

INTRODUCCIÓN.

La eficacia de una legislación está en reflejar lo más fielmente posible la realidad social, ésta, al ir evolucionando constantemente, requiere que el Derecho también se adapte; y a la inversa, en ocasiones el Derecho se constituye como un impulsor de cambios en las conductas sociales. Un ejemplo de esto último, lo constituyen las normas de protección y de consagración de derechos de aquellos que por años han sido desprotegidos por no ser vistos: los niños, niñas y adolescentes.

La protección de la infancia y adolescencia, a través de la Responsabilidad Parental, como institución encargada de regular las relaciones paterno - filiales, unido a las falencias que presenta nuestra legislación en lo que respecta al Derecho de Familia, y en particular a la institución ya señalada, son las dos razones principales que motivaron el tema de esta Memoria.

En nuestro país, la Responsabilidad Parental, desde el Código Civil originario, se encuentra desmembrada en Autoridad Paterna y Patria Potestad; a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Comparado, en donde es regulada en forma unificada, bajo las denominaciones alternativas – según la legislación – de Patria Potestad, Relación Parental, o Autoridad Parental, entre otras. Descubrir cuales fueron las razones de Andrés Bello para adoptar esa solución legal; analizar y denunciar los problemas que hoy ocasiona la falta de unificación y, finalmente, entregar argumentos para un tratamiento único de la Responsabilidad Parental, constituyen los principales objetivos de este trabajo.

El primer Capítulo está destinado a informar sobre el tratamiento distinto que existe en nuestro Derecho y en el Derecho Comparado respecto de la institución en comento. Se hace una referencia histórica de la Patria Potestad

en el Derecho Romano, para luego analizar la institución en el Derecho Comparado Latinoamericano y su regulación originaria en el Código Civil de 1.857. En esta parte se verán las razones del desmembramiento de la institución, finalizando el Capítulo, con un estudio del contenido que hoy tiene la Responsabilidad Parental, sus principios, sujetos involucrados, esencia y fines.

Por su parte, el Capítulo II se concentra en la evolución histórica que ha tenido la separación de la Responsabilidad Parental en nuestro Derecho; desde el Decreto Ley N° 328 de 1.925, que fue el primero en introducir cambios en la materia, hasta la Ley N° 19.585, que junto con modificar el Estatuto Filiativo, otorgó a los Títulos IX y X del Libro primero del Código Civil, su configuración actual. La idea de este Capítulo es analizar los escasos avances de nuestro ordenamiento jurídico en la materia, a través de un estudio de las razones y argumentos que tuvo en cuenta el legislador, para justificar las diversas reformas al Código Civil durante el siglo XX, y que precipitaron al ordenamiento jurídico a una falta de sistematicidad y de coherencia, al no unificar la Autoridad Paterna con la Patria Potestad.

Finaliza este trabajo con un tercer Capítulo, que es en definitiva el que justifica y otorga el título a la Memoria. En él se expresan diversos argumentos y razones para unificar la Autoridad Paterna con la Patria Potestad bajo la denominación de Responsabilidad Parental, a través, principalmente, de un análisis de las antinomias que se dan entre: la legislación familiar interna y los Tratados Internacionales; entre las normas de rango legal y la Constitución Política; dentro del Código Civil entre los Títulos IX y X del Libro I, y entre el Código y las Leyes de Matrimonio Civil y de Tribunales de Familia. También se han considerado los problemas prácticos que se producen por la regulación actual.

Para la investigación y elaboración de esta Memoria, han sido utilizados como instrumento de trabajo, textos elaborados por doctrina nacional y extranjera; dentro de esta última, se han tenido especialmente en consideración los autores argentinos y españoles. Además, se ha contado con diversas ponencias presentadas en los Congresos X, XII y XIII de Derecho de Familia, llevados a cabo en Argentina, Cuba y España, respectivamente.

Especial importancia tiene el Derecho Comparado, por su rol de Derecho informante de las nuevas instituciones jurídicas, es por ello que se ha trabajado con los Códigos Civiles y especializados – como los Códigos de la Niñez y Adolescencia y de La Familia – de algunos países latinoamericanos, específicamente, Perú, Venezuela, Bolivia, Argentina y Panamá.

La interpretación de un ordenamiento jurídico interno comienza en los Tratados Internacionales que el país ha ratificado, éstos constituyen un compromiso ante la comunidad internacional y ante los ciudadanos del propio Estado. Es por lo anterior, que para hacer el análisis de nuestra legislación, se han considerado diversos Tratados que Chile ha ratificado y que se encuentran vigentes, en especial, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

La presente Memoria de Prueba ha sido elaborada dentro del Taller de Memoria “Aspectos Sustantivos de la Ley de Tribunales de Familia”, parte I y II, realizados en el primer y segundo semestre del año 2.006. Tanto el Taller como la Memoria, han estado bajo la dirección de la Profesora Claudia Schmidt Hott.

CAPÍTULO I

¿UNIFICACIÓN O SEPARACIÓN?

Las relaciones entre padres e hijos tienen lugar en dos ámbitos que el Derecho se encarga de regular, en lo personal y en lo patrimonial. Los padres crían a sus hijos, los educan, y corrigen sus errores, pero también se preocupan de la administración de sus bienes.

