



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Escuela de Postgrado

**HACIA EL PLENO RECONOCIMIENTO DE LA AUTORIDAD PARENTAL DEL
PADRE O MADRE ADOLESCENTE EN CHILE**
**Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho de Familia (s) y Derecho de la
Infancia y de la Adolescencia**

Alumna: Paula Alejandra Gac Mena
Profesor Guía: Gabriel Hernández Paulsen
Santiago de Chile, 2018

TABLA DE CONTENIDO

	Página
INTRODUCCION.....	5
CAPITULO I	
LA AUTORIDAD PARENTAL.....	8
1. Conceptualización. Antecedentes.....	8
2. Tratamiento unitario y dual de la autoridad parental. Caso chileno.....	15
3. Evolución de la autoridad parental en el derecho chileno. Ley 20.680.....	23
4. El cuidado personal en el Código Civil tras la reforma de la Ley 20.680.....	27
5. La Patria Potestad en el Código Civil tras la reforma de la Ley 20.680.....	33
6. Crítica y propuesta de regulación de la autoridad parental en el derecho chileno	36
CAPITULO II	
EL ADOLESCENTE Y LA AUTORIDAD PARENTAL DE SU HIJO (A).....	40
1. La adolescencia: conceptualización. Tratamiento conforme a la Convención de Derechos del Niño y sus principios rectores.....	40
2. La adolescencia en nuestra legislación de familia.....	46
2.1 Preliminar.....	46
2.2 Capacidad de atribución de la autoridad parental al padre o madre adolescente.....	47
3. La adolescencia en el Derecho Comparado: Ejercicio progresivo de los derechos	55

CAPITULO III

CRÍTICAS Y PROPUESTAS RESPECTO DE LA REGULACIÓN CHILENA

DE LA AUTORIDAD PARENTAL DEL PADRE O

MADRE ADOLESCENTE.....69

1. La autoridad parental adolescente en el derecho comparado.....69

2. Fundamentos de la atribución al padre o madre adolescente

de la autoridad parental de su hijo (a).....75

2.1. Interés superior del padre o madre adolescente.....75

2.2 Derecho del padre o madre adolescente de ser oído..... 80

2.3 Autonomía progresiva del padre o madre adolescente..... 83

2.4 Responsabilidad parental del padre o madre adolescente..... 86

3. Propuestas para el derecho chileno:

Regulación de la autoridad parental adolescente..... 89

CONCLUSIONES..... 94

BIBLIOGRAFIA..... 98

RESUMEN

La presente tesis analiza la falta de regulación integral en materia de infancia y adolescencia, particularmente en cuanto al tratamiento de la autoridad parental y la responsabilidad parental, enfocado desde la problemática que enfrentan los padres y madres adolescentes en nuestro país para el ejercicio de la parentalidad sobre sus hijos, situación carente de norma expresa que consolide la forma de ejercer por éstos padres adolescentes dicha autoridad paterna.

A través del análisis de los tratados internacionales, fundamentalmente la Convención de Derechos del Niño y del Derecho Comparado, se pretende en el presente trabajo dar solución a esta problemática tanto en materia de cuidado personal como patria potestad, además de plantear la necesidad de la creación de un sistema integral de protección de la infancia y la adolescencia teniendo presente el interés superior del niño, su derecho a ser oído y su autonomía progresiva, todos principios que han sido aportados por la Convención de Derechos del Niño ratificada y vigente en nuestro país desde el año 1990.

Es justamente gracias de la Convención de Derechos del Niño y al proceso de constitucionalización del derecho de familia, que se ha evolucionado en la concepción del niño como sujeto de derecho y por tanto, sujeto respecto del cual el Estado debe asegurar igual protección al momento de ejercer los derechos expresamente contemplados en instrumentos internacionales.

En tal sentido, se analiza en la presente tesis cuales son los derechos que le corresponden al padre adolescente respecto de sus propios hijos y cómo se debe regular la forma de ejercer dicha parentalidad, cuidando siempre el interés superior de ambos menores de edad, el padre adolescente y su hijo.

INTRODUCCION

La Ley 20.680 de fecha 21 de junio del año 2013 introdujo modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad de los niños, niñas y adolescentes en caso de que sus padres vivan separados, cuestión que si bien fue un avance en materia de protección de los derechos de la infancia, no constituyó en sí, ni formó parte, de una reforma integral en materia de autoridad parental en Chile.

Nuestra legislación no consagra ni desarrolla de forma expresa los conceptos de autoridad parental y responsabilidad parental, perpetuando el tratamiento de la patria potestad como una institución separada del cuidado personal, sin considerar un solo instituto unificador de ambos conceptos, reuniendo así de forma universal todos y cada uno de los derechos y deberes para con los hijos, en el marco de una regulación acorde a estándares internacionales.

Chile es el único país en el mundo en el que se distingue entre la administración y la representación legal del hijo por una parte y lo referido a su persona por otra.

Es en relación a los actos que puede ejecutar el niño, niña y adolescente teniendo la madurez suficiente, donde confluyen el ejercicio de la autoridad parental y la autonomía progresiva: por un lado la autoridad parental de los padres sobre el hijo menor de edad y por otro, el derecho de ese hijo de ejercer su autonomía progresiva, ambos derechos que entran en conflicto cuando se trata de padres adolescentes.

En Chile la patria potestad se suspende, entre otras causales, por ser los padres menores de edad. Por tanto, al ser menores de edad, los padres y madres adolescentes pierden respecto de su hijo toda facultad de administración o representación siendo detentada esta por quien goza de la patria

potestad de los menores adolescentes, afectando de forma evidente su autonomía progresiva y con ello el ejercicio de su parentalidad.

Es la incapacidad de ejercicio de los padres y madres adolescentes lo que la ley mira como un eventual riesgo que requiere ser tutelado por los adultos responsables de dicho menor de edad y el Estado y en base a dicho rol tutelar, es que se establece por nuestro legislador la suspensión de la patria potestad de estos, sin tomar en cuenta su madurez o grado de discernimiento, marginándolos de toda decisión sobre su hijo.

Lo anterior lleva a preguntarnos ¿Qué elementos considera nuestro legislador para determinar la capacidad de ejercicio de los niños, niñas y adolescentes: la madurez o la edad?

Pareciera ser que el factor edad es determinante en nuestra legislación pese a ser un criterio arbitrario. Lo vemos no sólo en materia de familia, sino en materia laboral y penal, donde la edad es determinante a la hora de establecer límites.

Considerando el contexto en nuestro país, esto es, la existencia de una patria potestad como medida tutelar de los padres, madres y el Estado hacia los niños, niñas y adolescentes, pero con el reconocimiento de los derechos que consagra la Convención de Derechos del Niño, entre ellos la autonomía progresiva, cabe preguntarse ¿hasta qué punto deciden los padres y hasta qué punto deciden los hijos?

Lo anterior se hace aún más evidente cuando se trata de padres y madres adolescentes a quienes no se les puede privar, acorde a lo mandatado por la normativa internacional, por el solo hecho de ser menores de edad, del ejercicio de la parentalidad respecto de su hijo, debiendo nuestra legislación equilibrar el derecho a su autonomía progresiva y el ejercicio de su parentalidad, con el resguardo respecto de ese hijo de padres adolescentes y su interés superior.

Es justamente a lo anterior que se propone en el presente trabajo debe propender el Estado chileno, es decir, el justo equilibrio entre el ejercicio de la Autoridad Parental, entendida como el cuidado personal del niño, niña y adolescente y el ejercicio de la responsabilidad parental o patria potestad como se verá más adelante y la autonomía progresiva de los padres adolescentes, mediante un sistema que les permita poder decidir en materias como cuidado, educación y salud de su hijo, en base a su madurez, criterio y el acompañamiento -no impositivo- de los padres de esos adolescentes, sin desproteger a su vez el interés superior de ese hijo, el cual natural y evidentemente, debe ser sujeto de protección.

La información recopilada en la presente tesis será analizada e interpretada cualitativamente, seleccionando la información y las teorías más relevantes, desarrollando el tema en su integridad, desde sus fundamentos hasta la aplicación por los tribunales superiores de justicia, tanto en el ámbito nacional como de derecho comparado.

Al efecto se realizará un análisis del cuidado personal y la patria potestad en Chile, enfocado desde la parentalidad adolescente, vinculando lo anterior con el interés superior del niño, niña y adolescente, su derecho a ser oído y su autonomía progresiva, por ejemplo en materia de decisiones médicas, todos principios contemplados de forma expresa en la Convención de Derechos del Niño, ratificada por Chile en el año 1990.

A partir de ello, se procederá a determinar la vinculación existente entre ambos conceptos en cuanto a su ejercicio en Chile y el grado mayor o menor de vinculación en nuestra legislación de ambos institutos, comparando la situación nacional con el derecho comparado, en particular con el derecho argentino tras la reforma del año 2015.

CAPITULO I

LA AUTORIDAD PARENTAL

1. Conceptualización. Antecedentes.

Una vez determinada la filiación surge la relación parental entre padres e hijos compuesta por dos aspectos: uno personal y otro patrimonial.

La relación parental personal, es la que se denomina autoridad paterna, la cual tiene un doble contenido: por un lado los deberes y responsabilidades recíprocas entre padres e hijos y por otro, los derechos-funciones o facultades que integran la autoridad de los padres en el interés primordial de los hijos¹.

La autoridad paterna o parental se ha definido como “el conjunto de derechos y deberes de contenido eminentemente moral, existente entre padres e hijos”² y que se puede clasificar en³:

- a). Deberes de los hijos con sus progenitores: obediencia; respeto, cuidado y socorro.
- b). Deberes de los progenitores para con su hijos: cuidado personal de crianza; cuidado personal de educación; establecimiento y socorro.
- c). Derechos-funciones de los progenitores: Dirigir la educación; corrección; cuidado personal; relación directa y regular.

¹ SCHMIDT HOTT, CLAUDIA. 2004. De Las Relaciones Parentales Conforme al Nuevo Estatuto Filiativo y Especialmente de la Relación Filial Personal. Revista de Derecho Comparado. Volumen 9. Rubinzal – Culzoni Ediciones. Buenos Aires. Argentina. pp. 5.

² SCHMIDT HOTT, CLAUDIA y VELOSO, PAULINA. 2001. La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia. Santiago. Editorial Conosur LexisNexis. Chile. pp. 250.

³ *Ibíd.*

Se habla de deberes y responsabilidades y no de obligaciones, ya que en Derecho de Familia no tiene aplicación el concepto de obligación desde el punto de vista patrimonial del artículo 1460 del Código Civil⁴, sino que más bien, resultan apropiados los términos “deber” o “responsabilidad”, que tienen un contenido esencialmente ético⁵, en virtud del cual ni los progenitores ni los hijos, tienen la calidad de sujeto activo o pasivo de la relación y no pueden ser obligados a cumplir forzosamente los deberes que emanan de ésta.

La autoridad paterna así conceptualizada, es la que en Chile se conoce y trata como cuidado personal del niño, niña o adolescente. En nuestro país no hablamos de autoridad paterna a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Comparado.

Nuestra legislación no aporta definición alguna del concepto de autoridad paterna ni tampoco de qué debemos entender por cuidado personal, mas doctrinariamente se ha definido como el “derecho de los padres a tener a sus hijos en su compañía proporcionándoles residencia, alimento y educación”⁶, es decir, es el derecho y deber de los padres de amparar, defender, cuidar, criar y educar a sus hijos o hijas menores de edad.

Por su parte, desde la óptica del hijo o hija menor de edad, el cuidado personal es el derecho a vivir con su padres, a no ser separados de ellos y a crecer en el seno de una familia, en los términos que expone el Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño y el artículo 7.1 de dicho instrumento el cual indica que "el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y

⁴ El concepto de obligación se define doctrinariamente como el vínculo jurídico entre personas determinadas en el cual uno se denomina deudor y el otro acreedor y donde el primero debe cumplir una prestación que puede consistir en dar, hacer o no hacer, que en caso de no cumplir, se ejecuta forzosamente. En ABELIUK M., René. 1993. Las Obligaciones. Tomo I. Tercera Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. pp. 29.

⁵ SCHMIDT HOTT, CLAUDIA y VELOSO, PAULINA. Op. Cit. pp. 250.

⁶ SCHMIDT HOTT, CLAUDIA y VELOSO, PAULINA. Op. Cit. pp. 273.

tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos"⁷.

El cuidado personal guarda estrecha relación con el principio de interés superior del niño, niña o adolescente cuestión que no sólo se reafirma en la doctrina nacional, sino que además en nuestra jurisprudencia, la cual ha señalado que "el legislador considera como cuestión fundamental que el cuidado personal del menor, así como la custodia compartida, sea siempre estimada como una situación en donde está en juego la tutela de los derechos del menor, de contar con las mejores condiciones materiales y espirituales para su desarrollo, los que jamás pueden sacrificarse a favor de los intereses de sus padres" ⁸.

Ahora bien, en el extremo opuesto de esta relación parental personal o también denominada autoridad paterna o cuidado personal, se encuentra la relación parental patrimonial, conocida y tratada doctrinariamente en Chile como patria potestad o en Derecho Comparado como responsabilidad parental, la cual ha sido definida como "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 por nacer"⁹.

Otra definición, que nos parece más acertada a la realidad actual tras la constitucionalización del derecho de familia, es aquella que señala que "por patria potestad podríamos entender hoy la función tuitiva que corresponde a los padres sobre sus hijos, función que se despliega en el ámbito personal; y que también tiene consecuencias patrimoniales. En el ámbito personal, la patria potestad se traduce fundamentalmente en el deber de los padres de velar por el cuidado personal de los hijos, de su crianza, educación y establecimiento. En el ámbito

⁷ Convención de Derechos del Niño. Disponible en: <http://www.unicef.org/argentina/spanish/7.-Convencionsobrelsderechos.pdf>. [Fecha de Consulta: 26 de Julio de 2017].

⁸ Corte de Apelaciones de Coyhaique. 7 de abril de 2015. Causa Rol N° 8-2015 (Familia).

⁹ SCHMIDT HOTT, CLAUDIA y VELOSO, PAULINA. Op. Cit. pp. 293.

patrimonial, la patria potestad se traduce en el cuidado de los bienes de los hijos, y en el derecho de aprovecharse de los frutos de estos bienes, en los raros supuestos en que los haya. Así como los cónyuges aportan el fruto de su trabajo y los frutos de sus bienes al levantamiento de las cargas de familia, también los hijos contribuyen con los frutos de los suyos a solventar el mantenimiento de la familia"¹⁰.

Como señalan Nicolás Espejo y Fabiola Lathrop, "bajo la institución de la responsabilidad parental, los derechos de los padres no desaparecen, sino que se reorientan en términos de inmunidades condicionadas respecto de posibles injerencias del estado o de terceros en el ámbito del ejercicio de las funciones de cuidado y orientación. Inmunidades condicionadas , ya que como se puede apreciar de los textos que siguen, la responsabilidad parental (a diferencia de la autoridad parental o los derechos parentales) supedita el ejercicio de tales derechos parentales a la verificación concreta de la satisfacción del interés superior del niño"¹¹.

Históricamente cuidado personal o autoridad paterna y patria potestad o responsabilidad parental, han sido tratados separadamente en nuestra legislación, como si se tratase de instituciones diferentes que no guardan relación una con la otra¹².

Es así desde nuestro Código Civil originario a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Comparado, en donde ambas materias son

¹⁰ RODRÍGUEZ PINTO, M. S. 2010. Una relectura de la patria potestad como función tuitiva sobre la persona y bienes de los hijos. *Ius et Praxis* - Núm. 16-1. pp.. 59.

¹¹ LATHROP GÓMEZ, FABIOLA y ESPEJO YAKSIC, NICOLAS. 2017. *Responsabilidad Parental*. Legal Publishing, pp. 8.

¹² "Si bien algunas legislaciones en América Latina reconocen y/o mencionan la figura de la responsabilidad parental en el marco regulatorio para comprender la relación entre padres e hijos, ella se encuentra en un incipiente proceso de comprensión e implementación". En LATHROP GÓMEZ, FABIOLA y ESPEJO YAKSIC, NICOLAS. 2017. *Responsabilidad Parental*. Legal Publishing, pp. 9.

reguladas en forma conjunta bajo un sólo instituto, con una sola definición y contenido denominado Autoridad Parental.

La idea de responsabilidad parental surge en el derecho anglosajón, consagrado en el Children Act de 1989¹³ o la Ley de los Niños de 1989, la cual asignaba deberes a las autoridades locales, tribunales, padres y a todas las autoridades del Reino Unido, para asegurar el bienestar de los niños y su promoción¹⁴.

Es en esta ley donde se consagra la responsabilidad de los padres entendida como responsabilidad parental, definida como "todos los derechos, deberes, poderes, responsabilidades y autoridad que por ley, un padre de un niño tiene en relación con el niño y su propiedad"¹⁵.

La Comisión de Derecho de Familia Europeo definió como responsabilidades parentales al "conjunto de derechos y deberes cuyo objetivo es promover y resguardar el bienestar del niño"¹⁶.

Este concepto de responsabilidad parental, fue incorporado luego en convenios de cooperación jurisdiccional internacional en Europa¹⁷

¹³ LAUROBA LACASA, M. E. Ejercicio de la guarda y la responsabilidad parental. La propuesta del Código Civil Catalán. 2011. Revista Jurídica de Catalunya. Nº 2. pp. 313-344. BRIDGEMAN, Jo, "Parental Responsibility, Responsible Parents and Legal Regulation". en BRIDGEMAN, Jo; LIND, Craig; KEATING, Heather M. Responsibility, Law and the Family, Ashgate, 2008, pp. 233 y sigs.

¹⁴ La Children Act de 1989 extendió la responsabilidad parental a cualquier persona a quien le sea otorgada una "orden de residencia" relativa al niño. Esto fue modificado por la Children and Families Act de 2014 que reemplazó tales órdenes por "órdenes de disposición del niño"; además de estipular que la responsabilidad parental será adquirida por la persona cuyo nombre aparece en tal orden como "la persona con la cual vivirá el niño", pudiendo extenderse a una persona no designada de ésta manera". En LATHROP GÓMEZ, FABIOLA y ESPEJO YAKSIC, NICOLAS. 2017. Op. Cit. pp. 14.

¹⁵ Children Act 1989, Parte I, Sección 3. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/contents>. [Fecha de consulta: 23 agosto 2017].

¹⁶ LATHROP GÓMEZ, FABIOLA y ESPEJO YAKSIC, NICOLAS. 2017. Op. Cit. pp. 14.

y en los Principios de Derecho de Familia de la Comisión Europea de Derecho de Familia¹⁸.

En el Reglamento Bruselas II¹⁹ del año 2003, relativo a la competencia, reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental para la Unión Europea, existe todo un capítulo sobre la responsabilidad parental, su definición y contenido.

En dicho instrumento, el término responsabilidad parental "cubre todos los derechos y obligaciones de su titular en relación con la persona o los bienes de un menor. Estos pueden emanar de una resolución judicial, de la ley o de un acuerdo"²⁰.

Asimismo, en él se incorpora una lista de materias amparadas por ésta responsabilidad parental, no taxativa, que incluye: el derecho de custodia y el derecho de visita; la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia; las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes y el acogimiento del menor en una familia o en un

¹⁷ Por ejemplo podemos mencionar el Convenio relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, La Haya, 1996, que culmina en el denominado Nuevo Bruselas II. Disponible en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=70>. [Fecha de Consulta: 30 agosto 2017].

¹⁸ Disponible en: https://e-justice.europa.eu/content_family_matters-44-es.do. [Fecha de consulta: 30 agosto 2017].

¹⁹ Disponible en: http://ec.europa.eu/justice/civil/files/brussels_ii_practice_guide_es.pdf. [Fecha de consulta: 30 agosto 2017].

²⁰ Disponible en: http://ec.europa.eu/justice/civil/files/brussels_ii_practice_guide_es.pdf. [Fecha de consulta: 31 agosto 2017].

establecimiento. El titular de la responsabilidad parental puede ser una persona física o jurídica.

Para la Convención de Derechos del Niño, la responsabilidad parental es un instituto previsto para la formación integral, protección y preparación del niño para el "pleno y armonioso desarrollo de su personalidad" y para "estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad"²¹.

En Chile, como hemos anticipado en párrafos precedentes, no existe como concepto legal la autoridad parental y responsabilidad parental, contando en su lugar con dos instituciones tratadas separadamente, cuales son el cuidado personal y la patria potestad.

Carlos Álvarez Cid ha señalado que "la separación que se mantiene en nuestra Ley entre Autoridad Paterna y Patria Potestad, reguladas en títulos distintos y como instituciones diversas, carece hoy de justificación. En efecto, la división actual no se funda en una cuestión de contenidos, ya que estos se entrecruzan en forma permanente"²².

Para Mariana Santi, "resulta necesario reevaluar este criterio rígido y considerar la existencia de una regulación legal más respetuosa de la individualidad de la persona, que reconozca el efectivo ejercicio de los derechos personalísimos, sin que ello implique dejar de lado la autoridad parental, tratando de equilibrar los deberes que la patria potestad impone con las garantías de respeto, consideración y dignidad que merecen las propias concepciones de cada persona"²³.

²¹ Convención de Derechos del Niño. Disponible en: <http://www.unicef.org/argentina/spanish/7.-Convencionsobrelsderechos.pdf>. [Fecha de consulta: 04 septiembre 2017].

²² ÁLVAREZ CID, CARLOS. 1998. Derechos y Obligaciones entre Padres e Hijos, en Particular de la Autoridad Paterna. Revista de Derecho. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Concepción. N° 204. Año LXVI. pp. 63.

²³ SANTI, MARIANA. Consentimiento del Menor y de los Padres. En: XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de La Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. (18°: 20 a 22 de Septiembre 2001: Buenos Aires, Argentina).

