pluralista procedimental en un sistema social, no basta el mero reconocimiento de la diversidad como valor fundamental, sino que es necesario generar las condiciones idóneas de respeto y promoción hacia una tolerancia activa, es decir, una conducta activa de consideración hacia el otro, exigible tanto al Estado como a la sociedad en su conjunto. De este modo, el valor central de una ética pluralista procedimental estará dado por “la aceptación de la pluralidad de formas de vida, de la constitucional diversidad de la sociedad, antes que por la imposición de un tipo especial de ellas a todo el mundo”.²⁴ La diversidad, entonces, se transforma en un metaprincipio del sistema jurídico, que cumple un rol interpretativo fundamental al que deben atender los operadores jurídicos en la resolución de los conflictos.

Considerando lo anterior, estimamos que las problemáticas del derecho familiar deben abordarse con una concepción ética amplia, que incluya la contraposición de ideas de forma democrática y atienda a argumentos con fundamento lógico y no a concepciones prefijadas que puedan sobrepasar el ejercicio de derechos de otros sin una justificación razonable. Esto no implica que las autoridades o particulares hagan suyas las conductas y proyectos familiares no tradicionales como realidades propias para vivir, sino que distingan qué conductas, si bien no las adoptarían como modelo moral, al menos debiesen tratarse y respetarse como valores.²⁵

²³ ORELLANA, 1994, p. 58.

²⁴ HERNÁNDEZ, 2008, p. 31.

²⁵ ORELLANA, 1994, p. 79.

1.4 NEOCONSTITUCIONALISMO Y ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

La teoría neoconstitucionalista, marco del discurso ético que mejor se adapta al modelo de Estado según el cual se organiza la sociedad contemporánea, consiste en el análisis de textos constitucionales posteriores a la Segunda Guerra, los que no se limitaron a establecer competencias o separar poderes públicos, sino que incorporaron normas materiales o sustantivas condicionantes de la actuación del Estado, orientándola a ciertos fines y objetivos. En ellos, los autores del neoconstitucionalismo advirtieron amplios catálogos de derechos fundamentales, que propiciaron “un marco de relaciones entre el Estado y los ciudadanos muy renovado, sobre todo por la profundidad y grado de detalle de los postulados constitucionales con que se recogieron tales derechos.”²⁶

Aplicando este marco teórico, es posible explicar que los derechos fundamentales hubiesen excedido la consagración constitucional, propagándose internamente por medio de la práctica jurisprudencial y de la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico. Este fenómeno justifica el uso de la batería teórica elaborada por autores neoconstitucionalistas como Alexy, Ferrajoli, Dworkin y Atienza, que, por lo demás, han tenido gran impacto dentro de la corriente jurídica hispanoamericana. En nuestro ordenamiento jurídico, consecuentemente, podemos encontrar este generalizado proceso de apertura a la garantía de derechos.²⁷

Ferrajoli propone un modelo normativo que vincula al poder público indefectiblemente con el principio del Estado de Derecho nacido con las constituciones modernas. Este se caracteriza (a) en el plano formal, por el principio de legalidad como fuente de legitimación formal, que exige que los actos del poder público se subordinen a la ley, cualquiera sea esta²⁸ como fuente de legitimación formal; y (b) en el plano sustancial, la legitimación sustancial exige que se condicione la legitimidad del ejercicio de cualquier poder por ella instituido a ciertos contenidos sustanciales, “mediante la incorporación limitativa en su constitución de los deberes públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos fundamentales, así como de los correlativos poderes de los ciudadanos de activar la tutela judicial”.²⁹ En el ámbito del derecho familiar, destacan entre estos derechos fundamentales el

²⁶ CARBONELL, 2019, p. 2.

²⁷ Respecto de la apertura de la Constitución y los principios de pluralismo y diversidad, ver BASSA, FERRARA, & VIERA, 2017, p. 266.

²⁸ FERRAJOLI, 1995, p. 856.

²⁹ *Ibidem*, pp. 856-857.

respeto a la diversidad (o derecho a la diferencia), igualdad y no discriminación, derecho a la intimidad, derecho al libre desarrollo de la personalidad, y derecho a la identidad.³⁰

2. CONCEPTO Y PROTECCIÓN ESTATAL DE FAMILIA

La familia ha sido mencionada en diversas disposiciones dentro de nuestra legislación, pero sin definirla o conceptualizarla, o haciendo imposible subsumir sus elementos en una regla (o fórmula) debido a la variedad de componentes tomados en cuenta en una u otra disposición y a la naturaleza dinámica de la institución familiar.³¹

El art. 1 de nuestra CPR reconoce a la familia como núcleo fundamental de la sociedad. El inc. quinto, además, manifiesta que existe un deber estatal de protegerla y propender a su fortalecimiento, por tratarse de un espacio vital para que las personas puedan alcanzar su mayor realización espiritual y material posible.³² Adicionalmente, dada la incidencia de los derechos fundamentales a la luz de CPR, en particular en virtud del art. 5 n° 2, gracias a los acuerdos internacionales que Chile ha firmado y ratificado, podemos entender incorporadas mejores regulaciones y definiciones.

A nivel legal, la LMC sigue el sentido de la CPR, reiterando, respecto de la familia, la idea de que es el núcleo fundamental de la sociedad, y el deber estatal de protección. Por su parte, el CC solo se refiere a ella en el art. 815, norma anacrónica, acotada e inconexa –pues solo se establece para fines del uso y la habitación–, que se limita a designar a los miembros de la familia sin dar definición alguna.³³

La doctrina ha hecho lo propio, alternando en sus definiciones de familia³⁴ y señalando que “el modelo de familia matrimonial, entendido como la unión matrimonial estable y duradera de un hombre y una mujer con el proyecto común de tener y educar a los hijos, ha sufrido un proceso sostenido de debilitamiento en los últimos años, debiendo coexistir con expresiones de matriz ideológica, que tienden a mutar el carácter comunitario de la familia por uno eminentemente social y consensual”.³⁵ Del Picó agrega que puede existir “la familia extendida, así como también las familias nucleares y extendidas no basadas

³⁰ HERNÁNDEZ, 2008, p. 17.

³¹ LEPÍN, 2017, p. 26.

³² LEPÍN, 2014, p.15.

³³ DEL PICÓ, 2011, p. 36.

³⁴ SOMARRIVA, 1963, p. 10; CORRAL, 1994, pp. 12-13; LEPÍN, 2014, p. 16.

³⁵ DEL PICÓ, 2011, p. 52.

en la unión formalizada de los padres, completas o incompletas, que originan el vínculo familiar”.³⁶

En este contexto, en el literal a) del art. 3 de la ley N° 21.150 del 2019, que crea el Ministerio Desarrollo Social y Familia, encontramos una definición amplia, moderna y representativa de la realidad familiar actual.³⁷ En la primera sección de esta norma, se enfatiza nuevamente el rol preponderante de la familia como núcleo fundamental de la sociedad. Luego, este art. se aleja del concepto tradicional de familia, elaborado en base al concepto de parentesco,³⁸ innovando al reconocer todo lazo de pareja cuya existencia pueda ser probada, reconociendo que se debe proveer la misma protección –en tanto que familia– a aquellas basadas en el vínculo matrimonial, en el AUC y en una convivencia de hecho, sin distinción.³⁹ La sección final resalta la importancia de dos elementos que permiten reconocer legalmente a un grupo de personas como familia: el primero, la existencia de vínculo afectivo; el segundo, la existencia de lazos de protección, cuidado y sustento. En definitiva, esta definición presenta una mirada omnicomprensiva de la realidad de las relaciones familiares contemporáneas (autonomía de proyectos de vida, respeto a la diversidad, multiplicidad de modelos de familia, etc.), otorgando al juez mayores herramientas hermenéuticas, vinculadas a una interpretación sistemática de la normativa del derecho familiar a la luz de sus principios actuales.

3. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA INFANCIA EN CHILE

En nuestro país, la configuración de un sistema de protección jurídica de la infancia ha sido un proceso paulatino, que ha avanzado paralelamente con los cambios internacionales ocurridos en esta materia, identificando tres períodos en la historia institucional de esta protección.⁴⁰ En una primera etapa, que va desde los tiempos coloniales hasta 1928, no existía una legislación especial para la protección de la infancia y el NNA era visto como una excepción al sistema jurídico de adultos. No había una referencia explícita por parte del Estado a la consideración de los NNA para su tratamiento en la legislación, más bien, durante siglos, el tipo de atención estuvo caracterizado por la presencia de instituciones

³⁶ *Ibidem*, p.53.

³⁷ Art. 3a): “Familia: núcleo fundamental de la sociedad, compuesto por personas unidas por vínculos afectivos, de parentesco o de pareja, en que existen relaciones de apoyo mutuo, que generalmente comparten un mismo hogar y tienen lazos de protección, cuidado y sustento entre ellos”.

³⁸ Según art. 31 del CC, el parentesco se origina por consanguinidad, afinidad o adopción.

³⁹ La CIDH ha sostenido un concepto amplio de familia. Ver: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2012. Considerando 142.

⁴⁰ Miguel Cillero, citado por FUENZALIDA, 2014, p. 52.

que sostenían establecimientos con características de asilos, casas de expósitos, ollas infantiles, gotas de leche, entre otras formas de asistencialidad ante su abandono y desamparo.⁴¹ Desde una perspectiva histórica social, se puede afirmar que se les trataba como meros objetos de atención, bajo la noción de infancia desvalida y peligrosa.⁴²

A principios del siglo XX, con la irrupción de la cuestión social y frente a la urgente contingencia sanitaria que repercutía gravemente en la vida y salud de los NNA, el gremio médico instó a la transformación de la relación Estado - infancia al preocuparse de ellos como una categoría especial. Esto da comienzo a un segundo período -del modelo tutelar-, basado en la doctrina de la situación irregular, que va desde 1928 a 1990,⁴³ determinado por la dictación de un conjunto de “leyes de menores”, donde el NNA es considerado como un problema social y un objeto de protección y control. En esta etapa coexistían principios que diferían con sus resultados prácticos, trayendo consigo situaciones que contravenían sus derechos. El legislador buscaba, por un lado, proteger a los NNA que se encontraban en contextos de vulnerabilidad, pero por otro, conseguir un mayor control sobre ellos. El hito más relevante de este período viene dado por la dictación de la primera ley que articulaba las acciones desarrolladas hacia ese grupo etario, la LM, en 1967.⁴⁴

Por último, encontramos un tercer período de transición, iniciado con la dictación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño en 1989, que transformó el paradigma tutelar hacia uno de protección integral de la niñez⁴⁵ en el marco de los Derechos Humanos, consagrados en diversos tratados internacionales. Este instrumento implicó que nuestro país asumiera una serie de obligaciones destinadas a garantizar los derechos de los NNA, incorporando a nuestro ordenamiento jurídico una serie de disposiciones que vinieron a complementar las normas de fuente nacional relativas a la protección de los NNA. Pese a ello, el sistema construido progresivamente en Chile tiene un sinnúmero de falencias detectadas por organismos internacionales que han acusado al Estado de Chile de incumplir gravemente sus obligaciones.⁴⁶ En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas ha criticado la labor de Chile identificando cuatro causas estructurales que

⁴¹ FARÍAS, 2003, p.191.

⁴² Idem.

⁴³ Este modelo se caracterizaba por: (a) No reconocer a los NNA como sujetos de derechos, sino como objetos de protección; (b) Otorgar amplias atribuciones y discrecionalidad al Juez (c) Tratamiento indiferenciado entre NNA infractores de la ley penal y aquellos en situación de abandono. FUENZALIDA, 2014, p. 19.

⁴⁴ En esta ley fue destacable el Consejo Nacional de Menores, antecedente actual SENAME.

⁴⁵ Caracterizado por: (a) Transformar radicalmente la visión del NNA, definiéndolo como sujeto pleno de derechos; (b) Tratar a éstos como sujetos especiales de protección, cuidado y asistencia; (c) La consideración primordial del ISN en toda medida que concierna a NNA, entre otras. ARAMBURÚ, 2017, pp. 18-19.

⁴⁶ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS, 2018.

han favorecido las graves y sistemáticas violaciones a los derechos de los NNA: (a) la visión tutelar de la infancia, (b) una incorrecta interpretación del carácter subsidiario del Estado, (c) la excesiva judicialización del sistema y (d) la insuficiencia de recursos humanos, técnicos y financieros en el sistema.⁴⁷

Frente a la crisis revelada por el caso SENAME, el Estado ha presentado una serie de proyectos legislativos con el fin de alcanzar un sistema integral de protección de la infancia en consonancia con los compromisos internacionales adquiridos.⁴⁸

⁴⁷ Ídem.

⁴⁸ Además de la creación de la Defensoría de la Niñez el año 2018, se cuentan la creación del Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez; Proyecto de ley que crea el Servicio de Protección Especializada a la Niñez y la Adolescencia; Proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil.

CAPÍTULO II: REGULACIÓN DE LAS RELACIONES PATERNO FILIALES Y RÉGIMEN SUPLETORIO A LA PATRIA POTESTAD EN CHILE

1. RELACIONES PATERNO FILIALES

El vínculo jurídico entre padres e hijos, una vez determinada legalmente la filiación, da lugar a una “serie de derechos, deberes y responsabilidades que los unen, en lo que ha venido a denominarse relación paterno filial”.⁴⁹ Los efectos de esta relación comprenden aspectos personales y patrimoniales. En nuestro ordenamiento se denomina a los primeros *autoridad parental* y, a los segundos, *patria potestad*. La primera es el “conjunto de derechos y obligaciones que surge entre padres e hijos, principalmente relativo a la persona del hijo y dotados de un fuerte contenido moral”.⁵⁰ Por otro lado, la patria potestad se entiende como la institución referida “principalmente a los bienes del NNA y su administración”.⁵¹

1.1. BINOMIO PATRIA POTESTAD / AUTORIDAD PARENTAL

Nuestra doctrina ha advertido que la orientación del CC difirió de sus análogas en derecho comparado, innovando al instaurar una dicotomía entre autoridad parental (de la cual emana el cuidado personal) y patria potestad. Acuña señala que, mientras en la mayoría de los ordenamientos la patria potestad aparece como un efecto legal y propio de la relación paterno filial, que se configura como una función tuitiva general, comprensiva tanto de la esfera patrimonial como de la esfera personal del NNA; en Chile la patria potestad por definición es una institución relativa solo a los bienes.⁵² Esta dualidad está presente desde la dictación del CC hasta la actualidad, pese a constatarse una importante evolución en cuanto a titularidad y ejercicio de los derechos y deberes, como resultado de sus modificaciones legislativas.⁵³

La autoridad parental se encuentra regulada en el título IX del libro I del CC, entre los art. 222 y 242. En el CC es posible encontrar dos grupos de derechos-deberes que componen la institución de la autoridad parental:⁵⁴

⁴⁹ ACUÑA, 2018, p. 8.

⁵⁰ GÓMEZ DE LA TORRE, 2007, p. 133.

⁵¹ LÓPEZ, 2007, p.124

⁵² ACUÑA, 2018, p. 8

⁵³ Ramos Pazos reconoce cuatro ámbitos de las relaciones paterno filiales: autoridad parental, patria potestad, derecho de alimentos y derechos hereditarios. Estos dos últimos no son relevantes para el presente estudio. RAMOS, 2007, p. 440.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 440-454.

1. Los derechos-deberes de los hijos hacia los padres y ascendientes, por ejemplo, el deber de cuidado de éstos, y de respeto y obediencia.
2. Los derechos-deberes de los padres (y en algunos casos ascendientes) hacia los hijos: (a) Derecho de relación directa y regular, según el art. 229 del CC; (b) Crianza y educación, según el art. 224 del CC; (c) Gastos de educación, crianza y establecimiento de los hijos, según los arts. 230 y ss., 1740 n. 5° y 1744 del CC; (d) Facultad de corrección, según el art. 234 del CC; y (e) Cuidado personal. Sobre este último se ahondará en el presente trabajo.

En el ámbito comparado, se ha tendido a utilizar el término *responsabilidad parental* para referirse a la institución de la autoridad parental, pues se ha reconocido doctrinariamente que, bajo el influjo del constitucionalismo, ha existido un cambio de mirada que acentúa la función pública que ejerce la persona a cargo del NNA, sean los padres, la sociedad o el Estado. Esto ha llevado a la doctrina de diferentes países, sobre todo latinoamericanos, a enfatizar la importancia de contar con una institución omnicomprensiva de las relaciones paterno filiales que no distinga entre los ámbitos personales y patrimoniales de los NNA.⁵⁵

1.2. PRINCIPIOS QUE PERMEAN LAS RELACIONES PATERNO FILIALES

En materia de efectos de la filiación, existe una serie de principios que fundamentan todas las relaciones paterno filiales, reafirmando la necesidad de realizar un tratamiento sistemático de estas instituciones, bajo un sustrato teórico común. En ese sentido, consideramos que la decisión de Andrés Bello de separar los aspectos personales de los patrimoniales emanados de las relaciones paterno filiales fue un error que, además, ha redundado en la vulneración de derechos fundamentales de la niñez.

Sin embargo, es posible encontrar en la actualidad esfuerzos legislativos destinados a enmendar las consecuencias que ha provocado esta artificiosa separación. La ley 20.680, que introdujo nuevos principios del derecho familiar, constituye un buen ejemplo de cómo se modificaron la patria potestad, el régimen de relación directa y regular, y el cuidado personal. Por ello debemos abordarla la manera en que estos nuevos principios, a saber, interés

⁵⁵ De acuerdo a la historia de la ley 20.680, se discutió la posibilidad de fundir los derechos y deberes parentales, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, en una sola figura. Sin embargo, se desestimó por sobrepasar la idea matriz del proyecto de ley. CONGRESO NACIONAL, 2013, p. 198.

superior del NNA (ISN), derecho del NNA a ser oído, autonomía progresiva, corresponsabilidad y principio de igualdad y no discriminación, han quedado expresados.

1.2.1. INTERÉS SUPERIOR DEL NNA

1.2.1.1. CONCEPTO Y ALCANCES

Por primera vez enunciado en la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959,⁵⁶ y posteriormente consagrado en el art. 3 párrafo 1° de la CIDN, del año 1989, en los siguientes términos: “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”.

Para la doctrina, el ISN es un concepto jurídico indeterminado, lo que ha llevado a cuestionar su utilidad. Autores como Ravetllat y Pinochet destacan la ambivalencia de esta determinación, señalando que “la verdadera fuerza atribuida a este principio reside en su carácter eminentemente abstracto, aspecto este que facilita su adaptación a los diferentes supuestos de hecho que puedan ir suscitándose; no obstante, esa misma circunstancia le ha valido un gran número de críticas fundamentadas, esencialmente, en su alto grado de indeterminación”.⁵⁷ Por ello, luego de casi dos décadas de su consagración en la CIDN, y con el fin de mejorar su observancia y aplicación, el Comité de los Derechos del Niño delimita sus alcances en su Observación General N° 14,⁵⁸ pretendiendo acotar su indeterminación y aminorar su subjetividad. Dicha Observación vino a dar una definición más concreta del interés superior del NNA como un concepto de triple identidad, al tratarse de un derecho sustantivo, norma de procedimiento y un principio jurídico interpretativo fundamental. Esto se explica a continuación:

1. Que sea derecho sustantivo significa que los NNA tienen derecho a que su interés superior sea una “consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida”⁵⁹ y una garantía de que se aplicará siempre que se adopte una medida que afecte a NNA, ya sea individual,

⁵⁶ Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959, principio 2 y 7.2.

⁵⁷ RAVETLLAT & PINOCHET, 2015, p. 904.

⁵⁸ Para Mariño, una de las vías de precisión de las obligaciones establecidas en instrumentos internacionales es la adopción de observaciones, que se materializan en dos fórmulas: i) mediante una práctica interpretativa que cumpla con los efectos previstos por el art. 31.3. b) de la Convención de Viena de 1969. ii) Que se formara una norma consuetudinaria, vinculante para las partes, a partir de las observaciones del Comité. MARIÑO, 1998, p. 91

⁵⁹ ONU, 2013, párrafo 6.

genérica o generalmente. El art. 3.1 de la CIDN establece, entonces, una obligación intrínseca para los Estados,⁶⁰ de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y susceptible de invocarse ante los tribunales. La Observación General N° 14 ofrece una serie de guías y criterios para dotar de contenido concreto al ISN como derecho sustantivo a garantizar. De acuerdo a lo establecido por el Comité de los Derechos del Niño, estos criterios son:⁶¹ a) El derecho del NNA a expresar su opinión; b) identidad del NNA; c) La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones; d) Cuidado, protección y seguridad necesarios para el bienestar del NNA; e) Situación de vulnerabilidad; f) El derecho del NNA a la salud; y g) El derecho del NNA a la educación.