En relación a estos ámbitos, existen dos tratamientos jurídicos distintos. Por una parte, tenemos la regulación del Derecho Romano, seguida por el Derecho Comparado, en donde lo personal con lo patrimonial no se separan y se regulan bajo una misma institución y, por la otra, está nuestro país, que fue seguido por Colombia y Ecuador, en donde estos dos aspectos se encuentran separados en dos instituciones distintas y con principios distintos.

1. Autoridad Paterna y Patria Potestad.

En Roma, la relación jurídica entre padres e hijos se llamaba Patria Potestad, nombre que se conserva hasta hoy en algunas legislaciones que siguieron la regulación romana, pero que ya otros países han cambiado su denominación a Responsabilidad Parental, Autoridad Paterna o Autoridad Parental.¹ Este cambio se ha debido porque su nombre original no se corresponde con los nuevos principios y contenidos. La Patria Potestad en el

¹Así por ejemplo, el Código del Niño, Niña y Adolescentes de Bolivia la denomina Autoridad de los Padres, en su art. 31. [en línea] Consultado En: <<http://www.cajpe.org.pe/InformaciónporPaíses.htm>> [consulta: 04 Agosto 2.006].

Por su parte, el Código de la Familia de la República de Panamá, dedica el Título IV del Libro Primero a la "Patria Potestad" o "Relación Parental." [en línea] Consultado En:<<http://www.bibliotecajus.gov.ar/Codigo-Familia-Panama.html>> [consulta: 05 Agosto 2.006].

El Código de Familia de El Salvador, denomina la institución como "Autoridad Parental." [en línea] Consultado En:<<http://iin.oea.org/badaj/docs/dcofsv94.htm>> [consulta: 16 Junio 2.006].

Derecho Romano, era una institución en beneficio del padre, mientras que hoy se consagra en interés del hijo.

Nuestro país, por invención de Andrés Bello separó la regulación de lo personal y lo patrimonial en dos instituciones distintas. El aspecto personal quedó regulado bajo el epígrafe “De los Derechos y Obligaciones entre los Padres y los Hijos Legítimos”, que hoy se denomina “De los Derechos y Obligaciones entre los Padres y los Hijos”, llamada Autoridad Paterna por la doctrina,² y el aspecto patrimonial quedó bajo el epígrafe “Patria Potestad”.

Por lo explicado anteriormente, el contenido de la Responsabilidad Parental, de la Autoridad Paterna y de la Patria Potestad, está dado por la legislación que se analice.

1.1. Patria Potestad en el Derecho Romano.

1.1.1. La Familia Romana.

La familia romana estaba bajo la conducta y dirección del jefe supremo, del *pater familias*, a quien correspondía las relaciones de la familia con el mundo exterior.³

Se caracterizaba por una estricta unidad, con rasgos de absolutismo. Sólo el *pater* era *sui iuris* y los demás miembros eran *subiecti*, es decir, *alieni*

² Es la terminología que utiliza René Ramos. En: RAMOS PAZOS, René. Derecho de Familia actualizada con la Ley 19.585 y la Ley 19.620 sobre Adopción. 3ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2.000. Fernando Fueyo utiliza igual denominación. En: FUEYO LANERI, Fernando. Derecho Civil. Tomo VI, Derecho de Familia, Volumen III. Imprenta y Litografía Universo S.A., Santiago, Chile, 1.959.

³ CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Tomo III, De las Personas. Volumen II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1.979.

iuris.⁴ ⁵ El poder que sujetaba a los miembros de la familia era unitario, pero con distinciones nominativas. Tratándose de la mujer tomaba el nombre específico de *manus*; con respecto a los hijos y demás descendientes se llamaba *patria potestas*; y en relación a los hombres libres adquiridos a su propio padre, la potestad del adquirente se denominaba *mancipium*. Los poderes del *pater* eran vitalicios.⁶

La unidad jurídica determinaba una unidad patrimonial, sólo el *pater* era titular del dominio, de derechos reales, de créditos y deudas. Sus dependientes disponían de capacidad de ejercicio pero no de goce, por lo mismo, cuando adquirirían algo, lo adquirirían para su jefe y no podían obligarlo.⁷

1.1.2. Concepto y Contenido de la Patria Potestad.

Era el poder jurídico que tenía una persona sobre sus descendientes, y sólo podía corresponder a un varón *sui iuris*,⁸ es decir, a un *pater familias*.⁹ Comprendía tanto lo personal como lo patrimonial.

La Patria Potestad se ejercía sobre los hijos e hijas naturales, los adoptados, los nietos y demás descendientes de ambos sexos, pero debían ser descendientes legítimos, por la línea varonil, no emancipados.

⁴ Con la expresión *sui iuris* o *suae potestatis*, se indica que la persona tiene un derecho o una potestad sobre sí misma, que no depende de nadie. Se aplica tanto a hombres como a mujeres de cualquier edad, pero a los hombres se atribuye además el nombre de *pater familias*.

⁵ *Alieni iuris* o *alieno iure subiectus*, era la persona sometida a potestad, estaba sujeta al derecho de otro. Los *alieni iuri* eran: la mujer casada, los hijos, propios o adoptivos, los descendientes de los hijos, las hijas (pero no sus descendientes), las personas *in mancipio* y los esclavos.

⁶ GUZMÁN BRITO, Alejandro. Derecho Privado Romano. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1.996.

⁷ GUZMÁN BRITO, Alejandro, ob. cit., pág. 290.

