



Universidad Católica de la Santísima Concepción.

Facultad de Derecho.

Proyecto de Investigación para optar al grado de Egresado de Derecho:

“El concepto del interés superior del niño: Su alcance en nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia”.

Alumno: Ma. Consuelo Medina Lema

Profesor Guía: Sr. David Vargas.

INDICE

Introducción.	3
Justificación del proyecto de Investigación.	4
Objetivos.	5
Hipótesis de Investigación.	5
Análisis del concepto del interés superior del niño, niña o adolescente en la normativa vigente en nuestro país.	6
- Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.	6
- El interés superior de los menores en la Constitución Política de la Republica de 1980.	8
- El interés superior del niño, niña o adolescente dentro de las normas contenidas en el código civil chileno.	10
- Concepto en la Ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia.	25
- El interés superior del niño, niña o adolescente en la ley 19.947, de Matrimonio Civil.	29
Determinación del concepto del Interés superior del niño, niña o adolescente. Aproximaciones.	33
Concepto de “Interés superior del niño, niña o adolescente”.	39
Conclusiones.	40
Bibliografía.	41

INTRODUCCION.

Por medio de la presente tesina se tratará de analizar el concepto de el interés superior del niño, niña y adolescente en el Derecho chileno, el cual es relativamente nuevo en nuestra legislación y respecto del cual no existe una definición o determinación.

Para lo cual se llevara a cabo un estudio de los orígenes del Derecho de los niños, como protector de los más débiles en el ámbito de las relaciones de familia, para luego efectuar un compendio de las normas jurídicas que utilizan tal expresión.

Así, se puede apreciar que la primera referencia al "interés superior del niño" la encontramos en la Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, tratado internacional suscrito y ratificado por Chile. Como consecuencia de esa aprobación y ratificación, la legislación chilena sobre la materia ha ido incorporando esa expresión en nuestro Derecho, por lo que se citan todas las referencias a la misma en nuestra normativa jurídica.

La importancia de determinar tanto el contenido o alcance del interés superior del niño, surge desde la perspectiva de que se ha vuelto una constante en el derecho reciente incorporarse por el legislador normas que tienden a la protección de los niños y no solo se produce este fenómeno en el ámbito nacional sino que en el ámbito internacional que denota la misma tendencia en orden a proteger por el orbe completo los intereses de un sector tal vulnerable como los niños.

Motivación o Justificación del Proyecto de Investigación.

El mundo contemporáneo se encuentra atravesando hoy un periodo lleno de incertidumbres y visiones individualistas, con expectativas en un corto plazo sin idear lo que deparara el futuro a las nuevas generaciones. Esto ha puesto en un alto grado de vulneración los derechos humanos en todos los ámbitos y esferas de aplicación y son por ende los grupos más vulnerables como los derechos de los niños los que se deben proteger y ponderar con supremacía para proteger sus intereses.

A la luz de las recientes modificaciones de las leyes que rigen los tribunales de familia y las que se vinculan con la relación directa y regular entre padres e hijos, ha surgido el interés por determinar y conocer cuál es hoy en nuestro país el alcance que se utiliza del concepto de interés superior del niño.

Dentro de lo que algunos denominan el “Derecho a la infancia y la adolescencia”, encontramos que como cualquier otra rama del derecho, solo la podemos reconocer como tal, mientras este estructurada bajo directrices, límites y principios claros. En esta materia, los principios que informan tal derecho no están latamente desarrollados en la legislación nacional, pero podemos inferirlos de la normativa constitucional vigente, el derecho internacional y el derecho civil, que será parte del objeto de nuestro estudio, junto a la doctrina y jurisprudencia que se ha desarrollado en este tema.

Objetivo General.

Conocer y determinar el real alcance del interés superior del niño, niña y adolescente, con la finalidad de desentrañar cual es su aplicación, ya que configura no solo un concepto sino que un principio rector, transversal y primordial en el derecho de familia y en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales de los menores.

Objetivos Específicos:

- Conocer y determinar el concepto de interés superior del niño, niña y adolescente.
- Determinar el ámbito de aplicación de este concepto.
- Determinar el carácter facultativo u obligatorio del concepto en las materias en que este se utiliza.
- Demostrar que el interés superior del niño no es sólo un concepto, sino más bien un principio general del derecho.

Hipótesis de Investigación.

- Es importante determinar el alcance del interés superior del niño, porque éste tiene una relevancia transversal en nuestra legislación.
- Su alcance tiene íntima relación con el respeto de los derechos del niño, niña y adolescente.
- El interés superior del niño es un principio en la legislación de familia y derechos del niño, por ende, es un principio general del derecho.

ANÁLISIS DEL CONCEPTO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE EN LA NORMATIVA VIGENTE EN NUESTRO PAÍS.

Dentro de lo que algunos denominan el “Derecho a la infancia y la adolescencia”, encontramos que como cualquier otra rama del derecho, solo la podemos reconocer como tal, mientras esté estructurada bajo directrices, límites y principios claros.

Sin embargo, en esta materia, los principios que informan el derecho a la infancia y la adolescencia no están bien definidos o desarrollados en la legislación nacional, pero podemos inferirlos de la normativa constitucional vigente, el derecho internacional y el derecho civil.

Dentro de las directrices que informan hoy esta materia encontramos el concepto de interés superior del niño, niña o adolescente. En nuestro análisis y para poder determinar si éste ha transitado del ámbito del mero concepto a un principio que ya se ha instaurado en nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia es que se analizarán las diversas normas en las cuales éste se encuentra recogido.

Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

Fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 20 de noviembre de 1989 , el estado chileno, depositó el instrumento de ratificación, ante el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas con fecha 13 de agosto de 1990, el día 14 del mismo mes y año el Presidente de la Republica Don Patricio Aylwin Azocar firmó el decreto supremo numero 830, publicado en el diario oficial el día 27 de septiembre de 1990, momento desde el cual la normativa pasa a ser parte del derecho vigente en nuestra república.

La convención es el tratado internacional que presenta la mayor ratificación en el mundo, lo que demuestra el grado altamente generalizado de reconocimiento de la fuerza obligatoria de las normas sobre derechos humanos de los niños.

El sujeto de la convención es precisamente el niño, niña o adolescente y su objeto reforzar los derechos de los niños como plenos sujetos de derechos humanos. Así lo establece en su artículo primero señalando: “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

Primero para entender la ideología de tal convención debemos señalar que fue inspirada por dos teorías en materia de derechos de los niños.

Por una parte la regulación de la convención obedece a un derecho de la infancia eminentemente protector de sus derechos y por otro lado la regulación a establecerse en dicha convención buscó promover el desarrollo integral de los niños y adolescentes, visión que finalmente se incorporó en ella.

Dentro de los derechos de la personalidad del niño se comprenden derechos de distinta índole, como el derecho al nombre, a saber su origen biológico, a la identidad, a la libertad personal, a expresarse y el derecho al honor, intimidad y la propia imagen.

Podemos adicionar que en el preámbulo de tal convención se recuerda que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas “PROCLAMARON QUE LA INFANCIA TIENE DERECHO A CUIDADO Y ASISTENCIA ESPECIALES”. Y se agrega “que la familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”.

Se considera a la vez que el fin es “que el niño logre prepararse plenamente para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad”

En la Convención referida, se aprecia claramente que su principio fundamental es el interés del niño, lo que se logra desprender de la continua remisión que hace la convención en sus normas a este principio.

Pero principalmente esta tratado en el artículo 3.1:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Pero al consagrarse en el artículo transcrito tal principio surge un problema, desentrañar que es lo que debemos entender por interés superior del niño, dado que la misma convención no lo señala y este es el punto de partida para dilucidar su contenido en las normas de nuestra legislación que tienen relación con la protección de los derechos de los niños y del derecho de la familia e infancia.

Podemos señalar que los grandes pilares sobre los cuales se asienta la convención son tres:

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, opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición que los afecte, o a sus padres o representantes legales. Tomando para tal efecto, los Estados Partes, las medidas propias para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación.

3° Que el interés del niño es un interés superior, que ha de prevalecer, por ende, cuando colisione con otros intereses jurídicos, dicho interés ha de ser respetado tanto por el Estado como por los padres u otras personas que asuman la responsabilidad de criar al menor.

En este cuerpo normativo, además del artículo 3.1 ya transcrito en diversas disposiciones establecidas en beneficio del niño, se usa expresamente el término “interés superior del niño”, a saber:

a) En el artículo 9 N° 1 aparece: “Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria **en el interés superior del niño**, tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto del maltrato o

descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.”

b) En el artículo 9 N° 3 se establece: “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de manera regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

c) El artículo 18 N° 1 prescribe: “Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres, o en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será **el interés superior del niño**”.

d) El artículo 20 N° 1 prescribe: “Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, **o cuyo superior interés exija** que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado”.

e) El encabezado del artículo 21 establece: “Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que **el interés superior del niño** sea la consideración primordial”.

f) El artículo 37 señala: “Los Estados Partes velarán porque: c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere **contrario al interés superior del niño**, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.

g) En el artículo 40, en materia de delitos cometidos por menores, en el N° 2, se establece: “Con ese fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular: b) Que todo niño del que se alegue que ha infringido leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere **contrario al interés personal del niño**, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales”.

Sobre la base de las normas precedentemente transcritas de la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, es que la legislación chilena en materia de Derecho de Familia ha ido incorporando la referida expresión en los respectivos cuerpos legales que digan relación con tal materia.

El interés superior de los menores en la Constitución Política de la Republica de 1980.

En nuestra carta fundamental encontramos normas que directa o indirectamente se vinculan con la adecuada protección de los niños y sus derechos y sirve de fundamento al resto de la legislación nacional para instaurar el interés superior del niño en ellas.

La Constitución política no emplea directamente el término interés superior del niño, niña o adolescente, pero existe un conglomerado de normas que reconocen por ejemplo trascendencia a la familia y la protegen incluyendo a todos los integrantes de las mismas, entre ellos, los niños.

En el capítulo primero sobre las Bases de la Institucionalidad, en su artículo primero encontramos varias disposiciones que tienen relación con nuestro tema.

Artículo 1º.- *“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.*

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, *dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta*, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

El estado por mandato constitucional debe garantizar y promover a todos los ciudadanos de nuestra republica un trato igualitario tanto en el ejercicio como protección de sus derechos, como amparar al núcleo de la sociedad constituido por la familia, para lograr a través de ella el mayor desarrollo espiritual y material posible de sus integrantes entre ellos, niñas , niños y adolescentes y propender a establecer instancias y normativas que propendan al fortalecimiento de la familia y le brinden a la vez protección.