Esta es una de las reformas pendientes en nuestra legislación de familia y una materia que si bien se discutió en el contexto de la promulgación de la Ley 20.680 que introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados, también conocida como ley "Amor de papá", que sin dudas fue un avance, no fue zanjada, existiendo a la fecha una incoherencia y falta de sistematización armónica de nuestras normas de familia, en cuanto al cuidado personal y la patria potestad, respecto al estándar internacional, en cumplimiento de los Tratados Internacionales ratificados por Chile-como es el caso de la Convención de Derechos del Niño ratificada en el año 1990- y los Principios de Derecho reconocidos expresamente en materia de Derecho de Familia en la legislación comparada, como lo son la corresponsabilidad parental, la coparentalidad, el interés superior del niño, niña y adolescente, el derecho de éstos de ser oídos en su calidad de sujetos de derecho y la autonomía progresiva del niño, niña o adolescente, todos principios expresamente reconocidos por la Convención y vinculados entre sí.

2. Tratamiento unitario y dual de la autoridad parental. Caso chileno.

Con el fenómeno de la constitucionalización del Derecho de Familia²⁴ a la luz de los Tratados Internacionales ratificados por nuestro país, surge la necesidad de unificar en un solo instituto, denominado autoridad parental, la autoridad paterna con la patria potestad o responsabilidad parental, a la luz de principios tales como los de corresponsabilidad parental, igualdad, coparentalidad, interés superior del niño, niña y adolescente, el derecho de ser oído y su autonomía progresiva.

²⁴ La Constitucionalización del Derecho ha sido definida como un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual este resulta totalmente "impregnado" de normas constitucionales. Guastini (2009), citando a Louis Joseph Favoreu, p. 49. En: LATHROP, FABIOLA. 2017. "Constitucionalización y Jurisprudencia Constitucional en el Derecho de Familia Chileno", Estudios Constitucionales, Año 15, N° 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, pp. 330.

En efecto, "la Constitución, que contiene un catálogo de derechos y de garantías considerados fundamentales, no sólo representa una defensa de los particulares contra los excesos del Estado, sino que también establece un conjunto de valores o principios que impone límites, aunque de contornos borrosos, a la actuación de los particulares en sus relaciones con otros particulares"²⁵.

Con la Ley 20.680, publicada con fecha 21 de Junio del año 2013, se avanzó en nuestra legislación consagrando el principio de corresponsabilidad de los padres y con ello, resguardando la igualdad de ambos progenitores y su coparentalidad, pero enfocada más al cuidado personal del niño, niña o adolescente, entendida como una institución separada de la patria potestad, existiendo aún la división indisoluble entre ambos institutos.

Asimismo, no contempla esta ley un reconocimiento expreso al principio de la autonomía progresiva del niño, niña o adolescente, contemplado en la Convención de Derechos del Niño en su artículo 5, en relación con los artículos 3, 12 y 13 del mismo instrumento, ratificado por Chile el 14 de Agosto de 1990²⁶.

En la Historia de la Ley 20.680, específicamente en el Primer Informe de Comisión de Familia de fecha 23 de Mayo de 2011, en sesión 35, la Magistrado del Tercer Juzgado de Familia de Santiago Gloria Negroni Vera, expuso algunas de las propuestas y conclusiones alcanzadas en el Segundo Encuentro de Derecho de Familia en el Mercosur y países asociados, el cual se llevó a

²⁵ TAPIA RODRIGUEZ, MAURICIO. 2016. Constitucionalización del Derecho de Familia. Revista de Derecho de Familia, N° 3, Volumen III-2016, pp. 32.

²⁶ La autonomía progresiva está directamente relacionada con artículos N°3, N°12 y N°13, es decir, con los principios del interés superior del niño y el de participación, y con el derecho a ser oído y a que las personas adultas generen condiciones para que los NNA se formen un juicio propio y puedan expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten, otorgando en su conjunto la posibilidad de que los NNA tengan una participación activa en la sociedad como sujetos de derechos. Disponible en: <http://www.xn--observatorioniez-kub.cl/wp-content/uploads/2015/07/cuaderno-autonomia-observatorio-1.pdf>. [Fecha de consulta: 09 agosto 2017].

cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires los días 24 y 25 de Agosto del año 2006, en materia de responsabilidad parental.

Dentro de estas propuestas estaba la modificación de la expresión patria potestad por el de responsabilidad parental y el mantener el ejercicio de dicha responsabilidad parental en ambos padres, aún cuando éstos no convivan, propiciando los acuerdos de "cuidado compartido" del hijo como alternativa preferencial en los ordenamientos legales, teniendo en cuenta el derecho del niño a la responsabilidad de ambos padres en su crianza y educación, consagrado en los artículos 9º y 18º de la Convención sobre los Derechos del Niño²⁷.

En igual sentido, Fabiola Lathrop Gómez, manifestó su postura contraria al tratamiento dual de la patria potestad y cuidado personal, señalando que en Chile, el cuidado personal tiene una fisonomía propia, independiente de la ruptura entre padre y madre, a diferencia del Derecho Comparado donde la patria potestad reúne tanto lo patrimonial como lo extrapatrimonial. En nuestra legislación, por el contrario, ambos institutos conviven separa y paralelamente, justamente debido al tratamiento dividido entre lo personal y lo patrimonial²⁸.

De estar unificada la autoridad parental, la igualdad de los hijos debe ser plena, a través de la consagración de la coparentalidad en todas las esferas en que el niño tenga interés²⁹.

La mayoría de los ordenamientos jurídicos regulan la relación personal y patrimonial entre padres e hijos en forma conjunta³⁰.

²⁷ Primer Informe de Comisión de Familia. Cámara de Diputados. 23 de Mayo de 2011. Informe de Comisión de Familia en sesión 35. Legislatura 359. Historia de la Ley 20.680. Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4280/>. [Fecha de consulta: 04 septiembre 2017].

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ ALVAREZ GONZALEZ, ANDREA. 2006. Razones para la unificación en el tratamiento de la responsabilidad parental. Memoria Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. pp. 155.

En Argentina, tras la reforma al Código Civil y Comercial de la Nación Argentina del año 2015, se consagró una regulación en base al concepto de autoridad y responsabilidad parental, reemplazando el concepto de patria potestad que "llevaba ínsita la idea de los hijos como objeto de protección y no como sujetos de derecho en desarrollo"³¹.

Conforme lo indica el artículo 638 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, "la responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado"³².

Esta definición reviste mayor concordancia con lo dispuesto en el artículo 5 de la Convención de Derechos del Niño que alude a "responsabilidades"³³ de los padres, así como también con la calidad de sujeto de derecho del niño, niña y adolescente y el reconocimiento a su autonomía progresiva,

³⁰ SCHMIDT HOTT, CLAUDIA y VELOSO, PAULINA. Op. Cit. pp.2.

³¹ NOTRICA FEDERICO, P. y RODRIGUEZ ITURBURU, M. 2014. Responsabilidad Parental. Algunos aspectos trascendentales a la luz del Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación. Saldando viejas deudas. En Revista Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea. pp135.

³² Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Disponible en: http://www.uba.ar/archivos_secyt/image/Ley%2026994.pdf. [Fecha de consulta: 06 septiembre 2017].

³³ Artículo 5º de la CDN: "Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención". [en línea] <http://www.unicef.org/argentina/spanish/7.-Convencionsobreloderechos.pdf>. [Consulta: 06 septiembre 2017].

derecho también reconocido en la Convención de Derechos del Niño, en su artículo 5; 12. 1 y 14. 2³⁴.

A su vez, "esta denominación se relaciona directamente con la idea de contención y acompañamiento que los progenitores ejercen en interés de los hijos, teniendo como límite el principio de su autonomía progresiva"³⁵.

En el Código Civil Peruano se establece que por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos³⁶, es decir, si bien se habla del concepto patria potestad al igual que en la legislación chilena y no de responsabilidad parental, en dicho cuerpo legal nuevamente se reconoce una doble función de la patria potestad, tanto en el ámbito personal como patrimonial, no sólo reduciendo el concepto a los bienes del hijo o hija menor de edad.

Igual situación se da en la legislación española en el artículo 154 del Código Civil Español que dispone: "Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad

³⁴ Artículo 12. 1 de la CDN: "Los Estados Partes garantizarán al niño que está en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño". [en línea] <http://www.unicef.org/argentina/spanish/7.-Convencionsobrelosderechos.pdf>. [Consulta: 06 septiembre 2017].

Artículo 14.2 de la CDN: "Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades". [en línea] <http://www.unicef.org/argentina/spanish/7.-Convencionsobrelosderechos.pdf>. [Consulta: 06 septiembre 2017].

³⁵ NOTRICA FEDERICO, P. y RODRIGUEZ ITURBURU, M. Op. Cit. pp. 137.

³⁶ Artículo 418 del Código Civil Peruano: "Por la patria potestad los padres tienen el deber y derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores".[En línea]: <http://spij.minjus.gob.pe/notificacion/guias/CODIGO-CIVIL.pdf>. [Consulta: 11 septiembre 2017].

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"³⁷.

En el Código de la Infancia y Adolescencia de Colombia en su artículo 14, se establece que "la responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos"³⁸.

En el Código de Familia de Nicaragua, Ley N° 870 de fecha 24 de Junio de 2014, en su artículo 267 se establece que "La autoridad parental o relación madre, padre e hijos o hijas, es el conjunto de derechos y obligaciones que tienen los progenitores respecto a sus hijos e hijas en cuanto a su persona y sus bienes, siempre y cuando sean niños, niñas y adolescentes y no se hayan emancipado o mayores de edad declarados judicialmente incapaces. También ejercen la autoridad parental los abuelos, abuelas, así como otros familiares que encabezen la familia a falta de los progenitores"³⁹.

³⁷ Artículo 154 del Código Civil Español. También indica dicho artículo que "Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad". [En línea] <http://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>. [Consulta: 11 de septiembre 2017].

³⁸ Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_de_la_Infancia_y_la_Adolescencia_Colombia.pdf. [Fecha de consulta: 11 de Septiembre de 2017].

³⁹ Disponible en: <http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/9e314815a08d4a6206257265005d21f9/bf20230a44cce90e06257d400064baa7?OpenDocument>. [Fecha de consulta: 15 de septiembre de 2017].

Asimismo, el artículo 269 del mismo cuerpo legal señala que "el ejercicio de la autoridad parental corresponde al padre y madre conjuntamente o a uno de ellos cuando falte el otro. Se entenderá que falta el padre o la madre, no solo cuando hubiere fallecido, sino cuando se le haya despojado de tal facultad, se ausentare, se ignore su paradero o fuese judicialmente declarado incapaz"⁴⁰.

Novedoso es el artículo 272 del Código Nicaragüense que establece que "el padre y la madre que son adolescentes, ejercerán la autoridad parental sobre sus hijos e hijas, pero la representación legal de los mismos, así como la administración de los bienes, será asumida por los que tuvieren la autoridad parental de los padres que sean adolescentes, quienes la ejercerán conjuntamente, hasta que adquieran capacidad jurídica plena"⁴¹, norma inexistente en nuestra legislación, tal como veremos más adelante.

El Código de las familias y del proceso familiar de Bolivia, Ley N° 603 del 19 de Noviembre de 2014, establece en su artículo 37 que "la autoridad de la madre, del padre o de ambos es una función de carácter natural y jurídico que conlleva derechos y obligaciones en las relaciones entre la madre, el padre y sus hijas e hijos menores de edad", agregando luego en su artículo 39 que "la autoridad sobre las y los hijos comunes se ejerce por la madre, el padre o ambos. Se presume que los actos de uno solo de ellos, que se justifiquen por el interés de la o el hijo cuentan con el asentimiento de la o el otro. Los acuerdos que celebren entre sí la madre y el padre, pueden aceptarse, siempre que no sean perjudiciales al interés de la

⁴⁰ Disponible en: <http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/9e314815a08d4a6206257265005d21f9/bf20230a44cce90e06257d400064baa7?OpenDocument>. [Fecha de consulta: 15 de septiembre de 2017].

⁴¹ *Ibíd.*

o el hijo. Los desacuerdos entre éstos se resolverán en la vía administrativa y en su caso jurisdiccional⁴².

El Código de Familia de Costa Rica, Ley N° 5.476, en su artículo 143 establece que "la autoridad paterna confiere los derechos e impone los deberes de educar, guardar, vigilar y en forma moderada, corregir al hijo. Faculta para pedir al Tribunal que autorice la adopción de medidas necesarias para coadyuvar a la orientación de menor, que pueden incluir su internamiento en un establecimiento adecuado por un tiempo prudencial"⁴³.

El Código de Familia de Cuba, aún mantiene el término "patria potestad", mientras que Francia, Bolivia, Brasil, El Salvador, La Ley autonómica de Valencia y Nicaragua, utilizan la expresión "autoridad parental"⁴⁴.

Así, la autoridad parental en el Derecho Comparado comprende un tratamiento único a los derechos y deberes derivados de la relación personal entre padres e hijos, así como la administración de su patrimonio y la representación de estos en la vida civil.

Por el contrario, nuestro ordenamiento jurídico, comprende un tratamiento dual de la autoridad parental, regulando por un lado todas aquellas materias derivadas de la relación filial personal o autoridad paterna y por otro, en una ubicación geográfica diferente dentro del mismo Código Civil, el ámbito patrimonial de esta relación parental o patria potestad.

⁴² Disponible en: <http://www.lexivox.org/norms/BO-L-N603.xhtml>. [Fecha de consulta: 15 de septiembre de 2017].

⁴³ Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_de_Familia_Costa_Rica.pdf. [Fecha de consulta: 15 de septiembre de 2017].

⁴⁴ CARRASCO PERALTA, MANUEL. 2016. Derecho de familia: Nuevos retos y realidades. Estudios jurídicos de aproximación del Derecho Latinoamericano y Europeo. Dykinson. pp. 16.

Doctrinariamente se ha intentado fundamentar esta dualidad afirmando que puede deberse a la diferencia de titularidad que existe en uno y otro caso.

La autoridad paterna parecía ser propia de ambos cónyuges y, por el contrario, la patria potestad propia sólo del padre, sin concederle derechos a la madre⁴⁵, cuestión que a la luz de los principios que hoy recoge nuestra legislación y tras la reforma iniciada con la Ley N° 20.680, carece absolutamente de sentido, toda vez que se intenta, por un lado equiparar los derechos de ambos padres sin preferencia por género, pero por otra, seguimos manteniendo un desequilibrio en materia de igualdad de los padres ante la ley.

3. Evolución de la autoridad parental en el derecho chileno. Ley 20.680.

Con fecha 21 de junio del año 2013 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20.680 que modifica tres instituciones fundamentales en materia de efectos de la filiación: el cuidado personal de los hijos; la patria potestad y la relación directa y regular, constituyendo una de las reformas más importantes desde la igualación de los hijos por la Ley N° 19.585 del año 1998⁴⁶.

La Ley 20.680 corrige, al menos parcialmente, los defectos que presentaba nuestra legislación, teniendo como eje principal el efectivo reconocimiento de la corresponsabilidad parental, principio consagrado en el artículo 18.1 de la Convención de los Derechos del Niño y que se encuentra actualmente consagrado en el artículo 224 inciso 1° del Código Civil⁴⁷.

⁴⁵ FUEYO LANERI, F. 1959. Derecho Civil. Tomo Sexto. Derecho de Familia. Vol. I. Santiago. Imprenta y Litografía Universo. S.A. pp. 346. En: SCHMIDT HOTT, Claudia y VELOSO, Paulina. Op. Cit. pp. 2.

⁴⁶ LEPIN MOLINA, CRISTIAN. 2013. Reformas a las relaciones paterno-filiales. Análisis de la Ley N° 20.680. Revista La Semana Jurídica. Volumen 58. pp. 6.

⁴⁷ CORNEJO AGUILERA, PABLO. 2014. La reforma de la patria potestad por la Ley N° 20.680: Una revisión todavía inconclusa. Revista de Derecho de Familia. N° 1. Volumen I-2014. pp. 127.

En materia de cuidado personal se modificó su forma de atribución y ejercicio, además de incorporar criterios a considerar por el juez para decidir la titularidad de este derecho-deber cuando los padres se encuentran separados, estableciéndose además apremios en caso de ser condenado por sentencia judicial a la entrega del hijo y no lo hiciere o se negare hacerlo en la forma y plazo señalado⁴⁸.

En cuanto a la relación directa y regular, se define; se fijan criterios para determinar dicho régimen y se consagra el derecho a los abuelos, de tener una relación directa y regular con el niño, niña o adolescente, toda una innovación en la materia.

Finalmente, en cuanto a la patria potestad, consagra el ejercicio conjunto de esta y autoriza a los padres para actuar de forma indistinta en actos de mera conservación, debiendo requerir autorización judicial en caso de desacuerdo. Es en ésta materia, donde se ve reflejada la influencia del principio de corresponsabilidad y coparentalidad en materia de patria potestad.

Antes de esta reforma, nuestro Código Civil establecía que, en caso de padres separados, era a la madre a quien le correspondía el cuidado personal de los hijos hasta que estos cumplieran la mayoría de edad, salvo excepciones claramente señaladas en la ley, determinando así por ley, una desigualdad del padre frente a la madre.

Uno de los fundamentos principales de la Ley N° 20.680 es que la mencionada opción legal preferente por la mujer para atribuir el cuidado personal en caso de separación, representaba una eventual inconstitucionalidad, al infringir Tratados Internacionales⁴⁹ y no ajustarse a los

⁴⁸ LEPIN MOLINA, CRISTIAN. 2014. Modificaciones a los efectos de la filiación. Una cuestión de Principios. Revista de Derecho de Familia. N° 1. Volumen I-2014. pp. 139.

⁴⁹ Tratados como: La Convención Americana de Derechos Humanos (art. 1°, 2°, 17 N° 4 y 246). b. Convención de los Derechos del niño (art. 3, 9, 18). c. Convención sobre la Eliminación de

principios de corresponsabilidad y de interés superior del niño e infringir a su vez la garantía constitucional de igualdad ante la ley, del artículo 19 N° 2 de la Constitución, ya que establecía una preferencia injustificada en el ejercicio de un derecho de una determinada persona en desmedro de otra⁵⁰.

Así, el antiguo artículo 225 del Código Civil establecía que: "si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos. No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades"⁵¹.

Dicha atribución preferente a la madre, se basaba en la lógica tradicional del hombre proveedor y la mujer dueña de casa, lo que incluía la tarea de crianza y educación de los hijos⁵².

Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 16). d. Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (art. 5, 6 y 8).

⁵⁰ LATHROP, FABIOLA. 2010. Inconstitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del Cuidado Personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil chileno. *Revista Ius et Praxis*. Año 16. N° 2. pp. 163-167.

⁵¹ [En línea] http://www.xox.cl/c_civil6.htm. [Consulta: 12 septiembre 2017].

⁵² "Lo que ocurre es que, utilizando una regla supletoria o dispositiva, el legislador presume que la madre es la más idónea para el cuidado de los hijos porque tiene aptitudes connaturales para ello, cuestión que, como hemos dicho, también asume el juez al decidir sobre el cuidado personal de los hijos. Recordemos que, mediante las normas supletorias, el legislador reproduce la voluntad presunta de las partes, reglamentando la relación jurídica como probablemente lo habrían hecho ellas mismas si hubieran manifestado su voluntad, o bien, considerando principalmente las tradiciones, las costumbres, los hábitos, o el interés general. En este caso, el legislador estaría reproduciendo la tendencia observada en los hechos, que demostraría que, en la gran mayoría de los casos, los hijos permanecen junto a su madre luego de la crisis matrimonial o de pareja". En: LATHROP, Fabiola. 2010. Inconstitucionalidad de la

El antiguo artículo 225 señalaba además, que el padre o madre que no tenía el cuidado personal del niño, niña o adolescente y que no había contribuido a su mantención mientras estuvo al cuidado del otro, pudiendo hacerlo, no se le podría otorgar judicialmente (art. 225 inciso 3º, segunda parte)⁵³.

Lo anterior fue eliminado, "siendo esto consistente con el espíritu de la nueva ley en el sentido de atender especial y primordialmente al interés superior del niño más que a la situación de cada padre, lo que implica revisar caso a caso"⁵⁴.

Así, la Ley 20.680 modernizó los efectos de la filiación, ajustándolos a los principios que rigen el moderno Derecho de Familia como el interés superior del niño, la igualdad parental y la autonomía de la voluntad, privilegiando los acuerdos de los padres, instaurando como última medida la necesidad de recurrir a los tribunales para la resolución de los conflictos del seno familiar, pero sin ahondar en un tratamiento único de la autoridad parental, ni en los principios de autonomía progresiva del niño, niña y adolescente vinculados a su derecho de ser oído

regla de atribución preferente materna del Cuidado Personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil chileno. Revista *Ius et Praxis*. Año 16. Nº 2. pp. 161-162.

⁵³ "Art. 225. Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos. No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades. En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.

Mientras una sub inscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo acuerdo o resolución será inoponible a terceros". [En línea] http://www.xox.cl/c_civil6.htm. [Consulta: 12 septiembre 2017].

⁵⁴ Informe Ley de Corresponsabilidad. Ley Nº 20.680. Unidad de mediación – Ministerio de Justicia. [En línea] <http://www.mediacionchile.cl/media/2015/11/informe-corresponsabilidad.pdf>. [Consulta: 15 de septiembre 2017].

y su interés superior, mucho menos regulando el ejercicio de la parentalidad en los casos en que los padres son menores de edad o adolescentes.

4. El Cuidado Personal en el Código Civil tras la reforma de la Ley 20.680.

Como ya hemos señalado, nuestra legislación no proporciona un concepto de qué debemos entender por cuidado personal.

Se ha indicado por la jurisprudencia que el cuidado personal es “el derecho paternal a la crianza, educación y establecimiento del menor de edad, o como el deber de alimentar, corregir y otorgar por lo menos una educación básica y un oficio de profesión al hijo”⁵⁵.

Doctrinariamente, se le ha definido como “derecho de los padres a tener a sus hijos en su compañía proporcionándoles residencia, alimento y educación”⁵⁶ definición que guarda estrecha vinculación con el principio rector en materias de infancia cual es, el interés superior del niño.