⁸ Como para tener la Patria Potestad era indispensable ser *sui iuris*, el que tenía muchos ascendientes varones en la línea paterna, como por ejemplo padre, abuelo y bisabuelo, estaba bajo potestad del más lejano y no del ascendiente más próximo.

⁹ GUZMÁN BRITO, Alejandro, ob. cit., pág. 357.

El padre era dueño absoluto del hijo, podía disponer de él a su arbitrio, y tratándose exclusivamente de las relaciones domésticas entre el padre y el hijo, no había diferencia alguna entre el hijo y el esclavo; pues en ambos tenía el padre el derecho de dominio, y todo lo que ambos adquirían pertenecía al padre o al señor.¹⁰

Dentro de los derechos que contemplaba la Patria Potestad, en el ámbito personal, estaba el de vender al hijo, de castigarlo y maltratarlo, e incluso de quitarle la vida, eran jurídicamente ilimitados.

En cuanto al ámbito patrimonial, los descendientes carecían de patrimonio, por ello eran incapaces de tener bienes en dominio, tampoco podían ser titulares de derechos reales, y no podían ser acreedores o deudores. Como sí tenían capacidad de ejercicio, pero no de goce, eran sujetos de derecho y actuaban en la vida jurídica, adquiriendo el dominio o derechos reales, sea entre vivos o por causa de muerte, pero su intervención debía ser como adquirente, nunca como enajenante o transmitente del dominio o constituyente del derecho de que se trate. Lo adquirido por los hijos, lo adquiría el padre, siempre que aquél obrara con el conocimiento de éste.

Todos los derechos absolutos que tenía el padre con respecto a sus hijos y descendientes, en la vida diaria eran más flexibles y posteriormente fueron atenuándose en las leyes. Así, Luis Claro Solar señala, que aunque la Patria Potestad revestía caracteres de una extrema rudeza, en la práctica su aplicación se dulcificaba; si bien, la educación de los hijos era más dura que en los tiempos modernos, la Patria Potestad no confería el derecho de tiranizar a

¹⁰ BORJA, Luis. Estudios sobre el Código Civil chileno. Volumen IV. Paris: A. Roger y F. Chernoviz, 1.901 - 1.908.

los hijos, el padre debía desempeñar un deber de educación con clemencia e indulgencia.¹¹

En cuanto a la modificación normativa, podemos señalar como ejemplo, que el derecho absoluto que tuvo el *pater familias* de vender al hijo, la Ley de las XII Tablas lo restringió, estableciendo que si vendía a su hijo tres veces perdía la Patria Potestad y, la jurisprudencia lo limitó a los hijos varones de primer grado, pues los otros hijos, hijas y nietos, salían de la Patria Potestad por una sola *emancipatio*. En cuanto al derecho de castigar, maltratar y quitar la vida al hijo, se fue atenuando gradualmente, hasta que por una Constitución del año 365 D.C., el padre sólo conservaba un derecho de corrección moderado.

Si el aspecto personal evolucionó, el patrimonial también. Al comienzo el hijo no tenía patrimonio y por lo tanto, nada adquiría para él, pero se le fue habilitando a través de peculios para tener bienes propios. Primero se le otorgó el peculio castrense, luego se le reconoció un peculio cuasi castrense, y también un peculio adventicio. Los bienes comprendidos en este último pertenecían al hijo en nuda propiedad y el padre tenía el pleno usufructo y administración, el hijo no podía disponer de ellos. Este peculio exponía al hijo a que su padre no lo emancipara por tener interés en el usufructo, para atenuar esto, Constantinus permitió que al emancipar al hijo, el padre retuviera un tercio del peculio, y a este tercio de propiedad, Justinianus sustituyó el usufructo de la mitad.

1.1.3. Extinción de la Patria Potestad.

¹¹ CLARO SOLAR, Luis, ob.cit., pág. 137 - 138.

En este mismo sentido, Luis Borja, señala que la familia romana era lo más moral, que en ella reinaba la paz, la armonía y el sumo respeto a la madre. Ob. cit., pág. 267.

El poder del padre sobre sus hijos se disuelve por la muerte de aquél. También se termina por *capitis deminutio maxima* del padre, es decir, pierde la libertad y la ciudadanía y pasa a la condición de esclavo; por *capitis deminutio media*, en donde se pierde la ciudadanía con retención de la libertad; y por la *capitis deminutio minima*, aquí se conserva la ciudadanía y la libertad, pero la persona cambia su posición familiar, por ejemplo de *sui iuris* se pasa a *alieni iuris*. Ocurre la extinción de la Patria Potestad por *capitis deminutio minima* en el caso de la adrogación o adopción de un *pater*, éste pierde el poder que tenía sobre sus descendientes.¹²

Otra forma de extinguir la Patria Potestad es por *emancipatio*,¹³ que consiste en una liberación voluntaria que efectúa el padre. Se aprovechaba de una disposición de las XII Tablas que declaraba libre al hijo varón que había sido objeto de una triple venta por su padre, o una sola si eran hijas u otros descendientes de ambos sexos. Como para emancipar a un hijo se debía recurrir a un proceso complejo, éste se fue atenuando, hasta que Justinianus dispuso que los que quisieran emancipar a un hijo podían hacerlo presentándose ante el juez, y declarar ante él la voluntad de emancipar. También se requería el consentimiento del hijo.