Tales aspiraciones del constituyente las podemos ver más concretamente especificadas en el capítulo tercero “De los Derechos y Deberes Constitucionales”, donde encontramos la consagración a ciertos derechos que son la base indispensable para el desarrollo pleno de los niños, niñas y adolescentes:

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

1º.- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

2º.- La igualdad ante la ley.

3º.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

4º.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia;

5º.- La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada.

6º.- La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos.

7º.- El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

8º.- El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

9º.- El derecho a la protección de la salud.

10º.- El derecho a la educación,

La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida.

Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.

11º.- La libertad de enseñanza, inciso tercero "Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos".

23º.- La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes.

24º.- El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales.

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

La protección que da la constitución política a la familia y consecuentemente con ello a los niños o adolescentes que la integran apunta no solo a la familia que está constituida legalmente por la institución del matrimonio, es común por la doctrina entablar una discusión acerca de cuál es la familia a la que hace alusión la constitución pero se ha entendido últimamente por los autores que la constitución y las leyes recientes, como por ejemplo la ley 20.066 sobre Violencia intrafamiliar, amparan tanto la familia de hecho como de derecho ya que en esta norma se da protección también al conviviente que sufre actos de violencia intrafamiliar, amparados en el artículo n° 2 de la ley ya citada.

En estos términos es que se busca ampliar lo más posible el espectro de protección que se le da a los derechos de los niños, niñas o adolescentes para lograr su fortalecimiento y pleno desarrollo.

El interés superior del niño, niña o adolescente dentro de las normas contenidas en el código civil chileno.

I. En relación al estado civil.

El artículo 33 del código civil señala: “Tienen el estado civil de hijos respecto de una persona aquellos cuya filiación se encuentra determinada, de conformidad a las reglas previstas por el Título VII del Libro I de este Código. La ley considera iguales a todos los hijos”.

La doctrina en relación a este punto ha señalado que la ley considere iguales a todos los hijos obedece a una evolución en el derecho de la infancia chileno, que ha ocurrido progresivamente a través de diferentes leyes.

La profesora Carmen Domínguez, nos señala *“la protección de la familia legítima quedo virtualmente suprimida mediante la igualación de los derechos conferidos a los hijos legítimos y naturales, hay hijos de filiación determinada ya sea de filiación matrimonial o no matrimonial”*¹

En relación a la obligatoriedad del interés superior del niño, niña o adolescente reflejado en este artículo, se ve que se cumple el mandato contenido en el artículo segundo de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del niño, que protege a los menores de todo tipo de forma de discriminación.

II. La institución de los bienes familiares:

Esta institución está regulada en los artículos 141-149 del código civil, incorporados por medio de la ley 19.335, respondiendo a la intención del legislador de proteger a la familia y consecuentemente a los hijos.

En su primer artículo se resalta la intención de proteger a la familia que tiene su origen en el matrimonio puesto que, se refiere al cónyuge que es propietario que es dueño del inmueble que sirve de residencia principal a la familia, sin importar el régimen de bienes del matrimonio.

Sin embargo, se evidencia que más allá de la protección del interés individual del cónyuge propietario del inmueble que sirva de residencia principal a la familia debe primar el interés superior de los hijos que requieren de un hogar que les posibilite un adecuado desarrollo físico y espiritual y también residir así en un medio que les permita vivir dignamente.

La autora Claudia Schmidt Hott, nos ayuda a responder la siguiente interrogante ¿a quienes protege la declaración de bien familiar?

*“Se desprende de los artículos 141 y 149 que la familia comprende los cónyuges y los hijos, siempre y cuando el inmueble sirva de residencia principal de la familia. Respecto de los hijos no se señala un límite de edad, sin embargo, se deduce que deben vivir en el inmueble que sirva de residencia habitual conjuntamente con sus padres”*²

¹ Domínguez Hidalgo, Carmen. Los principios que forman el derecho de familia Chileno: Su formulación Clásica y su revisión Moderna, Revista Chilena de Derecho volumen 32 n°2, página 208.

² Schimdt Hott, Claudia. De los Bienes Familiares. En Instituciones del derecho de Familia, Editorial Lexis Nexis, 2004, página238.

III. Prueba del Estado Civil de hijo.

La prueba del estado civil de hijo se ha simplificado por la norma establecida en el artículo 184 del Código Civil, asegurando con ello que se materialice lo dispuesto en el artículo 8 número 1 y 2 de la Convención de Naciones Unidas de los Derechos del Niño, que consagran el derecho a la identidad, esto es, el derecho del menor para que se establezca su pertenencia a una determinada familia, aun en el caso de que ambos progenitores se negaren a ello.

En el Código Civil se establecen diversas normas que reglan materias en las que se puede apreciar la consagración de tal derecho, estas son:

- Presunción de paternidad que pesa sobre el marido en el artículo 184.
- Breves plazos para impugnar la paternidad o maternidad.
- Atribución por ley, del efecto probatorio de la filiación al concubinato.
- Simplificación de las normas relativas al reconocimiento de la filiación no matrimonial.
- Libre investigación en materia de filiación, en el artículo 198 inciso primero del Código Civil se aceptan toda clase de pruebas conducentes a investigar una determinada paternidad y/o maternidad. Esta materia se inserta dentro del derecho a la identidad personal, protegido en el artículo 7° y 8° de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de los niños.
- Admisibilidad de toda clase de pruebas para acreditar la filiación.
- Afectos ante la negativa del demandado a someterse a la pericia biológica para determinar la filiación.
- Posesión notoria del estado civil, como medio privilegiado por la ley.

IV. Respeto de la repudiación del reconocimiento de la paternidad o maternidad.

Ningún hijo no matrimonial está obligado a aceptar el reconocimiento por maternidad y/o paternidad que hicieren su padre o madre.

Se le da al menor así el derecho de repudiar tal reconocimiento sin expresar causa, siendo un derecho absoluto sin necesidad de fundarlo.

La repudiación es la no aceptación del hecho del reconocimiento siendo personalísimo salvo las excepciones determinadas por la ley y mientras el hijo sea menor de edad se suspende el plazo que este tiene para poder repudiar.

En la historia fidedigna del establecimiento de la ley se señala en relación a esta materia que el reconociente pudo haber tenido a la vista intenciones personales o pecuniarias para ejercer tal reconocimiento, actuando así en su propio interés y no en favor del interés del reconocido.

El reconocimiento constituye un acto jurídico unilateral que se perfecciona por la sola voluntad de quien reconoce, sin que intervenga la voluntad del menor reconocido, es por esto y por las consecuencias jurídicas que acarrea que la ley contempla esta instancia que permite al hijo desahucarse de las consecuencias jurídicas del reconocimiento, cumpliendo los plazos establecidos en el artículo 191 y siguientes.

Es importante destacar que solo puede repudiarse el reconocimiento voluntario y procede aun cuando sea efectiva la filiación.

V. Respetos de los efectos de la sentencia que determina la filiación, contra la oposición del padre o madre, artículo 203.

Cuando la filiación ha sido determinada judicialmente contra la oposición del padre o la madre, se originan una concatenación de efectos jurídicos que suponen la pérdida de importantes derechos para los padres renuentes a determinar su filiación y en pro de fomentar tal determinación voluntaria.

Se cautela así el interés de los hijos, y también desde otro punto de vista, esta determinación contra oposición de padre o madre, favorecerá exclusivamente a los hijos, pues el progenitor tendrá deberes y no derechos, a menos que el propio hijo consienta en modificar tal situación.

Así lo señala el artículo 203 inciso tercero:

“Sin embargo, se restituirán al padre o madre todos los derechos de los que está privado, si el hijo, alcanzada su plena capacidad, manifiesta por escritura pública o por testamento su voluntad de restablecerle en ellos. El restablecimiento por escritura pública producirá efectos desde su subinscripción al margen de la inscripción de nacimiento del hijo y será irrevocable. El restablecimiento por acto testamentario producirá efectos desde la muerte del causante”.

VI. Respeto de la autoridad Paterna.

Tradicionalmente se define la autoridad paterna como el *conjunto de derechos y obligaciones de contenido eminentemente moral, existente entre los padres e hijos*.

El código civil trata esta materia en el título IX del Libro Primero, artículos 222 al 242.

Podemos establecer dos grandes grupos en relación a esta materia, a saber:

- Deberes de los hijos para con sus padres y ascendientes
- Deberes – derechos de los padres para con los hijos.

En relación con el tema que nos convoca se habla de los derechos- deberes de los padres para con los hijos, no solo porque el cuidar, criar y educar a los hijos sea un derecho sino también una obligación que les impone a los padres la calidad de progenitores de sus hijos.

El principio general en relación a esta materia lo establece el artículo 222 inciso primero, modificado conforme a la ley 20.680 de 21 de junio de 2013, que señala:

“Art. 222. 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”.

Esta disposición se ajusta a lo convenido en la Convención de los derechos del niño, de la ONU, contenida en el decreto n°830 de 27 de septiembre de 1990.

VII. **Derecho- Deber del cuidado de los hijos, educación y establecimiento de los hijos.**

El fundamento normativo de tal materia se encuentra establecido en los artículos n°224 a 228 del código civil.

Primero debemos señalar que las relaciones parentales en Chile tienen un tratamiento dual:

- Por un lado las relaciones de carácter personal; y
- Por otro las relaciones parentales de carácter patrimonial constituidas por la patria potestad, tema que se analizara más adelante.

El artículo 224, prescribe:

Art. 224. “Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos.

El cuidado personal del hijo no concebido ni nacido durante el matrimonio, reconocido por uno de los padres, corresponde al padre o madre que lo haya reconocido. Si no ha sido reconocido por ninguno de sus padres, la persona que tendrá su cuidado será determinada por el juez.”

Como se aprecia en inciso primero determina el cuidado personal de los hijos, y luego se distingue a quien corresponde el cuidado dependiendo de si el hijo tiene o no la filiación determinada.

En el caso de que hijo tenga la filiación determinada de ambos padres y estos vivan separados el artículo 225 les da la opción de regular por medio de un acuerdo en donde estos reglen libremente la materia.

La voz educación que emplea el artículo está usada en un sentido amplio, tratándose de la formación del hijo para lograr el máximo desarrollo material y espiritual posible, consigna planteada en nuestra constitución política, además también de ser reiterado por el Código Civil en su artículo 236.