Antes de la reforma introducida por la Ley 20.680, existía una verdadera discriminación y desigualdad del padre en relación con la madre en cuanto a la atribución del cuidado personal en caso de separación de los padres.

La madre tenía una atribución preferente del cuidado personal de los hijos, salvo determinadas excepciones expresamente señaladas en la ley, según lo disponía el antiguo artículo 225 del Código Civil⁵⁷.

⁵⁵ Corte de Apelaciones de Santiago del 31 de octubre de 2006, Rol N°5.341 -2006.

⁵⁶ SCHMIDT HOTT, CLAUDIA y VELOSO, PAULINA. Op. Cit. pp. 273.

⁵⁷ Artículo 225 del C.C. anterior a la Ley N° 20.680: “Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos. No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades”. [En línea] http://www.xox.cl/c_civil6.htm. [Consulta: 12 septiembre 2017].

Con la Ley 20.680, también llamada “Amor de papá”, el principio de igualdad entre los padres y el de corresponsabilidad parental, se hacen presentes en nuestra legislación, equiparando la situación de ambos padres, adecuando nuestra legislación a estándares internacionales.

Así lo reconoce además nuestra jurisprudencia al señalar “Que, al respecto es menester considerar que el artículo 225 del Código Civil, actualmente vigente, terminó con la atribución legal supletoria preferente del cuidado de los hijos a la madre, estableciendo que, a falta de acuerdo entre los padres, “los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo”, situación que podrá alterarse por resolución judicial, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente. La reforma, sin duda, ha pretendido centrar la mirada en el mejor interés de los niños, abandonando el criterio -que, aunque eliminado por la ley 19.585, continuó subyaciendo a muchas decisiones judiciales, según el cual, para otorgar el cuidado al padre, debía comprobarse previamente la inhabilidad de la madre”⁵⁸.

La norma de atribución supletoria, tras la Ley N° 20.680, opera en silencio de los padres y prescribe que el hijo continuará bajo el cuidado del padre o madre con quien esté conviviendo, según la nueva redacción del artículo 225 inciso 3° del Código Civil.

Esta regla supletoria presenta beneficios como permitir “(...) una continuidad en la vida del menor, en aquellos casos en que los padres estén separados y uno de ellos se hace cargo de los hijos y el otro desaparece o se desentiende de sus responsabilidades; o en aquellos casos en que ambos padres se encuentran presentes en la vida de su hijo, pero no han firmado un acuerdo”⁵⁹.

⁵⁸ Excelentísima Corte Suprema. 28 de enero de 2015. Causa N° 11368-2014. (Familia). Cuarta Sala (Mixta).

⁵⁹ LEPIN MOLINA, CRISTIAN. 2014. Modificaciones a los efectos de la filiación. Una cuestión de Principios. Op. Cit. pp. 139.

El interés superior del niño se recoge ahora en el nuevo artículo 222 del C.C. el cual se modificó en cuanto a su orden: el inciso primero quedó como segundo y el segundo a su vez, quedó como el inciso primero⁶⁰. Con ello, se trató de reforzar este principio como el rector en la materia, estando el interés superior del niño, niña y adolescente, por sobre los derechos de los padres⁶¹.

De esta manera, "el legislador reorientó las relaciones paterno filiales, ya no a partir de los derechos de los padres (respeto y obediencia hacia ellos), sino que priorizando la realización espiritual y material de los hijos (interés superior del niño)".⁶²

Por sentencia de fecha 7 de octubre del año 2004, la Corte de Apelaciones de Santiago, en la causa Rol 7166-2003, definió el interés superior del niño como "un concepto jurídico indeterminado, de contornos imprecisos y de profusa utilización en el derecho comparado. No obstante, puede afirmarse que alude a asegurar al menor el ejercicio y protección de sus derechos fundamentales; y a posibilitar la mayor suma de ventajas, en todos los aspectos de su vida, en perspectiva de su autonomía y orientado a asegurar el libre desarrollo de su personalidad; concepto, en todo caso, cuyos contornos deben delimitarse en concreto, en cada caso".⁶³

⁶⁰ Artículo 222 C.C actual: "La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades. Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres". [En línea] <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776> [Consulta: 02 octubre de 2017].

⁶¹ Informe Ley de Corresponsabilidad. Ley N° 20.680. Unidad de mediación – Ministerio de Justicia. pp. 5. [En línea] <http://www.mediacionchile.cl/media/2015/11/informe-corresponsabilidad.pdf>. [Consulta: 02 octubre 2017].

⁶² *Ibíd.*

⁶³ [En línea] www.poderjudicial.cl. [Consulta: 06 octubre 2017].

En igual sentido, para Encarna Roca "el interés del menor se identifica con la protección de aquellos derechos que el ordenamiento jurídico atribuye, con la categoría de fundamentales a las personas. Por ello, la regulación que implemente este principio, las resoluciones judiciales que deban decidir en relación con problemas planteados por menores, no se encuentra con un concepto vacío, puesto que su contenido consiste en asegurar la efectividad de unos derechos a unas personas que por sus condiciones de madurez, no pueden actuar por sí mismas, de forma independiente para reclamar su efectividad".⁶⁴

Por su parte, en el artículo 224 del C.C. se recoge el principio de corresponsabilidad parental, lo que se traduce en que "ambos padres se responsabilizan y participan, es decir, concurren ambos, asumen en común ciertas funciones en relación con los hijos, las de mayor impacto en su formación integral: su crianza y educación⁶⁵". Así, con ésta ley, ambos padres deben participar de forma activa y equitativa en la crianza y educación de sus hijos.

El principio de corresponsabilidad ha sido definido como "el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos"⁶⁶. Se encuentra expresamente reconocido en la Convención de Derechos del Niño, en su artículo 18. 1 que indica: "1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño (...)"⁶⁷.

⁶⁴ ROCA, ENCARNA. 1999. Familia y cambio social. Madrid. Civitas Ediciones. pp. 220.

⁶⁵ ACUÑA SAN MARTÍN, MARCELA. 2013. El principio de corresponsabilidad parental. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. Sección: Estudios Año 20 - Nº 2. pp. 26.

⁶⁶ LATHROP, FABIOLA. 2008. Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos. Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri. Nº 10. pp. 22.

⁶⁷ [En línea] <http://www.unicef.org/argentina/spanish/7.-Convencionsobrelosderechos.pdf>. [Fecha de Consulta: 13 septiembre 2017].

En cuanto a su atribución, conforme lo dispone el artículo 224 y 225 del C.C., debemos distinguir. Si se trata de hijos de filiación matrimonial y los padres viven juntos la regla general es que el cuidado personal del hijo toca de común acuerdo a ambos padres o al padre o madre sobreviviente en caso de fallecimiento de uno de ellos.

En casos de filiación no matrimonial, por reconocimiento, si el hijo ha sido reconocido sólo por uno de los padres, el cuidado personal corresponderá a aquel de los padres que reconoció al niño, niña o adolescente. Ahora bien, si el niño, niña o adolescente no ha sido reconocido, es el juez quien debe determinar quién tendrá la titularidad del cuidado personal.

Ahora bien, cuando los padres viven separados, conforme al artículo 225 del Código Civil, se trate de filiación matrimonial o filiación no matrimonial reconocida por ambos padres, el cuidado personal podrá determinarse de tres maneras: convencional, legal y judicialmente.

Convencionalmente, son ambos padres quienes de común acuerdo establecen quién de los padres ejercerá el cuidado personal de los hijos. Si no hay acuerdo, el cuidado personal corresponderá a aquel con quien el hijo conviva al momento de la separación.

La innovación en la materia surge con el inciso 2° del artículo 225 del Código Civil, el que establece que el cuidado personal podrá ejercerse de manera compartida y no necesariamente con exclusividad por uno de los padres, también llamado cuidado personal compartido, el cual consiste en “un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad”⁶⁸

⁶⁸[En línea] <http://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/igualdad-de-padre-y-madre-en-el-cuidado-de-los-hijos>. [Consulta: 27 de Julio 2017].

Si los padres no optan por el cuidado personal compartido, ambos se encontrarán en igualdad de condiciones para demandar el cuidado personal, lo cual será sometido a conocimiento del juez competente, quien deberá decidir en vista y consideración de los principios que establece el artículo 225 inciso 2° del C.C.

El derecho del niño a ser oído también es un derecho consagrado a través de ésta reforma⁶⁹. En efecto, el artículo 227 del C.C. establece que el juez deberá oír a los menores y a otros parientes en temas relacionados a la determinación del cuidado personal y todas las disputas que se puedan generar al momento de la determinación de cuál de los padres detendrá el cuidado personal, para aquellos casos en que no se haya establecido el régimen de cuidado personal compartido, así como también para hacer aplicación y ponderación de los factores que indica el artículo 225 -2.

Igual derecho debe aplicar el juez al momento de determinar las inhabilidades que puedan afectar a uno de los padres, o a ambos, a raíz de lo cual se deberá evaluar la modificación de la titularidad del cuidado personal o bien, la atribución del cuidado personal del menor a un tercero pariente o consanguíneo⁷⁰.

⁶⁹ El derecho del niño a ser oído se encuentra expresamente consagrado en el número 2 del artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño que establece que “Se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”. [En línea] <http://www.unicef.org/argentina/spanish/7.-Convencionsobrelsderechos.pdf>. [Consulta: 13 septiembre 2017].

⁷⁰ Art. 227 del C.C. actual: “En las materias a que se refieren los artículos precedentes, el juez oír a los hijos y a los parientes. Las resoluciones que se dicten, una vez ejecutoriadas, se subinscribirán en la forma y plazo que establece el artículo 225. El juez podrá apremiar en la forma establecida en el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil, a quien fuere condenado por resolución judicial que cause ejecutoria, a hacer entrega del hijo y no lo hiciere o se negare a hacerlo en el plazo que se hubiere determinado para estos efectos. En igual apremio incurrirá el que retuviere especies del hijo y se negare a hacer entrega de ellas a requerimiento del juez”. [En línea]

Tras la dictación de la Ley N° 20.680 los jueces fallan aplicando una serie de criterios en base a la conveniencia del niño, niña o adolescente y no se necesita, como con la antigua legislación, para cambiar la titularidad del cuidado personal, que se demuestre la inhabilidad de quien la detenta, sino que "(...) se considera con quién estará mayormente protegida su estabilidad emocional y suficientemente resguardado su normal desarrollo"⁷¹.

Si bien existe un reconocimiento del derecho del niño de ser oído, es en un contexto judicial y como criterio base para determinar su cuidado personal y patria potestad, pero no se establece una norma específica que asegure este derecho y los mecanismos para ejercerlo, en otros ámbitos de la vida del menor, como por ejemplo en materia de decisiones médicas respecto de su propio cuerpo, en base a su grado de madurez, que es lo que se critica en el presente trabajo, esto es, que la reforma es insuficiente.

5. La patria potestad en el Código Civil tras la reforma de la Ley 20.680.

En nuestro ordenamiento jurídico, bajo la patria potestad quedan comprendidos todos los aspectos patrimoniales de la relación paterno filial, lo que incluye el derecho legal de goce sobre los bienes del hijo; el derecho de administrar éstos bienes y la representación legal judicial y extrajudicial del hijo⁷².

El artículo 243 del Código Civil define la patria potestad como "el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la

<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776> [Consulta: 02 octubre de 2017].

⁷¹ QUINTANA VILLAR, MARIA SOLEDAD. 2014. "La titularidad del cuidado personal y el ejercicio de la relación directa y regular a la luz de la jurisprudencia actual". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XLIII, pp. 257.

⁷² CORNEJO AGUILERA, PABLO. Op. Cit. pp. 128.

madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados. La patria potestad se ejercerá también sobre los derechos eventuales del hijo que está por nacer⁷³.

En la actualidad, tras la reforma introducida con la Ley 20.680, nuestra legislación contiene dos regímenes legales de ejercicio de la patria potestad: cuando los padres viven juntos y cuando los padres viven separados.

Cuando los padres viven juntos la administración corresponde a ambos, de forma indistinta o conjunta, según cual sea la naturaleza del acto que se trate de ejecutar, esto es, si los actos son o no de mera conservación, entendiéndose como tales “todos aquellos actos ordinarios de administración, en contraposición a los actos de enajenación o de disposición”⁷⁴.

Cuando se trate de actos que no sean de mera conservación, es decir, sean actos de enajenación o disposición de los bienes del hijo, se aplica un ejercicio conjunto de ambos padres y por el contrario, cuando se trate de actos de mera conservación, es decir, actos ordinarios de administración que no producen alteración alguna al patrimonio del hijo⁷⁵ la actuación de los padres puede ser indistinta.

Así, cada uno de los padres podrá ejecutar de manera individual todos aquellos actos destinados a mantener el patrimonio del hijo en

⁷³ [En línea] <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>. [Consulta: 12 septiembre de 2017+].

⁷⁴ LEPIN MOLINA, CRISTIAN. 2013, Reformas a las relaciones paterno-filiales. Análisis de la Ley N° 20.680. Revista de Derecho de la Escuela de Postgrado. N° 3. Universidad de Chile, pp. 300.

⁷⁵ Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, de fecha 8 de enero de 2013. Historia de la Ley 20.680, pp. 515. [En línea] <http://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/4280/>. [Consulta: 11 octubre 2017].

su estado actual, en tanto que para aquellos actos que impliquen un detrimento o un aumento en el patrimonio del hijo, deberán actuar necesariamente de forma conjunta⁷⁶.

En caso de desacuerdo entre los padres; cuando uno de ellos esté ausente; impedido o se negare injustificadamente a prestar su consentimiento, se requerirá autorización judicial, la cual es complementaria a la prevista en los artículos 254 y 255 del Código Civil y que tiene por único objeto resolver las cuestiones que se susciten entre los padres con motivo de la administración de los bienes del hijo.

Cuando los padres viven separados, la patria potestad puede ser ejercida conjuntamente de existir un acuerdo entre ambos padres bajo un sistema de ejercicio conjunto o, de no existir tal, será ejercida la patria potestad por aquel de los padres que tenga el cuidado personal del niño conforme lo dispone el artículo 245 inciso 1° del Código Civil.

En cuanto a la representación de los hijos, la reforma no señala la forma de llevarla a cabo en casos de patria potestad conjunta, por lo que se debería aplicar en este caso la regla general del artículo 43 del Código Civil, es decir, ambos padres indistintamente pueden asumir la representación legal⁷⁷.

Finalmente, en cuanto a la suspensión de la patria potestad y emancipación del niño, niña o adolescente, se mantiene casi íntegramente la redacción anterior a la Ley 20.680, en los artículos 267 y siguientes del Código Civil⁷⁸, sin modificaciones.

⁷⁶ CORNEJO AGUILERA, PABLO. Op. Cit. pp. 129.

⁷⁷ LEPIN MOLINA, CRISTIAN. Op. Cit. pp.. 151.

⁷⁸ Artículo 267 del C.C: "La patria potestad se suspende por la demencia del padre o madre que la ejerce, por su menor edad, por estar en entredicho de administrar sus propios bienes, y por su larga ausencia u otro impedimento físico, de los cuales se siga perjuicio grave en los intereses del hijo, a que el padre o madre ausente o impedido no provee". [En línea] <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>. [Consulta: 17 octubre 2017].

6. Crítica y propuesta de regulación de la autoridad parental en el derecho chileno.

A través del tiempo, la familia se ha ido modificando, desde la gran familia gens romana a la familia nuclear de hoy, más reducida, con una pluralidad de tipos familiares⁷⁹.

Bajo el contexto actual, la familia moderna se ha democratizado y las relaciones que en antaño eran verticales, hoy pasan a un nivel horizontal, donde los integrantes de la familia no tienen un rol definido de autoridad, reemplazando el modelo jerárquico por el asociativo igualitario. Ya no cabe hacer una

Artículo 270 del C.C: "La emancipación legal se efectúa: 1º. Por la muerte del padre o madre, salvo que corresponda ejercitar la patria potestad al otro; 2º. Por el decreto que da la posesión provisoria, o la posesión definitiva en su caso, de los bienes del padre o madre desaparecido, salvo que corresponda al otro ejercitar la patria potestad; 3º. Por el matrimonio del hijo y 4º. Por haber cumplido el hijo la edad de dieciocho años". [En línea] <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>. [Consulta: 17 octubre 2017].

Artículo 271 C.C: " La emancipación judicial se efectúa por decreto del juez: 1º. Cuando el padre o la madre maltrata habitualmente al hijo, salvo que corresponda ejercer la patria potestad al otro; 2º. Cuando el padre o la madre ha abandonado al hijo, salvo el caso de excepción del número precedente; 3º. Cuando por sentencia ejecutoriada el padre o la madre ha sido condenado por delito que merezca pena afflictiva, aunque recaiga indulto sobre la pena, a menos que, atendida la naturaleza del delito, el juez estime que no existe riesgo para el interés del hijo, o de asumir el otro padre la patria potestad, y 4º. En caso de inhabilidad física o moral del padre o madre, si no le corresponde al otro ejercer la patria potestad. La resolución judicial que decreta la emancipación deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo". [En línea] <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>. [Consulta: 17 octubre 2017].

⁷⁹ Señala Mizrahi, que la familia estuvo y está sujeta a la llamada "ley del estrechamiento continuo", es decir, cada vez más reducida y pequeña. Pero este fenómeno se relativiza por el denominado principio de "pluralidad de los tipos", es decir, coexisten en una misma época, diferentes tipos de familia. En MIZRAHI, MAURICIO. Responsabilidad parental. Cuidado personal y comunicación con los hijos. 2015. Editorial Astrea. pp. 67.

distinción, como se ha hecho, entre sujeto pasivo y sujeto activo de la relación paterno - filial⁸⁰.

Con esta democratización de las relaciones de familia, se ha evolucionado en materia internacional en la corresponsabilidad, la coparentalidad y la igualdad de los padres, principios que por lo demás, se encuentran consagrados en el Derecho Comparado, justamente guardando una relación con los Tratados Internacionales ratificados por los distintos ordenamientos jurídicos.

En Chile, se ha evolucionado lentamente en torno a esta democratización de las relaciones de familia⁸¹.

Si bien se ha avanzado en materia de corresponsabilidad y coparentalidad, aún queda una reforma pendiente que es la unificación, bajo un solo concepto e instituto denominado autoridad parental, del cuidado personal y la patria potestad, en base a fines tales como la protección del niño, niña o adolescente, a través de las responsabilidades asignadas de forma conjunta a los padres (corresponsabilidad y coparentalidad); el desarrollo integral del

⁸⁰ Graciela Weinstein, en su texto de Autoridad Paterna y Patria Potestad, habla de los hijos como sujetos pasivos de la relación paterna- filial. En: ALVAREZ GONZALEZ, ANDREA. 2006. Razones para la unificación en el tratamiento de la responsabilidad parental. Memoria Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. pp. 155.

⁸¹ Después de establecido el matrimonio civil por Ley de 10 de Enero de 1884, el primer impulso por reformar el Derecho de Familia en Chile, vino de la mano del Decreto Ley N° 328 de Marzo de 1925, al que luego siguió la Ley N° 5.521 de 1934; Posteriormente, se dictó la Ley N° 5.680 de Septiembre de 1935, que sólo hizo una pequeña reforma. En Octubre de 1943 se publica la Ley N° 7.612 y nueve años más tarde aparece la Ley N° 10.271 de 2 de Marzo de 1952. Después de esta última Ley, hay un receso de más de 30 años en leyes referidas a nuestro tema, hasta que en 1.989 se dicta la Ley N° 18.802. Posterior a ésta, en Junio de 1993, se promulga la Ley N° 19.221 y finalmente en Septiembre de 1994, se publica la Ley N° 19.335. Estas leyes fueron paulatinamente modificando el Código Civil y actualizándolo a la realidad de la época.

niño, tal como se consagra en la Convención de Derechos del Niño⁸², entendiéndose por tal su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social y también como otro fin de este nuevo y unificado instituto, lograr la autonomía progresiva del niño, acorde a la evolución de sus facultades⁸³.

En materia de patria potestad los alcances de la reforma fueron limitados. Lo anterior, por cuanto sólo se modificaron los artículos 244 y 245 del Código Civil y subsiste la distinción entre aspectos personales y patrimoniales de la relación paterno filial y más grave aún, no se establece disposición alguna que le permita al niño una mayor intervención en cuanto a la administración de sus bienes. Tampoco se contempla una norma específica relativa al ejercicio de la autoridad y responsabilidad parental en caso de que los padres sean adolescentes.

Así, los principios de interés superior del niño y la autonomía progresiva del niño, niña o adolescente, no fueron centrales para el legislador⁸⁴ en materia de patria potestad, por cuanto no se establecieron mecanismos en la ley para exigir que el niño sea escuchado por sus padres al momento de adoptar decisiones sobre su patrimonio o poder accionar en caso de negativa injustificada de sus padres ante una actuación.

Asimismo, en cuanto a la incapacidad de ejercicio del niño, niña y adolescente, tras la reforma de la Ley N° 20.680, se mantuvieron las causales de emancipación y aún se contempla el alcanzar la mayoría de edad como causal legal, en contraposición con el mismo artículo 270 del Código Civil y la causal

⁸² Art. 27.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. [En línea] <http://www.unicef.org/argentina/spanish/7.-Convencionsobrelosderechos.pdf>. [Consulta: 13 septiembre 2017].

⁸³ MAGISTRIS, GABRIELA. Evolución de la Relación del Niño con su Familia. Responsabilidad Parental y Concepción del Niño como Sujeto de Derechos. Tensiones y Compatibilidades. XIX Congreso Panamericano del Niño. En: Red Jurídica Europea en Materia Civil y Mercantil. [En línea]<http://www.iin.oea.org/anales_xix_cpn/docs/Presentaciones_gadores_concurso/Gabriela_Magistris-Argentina/Trabajo_Gabriela_Magistris.doc>. [Consulta: 21 de septiembre de 2017].