El padre podía ser obligado a emancipar si maltrataba al hijo, procuraba corromperlo, o lo abandonaba; también si el padre aceptaba una herencia dejada con la condición de emanciparlo. Pero a estas formas de perder la Patria Potestad no se les comprendía en la verdadera *emancipatio*, que tenía por fundamento la voluntad del padre de familia.¹⁴

¹² GUZMÁN BRITO, Alejandro, ob. cit., págs. 364 - 364.

¹³ Por esta vía, junto al caso de la muerte del *pater*, el hijo se convierte en *sui iuris*.

¹⁴ CLARO SOLAR, Luis, ob. cit., págs. 353 - 354.

Fácil es apreciar que los principios del Derecho Romano, eran totalmente opuestos a los que hoy se contemplan, pero las instituciones van evolucionando a través del tiempo, y desde aquella época, ya la Patria Potestad debió modificarse para darle algunos derechos a los hijos. Se debe destacar que al estar el aspecto personal y el patrimonial unificados, se regían por los mismos principios, y evolucionaron ambos gradualmente. Como se verá más adelante, esto no ha ocurrido en Chile, en que por falta de unificación, existen principios distintos y la evolución ha sido dispar.

1.2. Responsabilidad Parental, Autoridad Parental o Patria Potestad en el Derecho Comparado.¹⁵

En el Derecho Comparado, la regulación jurídica que tiene la Patria Potestad, evolucionó con respecto a la del Derecho Romano y es distinta a la que se contempla en nuestro país. Los principios son distintos, la técnica legislativa es otra, e incluso, como ya se ha mencionado, el nombre de la institución es diverso.

¹⁵ Las legislaciones que se contemplaron para hacer el análisis del Derecho Comparado son las de Bolivia, Venezuela, Perú y Panamá. Se tuvo a la vista la Constitución Política y el Código Civil de todos los países mencionados; también el Código de la Familia y el Código del Niño y Adolescente en aquellas legislaciones que cuentan con uno. En el caso de Venezuela, que no cuenta con Códigos especializados, se trabajó con la Ley Orgánica para la Protección del Niño y Adolescente (LOPNA).

La legislación boliviana ha sido consultada En: <<http://www.cajpe.org.pe/InformacionporPaises.htm>> [consulta: 04 Agosto 2.006].

La legislación venezolana En: <<http://www.cajpe.org.pe/InformacionporPaises.htm>> [consulta: 03 Agosto 2.006].

En cuanto a la normativa peruana, en lo que respecta a la Constitución Política y al Código Civil En: <<http://www.minjus.gob.pe/spij/>> [consulta: 03 Agosto 2.006]. Y el Código de los Niños y Adolescentes En: <<http://www.cajpe.org.pe/InformacionporPaises.htm>> [consulta: 03 Agosto 2.006].

En tanto, la Constitución Política de Panamá fue consultada En: <<http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/temas/youth/legisl/pan/i/index.htm>> [consulta: 05 Agosto 2.006]; el Código Civil En: <<http://www.latinlaws.com/legislación/modules/mylinks/viewcat.php?cid=269>> [consulta: 05 Agosto 2.006] y el Código de la Familia En: <<http://www.biblioteca.jus.gov.ar/Codigo-Familia-Panama.htm>> [consulta: 05 Agosto 2.006].

Se contemplan algunos matices entre las diversas legislaciones de Derecho Comparado, y grandes diferencias en relación con la regulación que en nuestro país tiene la institución.

Un proceso que se ha dado en varias legislaciones, es la privatización del Derecho Constitucional,¹⁶ lo que ha dado lugar a una mayor protección de la familia, y en especial de los niños. Se aprecia que la Responsabilidad Parental, que tiene como eje central al niño, sujeto de derechos, se consagra en las Constituciones Políticas del Derecho Comparado. Las Constituciones de Bolivia, Panamá, Perú y Venezuela, se preocupan de fijar su contenido básico, dando así mayor protección y estabilidad a la institución.¹⁷

En estas legislaciones también ocurrió el proceso de constitucionalización del Derecho de Familia. Surgieron nuevos códigos y leyes satelitales dedicados a la protección de la familia y a los derechos de los niños y adolescentes, materializando de esta manera, los principios consagrados en la Constitución.¹⁸

¹⁶ Las Constituciones ya no sólo regulan lo público, sino que también materias de Derecho Privado, de las relaciones entre particulares y dentro de éstas, las familias. Por ejemplo, la Constitución Política de Panamá dedica dentro del Título III un Capítulo a la Familia. También Bolivia, en que el Título V de su Constitución se denomina Régimen Familiar.

¹⁷ Bolivia y Panamá mencionan la institución expresamente. La Constitución Política de Bolivia, la señala en el art. 197 I: “La autoridad del padre y de la madre, así como la tutela, se establecen en interés de los hijos, de los menores y de los inhabilitados...” La Constitución de Panamá la señala en su art. 55 inciso 1: “La Patria Potestad es el conjunto de deberes y derechos que tienen los padres en relación con los hijos.”

Por su parte, la Constitución Política de Perú, establece en su art. 6 inciso 2: “Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos.”

En tanto la Constitución Política de Venezuela, en su art. 76 inciso 2 dispone: “El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos e hijas, y éstos tienen el deber de asistirlos cuando aquél o aquella no puedan hacerlo por sí mismos. La ley establecerá las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la efectividad de la obligación alimentaria.”