Existen casos especiales tratados por el Código Civil en donde los padres se ven privados del derecho de educar a sus hijos:

- Art. 203, cuando la filiación del menor haya sido determinada judicialmente contra oposición de padre o madre.
- Cuando el cuidado del hijo haya sido confiado a otra persona, artículo 237.
- Cuando el padre hubiere abandonado al hijo, artículo 238
- Cuando el hijo ha sido separado de uno de sus padres por inhabilidad moral de este, artículo 239.
- Cuando el padre o madre hubiere sido condenado por un delito sexual cometido en la persona del menor, cumpliéndose los requisitos a que se refiere el artículo 370 del código penal.

Gastos de Educación, Crianza y Establecimiento de los hijos.

Debemos distinguir según el régimen patrimonial de los padres del hijo en el caso de estar casados:

- Sociedad conyugal, los gastos serán de cargo de ella.
- No hay sociedad conyugal, los padres contribuirán en proporción a sus respectivas facultades.

También debemos plantear la hipótesis de que fallezca el padre o la madre, caso en el cual, corresponden los gastos al sobreviviente.

Si los padres fueren insuficientes para solventar los alimentos y educación de sus hijos, dicha obligación pasa a sus abuelos por una u otra línea conjuntamente, artículo 232 inciso 1°.

Y en caso de desacuerdo entre los obligados a la contribución de los gastos de crianza, educación y establecimiento del hijo, ésta será determinada de acuerdo a sus facultades económicas por el juez, el que podrá de tiempo en tiempo modificarla según las circunstancias que sobrevengan, como se señala en el artículo 233.

Ahora siguiendo con el cuidado personal el artículo 225, nos ilustra sobre el acuerdo común al que podrán llegar los padres en esta materia:

Art. 225. “Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida...”.

El cuidado personal compartido es 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.”

Como se aprecia la intención del legislador en una primera instancia es propender a un acuerdo voluntario de los padres para proteger los intereses del hijo que se someterá al cuidado personal, señalándose luego de sus formalidades en el inciso primero, el objetivo que este acuerdo pretende, como se señala claramente en su inciso segundo lo que se debe velar primordialmente es la estabilidad y continuidad en el régimen de vida, tanto en la crianza como en la educación del hijo.

A través de este sistema, se busca que ambos padres ejerzan conjuntamente el cuidado personal de los hijos luego de la ruptura.

El profesor Carlos Céspedes, en sus notas de clases sobre derecho de Familia señala:

Nuestro actual **artículo 225 inciso 3° define al cuidado personal compartido** como “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”.

Bajo el texto promulgado, se estableció al cuidado personal compartido como un régimen alternativo, convencional y que sólo procede en el estado de separación de ambos padres.

- Es un régimen alternativo, pues, a falta de pacto en contrario, rige la atribución legal de cuidado personal antes expuesto.
- Es un régimen convencional, ya que sólo tiene lugar en virtud del pacto expreso de los padres.
- No tiene cabida en caso de que ambos padres vivan juntos, pues, en este caso, tiene vigor el artículo 224 CC, que atribuye el cuidado personal “de consuno” a los padres.

Si no hubiese acuerdo entre los padres la solución la otorga el, **Artículo 225 inc. 3 y siguientes:**

“A falta del acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo.

En cualesquier de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido...”

En relación a la norma citada se deben hacer las siguientes precisiones:

- Esta regulación judicial lo es sin perjuicio de lo prescrito en el artículo 226.

- En ningún caso el juez podrá fundar exclusivamente su decisión en la capacidad económica de los padres. De fundarse solo en estas circunstancias se estaría vulnerando la igualdad de ambos progenitores de tener paridad de condiciones al momento de solicitar el cuidado personal del hijo en cuestión y no ponderando otras circunstancias que pueden beneficiar de igual manera que el aspecto económico al hijo como lo son, la estabilidad emocional de quien lo cuide, desplazarlo del círculo en el que el desarrolla su vida, alterar su rutina escolar e incluso desvincularlo de sus apegos y amistades, lo que podría desencadenar un estrés postraumático e incluso desordenes en su conducta.

- Siempre que el juez atribuya el cuidado personal del hijo a uno de los padres, deberá establecer, de oficio o a petición de parte, en la misma resolución, la frecuencia y libertad con que el otro padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos, considerando su interés superior, siempre que se cumplan los criterios dispuestos en el artículo 229.

El artículo 225-2 introducido por la modificación hecha por la ley 20.680 de 21 de junio de 2013, establece los criterios y circunstancias que se deben ponderar a la hora de otorgar el régimen de cuidado personal y su ejercicio.

Art. 225-2.

En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias:

- a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar.
- b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad.
- c) La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo.
- d) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229.

- e) La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades.
- f) La opinión expresada por el hijo.
- g) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practica
- h) Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio.
- i) El domicilio de los padres.
- j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido

En este artículo podemos ver reflejado como se busca ponderar el interés superior del niño, niña o adolescente por la norma, ya que se consagra el derecho a ser oído, el bienestar del hijo y un entorno adecuado para su desarrollo y del conjunto de criterios mencionados el juez debería tomar la decisión más acertada bajo el principio rector del interés superior del hijo como criterio fundamental para atribuir el cuidado personal

Todas las reglas anteriores, a juicio de nuestra jurisprudencia, ceden ante el interior superior de los hijos. Este principio se ha erigido como el criterio principal para atribuir el cuidado personal a alguno de los padres.

Así, nuestra Corte Suprema, en sentencia de 31 de mayo de 2004, resolvió que "... en todas las medidas que le conciernan, es primordial atender al interés superior del niño sobre otras consideraciones y derechos relativos a sus progenitores y que puedan hacer necesario separarlo de los padres; *DÉCIMO*. Que los tribunales están obligados a considerar ese principio esencial al resolver los asuntos relacionados con derechos y obligaciones de padres e hijos, tanto porque esa noción representa el espíritu general de la legislación en la materia, cuanto porque así lo manda el legislador al establecer, en el inciso segundo del Art. 242 del código citado, que "en todo caso, para adoptar sus resoluciones, el juez atenderá como consideración primordial, el interés superior del hijo...".

Cuidado personal del hijo a terceros:

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

En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos y, en especial, a los ascendientes".

Esta situación de entrega del cuidado personal del hijo a terceros debe relacionarse con el artículo 42 de la ley 16.618 sobre Protección de menores, que precisa "**para el solo efecto**" del artículo **226 del Código Civil**, cuando uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral:

- 1º Cuando estuvieren incapacitados mentalmente;
- 2º Cuando padecieren de alcoholismo crónico;
- 3º Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo;
- 4º Cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en los lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio;
- 5º Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores;
- 6º Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad;

7º Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material.

Competencia y procedimientos de los juicios sobre cuidado personal.

Se tramitan ante los tribunales de familia, bajo los procedimientos de esta ley, el artículo 227 del código civil señala sobre este punto, el artículo 227 ha prescrito que en estos procedimientos “...*el juez oirá a los hijos y a los parientes*”.

Vemos así nuevamente reflejada en nuestra legislación el cumplimiento de los mandatos de la convención de los derechos del niño de Naciones Unidas y la consagración del derecho de los niños a ser oídos.

VIII. Relación Directa y Regular.

El artículo 229, define en su inciso segundo a la relación directa y regular como:

"Se entiende por relación directa y regular aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable”.

Se señala además que el padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo no será privado del derecho ni quedará exento del deber de mantener con el hijo una relación directa y regular.

El profesor Carlos Céspedes en sus notas de clases sobre Derecho de Familia sobre este punto destaca, que el artículo 229 se diferencia en esta parte con el texto del artículo 9.3 de la Convención de los Derechos del Niño, ya que ésta última se refiere a la “relación personal y contacto directo de modo regular”. Se ha concluido que nuestra normativa no exige necesariamente este contacto personal, bastando, en algunos casos, la comunicación por medios tecnológicos.

El inciso primero del artículo 229 nos señala la forma de acordar esta relación directa y regular, la que se ejercerá con la frecuencia y libertad acordada directamente con quien lo tiene a su cuidado según las convenciones a que se refiere el inciso primero del artículo 225 o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo.

Para la determinación del régimen, los padres o el juez en su caso, fomentarán una relación sana y cercana entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo, velando por el interés superior de este último, su derecho a ser oído y la evolución de sus facultades, y considerando especialmente:

- a) La edad del hijo.
- b) La vinculación afectiva entre el hijo y su padre o madre, según corresponda, y la relación con sus parientes cercanos.
- c) El régimen de cuidado personal del hijo que se haya acordado o determinado.
- d) Cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo.

El padre o madre que ejerza el cuidado personal del hijo no obstaculizará el régimen de relación directa y regular que se establezca a favor del otro padre, conforme a lo preceptuado en este artículo.

Y se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente. En estos casos lo que debe primar es el interés superior del hijo por sobre el interés individual de los padres, en su relación directa y regular con el niño.

El artículo 229-2 del código civil permite también la posibilidad de permitir una relación directa y regular del hijo, a falta de acuerdo el juez deberá fijar la modalidad de la relación conforme a los criterios y circunstancias señaladas por el artículo 229.

IX. Derecho de Corrección del hijo.

Se establece en el artículo 234 que nos señala:

“Art. 234. Los padres tendrán la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal. Esta facultad excluye toda forma de maltrato físico y psicológico y deberá, en todo caso, ejercerse en conformidad a la ley y a la Convención sobre los Derechos del Niño.

Si se produjese tal menoscabo o se temiese fundadamente que ocurra, el juez, a petición de cualquiera persona o de oficio, podrá decretar una o más de las medidas cautelares especiales del artículo 71 de la ley N° 19.968, con sujeción al procedimiento previsto en el Párrafo primero del Título IV de la misma ley, sin perjuicio de las sanciones que correspondiere aplicar por la infracción.

Cuando sea necesario para el bienestar del hijo, los padres podrán solicitar al tribunal que determine sobre la vida futura de aquel por el tiempo que estime más conveniente, el cual no podrá exceder del plazo que le falte para cumplir dieciocho años de edad. Las resoluciones del juez no podrán ser modificadas por la sola voluntad de los padres”.

Esta disposición fue modificada también por la ley 20.680, que introduce límites claros en protección del interés del niño, niña o adolescente como lo son el respeto a la Convención sobre los derechos del Niño a la hora de ejercer el derecho de corrección del hijo y también la adopción de medidas cautelares en el caso de vulneración de los límites para ejercer tal facultad. Y la facultad del juez hasta por un año de decidir sobre la vida del hijo siempre que favorezca su bienestar.

X. La Patria Potestad.

Se define como “el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados” (artículo 243).

La patria potestad constituye el segundo efecto de la filiación, y a diferencia de la autoridad parental tratada en los acápite anteriores, recae exclusivamente en los bienes del hijo no emancipado como también, los derechos eventuales del hijo que esta por nacer.