2. El ISN como noma de procedimiento implica que respecto a NNA (considerados también individual, genérica o generalmente), el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el NNA o los NNA interesados.⁶² Se señala, entonces que, para evaluar y determinar el ISN se requieren garantías procesales. En específico, se establece la obligación de manifestar explícitamente, en los fundamentos decisorios de una resolución, que se ha tenido en cuenta ese principio.⁶³ Respecto de esta dimensión procedimental del ISN, la Observación General N° 14 establece como garantías procedimentales:⁶⁴ a) El derecho del NNA a expresar su propia opinión; b) determinación de los hechos; c) percepción del tiempo; d) profesionales cualificados; e) representación letrada; f) argumentación jurídica en el sentido de que cualquier decisión sobre el NNA debe estar motivada, justificada y explicada;⁶⁵ g) mecanismos para examinar o revisar las decisiones; y h) evaluación del impacto en los derechos del NNA en todos los niveles.

3. El ISN como principio jurídico interpretativo fundamental⁶⁶ significa que, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del NNA. Los derechos consagrados en la Convención y sus protocolos facultativos establecen el marco interpretativo. Entenderlo

⁶⁰ *Ibidem*, párrafo 36.

⁶¹ *Ibidem*, párrafos 52 al 79.

⁶² *Ibidem*, párrafo 6 literal c.

⁶³ Lovera considera que esta obligación legitimaría las decisiones judiciales, puesto que limita el rango de discrecionalidad dado el deber de fundamentación y valoración del ISN. LOVERA, 2008, p. 10. Lepín, a su vez, ha expresado que el ISN en su aspecto procedimental se ve reflejado en la LTF a propósito de la valoración de la prueba en conformidad a las reglas de la sana crítica, según los arts. 32 y 66 n. 4 y 5 de esa ley. LEPÍN, 2013, p. 287.

⁶⁴ ONU, 2013, párrafos 85 al 99.

⁶⁵ *Ibidem*, párrafo 97.

⁶⁶ Para Alexy, los principios son "normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes". ALEXY, 2008, p. 67.

como un principio implica considerarlo, según Lepín, como “un mandato dirigido al juez para darle contenido a la ley en el caso concreto, es decir, para que en base a una determinada orientación resuelva la controversia, por decirlo de una manera, legislando en cada caso en particular. Lo que implica un reconocimiento, por parte del legislador de sus limitaciones, en el sentido que no puede prever todas las situaciones, y que debe depositar la confianza en el juez para que adopte la decisión más conveniente”.⁶⁷ Por su parte, Alcalde señala que un principio “constituye una guía, pauta, criterio o, incluso, la causa y justificación de una norma o precepto en particular, pero en ningún caso una ‘instrucción’ exhaustivamente acabada”,⁶⁸ enfatizando el rol de los jueces en tanto encargados de concretizar su sentido, de acuerdo a las circunstancias específicas del caso dado. En síntesis, los principios vendrían a ser un mandato y un voto de confianza en la labor judicial para legislar el caso concreto.

La doctrina identifica dos medios o sistemas claramente diferenciados para determinar el ISN. El primero establece una serie de indicadores legales taxativos y, el segundo, utiliza una cláusula general abierta, en la que solo se impone la necesidad de actuar en interés del menor, pero sin reconocérsele un contenido específico. Nuestro ordenamiento jurídico opta por este último, pues el legislador no ha delimitado el contenido de este principio. Así, el ISN se encuentra consagrado de forma “necesariamente genérica, abierta y flexible, lo que permite su aplicación a las diversas situaciones jurídicas y sociales que se planteen como consecuencia de la variada realidad social que de antemano no puede ser prevista en su totalidad y a los cambios que vayan suscitándose con el devenir del tiempo”.⁶⁹

⁶⁷ LEPÍN, 2013, p. 286

⁶⁸ ALCALDE, 2003, p. 55.

⁶⁹ RAVETLLAT & PINOCHET, 2015, p. 930.

1.2.1.2. CONSAGRACIÓN EN NORMATIVA INTERNA

El principio del ISN no se encuentra consagrado positivamente en nuestra CPR. No obstante, en virtud de lo dispuesto en el art. 5 inc. 2º, se entiende incorporado a nuestro ordenamiento como un principio rector en las materias jurídicas en que se ven involucrados NNA, tales como derecho de familia, derecho penal (responsabilidad penal adolescente), derecho público, etc. Siguiendo esta línea, la doctrina moderna del derecho de familia, de acuerdo a las aportaciones del constitucionalismo, ha reconocido que los derechos fundamentales incorporados a través de tratados internacionales tienen aplicación directa en la resolución de casos y elaboración de soluciones normativas plausibles.⁷⁰ De este modo, se ha erigido como un “principio general del Derecho, y de ahí que pueda ser considerado como un medio de información, de integración y de interpretación, tanto de las normas e instituciones en que esta cláusula general aparece incorporada, como de las instituciones y relaciones cotidianas que se ven afectadas, ya sea para detectar conflictos (antes desapercibidos o infravalorados), ya sea para solventar problemas en los que resulte afectado”.⁷¹

En esta materia, recién hacia el año 1998, con la dictación de la ley de Filiación N° 19.585, que viniera a establecer un trato igualitario entre todos los hijos, cualquiera que fuera su origen, Chile inserta legislativamente el ISN en un texto que sentaría directrices orientadoras para la intervención en el ámbito de la familia. Adicionalmente, vino a garantizar el debido proceso desde el enfoque de derechos del NNA.

Entre otras normas,⁷² la LTF lo consagra en cuanto principio en su art. 16 inc. 2º, señalando lo siguiente: “El interés superior del niño, niña o adolescente, es el principio rector que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”. Esta norma es de vital importancia, pues implica que cualquier asunto que fuese sometido al conocimiento de un Juez de Familia debe resolverse recurriendo a la determinación del ISN. Si bien alude a una manifestación de la fase procedimental de aquel principio, no es menos efectivo que su determinación también impone la obligación de evaluarlo en su aspecto sustantivo. Así, a falta de norma expresa que regule el conocimiento de las diversas materias que puedan afectar a NNA, el Juez de Familia podría, cumpliendo lo señalado en el art. 16 de la LTF, encontrar un acápite dentro

⁷⁰ BASSA, 2018, p.25.

⁷¹ RAVETLLAT & PINOCHET, 2015, p. 905.

⁷² Arts. 1, 3 y 15 inc. 3º de la ley N° 19.620; arts. 3, 27 inc. 2º, 36 y 85 inc. 2º de la ley N° 19.947; y art. 2º de la ley N° 20.084.

del procedimiento para evaluarlo. En este sentido, estimamos que las consideraciones de la Observación General N° 14 son justamente la guía que debe seguir el Juez de Familia.

Respecto de las relaciones paterno filiales, el ISN se encuentra consagrado en el art. 222 del CC, de modo genérico.⁷³

1.2.2. CORRESPONSABILIDAD

Pese a constituir un importante hito en nuestra legislación de familia, al simbolizar el respeto igualitario a la función materna y paterna,⁷⁴ no abordaremos este derecho en mayor profundidad, pues excede la problemática analizada en este ensayo.

1.2.3. DERECHO A SER OÍDO

El derecho del NNA a ser oído está contemplado por el art. 12 de la CIDN, que, en primer término, garantiza a todo NNA que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opinión libremente y, luego, le reconoce el derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte.⁷⁵ En ese sentido, impone una serie de exigencias al legislador a fin de atender al diseño y posterior implementación de los procedimientos a través de los cuales se ejercerá este derecho. Al tratarse la participación de un NNA en un proceso, de acuerdo a lo señalado por Echeberry y Fuentes, el derecho del NNA a ser oído debe considerar que es este quien decide si será oído o no. Esto supone aceptar que su ejercicio no puede quedar supeditado a la decisión de los tribunales, pues al ser una manifestación de la autonomía del NNA él debe decidir si ejercer su derecho o no. Esto solo podría limitarse por parámetros razonables, a saber, nivel de desarrollo del NNA al momento del juzgamiento y/o las potenciales contradicciones entre el ejercicio del derecho y el mismo ISN. Descartadas estas consideraciones, solo cabría oír directamente y sin intermediación la opinión que el NNA tiene sobre la materia sujeta a resolución.⁷⁶ Por lo demás, la doctrina nacional ha identificado los mecanismos formales que permiten la participación de los NNA a fin de disminuir la discrecionalidad judicial, siendo estos:

⁷³ Además, inspira las siguientes normas del CC: a) Cuidado personal (arts. 225, 225-2 y 226); b) Relación directa y regular (art. 229); c) Facultad del art. 234; d) Situación del art. 240; e) Revocación y modificación de resoluciones judiciales del art. 242; y f) Patria potestad (arts. 244, 245, 268 y 272).

⁷⁴ ACUÑA, 2018, p. 38.

⁷⁵ La Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 indicó que el ISN se nutría del derecho consagrado en el art.12 de la CIDN (a expresar su opinión), ya que para determinar aquél se tendría que tener debidamente en cuenta la opinión de los propios interesados.

⁷⁶ ETCHEBERRY & FUENTES, 2017, p. 145.

“participación en audiencias reservadas, peritajes e informes diagnósticos, intervención del curador *ad litem*, y la participación indirecta en el proceso”.⁷⁷

El derecho a ser oído del NNA mantiene una estrecha relación con el principio del ISN, dado que no es posible determinar qué decisión es la que responde mejor a sus intereses sin tener en consideración su opinión.⁷⁸ Como señala Gómez de la Torre, entronca con el debido proceso –en cuanto a que el derecho a la defensa consiste en el derecho de toda persona a ser escuchada– y sintoniza con la tendencia jurisprudencial ya bastante extendida de considerar la sentencia definitiva de un asunto de familia que incida en NNA como anulable por vía de casación.⁷⁹

En nuestro derecho, este principio se manifiesta en una serie de emanaciones de las relaciones paterno filiales. En el caso de la regulación del cuidado personal, se encuentra establecido en el art. 225-2 letra (f) del CC, que alude a “(l)a opinión expresada de los hijos”, entre otros criterios y circunstancias que el juez debe ponderar para determinar el ISN. Por su parte, el art. 227 inc. 1° del CC viene a señalar como deber judicial que, “(e)n las materias a que se refieren los artículos precedentes, el juez oirá a los hijos y a los parientes.” Luego, en el art. 229 del CC, el legislador reitera el mandato al juez de velar para que el NNA sea oído al establecer el régimen de relación directa y regular.⁸⁰ En último lugar, destacamos la función que recae sobre la Defensoría de la Niñez de velar para que los NNA participen expresando su opinión y sean oídos en los asuntos que les conciernen, según el art. 4 literal I de la ley N° 21.067.

1.2.4. AUTONOMÍA PROGRESIVA

Consagrado en el art. 5 de la CIDN, en términos de Vargas y Correa, este principio se traduce en “la capacidad y facultad de NNA para ejercer con grados crecientes de independencia sus derechos frente al derecho-deber de los padres o adultos responsables de dirección y orientación para el ejercicio de dichos derechos”.⁸¹ En este sentido, se reconoce a los NNA la facultad de decidir cuándo y cómo quieren ejercer un determinado derecho. En el caso de las relaciones paterno filiales, el art. 222 del CC, que sigue la senda

⁷⁷ SALUM & SAAVEDRA, 2015, p. 57.

⁷⁸ ETCHEBERRY & FUENTES, 2017, p. 144.

⁷⁹ GÓMEZ DE LA TORRE, 2018, p. 131.

⁸⁰ Según Acuña, este principio no está consagrado de manera suficiente (salvo en el caso de relación directa y regular del art. 229 del CC) como para satisfacer el mayor protagonismo que un NNA pudiera tener en dichas materias, lo que se relaciona con el principio de autonomía progresiva. ACUÑA, 2018, p. 30.

¹¹⁹ VARGAS & CORREA, 2011, p. 182.

de la CIDN, al llamar a los padres a ejercer orientación y guía sobre sus hijos con la finalidad de que alcancen de manera gradual la autonomía en el ejercicio de sus derechos, establece la autonomía progresiva de los NNA como límite a la autoridad parental, y a la vez, requiere que los padres ejerzan aquella facultad ajustando “los niveles de apoyo y orientación a medida que los hijos crecen y sus necesidades e intereses cambian”.⁸²

1.2.5. PRINCIPIO DE IGUALDAD

El principio de igualdad en las relaciones paterno filiales tiene una doble dimensión: primero, en relación a los hijos, sirve como guía interpretativa del ISN; en segundo lugar, en relación con los padres, como manifestación ligada con el principio de la corresponsabilidad parental. Trataremos sobre la primera dimensión por ser atinente a nuestro estudio, en los casos en que los NNA pudieran verse afectados en el ejercicio de sus derechos debido a que el ordenamiento jurídico ha tratado de forma diversa la situación en que se encuentran los hijos cuando ambos padres han muerto, frente a otros casos de modificación y extinción del cuidado personal y patria potestad que ejercen los padres.

1.3. EMANACIONES DE LA RELACIÓN PATERNO FILIAL (INSTITUCIONES)

1.3.1. CUIDADO PERSONAL

1.3.1.1. CONCEPTO

El cuidado personal es una derivación de la institución de la Autoridad Parental, que puede ser definida como “un complejo de funciones y responsabilidades encomendadas a los padres, pero en interés de los hijos”,⁸³ y cuya finalidad es imponer a los padres la protección y los cuidados indispensables a su desarrollo espiritual y material (intereses de índole personal), estando orientada a que se ejerza directamente en función del interés del hijo o hija.⁸⁴ Esta emanación tiene sentido durante la minoría de edad de los hijos y supone los casos tanto de existencia de padres hábiles (unidos por una relación o separados) como de inhabilidad de ellos.

Propiamente, el cuidado personal ha sido definido como “el derecho paternal a la crianza, educación y establecimiento del menor de edad o el deber de alimentar, corregir y

⁸² ACUÑA, 2018, p. 24.

⁸³ GÓMEZ DE LA TORRE, 2007, p. 133.

⁸⁴ ACUÑA, 2018, p. 8.

otorgar por lo menos una educación básica y un oficio de profesión al hijo”.⁸⁵ La Corte Suprema lo ha definido como "un instituto integrado por el 'derecho-deber' de cuidar, criar, formar, educar y establecer a los hijos, conducta que conforma un imperativo y prerrogativa de los padres, y al mismo tiempo, un derecho de los hijos, cuyo ejercicio configura el cumplimiento de una obligación".⁸⁶ Sin embargo, consideramos más completa la definición dada por Acuña, al conceptualizarlo como un “derecho-deber referido a los cuidados y atenciones diarios y habituales del hijo, que supone la convivencia con éste y habilita al que lo ejerce para tomar las decisiones corrientes y cotidianas que se refieran a aquél, al mismo tiempo que la impone una serie de deberes o cargas”. Los elementos del concepto de Acuña son: (a) guarda material, que supone convivencia y compañía, (b) toma de ciertas decisiones cotidianas y habituales de forma exclusiva y (c) asunción de ciertos deberes específicos, en perspectiva del bien de los hijos, cuyo contenido esencialmente correspondería a las decisiones personales y educativas más trascendentes respecto del hijo.⁸⁷

1.3.1.2. ATRIBUCIÓN (NORMAS SUSTANTIVAS)

Las normas de atribución del cuidado personal, se encuentran en los arts. 224 y ss. del libro I del CC, en el art. 42 de la LM y en los arts. 55 y ss. del título III de la LTF.

El cuidado personal admite su ejercicio por los propios padres de un NNA, o por terceros.⁸⁸

A) Los padres (arts. 224, 225, 225-2 del CC). No nos referiremos a estas normas detalladamente, pues excede el problema de este trabajo. Con todo, es importante señalar que el art. 225-2 del CC contiene un listado de criterios y circunstancias que el Juez deberá tomar en cuenta y analizar conjuntamente para que tanto el régimen como la forma de ejercicio del cuidado personal que establezca sean acordes al ISN, circunstancias que también serán rectoras para identificar dicho interés en las hipótesis tratadas en el art. 226 del CC (atribución del cuidado personal a terceros).

⁸⁵ BAVESTRELLO, 2003, p. 61

⁸⁶ CORTE SUPREMA, 2016, considerando 4°.

⁸⁷ ACUÑA, 2018, p. 87.

⁸⁸ A diferencia de la patria potestad, cuyo ejercicio corresponde exclusivamente a los padres. LATHROP, 2005, p. 22.

B) Terceros. El art. 226 del CC se refiere a la atribución del cuidado personal a terceros, siendo necesario tener presente que el cuidado personal de niños, además de deber y derecho para los padres, es también una responsabilidad, y hasta una función social, en la que se reconoce el rol prioritario de los padres. No obstante, la asunción por terceros de este deber o facultad constituye una situación de excepción que amerita la concurrencia de circunstancias específicas y calificadas.⁸⁹

La atribución a terceros opera al presentarse alguna de las siguientes causales.

B.1) No reconocimiento. Consiste en no haber reconocido al NNA ninguno de sus progenitores.

B.2) Inhabilidad física o moral de ambos padres. Conforme al art. 226 del CC:

“Art. 226 CC: Podrá el juez, **en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes**, velando primordialmente por el interés superior del niño conforme a los criterios establecidos en el art. 225-2.

En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos y, en especial, a los ascendientes, al cónyuge o al conviviente civil del padre o madre, según corresponda”.⁹⁰

De acuerdo a la interpretación del profesor Lepín, de acuerdo a la ley 20.680, el Juez debe tener como principal consideración el ISN para atribuir el cuidado personal de un NNA a un tercero. Sin embargo, para que opere el art. 226 del CC, se debe analizar si existe alguna causal de inhabilidad, las cuales se encuentran consagradas en el art. 42 de la LM. Este art. no define la inhabilidad física o moral de ambos padres, sino que discierne acerca de si un hecho o circunstancia puede ser considerado como “inhabilidad” para que la atribución del cuidado personal a un tercero pueda proceder, contemplando un listado taxativo de casos que constituirían inhabilidad,⁹¹ destacando el n. 7 (“Cuando **cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro** moral o material”).

⁸⁹ Dichas circunstancias calificadas están dispuestas en el art. 42 de la LM. ACUÑA, 2011, p. 404.

⁹⁰ La ley 20.680 aportó al art. 226: a) Hacer patente el mandato del art. 16 de la LTF, y a potenciar su posibilidad subversora del orden de prelación que se encontraba vigente, optando el Juez por quién resulta más apto según el ISN. b) Los criterios del art. 225-2 del CC. ACUÑA, 2018, p. 279.

⁹¹ Abeliuk consideró que la amplitud de las causales posibilita a los jueces ponderar de mejor forma la inhabilidad. ABELIUK, 2010 p. 202.