¹⁸ Bolivia dictó el Código de la Familia y también el Código del Niño, Niña y Adolescente. Por su parte, Venezuela cuenta con la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA). Perú contempla dentro de su legislación el Código de los Niños y Adolescentes. Panamá también tiene un Código de la Familia.

A diferencia de la legislación chilena, en Derecho Comparado, los ámbitos personal y patrimonial se encuentran unificados, dando a estos dos aspectos un tratamiento más sistemático, ya que se rigen por los mismos principios y por un mismo objetivo, que es dar protección a los hijos y asegurar su desarrollo integral.

Dentro de los principios que guían la Responsabilidad Parental en el Derecho Comparado, y que se aprecian en la mayoría de los países latinoamericanos, podemos mencionar el interés superior del niño, la igualdad y no discriminación entre los hijos y la igualdad entre los progenitores. Así por ejemplo, en relación al interés superior del niño, Bolivia señala en la Constitución Política, en su art. 197 número 2, que la Autoridad de los Padres se establece en interés de los hijos.¹⁹

En relación a la igualdad de los hijos, la Constitución de Panamá declara en su art. 56 que todos los hijos son iguales ante la ley. La Constitución peruana también señala el principio en forma expresa en su art. sexto.²⁰

En cuanto al principio de la igualdad entre los progenitores, se puede mencionar como ejemplo a la Constitución de Venezuela, que señala en su art. 75 que las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes,

¹⁹ Otro ejemplo lo encontramos en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de Venezuela, que señala en su art. 8 inciso 1: “El Interés Superior del Niño es un principio de interpretación y aplicación de esta Ley, el cual es de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños y adolescentes. Este principio está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías.”

También Panamá en el Código de la Familia señala expresamente el principio en el art. 318: “La autoridad de los padres se establece tomando en consideración el interés superior del menor y de la familia.”

²⁰ La Constitución de Panamá consagra el principio en su art. 56, que señala: “Los padres tienen para con sus hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto de los nacidos en él. Todos los hijos son iguales ante la ley...” Por su parte, la Constitución de Perú, en su art. 6 inciso 3 dispone: “Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes...”

la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes.

En la regulación de los deberes y derechos - funciones que contempla la institución, la legislación extranjera toma como punto de partida los deberes y responsabilidades que tienen los progenitores con respecto a sus hijos y que se centran en el interés superior de éstos. Se deja por lo tanto, sólo algunas facultades o derechos en favor de los padres, que son más bien reducidas y que tienen como fin posibilitar que los progenitores cumplan con sus deberes. Es por lo anterior, que la doctrina ha denominado a estas facultades, derechos - funciones.²¹ Se contemplan determinados derechos, pero para cumplir con una función encomendada.

Dentro de las responsabilidades que tienen los padres, el Derecho Comparado es uniforme, coincidiendo las legislaciones en que principalmente los deberes de los padres son:

- Proveer al sostenimiento de los hijos, comprendiendo el deber de otorgarles alimentos, vestuario, entre otras cosas.²² El derecho de alimentos que tienen los hijos con respecto a sus padres, es recíproco cuando los padres se encuentran en necesidad. Igual que en nuestro

²¹ SCHMIDT HOTT, Claudia y VELOSO, Paulina. La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia. Cono Sur, Santiago, Chile, 2.001. María Castañeda, señala que la naturaleza de las potestades de los padres son poderes – deberes, cuyo objetivo fundamental es el cumplimiento de una función encomendada por el Estado. CATAÑEDA RIVAS, María Leoba. Naturaleza Jurídica de los Poderes y Deberes en el Derecho de Familia, En: XII Congreso Internacional de Derecho de Familia. “El Derecho de Familia ante los Retos del Nuevo Milenio”. 25 Años de Derecho Familiar (1977 - 2002) (12º: 22 - 27 de Septiembre de 2.002: La Habana, Cuba).

²² El Código Civil peruano señala este deber en su art. 423 N° 1: “Son deberes y derechos de los padres que ejercen la Patria Potestad: N° 1. Proveer al sostenimiento y educación de los hijos.” Por su parte, el Código de la Familia de Panamá en el art. 319 señala: “La Patria Potestad con relación a los hijos o hijas comprende los siguientes deberes y facultades: N° 1. Velar por su vida y salud, tenerlos en su compañía, suplir sus necesidades afectivas, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.”

país, este derecho comprende también a otros miembros de la familia, como a los ascendientes y hermanos.

- Educar y criar a los hijos.²³ No se trata sólo de otorgarles un colegio, sino también de inculcarles valores, modales y enseñanza no tradicional en el hogar.
- Cuidar de la salud de los niños. En este deber, las legislaciones contemplan la ayuda subsidiaria del Estado, señalando que los primeros que deben ocuparse de la salud de los niños son los progenitores.²⁴
- Representar a los hijos en aquellos actos en que la ley no les permite actuar por sí solos o sin autorización. Se excluye la representación si existe conflicto de intereses entre padres e hijos, y también en actos relativos a bienes excluidos de la administración de los padres.²⁵
- Administrar los bienes y otorgar cuenta al final de la gestión. Este deber, está muy reglamentado en el Derecho Comparado, estableciéndose diversas prohibiciones.²⁶

²³ Así lo contempla el Código de la Familia de Bolivia, en su art. 258: “La autoridad del padre y de la madre comprende los deberes y derechos siguientes: N° 3. El de mantener y educar al hijo...” Por su parte, el Código Civil de Venezuela prescribe en el art. 264 inciso 1: “El padre y la madre que ejerzan la Patria Potestad, tienen la guarda de sus hijos y fijarán de mutuo acuerdo, el lugar de su educación, residencia, o habitación.”