El ejercicio de la patria potestad en beneficio del interés superior de los hijos puede resultar determinante pudiendo incluso privar al padre o madre que sea titular de la misma, otorgándosele al otro o derechamente, suspenderla por el juez a ambos, se ponga su término y por ende esta sea la causa de la emancipación del menor.

Art. 244. La patria potestad será ejercida por el padre o la madre o ambos conjuntamente, según convengan en acuerdo suscrito por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, que se subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento. A falta de acuerdo, toca al padre y a la madre en conjunto el ejercicio de la patria potestad.

Con todo, los padres podrán actuar indistintamente en los actos de mera conservación.

Respecto del resto de los actos, se requerirá actuación conjunta. En caso de desacuerdo de los padres, o cuando uno de ellos esté ausente o impedido o se negare injustificadamente, se requerirá autorización judicial. En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, a petición de uno de los padres, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad al padre o madre que carecía de él, o radicarlo en uno solo de los padres, si la ejercieren conjuntamente. Ejecutoriada la resolución, se subinscribirá dentro del mismo plazo señalado en el inciso primero. En defecto del padre o madre que tuviere la patria potestad, los derechos y deberes corresponderán al otro de los padres”.

Al analizar el artículo transcrito, observamos que la patria potestad la puede tener tanto el padre como la madre, o ambos en conjunto, y uno de los atributos de la patria potestad es la representación del menor, es fundamental para los terceros que contratan con éste conocer quién realmente lo representa, para saber con quién tiene que entenderse. Por lo tanto, el artículo nos da tres formulas para determinarla:

1. Determinación Legal. Si no hay acuerdo entre los padres, toca al padre y a la madre en conjunto el ejercicio de la patria potestad, padres podrán actuar indistintamente en los actos de mera conservación. Respecto del resto de los actos, se requerirá actuación conjunta. En caso de desacuerdo de los padres, o cuando uno de ellos esté ausente o impedido o se negare injustificadamente, se requerirá autorización judicial (244 inc.2ºy 3º).
2. Determinación Convencional. Los padres pueden acordar que la patria potestad la tenga la madre, o el padre y madre en conjunto (artículo 244 inc. 1º). Este acuerdo es solemne, se debe hacer por escritura pública o en acta extendida ante cualquier Oficial del Registro Civil y debe subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento.
3. Determinación Judicial. Cuando el interés del hijo lo haga indispensable, el juez, a petición de uno de los padres, puede confiar el ejercicio de la patria potestad al padre o madre que carecía de este derecho, o radicarlo en uno solo de los padres, si la ejercían conjuntamente (artículo 244 inc. 3º). La sentencia deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento.
4. Determinación Subsidiaria. “*En defecto del padre o madre que tuviere la patria potestad, los derechos y deberes corresponderán al otro de los padres* (art. 244 inc. final)”.

Situación de los Padres que viven separados.

El artículo 245 establece que "si los padres viven separados, la patria potestad será ejercida por aquel que tenga a su cargo el cuidado personal del hijo o por ambos, de conformidad al artículo 225".

XI. Bienes excluidos de la administración y el derecho legal de goce que confiere la patria potestad al padre, la madre o a los dos cuando ambos la ejercen.

Se evidencia la protección que la ley confiere a los niños, niñas o adolescentes, en las normas que restringen las facultades de sus padres, al excluir ciertos bienes del ámbito del derecho legal de goce y de la administración que naturalmente confiere la patria potestad, al padre, madre o a ambos.

De esta forma quedan excluidos:

- a) Los bienes que conforman el peculio profesional o industrial del hijo.
- b) Los bienes adquiridos por el hijo a título de donación, herencia o legado, cuando el donante o testador ha estipulado que no tenga el goce o administración quien ejerza la patria potestad.
- c) Las herencias o legados que hayan pasado al hijo por incapacidad, indignidad o desheredamiento del padre o madre que tiene la patria potestad.

XII. Límites en la administración que realizan los padres sobre los bienes del hijo menor.

La ley establece una serie de restricciones en cuanto a la administración de los bienes del hijo, que ejercen sus padres, y que dicen relación con los siguientes actos jurídicos.

- Enajenación de bienes raíces.
- Cesión de derechos hereditarios del hijo.
- Donación de los bienes del hijo.
- Arrendamiento de los bienes del hijo.
- Aceptación y repudiación de herencias deferidas al hijo.
- Nombramiento de partidor.

Dichas restricciones protegen los intereses de los hijos de operaciones fraudulentas, o la mala utilización o administración de su patrimonio.

Esto se logra estableciendo determinados y específicos requisitos para llevar a cabo cada uno de los actos enumerados, como por ejemplo autorización judicial, plazos y la observancia de determinados requisitos.

XIII. Responsabilidad que impone al padre o la madre la administración de los bienes del hijo.

El padre o la madre, responden hasta de la culpa leve, por la administración de los bienes del hijo, se trata de un grado de diligencia que cabe exigir a quien administra bienes ajenos, como ocurre también con el caso del mandatario o guardador.

Además en materia de prelación de créditos, según el artículo 2481 número cuatro, el crédito a favor del hijo derivado de esta administración, goza de un privilegio de cuarta clase, que abarca todos los bienes del padre o la madre responsable.

Así el legislador protege los intereses del hijo ya que este tendrá derecho a pagarse primero en los bienes de su padre o madre, salvo que los restantes acreedores fueren titulares de créditos preferentes de otra clase.

XIV. Suspensión de la patria potestad.

Se suspende el ejercicio de la patria potestad, en los casos señalados por el artículo 267, a saber:

- Demencia del padre o la madre.
- Por su menor edad.
- Por estar padre o madre en entredicho de administrar sus propios bienes, ya sea por cualquiera de las causas que se establecen para la interdicción.
- Por larga ausencia o impedimento físico, este requisito requiere además, que la ausencia sea prolongada, que de dicha ausencia se siga perjuicio grave de los intereses del hijo y que el padre o madre impedido no provea los intereses del menor.

Una vez que haya cesado la causal que le dio origen a la suspensión, el juez de familia, en interés del hijo podrá decretar que el padre o la madre recuperen la patria potestad.

XV. La Emancipación.

La emancipación, es un hecho que pone fin a la patria potestad del padre o de la madre, o de ambos según sea el caso.

Puede ser legal o Judicial. La legal es aquella que procede por el solo ministerio de la ley, en los casos taxativamente señalados por el artículo 270.

Y la emancipación judicial, la que se produce por sentencia judicial, en los casos también taxativamente señalados del artículo 271 del Código civil.

En el caso de la emancipación judicial, los numerales del artículo 271, velan por los intereses de los niños, niñas y adolescentes en el caso de maltrato, abandono, condena por delito que merezca pena aflictiva al padre o madre y de inhabilidad física de los mismos.

La emancipación será decretada por el Juez de familia y no confiere necesariamente capacidad al menor, que queda sujeto a un curador que lo representa y administra sus bienes, en protección a su situación de vulnerabilidad, salvo en el caso de la emancipación por la causal de mayoría de edad.

XVI. Derecho de Alimentos.

Podemos según las notas de clases del profesor Carlos Céspedes y de la relación de los artículos 323,329 y 330 del Código Civil, definir el derecho de alimentos como:

El derecho que la ley otorga a una persona para demandar a otra, que cuenta con los medios para proveérselos, lo que necesite para subsistir de un modo correspondiente a su posición social, que debe cubrir a lo menos el sustento, habitación, vestidos, salud, movilización, enseñanza básica y media y el aprendizaje de una profesión u oficio.

Para proteger los intereses de los niños y adolescentes que necesiten ser provistos de tales alimentos es que diferentes normas le otorgan ciertos derechos, entre ellos:

- Todos los hijos tienen derecho a demandar alimentos.
- Los alimentos provisorios siempre deben decretarse a favor de los hijos menores.
- Puede demandarse de alimentos no sólo al padre o madre que no los provea sino también a los ascendientes de estos.

XVII. Respecto del Contrato de Compraventa.

El artículo 1796, prohíbe la compraventa entre:

- Padre o madre y el hijo sujeto a patria potestad.

Antes de la modificación al Código Civil hecha por la ley 19.585 de 13/10/1998 que modifica el Código civil y otras normas en materia de filiación, el precepto se refería solo al "hijo de familia", ósea al legítimo no emancipado.

Aquí se evidencia una igualación de derechos y no discriminación entre las calidades de hijo, velándose por el interés superior de los niños y evitándose toda forma de discriminación entre ellos.

El fundamento de la prohibición a tratar, se evidencia en el manifiesto conflicto de intereses que se presenta, el hijo puede verse influenciado indebidamente en su voluntad por su padre o madre, o el padre y madre detentarían a la vez la calidad de comprador y representante legal del vendedor.

Tal prohibición busca en sí:

- Velar por el interés superior del niño, niña o adolescente que goza de un patrimonio, ya sea de cualquier clase de bienes, resguardándolo de actos que pudiesen perjudicarlos, sancionando su celebración con la nulidad absoluta por infringir una norma prohibitiva.
- El fin de proteger el patrimonio es que el niño pueda proveerse económicamente de todas aquellas necesidades que lo lleven a su mayor realización espiritual y material posible.

XVIII. Respetto del impedimento impediende de la falta de consentimiento.

El artículo 105 del Código Civil, establece que no podrá procederse a la celebración del matrimonio sin el asenso o licencia de la persona o personas cuyo consentimiento sea necesario. El artículo 107 del Código Civil, por su parte, sujeta a esta regla a todos los que tengan menos de dieciocho años, hombres o mujeres, que hayan cumplido 16 años y puedan por ende contraer matrimonio, pero tengan menos de 18 años, edad después de la cual, obviamente no necesitan consentimiento alguno de terceros. Se comprende que la necesidad de obtener los menores el antedicho asentimiento, supone una protección que la ley confiere al interés de ellos, que, por su inexperiencia, podrían tomar decisiones apresuradas que lo lleven a un fracaso marital.

XIX. Respetto del Impedimento Impediende de Guarda.

El menor de 18 años no podrá contraer matrimonio con su tutor o curador sin que la cuenta de la administración haya sido aprobada por el juez con audiencia del defensor de menores. Y tampoco podrán contraer matrimonio con el pupilo o pupila los descendientes del curador o tutor, sin que previamente se cumpla con este requisito.

Esto se debe al conflicto de intereses en relación a la administración de los bienes del menor o que se puede influenciar al mismo a celebrar actos por parte del que contrae matrimonio con el o ella.