1.3.1.3. ATRIBUCIÓN (NORMAS PROCEDIMENTALES)

La atribución judicial del cuidado personal a terceros se ventila en un procedimiento ordinario de familia, regulado en los arts. 55 y siguientes del título III de la ley 19.968, procedimiento contencioso que cumple con las garantías del debido proceso: demanda (que debe interponer un tercero alegando algún tipo de inhabilidad física o moral de ambos padres), contestación de la demanda, audiencias preparatoria y de juicio, término probatorio con libertad en la prueba⁹² (en que hay lugar para la interrogación y contrainterrogación de testigos y peritos, pudiendo instarse a la contraparte a prestar declaración), posibilidad de interponer recursos y obligación del Juez de observar los principios del ISN como consideración primordial en las medidas que afecten a NNA, derecho del NNA a ser oído y autonomía progresiva.⁹³ A su vez, la LTF modifica las reglas generales del *onus probandi* del art. 1698 del CC, señalando que el juez deberá adoptar de oficio toda medida para dar celeridad al proceso y llevarlo a término, especialmente en causas que afecten a NNA, ordenando que se acompañen los medios de pruebas que resultaren necesarios.⁹⁴

1.3.1.4. EJERCICIO

El concepto de cuidado personal que se utilice, considerando que nuestra normativa carece de indicaciones expresas y directas sobre el ejercicio de este derecho-deber de cuidado, debe servir para establecer reglas que identifiquen “las funciones y facultades propias del cuidado personal [aún] en sustitución de los padres; así, debe realizar los cuidados y atenciones diarias y habituales del niño, lo que implica la convivencia con él y supone tenerlo en su compañía; procurarle un entorno adecuado según su edad; dedicarse efectivamente al niño y vincularse afectivamente con él; adoptar todas las decisiones corrientes y cotidianas en torno al cuidado; asegurar la máxima estabilidad del niño y garantizar la relación directa y regular de los padres [o en su caso abuelos] y no obstaculizar el ejercicio de ésta”.⁹⁵

En caso de que lo solicite algún pariente, se debe oír a quien ostente el cuidado personal del NNA, a fin de decidir sobre el derecho de visita consagrado en el art. 48 de la LM. Adicionalmente, subsistirá el derecho de los NNA consagrado en el art. 229-2 del CC a

⁹² Del art. 226, según Acuña, cabría acreditar en juicio los siguientes tres puntos de prueba: 1) La inhabilidad física o moral de ambos padres. 2) Que la o las personas a las cuales se confía el cuidado sean competentes. 3) Que la decisión a tomar vele primordialmente por el ISN. ACUÑA, 2018, p. 224.

⁹³ Art. 16 de la LTF, en función del art. 12 de la CIDN.

⁹⁴ Arts. 13 y 29 de la LTF.

⁹⁵ ACUÑA, 2018, p. 240.

mantener una relación directa y regular con los abuelos. A falta de acuerdo, el juez fijará la modalidad de esta relación atendido el interés del hijo, en conformidad a los criterios del art. 229 del CC.⁹⁶

1.3.2 PATRIA POTESTAD

1.3.2.1. CONCEPTO

Regulada en el título X del libro I del CC, es, junto con la autoridad parental, uno de los efectos que produce la filiación. Respecto a su conceptualización, el art. 243 del CC señala que “La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados y se ejerce también sobre los derechos eventuales del hijo que está por nacer”.

La doctrina nacional⁹⁷ ha reconocido dentro de los atributos de la patria potestad: 1) la representación legal del hijo;⁹⁸ 2) el derecho legal de goce o usufructo legal; y 3) la administración de los bienes.⁹⁹

Los principios rectores en materia de patria potestad son el ISN (arts. 244 y 245 del CC); la representación de los incapaces (arts. 260 a 266 del CC); la propiedad privada y conservación del patrimonio del NNA, en cuanto corresponden a los padres las decisiones habituales acerca de la administración de los bienes del hijo no emancipado, usar sus bienes y percibir sus frutos, con cargo de conservarlos y restituirlos (arts. 250 a 259 del CC); la autonomía progresiva, respecto a los bienes que conforman el peculio profesional del hijo (art. 254 del CC); la corresponsabilidad (art. 244 del CC); y la igualdad (arts. 243 al 245 del CC).

1.3.2.2. ATRIBUCIÓN

En los diversos supuestos en que se puede atribuir la patria potestad (a los padres, ya que es de ejercicio exclusivo de éstos, sea en conjunto o individualmente) se plasman

⁹⁶ Sobre solicitud autónoma de alimentos contra los abuelos a falta de padres. NÚÑEZ, 2013, p. 86.

⁹⁷ RAMOS, 2007, p. 458.

⁹⁸ Arts. 260 a 266 del CC.

⁹⁹ Rodríguez cataloga esta función como residual y excepcional, sólo es funcional en los escasos supuestos en que el hijo tiene bienes bajo administración paterna o materna. RODRÍGUEZ, 2010, pp. 68-69.

determinadas normas y principios. Sin embargo, no profundizaremos en esta materia por exceder el problema tratado en este trabajo.¹⁰⁰

1.3.2.3. TERMINACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD¹⁰¹

La terminación de la patria potestad se produce por la emancipación, que se define como el “hecho que pone fin a la patria potestad del padre, de la madre, o de ambos, según sea el caso. Puede ser legal o judicial” (art. 269 del CC).

Los casos de emancipación legal se encuentran en el art. 270 del CC, donde destaca el n.1°: “Por la muerte del padre o madre, salvo que corresponda ejercitar la patria potestad al otro”. La emancipación judicial se encuentra en el art. 271 del CC, donde destaca el n. 4°, que reza: “En caso de inhabilidad física o moral del padre o madre, si no le corresponde al otro ejercer la patria potestad”.¹⁰²

De acuerdo al art. 273 del CC, “(e)l hijo menor que se emancipa queda sujeto a la guarda”. Por tanto, una vez que se produce la emancipación del NNA por muerte de sus padres, es necesario nombrar a un guardador que vele por los aspectos patrimoniales del NNA emancipado y que lo represente legalmente.

¹⁰⁰ Resulta relevante el rol del principio del ISN, ya que se encuentra contemplado cabalmente en la atribución de la patria potestad tras la dictación de la ley 20.680, a diferencia de las guardas, según se verá.

¹⁰¹ RAMOS, 2007, p. 472.

¹⁰² Es posible apreciar que, ya sea aplicando el art. 270 del CC, que entiende a la muerte como una causal directa de emancipación, o el art. 271 del CC, que considera a la muerte como una hipótesis de inhabilidad física o moral, se obtendrá como resultado la emancipación del NNA. En la sentencia rol 2987-2016, el TC toma la segunda opción: “La inhabilidad física es, evidentemente, la muerte natural o presunta, o alguna enfermedad o condición biológica impeditiva”. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 2017, p. 8.

2. RÉGIMEN SUPLETORIO A LA PATRIA POTESTAD: LAS GUARDAS

2.1. CONCEPTO Y PRINCIPIOS

Las tutelas y curadurías se encuentran reguladas entre los arts. 338 y 544 del CC. El CC, en el art. 338, las define como “cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que pueda darles la protección debida”.

Habitualmente, el padre o madre del incapaz será su representante legal. En los casos en que el incapaz no se encuentra sujeto a patria potestad¹⁰³ o bien presenta otro tipo de discapacidad, la ley establece que será representado por su tutor o curador.

Los principios rectores en materia de guardas son: la representación de los incapaces (arts. 338 y ss. del CC); la protección de la propiedad privada y la conservación del patrimonio del pupilo (títulos XXI, XXII y XXIII del CC), dado que la mayoría de la normativa se refiere a formas de administración del patrimonio del incapaz, formalidades, rendición de cuentas, etc.¹⁰⁴ (Claro Solar deduce que estas disposiciones se originaron en el hecho “que estos parientes pudieran llegar a ser herederos del pupilo, y por tanto, conservarían mejor su patrimonio, instaurándose en favor del guardador y no del menor de edad”);¹⁰⁵ autonomía progresiva (solo en el caso del art. 437 del CC en relación a los púberes que pueden designar al curador general); derecho del NNA a ser oído (solo en el caso del art. 437 CC, referido a los menores adultos); el NNA como objeto de protección, basado en la doctrina de la situación irregular; y la protección de la familia tradicional, preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones (el orden de prelación que aparece en el art. 367 del CC respecto de los llamados al ejercicio de la guarda legítima es una reproducción de la lógica del derecho sucesorio).

Siguiendo a Lathrop, las normas de guardas son irreconciliables con las actuales exigencias de protección a los NNA, dado que son normas en extremo desactualizadas, que no lo consideran como sujeto de derechos.¹⁰⁶

¹⁰³ Los guardadores cumplen funciones de representación y administración de los bienes de los NNA, originalmente tratadas en el marco normativo de las relaciones paterno filiales (patria potestad), pero dejadas orgánicamente fuera de esta materia.

¹⁰⁴ GREEVEN, 2016, p. 76.

¹⁰⁵ CLARO, 1946, p. 228

¹⁰⁶ LATHROP, 2017, p. 367.

2.2 CARACTERÍSTICAS COMUNES A TUTELAS Y CURATELAS¹⁰⁷

En cuanto a las características de las guardas, cabe mencionar las siguientes:

- (a) Sus requisitos están regulados entre los arts. 373 y 378 del CC.
- (b) Son cargos obligatorios para ciertas personas (art. 338 del CC), por tanto, no hay libertad en la elección de aquellos parientes llamados por el art. 367 del CC para el ejercicio del cargo. Sólo pueden ser excusados en los términos del art. 514 del CC.
- (c) Se dan solo a los incapaces.
- (d) La doctrina considera mayoritariamente, a partir del art. 340 del CC,¹⁰⁸ que las guardas corresponden a una institución que viene no solo a cuidar el patrimonio del incapaz (y de representarlo), sino que también de su persona.¹⁰⁹ No obstante, como se verá, la regulación de las guardas que versa sobre los aspectos personales de un NNA es escasa y no es idónea para tratar el cuidado de un NNA.
- (e) El guardador representa legalmente al pupilo.
- (f) No se puede dar curador a quien ya tiene (a excepción del caso del art. 351 del CC).
- (g) Las disposiciones que las regulan son de orden público.
- (h) La ley fija, en caso de administrar bienes del pupilo, una recompensa para el tutor o curador por el ejercicio de su cargo.
- (i) Finalmente, existe la posibilidad de que los tutores y curadores sean removidos de sus cargos.¹¹⁰

¹⁰⁷ ROZAS, 1981, pp. 23-24.

¹⁰⁸ Artículo 340 del CC: "La tutela y las curadurías generales se extienden no solo a los bienes sino a la persona de los individuos sometidos a ellas".

¹⁰⁹ *Vgr.*, RAMOS, 2007, p. 575; FUEYO, 1959, p. 618; CLARO, 1946, p. 177; entre otros.

¹¹⁰ *Vgr.*, el art. 434 del CC señala que la continuada negligencia del tutor en proveer a la sustentación y educación del pupilo es motivo suficiente para su remoción.

2.3. CLASIFICACIONES DE LAS GUARDAS¹¹¹

Si bien las tutelas o curadurías pueden ser clasificadas en función de diversos criterios, solo nos referiremos a su clasificación según su fuente u origen,¹¹² conforme al cual pueden subdividirse en:

- (a) Guardas testamentarias: Son aquellas que se constituyen mediante el acto testamentario (arts. 354 a 365 del CC).
- (b) Guardas legítimas: Son aquellas que otorga la ley a ciertos parientes y al cónyuge del pupilo cuando corresponda (arts. 366 a 369 del CC).
- (c) Guardas dativas: Son aquellas constituidas a través de dictamen del juez (art. 353 del CC).

2.4. ATRIBUCIÓN

Nos referiremos sólo a las guardas legítimas y dativas, pues en la generalidad de casos de la vida cotidiana no existen disposiciones testamentarias ante la posibilidad de fallecer ambos padres.

2.4.1. NORMAS SUSTANTIVAS

El art. 367 del CC presenta el orden de prelación en que se llamará a la guarda legítima de NNA. Esta disposición, en todo caso, es criticable al no incorporar el ISN, su derecho a ser oído o el reconocimiento de su autonomía progresiva. La disposición establece lo siguiente:

“Art. 367. Los llamados a la tutela o curaduría legítima son, en general:

Primeramente, el padre del pupilo;

En segundo lugar, la madre;

En tercer lugar, los demás ascendientes de uno y otro sexo;

En cuarto lugar, los hermanos de uno y otro sexo del pupilo, y los hermanos de uno y otro sexo de los ascendientes del pupilo.

¹¹¹ ROZAS, 1981, pp. 23-24.

¹¹² Otro criterio relevante para la clasificación de las curatelas es el de su extensión, alcance o grado de cobertura. Ver, MEZA, 1979, p. 758; RAMOS, 2007, p. 562.

Si no hubiere lugar a la tutela o curaduría del padre o madre, el juez, oídos los parientes del pupilo, elegirá entre los demás ascendientes, y a falta de ascendientes, entre los colaterales aquí designados, la persona que le pareciere más apta, y que mejores seguridades presentare; y podrá también, si lo estimare conveniente, elegir más de una, y dividir entre ellas las funciones”.

Se entiende, entonces, que, a falta de padre y luego de la madre, se llama a los ascendientes (podrá optarse por aquél que sea más apto y presente mejores seguridades), y, a falta de estos, a los colaterales del NNA, a quienes se les exige el mismo criterio de aptitud y seguridad.¹¹³

2.4.2. NORMAS PROCESALES¹¹⁴

El Tribunal de Familia es el competente para conocer de la generalidad de los procedimientos de guardas respecto de los NNA.¹¹⁵ El procedimiento mediante el cual conocerá corresponde a uno voluntario, que se sustanciará según lo dispuesto en el art. 102 de la LTF,¹¹⁶ iniciándose por una solicitud ante al Juez, que podrá ser presentada por escrito, pudiendo aquel resolver de plano, a menos que considere necesario oír a los interesados. En este último caso, citará a una audiencia, a la que concurrirán con todos sus antecedentes, a fin de resolver en ella la cuestión no contenciosa sometida a su conocimiento.

Además, si la guarda es legítima, se rige por el art. 838 del CPC, debiéndose acreditar: (i) La procedencia de la guarda legítima; (ii) Que la persona designada sea precisamente aquella que deba ejercerla en la forma que prescribe la ley; (iii) Que la persona designada tiene las condiciones para ejercer dicho cargo.

Junto con esto, se debe distinguir, de acuerdo al art. 839 CPC: (a) Si es para conferirla a su padre o madre o demás ascendientes, se procede oyendo únicamente al defensor de menores (b) Si se trata de colaterales, se oirá al defensor de menores y a los parientes del pupilo.

De acuerdo al art. 367 CC, en relación al art. 838 CPC, para la determinación de la guarda, al elegir entre los distintos ascendientes, y a falta de estos, los colaterales, el juez

¹¹³ La preferencia del padre sobre la madre para ejercer la guarda carece de lógica pues las funciones de la guarda pueden ejercerlas mediante la patria potestad cuyo ejercicio ambos detentan, y es discriminatoria en cuanto al género de los padres. LATHROP, 2010, p. 180.

¹¹⁴ GREEVEN, pp. 76-79.

¹¹⁵ Se excluyen casos relativos mayores de edad y los que versan sobre la curaduría de la herencia yacente.

¹¹⁶ Remite al procedimiento de actos judiciales no contenciosos (Título VI del Libro IV del CPC).

deberá tener en cuenta quien sea la persona más apta y quien mejores seguridades presente.

Ahora bien, si la guarda es dativa, el art. 840 del CPC señala que se acreditará la procedencia legal del nombramiento, designando el menor a su curador si le correspondiere hacer esa designación y observando lo dispuesto en el art. 839 del CPC.¹¹⁷

El art. 372 del CC ordena al Juez a oír a los parientes del pupilo en el nombramiento de tutor o curador dativo, pudiendo nombrar dos o más y dividir las funciones.

De acuerdo al art. 841 CPC, el defensor de menores, o cualquier persona a través de éste, puede solicitar el nombramiento de guardador. En caso de los menores adultos que no poseen curador, deben solicitarlo indicando la persona que desean que el Juez designe. En caso de que el menor adulto no lo solicite, pueden hacerlo los parientes, pero la designación corresponde siempre al menor adulto, o al Juez en subsidio, según el 437 del CC.¹¹⁸ Este art. da cuenta de la oportunidad que tiene el NNA, desde que se convierte en menor adulto, de incidir en el procedimiento de establecimiento de guardas. En el caso de que designe a un curador, se observa su derecho a ser oído y se reconoce su autonomía progresiva al valorar su decisión, aunque solo respecto de la curaduría dativa.¹¹⁹ No obstante, podemos criticar este art. por dejar fuera a los impúberes sujetos a tutelas, vulnerando su derecho a ser oídos, así como por la falta de una regulación que permita a los NNA demostrar su autonomía y ejercer su derecho a ser oídos en materia de tutelas.

¹¹⁷ Claro Solar fue crítico en cuanto a que la citación para oír a los parientes favoreciera una buena decisión (por lo difícil de llegar a conocer sus motivaciones) y además criticó que el Juez, en este caso, poseería atribuciones muy amplias. CLARO, 1946, p. 252.

¹¹⁸ Art. 437: "El menor adulto que careciere de curador debe pedirlo al juez, designando la persona que lo sea. Si no lo pidiere el menor, podrán hacerlo los parientes; pero la designación de la persona corresponderá siempre al menor, o al juez en subsidio. El juez oyendo al defensor de menores, aceptará la persona designada por el menor, si fuere idónea".

¹¹⁹ Sin embargo, hay discusión en este punto. Corral señala que opera cuando el adolescente la solicite al Juez. CORRAL, 2018. En cambio, Ramos Pazos indica que esta sólo opera en los casos calificados en que no hay curador testamentario ni legítimo ni tutor que pase a ocupar el cargo por el solo ministerio de la ley. RAMOS, 2007, p. 605.

2.5. EJERCICIO

2.5.1. FACULTADES PATRIMONIALES

El aspecto patrimonial es el núcleo en la regulación de las guardas, siendo las facultades patrimoniales a que dan lugar las siguientes:¹²⁰

- a. Autorizar y representar judicial y extrajudicialmente al pupilo;
- b. Administrar los bienes del pupilo;
- c. Enajenar y gravar bienes raíces;
- d. Enajenar y gravar bienes muebles preciosos o que tengan valor afectivo;
- e. Donar bienes muebles;
- f. Constituir fianzas por el pupilo;
- g. Transigir y comprometer bienes del pupilo;
- h. Aceptar y repudiar asignaciones o donaciones hechas al pupilo

2.5.2. FACULTADES PERSONALES

El art. 340 del CC señala que las guardas se extienden a los bienes y la persona de los sometidos a ellas, pese a lo cual queda la interrogante sobre el tratamiento de estos aspectos personales. Por ello, revisaremos a continuación las normas de los títulos XXII y XXIII del libro I del CC¹²¹, que otorgan reglas especiales relativas a la tutela y la curaduría del menor, respectivamente.

2.5.3. NORMAS ESPECIALES DE TUTELA ¹²²

De acuerdo al art. 341 del CC, se sujetan a tutelas los impúberes, es decir, los hombres menores de catorce años y las mujeres menores de doce. A fin de vislumbrar los alcances de lo señalado en el art. 340 del CC, revisaremos ciertas normas que regulan algunas facultades del tutor respecto a los aspectos personales:

¹²⁰ MILLAR, 2013, pp. 66-67.

¹²¹ RAMOS, 2007, p. 603.

¹²² Título XXII, Libro I del CC. Las tutelas, particularmente, siempre versarán sobre aspectos patrimoniales y personales de los pupilos, siendo distinto al caso de las curatelas.

(1) En lo tocante a la crianza y educación del pupilo, de acuerdo inc. 1º del art. 428 del CC, el tutor es obligado a conformarse con la voluntad de la persona o personas encargadas de ellas, según lo ordenado en el título IX del CC y sin perjuicio de solicitar la intervención del Juez cuando lo crea conveniente. Este art. se refiere a la situación del cuidado personal cuando lo asume una persona distinta de quien asume la guarda. En este sentido, el tutor carece de injerencia, pues el cuidador personal no está obligado a consultar a nadie sobre estas materias.¹²³

(2) Según el art. 429 del CC, en caso de negligencia de la persona o personas encargadas de la crianza y educación del pupilo, el tutor se esforzará por todos los medios prudentes en hacerles cumplir su deber, y si fuere necesario ocurrirá al Juez. Si no concurre ante tribunales, incurre en continuada negligencia.¹²⁴

(3) Conforme al art. 430 del CC, el pupilo no residirá en la habitación o bajo el cuidado personal de los que habrían de sucederle en sus bienes si muriese. No están sujetos a esta exclusión los ascendientes.

(4) Cuando los padres no hubieren provisto por testamento a la crianza y educación del pupilo, suministrará el tutor lo necesario a estos fines, según competa al rango social de la familia, sacándolo de los bienes del pupilo, y en cuanto fuere posible, de los frutos, de acuerdo al inc. 1º del art. 431 del CC.