²⁴ La legislación venezolana expresa claramente este deber en el art. 42 de la LOPNA: “Los padres, representantes o responsables son los garantes inmediatos de la salud de los niños y adolescentes que se encuentren bajo su Patria Potestad, representación o responsabilidad. En consecuencia, están obligados a cumplir las instrucciones y controles médicos que se prescriban con el fin de velar por la salud de los niños y adolescentes.”

²⁵ A este respecto, el Código de la Familia de Bolivia señala en el art. 258: “La autoridad del padre y de la madre comprende los deberes y derechos siguientes: N° 4. El de administrar el patrimonio del hijo y de representarlo en los actos de la vida civil.” Y en el art. 269 expresa que: “Cuando los padres tengan un interés opuesto al de los hijos, el juez tutelar nombrará a éstos un curador especial.”

En el mismo sentido, el Código de la Familia de Panamá dispone en el art. 332: “Los padres que ejercen la Patria Potestad o Relación Parental tienen la representación legal de su hijo o hija menores o discapacitados. Se exceptúan: 1. Los actos relativos a derechos que el hijo o hija, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, puedan realizar por sí mismos; 2. Aquellos actos en que exista conflictos de intereses entre los padres y el hijo o hija; y 3. Los actos relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.”

²⁶ Un ejemplo claro lo constituye Venezuela, que en el art. 267 del Código Civil señala: “El padre y la madre que ejerzan la Patria Potestad representan en los actos civiles a sus hijos menores y aun simplemente concebidos, y administran sus bienes.”

En cuanto a los derechos - funciones que tienen los progenitores, podemos mencionar el derecho de corregir a los hijos, dirigir su proceso educativo, vivir con ellos o tenerlos en su compañía, derecho de visita²⁷ o régimen de comunicación, y en algunos países se contempla una especie de derecho de usufructo, pero con destino especialísimo.²⁸

Como se contempla el deber de educar a los hijos, los padres tienen el derecho de dirigir su educación y de corregirlos cuando cometan errores. En este aspecto, las legislaciones coinciden en que la corrección debe ser adecuada, moderada y razonable.²⁹ Deben entenderse proscritos los castigos y

Para realizar actos que excedan de la simple administración, tales como hipotecar, gravar, enajenar muebles o inmuebles, renunciar a herencias, aceptar donaciones o legados sujetos a cargas o condiciones, concertar divisiones, particiones, contratar préstamos, celebrar arrendamientos o contratos de anticresis por más de tres (3) años, recibir la renta anticipada por más de un (1) año, deberán obtener la autorización judicial del juez de menores....” En el mismo art. y en los siguientes se establecen más limitaciones. Lo mismo ocurre con las legislaciones de Bolivia, Panamá y Perú.

²⁷ Denominación que algunas legislaciones y la doctrina no aceptan porque no se corresponde a los nuevos principios de la Responsabilidad Parental, por cuanto el término “visita” tiene un sentido de contacto esporádico, en cambio, para que la relación parental se lleve a cabo protegiendo los derechos de los niños, se requiere de un contacto continuo y permanente, para hacer efectiva la coparentalidad. Todas las legislaciones en análisis, en esta parte se encuentran atrasadas, ya que utilizan esta terminología, contraviniendo así la Convención sobre los Derechos del Niño que en sus arts. 9 y 10 denomina a este derecho - función como de relaciones personales y contacto directo. Panamá en tanto, lo regula como régimen de comunicación y visita. Nuestro país en esta parte ha avanzado, ya que erradicó la terminología de la legislación y hoy se utiliza la denominación “comunicación directa y regular”, más acorde a los nuevos principios de la institución.

²⁸ En algunas legislaciones no se señala que sea un derecho de usufructo, y en otras se contempla de forma expresa este derecho pero sujeto a limitaciones, lo que lo hace ser un usufructo con destino especialísimo, es decir, se contempla pero con el objeto de cubrir gastos y necesidades del propio hijo. En el fondo, en los dos tratamientos que hay sobre el tema, los resultados son más o menos los mismos, esto es, que con los frutos de los bienes del hijo se cubran las necesidades propias de él, pero tienen sus diferencias.

²⁹ Venezuela señala en su art. 265, inciso 1 del Código Civil: “La guarda comprende la custodia, la vigilancia y la orientación de la educación del menor, así como la facultad para imponerle correcciones adecuadas a su edad y desarrollo físico y mental.” Por su parte, el Código de los Niños y Adolescentes de Perú, en su art. 74 dispone: “Son deberes y derechos de los padres que ejercen la Patria Potestad: letra d. Darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente...” En el mismo sentido, Panamá en el art. 319 del Código de Familia señala: “La Patria Potestad con relación a los hijos o hijas comprende los siguientes deberes y facultades: N° 2. Corregirlos razonable y moderadamente.” También Bolivia en el art. 258 de su

sanciones que dañen la salud, física y mental de los niños, así como también aquello que lesione sus derechos reconocidos.³⁰ Se llega a tal conclusión con una interpretación armónica de toda la regulación jurídica, y aplicando directamente la Convención sobre los Derechos del Niño,³¹ que condena todo tipo de maltrato en contra de los niños y adolescentes.³²