⁸⁴ CORNEJO AGUILERA, PABLO. Op. Cit. pp. 128.

de emancipación legal de matrimonio del hijo menor de edad, cuestión incoherente a la luz del principio de autonomía progresiva del niño, niña y adolescente: ¿Sólo se adquiere "capacidad" a los 18 años de edad, pero si el adolescente contrae matrimonio a los 16 años, por ley, ya es capaz?

Como se plantea en la presente tesis, no sólo falta una reforma que unifique los conceptos de cuidado personal y patria potestad en un sólo instituto a la luz de los principios de corresponsabilidad, coparentalidad, derecho a ser oído, interés superior y autonomía progresiva del niño, niña y adolescente, sino que además, profundos cambios en materia de cómo entendemos el ejercicio de la parentalidad y la capacidad del niño, niña y adolescente a la luz del principio de autonomía progresiva, materia que si bien fue objeto de discusión durante la tramitación de la Ley 20.680, no se plasmó íntegramente en ambos efectos de la filiación, primando lo personal, sobre lo patrimonial, además de la necesidad de regular la situación legal del padre adolescente y la forma de ejercer su propia autoridad parental sobre sus hijos.

CAPITULO II

EL ADOLESCENTE Y LA AUTORIDAD PARENTAL DE SU HIJO (A)

1. La Adolescencia: Conceptualización. Tratamiento conforme a la Convención de Derechos del Niño y sus principios rectores.

No existe una única definición del concepto de adolescencia. Se podría decir que los conceptos de adolescencia y juventud corresponden a una construcción social, histórica, cultural y relacional, que a través de las diferentes épocas y procesos históricos y sociales han ido adquiriendo denotaciones y delimitaciones diferentes⁸⁵.

Definir adolescencia con precisión es problemático. De la madurez física, emocional y cognitiva, entre otros factores, depende la forma en que cada individuo experimenta este período de la vida, cuestión que no se agota con el solo hecho de hacer referencia a la pubertad como línea de demarcación entre la infancia y ésta etapa de la vida. Es más, la pubertad comienza en momentos diferentes para las niñas y los niños e incluso entre personas del mismo género, motivo por el cual no puede considerarse como un factor delimitante del comienzo de ésta etapa.

En Brasil el Estatuto del Niño y del Adolescente (Ley 8069, de 1990), considera niño a la persona hasta los 12 años de edad y adolescente a la persona entre 12 y 18 años (art. 2º)⁸⁶.

En Uruguay, el Código de la Niñez y Adolescencia (Ley 17.823) entiende por niño a todo ser humano hasta los 13 años y por adolescente a los mayores de 13 y menores de 18 años de edad (art. 1º)⁸⁷.

⁸⁵ DAVILA LEÓN, OSCAR. 2004. "Adolescencia y Juventud: De las nociones a los abordajes". Revista Última Década Nº 21. CIDPA VALPARAISO. pp. 83.

⁸⁶ Disponible en: <http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/normativas/30/ley-ndeg-80691990-estatuto-del-nino-y-del-adolescente>. [Fecha de consulta: 03 de octubre de 2017].

El Código de la Niñez y Adolescencia de Costa Rica (Ley 7739) define como niño a toda persona desde la concepción hasta los 12 años cumplidos y adolescente al mayor de 12 y menor de 18 años⁸⁸.

En Venezuela, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, del año 2007, entiende por niño o niña a toda persona con menos de 12 años y adolescente a la persona mayor de dicha edad y hasta los dieciocho años (art. 2º)⁸⁹.

En Colombia, la Ley 1098 del año 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, establece en su artículo tercero que son sujetos titulares de derechos todas las personas menores de 18 años. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil, se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad⁹⁰.

En Argentina, en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, tras la reforma del año 2015, menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años⁹¹.

⁸⁷ Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Ninez_Adolescencia_Uruguay.pdf. [Fecha de consulta: 03 de octubre de 2017].

⁸⁸ Disponible en: <http://www.tse.go.cr/pdf/normativa/codigodelaninez.pdf>. [Fecha de consulta: 03 de octubre de 2017].

⁸⁹ Disponible en: <http://aliadasencadena.org/wp-content/uploads/2017/01/LOPNNA.pdf>. [Fecha de consulta: 03 de octubre de 2017].

⁹⁰ Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_de_la_Infancia_y_la_Adolescencia_Colombia.pdf. [Fecha de consulta: 03 de octubre de 2017].

⁹¹ Disponible en: [http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20\(arts.%201%20a%20400\).pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20(arts.%201%20a%20400).pdf). [Fecha de consulta: 03 de octubre de 2017].

La UNICEF divide la adolescencia en dos partes: la adolescencia temprana, que va desde los 10 a los 14 años y la adolescencia tardía que va desde los 15 a los 19 años⁹².

La adolescencia temprana se caracteriza por la manifestación de los cambios físicos, que usualmente comienzan con una repentina aceleración del crecimiento, seguido del desarrollo de los órganos sexuales y las características sexuales secundarias. Asimismo, en ésta etapa hombres y mujeres, cobran mayor conciencia de su género que cuando eran niños, y pueden ajustar su conducta o apariencia a las normas que se observan.

Por su parte, en la adolescencia tardía, que abarca entre los 15 y los 19 años de edad, usualmente han tenido lugar los cambios físicos más importantes, aunque el cuerpo sigue desarrollándose. El cerebro también continúa desarrollándose y reorganizándose, y la capacidad para el pensamiento analítico y reflexivo aumenta notablemente.

Como se puede apreciar, ésta división del concepto se basa en parámetros biológicos, físicos y psicológicos, los cuales no siempre se ajustan a la regulación legal de la adolescencia.

Justamente, uno de los factores que dificulta la construcción de una única definición de adolescencia, son las variaciones en las leyes de cada país, del concepto de edad mínima para realizar las actividades propias de los adultos, es decir, en relación a la capacidad de ejercicio de los derechos en los distintos ordenamientos jurídicos: "En muchos países, los 18 años marcan el inicio de la mayoría de edad, con la ventaja de que coincide con el nivel superior de la escala de

⁹² Informe "La adolescencia. Una época de oportunidades", pp. 6. Estado Mundial de la Infancia 2011. Unicef. Disponible en: https://www.unicef.org/honduras/Estado_mundial_infancia_2011.pdf. [Fecha de consulta: 03 de Octubre 2017].

edad para los niños y niñas que se describe en el artículo 1 de la Convención⁹³ sobre los Derechos del Niño"⁹⁴.

Así, este concepto se relaciona directamente con el de capacidad y el ejercicio progresivo de los derechos del niño, niña y del adolescente: "El interés superior del niño se concretiza, en materia de capacidad, en el principio del ejercicio progresivo de los derechos del niño y del adolescente"⁹⁵.

Como señala Miguel Cillero, "ser niño no es ser "menos adulto", la niñez no es una etapa de preparación para la vida adulta. La infancia y la adolescencia son formas de ser persona y tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida"⁹⁶.

Según Rodrigo Barcia, en nuestra legislación, este principio de ejercicio progresivo de los derechos de la infancia se puede desprender de los artículos 222 inciso 2º; 234 inciso 2º; 242 inciso 2º y 245 del Código Civil. Asimismo, en la Ley de Matrimonio Civil se puede desprender de los artículos 3 inciso 1º; 27 inciso 2º; 54 inciso 1º; N° 5 y 6º; 74 inciso 3º y 85 inciso 2º y en los artículos 15 y

⁹³ Artículo 1 CDN: "Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad".

⁹⁴ Informe "La adolescencia. Una época de oportunidades", pp. 8. Estado Mundial de la Infancia 2011. Unicef. Disponible en: https://www.unicef.org/honduras/Estado_mundial_infancia_2011.pdf. [Fecha de consulta: 03 de Octubre 2017].

⁹⁵ BARCIA LEHMANN, RODRIGO. "La capacidad extrapatrimonial de los niños y adolescentes conforme a sus condiciones de madurez". 2013. Revista *Ius et Praxis*, año 19, N° 2, pp.7.

⁹⁶ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. 2014. "Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios", en "Boletín del Instituto Interamericano del Niño", N° 234. Disponible en: http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/explotacion_sexual/Lectura4.Infancia.DD.pdf, p. 3. [Fecha de consulta:04 de octubre 2017].

16 de la Ley de Tribunales de Familia. En la Convención de Derechos del Niño, podemos mencionar el preámbulo⁹⁷ y los artículos 3, 5 y 12.

Conforme al artículo 5º de la Convención de Derechos del Niño, la autoridad paterna debe ser ejercida en consonancia con la evolución de las facultades del niño para que este pueda ejercer los derechos reconocidos por la Convención, así como otros derechos humanos, también reconocidos en dicho instrumento, que responden al elemento de "emancipación" que está detrás, como lo son los artículos 13, 14, 15 y 16, relativos a la libertad de expresión; la libertad de pensamiento; de conciencia y religión; el derecho de libre asociación y el derecho a la intimidad⁹⁸.

Así, "la CDN es portadora e inspiración de una doctrina que considera al niño como un pleno sujeto de derecho, dejando atrás la imagen de niño objeto de representación, protección y control de los padres o el Estado, que informó la legislación de menores en el mundo entero"⁹⁹.

Con este reconocimiento de la autonomía progresiva se modificó el enfoque jurídico de la infancia, entendida antes bajo la óptica de políticas asistenciales o también llamada doctrina de la situación irregular, la cual "implicaba creer que los niños tenían una personalidad imperfecta e inacabada, (...) siendo este el principal instrumento de base para legitimar el poder absoluto y

⁹⁷ Preámbulo CDN: "Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección legal, tanto antes como después del nacimiento". Disponible en: <https://www.unicef.org/argentina/spanish/7.-Convencionsobreloderechos.pdf>. [Fecha consulta: 4 de octubre de 2017].

⁹⁸ HERRERA, MARISA. 2009. "Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino". En Justicia y derechos del niño. Nº 11. Unicef. pp.115. Disponible en: <http://unicef.cl/web/justicia-y-derechos-del-nino-n-11/>. `Fecha de consulta:22 de octubre 2017].

⁹⁹ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. 2014. Op. Cit. pp. 5 [Fecha de consulta:04 de octubre 2017].

discrecional que se ejercía sobre los más jóvenes"¹⁰⁰, pasando a una doctrina de protección integral de los derechos, respetando el interés superior del niño como principio rector e integrando dicho principio con el de ejercicio progresivo de los derechos o como señala Cillero, la autonomía progresiva del niño, niña o adolescente, en base a su grado de madurez y discernimiento y su derecho a ser oído y a tomar en consideración su opinión en el momento en que los adultos deben tomar decisiones que los involucran.

La doctrina de protección integral de derechos, "(...) de modo abstracto y genérico abarca, como su nombre lo indica, todas las dimensiones de la vida y desarrollo de los niños, promoviendo la unificación de propósitos y acciones entre desarrollo socioeconómico y protección jurídica de la infancia"¹⁰¹.

Ahora bien, concebir a los niños, niñas y adolescentes, como sujetos de derecho, basado en el principio de igualdad y no discriminación, recogido expresamente por la Convención de Derechos del Niño y la obligación que recae sobre los padres de escuchar lo que ellos piensan, no implica la renuncia de la autoridad (familia, escuela e instancias competentes) a la protección a los derechos que compete al mundo adulto.

En consecuencia, podemos establecer que "el principio de protección y promoción de la autonomía tiene una importante manifestación en el deber de orientación y dirección de sus padres, y se fundamenta en que el niño tiene "derecho" a desarrollar progresivamente el ejercicio de sus derechos, superando el argumento tradicional de sentido inverso, esto es, que los

¹⁰⁰ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. 1999. "Infancia, justicia y derecho", Bravo y Allende Editores. pp.21.

¹⁰¹ GIL DOMINGUEZ, ANDRÉS. FAMA, MARÍA VICTORIA. HERRERA, MARISA. 2006. "Derecho Constitucional de Familia". Tomo I, 1º Ed. Ediar Argentina, pp. 538.

padres tienen poderes sobre la niñez, debido a que las niñas y los niños carecen de autonomía"¹⁰².

2. La adolescencia en nuestra legislación de familia.

2.1. Preliminar.

El año 2005, el Ejecutivo presentó un proyecto de ley sobre la materia, denominado "Sobre Protección de los derechos de infancia y adolescencia", que concluyó su primer trámite constitucional siendo aprobado en el Senado (Boletín N° 3792-07) y que hoy se encuentra en la Cámara de Diputados, sin avances.

En 2012, se presentó un proyecto que tiene por objeto la creación de dos nuevos Servicios de atención a la infancia y adolescencia, que se encuentra aún en primer trámite constitucional (Boletín N° 8487-07), sin avances.

El mismo año, por moción de los Honorables Senadores señor Escalona, señora Alvear y señores Letelier y Walker, don Patricio, se presentó el "Proyecto de ley de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes".

Este proyecto incorporaba las propuestas de las organizaciones no gubernamentales que colaboran en materias de niñez; sin embargo, no fue sometido a tramitación por la naturaleza de sus disposiciones, que requerían iniciativa presidencial.

Finalmente, el año 2013 se presentó un "Proyecto de ley de protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes" (Boletín N° 8911-18), también actualmente en el primer trámite constitucional.

¹⁰² CILLERO BRUÑOL, MIGUEL.2014. "Infancia, Autonomía y Derechos: Una Cuestión de Principios". Op.cit., pp.5.

El año 2015, el Ejecutivo presentó un proyecto de ley de sistema de garantías de los derechos de la niñez (boletín 10315-18) actualmente en segundo trámite constitucional.

2.2. Capacidad y atribución de la autoridad parental al padre o madre adolescente.

Para que una persona se obligue, se requiere primeramente ser capaz. Esta capacidad jurídica distingue entre capacidad de goce y de ejercicio. La primera es un atributo de la personalidad inherente a la persona humana por el sólo hecho de ser tal y la segunda, se adquiere con la mayoría de edad, que en nuestro país son los 18 años.

Conforme lo establece el artículo 1445 del Código Civil, "la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio o la autorización de otra"¹⁰³.

En nuestro ordenamiento jurídico toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara como incapaces, conforme lo indicado en el artículo 1447¹⁰⁴ del Código Civil, distinguiendo entre incapaces absolutos y relativos.

¹⁰³ Art. 1445. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1º que sea legalmente capaz; 2º que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3º que recaiga sobre un objeto lícito; 4º que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>. [Fecha de consulta: 27 de octubre 2017].

¹⁰⁴ Art. 1447: Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente. Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores adultos y los disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo. Pero la incapacidad de las personas a que se refiere este inciso no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos, determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a

Los impúberes se encuentran entre los incapaces absolutos y los menores adultos, entre los incapaces relativos¹⁰⁵.

Los actos ejecutados por personas afectas a incapacidad absoluta, son susceptibles de nulidad absoluta, esto es, no producir efecto alguno. Los impúberes no pueden hacer nacer obligaciones válidas en ningún caso, mientras que los menores adultos, pueden hacerlo en determinados casos, sujetos a determinadas condiciones.

Lo anterior se relaciona directamente con la naturaleza de las obligaciones que nacen de los actos ejecutados por un menor adulto.

Según el artículo 1470 del Código Civil "las obligaciones Civiles son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento. Naturales las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas, autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas"¹⁰⁶. Dentro de estas últimas se encuentran contempladas expresamente en el N° 1 del artículo mencionado, las contraídas por personas que teniendo suficiente juicio y discernimiento, son, sin embargo, incapaces de obligarse según las leyes, como los menores adultos.

ciertas personas para ejecutar ciertos actos. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>. [Fecha de consulta: 27 de octubre 2017].

¹⁰⁵ El Art. 26 del Código Civil define niño, impúber y menor adulto: "Llámase infante o niño todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos". Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>. [Fecha de consulta: 27 de octubre 2017].

¹⁰⁶ Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>. [Fecha de consulta: 27 de octubre 2017].

Como podemos apreciar, los menores adultos, al contratar hacen nacer obligaciones naturales, tal como expresamente se menciona en el artículo 1470, donde sin embargo, los impúberes quedan excluidos, pues se puede desprender que éstos no poseen suficiente juicio y discernimiento, no teniendo capacidad para consentir, sin contar por ello con la posibilidad de hacer nacer obligaciones válidas de cualquier tipo¹⁰⁷.

Como hemos visto, la ley no adjudica a los menores de edad la autonomía absoluta necesaria para ejercer derechos y obligaciones, pues se trata de personas dependientes de otros sujetos. Por tanto, deben actuar representados por sus padres, tutores o guardadores.

Este deber de representación judicial y extrajudicial se consagra a través del ejercicio de la patria potestad, pero aplicado al ámbito patrimonial de los actos jurídicos. En materia de capacidad extrapatrimonial, no se aplican las mismas reglas de representación legal de la patria potestad, las cuales sólo se refieren a actos patrimoniales.

Por lo anterior, según Barcia, "(...) para solucionar los problemas de capacidad o incapacidad, se deberá recurrir a un conjunto de reglas, principios y normas propios del Derecho de la Infancia. De ellos es especialmente destacable el principio del ejercicio progresivo de los derechos de la infancia y adolescencia"¹⁰⁸.

El artículo 16 inciso 3º de la Ley de Tribunales de Familia, Ley N° 19.968, establece que " (...) para los efectos de esta ley, se considera

¹⁰⁷ VIAL DEL RIO, VÍCTOR. 2007. "Manual de las Obligaciones en el Código Civil Chileno", Biblioteca Americana, Chile, pp.166.

¹⁰⁸ BARCIA LEHMANN, RODRIGO. Op. Cit. pp. 19.

niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad"¹⁰⁹.

Esta distinción entre niño o niña y adolescente, se contrapone con lo dispuesto en el artículo 26 del Código Civil, el cual señala: "Art. 26. Llámase infante o niño todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos"¹¹⁰.

Para Rodrigo Barcia, estas dos normas, al parecer contrapuestas, se explicarían sólo en el ámbito de la capacidad extrapatrimonial.

En tal sentido, sostiene que los adolescentes por regla general son plenamente capaces respecto del ejercicio de derechos extrapatrimoniales, salvo situaciones excepcionales y los niños o niñas son incapaces, salvo también casos excepcionales, excepciones que por lo demás deben ser calificadas por el juez conforme al principio de interés superior del niño, niña o adolescente¹¹¹.

Cillero por el contrario, señala que no es la interpretación jurídica la llamada a calificar las situaciones excepcionales de capacidad

¹⁰⁹ Ley N° 19.968 que crea los tribunales de familia. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557>. [Fecha de consulta: 10 de octubre 2017].

¹¹⁰ Artículo 26 del Código Civil. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>. [Fecha de consulta: 10 de octubre 2017].

¹¹¹ BARCIA LEHMANN, RODRIGO. Op. Cit. pp. 21.

del niño, niña o adolescente, sino que debe ser la ley la encargada de implementar los mecanismos a través de los cuales se reconoce capacidad del niño¹¹².

Para José Manuel Díaz de Valdés¹¹³, los niños o niñas pueden actuar, pero representados o asistidos en los casos en que no puedan pronunciarse y que corra peligro: "En la medida que el niño va madurando, la asistencia de los padres en el ejercicio de sus derechos es cada vez menos necesaria, hasta llegar al punto en que se hace del todo redundante. En tales casos, la legitimidad constitucional de la intervención paterna ha dejado de existir, por lo que los padres deben abstenerse de ejercerla"¹¹⁴.

Así, sólo en casos excepcionales se justificaría la adopción de medidas paternalistas en las que el adulto a cargo del cuidado del niño o el tribunal, deban decidir cuál es el interés superior del niño, niña o adolescente en una situación en concreto, toda vez que la regla general será que, atendida la madurez del niño, este pueda adoptar sus propias decisiones.

Según Garzón Valdés, dos son las exigencias para que se encuentre éticamente justificada la excepción al principio de autonomía: 1. que estemos frente a alguna incompetencia básica de la persona entendida como una incapacidad manifiesta para desempeñarse en cierta área de la vida con un mínimo de

¹¹² CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. 2001. "Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva", Justicia y Derechos del Niño. N°3.pp. 56. Disponible en: <http://unicef.cl/web/justicia-y-derechos-del-nino-numero-3/>. [Fecha de consulta: 15 de octubre de 2017].

¹¹³ Director de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad del Desarrollo y de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Licenciado en Derecho y Magíster en Derecho Público de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Master of Laws de la Universidad de Cambridge. Master of Laws de la Universidad de Harvard. Doctorando de la Universidad de Oxford.

¹¹⁴ DÍAZ DE VALDÉS, JOSÉ MANUEL. 2010. "Un marco constitucional para los tratamientos médicos de niños, niñas y adolescentes", Revista Chilena de Derecho, Volumen 37, N°2. pp. 288. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372010000200004. [Fecha de consulta: 16 de octubre].

eficacia en el logro de los propios objetivos y 2. que la medida que se adoptará, sea adecuada y necesaria para mejorar las condiciones de autonomía e igualdad del sujeto. Si la medida no es empíricamente necesaria y adecuada para ello, a los perjuicios a los que se ha expuesto el sujeto con una incompetencia básica, se suma un nuevo perjuicio: su autonomía actual está siendo sacrificada sin sentido¹¹⁵.

En nuestro Código Civil, el menor adulto es capaz respecto de una serie de actos, tales como: testar (artículos 261 y 1005); reconocer un hijo (artículo 262); contraer matrimonio si es mayor de dieciséis años con ascenso de las personas que obliga la ley; administrar su peculio profesional (artículo 246 y 439); adquirir la posesión de bienes muebles (artículo 723 inciso 2º); actuar como mandatario (artículo 2238); etc.

En los demás casos, el menor adulto es incapaz y por tanto privado de realizar actos jurídicos, estando sujeto al cuidado personal y patria potestad de sus padres (en conjunto o uno de ellos según sea el caso) o bien, sujeto a tutela en caso de inhabilidad física o moral de sus padres, logrando la emancipación legal o judicial sólo en los casos señalados en los artículos 270 y 271 del Código Civil.