(5) El tutor será responsable de todo gasto inmoderado en la crianza y educación del pupilo, aunque se saque de los frutos. Para cubrir su responsabilidad, podrá pedir al Juez que, en vista de las facultades del pupilo, fije el máximo de la suma que haya de invertirse en su crianza y educación (incs. 2º y 3º del art. 431 del CC). Respecto de la letra d y e, se ha resuelto que el guardador no puede invertir sin autorización judicial, en gastos de su pupilo, una suma mayor que los frutos de los bienes.¹²⁵

(6) En caso de indigencia del pupilo, el tutor recurrirá a las personas que por sus relaciones con el pupilo estén obligadas a prestarle alimentos, reconviniéndolas judicialmente, si necesario fuere, para que así lo hagan (art. 433 del CC). Esto podría ser útil si, fallecidos ambos padres, existen abuelos.

(7) La continuada negligencia del tutor en proveer a la sustentación y educación del pupilo es motivo suficiente para removerle de la tutela (art. 434 del CC). Respecto a esto, la

¹²³ MILLAR, 2013, p. 183.

¹²⁴ Íbidem, p. 185.

¹²⁵ RAMOS, 2007, p. 603.

jurisprudencia ha resuelto que si hay oposición para que el guardador cumpla su obligación de atender al sustento y educación de su pupilo, debe acudir a la justicia para llenar su obligación, y si no lo hace incurre en continuada negligencia al respecto.

2.5.4. NORMAS ESPECIALES DE CURADURÍA

Se tratan en el título XXIII del libro I del CC, que contiene las siguientes reglas:

(1) El art. 438 señala que, “en cuanto a la crianza y educación del menor”, se otorga al curador las mismas facultades que se confieren al tutor al respecto, aplicando las reglas de los arts. 428 a 434 ya comentadas.

(2) Según el art. 440, “(e)l curador representa al menor, de la misma manera que el tutor al impúber”. Agrega que el curador podrá, “si lo juzgare conveniente, confiar al pupilo la administración de alguna parte de los bienes pupilares; pero deberá autorizar bajo su responsabilidad los actos del pupilo en esta administración”, presumiéndose la autorización para los actos ordinarios que a aquella se anexan.

(3) Finalmente, según el art. 439, el menor adulto administra por sí solo su peculio profesional o industrial.

Revisadas las dos instituciones fundamentales emanadas de las relaciones paterno filiales –cuidado personal y patria potestad– y el régimen supletorio aplicable a la patria potestad en caso de muerte de ambos padres (guardas), nos encontramos en condiciones de exponer el problema que se produce para el Juez en relación con la atribución de figuras de cuidado, y de representación y administración de bienes de NNA. Expondremos en el siguiente capítulo los criterios atributivos utilizados en otros ordenamientos jurídicos en el caso de fallecimiento de ambos padres, para luego, en el capítulo IV, proponer vías de acción para la resolución de este problema y sus debidas fundamentaciones.

CAPÍTULO III: REGULACIÓN DE LAS RELACIONES PATERNO FILIALES Y RÉGIMEN SUPLETORIO A LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO COMPARADO

A continuación, revisaremos los criterios atributivos de tres ordenamientos jurídicos diferentes, con el objeto de evaluar alternativas para nuestro país. Los países analizados han sido seleccionados por ser: (1) Una versión de derecho continental más moderna que la nacional: Caso de España; (2) Una tradición jurídica distinta a la nacional (*common law*): Caso del Estado de California, Estados Unidos de Norteamérica; (3) Una legislación civil similar a la nuestra, redactada por el mismo legislador del Código Civil chileno: Caso de Colombia.

1. ESPAÑA¹²⁶

1.1. TRATAMIENTO DEL NNA DENTRO DE LAS RELACIONES PATERNO FILIALES

El sistema de derecho familiar español, en lo relativo a las relaciones paterno filiales, se encuentra regulado principalmente en el CC de 1889. De acuerdo a la doctrina española, estas normas dan cuenta de un tratamiento integral de los aspectos personales y patrimoniales de un NNA, comprendiendo deberes de índole personal, patrimonial y de representación, bajo una única institución, denominada Patria Potestad (arts. 154 y ss. del CC), ejercida en función del interés del hijo.¹²⁷

El art.154 del CC español establece lo siguiente: “Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2º Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten”.¹²⁸

¹²⁶ El derecho español debe sujetarse a las normas del derecho comunitario de la Unión Europea, como la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y la directriz de la UE “Orientaciones de la UE relativas a la promoción y la protección de los derechos del menor”, entre otras. Adicionalmente, coexiste con las legislaciones de las comunidades autónomas del Estado español. Así, si una materia ha sido profundizada por una legislación autónoma, se regirá por esta última normativa, siempre y cuando no se contraponga al ordenamiento estatal.

¹²⁷ DIEZ-PICAZO & GULLÓN, 2006, p. 271.

¹²⁸ En Chile, las facultades enunciadas en el n. 1º del artículo en comento se encuentran reguladas por la autoridad parental (de índole personal), institución que se separó de la patria potestad (patrimonial).

1.2. EL CASO DEL FALLECIMIENTO DE AMBOS PADRES

La institución aplicable cuando fallecen ambos padres de un NNA (menor de 18 años en el derecho civil español) puede ser: (a) una tutela, cuando se trata de un NNA no emancipado (art. 222 n. 1º del CC español)¹²⁹ o (b) una curatela, cuando se trata del menor emancipado (art. 286 n. 1º del CC español).¹³⁰ Tanto las tutelas como las curatelas responden a la necesidad de representación legal de los NNA, de cuidado de su persona y bienes (art. 215 del CC español).

1.3. ATRIBUCIÓN DE TUTOR O CURADOR

En la legislación civil española, los criterios atributivos que el Juez debe considerar para designar a la persona que debe ejercer las funciones tutelares del NNA cuyos padres han fallecido, se encuentran establecidos en el art. 234 del CC, donde destaca, en primer término, el reconocimiento del derecho a ser oído y la autonomía progresiva del NNA, al señalar que se preferirá “1º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223”. Asimismo, establece la posibilidad de que el Juez, por resolución motivada, altere el orden de prelación de dicho art. si ello responde de mejor manera al ISN. Se promueve por parte del legislador la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones del tutelado, dejando como medida de última ratio la asignación de la tutela a una institución pública.¹³¹

De la lectura del art. 234 del CC español, destacan los siguientes principios que inspiran la atribución de la tutela o curaduría: (1) el ISN (inc. 2º de este art.); (2) el derecho a ser oído y la autonomía progresiva, (n. 1º de este art. y 231); (3) la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, deducido del orden de prelación propuesto por el legislador dando prioridad a la opinión del tutelado y reforzado por el art. 9.2 de la Constitución española, que consagra el principio de protección de la familia.

¹²⁹ El fallecimiento de los padres extingue la patria potestad, conforme al art. 169 del CC español. Sin embargo, el fallecimiento de ambos padres no genera la emancipación del NNA de quien la detentaba, por lo que estamos ante el primer supuesto del art. 222 del CC español, que declara la procedencia de la tutela para el menor no emancipado que no esté bajo la patria potestad.

¹³⁰ El menor de edad emancipado precisa de un curador puesto que para el ordenamiento civil español carece de capacidad de ejercicio plena.

¹³¹ Así lo establece el art. 239 bis inc. 2º del CC español.

1.4. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

La solución normativa consagrada en el derecho español, a diferencia del caso chileno y en sintonía con la mayoría de los ordenamientos jurídicos, se orienta a la protección plena de los derechos del NNA bajo la institución de la Responsabilidad Parental, al no distinguir tajantemente entre las esferas patrimoniales y personales. Esto trae como consecuencia que las funciones tutelares que debe ejercer el tutor coinciden con los deberes que los padres fallecidos tenían para con sus hijos, copando ambos ámbitos de las relaciones paterno filiales. Junto con ello, el Estado español ha realizado las adecuaciones necesarias a su legislación para dar cumplimiento a las obligaciones internacionales contraídas en materia de derechos fundamentales de la infancia, teniendo como principal consideración el ISN.

Por último, queremos resaltar la respuesta jurídica ofrecida por la Comunidad Autónoma de Catalunya que, en el n. 3º del art. 222-10 del CC, permite modificar el orden de prelación establecido en el CC español e, incluso, contempla explícitamente la posibilidad de otorgar la tutela a quien haya procurado el cuidado material del NNA. De este modo, se abre la puerta para considerar a personas que, dada su relación de cercanía con el NNA, aparezcan como idóneas para ejercer las funciones tutelares.

2. ESTADOS UNIDOS (CALIFORNIA)

2.1. EL CASO DEL FALLECIMIENTO DE AMBOS PADRES

En el Estado norteamericano de California, en caso de fallecer ambos padres de un NNA, se aplica el procedimiento de tutoría o *guardianship*, que es el “proceso de la Corte en el que se da custodia de un niño o autoridad sobre la propiedad de un niño a una persona que no es el padre o la madre de dicho niño”.¹³² Se regulan de acuerdo a la normativa emanada de las cortes de cada Estado, que a su vez son tribunales superiores respecto a otros tribunales de índole local. Podemos distinguir:

1) Tutoría del patrimonio: opera cuando el NNA ha heredado bienes (de alto valor) o se hubieren dispuesto fondos para su sustento y educación, encomendados bajo una figura fiduciaria, es decir, en los casos de existir un activo económico considerable. Para ello el

¹³² MANDATORY JUDICIAL COUNCIL OF CALIFORNIA, REVJNUARY1. Pese a percibirse ciertas variaciones respecto a la regulación de las tutorías en diversos estados de EEUU, cabe mencionar que se ha generalizado la existencia de tutorías avocadas a la persona (*guardianship*) del NNA y además a su patrimonio (*conservatorship*). Se tomará como base el Estado californiano, a partir de sus formularios y codificación.

tutor nominado debe presentar documentos que acrediten su idoneidad para cumplir con el manejo financiero del NNA.

2) Tutoría de la persona: aplicable a la generalidad de los casos, versa sobre el cuidado, custodia y control del NNA. La custodia puede ser física (asimilable a nuestra guarda material ejercida a través de los padres o de un tercero en virtud del cuidado personal) o legal (se traduciría, en el caso chileno, en la representación de NNA, que se ejerce a través de los padres en virtud de la patria potestad, o, a falta de estos, por los guardadores). El tutor del NNA tiene su plena custodia física (*vgr.*, puede elegir el lugar de residencia del NNA) y legal, operando como su representante legal. Esta clase de tutoría le impone al tutor las responsabilidades de proveer alimentación, ropa, vivienda, educación y todas las necesidades médicas y dentales del NNA, incluyendo su seguridad, protección y crecimiento físico y emocional. Asimismo, impone el deber de mantener un estrecho contacto con la escuela y médico de aquél.¹³³

2.2. ATRIBUCIÓN DE LA TUTORÍA EN LA PERSONA

La ley establece que, ya sea un pariente o un tercero a nombre del NNA, o este mismo, si es mayor de 12 años, puede presentar una solicitud al Tribunal para que establezca a su favor un tutor.¹³⁴ La solicitud debe contener el nombre y dirección de los parientes del pupilo hasta el segundo grado, así como de la persona nominada como tutor por los padres, a fin de determinar la base de posibles personas afectadas por la eventual designación de guardador para el NNA.

Recibida la solicitud, el juez debe realizar una investigación exhaustiva,¹³⁵ analizando, en el reporte que le provee un investigador oficial, los siguientes elementos: (a) Informe social del eventual guardián; (b) Informe social del pupilo, relativo a sus necesidades psicológicas, educativas, o de desarrollo y, por otro lado, las capacidades que posee el peticionario para satisfacer dichas necesidades; y (c) Informe sobre la relación entre el pupilo y el tutor propuesto, que contenga la opinión del pupilo sobre la solicitud de tutoría interpuesta.

¹³³ MANDATORY JUDICIAL COUNCIL OF CALIFORNIA, REVJNUARY1, pp. 4-8.

¹³⁴ Art. 1510 a. Código Probatorio de California. En California, la designación de guardián por los padres en el testamento sólo es una referencia no vinculante para el juez, al momento de tomar su decisión, prevaleciendo el ISN. Esto es distinto al caso chileno, en que la guarda testamentaria prima sobre los demás tipos de guarda.

¹³⁵ Art. 1513 a. Código Probatorio de California.

Del análisis de la atribución de la tutoría en la persona, se desprenden los siguientes principios: (1) ISN, regulado exhaustivamente en cuanto a su determinación;¹³⁶ y (2) Derecho a ser oído y autonomía progresiva (de acuerdo al art. 1510 letra a. del Código Probatorio de California, la opinión del NNA tiene una importancia radical a efectos de determinar cuál es el ISN). El artículo, no obstante, señala ciertas condiciones del NNA (desarrollo físico o emocional) como circunstancias que pudieran sugerir al Juez no tomar su opinión en cuenta. Además, considera la autonomía progresiva sólo de los mayores de 12 años al establecer parámetros etarios para poder accionar procesalmente.

2.3. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Como régimen de guardas general, la tutoría de la persona está orientada a regular una amplia gama de aspectos pertinentes de la crianza de un NNA, de contenido personal, representación legal e inclusive asuntos patrimoniales.¹³⁷ El ISN aparece como criterio rector para la atribución de la tutoría de la persona, mediante la inclusión de abundantes elementos normativos, acordes a la normativa internacional en la materia, que orienta la determinación del Juez. Adicionalmente, en virtud de la importancia de los precedentes judiciales en esta tradición jurídica, que impone al juzgador la obligación de respetar la jurisprudencia de tribunales superiores, encontramos una serie de directrices relevantes para la determinación del ISN en el caso concreto emanados de la Corte de Apelaciones del Estado de California.¹³⁸ Por ello, podemos concluir que este sistema garantiza los derechos fundamentales de NNA cuyos ambos padres han fallecido.

3. COLOMBIA

3.1. TRATAMIENTO DEL NNA DENTRO DE LAS RELACIONES PATERNO FILIALES

El sistema de derecho familiar colombiano, en lo relativo a las relaciones paterno filiales, se encuentra regulado principalmente en el Código Civil de 1873, reproducción casi

¹³⁶Art. 3011 Código de Familia de California. Para su determinación, el tribunal deberá considerar la salud, seguridad y bienestar del NNA, historial de abuso del eventual guardador, contacto con los padres del NNA, y uso ilegal de sustancias controladas, entre otros antecedentes.

¹³⁷ La tutoría del patrimonio es eventual, ya que requiere la concurrencia de circunstancias calificadas en relación al patrimonio del NNA. Difiere del caso chileno, ya que las guardas tienen una vocación patrimonial más que personal, lo que no tiene relación con el actual paradigma de protección integral de la infancia.

¹³⁸ Destacan las consideraciones de la Corte de Apelaciones del Estado de California establecidas en: CASTELLANOS y otros contra H. ALCANTAR, 1961; ADOPCIÓN DE MATTHEW B., 1991.

textual del código de Bello,¹³⁹ por lo que, de acuerdo a la doctrina colombiana, las normas que regulan estos aspectos también distinguen entre aspectos personales y patrimoniales de un NNA.¹⁴⁰ Pese a ello, presenta ciertas particularidades relevantes que vienen a posibilitar una separación de los lineamientos tradicionales de los textos civiles redactados bajo la influencia de Andrés Bello.¹⁴¹ Destacamos el Código de la Infancia de Colombia, que establece normas preferentes e irrenunciables de carácter sustantivo y procesal para la protección integral de los NNA (art. 5 del Código de la Infancia).¹⁴²

3.2. EL CASO DEL FALLECIMIENTO DE AMBOS PADRES

Se aprecia una situación similar al caso chileno: fallecidos ambos padres de un NNA, no habiendo testamento donde expongan su voluntad acerca de quién ejercerá su guarda –que es la institución a aplicar, tal y como ocurre en Chile–, operará el llamado a la guarda legítima.

3.3. ATRIBUCIÓN DEL CUIDADO PERSONAL Y GUARDA

El cuidado personal, al igual que en Chile, admite su atribución a los padres o a terceros, conforme al art. 254 del CC colombiano, que señala, respecto de los últimos, que “podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes.

En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos, y sobre todo a los ascendientes legítimos”.

En cuanto a los principios que informan la atribución del CP, podemos destacar: (1) una limitada consideración del Interés Superior del NNA, ya que no permite al juzgador indagar quién puede ser más beneficioso para el NNA según su ISN, excepto entre aquellos llamados dentro de una misma categoría, ni considera su derecho a ser oído o autonomía

¹³⁹ BRAVO, 1982, pp. 94-95.

¹⁴⁰ Lathrop advierte que varias legislaciones latinoamericanas han mantenido instituciones construidas bajo paradigmas anteriores a la CIDN, no actualizadas a sus nuevos principios. LATHROP, 2018, p.1.

¹⁴¹ Ante la división entre las esferas personal/patrimonial de los NNA, la doctrina colombiana ha propuesto vías interpretativas de solución como base a eventuales reformas legislativas. La alternativa unificadora en una suprainstitución se presenta como la mejor opción (ejemplo de esto es España, que bajo una institución unificada, garantiza los derechos de los NNA). TOBÓN, 2015, pp. 167-168.

¹⁴² Según Lathrop, Chile debe cumplir de manera urgente con las obligaciones internacionales asumidas, estableciendo un sistema de protección de derechos de NNA en una ley especial referida a la infancia y la adolescencia. LATHROP, 2014, p. 226.

progresiva,¹⁴³ (2) protección de la familia tradicional, preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, lo que se deduce de analizar el orden de prelación basado en vínculos de consanguinidad o afinidad.

Respecto de las guardas, de la lectura del art. 457 del CC de Colombia se concluye que existe un mandato expreso de aplicar el orden de prelación establecido.¹⁴⁴ La única oportunidad para evaluar la idoneidad se produce cuando concurren varios parientes en un mismo escalafón del listado.

3.4. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Observamos, a partir del Código de la Infancia y Adolescencia de Colombia, un avance en la visión del NNA como sujeto de derechos. Respecto del ISN, se señala que el juez debe preferirlo sobre otras disposiciones legales. Además, ante un conflicto entre los principios del ISN y la protección de la familia -por la afectación eventual de los derechos de algún miembro de aquella familia tradicional que el CC amparara-, se otorga preferencia al primero por aplicación del principio de especialidad. Por otro lado, consideramos que el criterio atributivo de las guardas legítimas es criticable al obligar al juez a obviar el ISN u otros derechos fundamentales. Por su parte, las normas que establecen los criterios atributivos del cuidado personal tampoco reconocen los derechos fundamentales de NNA, pues se prefiere a los consanguíneos competentes, y dentro de éstos a los ascendientes, no atendiendo al ISN en esta elección, limitando injustificadamente los derechos de los NNA para privilegiar un modelo de familia (mal) llamado tradicional.

¹⁴³ Además, el art. 235 del CC de Colombia reafirma el sometimiento del ISN a la legalidad formal.

¹⁴⁴ Art. 457. "Son llamados a la tutela o curaduría legítima: 1° El cónyuge, siempre que no esté divorciado ni separado de cuerpos o de bienes, por causa distinta al mutuo consenso; 2° El padre o la madre, y en su defecto los abuelos; 3° Los hijos legítimos o extramatrimoniales; 4° Los hermanos del pupilo y los hermanos de los ascendientes del pupilo. Cuando existan varias personas en el mismo orden de prelación señalado en este artículo, el juez, oídos los parientes, elegirá entre ellas la que le pareciere más apta y podrá también si lo estimare conveniente, elegir más de una y dividir entre ellas las funciones".