XX. Respetto del Impedimentos Impediende de Segundas Nupcias.

Este impedimento se refiere a aquella persona que quisiese contraer matrimonio en segundas nupcias y que tuviere hijos de precedente matrimonio que estén bajo patria potestad o tutela o curatela del padre o madre aunque sean mayores de edad. Para proteger los intereses de estos últimos a la hora de la celebración del nuevo vínculo matrimonial, es que se exige para llevarlo a cabo los siguientes requisitos.

- Que se presente ante le oficial del registro civil, que celebrara el nuevo matrimonio, certificado autentico del nombramiento de curador especial, para los fines de realizar un inventario solemne de los bienes del hijo que el padre o madre administra como tal o como curador o tutor.
- Así se evita la confusión del patrimonio de estos hijos con los bienes que nazcan después, procurándose los intereses de los hijos involucrados.

XXI. Respetto de la Sucesión por Causa de Muerte.

Aunque las consecuencias de la sucesión por causa de muerte no solo se circunscriben a los hijos menores de edad, sino a los hijos en general, cabe destacar que estos junto al cónyuge sobreviviente tiene la calidad de herederos forzosos, dada su condición de legitimarios, y son llamados a la sucesión en el primero de los ordenes sucesorios, excluyendo a cualquier otro posible heredero.

Se protege así el interés de los hijos en la sucesión de su causante y el derecho a obtener una porción determinada por la ley.

XXII. Respetto de la Responsabilidad Extracontractual.

En las normas que tratan la responsabilidad extracontractual en el Código Civil, encontramos presunciones de culpa por el hecho ajeno, y entre ellas afectan directamente a los niños y adolescentes, las siguientes:

A) Responsabilidad de los Padres:

El artículo 2320, inciso segundo del Código civil, señala: “...el padre y a falta de este la madre, es responsable del hecho de los menores que habiten en la misma casa...”.

Esta norma se relaciona con las ya analizadas en materia de cuidado personal y de educación de los hijos.

Esta presunción es simplemente legal por lo que el padre o madre podrían probar que desplegaron el cuidado necesario y aun así no pudieron evitar el daño ocasionado por el menor.

El artículo 2321 del Código Civil establece una presunción de derecho, solo basta en esta hipótesis que el hijo sea menor y que de la mala educación dada al hijo por sus padres, este haya adquirido hábitos viciosos que sean conocidamente la causa del hecho que origina la responsabilidad.

Es aquí donde la sanción del legislador se hace más fuerte, debido a que los padre son los llamados en primer orden a educar a sus hijos y ser diligentes en tal labor, evitando que ellos adquieran malos hábitos y aprendan y puedan discernir en un futuro sobre lo correcto y lo incorrecto.

Una vez probados los hechos a que alude la presunción, no se aceptará prueba ne contrario de los padres haciéndose éstos responsables.

B) Responsabilidad de los Tutores o curadores.

Artículo 2320, inciso tercero: “....el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado”.

El pupilo debe vivir con el guardador y ser capaz de responsabilidad civil extracontractual, de configurarse ambos requisitos, se forma una presunción simplemente legal, que el curador o tutor podrá desvirtuar probando que pese a que ejerció la autoridad que le otorga su cargo o calidad y empleo el cuidado con el menor que se le exige, no pudo impedir el hecho.

C) Responsabilidad de los Jefes de Colegios y Escuelas.

En el inciso cuarto del artículo 2320 del Código civil, se trata la responsabilidad de los Jefes de Colegios y escuelas, que tengan bajo su cuidado a los discípulos. Se entiende por lo tanto, que el discípulo se encuentra bajo su cuidado, mientras permanezca en el establecimiento educacional o por ejemplo durante un viaje o visita de estudios.

Esta también es una presunción simplemente legal y opera aun respecto de los discípulos que hayan cumplido la mayoría de edad.

Concepto en la Ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia.

Con fecha 30 de agosto de 2004, se publica en el diario oficial la ley 19.968, que "Crea los Tribunales de Familia" y cuya entrada en vigencia es el 1 de octubre del año 2005.

Tanto en los procedimientos ordinarios de familia como en los especiales que regula esta ley, se contemplan diversas normas que tienden a proteger los derechos de los niños o adolescentes que en estos intervienen o que las decisiones de los mencionados tribunales puedan afectar.

Dentro de ellos encontramos el concepto de Interés Superior del niño, niña o adolescente en el artículo 16 de la ley 19.968, que se enmarca dentro de los principios formativos del procedimiento seguido ante los tribunales de familia y además es la necesaria consecuencia de lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño.

Artículo 16: "Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.

Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad".

El artículo en su inciso final nos señala que es lo que debemos entender por niño y adolescente:

- Niño: todo ser humano que no haya cumplido los 14 años de edad.
- Adolescente: todo ser humano desde que cumpla los 14 años hasta que cumpla los 18 años de edad.

Así pues éste artículo nos indica que el interés superior del niño, niña o adolescente, debe ser:

- Reconocido en su ejercicio y goce pleno y efectivo de los derechos y garantías del menor; y
- Un principio rector para el juez de familia en la resolución de los asuntos sometidos a su conocimiento.

La Ley 19.968 ha recogido el concepto del interés superior del niño, niña o adolescente, uniformándolo en varias de sus disposiciones, a saber:

a) Artículo 2 número 2, obliga a los encargados de atención al público a otorgar una adecuada atención, orientación e información especialmente a los niños, niñas y adolescentes que concurran al juzgado.

b) Artículo 5, Establece las atribuciones del consejo técnico, que es un órgano asesor de los jueces de familia. De acuerdo a este artículo, las funciones de los profesionales que lo integran es asesorar al tribunal de manera individual o colectiva en el análisis y mejor comprensión de los asuntos sometidos a su conocimiento, en relación al tema en análisis tienen la atribución de asesorar al juez para la adecuada comparecencia y declaración del niño, niña o adolescente.

c) Artículo 8, contempla el ámbito de la competencia de los juzgados de Familia y en sus diferentes numerandos establece la protección al menor en diferentes ámbitos:

d) Dentro de las reglas generales de procedimientos a seguir ante los juzgados de Familia, el artículo 17 establece la acumulación y desacumulación necesaria en materia de familia, teniendo en consideración el interés del niño, niña o adolescente involucrado en la causa sometida al conocimiento del tribunal.

e) El artículo 19, obliga a designar curador “ad litem” al niño, niña o adolescente cuando sus intereses sean independientes o contradictorios en relación a los de su representante legal.

f) El artículo 21 que también se enmarca dentro las reglas generales de los procedimientos, habla de la institución del abandono del procedimiento iniciado ante los tribunales de familia, señalándose que el juez estará obligado a declarar el abandono, si ninguna parte concurriese a la audiencia fijada y si el solicitante o demandante no pidiese nueva citación dentro de quinto día.

Pero en virtud de la protección del concepto en análisis se establecen las siguientes excepciones en materia de abandono de procedimiento:

f.1) No procederá en los asuntos en que los derechos de niños, niñas o adolescentes se vean gravemente vulnerados o amenazados, respecto de los cuales proceda una medida de protección.

f.2) Tampoco procederá en relación a las acciones de filiación y que digan relación con la constitución o modificación del estado civil de los menores.

f.3) Asuntos en que se impute un hecho punible a niños , niñas o adolescentes exentos de responsabilidad penal.

f.4) Causas relativas al maltrato de niños, niñas o adolescentes, según el artículo 12 de la ley 16.618.

f.5) Procedimientos previos a la adopción, establecidos en la Ley 19.620.

f.6) Actos de violencia intrafamiliar.

g) El artículo 22 de la ley 19.968, establece la potestad cautelar, instaurándose que la protección del interés superior del niño, niña o adolescente es un presupuesto determinante para la adopción de medidas cautelares.

h) En materia probatoria, en relación a las convenciones probatorias propuestas por las partes, para poder aprobarse, según lo señala el artículo 30, debe considerarse el interés del niño, niña o adolescente involucrado en el asunto sometido al conocimiento del tribunal.

i) En relación a la prueba testimonial de los niños, niñas o adolescentes estos solo serán interrogados por el juez y excepcionalmente se autorizara el interrogatorio directo cuando por su grado de madurez se estima que ello no afectara a la persona del menor.

j) Uno de los puntos más importantes de destacar dentro del análisis de la normativa de la ley 19.968, son los artículos 68 a 80 que establecen las medidas de protección de los niños, niñas o adolescentes, ya que es una clara expresión de la protección del interés superior de los menores.

Dentro del artículo 68 de la misma norma, se nos señala que en los casos que la ley exige o autoriza la autorización judicial para la adopción de medidas de protección, éstas deben tender al cuidado de los niños, niñas o adolescentes cuando éstos se encontraren amenazados o vulnerados.

El juez tendrá, debidamente en cuenta en estos procedimientos, las opiniones de los niños, niñas o adolescentes, considerando su edad y madurez, escuchándolos para tales efectos en las audiencias establecidas u otras fijadas para tal efecto, en un ambiente adecuado, cautelando su salud física y psíquica (artículo 69).

Este procedimiento puede iniciarse según el artículo 70 por diferentes personas, todos aquellos que tengan un interés directo en el pleno desarrollo del menor y/o aquellos que en virtud de sus funciones tienen al menor a su cuidado y la obligación de denunciar alguna situación que pueda afectarlos. Así también una vez adoptada la medida se mantiene la obligación de informar del cumplimiento de la medida adoptada por ciertas personas como se detalla en el artículo 76.

Se destaca en este punto que la solicitud para dar por iniciado el procedimiento, no debe cumplir ninguna formalidad y que el establecimiento de la medida no podrá prolongarse por más de 90 días debiendo basarse la resolución que la adopta en antecedentes que sean calificados como suficientes para acreditar su adopción.

k) El segundo procedimiento especial que contempla la ley de tribunales de familia, es el relativo a los actos de violencia intrafamiliar, establecido en los artículos 81 a 101 de la 19.466, que analiza el tema sin desconocer la normativa que le sirve de complemento y que trata la materia de forma específica, ley 20.066 de Violencia Intrafamiliar.

El artículo 81 inciso tercero de la misma ley, señala que de concurrir conjuntamente como víctimas de violencia intrafamiliar personas mayores y niños, el juez siempre podrá adoptar las medidas de protección en conformidad a la ley.

El artículo 84 de la ley 19.968, establece la obligación de denunciar un hecho constitutivo de violencia intrafamiliar, para quienes ejercen el cuidado personal de aquellos que en razón de su edad, no pudieren formular por sí mismos la respectiva denuncia. El incumplimiento de tal obligación será sancionado según esta norma, con la pena prevista en el artículo 494 del código penal.