Así, el menor adulto en Chile, al cual se le reconoce autonomía progresiva, al ir adquiriendo con los años madurez y discernimiento, en materia patrimonial puede ejecutar actos por sí, expresamente señalados en el Código Civil, pero en materia extrapatrimonial, como lo sería ejercer la autoridad parental sobre sus propios hijos, surge la duda de cómo lo hacemos aplicable, ya que se trata de un niño o adolescente, criando y educando a otro niño y ante tales casos, no existe ninguna norma expresa en nuestra legislación que regule la materia.

¹¹⁵ En COUSO, JAIME. 2005. "El niño como sujeto de derechos y la nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y derecho a ser oído". Revista de Derechos del Niño. Nº 3 y 4. 2006. Programa de Derechos del Niño del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales. pp. 152. Disponible en: <http://unicef.cl/web/revista-derechos-del-nino-n-3-y-4-octubre-de-2006-2/>. [Fecha de consulta: 22 octubre 2017].

En Argentina, tras la reforma al Código Civil y de Comercio de la Nación, se incorporaron importantes reformas en materia de infancia y adolescencia.

En cuanto al ejercicio de los derechos de los menores de edad, se estableció que la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales, pero la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente, puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico, en un reconocimiento expreso a la autonomía progresiva del niño, niña y adolescente mandato por la Convención de Derechos del Niño.

En materia de responsabilidad parental o patria potestad, se prevé expresamente que los progenitores adolescentes, estén o no casados, ejercen la responsabilidad parental de sus hijos pudiendo decidir y realizar las tareas necesarias para el cuidado, educación y salud de aquellos. Las personas que ejercen la responsabilidad parental de un progenitor adolescente que tenga un hijo bajo su cuidado pueden oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño; también pueden intervenir cuando el progenitor omite realizar las acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo¹¹⁶.

El consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores si se trata de actos trascendentes para la vida del niño, como la decisión libre e informada de su adopción, intervenciones quirúrgicas que pongan en peligro su vida, u otros actos que

¹¹⁶ NOTRICA, FEDERICO P. y RODRIGUEZ ITURBURU, MARIANA I. "Algunos aspectos trascendentales a la luz del Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación. Saldando viejas deudas". pp.136. Disponible en: <http://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/473-responsabilidad-parental-algunos-aspectos-trascendentales-luz-del>. [Fecha de consulta: 30 de octubre 2017].

puedan lesionar gravemente sus derechos. En caso de conflicto, el juez debe decidir a través del procedimiento más breve previsto por la ley local¹¹⁷.

Es decir, nuevamente se reconoce la autonomía y el ejercicio progresivo de los derechos del adolescente, pero a través de una norma concreta, cuestión carente en nuestro ordenamiento jurídico.

En el Código de Familia de Nicaragua, Ley N° 870 del 24 de Junio del año 2014, en su artículo 272¹¹⁸, se establece de forma expresa que el padre y la madre que son adolescentes, ejercerán la autoridad parental sobre sus hijos e hijas, pero la representación legal de los mismos, así como la administración de los bienes, será asumida por los que tuvieren la autoridad parental de los padres que sean adolescentes, quienes la ejercerán conjuntamente, hasta que adquieran capacidad jurídica plena. Es decir, aunque sea de forma limitada, se reconoce la autoridad parental del padre y madre adolescente, cuestión que no ocurre en nuestra legislación, carente de toda norma al respecto.

En nuestra legislación, en primer término, no existe un tratamiento único del cuidado personal y la patria potestad tal como se indicó en el primer capítulo del presente trabajo, a diferencia de lo que ocurre en Argentina. Por el contrario, "la legislación chilena es única y original en el tratamiento separado de la patria potestad y el cuidado personal, en cuanto se aleja del Derecho francés, para inclinarse, al parecer, por el Derecho Romano"¹¹⁹.

¹¹⁷ Código Civil y Comercial de la Nación. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329, C.P. 1041AFF, C.A.B.A., pp. 115.

¹¹⁸ Disponible en: <http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/9e314815a08d4a6206257265005d21f9/bf20230a44cce90e06257d400064baa7?OpenDocument>. [Fecha de consulta: 30 de Octubre de 2017].

¹¹⁹ RODRIGUEZ PINTO, MARÍA SARA. 2010. "El cuidado personal de niños y adolescentes en el nuevo Derecho Chileno de Familia", Revista chilena de Derecho Privado, N° 15, pp. 244.

En segundo término, este tratamiento dual de la autoridad paterna, resalta la poca relevancia en nuestro ordenamiento jurídico del principio de la autonomía progresiva, esto es como reconocimiento concreto de este principio.

Para María Sara Rodríguez¹²⁰, la representación legal es un atributo de la patria potestad que cumple una función residual y excepcional. En el aspecto personal no tiene la relevancia que se le atribuye, debido a la autonomía progresiva del adolescente.

Por tanto, si la legislación reconoce al menor adulto la autonomía suficiente para testar y reconocer hijos, se le debería reconocer madurez suficiente para tener juicio propio y el derecho a ser oído, al menos en la ley civil, lo que debería entenderse obligatorio a partir de los doce o catorce años, en su caso.

Mas, a diferencia de lo que ocurre en el derecho comparado, como veremos a continuación, no existe una normativa de familia que de forma concreta, determine qué actos puede o no ejecutar el adolescente en base a su autonomía progresiva, dejando muchas de éstas decisiones a criterio de los padres o incluso del juez, en base al interés superior de ese niño, niña o adolescente.

3. La adolescencia en el Derecho Comparado: Ejercicio progresivo de los derechos.

En cuanto al desarrollo y tratamiento del principio de ejercicio progresivo de los derechos del niño, niña y del adolescente, en relación con su autonomía progresiva y la capacidad ligada a este progreso, nos encontramos con un amplio reconocimiento en el Derecho Comparado.

¹²⁰ RODRIGUEZ PINTO, MARÍA SARA. 2010. Op. Cit. pp. 244.

A mayor participación de los hijos, menor injerencia de los padres en la toma de decisiones, lo que implica una reducción del ámbito de aplicación de la responsabilidad parental.

Esta aseveración se aprecia con mayor naturalidad en el campo de los derechos personalísimos de niños y adolescentes, principalmente en lo relativo a los derechos sexuales y reproductivos. Como señala Marisa Herrera, "¿Se necesita tener plena capacidad civil para que niños y adolescentes ejerzan por sí sus derechos sexuales y reproductivos? ¿Qué rol les cabe a los padres en el marco de su "responsabilidad parental"?"¹²¹.

La doctrina mayoritaria admite que en este campo se debilita el concepto de "capacidad" para abrir paso concepto de "competencia" o "mayoría anticipada"¹²² que, precisamente, se ha gestado y desarrollado en el campo de la bioética y, dentro de ésta, referida a los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes, tomándose como hito jurisprudencial el famoso caso Gillick¹²³ dictado por los tribunales de Gran Bretaña.

Como señala Jo Bridgeman, en el caso Gillick, los Lores adoptaron la perspectiva del desarrollo progresivo de la niñez. Por ejemplo, Lord Fraser señaló: "Es, en mi opinión, contrario a la experiencia común de la humanidad,

¹²¹ HERRERA, MARISA. 2009. Op. Cit. pp. 130.

¹²² En palabras de Kemelmajer de Carlucci: "la mayoría médica anticipada se funda en la idea de que la conciencia del propio cuerpo viene a cada ser humano mucho antes de su mayoría de edad". En HERRERA, MARISA. 2009. Op. Cit. pp. 130.

¹²³ Victoria Gillick, madre de cinco hijas menores de 14 años, emprendió una lucha contra las medidas del Ministerio de Sanidad Británico, en los años ochenta, que con el desconocimiento de los padres suministraba a las niñas anticonceptivos. La sentencia final, pronunciada por la Cámara de los Lores en 1985, estableció que, en cada caso, los médicos juzgarían la capacidad de la menor en cuestión para entender el alcance y consecuencia del "tratamiento", de manera que si esta persistía en su negativa a informar a sus padres, le sería administrado el anticonceptivo sin más trámite, sin que los padres pudieran acceder a su historial médico. Desde entonces, en Inglaterra se utiliza legalmente el término "*Gillick Competence*" para hacer referencia a estas circunstancias.

por lo menos en la Europa occidental del presente siglo, decir que un niño o joven permanece de hecho bajo el completo control de sus padres hasta que cumple la mayoría de edad definitiva, ahora 18 años en el Reino Unido, y que una vez cumplida esa edad, repentinamente adquiere independencia. En la práctica, la mayoría de los padres sensatos relaja su control gradualmente a medida que el niño se desarrolla y lo alienta a que sea cada vez más independiente¹²⁴.

Otro famoso caso en materia de infancia y adolescencia es el caso Axon que se relaciona directamente con la confidencialidad médica. Dicho conflicto fue resuelto en enero de 2006 por el Alto Tribunal de Justicia de Inglaterra, a favor del derecho humano a la confidencialidad de la adolescente¹²⁵. El tribunal respaldó el fallo del caso Gillick de 1986 que establece los lineamientos para la entrega de servicios de salud reproductiva sin previa notificación parental a menores de 16 años.

A diferencia del criterio adoptado en el caso Gillick, enfocado más desde la óptica del menor adulto como sujeto de derecho con madurez y discernimiento vinculado a su autonomía progresiva, el caso Axon propone la óptica del adolescente como sujeto de derechos humanos inherentes a toda persona por el solo hecho de ser tal.

¹²⁴ Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and another, según Lord Fraser, 171. En: LATHROP GÓMEZ, FABIOLA y ESPEJO YAKSIC, NICOLAS. 2017. Op. Cit. pp. 65.

¹²⁵ Sue Axon, británica de 15 años, ingresó un requerimiento para efectos de modificar la ley que permitía que las menores de 16 años pudieran abortar sin el conocimiento de sus padres. El Alto Tribunal de Inglaterra y Gales dictaminó con fecha 23 de enero de 2006 a favor de respetar el derecho a confidencialidad de las adolescentes. El fallo señaló que “los jueces se enfocan correctamente en la suficiencia del entendimiento del niño y, en la medición de dicha suficiencia, reflejan el alcance que tiene en el siglo 21, una apreciación más aguda de la autonomía del niño y su derecho consecuente a participar en el proceso de toma de decisiones que afectan su vida familiar en forma fundamental.” Mabon v. Mabon, [2005] 3 Weekly Law Reports 460 (Corte de Apelaciones), by Lord Justice Thorpe, párrafo 26. Disponible en: <https://www.law.utoronto.ca/documents/reprohealth/SP25-confidencialidad-adolescentes.pdf>. [Fecha de consulta: 30 de octubre de 2017].

En Argentina, a raíz de una acción de declaración de inconstitucionalidad de ciertos artículos de la Ley N° 418 de salud sexual y reproductiva de la Ciudad de Buenos Aires, el Máximo Tribunal local, rechazó la acción y desarrolló de forma interesante el concepto de capacidad para los actos jurídicos que involucran a niños, niñas y adolescentes.

Al respecto sostuvo: "Hay acciones que implican el ejercicio de derechos personalísimos como el derecho al cuidado del propio cuerpo y salud —desde higienizarse, realizar una consulta médica, tener una vida sexual, adoptar prácticas anticonceptivas lícitas, etc.— que, por lo general, no tienen por finalidad la modificación de un derecho subjetivo o el establecimiento de una relación jurídica, o sea, no se concretan en “actos jurídicos” (art. 944 Código Civil argentino), sino que forman parte del espectro de acciones simplemente permitidas (hechos o actos lícitos) y que no resultan negociables (art. 899)”, concluyéndose que “El ejercicio de estos hechos no se encuentran alcanzados por el régimen de capacidad/incapacidad de las personas, toda vez que estos conceptos se vinculan al sistema de protección de los intereses de las personas sujetas a representación, pero estrictamente en cuanto a los actos jurídicos que las mismas puedan celebrar”¹²⁶.

Por lo tanto, y al igual que en el caso Gillick, se reconoce en el derecho argentino el concepto de “competencia” o “mayoría anticipada”¹²⁷. Es más, por el Decreto 2316/2003 de la Ciudad de Buenos Aires, que modificó la Ley N° 153 de salud básica local, se establece que: “Toda persona que esté en condiciones de comprender la información suministrada por el profesional actuante, que tenga suficiente razón y se encuentre en condiciones de formarse un juicio propio, puede brindar su consentimiento informado para la realización de estudios y

¹²⁶ TSJ, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 14/10/2003, Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c. Ciudad de Buenos Aires, LL, 2004-B-413. Disponible en: <http://www.notivida.com.ar/fallos/TSJ%20de%20la%20CABA%20sobre%20Ley%20418,%20de%20SR.html>. [Fecha de consulta: 17 Octubre de 2017].

¹²⁷ HERRERA, MARISA. 2009. Op. Cit. pp. 131.

tratamiento. Se presume que todo/a niño/a o adolescente que requiere atención en un servicio de salud está en condiciones de formar un juicio propio y tiene suficiente razón y madurez para ello; en especial tratándose del ejercicio de derechos personalísimos (tales como requerir información, solicitar testeo de HIV, solicitar la provisión de anticonceptivos"¹²⁸.

Como se puede apreciar, no se exige una edad determinada, priorizando la ley otros elementos como la manifestación de voluntad por parte del niño o adolescente relativos al cuidado de su propio cuerpo, haciendo presumir la madurez y discernimiento, reconociendo la autonomía progresiva de ese niño, niña o adolescente.

En materia de derechos sexuales y reproductivos, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha fijado estándares que establecen el derecho de los niños a acceder a aquellos servicios de salud sexual y reproductiva¹²⁹.

Conocido fue el caso de Tammy-antes Thomas-, en Berkley, California¹³⁰, el cual para Mónica Arango Olaya, Magistrada Auxiliar de la Corte Constitucional de Colombia, "muestra la prevalencia de la decisión del menor

¹²⁸ Disponible en: http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/electivas/816_rol_psicologo/material/unidad2/obligatoria/reglamentacion_de_ley_basica_de_Salud.pdf. [Fecha de consulta: 17 de octubre de 2017].

¹²⁹ Véase Observación General N° 3: El VIH/SIDA y los derechos del Niño y la Observación General N° 4: La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño. Disponible en: <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>. [Fecha de consulta: 18 de octubre de 2017].

¹³⁰ Se trata de un niño que a las edad de 11 años, en el año 2011, comenzó un tratamiento para bloquear las hormonas masculinas durante la transición a la pubertad. A los siete años de edad fue diagnosticado con desorden de identidad, después de haber amenazado cortarse los genitales. Las madres determinaron que la mejor forma de asegurar su bienestar era el ser tratado antes de la pubertad y así evitar riesgo de suicidio.

sobre cuestiones determinantes para su autodeterminación, además de ser definitivas para el cuerpo y trae preguntas sobre la capacidad de la menor a la edad de siete años para decidir sobre un cambio de género y posiblemente a la edad de 14 años sobre un cambio de sexo"¹³¹.

Cabe preguntarse, si en materia de salud, para la adopción de ciertas decisiones médicas, se reconoce la autonomía progresiva del niño, niña o adolescente, podría extenderse ésta autonomía a otros derechos personalísimos, tales como aquellos relacionados con la libertad religiosa, el derecho a la educación, la decisión de dar un hijo en adopción por parte de padres menores de edad, el reconocimiento de hijos y todos aquellos actos relacionados con la filiación, la reasignación de sexo, disposición de órganos o material anatómico para transfusión de sangre y tratamientos médicos, la modificación del nombre, entre otros.

Al respecto, tal como se ha indicado en párrafos precedentes, tras la reforma del Código Civil y de Comercio, en Argentina existe una regulación en materia de responsabilidad parental.

En materia de responsabilidad parental o patria potestad, se prevé expresamente que los progenitores adolescentes, estén o no casados, ejercen la responsabilidad parental de sus hijos pudiendo decidir y realizar las tareas necesarias para el cuidado, educación y salud de aquellos. Las personas que ejercen la responsabilidad parental de un progenitor adolescente que tenga un hijo bajo su cuidado pueden oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño; también pueden intervenir cuando el progenitor omite realizar las acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo¹³².

¹³¹ LATHROP GÓMEZ, FABIOLA y ESPEJO YAKSIC, NICOLAS. 2017. Op. Cit. pp. 135.

¹³² NOTRICA, FEDERICO P. y RODRIGUEZ ITURBURU, MARIANA I. Op. Cit. pp.136. Disponible en: <http://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/473-responsabilidad-parental-algunos-aspectos-trascendentales-luz-del>. [Fecha de consulta: 30 de octubre 2017].

El consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores si se trata de actos trascendentes para la vida del niño, como la decisión libre e informada de su adopción, intervenciones quirúrgicas que pongan en peligro su vida, u otros actos que puedan lesionar gravemente sus derechos. En caso de conflicto, el juez debe decidir a través del procedimiento más breve previsto por la ley local¹³³.

Es decir, nuevamente se reconoce la autonomía y el ejercicio progresivo de los derechos del adolescente, pero a través de una norma concreta, cuestión carente en nuestro ordenamiento jurídico.

En el derecho español, según establece el artículo 162 de su Código Civil "Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan los actos relativos al derecho de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez puede realizar por sí mismo (...)"¹³⁴.

La Ley Nº 1/1996 sobre Protección Jurídica del Menor española, resalta la importancia del principio de ejercicio progresivo de los derechos, en su exposición de motivos, indicando: "El desarrollo legislativo postconstitucional refleja esta tendencia, introduciendo la condición de sujeto de derechos a las personas menores de edad. Así, el concepto «ser escuchado si tuviere suficiente juicio» se ha ido trasladando a todo el ordenamiento jurídico en todas aquellas cuestiones que le afectan. Este concepto introduce la dimensión del desarrollo

¹³³ Código Civil y Comercial de la Nación. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329, C.P. 1041AFF, C.A.B.A., pp. 115.

¹³⁴ Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>. [Fecha de consulta: 22 de octubre de 2017].

evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos. Las limitaciones que pudieran derivarse del hecho evolutivo deben interpretarse de forma restrictiva"¹³⁵.

En Francia, en los años setenta, se introdujeron cambios sustanciales en el régimen jurídico de la relación paterno-filial, acuñándose el término de la "asistencia" paterna, distinguiéndose entre aquellos actos en los cuales los padres representan al hijo (sustitutivos de la voluntad del hijo), de aquellos en los cuales los hijos son protagonistas con asistencia de los padres.

Así por ejemplo, tras la reforma de la ley de aborto francesa, toda menor de edad no emancipada que desee interrumpir voluntariamente su embarazo, tiene que acudir a una consulta previa con un asesor o consejero de un centro de planificación familiar (para mayores de edad la consulta es optativa). Además debe contar con el consentimiento de al menos uno de sus padres o de un representante legal, o si deseara mantener el secreto, podrá estar acompañada por un mayor de edad de su elección¹³⁶.

En Alemania, el principio de ejercicio progresivo de los derechos está expresamente consagrado en el § 1.626.2º del BGB. De acuerdo a ésta, el cuidado de los padres debe ejercerse reconociendo una creciente independencia del hijo con relación a ellos.

¹³⁵ Ley Orgánica 1/1996 sobre Protección Jurídica del Menor España. Disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/lo1-1996.html#i. [Fecha de consulta: 5 de octubre].

¹³⁶ El aborto es legal en Francia desde 1975, cuando se aprobó la llamada "Ley Veil" (Ley 75-17 de 17 de enero). El Código de la Salud Pública recoge en el Libro II (arts. L2211-1 a L2223-2) de su segunda parte la legislación francesa vigente en materia de interrupción voluntaria del embarazo. En su redacción actual, recoge las importantes modificaciones establecidas por la ley 2001-588 de 4 de julio de 2001 que incluía el cambio de límite legal de 10 a 12 semanas de gestación y suavizaba los requisitos para el acceso de menores de edad al aborto, y pequeñas modificaciones incluidas en la ordenanza 2003- 850 de 4 de septiembre y la ley 200 7-1786 de 19 de diciembre. Disponible en: www.psoe.es/download.do?id=197556. [Fecha de consulta: 20 de octubre 2017].

Así, los padres deben observar en el ejercicio del cuidado de sus hijos, su capacidad progresiva y la necesidad de independencia, en cuanto a su actuación consciente y responsable¹³⁷, es decir, establece como límite al cuidado de los padres, la capacidad del hijo que va aumentando a medida que el niño, niña o adolescente, va desarrollando su consciencia.

A modo de ejemplo, en materia de aborto, cuando se trata de una menor de edad, se sigue un sistema basado en la capacidad de juicio, y no en la edad. El consentimiento de las mayores de 16 años se presume válido salvo que se pruebe lo contrario; entre los 14 y 16 se analiza caso por caso; y por debajo de los 14 es necesaria la autorización de los padres a no ser que la menor pruebe ante un juez que tiene capacidad para decidir¹³⁸.

En nuestro país, la Ley N° 20.418¹³⁹ de fecha 20 de enero de 2010, que fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad o más conocida como la ley de la "píldora del día después", generó gran debate en torno a si correspondía o no suministrar dicha píldora a menores de edad y si se requería o no consentimiento del adulto responsable de dicho adolescente.

Según consigna el mensaje de la ley de fecha 30 de junio de 2009, "la atención del Estado debe centrarse en aquellos grupos que resultan más vulnerables. Dentro de esta política, es evidente que la población adolescente demanda especial dedicación, toda vez que la prevención del embarazo

¹³⁷ BARCIA LEHMANN, RODRIGO. Op. Cit. pp. 10.

¹³⁸ Históricamente, el marco legal, que en su formulación originaria en la Alemania reunificada data de 1992 y se reformó en 1995, es resultado de la combinación de los dos sistemas hasta entonces vigentes: el de la antigua República Democrática alemana, que despenalizaba parcialmente el aborto atendiendo a un sistema de plazos y el de la República Federal, que seguía un sistema de indicaciones. Disponible en: www.psoe.es/download.do?id=197556. [Fecha de consulta: 20 de octubre 2017].