CAPÍTULO IV: EL PROBLEMA DE LOS CRITERIOS ATRIBUTIVOS DE LOS ARTÍCULOS 226 Y 367 DEL CÓDIGO CIVIL ANTE EL FALLECIMIENTO DE AMBOS PADRES DE UN NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE

1. EXPOSICIÓN Y ANÁLISIS DEL CASO ROL N° 2867-2015 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El presente acápite se basa en el análisis del fallo dictado por el Tribunal Constitucional el 12 de abril de 2016, respecto a la guarda de dos adolescentes, que se pronuncia sobre un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad planteado por una magistrada de familia respecto de los arts. 366, 367, 369, 370, 372 y 437 del CC y 838, 839, 841 del CPC. La jueza se encontraba conociendo una solicitud de curaduría presentada por el hermano de dos adolescentes, fundada en que, desde el fallecimiento de sus padres, ellas se encontraban residiendo con él y bajo su cuidado. A partir de esto, la magistrada hace presente al Tribunal Constitucional que al existir la obligación de otorgar la curaduría al abuelo materno, prevista en los arts. mencionados, se generaba vulneración de los derechos fundamentales de aquellas, por los motivos que se pasan a exponer:¹⁴⁵

(1) Que según las disposiciones de las guardas, el abuelo materno de las niñas debía asumir su curaduría, pese a no mantener contacto ni relación con las ellas, a diferencia del solicitante, quien tenía vínculo afectivo con las mismas. “En cuanto al derecho, plantea la Magistrada requirente que, conforme al art. 367 del CC, en relación con el grupo de normas legales impugnadas, son llamados a la "guarda legítima", que operaría en la especie, los parientes del menor adulto en el siguiente orden (i) el padre, (ii) la madre, (iii) los demás ascendientes y (iv) los hermanos del menor y los hermanos de sus ascendientes. Y, en cuanto al procedimiento consignado en los preceptos legales cuestionados, el juez para nombrar al curador, conforme al art. 839 del Código Procedimiento Civil, solo debe oír al defensor de menores”.¹⁴⁶

(2) La requirente señala que, de aplicarse tales disposiciones, se infringirían los derechos de igualdad ante la ley e igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, asegurados por los n. 2° y 3° del art. 19 de la CPR. Así, se generaría:

¹⁴⁵ Los motivos expuestos por la jueza fueron reproducidos por el TC en los considerandos de su sentencia, que declara inconstitucional la aplicación de las normas citadas, toda vez que la regulación de las guardas no comprende el ISN y otros principios ya mencionados.

¹⁴⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 2016, pp.1-2.

(a) Discriminación arbitraria en contra de las menores¹⁴⁷ por contraposición con los NNA cuyos progenitores estén vivos, ya que los arts. 224 y siguientes del CC obligan al Juez que conoce de la modificación del cuidado personal respecto de hijos cuyos padres viven a ponderar la aptitud del solicitante, en el marco de un procedimiento que respeta las garantías del debido proceso, exigencia y condiciones que no se existen respecto de menores de edad cuyos progenitores han fallecido.

(b) A la vez, se atentaría contra la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos,¹⁴⁸ pues la acción entablada, a juicio de la magistrada, debiera regirse por el procedimiento ordinario regulado en la LTF, que otorga plena protección a las garantías del debido proceso de los NNA.

(c) En ese orden de ideas, la jueza señala que “de aplicarse los preceptos impugnados, que ordenan taxativamente conferir la curaduría al abuelo; y conforme a un procedimiento en que únicamente se oye al defensor de menores, sin que se evalúe ningún tipo de antecedentes, relativos a las aptitudes y vínculo con los menores de quien vaya a ejercer la guarda”,¹⁴⁹ se produciría una vulneración a los Tratados Internacionales ratificados por Chile y vigentes en materia de protección de los derechos del NNA, pues las normas del CC y CPC no garantizan el interés superior del NNA.

(3) En último lugar, se consideró en la vista de la causa que se provocaría la vulneración del n. 1° del art. 19 de la CPR, pues las normas impugnadas permitirían que dos menores de edad fuesen dejadas bajo el cuidado de un pariente con quien no han tenido relación regular alguna, pudiéndose generar la afectación de su integridad psíquica y la distorsión de su entorno familiar, afectivo y desarrollo personal.

El Tribunal se manifestó acerca de los criterios interpretativos a partir de los cuales encauzaría su decisión,¹⁵⁰ a saber:

- 1) Interés superior del NNA.
- 2) Resguardo de la familia.

3) Ponderación de las situaciones de hecho. El ISN, de acuerdo a su triple identidad, precisaría un análisis en virtud de las situaciones de hecho que rodean los conflictos en que se ven involucrados NNA. A partir de la revisión del art. 225 del CC, que regula el cuidado

¹⁴⁷ Art. 19 n° 2 CPR.

¹⁴⁸ Art. 19 n° 3 CPR.

¹⁴⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 2016, p. 3

¹⁵⁰ No se reproducen las consideraciones respecto a los criterios del ISN y la protección a la familia puesto que el TC los trata de manera similar al razonamiento seguido en el presente trabajo.

personal cuando ambos padres están vivos, el TC demuestra que el legislador habría querido privilegiar y respetar una situación de hecho.¹⁵¹ En ese sentido, en su inc. 1° se refiere a la situación fáctica de separación de los padres, a fin de determinar quién y cómo cuidará al NNA; el siguiente inciso regula el cuidado personal compartido, “régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad [...] en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad”; finalmente, en el inc. 3° se delimita con mayor claridad la intención del legislador, ya que, a falta de acuerdo, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo, prefiriéndose, como se puede apreciar, la situación de hecho.

4) Naturaleza de la disposición. Analizando la naturaleza de la disposición del art. 367 del CC, el TC señala que, aplicada al caso concreto, se torna inconstitucional. Respecto del orden de prelación concluye que afecta la integridad psíquica de las menores de edad y la garantía de igualdad ante la ley. Le otorga injustificadamente un tratamiento diferenciado a los NNA cuyos padres han fallecido frente a quienes los tienen vivos, sin considerar que se trata de la misma circunstancia, esto es, la necesidad de determinar la persona que debe procurar su cuidado. A los primeros no se aplican las reglas de los arts. 222 y siguientes del CC, sino las relativas a las tutelas y curatelas, “cuyas prescripciones hacen nula referencia a la consideración primordial que en dichas materias debe merecer el interés superior del NNA, como derecho, principio y norma de procedimiento”.¹⁵² Por otra parte, en relación con la evolución del cuidado personal, tras la nueva regulación introducida por la ley N° 20.680, el legislador habría tenido especial preocupación por actualizar la regulación del cuidado de menores de edad cuando sus progenitores viven, en el sentido de flexibilizar los criterios con que el juez debe enfrentar la efectiva protección del interés superior del NNA. Esto no habría sucedido en materia de guardas, lo que obliga al Juez a seguir de manera estricta un orden de prelación, no pudiendo efectuar ninguna otra consideración que apunte a su protección, bienestar, entorno familiar e intereses.¹⁵³ Así, sostiene que la aplicación del art. 367 del CC genera a las niñas menoscabo en “su integridad psicológica y el desarrollo pleno de sus capacidades hacia el futuro”.¹⁵⁴

¹⁵¹ De este modo, no se causan al NNA “perturbaciones en su forma de vida actual ni afectaciones significativas en su ambiente más cercano.” Ídem.

¹⁵² Ídem.

¹⁵³ Íbidem, considerando 39°.

¹⁵⁴ Íbidem, considerando 40°.

Finalmente, teniendo en cuenta la desactualización de las reglas que designan adultos responsables al cuidado de personas que se encuentran en situaciones de especial indefensión, el tribunal consideró que, en el caso concreto, “el interés superior de las niñas exigía reconocer formalmente el vínculo de cuidado respecto de su hermano mayor, más allá de la cercanía o lejanía que pudiera tener con otros parientes”.¹⁵⁵

2. RECONSTRUCCIÓN RACIONAL DE LA RESOLUCIÓN DEL CASO

La práctica judicial en el derecho moderno requiere de una labor argumentativa que cumpla con los estándares de racionalidad suficientes para la legitimidad del sistema jurídico en su conjunto.¹⁵⁶ Para satisfacer, en lo posible, las exigencias de la teoría de la argumentación jurídica, revisaremos las posibles soluciones aplicables al caso, desde una perspectiva filosófica, doctrinaria, legal y jurisprudencial, utilizando los instrumentos analíticos proporcionados por la lógica deóntica, la teoría normativista del derecho, el neoconstitucionalismo y, en general, el marco teórico presentado en el capítulo I.

2.1. JUSTIFICACIÓN INTERNA DEL DISCURSO JURÍDICO

2.1.1. LA NORMA JURÍDICA

Al estudiar el derecho como fenómeno, es posible realizar dos comprobaciones empíricas fundamentales, básicas y transversales de todo ordenamiento jurídico: (1) es una expresión que atraviesa a todas las sociedades evolucionadas; (2) la existencia del derecho en una sociedad va ligada indefectiblemente a la existencia de normas jurídicas.¹⁵⁷ Esta comprobación empírica es de suma importancia, pues dada la ubicuidad de las normas en el sistema jurídico, a la hora de explicar al derecho como sistema predomina entre juristas y estudiosos del derecho una concepción normativista, que concibe al derecho esencialmente como un conjunto de normas de diversa naturaleza.¹⁵⁸ Sin embargo, para que esta concepción constituya una herramienta útil en el análisis del derecho y, en particular, en

¹⁵⁵ *Ibidem*, considerando 42°.

¹⁵⁶ *Vgr.*, art. 170 n° 4 del CPC; Auto Acordado sobre forma de las sentencias –nos. 5 a 8; arts. 36, 342 letra c) y 343 del NCPP; art. 640 del CPC; además del régimen de recursos (apelación, casación en la forma y fondo, nulidad, revisión y queja).

¹⁵⁷ ATIENZA, 2012, p. 59.

¹⁵⁸ NINO, 2003, p. 36. No obstante, es indudable que el derecho posee otros ingredientes además de las normas (tales como las instituciones, los valores o los fines que se persiguen), y admite ser explicado desde otros enfoques diferentes al normativismo (como el iusnaturalismo, el realismo jurídico o la concepción marxista del derecho).

nuestro trabajo, es necesario explicar brevemente el concepto de norma jurídica, los elementos que componen una norma, sus tipos dentro de un sistema normativo, la noción de sistema normativo y, por último, los elementos que componen un sistema jurídico.

2.1.1.1. EXPOSICIÓN

2.1.1.1.1. Teoría normativista y lógica deóntica

Uno de los aportes teóricos más importantes que se ha realizado en la comprensión del derecho desde una concepción normativista ha sido el libro “Norma y Acción”, de Von Wright. Mediante el uso de instrumentos analíticos y lógicos, busca establecer categorías de aplicación universal a cualquier ordenamiento jurídico. Este esfuerzo consistió en la utilización de herramientas de la lógica formal, dando inicio a la denominada *lógica deóntica*, cuyo objeto es estudiar la validez de los enunciados normativos, en vez de determinar su veracidad o falsedad.

Para entender el lenguaje propuesto por Von Wright, es preciso entender los tres siguientes elementos:¹⁵⁹

(1) Los operadores que aporta la lógica del cambio. Utilizados para realizar descripciones sobre un determinado estado de cosas que no involucran la acción humana, mediante el operador T para describir la modificación o mantención del estado de cosas descrito por el operador p.¹⁶⁰

(2) Los operadores que aporta la lógica de la acción. Donde importa la acción humana que incide en un determinado estado de cosas p. Para formalizar esta incidencia se utilizan los operadores d y f, que representan la realización de una determinada acción o su abstención.¹⁶¹

(3) Por último, los operadores que aporta la lógica deóntica (normas categóricas). Intervienen deberes, permisos o prohibiciones relacionados a los enunciados deónticos, es decir, a aquel uso del lenguaje con función prescriptiva, agregándose los siguientes

¹⁵⁹ VON WRIGHT, 1970, pp. 80-87.

¹⁶⁰ Así por ejemplo, si p describe un farol encendido, puede ocurrir que este: (a) se mantenga encendido (pTp) o (b) se apague (pT~p, donde ~ significa “no” en lenguaje lógico). En este mismo sentido, si ~p describe un farol apagado, puede ocurrir que (a) se mantenga apagado (~pT~p) o (b) se encienda (~pTp).

¹⁶¹ Así, por ejemplo, un farol puede cambiar de estado por la incidencia de la acción humana de la siguiente forma: (a) d~pTp, es decir, hacer que el farol apagado modifique su estado de apagado a encendido, (b) dpT~p, hacer que el farol encendido se apague, (c) f~pT~p, abstenerse de que el farol apagado se mantenga apagado, o (d) fpTp, abstenerse de que el farol encendido se mantenga encendido.

operadores deónticos: O para prescribir una obligación, P para prescribir un permiso, y Ph para mandar una prohibición.

2.1.1.1.2. El concepto de norma jurídica

Según esta tradición, desde una perspectiva pragmática se puede afirmar que las normas son “enunciados que tratan de influir en el comportamiento de aquellos a quienes van dirigidos”.¹⁶² A diferencia de lo que ocurre con aquellos enunciados con función descriptiva, que buscan transmitir información sobre el mundo, no es posible analizar la veracidad o falsedad de un enunciado normativo que cumpla una función prescriptiva. Sin embargo, las normas jurídicas y los sistemas normativos que estas generan permiten realizar un análisis de su validez, eficacia y justificación.

2.1.1.1.3. Los elementos que componen una norma

Von Wright ofrece una clasificación de las diferentes prescripciones existentes y los elementos que las componen. De acuerdo a este autor, los elementos constitutivos de toda norma son:

- 1) El carácter de una norma, esto es, la “calificación de determinadas acciones como obligatorias, prohibidas, permitidas o facultativas”.¹⁶³
- 2) El contenido de una norma, “aquello que debe o puede o tiene que hacerse o no hacerse. El contenido de una prescripción en particular es la cosa prescrita (mandatada, permitida, prohibida)”.¹⁶⁴
- 3) La condición de aplicación de una norma, que es aquella condición que tiene que darse para que exista oportunidad de hacer aquello prohibido, mandatado o permitido por la norma. Las condiciones de aplicación pueden dividirse en categóricas e hipotéticas. Una norma será categórica cuando las circunstancias de aplicación aparecen en la misma norma, y será hipotética si existen otras circunstancias más allá del contenido de la norma.¹⁶⁵
- 4) La autoridad, es decir, el agente que da o emite la prescripción.

¹⁶² ATIENZA, 2012, p. 63.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 65.

¹⁶⁴ VON WRIGHT, 1970, p. 88.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 90.

5) El sujeto de una prescripción, agente a quién la prescripción se dirige o da. A los sujetos se les manda, permite o prohíbe por la autoridad hacer o abstenerse de ciertas cosas.

6) Por último, la ocasión de una prescripción, es decir, el momento en el que debe realizarse.¹⁶⁶

A partir de la enunciación completa de una prescripción debe estar claro cuáles son los seis componentes mencionados.¹⁶⁷ Los tres primeros constituyen el núcleo normativo, la estructura lógica que las prescripciones tienen en común con otros tipos de normas. En base a todos los elementos anteriores, Von Wright establece los tipos fundamentales de normas existentes en un ordenamiento jurídico.¹⁶⁸

Por su parte, Atienza ofrece una taxonomía complementaria de normas y otras piezas que están presentes en todo sistema jurídico: (1) enunciados de carácter no práctico (definiciones) y (2) enunciados de carácter práctico. Estos a su vez pueden ser (a) valorativos o (b) normativos. Los segundos, relevantes a nuestro estudio, son aquellos que expresan normas de tipo (i) Deónticas o regulativas, tanto principios (de acción en sentido estricto o de fin como directrices) como reglas (de acción cuando, dadas ciertas circunstancias, alguien debe, no debe o puede hacer algo; o de fin, cuando señalan ciertos fines a alcanzar y se deja al destinatario elegir, dentro de ciertos límites, los medios adecuados para ello); o (ii) No deónticas o constitutivas, ya como normas que confieren poder, o como reglas puramente constitutivas, que expresan el uso de poderes normativos (actos normativos).¹⁶⁹

2.1.1.2. APLICACIÓN

2.1.1.2.1. *¿Es necesario asignar un guardador y adicionalmente un cuidador personal?*

Desde un punto de vista pragmático, ante la muerte de ambos padres los tribunales

¹⁶⁶ NINO, 2003, p. 77.

¹⁶⁷ VON WRIGHT, 1970, p. 87.

¹⁶⁸ (1) *Od (pTp)* el estado de cosas descrito por p debe preservarse –se debe evitar que desaparezca–; (2) *Of (pTp)* el estado de cosas descrito por p no tiene que impedirse que desaparezca –se debe dejar que desaparezca–; (3) *Od (pT~p)* el estado de cosas descrito por p debe destruirse –se tiene que no dejar que continúe–; (4) *Of (pT~p)* el estado de cosas descrito por p no tiene que ser destruido –se debe dejar que continúe–; (5) ***Od (~pTp)* el estado de cosas descrito por p debe provocarse –se tiene que no dejar que continúe ausente–**; (6) *Of (~pTp)* el estado de cosas descrito por p tiene que no provocarse –se debe permitir que continúe–; (7) *Od (~pT~p)* el estado de cosas descrito por p debe suprimirse –se tiene que no permitir que se produzca–; y (8) *Of (~pT~p)* el estado de cosas descrito por p tiene que no ser suprimido –se debe permitir que se produzca–. Ibidem, pp. 99-100.

¹⁶⁹ ATIENZA, 1996, p. 156.

han optado por asignar un cuidador personal en el mismo procedimiento en el que se ventilen las guardas. No obstante, del análisis de las normas que regulan estas instituciones no aparece de forma explícita la obligación del juez de atribuir ambos cargos en un mismo momento. Resta, entonces, analizar dogmáticamente la obligación del Juez de asignar un cuidador personal y guardador.

En relación a la patria potestad, los arts. 270 y 273 del CC indican que la muerte de ambos padres trae como consecuencia la emancipación del NNA, y con ello nace la necesidad de designar un guardador. Sin embargo, en relación al cuidado personal, cabe resolver si la muerte de ambos padres se puede considerar o no una causal de inhabilidad que permita confiar su ejercicio a un tercero. Para ello, examinaremos el art. 226 del CC en relación al art. 42 de la LM, revisados previamente en el Capítulo II, sección 1.3.1.3 de este trabajo.

A tenor del art. 226 del CC, “en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, el juez podrá confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, velando primordialmente por el interés superior del NNA”. Por su parte, el art. 42 de la LM señala cuáles son las causales de inhabilidad que afectan a los padres del NNA. En este sentido, tras su lectura, podemos constatar que la muerte de ambos padres no se contempla como causal de inhabilidad, ni en el listado taxativo que realiza dicho art., ni mediante definición alguna. Adicionalmente, dada la ubicación de las normas de cuidado personal, en el título IX del CC (“De los derechos y obligaciones entre los padres e hijos”), casi toda la regulación estudiada se sustenta en el supuesto de que, al menos, uno de los padres está vivo y presente,¹⁷⁰ salvo los casos de no reconocimiento del NNA y de inhabilidad física o moral de ambos padres, donde se atribuye judicialmente el cuidado personal del NNA a un tercero.¹⁷¹

Esta ausencia de regulación de la muerte de ambos padres como causal de inhabilidad incide tanto en las normas de derecho sustantivo que serán aplicables como en el tipo de procedimiento aplicable. Por ello, dado que involucra a NNA, es imprescindible releer detenidamente la disposición, a fin de solucionar la omisión del legislador en cuanto a asignar conjuntamente el cuidado personal al conocer sobre las guardas, debiéndose obedecer, por lo demás, al ISN sobre otras consideraciones.¹⁷²

¹⁷⁰ GREEVEN, 2016, p. 69.

¹⁷¹ *Íbidem*, p. 70.

¹⁷² Acerca de la omisión del legislador respecto de la regulación del cuidado personal en el caso de muerte de ambos padres, ver *Íbidem*, p. 66.

2.1.1.2.2. ¿Qué criterios atributivos se deben aplicar?

Ante la muerte de ambos padres de un NNA, es necesario designarle, además de un guardador, un cuidador personal que vele por los aspectos personales de la relación paterno filial, abordados insuficientemente por el legislador en la regulación de las guardas. Resta, entonces, identificar los criterios que el Juez debe considerar al momento de atribuir ambos cargos. Por consiguiente, podemos hacernos la siguiente pregunta: ¿Es posible aplicar criterios comunes en la atribución del cuidado personal y la guarda en el caso analizado? Consideramos que es posible, conforme expondremos a continuación.

En virtud de un análisis detallado respecto de las condiciones de aplicación de las normas contenidas en los arts. 226 y 367 del CC, se deduce que estamos en presencia de un mismo supuesto jurídico, a saber, la muerte de ambos padres, al cual el sistema civil ha ofrecido dos soluciones diversas.