El artículo 92 de la ley 19.968, se refiere a la adopción de medidas cautelares de protección a la víctima, el juez de familia deberá dar protección a la víctima y al grupo familiar, cautelara además su subsistencia económica e integridad patrimonial, Entre tales medidas el juez podrá adoptar en relación a los niños, niñas o adolescentes las siguientes:

- Fijar alimentos provisorios.
- Determinar un régimen provisional de cuidado personal.

Es aquí como se ve de manifiesto el principio del interés superior del niño que instruye al juez de familia al tomar la adopción de alguna de las medidas mencionadas a velar por el interés del desarrollo del menor de forma íntegra protegiéndolo ante un acto de violencia intrafamiliar y procurándole una subsistencia y mantenimiento de las circunstancias patrimoniales para que se siga desarrollando emocional e intelectualmente, mientras se resuelva la denuncia por un hecho de esta índole.

En el artículo número 94 de la ley 19.968, nos encontramos bajo la hipótesis del incumplimiento de alguna medida cautelar de las recién señaladas, bajo este presupuesto el juez podrá decretar hasta por 15 días el arresto nocturno denunciado o el substitutivo en caso de quebrantamiento de aquel, además de poner en conocimiento de los hechos al ministerio público.

Finalmente el artículo 101, e la norma en cuestión, señala que es lo que debe contener la sentencia que se pronuncie en un procedimiento especial por violencia intrafamiliar seguido ante los tribunales de familia:

- Pronunciamiento sobre la existencia de los hechos constitutivos de violencia intrafamiliar.
- Establecer la responsabilidad del denunciado o demandado.
- Sanción aplicable.
- Medidas de protección interpuestas en favor de la víctima de conformidad a la ley.

El Interés superior del niño, niña o adolescente en la Ley 19.947 de Matrimonio Civil.

Al modificarse tan importante institución, como lo es, el matrimonio y sus consecuencias jurídicas por medio de la ley 19.947 de 17 de mayo de 2004, el concepto de interés superior de los hijos frutos del matrimonio aparece consagrado en las siguientes materias.

- a) *Respecto del acuerdo regulatorio en caso de separación de hecho, judicial, divorcio o declaración de nulidad del matrimonio si este fuese “putativo”.*

Así bien, las materias esenciales para el sustento tanto económico como emocional de la familia, deben quedar debidamente reguladas en los casos anteriormente señalados, tal hecho debe plasmarse en un acuerdo de los cónyuges o a falta de este, un acuerdo al que se llega con injerencia del tribunal y en ambos casos consignarse en la sentencia respectiva de que se trate.

Según la normativa este acuerdo debe ser “completo” y “suficiente”, regulando las relaciones mutuas entre los cónyuges y con respecto a sus hijos.

Será completo, si regula todas y cada una de las materias a que se indicadas en el artículo 21:

Respecto de los cónyuges:

- Alimentos que se deban.
- Materias vinculadas al régimen del matrimonio;

Y si hubiere hijos:

- Régimen de alimentos.
- Cuidado personal.
- Relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquel de los padres que no lo tuviere bajo su cuidado.

Y **será suficiente** tal acuerdo sí:

- Resguarda el interés superior de los hijos
- Procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura
- Si establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita.

- b) *Respecto de la causal que autoriza a uno de los cónyuges a demandar la separación judicial.*

El artículo 26 de la ley 19.947 contempla en términos genéricos, las causales de separación judicial que uno de los cónyuges puede invocar si mediare falta imputable al otro, dentro de ellas es de relevancia mencionar la que dice relación con “*una violación grave de los deberes y obligaciones para con los hijos*”.

Se considera grave aquella que tiene entidad, y que se vincula a los deberes de crianza, corrección y educación de los hijos regulados en los artículos 222 y siguientes del código civil. Y también a la obligación de proporcionar alimentos y mantener con los hijos una relación directa y regular.

En ambos casos la entidad mencionada a la falta grave, debe ser tal que “torne intolerable la vida en común”, cuestión de hecho que se analizara por el juez de familia que conozca de una causa de tal cuestión.

Los deberes y obligaciones que la ley impone a los padres para con los hijos, supone una recepción por nuestra legislación de la idea del interés superior del niño y su protección en toda orbita y aun con mayor importancia en los casos en que el núcleo intimo de un niño se vea vulnerado por las posibles desavenencias producto de una relación marital que puedan afectar su entorno intimo y el núcleo en que este se desenvuelve, lo que se debe evitar vulnerar de la menor forma posible por medio del acuerdo señalado.

c) *Respecto de la filiación matrimonial de los hijos nacidos en un matrimonio declarado nulo.*

El último inciso del artículo 51 de la ley de Matrimonio Civil establece que la nulidad del mismo no afectara la filiación ya determinada de los hijos, aunque no haya habido buena fe ni justa causa de error por parte de ninguno de los cónyuges. Aunque jurídicamente se entienda que el matrimonio no ha existido jamás, los hijos conservaran su filiación.

Lo que se busca es proteger a los hijos en cuanto, al conferirles la filiación matrimonial y las consecuencias que de ello se derivan, le da al menor una protección en cuanto al derecho a su identidad y conocer sus orígenes independientes de las causas que produzcan la nulidad mencionada.

d) *Respecto a las causales que autorizan a los cónyuges a demandar el divorcio.*

El artículo 54 de la ley 19.947 trata esta materia y de él podemos señalar:

- Que el fundamento del cónyuge que demandara el divorcio debe ser una falta imputable al otro cónyuge.
- Que la falta constituya una violación grave a los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio a los cónyuges o para con los hijos.
- Que torne intolerable la vida en común.

Se trata de la misma causal genérica a que se alude en el caso de la separación judicial, a modo de ejemplo en el artículo 54 se mencionan en relación al interés superior del niño las siguientes:

- Atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos.
- Alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la armoniosa convivencia entre los cónyuges o de estos con los hijos.
- Tentativa de prostituir al otro cónyuge o a los hijos.

Esta última constituye la causal más grave ya que es un atentado importante que supone una grave exposición de la integridad física, emocional y la integridad sexual de los niños, niñas o adolescentes, junto a que el mayor desvalor concurre, en el hecho de que sea uno de los padres que lo exponga a tan reprochable situación.

e) *Respecto de los requisitos para que se acoja la demanda de divorcio.*

Junto a las causal genérica señalada en el artículo 54, debemos agregar la del cese de convivencia efectivo conyugal durante al menos por un lapso de tres años cuando el

divorcio es solicitado por un solo cónyuge y/o por un año cuando este es de mutuo acuerdo de los cónyuges.

El cónyuge demandante en este caso fundamenta su acción en la sola circunstancia de haber cesado su convivencia entre los cónyuges. Pero la acción deberá rechazarse, cuando en el caso de divorcio unilateral, a solicitud de la parte demandada, el juez verifique que el demandante durante el cese de convivencia, no ha dado un cumplimiento de forma reiterada a su obligación de alimentos respecto tanto del demandado como de los hijos comunes, pudiendo hacerlo, porque lo razonable es entender y es el espíritu de la norma a la vez que la obligación de proveer a las necesidades de los hijos en común no cesa, protegiéndose el interés superior de los niños frutos de la relación marital.

f) *Respecto de la compensación económica.*

La compensación económica es una institución que se instaura a favor del cónyuge que por el hecho de haberse dedicado al cuidado de los hijos como consecuencia de esto, no haya podido desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o de haberla podido realizar lo hizo en menos medida de lo que podía o quería. (Artículo 61 ley 19.947).

Esta institución busca aminorar el menoscabo económico que sufre uno de los cónyuges, que en el interés superior de los hijos frutos del matrimonio y en pro de la vida en común, no desarrollo una actividad que le reportara un beneficio económico o lo hizo en menor medida y que a la época de la disolución del el matrimonio queda en una situación desmejorada o desventajosa frente a el otro cónyuge, lo que podría exponer a los hijos a privaciones originadas por falencias pecuniarias.

g) *Respecto De la Conciliación.*

La conciliación procederá en los juicios de separación o de divorcio y el juez deberá llamar a la audiencia de conciliación especial que tiene por objeto impedir, en un primer término la ruptura y si eso no fuese posible, aminorar las consecuencias negativas de la ruptura.

Así examinará las condiciones que contribuirían a superar el conflicto de la convivencia conyugal y verificar la disposición de las partes para hacer posible subsistir el vinculo matrimonial y si no cuando proceda, acordar las medias que regularan lo concerniente a los alimentos entre los cónyuges y para los hijos, el cuidado personal de los hijos, la relación directa y regular con los hijos, sobre todo la que mantendrá con ellos el padre o la madre que no los tenga bajo su cuidado y también la patria potestad.

Al propender la conciliación primeramente a que se evite la ruptura del vínculo matrimonial, busca proteger el interés de los hijos, quienes en condiciones óptimas, estarán menos vulnerables en la medida que se mantenga el matrimonio y de no ser así buscando condiciones futuras que los amparen de la mejor forma.

h) *En relación a la mediación.*

Cuando no se haya producido una conciliación completa y suficiente entre los cónyuges en los términos del artículo 27 de la ley de matrimonio civil, o sea no se logra un acuerdo completo y suficiente, el juez podrá disponer al termino de la audiencia de conciliación que se derive a una mediación a los cónyuges, citándolos para un día y hora ante el tribunal

para designar un mediador, solo si considera que por medio de ella se lograra llegar a un acuerdo final.

El mediador designado deberá velar por los intereses de los hijos en las decisiones que se tomen en el curso de la mediación.

Siempre el objetivo del legislador es propender a un acuerdo voluntario entre las partes, promovido por un tercero imparcial que los pueda ayudar a concordar sus desavenencias y procurar se cause con la ruptura el menor menoscabo a los integrantes del núcleo familiar que se disuelve.

- i) *Respecto de los juicios de separación, divorcio o nulidad en relación al interés de los menores.*

El artículo 85 de la ley de matrimonio civil, dispone:

“La tramitación de la separación judicial, de la nulidad de matrimonio y del divorcio se regirá por lo dispuesto en este Capítulo y en las demás leyes que resulten aplicables, del modo que parezca más conforme con la paz y la concordia entre los miembros de la familia afectada.

Cuando existieren menores de edad comprometidos, el juez deberá considerar especialmente el interés superior del niño, y oír a aquél que esté en condiciones de formarse un juicio propio, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, al resolver todos los asuntos relacionados con su persona o sus bienes.

El juez, en cualquier momento, podrá adoptar de oficio las medidas que crea convenientes para el cumplimiento de lo anterior, así como para solucionar de la mejor manera posible las rupturas o conflictos matrimoniales”.