¹³⁹ Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1010482>. [Fecha de consulta: 20 de octubre de 2017].

precoz es un objetivo ético y sanitario prioritario e impostergable, que requiere toda la atención y acción del Estado (...) la entrega de métodos de anticoncepción para adolescentes constituye un deber de las autoridades, con el fin de prevenir consecuencias tanto para la madre adolescente como para el hijo concebido en dicha etapa de desarrollo de ésta"¹⁴⁰.

En su artículo 1º, la ley establece que: "Toda persona tiene derecho a recibir educación, información y orientación en materia de regulación de la fertilidad, en forma clara, comprensible, completa y, en su caso, confidencial". Luego, en su artículo 2º, señala: "en aquellos casos en que el método anticonceptivo de emergencia sea solicitado por una persona menor de 14 años, el funcionario o facultativo que corresponda, sea del sistema público o privado de salud, procederá a la entrega de dicho medicamento, debiendo informar, posteriormente, al padre o madre de la menor o al adulto responsable que la menor señale".

Para Rodrigo Barcia, si el adolescente mayor de 14 años puede tener relaciones sexuales, también se le debe reconocer la capacidad para poder exigir y recibir de la autoridad sanitaria la píldora del día después, más aún si en nuestra legislación se le reconoce la capacidad al adolescente para recibir de las autoridades sanitarias profilácticos, reconociendo con ello una esfera de madurez e independencia del adolescente, que "(...) por tratarse de un derecho de la personalidad, no depende, ni puede estar subordinado a la representación legal como la concibe el Derecho Civil patrimonial tradicional"¹⁴¹.

A través del reglamento para el ejercicio del derecho a recibir educación, información y orientación en materia de regulación de la

¹⁴⁰ Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4799/>. [Fecha de consulta: 21 de octubre de 2017].

¹⁴¹ BARCIA LEHMANN, RODRIGO. 2006. "Sobre la capacidad de los adolescentes para recibir la denominada píldora del día después". Revista Chilena de Derecho Privado. pp. 144. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370838866006>. [Fecha de consulta: 20 de octubre de 2017].

fertilidad, Decreto 49, del 28 de marzo de 2013 del MINSAL¹⁴², se intentó resguardar la confidencialidad de la menor adulto, pero manteniendo de igual forma la obligatoriedad del funcionario respectivo de informar a un adulto responsable de dicha menor de edad, del hecho de haberle facilitado la píldora, nuevamente un desconocimiento a su autonomía progresiva y su derecho a la confidencialidad.

En efecto, el artículo 6º de dicho reglamento señala que en el caso que se trate de un método anticonceptivo de emergencia que sea solicitado por una persona menor de 14 años, el facultativo o funcionario que corresponda, tanto en el sector público o privado, procederá a la entrega de dicho medicamento, debiendo informar de este hecho con posterioridad, a su padre, madre o adulto responsable que la menor señale, para lo cual consignará los datos que sean precisos para dar cumplimiento a esta obligación.

En la discusión en Sala de fecha 05 de enero de 2010, la Cámara de Diputados justificó ésta obligatoriedad de informar en casos de menores de 14 años en el hecho de que "(...) desde 2004, en Chile mantener relaciones sexuales con una menor de 14 años constituye un delito, salvo que no exista una diferencia superior a dos años entre la niña y el adolescente con quien ha mantenido relaciones sexuales. Lo anterior es especialmente importante, considerando que en relación con las agresiones sexuales contra mujeres, niños y niñas, que cada año afectan a cerca de dieciocho mil personas, en la gran mayoría de los casos los agresores son familiares o personas conocidas"¹⁴³.

En materia de aborto, la Ley 21.030¹⁴⁴ de fecha 23 de septiembre de 2017 que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo en tres

¹⁴² Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1049694>. [Fecha de consulta: 20 de octubre de 2017].

¹⁴³ Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/4799/>. [Fecha de consulta: 21 de octubre de 2017].

¹⁴⁴ Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1108237>. [Fecha de consulta: 21 de octubre de 2017].

causales, establece en su artículo 119, el derecho de la niña menor de 14 años a interrumpir su embarazo siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación. En este caso, además de su voluntad, la interrupción del embarazo deberá contar con la autorización de su representante legal, o de uno de ellos, a elección de la niña, si tuviere más de uno. A falta de autorización, entendiendo por tal la negación del representante legal, o si este no es habido, la niña, asistida por un integrante del equipo de salud, podrá solicitar la intervención del juez para que constate la ocurrencia de la causal.

El tribunal resolverá la solicitud de interrupción del embarazo sin forma de juicio y verbalmente, a más tardar dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la presentación de la solicitud, con los antecedentes que le proporcione el equipo de salud, oyendo a la niña y al representante legal que haya denegado la autorización. Si lo estimare procedente, podrá también oír a un integrante del equipo de salud que la asista.

Cuando a juicio del médico existan antecedentes para estimar que solicitar la autorización del representante legal podría generar a la menor de 14 años, un riesgo grave de maltrato físico o psíquico, coacción, abandono, desarraigo u otras acciones u omisiones que vulneren su integridad, se prescindirá de tal autorización y se solicitará una autorización judicial sustitutiva, la que debe ser solicitada al juez con competencia en materia de familia, del lugar donde se encuentre la menor de 14 años, en procedimiento reservado y sin oposición alguna de terceros distintos del representante legal que hubiere denegado la autorización.

Por su parte, en el caso de una adolescente mayor de 14, pero menor de 18 años, su voluntad de interrumpir su embarazo, deberá ser informada a su representante legal. Si la adolescente tuviere más de uno, sólo se informará al que ella señale. Ahora bien, si a juicio del equipo de salud existen antecedentes que hagan deducir razonablemente que proporcionar esta información al representante legal señalado por la adolescente, podría generar a ella un riesgo grave de maltrato físico o psíquico, coacción, abandono, desarraigo u otras acciones u

omisiones que vulneren su integridad, se prescindirá de la comunicación al representante y, en su lugar, se informará al adulto familiar que la adolescente indique y, en caso de no haberlo, al adulto responsable que ella señale.

En la historia de la ley se señala de forma expresa que la necesidad de regular la interrupción del embarazo en menores de edad, se debe justamente al hecho de que el ordenamiento jurídico busca proteger el interés superior de las niñas y reconoce su autonomía progresiva. Es así como en el derecho chileno se imputa responsabilidad penal a los mayores de 14 años, de acuerdo a la ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal; a su vez, la ley N° 20.418, que fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, les reconoce márgenes de libertad.

Por ello, este proyecto de ley se enmarcó en el reconocimiento de la autonomía limitada para las menores de 18 y mayores de 14 años, dándole eficacia a su manifestación de voluntad, pero cautelando el conocimiento de sus representantes legales o, a falta de éstos, de otro adulto.

Desde el punto de vista sanitario, se justificó lo anterior, asegurando que la presencia de sus mayores, es una garantía para la menor. En tal sentido, es importante recordar que en el Código Penal se reconoce a las personas mayores de catorce años autonomía sexual, mediando su consentimiento. Cuestión distinta ocurre con las menores de 14 años, quienes deben actuar con autorización de su representante legal, su padre, madre u otro adulto responsable.

Esta regulación eleva los estándares de participación de los representantes legales de las menores, en comparación con la ley N° 20.418.

No obstante, quedó de manifiesto en la historia de la ley que "(...) es importante reconocer un legítimo espacio de discernimiento a la menor, habida consideración que será ella quien sobrellevará las consecuencias de la

decisión, razón por la cual, al equipo de salud, se establece la posibilidad de acceder al juez de familia para que este otorgue la autorización respectiva, en subsidio de sus representantes, siempre que concurren los requisitos de la causal respectiva"¹⁴⁵.

Finalmente el proyecto reconoce que la violencia sexual que afecta a las niñas y adolescentes con frecuencia se manifiesta dentro de su propio hogar; por ello autoriza al médico cirujano a prescindir de la solicitud de autorización al representante legal de las menores de 14 años, cuando existan antecedentes para afirmar que, al hacerlo, se expondrá a la menor a un riesgo de violencia intrafamiliar, coacción, amenaza o maltrato, o incluso a una posible situación de desarraigo o de abandono. En tal caso, puede acudir al juez de familia competente.

Como sostiene Rodrigo Barcia, "el principio del ejercicio progresivo de los derechos del menor no es más que la consagración del principio del interés superior del menor, aplicado a los derechos de la personalidad"¹⁴⁶.

En el próximo capítulo se abordarán las críticas y propuestas respecto de la regulación chilena enfocadas a la atribución al adolescente de la autoridad paterna sobre su hijo o hija, en base a este principio de autonomía progresiva y el reconocimiento de su capacidad extrapatrimonial en materia de autoridad paterna.

¹⁴⁵ Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6701/>. [Fecha de consulta:21 de octubre de 2017].

¹⁴⁶ BARCIA LEHMANN, RODRIGO. 2006. Op. Cit. pp. 156.

CAPITULO III

CRITICAS Y PROPUESTAS RESPECTO DE LA REGULACIÓN CHILENA DE LA AUTORIDAD PARENTAL DEL PADRE O MADRE ADOLESCENTE

1. La autoridad parental adolescente en el derecho comparado:

Son muchos los países que reconocen en su normativa interna la calidad de sujeto de derecho a los niños, niñas y adolescentes, con reconocimiento expreso además a su autonomía progresiva y los actos que éstos pueden ejecutar válidamente, por sí mismos, como por ejemplo en materia de decisiones médicas sobre su propio cuerpo, tal como se ha señalado en párrafos precedentes en países como España y Alemania.

Sin embargo, son pocas las que reconocen, de forma expresa en una normativa clara y exigible, la autoridad parental de los padres adolescentes, partiendo por identificar como institución la autoridad parental y no el cuidado personal y patria potestad como conceptos separados, como ocurre en Chile.

En el Código de Familia de Nicaragua, Ley N° 870 del 24 de Junio del año 2014, se define la autoridad parental- o también llamada relación madre, padre e hijos o hijas- como "el conjunto de derechos y obligaciones que tienen los progenitores respecto a sus hijos e hijas en cuanto a su persona y sus bienes, siempre y cuando sean niños, niñas y adolescentes y no se hayan emancipado o mayores de edad declarados judicialmente incapaces. También ejercen la autoridad parental los abuelos, abuelas, así como otros familiares que encabecen la familia a falta de los progenitores"¹⁴⁷.

¹⁴⁷

Disponible

en:

<http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/9e314815a08d4a6206257265005d21f9/bf20230a44cce90e06257d400064baa7?OpenDocument>. [Fecha de consulta: 07 de diciembre de 2017].

El ejercicio de la autoridad parental corresponde al padre y madre conjuntamente o a uno de ellos cuando falte el otro. Se entenderá que falta el padre o la madre, no solo cuando hubiere fallecido, sino cuando se le haya despojado de tal facultad, se ausentare, se ignore su paradero o fuese judicialmente declarado incapaz. En caso de ausencia de ambos padres, la autoridad parental será ejercida por quien esté a cargo de la familia.

Asimismo, en su artículo 272¹⁴⁸, se establece de forma expresa que el padre y la madre que son adolescentes, ejercerán la autoridad parental sobre sus hijos e hijas, pero la representación legal de los mismos, así como la administración de los bienes, será asumida por los que tuvieren la autoridad parental de los padres que sean adolescentes, quienes la ejercerán conjuntamente, hasta que adquieran capacidad jurídica plena. Es decir, aunque sea de forma limitada, se reconoce la autoridad parental del padre y madre adolescente, cuestión que no ocurre en nuestra legislación, carente de toda norma al respecto.

Lo anterior debe relacionarse con el artículo 273 del mismo cuerpo legal, el cual establece excepciones a la representación legal de los progenitores, estando entre ellas, (i) los actos relativos a derechos de la personalidad y otros que el hijo o hija de acuerdo con la ley y las condiciones de su edad, pueda realizar por sí mismo-es decir, un reconocimiento a la autonomía progresiva del niño, niña o adolescente-, (ii) Los actos relativos a bienes heredados, legados o donados excluidos de la administración de los progenitores y (iii) Cuando existieren intereses contrapuestos entre uno o ambos progenitores con el hijo o hija.

Por su parte, el artículo 305 de dicho Código, establece una norma de protección respecto de la madre adolescente que indica que "las instituciones públicas y privadas en las cuales se encuentren estudiando o laborando

¹⁴⁸

Disponible en:
<http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/9e314815a08d4a6206257265005d21f9/bf20230a44cce90e06257d400064baa7?OpenDocument>. [Fecha de consulta: 07 de diciembre de 2017].

una adolescente embarazada, deberá garantizar la continuidad y permanencia en sus estudios o trabajo y respetar todos los derechos que le asisten, so pena de las responsabilidades, que por la inobservancia de este deber, puedan incurrir. Igualmente se deberán garantizar la igualdad de oportunidades para el ingreso a la institución. En ningún caso su situación de gravidez podrá constituir circunstancia de exclusión"¹⁴⁹.

En el Código de la Niñez y Adolescencia de Costa Rica, Ley N° 7739, si bien no se hace mención alguna al concepto de autoridad parental o de responsabilidad parental del padre adolescente, en su artículo 50 se establece una protección expresa al embarazo adolescente, indicando que "los centros públicos de salud darán a la niña o la adolescente embarazadas los servicios de información materno-infantil, el control médico durante el embarazo para ella y el nasciturus, la atención médica del parto y, en caso de que sea necesario, los alimentos para completar su dieta y la del niño o niña durante el período de lactancia. Las niñas o adolescentes embarazadas tendrán derecho a recibir un trato digno y respetuoso en los servicios de salud, particularmente en la atención médica u hospitalaria. En situaciones especiales de peligro para su salud o la del nasciturus tendrá derecho a atención de preferencia".¹⁵⁰

En Agosto del año 2015 entró en vigencia en Argentina el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, inédito en la región en cuanto a materias de infancia y adolescencia, ajustando su normativa interna a los principios y tratados internacionales contenidos en la Convención de Derechos del Niño.

¹⁴⁹

Disponible

en:

<http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/9e314815a08d4a6206257265005d21f9/bf20230a44cce90e06257d400064baa7?OpenDocument>. [Fecha de consulta: 07 de diciembre de 2017].

¹⁵⁰ Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/codigo_ninez_adolescencia_costa_rica.pdf. [Fecha de consulta: 08 de diciembre de 2017].

El reformado Código Civil de la nación Argentina recoge en su artículo 644, de forma expresa e inédita (versus lo que actualmente tenemos en la legislación chilena), un reconocimiento expreso a la paternidad adolescente.

Dicho artículo señala que "los progenitores adolescentes, estén o no casados, ejercen la responsabilidad parental de sus hijos pudiendo decidir y realizar por sí mismos las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud. Las personas que ejercen la responsabilidad parental de un progenitor adolescente que tenga un hijo bajo su cuidado pueden oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño; también pueden intervenir cuando el progenitor omite realizarlas acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo"¹⁵¹.

El consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores si se trata de actos trascendentes para la vida del niño, como la decisión libre e informada de su adopción, intervenciones quirúrgicas que ponen en peligro su vida, u otros actos que pueden lesionar gravemente sus derechos. En caso de conflicto, el juez debe decidir a través del procedimiento más breve previsto por la ley local. La plena capacidad de uno de los progenitores no modifica.

La norma en comento, diseña un sistema tal que por un lado, el adolescente padre puede ejercer la responsabilidad parental sobre su hijo, pero por el otro, tampoco deja sin acompañamiento a este adolescente. Quienes ejercen la responsabilidad parental sobre el padre adolescente, pueden oponerse a ciertos actos y bajo ciertas condiciones, expresamente indicadas en la norma, existiendo la posibilidad de concurrir al tribunal en caso de discordia. Se destaca además que la adquisición de la mayoría de edad de uno de los progenitores, cesando

¹⁵¹ Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Disponible en: [http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_1%20\(arts.%201%20a%20400\).pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_1%20(arts.%201%20a%20400).pdf). [Fecha de consulta: 4 de diciembre 2017].

su condición de adolescente, no altera este régimen si el otro padre no arribó a la mayoría de edad.

Se trata entonces de un sistema que brinda doble protección, destinada tanto al progenitor adolescente como a su hijo, en el que los adultos acompañan y apoyan al hijo/a adolescente en las decisiones relacionadas con su propio hijo, sin desplazarlo ni sustituirlo, cuestión inexistente en nuestro ordenamiento jurídico.

Argentina, tras la reforma del año 2015, se ha transformado en una legislación modelo en Sudamérica, en cuanto a la regulación de la infancia y adolescencia al establecer, en una regulación sustantiva, los derechos de los niños, niñas y adolescentes y los mecanismos para hacerlos valer, así como el reconocimiento de la autoridad y responsabilidad parental de adultos y padres menores de edad, todos cambios derivados de la necesidad de adecuar la legislación interna a los estándares exigidos por los Tratados Internacionales, sobre todo, por la Convención de Derechos del Niño.

En Chile, pese a que en la historia de la Ley 20.680 existe evidencia de que se discutió la necesidad de modificar el actual tratamiento dual del cuidado personal y patria potestad, como se desarrolló en el primer capítulo del presente trabajo¹⁵², finalmente la ley se aprobó con una modificación sustancial en cuanto a la coparentalidad, pero sin modificación alguna en cuanto al tratamiento del cuidado personal y la sustitución del concepto, límite y

¹⁵² Fabiola Lathrop indicó que: "nuestra realidad contrasta drásticamente con la de otros países, como Francia, España, Alemania, Italia y Argentina, en los que la patria potestad no se restringe a lo patrimonial. La elección de Bello es aisladísima. Podría haber seguido parcialmente al Código holandés pero ello tampoco está claro, Código en el que hace décadas esta situación fue revertida. Además, ambas cuestiones van de la mano en lo cotidiano; la solución solo se justifica en la medida que Bello separó las titularidades para dar injerencia a la madre en lo personal y al padre en lo patrimonial". En Historia de la Ley 20.680. Disponible en: www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4280/. [Fecha de consulta: 03 de octubre de 2017].

características de la patria potestad por el de responsabilidad parental, término ampliamente acuñado en Derecho Comparado.

Mucho menos podemos decir que exista una regulación clara e integral en materia de infancia y adolescencia en cuanto al tema que nos convoca, cual es la autoridad parental del padre o madre adolescente. Cabe preguntarnos ¿por qué se hace necesaria la regulación de ésta materia en nuestro derecho de familia?

Si reconocemos ámbitos de actuación de los adolescentes en Chile, en base a lo preceptuado por la Convención de Derechos del Niño y el derecho de este a ser oído recogido en la Ley de Matrimonio Civil y la Ley de Tribunales de Familia, por ejemplo en materias tales como cambio de sexo, transfusiones sanguíneas, cambio de nombre, donación de órganos o el consentimiento para iniciar su vida sexual, materias donde no opera la representación de los padres ¿por qué no podría regularse de forma clara y expresa los derechos y deberes del padre adolescente respecto de su hijo o hija?

El artículo 1.1º de la Constitución Política de la República de Chile, mandata de forma expresa que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Para Rodrigo Barcia, uno de los principios que ha llenado de contenido la dignidad humana de niños, niñas y adolescentes, es el principio de interés superior del niño¹⁵³.

En los siguientes párrafos, se analizan los principios de interés superior del niño, niña o adolescente; su derecho a ser oído, su autonomía progresiva y la responsabilidad parental, como los fundamentos de la necesidad de regulación y atribución al padre y madre adolescente, de la autoridad parental sobre su hijo o hija.

¹⁵³ BARCIA LEHMANN, RODRIGO. 2006. Op. Cit. pp. 153.

2. Fundamentos de la atribución al padre o madre adolescente de la autoridad parental de su hijo (a).

Para abordar la justificación de atribuir la autoridad paterna a los padres adolescentes respecto de su hijo (a) y el porqué de la necesidad de regular la materia en Chile, debemos analizar los principios y derechos expresamente contemplados en la Convención de Derechos del Niño y que, por el hecho de haber sido ratificada por Chile, están presentes en todo nuestro ordenamiento jurídico, constituyendo una ley mandante en materia de infancia y adolescencia. Estos son los principios de: el interés superior del niño, niña o adolescente; el derecho a ser oído; la autonomía progresiva del niño, niña o adolescente y la responsabilidad parental.

2.1. Interés superior del padre o madre adolescente.

El Comité de los Derechos del Niño adoptó, el 29 de mayo de 2013, la Observación General N° 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, en la que se efectúa un comentario exhaustivo del citado principio general, contenido en el párrafo primero del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁵⁴.

En dicho instrumento se define como un concepto dinámico que abarca diversos temas en constante evolución y establece que el objetivo del concepto de interés superior del niño, es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño.

Este principio, ha adquirido la connotación de principio general del derecho y responde a “(...) una aplicación clara de un criterio de prioridad que encuentra su fundamento último en una concepción de la justicia que se funde en el reconocimiento que las desigualdades sólo son tolerables, si satisfacen, entre otras condiciones, el <procurar el máximo beneficio de los miembros menos

¹⁵⁴ Disponible en http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf. [Fecha de consulta: 8 de Noviembre 2017].

aventajados de la sociedad>. La Convención, justamente pretende superar- a través del reforzamiento de su posición jurídica – el carácter de grupo menos aventajado que tradicionalmente ha acompañado a la infancia”¹⁵⁵.

Juan Andrés Orrego señala que son tres los grandes pilares de la Convención de Derechos del Niño: "1° Que el niño, necesita una protección y cuidados especiales (...) 2° Que deben respetarse los derechos que la Convención asegura a todo niño, sin importar cual sea su raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición que lo afecte, o a sus padres o a sus representantes legales. (...) 3° Que el interés del niño es un interés superior (...)"¹⁵⁶.