Como hemos visto, nuestra legislación civil ha regulado los efectos de la filiación de forma separada en aspectos personales y patrimoniales, aun cuando la tendencia a nivel de derecho comparado ha sido unificar ambos aspectos en una sola institución. En relación a la patria potestad, los arts. 270 y 273 CC señalan que la muerte de ambos padres trae como consecuencia la emancipación del NNA, y con ello nace la necesidad de designar un guardador. Como es fácil comprobar de la lectura de ambos arts., la solución es clara respecto de la representación legal y el resguardo de los intereses patrimoniales del NNA. Sin embargo, en relación al cuidado personal, no queda claro cuál es la solución aplicable. Ya hemos señalado que las normas principales que conforman el sistema normativo que da solución al caso se encuentran en los arts. 226 CC y 42 de la LM, reproducidas en el Capítulo II, sección 1.3.1.3 de este trabajo, de cuya lectura no parece que pueda considerarse la muerte de ambos padres como causal de inhabilidad física o moral a fin de atribuirle a un tercero el cuidado personal de NNA.

De acuerdo a los elementos de las normas jurídicas presentados anteriormente, el problema interpretativo guarda relación con las condiciones de aplicación de una norma y su vinculación con la función veritativa. En lógica formal, la función veritativa o de verdad corresponde a una relación entre clases tal que uno o varios valores de verdad de una clase se asignan a un único valor de verdad de otra. Los argumentos, por tanto, admiten solo los

valores de *verdadero* y *falso*.¹⁷³ En este sentido, al no contemplarse la muerte de ambos padres como causal de inhabilidad física o moral y, por consiguiente, como condición de aplicación del art. 226 del CC, en relación al art. 42 LM,¹⁷⁴ debemos evaluar la función veritativa de las clases contenidas en la descripción. La relación de verdad a analizar en este caso se da entre las clases de “Persona Muerta / Persona No Muerta” y “Persona Hábil / Persona No Hábil”, sintetizadas en las fórmulas (PM/ P~M), (PH/P~H).

Clases		Función veritativa de las condiciones de aplicación del art. 226 CC contenidas en el art. 42 LM.
PM	P~H	Verdadero
P~M	P~H	Verdadero
PM	PH	Falso
P~M	PH	Verdadero

La tercera proposición del cuadro (persona muerta-hábil) es falsa porque el predicado no se corresponde al sujeto, es decir, no se puede predicar la habilidad de un muerto para ejercer los deberes derivados del cuidado personal.¹⁷⁵

Por ello, es posible aseverar que dentro de las condiciones de aplicación del art. 226 del CC contenidas en el art. 42 de la LM, una de las alternativas posibles de interpretación (aquella que considera que una persona muerta es hábil para ejercer el cuidado personal del NNA) es lógicamente falsa, ya que, como se dijo, no es posible predicar la habilidad para detentar el cuidado personal respecto del sujeto “padres muertos”. Esta conclusión nos lleva a afirmar que, pese a que el legislador habría considerado innecesario incluirla, la muerte de

¹⁷³ Las condiciones de aplicación dicen relación con un orden de cosas existente de manera independiente a la norma en sí, y siendo el contenido verdadero o falso, se podrán evaluar las posibilidades de aplicación de la norma.

¹⁷⁴ La norma contenida en el art. 42 de la LM correspondería a un enunciado jurídico de carácter no práctico, o, en otras palabras, una definición, en la que predominan elementos descriptivos sobre los prescriptivos, clarificando las condiciones de aplicación que tienen que darse para que exista oportunidad de hacer aquello prohibido, mandado o permitido por la norma del art. 226 del CC.

¹⁷⁵ Teniendo en cuenta que, en lógica formal, una persona muerta puede ser sujeto toda vez que de ella se pueden predicar ciertas afirmaciones, tales como: el causante transmite a sus derechos al momento de fallecer por el modo de sucesión mortis causa, según se desprende del art. 955 del CC.

ambos padres constituye una causal de inhabilidad física de éstos, lo que habilitaría a la atribución del régimen de cuidado personal a terceros.

Esta omisión se explicaría en que el art. 42 de la LM, siguiendo la lógica tutelar existente a la época de su dictación, pareciera pensar en prevenir la vulneración o maltrato de los NNA por parte de sus padres, refiriéndose a circunstancias (condiciones de aplicación) que, al configurarse el supuesto de la norma y luego del análisis judicial, permiten al tribunal declarar la pérdida de la habilidad para cuidar del hijo o hija respecto de uno u ambos padres. En este contexto, no se habría incluido el caso de muerte de estos como una causal de inhabilidad, pues la falta de habilidad (o inhabilidad física) derivaría del hecho natural de producirse la muerte. En este sentido, si bien la muerte no constituye una “causal” propiamente tal que origine la declaración de inhabilidad, sigue siendo verdadera la afirmación de que no se puede predicar habilidad de quien no está vivo.¹⁷⁶

En síntesis, ante un mismo supuesto jurídico (la muerte de ambos padres), el sistema contempla dos criterios de atribución: la norma contenida en el art. 226 del CC y la del art. 367 del CC, con soluciones diversas. Por ello, es necesario analizar si se produce una colisión normativa entre ambas normas, lo que se revisará a continuación.

2.1.2. SISTEMA NORMATIVO

2.1.2.1. EXPOSICIÓN DE LA TEORÍA DE ALCHOURRÓN Y BULYGIN

Alchourrón y Bulygin presentan un concepto de sistema jurídico basado en una definición amplia y versátil de sistema normativo, entendiéndolo como “un conjunto de enunciados que tiene consecuencias normativas. Consiste, a su juicio, en poner en relación un «Universo de Casos» con un «Universo de Soluciones»”.¹⁷⁷ Esta concepción es innovadora dentro de la ciencia jurídica, puesto que permite construir un sinnúmero de sistemas normativos basados en sectores parcelados del sistema jurídico estatal, de acuerdo a los fines prácticos que un conflicto jurídico demanda resolver. De esta manera, se puede analizar de manera lógica ciertos arts. de un código o de una ley, o bien, de todas las leyes de una materia.

¹⁷⁶ Por este motivo, en este trabajo se ha optado por entenderla subsumida dentro de las “causales de inhabilidad” del artículo 42 de la LM, pues incluso haciendo la diferenciación conceptual como otra especie de “falta de habilidad” no contemplada en dicho artículo, entendemos que el resultado es el mismo, es decir, permitir la aplicación del art. 226 del CC por encontrarnos ante un caso de “inhabilidad física (...) de ambos padres” para el cuidado personal del NNA.

¹⁷⁷ VERGARA, 2015, p. 256.

Según se puede apreciar de los postulados de Alchourrón y Bulying, para analizar “un sistema deductivo de enunciados entre cuyas consecuencias lógicas hay normas, o sea enunciados que correlacionan casos con soluciones normativas”, o sistema normativo, existe un modelo que permite revisarlo en términos de su completitud (un sistema normativo sin lagunas), coherencia (un sistema sin antinomias)¹⁷⁸ e independencia (un sistema sin redundancias), mediante el uso de una matriz de análisis *ad hoc*. El segundo aspecto se ha caracterizado como aquella situación donde: Si para un caso X, si y solo si, no figuran dos o más soluciones diferentes (e incompatibles) en la línea correspondiente a X.¹⁷⁹ El modelo nos ofrece como solución, ante casos de incoherencia, la eliminación de las soluciones opuestas o superfluas, procurando restringir el alcance de alguna de las normas y a veces suprimirla del todo.¹⁸⁰

2.1.2.2. APLICACIÓN

Habiendo identificado las normas y principios involucrados en el caso analizado, pasaremos a revisar las propuestas de Alchourrón y Bulying en relación a su concepto de sistema normativo.¹⁸¹

En primer lugar, para analizar un sistema normativo determinado, es necesario identificar el problema normativo, el status deóntico de ciertas acciones y conductas. El problema normativo del sistema conformado por las normas del art. 226 del CC, a la que llamaremos N1, y el art. 367 del CC, a la que llamaremos N2, es el siguiente: ¿ante el fallecimiento de ambos padres de un NNA, el juez debe atribuir la guarda de acuerdo al orden taxativo establecido en N2 o bien puede designar como guardador a otras personas atendiendo al ISN de acuerdo a N1?

En segundo lugar, debemos preguntarnos por el status normativo o deóntico de la acción, es decir, si es obligatoria, prohibida o facultativa. Tanto en N1 como en N2, el status normativo de la acción es de carácter obligatorio. En N1, el status deóntico de la acción es obligatorio dado que la norma ordena al juez atribuir el cuidado personal teniendo como

¹⁷⁸ En términos de Bobbio, una antinomia es “aquella situación de incompatibilidad que se produce entre dos normas que pertenecen al mismo ordenamiento y tiene el mismo ámbito de validez, en virtud de la cual la aplicación de una de las normas conduce a resultados contrarios a los que se generan con la aplicación de la otra. Citado en HENRÍQUEZ, 2008, p. 74.

¹⁷⁹ Aseveración de la cual se siguen los siguientes corolarios. “Un sistema es incoherente si y solo si, existe por lo menos un caso en el cual el sistema es incoherente. El sistema es coherente si y solo si no existe ningún caso en que el sistema sea incoherente”. ALCHOURRÓN & BULYGIN, 2003 p. 41

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 20.

¹⁸¹ *Ibidem*, pp.10-18.

consideración principal el ISN, y en N2, la obligatoriedad se torna evidente al establecer un orden de prelación de las personas que el juez debe llamar al ejercicio de la guarda legítima.

En tercer lugar, y vinculado con el punto anterior, tenemos que analizar el conjunto de situaciones o estados de cosas que conforman el Universo del Discurso (UD). Para ello, primero debemos identificar la propiedad definitoria del mismo, que en este caso viene a ser la necesidad de atribuir un guardador, fallecidos ambos padres de un NNA.

En cuarto lugar, tenemos que analizar el Universo de Acciones (UA), que es el conjunto finito de acciones básicas respecto de las cuales las demás acciones posibles son compuestos veritativo-funcionales de ellas. En el caso, el UA es algo complejo, dado que las dos normas establecen acciones que pueden llegar a ser contradictorias en algunos casos. El UA está compuesto por la obligación del juez (OJ) de atribuir la guarda según el orden de prelación taxativo sin considerar el ISN (OJ-ISN) y la obligación del juez de atribuir la guarda teniendo como consideración principal el ISN (OJ ISN).

En quinto lugar, hay que analizar el Universo de Propiedades (UP), que comprende una propiedad básica. De acuerdo a N1 y N2, es la muerte de ambos padres (M). Junto con ello, debemos ver las combinaciones posibles que se pueden dar en este caso, a lo que llamaremos Universo de Casos (UC). En este supuesto, son dos posibles casos elementales.

En sexto y último lugar, resta ver el Universo de Soluciones Maximales (USmax), que es el conjunto de todas las respuestas completas a la pregunta formulada. En este caso, USmax sería el conjunto compuesto por OJ-ISN, OJ ISN.

En relación a la coherencia del sistema normativo constituido por N1 y N2, se puede decir que existe una antinomia que hace incoherente al sistema y esta se da cuando ocurre la muerte de ambos padres (M), dado que se establecen dos acciones obligatorias para el Juez que son contradictorias.

Casos	Sistema Normativo	
	Norma 1	Norma 2
M	OJ ISN	OJ-ISN
~M		

Habiendo reconstruido el sistema conformado por las normas en juego, tenemos dos normas con igual estructura nuclear, carácter, condición de aplicación, sujeto y ocasión, pero con distinto contenido.

Elementos	Norma 1: art. 226 CC	Norma 2: art. 367 CC
Tipo de norma	Od(~pTp) ¹⁸²	
Carácter	Obligatoria	
Sujeto	Juez	
Contenido	Aplicar ISN	Aplicar prelación
Condición de aplicación	Muerte de ambos padres	
Ocasión	Al solicitarse la guarda	

Como hemos visto, desde una concepción normativista del derecho, es posible entenderlo como un conjunto de enunciados de distinta naturaleza dirigidos en su conjunto a guiar la conducta humana, aunque todos ellos no sean propiamente normas. “Lo que hace distintos a unos enunciados de otros (a unos tipos de normas de otros) no es solo su estructura (la manera como están internamente organizados), sino también la función que cumplen en el razonamiento de sus destinatarios y la forma cómo inciden en los intereses y en las relaciones de poder presentes en una sociedad”.¹⁸³ De acuerdo a la teoría presentada por Joseph Raz, las normas jurídicas pueden entenderse paralelamente como razones para la acción en el sentido de que el destinatario de las normas (en este caso, el Juez) debe seguir un determinado curso de acción con prescindencia de la evaluación de las opciones existentes. El nivel de obligatoriedad de dichas razones depende del tipo de norma frente a la que estemos.¹⁸⁴

Por tanto, realizada la labor analítica sobre la estructura de las normas principales que conforman este sistema normativo, resta ahora responder a la pregunta: ¿Cuál es la función que cumplen los enunciados normativos que contienen la referencia al ISN en el sistema normativo expuesto?¹⁸⁵ Como se observa, el ISN en el sistema normativo construido por los criterios atributivos de los art. 226 y 367 del CC actúa tanto como principio en sentido estricto de mandato (actúa como razón categórica y operativa no perentoria), principio

¹⁸² Este tipo de norma dice que el estado de cosas descrito por p debe provocarse o, lo que es lo mismo, que uno tiene que no dejar que continúe ausente (establecer un cuidador personal /establecer un guardador). Ver cita 169 de este trabajo, sobre tipos de normas según Von Wright.

¹⁸³ ATIENZA, 2012, p. 77.

¹⁸⁴ RAZ, 1991, p. 82.

¹⁸⁵ ATIENZA, 1996, p. 170.

directriz de mandato (razón categórica y operativa no perentoria), regla de acción de mandato (razón categórica y operativa perentoria en sentido estricto) y regla de fin de mandato (razón categórica y operativa perentoria en cuanto al logro del fin F).

2.2. JUSTIFICACIÓN EXTERNA DEL DISCURSO JURÍDICO

2.2.1. RACIONALIDAD Y RAZONABILIDAD

2.2.1.1. EXPOSICIÓN

Como hemos dicho en el comienzo de este trabajo, una concepción pragmática universal reclama del discurso práctico general y jurídico en particular, una justificación racional de su funcionamiento práctico en tanto técnica de argumentación. Siguiendo a Habermas, Alexy propone una teoría de la argumentación jurídica que se nutre de la concepción pragmática universal para la identificación de las características especiales que debe cumplir toda forma de discurso práctico. De acuerdo al autor, los argumentos que encontramos en el discurso práctico general pueden ser de dos clases:

- 1) Argumentos por referencia a una regla particular, que presuponen la existencia de otro enunciado que describa el supuesto de hecho (condiciones de aplicación) de dicha regla.
- 2) Argumentos consecuencialistas, que suponen la existencia de una regla que señala que la producción de ciertas consecuencias es obligatoria o algo deseable de alcanzar.¹⁸⁶

En relación al discurso jurídico (una forma especial del discurso práctico), genéricamente podemos identificar dos formas de fundamentación de las decisiones jurídicas: argumentos basados en razones formales o en razones sustantivas. Si los operadores jurídicos están constreñidos al uso de razones del primer tipo, estaremos limitados a las condiciones de la racionalidad formal en la fundamentación de las decisiones jurídicas.

¹⁸⁶ ATIENZA, 2005, p. 159. Estas dos formas paradigmáticas de razonamiento práctico se explican del siguiente modo:

Vía 1: A ha mentido
Es malo mentir

A ha actuado mal

Vía 2: Al mentir, A causa sufrimiento innecesario
Es malo causar sufrimiento innecesario

A ha actuado mal

Según Atienza, una decisión jurídica está racionalmente justificada, si y solo si, respeta los principios de consistencia, universalidad y coherencia; no elude la utilización de alguna fuente de derecho vinculante; no desconoce la existencia de hechos probados; y no utiliza para fundamentar criterios éticos, políticos, etc.¹⁸⁷

Sin embargo, aparecen ciertos casos que obligan a los operadores jurídicos a decidir en base a razones sustanciales. Una fundamentación basada en este tipo de razones opera en base a la lógica de la razonabilidad o la racionalidad sustancial, que debe cumplir, de acuerdo a Atienza, los siguientes requisitos: “se toma en situaciones en que no se podría, o no sería aceptable, adoptar una decisión que respete los criterios de la racionalidad formal; logra un equilibrio óptimo entre las distintas exigencias que se planteen en la decisión; y obtiene un máximo de consenso”.¹⁸⁸

El primer requisito con el que se debe cumplir para una fundamentación razonable, demuestra la excepcionalidad con la que el operador jurídico debe acudir a este tipo de razones. El segundo requisito dice relación con la distinción entre casos fáciles y casos difíciles. “[U]n caso es fácil cuando aplicando los criterios de lo que he llamado racionalidad formal, el resultado es una decisión no controvertida. Un caso, por el contrario, es difícil cuando, al menos en principio, puede recibir más de una respuesta correcta. El caso plantea la necesidad de armonizar entre sí valores o principios que están en conflicto, y se presentan diversas soluciones capaces de lograr un equilibrio, en cuanto que no sacrifican ninguna exigencia que forme parte del contenido esencial de los principios o valores últimos del ordenamiento”.¹⁸⁹ Dentro de estos últimos, hay un tipo especial de casos difíciles en los que “no cabe tomar una decisión que no vulnere algún principio o valor fundamental del sistema”.¹⁹⁰ El caso estudiado corresponde, de acuerdo a esta clasificación, a un caso difícil del segundo tipo, porque seguir la regla del art. 367 del CC tendría como consecuencia un grave sacrificio del principio del ISN.

2.2.1.2. APLICACIÓN

Vistos los conceptos anteriores, cabe presentar las diferentes soluciones posibles al caso estudiado en una escala de graduación que ubique aquellas en un orden que vaya

¹⁸⁷ ATIENZA, 1993, p. 174.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 175

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 177

¹⁹⁰ *Ídem*.

desde las soluciones más racionales, pasando por aquellas razonables, para terminar por aquellas que sean arbitrarias:

- 1) Solución racional formal: Ante la muerte de ambos padres, el Juez solamente designa al guardador de acuerdo a las normas de 367 del CC, quedando un vacío respecto de la figura del cuidador personal. Esta solución se enmarcaría dentro de la racionalidad formal debido a que quien detentará el cuidado material del NNA podrá ser una persona inidónea, y los deberes que tiene el guardador en relación al ámbito personal del NNA son insuficientes para las necesidades del pupilo.
- 2) Solución insuficientemente razonable: Se declara inaplicable el art. 367 del CC y se aplican los criterios de asignación el art. 226 del CC para la designación de un guardador (tutor), quedando un vacío respecto de la figura del cuidador personal. Esta solución sería insuficientemente razonable debido a que quien detenta la guarda material del NNA puede ser persona idónea, con lo que se garantiza el ISN en su dimensión sustancial y procedimental; pero los deberes que tiene el guardador en relación al ámbito personal del NNA son insuficientes respecto las necesidades del pupilo, lo que transforma a esta opción en una solución insuficientemente razonable.
- 3) Solución razonable: El Juez declara inaplicable el art. 367 CC y aplica los criterios de asignación el art. 226 CC para la designación de un guardador (tutor), asignando además un cuidador personal, que puede ser la misma persona.