Otra facultad que tienen los progenitores, es el derecho de vivir con sus hijos o tenerlos en su compañía, sólo así se puede cumplir de mejor manera con el deber de criarlos, educarlos y velar por ellos.³³

En caso que los padres estén separados, el progenitor que no conviva con el niño, no ejerce la Patria Potestad o Autoridad Parental, pero tiene algunos derechos - funciones que cumplir. En algunas legislaciones se contempla el derecho de visita³⁴ y en otras se cambió su denominación por comunicación o relaciones personales.³⁵ Estos derechos tienen como fin que los padres estén en comunicación con sus hijos y cumplan con su rol de padre

Código de la Familia prescribe: La autoridad del padre y de la madre comprende los deberes y derechos siguientes: N° 2. El de corregir adecuadamente la conducta del hijo.”

³⁰ En Derecho Comparado se contemplan normas expresas que proscriben los maltratos, y por lo mismo, no se puede entender que se contemplan dentro de la facultad de corrección cuando el ordenamiento jurídico los condena. Así por ejemplo, el Código de los Niños y Adolescentes de Perú, señala en el art. 4 inciso 1: “El niño y el adolescente tienen derecho a que se respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. No podrán ser sometidos a tortura, ni a trato cruel o degradante.” Panamá y Bolivia contemplan normas en el mismo sentido en sus arts. 489 N° 9 y 108 inciso 1 respectivamente.

³¹ Ratificada por todas las legislaciones en análisis.

³² Convención sobre los Derechos del Niño, art. 19 N° 1: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas [...] apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres...”

³³ Como ejemplo, se puede citar el Código de los Niños y Adolescentes de Perú, que en el art.74 señala: “Son deberes y derechos de los padres que ejercen la Patria Potestad: letra e. Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuese necesario para recuperarlos.”

³⁴ Ver cita a pie de pág. N° 27.

³⁵ El Código de la Familia de Bolivia en el art. 257 señala: “Los padres que no ejercen su autoridad pueden conservar con sus hijos las relaciones personales que permitan las circunstancias...” Pero en el art. 146 del mismo Código, sigue manteniendo la terminología de “visita”.

o madre según el caso, es decir, guíen a sus hijos, mantengan el lazo afectivo y los eduquen.

Una característica común de la legislación comparada y que no se da en Chile, es que la madre y el padre ejercen conjuntamente la Responsabilidad Parental con iguales deberes y derechos.³⁶ Este ejercicio conjunto se consagra a nivel constitucional y no sólo legal.³⁷

A este respecto, algunas legislaciones merecen crítica, ya que sólo consagran el ejercicio conjunto o la coparentalidad, cuando los progenitores están casados o viven juntos, y no en el caso en que vivan separados.³⁸ En este último supuesto, como ya se mencionó, el progenitor que no obtenga la guarda o tenencia³⁹ del hijo, no ejerce la Patria Potestad y sólo conserva

³⁶ Como en nuestro país lo personal y lo patrimonial se encuentran separados, y en la regulación de cada aspecto rigen principios distintos, no podemos decir que la Responsabilidad Parental, que comprende estos dos ámbitos, se ejerza en forma conjunta e igualitaria, así por ejemplo, en nuestra Patria Potestad, que sólo comprende los bienes, la madre tienen un rol subsidiario al padre.

³⁷ Ejemplo de ello es la Constitución Política de Venezuela, que en su art. 76 inciso 2 señala: “El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos e hijas, y éstos tienen el deber de asistirlos cuando aquél o aquélla no puedan hacerlo por sí mismos. La ley establecerá las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la efectividad de la obligación alimentaria.”

³⁸ En este trabajo no se entiende que la coparentalidad sea un equivalente de la tuición compartida o que ésta sea un medio para aquella, como lo han señalado algunos autores, sino por el contrario, se entiende que la coparentalidad involucra deberes que ambos progenitores deben cumplir con respecto a sus hijos en un plano de igualdad, vivan juntos o separados, y en este último caso, el progenitor que viva con el hijo, tiene que otorgar las facilidades para que el otro pueda ejercer su rol.

³⁹ En Derecho Comparado, hay diferencias en cuanto a cómo denominar el derecho o facultad de vivir con los hijos o tenerlos en su compañía cuando los padres no viven juntos, que en nuestro país adquiere el nombre de cuidado personal o de tuición. En Venezuela toma el nombre de guarda, que es más amplia que sólo el derecho de vivir con el hijo, ya que comprende además de la custodia, la asistencia material, la vigilancia y la orientación moral y educativa de los hijos. Por su parte, Perú la denomina tenencia, y también menciona en el art. 420 del Código Civil, que en caso de divorcio o separación, la Patria Potestad la ejerce el cónyuge a quien “se confían” los hijos. Bolivia y Panamá también la denominan guarda. La doctrina cuestiona la denominación de “tenencia”, porque parece aludir más a las cosas que a las personas; y los niños son sujetos y no objetos de derecho. MIZRAHI, Mauricio Luis. Familia, Matrimonio y Divorcio: Divorcios Causados e Incausados, Acuerdos Conyugales, Liquidación de Bienes, Daños y Perjuicios en el Divorcio, Alimentos, Guarda de los Hijos, Derechos del Niño,

algunas facultades o derechos para mantener relaciones personales con el niño. De esta manera, no se respeta el derecho del niño de que ambos padres tengan con respecto a él, obligaciones comunes en cuanto a su crianza y desarrollo. Este derecho está consagrado en el art. 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño.⁴⁰ No obstante, al ser legislaciones protectoras de los niños, en que se contemplan expresamente sus derechos y garantías, y que además han ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño, vía interpretación sistemática de sus normas, se llega a la conclusión que la coparentalidad rige al menos en su aspecto personal.