Para Maricruz Gómez de la Torre, puede otorgarse una triple función al principio del interés superior del niño: (i) es una garantía para el menor, debido a que toda decisión que le concierna debe considerar, fundamentalmente, sus derechos; (ii) asimismo, es una norma orientadora que no solo obliga a los legisladores y jueces sino a todas las instituciones públicas y privadas; y, por último, (iii) también debe ser vista como una norma de interpretación y de resolución de conflictos¹⁵⁷.

Al igual como ocurre en otros sistemas jurídicos, el principio del interés superior del niño se presenta en Chile como un concepto jurídico indeterminado, que necesita ser concretado en cada situación específica.

¹⁵⁵ CILLERO, MIGUEL y MADARIGA, HUGO. 1999. "Infancia, Derecho y Justicia". Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Sociales y UNICEF. Santiago, Chile. p. 27.

¹⁵⁶ ORREGO, JUAN ANDRÉS. 2007. "Temas de Derecho de Familia". Editorial Metropolitana. Santiago, Chile. pp. 29.

¹⁵⁷ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ. 2000. "El interés superior del niño", Gaceta Jurídica, N° 328, pp. 23.

Para Fabiola Lathrop, estamos ante un principio cuya definición se encuentra en desarrollo, o en otras palabras, que forma parte de los denominados conceptos indeterminados, relativos o abstractos, que adquieren verdadera dimensión cuando son aplicados al caso concreto.¹⁵⁸

La Corte de Apelaciones de Concepción, en causa caratulada Coronado Cea con Carrillo Maraboli¹⁵⁹ y en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Heyner Mena con Capdeville Arrate¹⁶⁰, se estableció que “el interés superior del niño alude a asegurar al menor el ejercicio y protección de sus derechos fundamentales y a posibilitar la mayor suma de ventajas en todos los aspectos de su vida, en perspectiva de su autonomía y orientado a asegurar el libre desarrollo de su personalidad”.

El interés superior del niño se satisface cuando se reconoce la titularidad de derechos constitucionales. La Constitución dispone que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos (art. 1º), asegurando derechos a todas "las personas" (art. 19).

Como ha señalado Rodrigo Barcia, la titularidad de derechos constitucionales es una que no se juzga a la luz de las reglas de capacidad patrimonial¹⁶¹.

En igual sentido se manifiesta la Observación General N° 7 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas que dispone que

¹⁵⁸ LATHROP GÓMEZ, FABIOLA. 2005. Cuidado personal de los hijos. Análisis de la Ley de matrimonio civil y Tribunales de Familia; Santiago de Chile; Punto Lex S.A; pp. 33.

¹⁵⁹ Coronado Cea con Carrillo Maraboli (2013). Corte de Apelaciones de Concepción; 21 de febrero de 2013. (CL/JUR/410/2013).

¹⁶⁰ Heyner Mena con Capdeville Arrate (2012). Corte de Apelaciones de Santiago; 9 de octubre de 2012 (CL/JUR/2279/2012).

¹⁶¹ LOVERA PARMO, DOMINGO. 2009. "Libertad de expresión e interés superior del niño, a propósito de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de 06 de marzo de 2009 y Corte Suprema de 23 de abril de 2009". Revista Chilena de Derecho Privado; N° 12, pp. 218.

"los niños pequeños son titulares de todos los derechos consagrados en la Convención"¹⁶², reafirmando, como se ha señalado a lo largo de este trabajo, la postura de que los niños, niñas y adolescentes, son sujetos de derechos.

Ahora bien, la responsabilidad otorgada a los padres está estrechamente vinculada al requisito de que actúen en el interés superior del niño.

El artículo 5 de la Convención de Derechos del Niño¹⁶³ establece que la función de los padres es ofrecer dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención. Ello se aplica igualmente a los niños más pequeños y a los mayores.

El artículo 18 de la Convención por su parte, reafirma que los padres o representantes legales tienen la responsabilidad primordial de promover el desarrollo y el bienestar del niño, siendo su preocupación fundamental el interés superior del niño (arts. 18 y 27 CDN).

En España, con la Ley Orgánica 1/1996 del 15 de enero de 1996 -cuya última modificación data del 29 de julio de 2015-, en su artículo segundo, se consagra de forma expresa el interés superior del niño como principio rector en materia de protección de los derechos de la infancia, señalando que: "Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le

¹⁶² Disponible en: <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>. [Fecha de consulta: 08 de noviembre de 2017].

¹⁶³ Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de su facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención. Disponible en: <http://unicef.cl/web/convencion/>. [Fecha de Consulta: 09 de Noviembre de 2017].

afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor¹⁶⁴.

En el caso de padres adolescentes, nos encontramos con dos sujetos de derecho: el padre y/o madre adolescente y su hijo (a).

Considerar que el padre adolescente es incapaz para tomar decisiones respecto de la vida, crianza y educación de su hijo (a) o incluso, privándolo de la toma de decisiones en éstas materias o sustituyendo su voluntad por la de los adultos que lo tienen bajo su cuidado, es vulnerar la Convención de Derechos del Niño.

En efecto, desde la óptica del principio de interés superior del niño, es el hijo (a) de ese padre adolescente, quien tiene el derecho a ser educado, criado, formado y cuidado, por sus padres, considerando siempre su más óptimo desarrollo y bienestar, para lo cual, es obligación a su vez del Estado, el promover políticas públicas de apoyo y contención para esos padres adolescentes, a fin de que logren mejores herramientas para la educación, formación y crianza de su hijo (a), en base además a su autonomía progresiva.

Como ya hemos señalado en párrafos precedentes, no existe en nuestro ordenamiento jurídico regulación específica en cuanto a la paternidad adolescente y los derechos-deberes derivados de dicha relación parental, a diferencia de la legislación Argentina.

¹⁶⁴

Disponible en:
https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=034_codigo_civil_y_legislacion_complementaria&modo=1. [Fecha de consulta: 07 de diciembre de 2017].

2.2. Derecho del padre o madre adolescente de ser oído.

Para determinar el "interés superior del niño" indefectiblemente se debe escuchar su opinión.

Como señala el considerando cuarto de la sentencia de fecha 18 de agosto de 2015, pronunciada por la Corte Suprema, en causa Rol 124-2015, "el interés superior del niño, niña o adolescente y su derecho a ser oído, son principios basales que los juzgadores que actúen en materia de familia deben siempre considerar de materia privilegiada y principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento"¹⁶⁵.

El artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño, establece que el niño tiene derecho a expresar libremente su opinión en todos los asuntos que le afecten y a que ésta se tenga debidamente en cuenta. Este derecho refuerza la condición del niño como participante activo en la promoción, protección y supervisión de sus derechos y se relaciona de forma estrecha con el principio de autonomía progresiva del niño, niña y adolescente.

Las Naciones Unidas considera el derecho del niño a ser oído como "uno de los cuatro principios generales de la Convención (...) lo que pone de relieve que este artículo no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos"¹⁶⁶.

Como portadores de derechos, incluso los niños más pequeños tienen derecho a expresar sus opiniones, que deberían "tenerse

¹⁶⁵ ESPADA MALLORQUÍN, SUSANA. 2015. "La efectiva aplicación del derecho del menor a ser oído". Revista Chilena de Derecho Privado, N° 25, pp.257 y 258.

¹⁶⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2013. Observación General N° 14, pp. 50-56. Disponible en: http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.pdf [Fecha de consulta: 4 de Diciembre de 2017].

debidamente en cuenta en función de la edad y madurez del niño” (art. 12.1 de la CDN).

En tal sentido, los padres o aquellas personas que detentan el cuidado del niño, niña o adolescente, deben ser alentados a ofrecer una “dirección y orientación” centrada en el niño, mediante el diálogo y los ejemplos, por medios que mejoren la capacidad del niño pequeño para ejercer sus derechos, en particular su derecho a participar (art. 12 CDN) y su derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 14 CDN).

La Observación General 12/2009 del Comité sobre los Derechos del Niño , señala que la escucha (el derecho del niño (a) de ser oído), no constituye únicamente una garantía procesal, sino que se erige como principio rector en toda cuestión que involucre o afecte al niño, niña o adolescente, sea en los ámbitos judiciales, administrativos, familiares, educativos, sociales, comunitarios, etc.¹⁶⁷.

Según la Observación, el ejercicio de este derecho-garantía no puede estar condicionado ni a pisos mínimos etarios ni a la presencia de cierto grado de madurez en el niño: todo niño o niña tiene derecho a ser oído.

En el Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil, Ley 8069 del año 1990, en su artículo 15 se establece que, el niño y el adolescente tienen derecho a la libertad, al respeto y a la dignidad como personas humanas en proceso de desarrollo y como sujetos de derechos civiles, humanos y sociales garantizados en la Constitución y en las leyes, mientras que conforme lo dispone el artículo 16 de dicho cuerpo legal, el derecho a la libertad comprende, dentro de sus aspectos, la opinión y expresión. Es decir, existe una normativa específica y concreta, que materializa el derecho de ser oído establecido por la Convención de Derechos del Niño.

¹⁶⁷ Disponible en: <http://unicef.cl/web/observaciones-generales-del-comite/>. [Fecha de consulta: 5 de diciembre de 2017].

En España, la Ley Orgánica 1/1996, del 15 de enero de 1996, establece en su artículo nueve que "el menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias"¹⁶⁸.

En Argentina, el derecho a ser escuchado se enmarca dentro de los llamados derechos de participación, y como tal constituye uno de los valores fundamentales para hacer efectiva la concepción del niño como sujeto de derecho, otorgándole voz, para la consideración del interés superior, para interpretar y hacer respetar todos los restantes derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Es justamente a la luz de este principio-derecho, sumado a la autonomía progresiva del padre adolescente, que se debe regular la forma en la cual este ejercerá la parentalidad sobre sus hijos.

Si el adolescente tiene la madurez suficiente para decidir sobre su cuerpo, no hay motivo para no permitir sus decisiones en cuanto al ejercicio de la parentalidad sobre sus propios hijos, siempre teniendo en vista el interés superior de ambos menores de edad.

¹⁶⁸

Disponible en:
https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=034_codigo_civil_y_legislacion_complementaria&modo=1. [Fecha de consulta: 07 de diciembre de 2017].

2.3. Autonomía progresiva del padre o madre adolescente:

La autonomía progresiva se puede definir como la "capacidad y facultad de niños 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. Implica reconocer a los niños la facultad de decidir cuándo y cómo quieren ejercer un determinado derecho, como asimismo la posibilidad de que en un momento determinado decidan no ejercerlo"¹⁶⁹.

Son tres Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño que han desarrollado estándares alrededor del consentimiento, la salud y los niños: La Observación General N° 3, N° 4 y N° 12.

Así, la Observación General N° 3 del 2003 sobre VIH/SIDA, estableció: (i) que la opinión de los niños debe ser tomada en cuenta para hacer pruebas de VIH, así como en la prevención, tratamiento y servicios y (ii) el derecho de información de todo lo relativo al VIH y el acceso a dicha información¹⁷⁰.

Por su parte, la Observación General N° 4 del año 2003, sobre el desarrollo y salud de los adolescentes, reconoce la autonomía de los menores de edad maduros para decidir sobre su salud y la obligación de respetar el derecho de los menores de edad a participar en las decisiones que los afectan¹⁷¹.

¹⁶⁹ VARGAS, M., CORREA, P. 2011. "La Voz de los Niños en la Justicia de Familia en Chile". En: Revista *Ius et Praxis* Año 17, (1) Universidad de Talca. Chile. p. 178.

En un sentido similar al de las autoras explica COUSO, Jaime. 2006. "El Niño como sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y Derecho a ser oído". En *Revista de Derechos del Niño*. Números 3 y 4. Santiago, Chile. pp. 150-153.

¹⁷⁰ Disponible en: <http://unicef.cl/web/observaciones-generales-del-comite/>. [Fecha de consulta: 07 de diciembre de 2017].

¹⁷¹ Disponible en: <http://unicef.cl/web/observaciones-generales-del-comite/>. [Fecha de consulta: 07 de diciembre de 2017].

Finalmente, la Observación General N° 12 del año 2009, sobre el derecho del niño a ser escuchado, reitera el derecho de los niños a participar en las decisiones que los afectan expresando su opinión y requiere de los Estados la presunción de que los niños son capaces de expresar su opinión en todos los asuntos que les afecten, incluyendo su salud sexual y reproductiva"¹⁷².

La Ley Orgánica 1/1996 española, del 15 de enero de 1996, considera dentro de los criterios para determinar lo mejor para el niño, niña o adolescente, en base a su interés superior, la edad y la madurez del menor de edad¹⁷³.

En el actual Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, existe una sección completa dedicada a la regulación de la persona menor de edad. El artículo 25 de dicho cuerpo legal define al menor de edad como la persona que no ha cumplido dieciocho años y como adolescente, a la persona menor de edad que cumplió trece.

Asimismo, en dicho Código se establece que la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Es más, se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo

¹⁷² Disponible en: <http://unicef.cl/web/observaciones-generales-del-comite/>. [Fecha de consulta: 07 de diciembre de 2017].

¹⁷³ Disponible en: https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=034_codigo_civil_y_legislacion_complementaria&modo=1. [Fecha de consulta: 07 de diciembre de 2017].

grave en su vida o integridad física. En dichos casos, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores y el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo¹⁷⁴.

Lo anterior, guarda relación y coherencia con lo dispuesto en la Opinión Consultiva (OC) 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que establece que se “deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de este, según corresponda, en la determinación de su derechos.

En esta ponderación se procurará el mayor acceso en la medida posible, agregando luego que, "la capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años y ello debe ser tenido en consideración a los fines de determinar su interés superior"¹⁷⁵.

Para Luis Zarraluqui Sánchez, es indiscutible que la ley, sea civil o penal, pretende definir qué sujetos tienen la capacidad de ser sujetos de derechos y obligaciones y en qué medida y para ello el primer elemento a tener en cuenta es la edad. La calificación de menor puede corresponder a unos guarismos para unas cosas y a cifras diferentes para otras¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Disponible en: [http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20\(arts.%201%20a%20400\).pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20(arts.%201%20a%20400).pdf). [Fecha de consulta: 4 de diciembre 2017].

¹⁷⁵ Corte IDH, OC 17/2002, pto. 101. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf. [Fecha de consulta: 5 de diciembre de 2017].

¹⁷⁶ ZARRALUQUI SÁNCHEZ, LUIS. 2009. "El tratamiento de los menores y los jóvenes", comentarios VLex. Disponible en . [Fecha de consulta: 5 de diciembre de 2017].

En Argentina, todo el régimen de capacidad de los menores de edad no se asienta en condiciones etarias puras, sino que introduce la pauta más maleable y permeable de “madurez suficiente”, que permite discernir, en el caso concreto, la posibilidad de tomar una decisión razonada en relación al acto concreto, apareciendo así como un sistema más justo y cercano al respeto de la persona humana.

En igual sentido, la justificación en base a este principio, de regular la autoridad parental del padre adolescente, va justamente en la línea de que, como sujeto de derechos, al igual que su hijo, teniendo el derecho a ser oído y en base no sólo a un rango etario, sino que a su madurez, no hay motivo por el cual no se pueda regular los derechos-deberes y la forma de ejercerlos respecto de su propio hijo, siempre ayudado o apoyado por los adultos que están a su cuidado, pero sin limitar, reemplazar o sustituir su propia voluntad, tal como contempla la legislación Argentina.

2.4. Responsabilidad parental del padre o madre adolescente respecto de su hijo (a):

El artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁷⁷, reconoce a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad.

Entendiendo actualmente a la familia como un núcleo complejo de relaciones y configuraciones que surgen de acuerdos formales o informales y estando dentro de ésta configuración la "familia adolescente", como señala Nicolás Espejo, dentro de este marco surge la institución de la responsabilidad parental: "aquellos derechos, deberes, poderes, responsabilidades y autoridades que, por ley, tiene un padre o madre de un niño, en relación al niño y sus bienes. Como tal,

¹⁷⁷ "Art. 17.1 CADH: La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado". Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm. [Fecha de consulta: 07 de diciembre de 2017].

la responsabilidad parental permite comprender de mejor modo el complejo entramado de expectativas, potestades, obligaciones y derechos que surgen en el marco de las relaciones entre padres e hijos"¹⁷⁸.

En el Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay, Ley 17.823¹⁷⁹, en su artículo 14, establece que el Estado pondrá el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres o sus representantes legales, cuya preocupación fundamental será el interés superior del niño, tienen obligaciones y derechos comunes en lo que respecta a su crianza y desarrollo, reconociendo así la coparentalidad, aunque al igual que en Chile, se sigue acuñando el término patria potestad y no responsabilidad parental.

En el Código de la Infancia y Adolescencia de Colombia, en su artículo 14 se establece que "la responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos"¹⁸⁰.

El Código de la Niñez y la Adolescencia de la República del Ecuador, dispone en su artículo 100 que el padre y la madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar, en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas comunes.

¹⁷⁸ LATHROP GÓMEZ, FABIOLA y ESPEJO YAKSIC, NICOLAS. 2017. Op. Cit. pp. 51.

¹⁷⁹ Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Ninez_Adolescencia_Uruguay.pdf. [Fecha de consulta: 07 de diciembre de 2017].

¹⁸⁰ Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_de_la_Infancia_y_la_Adolescencia_Colombia.pdf. [Fecha de consulta: 07 de diciembre de 2017].

Asimismo, el artículo 105 del mismo cuerpo legal, señala que “la patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la Ley”¹⁸¹.

En Argentina, tras la reforma del Código Civil en el año 2015, el concepto de responsabilidad parental se integra con la Convención de Derechos del Niño, en especial, su art. 18 y con lo previsto en el art. 7 de la ley 26.061 argentina, en tanto dispone que “el padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos”¹⁸².

Conforme lo dispone el artículo 639 del Código Civil de la Nación Argentina, la responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores, convivan o no, sean matrimonio o no, como titulares ambos, sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado, concepto que en Chile, responde a Patria Potestad.

Como ya hemos mencionado a lo largo de este trabajo, la responsabilidad parental se relaciona directamente con la idea de contención y acompañamiento que los progenitores ejercen en interés de los hijos, teniendo como límite el principio de su autonomía progresiva y se rige por los principios generales de interés superior del niño, la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía,

¹⁸¹ Código de la Niñez y la Adolescencia de la República del Ecuador. Disponible en: www.iadb.org/research/.../leyn.../ECU-Codigo-de-la-Ninez-y-la-Adolescencia-.doc. [Fecha de consulta: 07 de diciembre de 2017].

¹⁸² Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Disponible en: [http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_1%20\(arts.%201%20a%20400\).pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_1%20(arts.%201%20a%20400).pdf). [Fecha de consulta: 4 de diciembre 2017].

disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez¹⁸³.

Claramente, los padres adolescentes, sujetos de derecho, persona según la Constitución y quienes tienen asegurada la igualdad ante la ley como cualquier otra persona en territorio nacional, tienen el deber-derecho de orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de su hijos, en relación a todos los demás principios ya tratados, los cuales se entrecruzan y relacionan unos con otros, no existiendo justificación alguna para, por un lado, reconocer someramente su autonomía progresiva, derecho de ser oído y su interés superior, obviando por otro su derecho a ejercer la responsabilidad parental respecto de sus propios hijos. De allí la necesidad de regulación integral.

3. Propuestas para el derecho chileno: Regulación de la autoridad parental Adolescente.

El sistema actual chileno en materia de cuidado personal y patria potestad, prioriza la figura de la tutela estatal sobre la infancia y adolescencia y en el caso de los padres adolescentes, la tutela por parte de los abuelos del niño (a) sobre su nieto (a), en vez de admitir el ejercicio de la autoridad parental y de la responsabilidad parental, con ciertos límites o bajo condiciones claras y concretas como en el caso de la legislación argentina, a los propios padres adolescentes quienes son los primeros llamados a ejercer dichos derechos-deberes sobre sus hijos.

Este sistema rígido tiene los siguientes inconvenientes: (i) excluye a los progenitores menores de edad de la posibilidad de

¹⁸³ NOTRICA, FEDERICO P. y RODRIGUEZ ITURBURU, MARIANA I. Op. Cit. pp.137. Disponible en: <http://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/473-responsabilidad-parental-algunos-aspectos-trascendentales-luz-del>. [Fecha de consulta: 04 de diciembre 2017].

reafirmar su rol de padres; (ii) viola el derecho de los niños a permanecer y vincularse jurídicamente con sus progenitores cuando estos son menores de edad no emancipados; (iii) crea una desigualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales desde que si los progenitores menores de edad celebran matrimonio, acto que poco tiene que ver con la madurez o aptitud para criar un hijo, ipso iure, se los considera hábiles o aptos para asumir tal rol.

Es decir, pese a que en el año 1990 Chile ratificó la Convención de Derechos del Niño, en la actualidad si bien se ha avanzado en materia de protección de la infancia y adolescencia, aún nos falta un reconocimiento expreso, mediante normativa sustantiva e integral, de principios basales de la Convención, tales como los principios de autonomía progresiva del niño, niña o adolescente y el derecho de ser oídos, vinculados al interés superior del niño y mecanismos para hacerlos efectivos, específicamente en cuanto a la materia que nos convoca, esto es, la autoridad parental del padre y madre adolescente.

No existe en nuestra legislación tratamiento en cuanto a la autoridad parental como un único instituto en materia de efectos de la filiación, pese a que académicos como Fabiola Lathrop, en la discusión de la Ley N° 20.680, argumentó la necesidad de modificar el actual tratamiento dual de la autoridad parental, promulgándose finalmente sin hacer mención alguna a ella y sin modificar el actual instituto de la patria potestad de forma significativa. Menos aún existe una regulación en cuanto a la autoridad parental adolescente.

Miguel Cillero es partidario de la creación de una Ley de Protección Integral de los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia, señalando que "un Estado Constitucional de Derecho debe tener como uno de sus pilares fundamentales el respeto, la protección y la promoción de la dignidad humana, es decir, la igual consideración y respeto que se le debe a todas las personas, las que

deben ser consideradas como fines en sí mismas y no como medios para conseguir fines de otros individuos o colectividades"¹⁸⁴.