Esta disposición no se trata sino de una declaración de principios, que destaca que el principio fundamental de la ley, es proteger a la familia y consecuentemente velar por el interés superior de los niños, niñas o adolescentes que la conforman, considerándose a estos últimos siempre en el caso de que se tengan que tomar decisiones por los jueces que los involucren, pudiendo estos adoptar las medidas que crea convenientes en pro de evitar las rupturas matrimoniales o ayudar a conllevarlas de la mejor manera.

Sin embargo, el juez, solo hasta cierto punto puede tratar de aminorar los efectos de la ruptura o evitar la misma, ya que de darse los presupuestos para la separación judicial, la nulidad o el divorcio, éste deberá decretarla.

Determinación del concepto del interés superior del niño. Aproximaciones.

El desarrollo de los derechos de los niños comienza con el reconocimiento de ellos como un grupo o sector diferenciado de nuestra sociedad, en virtud de la situación de vulnerabilidad y falta de pleno desarrollo tanto en lo físico como lo emocional, lo que lo expone con mayor facilidad a ver vulnerados sus derechos.

Uno de los aspectos que se debe remarcar es que si bien los niños, niñas y adolescentes poseen características diferenciadoras de otros grupos de la sociedad, esto no les priva de su carácter de sujetos de derecho, titulares de derechos inalienables e inherentes en la persona humana sujetos a tutela parental, o en su defecto, tutela o representación, hasta que cumplan la mayoría de edad que conlleva el pleno ejercicio de sus derechos.

La evolución del desarrollo de los derechos ha avanzado considerablemente principalmente a instancias de organizaciones e instrumentos internacionales de derechos humanos, entre los que encontramos la Carta de Ginebra de 1924, La declaración universal de los Derechos Humanos de 1948 y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, estos últimos dos instrumentos darán pie firme a la dictación de la Declaración Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989.

Lo que buscan en sus orígenes tales instrumentos es que los estados partes y la sociedad reconozcan en cada niño un conjunto universal de derechos y se definan como consecuencias de estas las obligaciones que se derivan para con ellos de parte de la sociedad, la familia y cada estado en particular.

Junto con buscar el reconocimiento de un conglomerado de derechos para los niños, niñas y adolescentes, los instrumentos internacionales han constituido en punto de partida para que cada estado incorpore en su respectiva legislación la protección y desarrollo de los derechos de los niños, permitiendo además una protección y garantía efectiva de los derechos humanos en su totalidad.

Lo que hoy se busca conceptualizar es el interés superior del niño, cuya definición por los instrumentos internacionales y nuestra legislación y doctrina nacional ha sido difusa, con la finalidad de desentrañar su aplicación pero aun más su primacía como principio del derecho, para esto es que se analizaran diferentes ámbitos que lo componen para tratar de arribar a un concepto o definición omnicompreensivo de todas las materias y aplicaciones en las que este interés se involucra.

En primer lugar podemos observar luego de lo analizado, que en una primera instancia en las normativas en donde este concepto es citado, su dimensión y transcendencia es vital y se le puede asignar más de una función

- La primera sería una garantía para el niño, niña o adolescente de que cada decisión que se tome en torno a su persona debe considerar no vulnerar sus derechos y por ende su pleno respeto; y
- Y esto no es solo obligatorio para los legisladores y jueces sino también para las instituciones tanto públicas como privadas para resolver las controversias que se les

presenten en las que tengan incidencia el interés superior de un niño, niña o adolescente. Aquí podemos sectorizar a los obligados por el principio en tres categorías:

- Los padres del niño, junto con su familia, justificación que encontramos en el artículo primero de la Constitución Política de nuestra Republica.
- El Estado, junto a sus tres funciones legislativa, ejecutiva y judicial, adoptando medidas efectivas destinadas a la vigilancia y plena aplicación de este principio. Así la política legislativa deberá estar guiada por el conjunto de criterios que compongan el interés superior del niño y particularmente las decisiones de los tribunales de justicia en que estén envueltos niños, niñas o adolescentes deben ser orientadas por el bienestar del niño.
- Finalmente la sociedad toda, está llamada a proteger los intereses de los niños que forjaran las nuevas generaciones.

Aquí podemos evidenciar que el interés jurídico de la protección de los niños, ya no es un asunto reservado al área estrictamente privada, como acontecía en la época de entrada en vigencia de nuestro código civil, hoy la sociedad toda junto a los padres tienen por finalidad el cuidado y desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, cautelando de manera activa sus intereses jurídicos, existiendo potestades privadas y públicas, debidamente armonizadas para lograr tal cometido.

Para poder primeramente tener un acercamiento a lo que se entiende por interés superior del niño es que se citaran instancias en que diversos órganos se han pronunciado sobre él, buscaremos entonces, un acercamiento al concepto que nos ayude a arribar a una conclusión en torno a su dimensión.

La Corte Internacional de Derechos Humanos, para pronunciarse en el fondo, sobre el contenido del principio del interés superior del niño, niña o adolescente, el cual, como ya se ha dicho, debe primar por sobre cualquier otra consideración normativa y guiar definitivamente el análisis caso a caso, ha señalado claramente : “ cuando se trata de la protección de los derechos del niños y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos , con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”³

La Corte Suprema al fallar un recurso de Casación interpuesto contra sentencia confirmada por la Corte de Apelaciones de Iquique en la causa RIT N° C-2127-2008, RUC N° 0820274001-5, del Juzgado de Familia de Iquique, caratulados “NMJ con MJ, señala en su considerando décimo:

“Que, de otro lado, el interés superior del niño constituye un principio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico y de mayor relevancia para la decisión en este tipo de materias. Dicho principio, aunque difícil de conceptualizar queda claro que alude al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente y su finalidad cubre, el desarrollo de los potenciales del menor y la satisfacción de sus necesidades en los diferentes aspectos de su vida. En el caso en estudio, no se advierte que haya sido vulnerado dicho interés por los sentenciadores, al decidir como lo han hecho, puesto que

³ Corte Interamericana Derechos Humanos: Caso Bulacio vs. Argentina. Sentencia 18 de Septiembre de 2003. Serie C N°100.

éste junto con el derecho a ser oído, han constituido precisamente los fundamentos sobre la base de los cuales los jueces del fondo han fundado su decisión de rechazar la acción intentada, teniendo especialmente en consideración, el vínculo de apego que tiene el niño con su padre, con quien ha permanecido la mayor parte de su vida y la estabilidad que éste y su familia le han brindado, además de los beneficios que esto puede aportar a su desarrollo, en concordancia con lo que los diversos informes y opiniones de expertos han manifestado o dejado constancia en el proceso”.

Al analizarse la historia de la ley 19.968 que crea los tribunales de familia, en su mensaje presidencial se señala:

“En efecto, la justicia de menores que hoy existe en nuestro país, posee una inspiración conceptual y un diseño procedimental que no se condice ni con la especial naturaleza del contencioso familiar, ni, tampoco, con las exigencias que el derecho internacional de los derechos humanos -al que Chile se encuentra sometido por mandato constitucional- contempla.

Los conflictos de naturaleza familiar suelen poseer una naturaleza más bien sistémica. Respecto de ellos, las nociones habituales del derecho privado, como la culpa o las técnicas de responsabilidad, resultan inadecuadas. A la vez, el derecho comparado, y los instrumentos internacionales, aconsejan considerar a los niños que se relacionan con el sistema jurisdiccional, como sujetos de derecho que deben ser oídos, en un proceso interactivo, en que sus intereses sean especialmente considerados. La actual situación de la administración de justicia respecto de la niñez, la adolescencia y la familia es, pues, gravemente deficitaria. Esta es una situación especialmente grave, que debe ser corregida para dar cabal cumplimiento al deber del Estado de proteger la familia que proclaman el texto constitucional y múltiples instrumentos internacionales”⁴

Esto nos orienta a señalar que el espíritu de nuestra legislación lleva a las instituciones a establecer el principio del interés superior del niño, como un eje rector, transversal y multidisciplinario que tiene una acogida importante en la vida social actual y al cual debemos darles las características de un principio del derecho ya que cuenta con elementos que lo hacen destacar como tal.

La autora Fabiola Lathrop Gómez, no señala que el interés superior del niño, niña o adolescente

“Es un principio cuya definición se encuentra en desarrollo, o dicho de otro modo, forma parte de los denominados conceptos indeterminados (por medio del cual la ley se refiere a una realidad cuyos límites no precisa con exactitud, pero con lo que intenta definir un supuesto concreto que permite que sea precisado luego en el momento de su aplicación) relativos o abstractos, que adquieren verdadera dimensión cuando son aplicados al caso concreto. No obstante, podemos afirmar que su cumplimiento equivale al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente.

Diversas disposiciones se refieren al interés del niño, pero sin entrar a describir su contenido; es la técnica denominada clausula general, por la cual los conceptos no se definen en la ley, sino que se refieren a realidades indeterminadas que sólo llevadas a situaciones concretas conducen a una

⁴ Historia de la Ley 19.968, página 6, Objetivos y fundamentos generales del proyecto.

solución determinada. Esta opción legislativa se opone a la anglosajona, caracterizada por la concreción del interés del menor conforme a ciertos criterios normativos preestablecidos”.⁵

En relación al tema la doctrina al señalar cuáles son los principios modernos que fundamentan al Derecho de Familia, señalan entre ellos al principio del interés superior del menor. Y plantean que las opciones que pretenden definir o dar estructura a un concepto único en esa materia, están lejos de armonizarse, de ahí que se puedan visualizar, tres posturas

1.- Según la doctrina mayoritaria, el interés superior del niño, niña o adolescente, se satisface con la plena satisfacción de sus derechos. Orientándose el ejercicio de la jurisdicción por los límites que impone el ordenamiento jurídico al establecer tales derechos.

Se pueden armonizar tales límites con el principio de la autonomía progresiva del niño que se refiere, a que se deberá tener en cuenta en torno a las decisiones que se tomen en relación a él, la opinión del niño, su edad y madurez, que varían con el paso del tiempo permitiéndole cada vez mayor valor a su opinión.

Esta posición parecería ser la acertada, ya que si se considera el principio, como uno que supone la plena satisfacción de todos y cada uno de los derechos del niño, niña o adolescente individualmente considerados, tanto a nivel internacional o nacional, se reconoce la preocupación por este grupo más vulnerable y desprotegido.

Pero el problema radica en que en ningún parte la Convención de los Derechos de los niños, define que debe entenderse por interés superior del niño, por lo que se debe interpretar su contenido y alcance de un modo indirecto en virtud de un cúmulo de disposiciones relacionadas entre sí.