2.2.2. SUBSUNCIÓN NORMATIVA VERSUS PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS

2.2.2.1. EXPOSICIÓN

El primer tipo de argumento del discurso práctico general (es decir, los argumentos con referencia a una regla particular) es comúnmente utilizado en el procedimiento de subsunción normativa, operación lógica aplicada a “una situación particular, específica y concreta con la previsión abstracta e hipotética de la regla”.¹⁹¹ Según Atienza y Ruiz, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, solo pueden ser cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces, es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos.¹⁹²

Habiendo reconstruido el sistema normativo del problema en comento, constituido fundamentalmente por las normas del 226 del CC (N1) y del 367 del CC (N2), se evidencia que la antinomia e incoherencia detectada no sería resoluble por el método tradicional y clásico de la subsunción normativa, que llevaría indefectiblemente a una antinomia normativa, incluso si respetamos todas las condiciones expuestas por Alexy para realizar un tipo de justificación racional basada en reglas. Por tanto, es necesario indagar otro tipo de argumentación que supere la exégesis y sea acorde con una perspectiva pluralista y que garantice los valores que comparten transversalmente las sociedades modernas, caracterizadas por la adopción del modelo de Estado democrático de derecho y los insumos teóricos del neoconstitucionalismo. En definitiva, es necesario arribar a una solución razonable, pero observante, en la mayor medida posible, de las reglas impuestas al discurso práctico general y discurso jurídico en particular por la racionalidad formal. La estructura de argumentos consecuencialistas aparece como un mecanismo adecuado para dar una solución que respete las exigencias racionales que nuestra sociedad impone a un procedimiento de toma de decisiones.

Esto, ya que el conflicto normativo del presente caso involucra fundamentalmente principios contrapuestos, que, para Alexy, son mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados. Dado que los principios tienen una naturaleza jurídica diferente a las reglas, no es posible elaborar a priori una jerarquía estricta entre ellos, pues su posición en el ordenamiento jurídico no se encuentra prefijada. Se requiere establecer al menos un orden débil entre principios, que lleve a su aplicación ponderada. Dicho orden débil de cumplir debe contener un sistema de condiciones de

¹⁹¹ GARRONE, 2005, p. 538.

¹⁹² ATIENZA & RUIZ, 1991, p. 108.

prioridad, en el que rijan el principio de universalidad (la resolución de la colisión de principios de un caso determinado tiene importancia para nuevos casos); un sistema de estructuras de ponderación que derivan de la consideración de los principios como mandatos de optimización en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas; un sistema de prioridades prima facie entre principios pero modificable ante las circunstancias del caso (quien pretenda modificar esa prioridad corre con la carga de prueba).¹⁹³

Ya que los principios son para Alexy mandatos de optimización, el concepto de optimización es central en un procedimiento racional para la solución de conflictos jurídicos, a alcanzar mediante el sistema de ponderación de principios. De acuerdo con este autor, “ponderar es pesar; y pesar requiere de alguna clase de algoritmo”.¹⁹⁴ De este modo, propone una manera de construirlo que denomina “regla del peso”, explicable en los siguientes términos: “dados dos principios P1 y P2, puede asignarse una magnitud de importancia a cada uno. Si P1 y P2 compiten entre sí en un conflicto, es posible construir la fórmula:

$$W1 = \frac{I1}{I2}$$

“Donde I 2 representa la intensidad de interferencia con el principio P1. En tanto, I 1 designa la importancia de satisfacer en este caso el principio rival P 1. Si para satisfacer P2 es necesario infringir P1, la magnitud de esta interferencia puede estimarse como seria (4), mediana (2) o leve (1)”.¹⁹⁵

De este modo, el peso concreto de P2 en relación con P1 “puede medirse empleando la intensidad de interferencia en P1 que sea necesaria para satisfacer P2 (I2) como un divisor de I1; es decir, la importancia concreta de P1. Por ejemplo, si el peso concreto de P1 es moderado (I1 es igual a 2), y la interferencia necesaria para satisfacer P2 es seria (I2 es igual a 4), la fórmula del peso tiene como resultado 2/4 y debería decidirse en contra de P1. Si tanto I1 como I2 son medianos, el resultado es 2/2 (empate) y el tribunal debería abstenerse de decidir contra P1”.¹⁹⁶

¹⁹³ ATIENZA, 2005 pp. 175-176

¹⁹⁴ GUIBOURG, 2015, p. 5

¹⁹⁵ GUIBOURG, 2015, p. 4.

¹⁹⁶ *Íbidem*, p. 5

2.2.2.2. APLICACIÓN

La regla del peso aplicada al caso de la atribución del cuidado personal y guardas al NNA cuyos padres han muerto se podría expresar de la siguiente manera:

Peso concreto del principio del ISN cuya violación es objeto de examen (1 < 4)	=	Importancia de satisfacer el principio de legalidad es leve (magnitud 1) ----- Intensidad de interferencia del principio de legalidad respecto del principio ISN es seria (magnitud 4) ¹⁹⁷
--	---	---

El cociente final de la aplicación de la regla del peso en este caso (1 < 4) nos indica que la importancia concreta de garantizar el ISN es realmente seria, y por tanto, el resultado de este ejercicio de ponderación reafirma el mandato del legislador hacia el Juez de considerar prioritariamente este principio al adoptar medidas que afecten a NNA. Nos detendremos seguidamente en las razones que motivaron la asignación de las magnitudes que en definitiva inclinaron la balanza hacia la protección y prevalencia del ISN sobre el principio de legalidad. Ello, pues, no obstante privilegiar este principio implicaría dar una solución razonable, la argumentación racional y fundamentada es una exigencia que la ética pluralista procedimental o formalista le impone al sistema jurídico, de la cual ninguna solución debe prescindir si quiere evitar la arbitrariedad. Con este fin, expondremos una serie de tesis ordenadas de acuerdo a las reglas de argumentación práctica y jurídica en particular.

¹⁹⁷ Donde P1 es el principio del ISN y P2 es el principio de legalidad; W1 es el peso concreto del principio del ISN cuya violación es objeto de examen, que resulta del cociente entre las variables I1 e I2; I1 es la importancia de satisfacer el principio de legalidad; I2 es la intensidad de interferencia del principio de legalidad respecto del principio ISN.

2.3 CONSTRUCCIÓN Y EXPOSICIÓN DE ARGUMENTOS¹⁹⁸

¿QUÉ TIPO DE RESPUESTA ESTRUCTURAR ANTE CASOS DIFÍCILES? ¿RESPUESTAS RACIONALES O RAZONABLES?

Tesis 1: En los casos difíciles hay que optar por aquella respuesta que cumpla con un procedimiento de racionalidad sustancial (o razonabilidad). ¿En qué nos basamos para afirmar esto?

- a. La concepción argumentativa de la filosofía impone la obligación de diseñar estrategias argumentativas que respalden ciertas intuiciones planteadas en forma de tesis. Esto se vincula con la noción de los argumentos filosóficos como estrategias de razonamiento que tienen por objeto demostrar la verdad de una cierta intuición ante una sociedad con variadas intuiciones.¹⁹⁹
- b. De acuerdo a la pragmática universal, una concepción ética discursiva impone la obligación de establecer procedimientos que cumplan con reglas racionales para la solución de problemas prácticos. Esto es importante porque el discurso jurídico es un tipo de discurso práctico especial que busca dirigir la acción, con pretensión de rectitud y universalidad.²⁰⁰
- c. El derecho es fundamentalmente argumentación. Esto es relevante porque la teoría del derecho como argumentación, elaborada por Alexy y Atienza, y la teoría normativista, por otra parte, son las más sólidas para exponer, de acuerdo a un procedimiento racional, razones fundamentadas dentro del derecho.²⁰¹
- d. De acuerdo al pluralismo ético, la solución que adopte el Juez debe tener en consideración el principio de rectitud (la acción elegida debe ser correcta), el principio de universalidad (hay una única respuesta correcta para el caso concreto), teniendo a la diversidad como el metaprincipio interpretativo fundamental del sistema jurídico, propendiendo a la materialización de la tolerancia activa con su fallo. Esto deriva de que cualquier clase de discurso jurídico debe cumplir con las exigencias de la ética pluralista procedimental.²⁰²

¹⁹⁸ Cada respaldo de los argumentos que se presentarán irán anotados al pie de página y éstos reenviarán al lector a diversas secciones de este mismo trabajo.

¹⁹⁹ Capítulo I, título 1.1 ¿Qué es la filosofía argumentativa?

²⁰⁰ Capítulo I, título 1.2 ¿Qué es la concepción pragmática universal del discurso práctico?

²⁰¹ Capítulo IV, título 2.2. Justificación externa del discurso jurídico.

²⁰² Introducción, CORTE INTERAMERICANA, 2012 (Caso *Atala y niñas versus Chile*); Capítulo I, título 1.3 ¿Qué es el pluralismo ético?

- e. De acuerdo a la teoría neoconstitucionalista, la solución debe respetar el principio de legalidad sustancial. Esto se asocia con que la legitimación del derecho en el modelo actual se vincula con el principio del Estado democrático de derecho, que impone al operador jurídico observar las dimensiones formal y sustancial de legitimación, relacionadas al principio de legalidad en el primer caso, y al respeto, garantía y promoción de los derechos fundamentales en el segundo.²⁰³

¿ESTAMOS ANTE UN CASO FÁCIL O DIFÍCIL?

Tesis 2: El problema de los criterios atributivos de los arts. 367 y 226 CC es un caso difícil. ¿Por qué? De acuerdo a las teorías de la argumentación jurídica y neoconstitucionalista, entran en colisión el principio de legalidad formal y el principio de legalidad sustancial, pues la decisión que adopte el juez conllevará vulnerar algún principio o valor fundamental del sistema. En este caso, el contenido del art. 226 del CC se vincula con los principios del ISN, el derecho del NNA a ser oído, la autonomía progresiva y la igualdad y no discriminación (legalidad sustancial); mientras que el contenido del art. 367 del CC se vincula a otras consideraciones (legalidad meramente formal). Esto es relevante porque cuando existe un caso en que entran en conflicto principios fundamentales del ordenamiento jurídico, los jueces deben fundamentar sus decisiones en base a razones ponderadas que resuelvan racionalmente el conflicto normativo.²⁰⁴

¿POR QUÉ APLICAR EL ISN COMO CONSIDERACIÓN FUNDAMENTAL ES LA SOLUCIÓN CORRECTA?

Tesis 3: La adopción del ISN como consideración fundamental por parte del Juez para la resolución de este caso difícil es obligatoria. ¿En qué nos basamos para afirmar esto?

- a. La doctrina internacional y nacional ha interpretado que el ISN es un principio general del derecho. Esto se vincula con la posibilidad de aplicar el ISN a situaciones de hecho previstas por normas y situaciones que no lo han previsto como consecuencia jurídica, cuando están involucrados NNA.²⁰⁵

²⁰³ Capítulo I, título 1.4. Neoconstitucionalismo y Estado democrático de derecho como contexto de análisis.

²⁰⁴ Capítulo I, título 1.4. Neoconstitucionalismo y Estado democrático de derecho como contexto de análisis; capítulo IV, título 2.2. Justificación externa del discurso jurídico.

²⁰⁵ Capítulo II, título 1.2. Principios de las relaciones paterno filiales; capítulo II, título 2.1. Concepto de guardas.

- b. Siguiendo las obligaciones definidas por la dogmática del derecho internacional de los derechos humanos y la doctrina neoconstitucionalista, el ISN un principio en sentido estricto, un principio directriz, una regla de acción y una regla de fin, que constituyen razones categóricas para el Juez. Esto se relaciona con la clasificación estructural de las normas que hace Atienza y, por otro lado, a la concepción de las normas como motivos o razones que inducen la razón práctica.²⁰⁶

Tesis 4: La adopción del ISN como consideración fundamental por parte del Juez para la resolución de este caso difícil es la solución correcta. ¿En qué nos basamos para afirmar esto?

- a) Reconoce al NNA como sujeto pleno de derechos. Esto es relevante porque se provee una solución enmarcada en el paradigma de protección integral de la infancia y la adolescencia.²⁰⁷
- b) Cumple con las exigencias de la racionalidad sustancial impuesta por la concepción argumentativa de la filosofía y el derecho. Esto es necesario porque actualmente la sociedad demanda del derecho justificaciones que legitimen su actuar.²⁰⁸
- c) Verifica las exigencias de la concepción pragmático-universal del discurso práctico. Esto cobra relevancia porque establece los estándares racionales en los que debe enmarcarse el discurso práctico para su debida justificación, que, reconociendo a los sujetos un estándar moral mínimo de dignidad, derechos y valores, les permite construir dialécticamente los parámetros de lo correcto.²⁰⁹
- d) Satisface los requisitos de la ética pluralista procedimental. Esto es necesario porque la diversidad es un metaprincipio que trasciende a todos los ordenamiento jurídicos constitucionales modernos, constituyéndose en piedra angular de las sociedades actuales.²¹⁰
- e) Cumple con los planteamientos del neoconstitucionalismo y se inserta en el esquema del Estado democrático de derecho. Esto es relevante, ya que Chile se organiza bajo el esquema del Estado democrático de derecho.²¹¹

²⁰⁶ Capítulo II, título 1.2. Principios de las relaciones paterno filiales; capítulo II, título 2.1. Concepto de guardas; capítulo IV, título 2.2. Justificación externa del discurso jurídico.

²⁰⁷ Capítulo I, título 3. Sistema de protección jurídica de la infancia en Chile.

²⁰⁸ Capítulo I, título 1.2 ¿Qué es la concepción pragmática universal del discurso práctico?; capítulo IV, título 2.2. Justificación externa del discurso jurídico.

²⁰⁹ Capítulo I, título 1.2 ¿Qué es la concepción pragmática universal del discurso práctico?

²¹⁰ Capítulo I, título 1.3 ¿Qué es el pluralismo ético?

²¹¹ Capítulo I, título 1.4. Neoconstitucionalismo y Estado democrático de derecho como contexto de análisis.

- f) Respetar las instituciones reformadas del nuevo derecho de familia y la infancia. Esto es importante, ya que Chile suscribió en 1989 la CIDN, contrayendo la obligación de transformar el paradigma vigente de protección de la infancia y adolescencia a un modelo de protección integral de NNA, que los trate como sujetos plenos de derecho.²¹²

Tesis 5: El criterio atributivo del art. 226 del CC se debe aplicar para resolver el caso. ¿Por qué? Ya que toma como consideración primordial el ISN para la resolución de un tipo de caso en el que hay un NNA involucrado. Esto es relevante porque tanto las fases sustantiva como la procedimental de la atribución del cuidado personal a terceros (art. 226 del CC) cumplen con los criterios establecidos en la Observación General N° 14.²¹³

Cuidado Personal

ISN como derecho sustantivo ²¹⁴		ISN como norma procedimental ²¹⁵	
El derecho del NNA a expresar su opinión en todas las decisiones que le afecten	Sí	El derecho del NNA a expresar su propia opinión	Sí
La identidad del NNA	Sí	La determinación de los hechos	Sí
La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones	Sí	Los profesionales cualificados	Sí
Cuidado, protección y seguridad necesarios para el bienestar del NNA	Sí	La representación letrada	Sí
Situación de vulnerabilidad	Si	La argumentación jurídica	Sí
El derecho del NNA a la salud	Sí	Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones	Sí
El derecho del NNA a la educación	Sí	La evaluación del impacto en los derechos del NNA en todos los niveles	Sí

²¹² Capítulo I, título 3. Sistema de protección jurídica de la infancia en Chile.

²¹³ Capítulo II, título 1.2. Principios que permean las relaciones paterno filiales.

²¹⁴ Normas del CC que reflejan los criterios sustantivos de la Observación para determinar el ISN se presentan de forma ordenada: art. 225-2, letra f); art. 225-2, letras g) y j); art. 225-2, letra a); art. 225-2, letra b); art. 225-2, letras g) y j); art. 225-2, letras b), g) y j); art. 225-2, letras b), g) y j).

²¹⁵ Normas de la LTF que reflejan los criterios procesales de la Observación para determinar el ISN, se presentan ordenadamente: art. 16; art. 61 n. 6 y 7; art. 103; art. 45; art. 19 inc. 2°; art. 65; art. 67; art. 16 inc. 2°.

Tesis 6: El criterio atributivo del art. 367 del CC no se debe aplicar para resolver el caso. ¿Por qué? Porque no toma en consideración el ISN para la resolución de un tipo de caso en el que hay un NNA involucrado. Esto significa que las fases sustantiva y procedimental de la atribución de la guarda legítima (art. 367 del CC) no dan cumplimiento a los criterios establecidos en la Observación General N° 14.²¹⁶

Guarda legítima

ISN como derecho sustantivo		ISN como norma procedimental	
El derecho del NNA a expresar su opinión en todas las decisiones que le afecten	No ²¹⁷	El derecho del NNA a expresar su propia opinión	No ²¹⁸
La identidad del NNA	No	La determinación de los hechos	Sí ²¹⁹
La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones	No ²²⁰	Los profesionales cualificados	Sí ²²¹
Cuidado, protección y seguridad que sean necesarios para el bienestar del NNA	Sí ²²²	La representación letrada	Sí
Situación de vulnerabilidad	No	La argumentación jurídica	No ²²³
El derecho del NNA a la salud	No	Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones	Sí ²²⁴
El derecho del NNA a la educación	No ²²⁵	La evaluación del impacto en los derechos del NNA en todos los niveles	No ²²⁶

Tesis 7: La adopción del criterio atributivo del art. 367 del CC como consideración fundamental por parte del Juez para la resolución de este caso es una solución incorrecta.

²¹⁶ Capítulo II, título 1.2. Principios de las relaciones paterno filiales; capítulo II, título 2.1. Concepto de guardas.

²¹⁷ Sólo se toma en cuenta en el caso de la guarda dativa (art. 437 del CC).

²¹⁸ El art. 839 del CPC establece que sólo se oirá al defensor de menores y a los parientes. Para la guarda dativa, si opera, pero solo respecto del menor adulto, no del impúber (art. 437 del CC).

²¹⁹ Art. 818 inc. 2° del CPC.

²²⁰ El orden de prelación del art. 367 del CC no necesariamente preserva el entorno familiar del NNA.

²²¹ El art. 839 del CPC contempla la participación del defensor de menores.

²²² Art. 367 inc. 2° del CC.

²²³ El juez realiza un ejercicio de mera subsunción, lo que privilegia la legalidad formal sobre el ISN.

²²⁴ Art. 822 del CPC.

²²⁵ No se toma en consideración la idoneidad del guardador para encargarse de la crianza, educación y salud del NNA porque los aspectos personales no se encuentran suficientemente regulados en esa institución.

²²⁶ No obstante el art. 838 del CPC, el art. 367 del CC establece una orden de prelación que lo deja sin efecto.

¿Por qué? Porque esta solución solo toma en consideración el principio de legalidad en su esfera formal. Esto es relevante puesto que trae consecuencias nocivas, que en este caso se manifiestan en la perpetuación de la lógica de la situación irregular, el modelo tradicional de familia, el enaltecimiento de los principios de protección de la propiedad privada y conservación del patrimonio del pupilo y el trato a los NNA como objetos de protección jurídica y no como sujetos plenos de derecho.²²⁷

Tesis 8: La consideración exclusiva de las personas señaladas en el orden de prelación del art. 367 del CC vulnera el ISN cuyos padres han fallecido. ¿En qué nos basamos para afirmar esto?

- a. Considerando un concepto de familia amplio, inserto en el pluralismo ético, no debemos aplicar el orden de prelación del art. 367 del CC. Esto es importante, pues el art. 367 del CC responde a un modelo de familia tradicional decimonónico, siguiendo la lógica del derecho sucesorio chileno.²²⁸
- b. El art. 367 del CC no reconoce los diversos proyectos de vida y modelos familiares existentes en nuestra sociedad. Esto es relevante, pues existe a nivel internacional, nacional y comparado el deber estatal de proteger y fortalecer a la familia.²²⁹
- c. El concepto de familia tradicional ha sufrido un debilitamiento progresivo, potenciándose un concepto de familia extendida o plural. Esto es relevante, puesto que las definiciones legales de familia son anacrónicas, arbitrarias, discriminatorias e insuficientes.²³⁰

Tesis 9: Deben aplicarse los mismos principios que permean las instituciones que emanan de la relación paterno filial (ISN, derecho a ser oído, autonomía progresiva, igualdad y no discriminación) al régimen de las guardas. ¿Por qué? Porque las guardas son el régimen supletorio de una de esas instituciones (patria potestad), no teniendo sentido aplicar principios distintos a situaciones similares (sino estaríamos ante una incoherencia lógica).²³¹

²²⁷ Capítulo I, título 3. Sistema de protección de la infancia en Chile; capítulo II, título 2.1. Concepto de guardas.

²²⁸ Capítulo I, título 2. Concepto y protección estatal de familia.; capítulo II, título 2.1. Concepto de guardas.