En igual sentido debe existir un reconocimiento de la idea de autonomía y capacidad de los niños y niñas en el ejercicio de sus derechos ante la autoridad, como sucede por ejemplo en España, en materia de derechos sociales y reproductivos.

Uno de los mecanismos para concretar el principio de autonomía es la emancipación, lo que implica no obstaculizar el acceso de los niños, niñas y adolescentes a los recursos y/o servicios.

En tal sentido se ha pronunciado Faerman, al afirmar que "el derecho a la vida y a la integridad corporal, por ejemplo, no sólo comprende el verse libre de actos que pueden involucrar la muerte o lesiones sino también el contar con los beneficios de una medicina preventiva y curativa adecuada, con albergue, abrigo, y posibilidades de descanso satisfactorio, etc. Del mismo modo, el derecho a la libre expresión de ideas, no se satisface sólo removiendo los obstáculos a esa expresión sino también ofreciendo los instrumentos que la hagan posible"¹⁸⁵.

Por lo anterior, se hace urgente y necesaria una regulación integral en materia de infancia y adolescencia que incluya la modificación y creación de una institucionalidad basada en el reconocimiento expreso de los derechos y deberes contenidos en la Convención, que no sea simplemente hacer un catálogo de

¹⁸⁴ Nueva Institucionalidad de Infancia y Adolescencia en Chile (Aportes de la sociedad civil y del mundo académico). Unicef. 2012. Serie reflexiones. Infancia y Adolescencia N° 13. Unicef. Santiago. Chile. Disponible en: http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/WD%2013%20Ciclo%20Debates%20WEB.pdf. pp. 14.

¹⁸⁵ FAERMAN, ROMINA. 2011 Documento de trabajo N°6: Las decisiones de los niños, niñas y adolescentes a la luz del principio de autonomía personal. Ministerio Público Tutelar, Buenos Aires. Disponible en: <http://www.xn--observatorioniez-kub.cl/wp-content/uploads/2015/07/cuaderno-autonomia-observatorio-1.pdf>. [Fecha de consulta: 8 de diciembre de 2017].

derechos, sino que implementando los mecanismos para hacerlos efectivos y la red de apoyo para lograrlo.

Es necesario contar por ejemplo con un recurso judicial específico de protección general de todos los derechos de la infancia que permita poner término a una violación de derechos y a su vez, exigir la actividad de una autoridad pública que ha negado un servicio o lo otorga de un modo insuficiente¹⁸⁶.

En otras palabras, a criterio de Cillero, "(...) al interior de un sistema jurídico nacional, las disposiciones relativas a los derechos de los niños, incorporadas a aquél por medio de la ratificación de la CDN y por normas de fuente nacional, cumplen los siguientes cometidos: reafirmar que las niñas y los niños, como personas humanas, tienen iguales derechos que todas las personas; especificar estos derechos para las particularidades de la vida y estado de desarrollo de la infancia; establecer derechos propios de la niñez (como los derivados de la relación paterno/filial o el derecho al esparcimiento); regular los conflictos jurídicos derivados de la vulneración de los derechos de la niñez o de su colisión con los derechos de los adultos; orientar las políticas públicas en relación a la infancia; y limitar las actuaciones de las autoridades"¹⁸⁷.

Unificar bajo un sólo instituto denominado autoridad parental, el cuidado personal y la patria potestad, reemplazando el concepto de ésta última por el de responsabilidad parental, para así estar en sintonía con los estándares internacionales, es claramente otra reforma pendiente.

Bajo este mismo escenario, reconocer la autoridad parental de los padres adolescentes y su forma de ejercerla, como lo hace Argentina,

¹⁸⁶ Nueva Institucionalidad de Infancia y Adolescencia en Chile (Aportes de la sociedad civil y del mundo académico). Unicef. 2012. Op. Cit. pp. 22.

¹⁸⁷ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. 2011. Infancia, Autonomía y Derechos. Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, pp. 2. Disponible en: www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/explotacion_sexual/Lectura4.Infancia.DD.pdf. [Fecha de consulta: 08 de diciembre de 2017].

más allá del derecho del adolescente de decidir sobre su propio cuerpo, es también una reforma necesaria y urgente en pro de un reconocimiento formal de la Convención de Derechos del Niño por nuestro ordenamiento jurídico, con mecanismos expresos de ejercicio de los derechos en ella consagrados, especialmente en materia de autoridad parental y el ejercicio de esta por los adolescentes padres, creando un sistema integral de normas que lo protegen, así como políticas públicas de orientación y acompañamiento para tales fines.

CONCLUSIONES

Si bien es claro que en nuestra legislación se ha avanzado en materia de reconocimiento y protección de los derechos de la infancia y adolescencia, aún faltan reformas importantes.

La Convención de Derechos del Niño es uno de los principales instrumentos internacionales que deben servir de base para la estructuración de una reforma integral.

Dentro de esta reforma integral, como lo ha planteado un gran sector de nuestra doctrina nacional, se encuentra la unificación bajo un solo instituto, denominado autoridad parental, del cuidado personal y la patria potestad, entendida como responsabilidad parental.

El lenguaje crea realidades y es por tal motivo la necesidad de reformar estos conceptos, tal como lo entendieron los legisladores argentinos al momento de reformar su Código Civil el año 2015, además de que en la actualidad no existe fundamento alguno para justificar el tratamiento dual de ambas instituciones, en base a los principios tales como la igualdad de los padres, corresponsabilidad y coparentalidad.

Asimismo, dentro de esta gran reforma de unificación, que integre todos los derechos y deberes que tienen los padres respecto de sus hijos y estos a su vez respecto de sus progenitores, debemos contemplar la formulación de normativa clara y expresa que regule la forma de ejercer la parentalidad para el caso de los padres o madres adolescentes, figura en la cual nos encontramos con dos sujetos de derechos, menores de edad, pero que requieren igual reconocimiento y protección de sus derechos derivados de a filiación: el padre o madre adolescente y su hijo.

El padre o madre adolescente son sujetos de derecho de igual forma que su hijo y ambos requieren igual protección por el Estado, tal como se contempla de forma genérica por nuestra Constitución en su artículo 1.1º que establece la igualdad de todas las personas ante la ley. Mas, dicha protección no debe inclinarse más hacia un lado que el otro, por el simple hecho de suponer, en un afán tutelar del Estado, que el menor adulto es incapaz de asumir por sí todos y cada uno de los deberes que implica la paternidad.

Considerar que el adolescente es "capaz" para ejecutar una serie de actos por sí o incluso, para contraer matrimonio, con los requisitos claro que establece la norma y con ello asumir que adquiere una mayor capacidad por este hecho, pero a su vez, considerarlo como incapaz de ejercer la autoridad parental sobre su hijo o hija, no sólo es una contradicción evidente, sino que además es desconocer la autonomía progresiva del niño, niña y adolescente, principio rector de la Convención de Derechos del Niño, instrumento ratificado por Chile y que por tanto, lo obliga.

Es desconocer además el derecho del niño a ser oído y que se tome en cuenta su opinión, obviando así, probablemente en una intención tutelar del Estado de protección, el interés superior de ambos sujetos de derecho: del padre o madre adolescente y de su hijo que tiene el derecho a ser cuidado y guiado por sus padres, no por sus abuelos u otros adultos responsables del cuidado del adolescente.

Debemos avanzar en el reconocimiento de la autonomía progresiva pero de forma expresa, con normas claras que así lo contemplen, tomando en cuenta el grado de madurez y discernimiento del niño, niña o adolescente, por sobre rangos etarios arbitrarios, escuchando su opinión y acompañándolo en sus decisiones, pero nunca sustituyendo su voluntad y mucho menos reemplazándola.

La idea es que los adultos responsables de ese padre adolescente, ayuden a generar en este las herramientas necesarias para ejercer

la parentalidad sobre su hijo, pero no sustituirlo en aquella tarea y por su parte, el Estado es el llamado a asegurar los derechos de ese padre adolescente y su hijo, a través de una normativa clara, creando mecanismos de acompañamiento y las instancias judiciales y/o administrativas para recurrir en caso de controversias en decisiones fundamentales en la vida de ese niño, todas reformas pendientes, por cuanto nuestra actual legislación no contempla norma alguna al respecto.

Así, es deber del Estado garantizar la efectividad de los derechos y deberes de los miembros de la familia consagrados en la Constitución Política y en los tratados internacionales vigentes y que se facilite y se asegure, el derecho del niño a ser oído en todo asunto que lo involucre, tal como lo consagra el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño; la titularidad de todos los derechos consagrados en la Constitución Política y en los tratados internacionales a toda persona, expresando aquellos grupos de personas que requieren mayor resguardo por encontrarse con en situación de vulnerabilidad y la incorporación a la Constitución Política, de un catálogo especial de derechos donde se consagren de manera expresa los derechos fundamentales reconocidos a la niñez, para que no quepa duda acerca de su situación como titular de derechos, reconociendo expresamente en un apartado, los derechos y deberes de los padres adolescentes respecto de sus hijos y la forma de ejercerlos.

La Convención sobre los Derechos del Niño adhiere a la capacidad del niño vista como un proceso, reconociendo el derecho del niño a crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad y amor para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, señalando también que deberá ser preparado para una vida independiente en sociedad, lo que queda de manifiesto en los artículos 5 y 12 de dicho instrumento.

El niño, para lograr su pleno y armonioso desarrollo psicológico, necesita un entorno familiar que satisfaga sus necesidades evolutivas, lo que significa reconocer su opinión y permitir su colaboración en todo lo que afecta a su persona, haciéndolo reflexionar sobre las consecuencias de sus actos.

Debemos comprender que los niños, niñas y adolescentes son personas, sujetos de derecho y que al ser padres, tienen una responsabilidad con su propio hijo, responsabilidad y autoridad parental de la cuales son plenamente capaces de ejercer en base a su autonomía progresiva, siempre teniendo en vista el interés superior de ese hijo y con un acompañamiento o guía de los adultos responsables de ese adolescente, sin sustituir ni reemplazar su voluntad.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

1. ABELIUK M., René. La Filiación y sus Efectos, Vol. 1. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.
2. ÁLVAREZ CID, CARLOS. 1998. Derechos y Obligaciones entre Padres e Hijos, en Particular de la Autoridad Paterna. Revista de Derecho. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Concepción. N° 204. Año LXVI.
3. ÁLVAREZ GONZALEZ, ANDREA. 2006. Razones para la unificación en el tratamiento de la responsabilidad parental. Memoria Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile. Facultad de Derecho.
4. CARRASCO PERALTA, MANUEL. 2016. Derecho de familia: Nuevos retos y realidades. Estudios jurídicos de aproximación del Derecho Latinoamericano y Europeo. Dykinson.
5. CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. 1999. "Infancia, justicia y derecho", Bravo y Allende Editores.
6. GIL DOMINGUEZ, ANDRÉS. FAMA, MARÍA VICTORIA. HERRERA, MARISA. 2006. "Derecho Constitucional de Familia". Tomo I, 1° Ed. Ediar Argentina.
7. GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ. 2000. "El interés superior del niño", Gaceta Jurídica, N° 328.
8. LATHROP GÓMEZ, FABIOLA y ESPEJO YAKSIC, NICOLAS. 2017. Responsabilidad Parental. Legal Publishing.
9. LATHROP GÓMEZ, FABIOLA. 2005. Cuidado personal de los hijos. Análisis de la Ley de matrimonio civil y Tribunales de Familia; Santiago de Chile; Punto Lex S.A
10. MEZA BARROS, Ramón. Manual de Derecho de Familia. 3° Edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1995.
11. MIZRAHI, MAURICIO. Responsabilidad parental. Cuidado personal y comunicación con los hijos. 2015. Editorial Astrea.
12. NOTRICA, FEDERICO P. y RODRIGUEZ ITURBURU, MARIANA I. "Algunos aspectos trascendentales a la luz del Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación. Saldando viejas deudas".
13. ORREGO, JUAN ANDRÉS. 2007. "Temas de Derecho de Familia". Editorial Metropolitana. Santiago, Chile.

14. ROCA, ENCARNA. 1999. Familia y cambio social. Madrid. Civitas Ediciones.
15. RODRÍGUEZ PINTO, M. S. 2010. Una relectura de la patria potestad como función tuitiva sobre la persona y bienes de los hijos. *Ius et praxis* - Núm. 16-1.
16. SCHMIDT HOTT, CLAUDIA y VELOSO, PAULINA. 2001. La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia. Santiago. Editorial Conosur LexisNexis. Chile.
17. VIAL DEL RIO, VÍCTOR. 2007. "Manual de las Obligaciones en el Código Civil Chileno", Biblioteca Americana, Chile.

REVISTAS, SEMINARIOS Y DOCUMENTOS

1. ACUÑA SAN MARTÍN, MARCELA. 2013. El principio de corresponsabilidad parental. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Sección: Estudios Año 20 - N° 2.
2. BARCIA LEHMANN, RODRIGO. "La capacidad extrapatrimonial de los niños y adolescentes conforme a sus condiciones de madurez". 2013. *Revista Lus et Praxis*, año 19, N° 2
3. BARCIA LEHMANN, RODRIGO. 2006. "Sobre la capacidad de los adolescentes para recibir la denominada píldora del día después". *Revista Chilena de Derecho Privado*.
4. CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. 2014. "Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios", en "Boletín del Instituto Interamericano del Niño", N° 234.
5. CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. 2001. "Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva", *Justicia y Derechos del Niño*. N°3.
6. CILLERO, MIGUEL y MADARIGA, HUGO. 1999. "Infancia, Derecho y Justicia". Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Sociales y UNICEF.
7. COUSO, JAIME. 2005. "El niño como sujeto de derechos y la nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y derecho a ser oído". *Revista de Derechos del Niño*. N° 3 y 4. 2006. Programa de Derechos del Niño del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales.
8. CORNEJO AGUILERA, PABLO. 2014. La reforma de la patria potestad por la Ley N° 20.680: Una revisión todavía inconclusa. *Revista de Derecho de Familia*. N° 1. Volumen I-2014.
9. DAVILA LEÓN, OSCAR. 2004. "Adolescencia y Juventud: De las nociones a los abordajes". *Revista Última Década* N° 21. CIDPA VALPARAISO.

10. DÍAZ DE VALDÉS, JOSÉ MANUEL. 2010. "Un marco constitucional para los tratamientos médicos de niños, niñas y adolescentes", Revista Chilena de Derecho, Volumen 37, N°2.
11. ESPADA MALLORQUÍN, SUSANA. 2015. "La efectiva aplicación del derecho del menor a ser oído". Revista Chilena de Derecho Privado, N° 25.
12. FAERMAN, ROMINA. 2011 Documento de trabajo N°6: Las decisiones de los niños, niñas y adolescentes a la luz del principio de autonomía personal. Ministerio Público Tutelar, Buenos Aires.
13. HERRERA, MARISA. 2009. "Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino". En Justicia y derechos del niño. N° 11. Unicef.
14. LAUROBA LACASA, M. E. Ejercicio de la guarda y la responsabilidad parental. La propuesta del Código Civil Catalán. 2011. Revista Jurídica de Catalunya. N° 2. pp. 313-344. BRIDGEMAN, Jo, "Parental Responsibility, Responsible Parents and Legal Regulation". En BRIDGEMAN, Jo; LIND, Craig; KEATING, Heather M. Responsibility, Law and the Family, Ashgate, 2008.
15. LATHROP, FABIOLA. 2010. Inconstitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del Cuidado Personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil chileno. Revista Ius et Praxis. Año 16. N° 2.
16. LATHROP, FABIOLA. 2008. Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos. Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri. N° 10.
17. LATHROP, FABIOLA. 2017. "Constitucionalización y Jurisprudencia Constitucional en el Derecho de Familia Chileno", Estudios Constitucionales, Año 15, N° 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca.
18. LEPIN MOLINA, CRISTIAN. 2013. Reformas a las relaciones paterno-filiales. Análisis de la Ley N° 20.680. Revista La Semana Jurídica. Volumen 58.
19. LEPIN MOLINA, CRISTIAN. 2014. Modificaciones a los efectos de la filiación. Una cuestión de Principios. Revista de Derecho de Familia. N° 1. Volumen I-2014.
20. LOVERA PARMO, DOMINGO. 2009. "Libertad de expresión e interés superior del niño, a propósito de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de 06 de marzo de 2009 y Corte Suprema de 23 de abril de 2009". Revista Chilena de Derecho Privado; N° 12.
21. MAGISTRIS, GABRIELA. Evolución de la Relación del Niño con su Familia. Responsabilidad Parental y Concepción del Niño como Sujeto de Derechos. Tensiones y Compatibilidades. XIX Congreso Panamericano del Niño. En: Red Jurídica Europea en Materia Civil y Mercantil.

22. NOTRICA FEDERICO, P. y RODRIGUEZ ITURBURU, M. 2014. Responsabilidad Parental. Algunos aspectos trascendentales a la luz del Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación. Saldando viejas deudas. En Revista Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea.
23. QUINTANA VILLAR, MARIA SOLEDAD. 2014. "La titularidad del cuidado personal y el ejercicio de la relación directa y regular a la luz de la jurisprudencia actual". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XLIII
24. RODRIGUEZ PINTO, MARÍA SARA. 2010. "El cuidado personal de niños y adolescentes en el nuevo Derecho Chileno de Familia", Revista chilena de Derecho Privado, N° 15.
25. SANTI, MARIANA. Consentimiento del Menor y de los Padres. En: XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de La Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales.
26. SCHMIDT HOTT, CLAUDIA. 2004. De Las Relaciones Parentales Conforme al Nuevo Estatuto Filiativo y Especialmente de la Relación Filial Personal. Revista de Derecho Comparado. Volumen 9. Rubinzal – Culzoni Ediciones. Buenos Aires. Argentina.
27. TAPIA RODRIGUEZ, MAURICIO. 2016. Constitucionalización del Derecho de Familia. Revista de Derecho de Familia, N° 3, Volumen III-2016
28. UNICEF. 2011. Informe "La adolescencia. Una época de oportunidades", pp. 6. Estado Mundial de la Infancia.
29. UNICEF. Nueva Institucionalidad de Infancia y Adolescencia en Chile (Aportes de la sociedad civil y del mundo académico). Unicef. 2012. Serie reflexiones. Infancia y Adolescencia N° 13.
30. VARGAS, M., CORREA, P. 2011. "La Voz de los Niños en la Justicia de Familia en Chile". En: Revista Ius et Praxis Año 17, (1) Universidad de Talca. Chile.
31. ZARRALUQUI SÁNCHEZ, LUIS. 2009. "El tratamiento de los menores y los jóvenes", comentarios VLex.

TEXTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES (VIGENTES O PROYECTOS) NACIONALES E INTERNACIONALES

1. Constitución Política de la República de Chile. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>.
2. Código Civil. 14° edición oficial, aprobada por Decreto N° 803, de 29 de agosto de 2000, del Ministerio de justicia. Editorial Jurídica de Chile, 2002.

3. Convención de Derechos del Niño. Disponible en: <http://www.unicef.org/argentina/spanish/7.-Convencionsobreloderechos.pdf>.
4. Children Act 1989, Parte I, Sección 3. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/contents>.
5. Reglamento de Bruselas II del año 2003. Disponible en: https://e-justice.europa.eu/content_family_matters-44-es.do.
6. Primer Informe de Comisión de Familia. Cámara de Diputados. 23 de Mayo de 2011. Informe de Comisión de Familia en sesión 35. Legislatura 359. Historia de la Ley 20.680. Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadelaLey/nc/historia-de-la-ley/4280/>
7. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Disponible en: http://www.uba.ar/archivos_secyt/image/Ley%2026994.pdf.
8. Código Civil Peruano. Disponible en: <http://spij.minjus.gob.pe/notificacion/guias/CODIGO-CIVIL.pdf>.
9. Código Civil Español. Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>
10. Código de la Infancia y la Adolescencia Colombia. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_de_la_Infancia_y_la_Adolescencia_Colombia.pdf.
11. Código de Familia de Nicaragua. Disponible en: <http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/9e314815a08d4a6206257265005d21f9/bf20230a44cce90e06257d400064baa7?OpenDocument>.
12. Código de las familias y del proceso familiar de Bolivia. Disponible en: <http://www.lexivox.org/norms/BO-L-N603.xhtml>.
13. Código de Familia de Costa Rica. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_de_Familia_Costa_Rica.pdf.
14. Convención Americana de Derechos Humanos. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.
15. Informe Ley de Corresponsabilidad. Ley N° 20.680. Unidad de mediación – Ministerio de Justicia. Disponible en: <http://www.mediacionchile.cl/media/2015/11/informe-corresponsabilidad.pdf>.
16. Estatuto del Niño y del Adolescente (Ley 8069, de 1990) de Brasil. Disponible en: <http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/normativas/30/ley-ndeg-80691990-estatuto-del-nino-y-del-adolescente>.
17. Código de la Niñez y Adolescencia (Ley 17.823) de Uruguay. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Ninez_Adolescencia_Uruguay.pdf.

18. Código de la Niñez y Adolescencia de Costa Rica (Ley 7739). Disponible en: <http://www.tse.go.cr/pdf/normativa/codigodelaninez.pdf>.
19. Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, del año 2007 de Venezuela. Disponible en: <http://aliadasencadena.org/wp-content/uploads/2017/01/LOPNNA.pdf>.
20. Ley N° 19.968 que crea los tribunales de familia. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557>.
21. Código de la Salud Pública Francia. Disponible en: www.psoe.es/download.do?id=197556.
22. Ley Orgánica 1/1996 sobre Protección Jurídica del Menor España. Disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/lo1-1996.html#i.
23. Observación General N° 14. Disponible en: http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.pdf.
24. Observación General N° 3 y N° 12. Disponible en: <http://unicef.cl/web/observaciones-generales-del-comite/>.
25. Código de la Niñez y la Adolescencia de la República del Ecuador. Disponible en: www.iadb.org/research/.../leyn/.../ECU-Codigo-de-la-Ninez-y-la-Adolescencia-.doc.