2.- La segunda teoría plantea que cuando la Convención sobre los Derechos de los Niños, trata el principio del interés superior de niño, niña o adolescente lo hace como un principio básico y trascendental por sobre el resto, asegurándole la protección y cuidados necesarios para el bienestar de los niños, pero con un límite, que es asegurar la protección y cuidados que se requieran para salvaguardar sus derechos, pero considerando a la vez los derechos y deberes de los padres, tutores u otras personas responsables de ellos ante la ley.

El bienestar puede tener diferentes consideraciones, algunas veces generará la restricción o prescindencia de un derecho por sobre otro, o de varios por sobre alguno, que sea más importante en pro del bienestar del menor. Para establecer tal preeminencia o prescindencia a veces no es necesaria la presencia del menor, aunque la verdadera dimensión para decidir tal asunto es más palpable con la intervención del niño, niña o adolescente, lo que hará la decisión a su vez más transparente a los ojos de la sociedad.

En relación a esta materia en la Conferencia “Interpretación y aplicación del interés superior del niño en el Reino Unido”, dictada por la Universidad Central, el día 29 de octubre de 2014, se trató este tema por medio de la ponencia de la Profesora Invitada, Dra. Shazia Choudry, denominada “Resolving conflicts between the welfare principle and the Human Right Act”, quien expuso:

- Que se deben considerar los derechos del niño versus los del padre o apoderado que lo tiene a su cuidado.

⁵ Lathorp Gómez, Fabiola. CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS. En Análisis de la ley de Matrimonio civil y Tribunales de Familia, Editorial Punto Lex S.A, 2005, páginas 33 y 34

- Y no debe confundirse la primacía de los derechos del niño, con el concepto de primordial o preeminencia de los derechos de estos.
- El hacer que los derechos del niño, niña o adolescente tengan primacía, implica otorgarles a estos una única ponderación, sin tener consideración otros factores particulares en cada caso donde deba utilizarse el principio para resolver un conflicto.
- Se deben considerar los derechos tanto del padre como los de la madre, o quien ejerciere su cuidado.
- Al ponderarse tales derechos, se modera el concepto de primacía del interés superior del niño y se le da la preeminencia adecuada en cada caso.
- Pero, ¿Cómo hacerlo si la Convención sobre derechos del niños de las Naciones Unidas hace valer primariamente los derechos del niño de manera prevalente?. La solución planteada por la exponente razona en que hay que establecer que no todos los principios ni intereses, pesan de igual forma, y por lo mismo ha de otorgarse importancia particular a los intereses de los niños por sobre los adultos, solo si es necesario y de forma proporcional o ajustada en cada caso.
- Para lograr este efectivo balance lo que plantea la Doctrina y Jurisprudencia Inglesa es que debe hacerse un juicio de proporcionalidad, basado en la situación fáctica de cada caso, detallada, y analizada de manera minuciosa y comparándola bajo el mismo ejercicio con otras partes que tienen relación con el menor pero que no están involucradas en el conflicto a resolver. Trabajo que debe ser asesorado en los tribunales de familia por el consejo técnico, especializado en esta materia y además de un importante apoyo de medios probatorios.
- Pero tal juicio de proporcionalidad complica a la justicia que lo emplea, por su rigidez y aplicación casuística, por lo que la Dra. Shazia Coudry, espera que se reinterprete el concepto de interés superior del niño, no maximizándose sus derechos por sobre los derechos de los adultos responsables de ellos, sino reconociéndose el interés superior del niño, niña o adolescente dentro de la practica y respeto a los derechos humanos, dándole un sentido bienestarista o “welfare of the childs” y no de derechos fatales, sino también reconociendo otros derechos humanos.

3.- Una tercera hipótesis plantea que el principio se orienta a coaccionar a la autoridad o juez, en orden de no elaborar soluciones jurídicas para el niño, niña o adolescente que carezcan de un trasfondo o sustrato real si no que causen en ellos trascendencia, siendo un medio tales soluciones para lograr el pleno bienestar de los afectados por ellas, lográndose así su mayor realización material y espiritual posible.

Ahora bien, estableceremos que es lo que se debe analizar para considerar al interés superior del niño, niña o adolescente como un principio general del derecho.

El concepto de principio general del derecho, no se encuentra definido en nuestra legislación. De manera que comenzaremos por establecer que entendemos por la palabra “ principio”, para el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, principio significa: “punto que se considera como primero en una extensión o en una cosa”; “ base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discuriendo en cualquier materia”; “cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o artes”.⁶

⁶ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española XXII ed. España, Espasa, año 2001, t.II. pág. 1834.

Luego para poder comprender la definición de principio general del derecho es que se analizaran sus funciones, para lograr una aproximación a un concepto o definición:

- Función integradora: se encargan de llenar vacíos o lagunas legales que se producen, puesto que al legislador le es imposible pronosticar, todos los hechos y relaciones jurídicas que se originan en la sociedad, circunstancias imposibles de prever por la constante evolución que ésta sufre a diario .
- Función interpretativa: los principios sirven para comprender las normas jurídicas y aclarar aquellas que tienen un sentido ambiguo o contradictorio dentro de un mismo sistema normativo.
- Función creadora: aquella que tiende a que todas las normas positivas del ordenamiento jurídico se desarrollen hacia una finalidad. Lo que se logra porque los principios son fuentes del derecho, de manera que el legislador acudirá a ellos cuando cree nueva normativa, para que ésta se integre y tenga una coherencia con el resto del ordenamiento.

De lo señalado hasta el momento podemos evidenciar que la ley siempre será insuficiente para regular todas y cada una de las relaciones jurídicas y los hechos que ocurren en nuestra sociedad. Como el mismo ordenamiento jurídico evidencia tal insuficiencia, recurre a principios anteriores a él y que son fuente permanente de derecho para solucionar tales situaciones.

Así podríamos conceptualizar a los principios generales del derecho como normas que de manera directa o indirecta, emanan de la naturaleza humana y que informan, crean e interpretan el ordenamiento jurídico.

Los principios jurídicos lo que buscan es la realización de una determinada conducta en la mayor medida posible dentro del ordenamiento jurídico, de manera que pueden ser cumplidos por este en diversos grados. Pero su fin último es orientar la dictación de normas en un sentido, este sentido en el tema que estamos tratando sería que la legislación dictada en nuestro país, pondere los derechos de los niños, niñas o adolescentes de manera preferente, por su calidad de sujetos vulnerables para la sociedad.

La tendencia actual del legislador nacional, evidencia hacia algunos años, el privilegiar la protección de los hijos y menores de edad, orientándose a reconocer la mayor entidad que poseen los derechos de ellos.

A la luz del análisis de la normativa vigente en nuestro país es que encontramos el fundamento del principio de interés superior del niño, niña o adolescente en nuestra carta fundamental, así como en el artículo tercero de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños.

Concepto de Interés Superior del niño, niña o adolescente.

Tras el análisis realizado dentro de la normativa vigente en nuestro país, se evidencia la importancia y transversalidad del principio del interés superior del niño, niña o adolescente.

Por lo tanto podemos conceptualizar tal principio de la siguiente manera:

El principio del interés superior del niño, niña o adolescente, es un principio general del derecho, que informa a nuestra legislación e instituciones en sus diferentes áreas, posicionando de forma preferente sobre otros intereses jurídicos, los derechos de los niños y adolescentes, en todas aquellas decisiones y circunstancias en que estos se vean involucrados. Creándose así para los niños un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones que les permitan su mayor realización espiritual y material posible con el pleno resguardo de las garantías que les asisten.

CONCLUSIONES.

El interés superior del niño, niña o adolescente es un principio comprensivo de múltiples factores y que contiene una serie de criterios que se deben considerar entender que es lo que lo compone.

Para poder analizar su composición es necesario recurrir a la normativa vigente y dentro de ella no se entrega un concepto acabado, lo que hace aun más difícil el análisis en esta materia.

Lo primero que llama la atención es que se plantee un “interés superior del niño”, en que al interés se agregue el adjetivo relativo “superior”, lo que significa siempre una idea de comparación. Algo es superior a una cosa y, probablemente, inferior a otra.

En la legislación, tanto nacional como internacional, se habla del interés superior del niño, pero sin referirlo, al menos explícitamente, a ningún otro interés, que debe resultar inferior o subordinado al anterior, sino que solo pareciera que persigue resaltar éste interés. Entendemos entonces que lo que se quiere es proteger al menor, en su interés, es decir, su bien como persona humana, que se puede encontrar en situación de debilidad respecto de las personas con las que vive o de las que depende.

La obligatoriedad del interés superior del niño, analizado a la luz de las diversas normativas que se involucran en esta investigación, es de preeminencia de este interés por sobre otros, y de obligatoriedad para todos aquellos llamados a conocer o pronunciarse sobre un asunto en que se vean involucrados los derechos de los niños.

La importancia del principio de interés superior del niño, hace que este concepto se involucre en la mayoría de la legislación civil, que involucra a los niños, tanto en el código civil como en las leyes especiales que se han dictado para diversas materias incluyendo los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Y basa su importancia en el reconocimiento que le da la Constitución Política de la República.

Se ha logrado establecer que el interés superior del niño, niña o adolescente, constituye un principio general del derecho, ya que lo informa desde los orígenes del ordenamiento jurídico y el legislador debe recurrir a esta orientación en la medida que quiera dictar nuevas disposiciones que involucren a niños y adolescentes.

Bibliografía.

1.-Libros.

- LÓPEZDIÁZ, Carlos, “Manual de Derecho de Familia”, Editorial Metropolitana, Santiago de Chile, Mayo 2013, págs. 43-46.
- BOBADILLA AYALA, Valeska; ESPINOZA QUEZADA, Renzo; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Andrea; MASSMAN WYNEKEN, Julie, “ Responsabilidad Parental, Personal, Patrimonial, Por omisión o Subsidiaria del Estado”, Punto Lex- Thomson Reuters, Septiembre de 2009, págs.58-63.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo, “Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia”, Punto Lex- Thomson Reuters, Noviembre de 2011, págs.369-395.
- BAEZA CONCHA, Gloria; PEREZ CABRERA, Jaime, “Los nuevos tribunales de Familia. Procedimiento Ordinario”, Legal Publishing Chile, Octubre de 2008, págs. 54 y 55.
- ORREGO ACUÑA, Juan Andrés, “El Interés superior de los menores”, en Temas de Derecho de Familia, Editorial Metropolitana, Abril 2007.

2.-Revistas.

- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, “El principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Estudios Constitucionales, Año 6, n°1, 2008, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca.

3.- Otras Fuentes de Información

- Código Civil Chileno.
- Apuntes de Clases de Derecho de Familia, Capítulo IV “La Filiación”, Profesor Sr, Carlos Céspedes M.
- www.bcn.cl.
- www.vlex.cl