²²⁹ Capítulo I, título 2. Concepto y protección estatal de familia.; capítulo I, título 1.3 ¿Qué es el pluralismo ético?; capítulo II, título 2.1. Concepto de guardas.

²³⁰ Capítulo I, título 2. Concepto y protección estatal de familia.; capítulo II, título 2.1. Concepto de guardas; Ejemplos de definiciones de familia: anacrónica y arbitraria: art. 815 del CC; insuficiente: art. 5° LVIF; discriminatoria: art. 1 LMC; pluralista: art. 3 letra a) ley 21.150.

²³¹ Capítulo II, título 1.2. Principios que permean las relaciones paterno filiales.

Tesis 10: El tratamiento de las instituciones emanadas de la relación paterno filial que distingue un binomio de funciones personales/patrimoniales es artificioso. ¿En qué nos basamos para afirmar esto?

- a. En que aquel que vela por la integridad del NNA lo hace tanto respecto del ámbito personal como patrimonial. Esto es importante, ya que la mayoría de los ordenamientos jurídicos ha subsumido los aspectos personales y patrimoniales emanados de la relación paterno filial en una única institución. En este sentido, los ordenamientos jurídicos que siguen la propuesta de Bello han generado una serie de efectos perniciosos respecto de los derechos de los NNA.²³²
- b. La institución máxima avocada al tratamiento del ámbito patrimonial de los NNA, la patria potestad, no tiene aplicación práctica, siendo escasas las situaciones en que quien detenta la patria potestad ejerce las funciones descritas. La importancia de ello radica en la impracticidad que se replica, asimismo, en las normas de las guardas, que presuponen bienes del pupilo.²³³

Tesis 11: Llevando el caso al extremo, puede ocurrir que, tras seguir la solución de la legalidad formal (criterio atributivo de las guardas -art. 367 del CC-), se pueda otorgar la protección de la persona y los bienes del NNA a una persona que tenga apariencia de idoneidad, pero que en los hechos no sea favorable según el ISN (*vgr.*, pariente con enfermedades mentales sin diagnosticar, alcohólico, perpetrador de violencia intrafamiliar sin denunciar, etc.), dado que el juez nunca tuvo la tarea de analizarlo. Esto se vincula a que los NNA merecen especial protección.²³⁴

²³² Capítulo II, título 1.2. Principios que permean las relaciones paterno filiales; historia de la ley 20.680; capítulo III, título 3.4. Consideraciones críticas sobre el modelo colombiano.

²³³ Capítulo II, título 1.2. Principios que permean las relaciones paterno filiales.

²³⁴ Argumento jurídico especial "reducción al absurdo".

CONCLUSIONES

- 1) A lo largo de nuestra investigación hemos constatado que la obligación que recae sobre los operadores del derecho de fundamentar las decisiones que se tomen en la resolución de casos difíciles –y especialmente, cuando las medidas afecten a NNA–, muchas veces no cumplen con las exigencias de un procedimiento racional de fundamentación que acate las reglas de la teoría de la argumentación jurídica. A lo largo de este estudio se han presentado de forma ordenada las consideraciones que debe observar aquel que se enfrente a la ardua tarea de resolver este tipo de casos conforme a los criterios antedichos. El caso difícil que hemos analizado ha sido el conflicto de los criterios atributivos de los arts. 226 y 367 del CC ante el fallecimiento de ambos padres de un NNA. Nuestra intención en este trabajo ha sido contribuir con un modelo de resolución racional de casos difíciles que pueda servir de guía en otros casos de este tipo (casos donde se ponderarán el ISN junto a otros principios sustantivos, versus la legalidad meramente formal), tales como los casos nacionales enunciados en la introducción de la investigación.
- 2) La solución que garantiza el principio de legalidad sustancial dada las necesidades de los NNA, en la clase de caso planteado, es el criterio atributivo recogido en el art. 226 del CC, que establece la necesidad de adoptar por parte del juez el ISN como consideración fundamental, satisfaciendo las exigencias de racionalidad sustancial impuestas por la filosofía argumentativa, la concepción pragmática universal del discurso práctico, la ética procedimental pluralista, la dogmática del neoconstitucionalismo, el nuevo derecho de familia, el paradigma de protección integral del NNA, el modelo del Estado democrático de derecho y los tratados internacionales que versan sobre los derechos fundamentales de los NNA.
- 3) Del análisis del criterio atributivo de la institución de las guardas, regulado en el art. 367 del CC, hemos constatado que esta disposición es absolutamente insuficiente para resolver racionalmente el conflicto jurídico planteado, por presentar un orden legal preestablecido, anacrónico a la realidad socio-jurídica actual, que perpetúa la lógica de la situación irregular y el modelo tradicional de familia; el enaltecimiento de los principios de protección de la propiedad privada y conservación del patrimonio del pupilo; y el trato a los NNA como objeto de protección jurídica y no como sujeto plenos de derecho.

- 4) No obstante considerar que el criterio atributivo aportado por el art. 226 del CC es la solución correcta al caso formulado, se propone, *lege ferenda*, modificar el binomio en el que se encuentran reguladas las instituciones derivadas de las relaciones paterno filiales, a saber, la autoridad parental y la patria potestad, puesto que, como hemos visto en nuestra presentación, la distinción entre los aspectos personales y patrimoniales de los NNA es artificiosa y trae como consecuencia una serie de implicancias nocivas para aquellos. Un ejemplo de ello es la mala articulación suscitada en el régimen supletorio de las guardas.
- 5) La deficiencia en el criterio atributivo se origina en la naturaleza misma de la institución de las guardas, que se mantiene casi inalterada desde la época de dictación del CC, por lo que se presenta como una institución anacrónica para operar como régimen supletorio de las instituciones emanadas de la relación paterno filial, como son el cuidado personal y la patria potestad. En ese sentido, consideramos que es urgente su modificación y actualización a la luz de los nuevos principios del derecho de familia y de la infancia y la adolescencia, teniendo como consideración primordial el principio de la diversidad de proyectos de vida y el principio de igualdad y no discriminación.
- 6) La experiencia comparada nos ha entregado insumos de mejores técnicas legislativas que recomendamos replicar en Chile. En el caso de España, el tratamiento de la institución de la patria potestad (autoridad parental) no cuenta con el obstáculo de la distinción de ámbitos personales / patrimoniales, que se replica en el caso de las tutelas y curadurías. Adicionalmente, la regulación de la atribución de tutelas y curadurías lleva inserta el ISN como consideración primordial. Respecto de la regulación colombiana, consideramos necesario atender a la modernización que ha realizado esta nación, inspirada en el neoconstitucionalismo, dictando un nuevo Código de la Infancia y Adolescencia que, en base a la aplicación del principio de especialidad, resuelva con una perspectiva de derechos las controversias entre la legislación civil y la legislación del derecho familiar de la infancia y la adolescencia. Finalmente, tomando el caso del Estado de California, consideramos que nuestro país debería robustecer los elementos normativos que ayuden al juez a determinar el ISN, agregando al procedimiento de atribución de cuidado personal y guardas trámites tales como la imposición de informes periciales exhaustivos, notificaciones,

visitas, citaciones y audiencias, de las que solo podría prescindir el juez de manera fundada, razonada y conforme a la garantía del ISN.

- 7) Para la resolución racional de un caso difícil, es menester interpretar sistemáticamente el ordenamiento jurídico en su conjunto, considerando tanto las normas de carácter legal, como las de carácter constitucional e incluso las normas contenidas en tratados de derechos humanos ratificados por Chile y vigentes. Para ello, se hace necesario adoptar la doctrina de la apertura constitucional apoyada por la jurisprudencia de la Corte Suprema, en la que “ha sostenido el carácter constitucional e incluso supraconstitucional de los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales, basada en la incorporación automática de los derechos fundamentales a la Carta Constitucional tras la reforma de 1989”.²³⁵

²³⁵ NÚÑEZ, 2018, p. 387.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK R. (2010). *La filiación y sus efectos* (Vol. I). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ACUÑA, M. (2011). *Efectos jurídicos del divorcio*. Santiago de Chile: Abeledo-Perrot/thomson Reuters.
- ACUÑA, M. (2018). *El cuidado personal de los hijos*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- ALCALDE, E. (2003). *Los principios generales del derecho*. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 55.
- ALCHOURRÓN, C., & BULYGIN, E. (2003). *Biblioteca Virtual Universal*. Recuperado el 29 de abril de 2019, de <http://www.biblioteca.org.ar/LIBROS/89293.pdf>
- ALEXY, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales* (2 ed.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ARAMBURÚ, S. (2017). *¿Del enfoque tutelar al niño como sujeto de derechos? Análisis de la concepción de niñez en los discursos legislativos*. Santiago: Universidad de Chile.
- ARANCIBIA, M. J., & CORNEJO, P. (2014). El Derecho de familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos. *Ius Et Praxis*, 20(1), pp. 279 - 318.
- ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU. (1959). *Declaración Universal de los Derechos del Niño*. Obtenido de http://www.cedocmuseodelamemoria.cl/wp-content/uploads/2011/12/DECLARACION_DERECHOS_DEL_NINO.pdf
- ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Obtenido de <https://www.refworld.org/es/docid/50ac92492.html>
- ASAMBLEA GENERAL ONU. (1993). *Declaración y programa de Acción de Viena*.
- ATIENZA, M. (1993). *Tras la justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*. Barcelona: Ariel S.A.
- ATIENZA, M. (1996). *Las piezas del derecho: Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel.
- ATIENZA, M. (2005). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- ATIENZA, M. (2012). *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel Derecho.
- ATIENZA, M & RUIZ, J. (1991) Sobre principios y reglas. *Doxa*, 10, pp. 101 - 120.
- BASSA, J. (mayo de 2018). *Reconocimiento constitucional de los niños, niñas y adolescentes*. Obtenido de Cámara de Diputados: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=132225&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION>
- BASSA, J., FERRADA, J., & VIERA, C. (2017). La interpretación institucional de los derechos fundamentales en un estado democrático de derecho. *Cuestiones constitucionales*, 37, 265-291.
- BAVESTRELLO, I. (2003). *Derecho de menores* (2 ed.). Santiago de Chile: LexisNexis.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL . (2013). *Historia de la Ley N° 20.680*. Obtenido de Biblioteca del Congreso Nacional: https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4280/HLD_4280_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf.
- BRAVO, B. (1982). La difusión del código civil de Bello en los países castellano y portugués. *Revista de Estudios Históricos - Jurídicos* N° 7.
- CARBONELL, M. (26 de abril de 2019). *¿Qué es el neoconstitucionalismo?* Obtenido de http://api.ning.com/files/szg7ld5SDxUOnc-DuKFWYMRuHNgjXFSUm-sISNslb0Y4Ot0dpuslj8y6o9i21CR5-JOWrg3gJraWOZsWcOQwVV4zPlqfeGV/Qu_es_el_neoconstitucionalismo1.doc
- CILLERO, M. (1999). El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los Derechos del Niño. *Justicia y Derechos del Niño*, N° 1, 48-62.

- CIPER (2019). El “Nunca Más” que nunca fue: análisis de los cuatro informes sobre Derechos Humanos tras el 18/O. Obtenido de: <https://ciperchile.cl/2019/12/20/el-nunca-mas-que-nunca-fue-analisis-de-los-cuatro-informes-sobre-derechos-humanos-tras-el-18-o/>
- CLARO, L. (1946). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, De las Pruebas del Estado Civil*. (3 ed., Vol. 4). Santiago de Chile: Imprenta El Imparcial.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, ONU. (29 de Mayo de 2013). *Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1 CIDN)* . Obtenido de <https://www.refworld.org/es/docid/51ef9aa14.html>
- CONGRESO NACIONAL DE CHILE. (2013). *Historia de la ley 20.680*. Valparaíso: Biblioteca del Congreso Nacional.
- CORRAL, H. (1994), *Familia y Derecho*, Universidad de los Andes, Santiago de Chile, 1994, pp. 12-15
- CORRAL, H. (11 de Septiembre de 2018). *Diario Constitucional*. Obtenido de <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/tribunal-constitucional-y-distincion-entre-guarda-y-cuidado-personal-de-menores-de-edad/>
- CUCHUMBÉ, N. (2005). El discurso práctico y su relación con el discurso jurídico. *Criterio Jurídico*, V, 65-82.
- DEL PICÓ, J. (2011). Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno. *Ius es Praxis*, Año 17(1), 31-56.
- DÍEZ-PICAZO, L., & GULLÓN, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil* (10 ed., Vol. IV). Madrid: Tecnos.
- ETCHEBERRY, L., & FUENTES, C. (2017). El derecho de los niños a ser oídos . *Constitución Política e Infancia, UNICEF*, 111-147.
- FARÍAS, A. (2003). El difícil camino hacia la construcción del niño como sujeto de derechos. *Derechos del Niño*, 187-224.
- FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- FUENZALIDA, D. (2014). *Protección jurídica y social de la infancia: Situación actual en Chile desde la perspectiva del derecho público*. Santiago: Universidad de Chile.
- FUEYO, F. (1959). *Derecho Civil, Derecho de Familia Tomo VI*. Santiago de Chile: Imp. y Lito. Universo S.A.
- GARRONE, J. (2005) *Diccionario Jurídico, Tomo IV*, Buenos Aires: LexisNexis
- GOMEZ DE LA TORRE, M. (2007). *El Sistema filiativo chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- GOMEZ DE LA TORRE, M. (Dic. de 2018). Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos. *REvista de derecho (UCUDAL)*, 117-137.
- GREEVEN, N. (2016). El cuidado personal de los niños en caso de muerte de ambos padres. *Revista derecho de Familia*, 65-86.
- GUIBOURG, R. (2015). *Alexy y su fórmula del peso*. Obtenido de <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2015-robert-alexey-guibourg-castellano.pdf>.
- HABERMAS, J. (2001[1976]). ¿Qué significa pragmática universal? En *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos* (págs. 299-368). México: Taurus Humanidades.
- HENRÍQUEZ, M. L. (2008). Jerarquía de los tratados de derechos humanos: Análisis jurisprudencial desde el método de casos. *Estudios Constitucionales*, 6(2), 73-119.
- HERNANDEZ, G. (2008). Ética y derecho de Familia en el Estado democrático de derecho. *Revista del Magister y doctorado en Derecho*(2), 15-57.

- LATHROP, F. (2005). *Cuidado Personal de los hijos. Análisis de la Ley de matrimonio civil y Tribunales de Familia*. Santiago de Chile: Punto Lex S.A.
- LATHROP, F. (2010). (In)Constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código civil chileno. *Ius et Praxis*, 16(2), 147-184.
- LATHROP, F. (2013). *Cuidado personal y relación directa y regular: estudio exploratorio en los tribunales de familia de la región metropolitana*. Santiago de Chile: Legalpublishing.
- LATHROP, F. (2014). La protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en el derecho chileno. *Revista Chilena de Derecho Privado*(22), 197-229.
- LATHROP, F. (2017). Constitucionalización y Jurisprudencia Constitucional en el Derecho de Familia chileno. *Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca*, 329-372.
- LATHROP, F. (26 de julio de 2018). *Cámara de Diputados*. Obtenido de <https://www.camara.cl/pdf.aspx%3FprmID%3D23707%26prmTIPO%3DDOCUMENTO%3DCOMISION>
- LEPIN, C. (julio de 2013). Reformas a las relaciones paterno filiales. Análisis de la ley N° 20.680. *Revista de Derecho Escuela de Post Grado*(3), 285-308.
- LEPIN, C. (2014). Los nuevos principios del derecho de familia. *Revista Chilena de Derecho Privado*(23), 9-55.
- LEPIN, C. (2017). *Derecho familiar chileno* (1 ed.). Santiago de Chile: Thomson Reuters : [LegalPublishing Chile].
- LÓPEZ, C. (2007). *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia* (Vol. II). Santiago: Librotecnia.
- LOVERA, D. (2008). Razonamiento judicial y derechos del niño: De ventrílocuos y marionetas. *Justicia y derechos del niño*, 45-62.
- MANDATORY JUDICIAL COUNCIL OF CALIFORNIA. (REVJUNUARY1). *Form Approved GC-205*. California.
- MARIÑO, F. (1998). Avances jurídicos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales dentro el marco de Naciones Unidas. *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 85-95.
- MEZA, R. (1979). *Manual de derecho de la familia* (2 ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- MILLAR, C. (2013). *TESIS. DE LAS TUTELAS Y CURADURÍAS EN GENERAL*. Universidad de Chile: Facultad de Derecho.
- NINO, C. S. (2003). *Introducción al análisis del derecho* (2 ed.). Buenos Aires: Astrea.
- NUÑEZ, C. (2013). La obligación de alimentos de los abuelos: Estudio jurisprudencial y dogmático. *Revista chilena de derecho privado*(21), 47-88.
- NUÑEZ, C. (2018). Apertura constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en una nueva Constitución. *Ius et Praxis*, Año 24(3), 379-420.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. (2018). *Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones*. Ginebra: Organización de las Naciones Unidas.
- ONU, C. D. (2013). *Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (Art. 3, párrafo 1). Ginebra: Naciones Unidas.
- ONU, COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. (2009). *Observación General N°12. El derecho del niño a ser escuchado*. Ginebra.
- ORELLANA, M. (1994). *Pluralismo: Una Ética del Siglo XXI*. Santiago: Universidad de Santiago.
- RAMOS, R. (2007). *Derecho de Familia Tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- RAMOS, R. (2010). *Derecho de familia. Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- RAVETLLAT, I., & PINOCHET, R. (2015). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno. *Revista chilena de derecho*, 903-934.
- RAZ, J. (1991). *Razón práctica y normas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- RODRÍGUEZ, M. S. (2010). Una relectura de la patria potestad como una función tuitiva de la persona y bienes del hijo. *Revista Ius et Praxis*(Año 16,Nº1), 55-84.
- ROZAS, F. (1981). Las Guardas. *Boletín de Investigaciones*, año IX(548).
- SALUM, E., SALUM, S., & SAAVEDRA, R. (2015). Derecho de los niños y las niñas a ser oídos en los tribunales de familia chilenos: la audiencia confidencial. *Latinoamericana de Derechos Humanos*, 26(2), 53-78.
- SOMARRIVA, M. (1963). *Derecho de familia*. Santiago: Nascimento.
- SUPREMA, D. d. (16 de 06 de 2019). *Dirección de Estudios de la Corte Suprema: El interés superior del niño, niña y adolescente y su aplicación en la jurisprudencia de la Segunda y Cuarta aplicación en la jurisprudencia de la Segunda y Cuarta*. Obtenido de <http://decs.pjud.cl/articulo-el-interes-superior-del-nino-nina-y-adolescente-y-su-aplicacion-en-la-jurisprudencia-de-las-segunda-y-cuarta-sala-de-la-corte-suprema/>
- TOBÓN, L. (2015). Interpretación crítica de las instituciones de regulación de las relaciones filioparentales: Patria potestad y autoridad parental. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas - UPB*, 153-173.
- VARGAS, M., & CORREA, P. (2011). La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. *Ius et Praxis*, Año 17(1), 177-204.
- VERGARA, Ó. (2015). Ciencia jurídica y sistemas normativos. Dos comentarios a la teoría de la ciencia jurídica Dos comentarios a la teoría de la ciencia jurídica Dos comentarios a la teoría de la ciencia jurídica de C.E. Alchourrón y E. Bulygin. *Anuario de Filosofía del Derecho XXXI*, 253-278.
- VON WRIGHT, G. (1970). *Norma y Acción*. Madrid: Tecnos.

JURISPRUDENCIA

- CORTE APELACIONES DE CALIFORNIA (19.12.1961). *Castellanos contra H. Alcantar*.
- CORTE APELACIONES DE CALIFORNIA (30.07.1991). *Adopción de Matthew B*.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (24.02.2012). Caso Atala Ríffo y Niñas vs. Chile.
- CORTE SUPREMA DE CHILE (13.04.2016). Rol 36.584-2015.
- CORTE SUPREMA DE CHILE (14.03.2018). Rol 971-2018.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (12.04.2016). Sentencia Rol 2867-2015.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (09.05.2017). Sentencia Rol 2987-2016.
- SEGUNDO TRIBUNAL DE FAMILIA DE SANTIAGO (08.06.2020). Rol C-10028-2019