Diferente es la legislación venezolana, ya que contempla también el ejercicio conjunto de la Patria Potestad cuando los padres están separados, es decir, una coparentalidad tanto en el aspecto personal como patrimonial. El único derecho que uno de los progenitores deja de ejercer es la guarda de su hijo.⁴¹ Pero aquí hay un problema, porque la guarda⁴² contempla varios derechos - funciones, como la vigilancia y la orientación moral y educativa, por lo tanto, se tendería a pensar que son reducidos los derechos - funciones del otro progenitor, pero el art. 193 del Código Civil, señala que quienquiera que sea la persona a quien se confían los hijos, el padre y la madre conservan el derecho de vigilar la educación. Además, la Patria Potestad contempla varios derechos - funciones, incluidos los patrimoniales, por lo que aún cuando la

Aspectos Procesales, Comunicación Paterno Filial, Operatividad de los Tratados Internacionales. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1.998.

⁴⁰ Art. 18 N° 1: “Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño...”

⁴¹ Así lo señala el art. 192 inciso 2 y siguientes del Código Civil de Venezuela: “En los demás casos, la sentencia de divorcio o separación de cuerpos no produce la privación de la Patria Potestad. El juez, en la sentencia de divorcio o de separación de cuerpos, decidirá en interés del menor, la atribución de la guarda a uno de los progenitores, en el lugar donde éste fije su residencia, pudiendo también confiarlas a terceras personas aptas para ejercerla...”

⁴² Art. 558 de la LOPNA: “La guarda comprende la custodia, la asistencia material, la vigilancia y la orientación moral y educativa de los hijos, así como la facultad de imponerles correcciones adecuadas a su edad y desarrollo físico y moral.”

guarda comprenda varios de ellos, el progenitor no guardador conserva también varios que se ejercen conjuntamente, así lo señala el Código Civil de Venezuela en el art. 192. Por lo tanto, si bien esta legislación merece algunos reparos, da un paso más que las otras en cuanto a la coparentalidad.

En lo que respecta a las atribuciones legales de tenencia, custodia o guarda de los hijos, sólo Venezuela contempla para niños menores de siete años, que sea ejercida por la madre, salvo que por el interés superior del hijo, deba atribuirse al padre o a otra persona.⁴³ Las demás legislaciones, en cuanto a los niños y adolescentes, y en Venezuela con respecto a los mayores de siete años, los padres deben acordar tomando en cuenta la opinión del hijo, a quien corresponde este derecho - función, pero este acuerdo se debe aprobar judicialmente, y en caso de no existir tal acuerdo, decide el juez.⁴⁴ Las atribuciones convencionales homologadas y las judiciales, resguardan mejor el interés del niño que las legales, pues aquellas se deciden en el caso concreto y no en abstracto.⁴⁵

⁴³ Art. 192, inciso 3 del Código Civil de Venezuela: "La guarda de los hijos menores de siete (7) años será ejercida por la madre, salvo que por graves motivos, el Juez competente tome otra providencia."

⁴⁴ Perú en el Código de los Niños y Adolescentes, dispone en el art. 81: "Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño y el adolescente. De no existir acuerdo o si éste resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento."

Por su parte, Bolivia en el art. 145 del Código de la Familia, dispone: "El juez define en la sentencia la situación de los hijos, teniendo en cuenta el mejor cuidado e interés moral y material de éstos."

Las convenciones que se celebren o las proposiciones que hagan los padres, pueden aceptarse, siempre que consulten dicho interés y tengan bajo su Patria Potestad a todos los hijos..."

El Código de la Familia de Panamá señala en el art. 326: "Cuando los padres no vivieren juntos, se estará al acuerdo de éstos respecto a la guarda y crianza y al régimen de comunicación y de visita siempre y cuando no afecte el interés superior del menor." Y en el art. 327 del mismo Código se dispone: "De no mediar acuerdo de los padres, o ser el mismo atentatorio a los intereses materiales o morales de los hijos o hijas, la cuestión se decidirá por la autoridad competente, que se guiará, para resolver, por lo que resulte más beneficioso para los menores."

⁴⁵ En Chile existe atribución legal a favor de la madre para todos los hijos menores de 18 años, lo que es discriminatorio y atenta contra el interés superior del niño.

Un aspecto importante de destacar, es que en el Derecho Comparado no se contempla, como sí ocurre en Chile, el derecho de los padres de usufructuar o gozar legalmente de los bienes de los hijos. Lo que consagran las legislaciones es que los bienes adquiridos por los hijos y sus frutos les pertenecen a ellos, y los progenitores sólo pueden utilizar las rentas o frutos de los bienes de sus hijos para solventar los gastos de éstos en su educación, salud y crianza, y que también se pueden utilizar en caso de necesidad de los demás miembros de la familia, una vez que se compruebe judicialmente⁴⁶. Es decir, parten de un punto de vista distinto, o más bien opuesto, no consagran un derecho de los padres sometido a limitaciones o cargas, sino que contemplan el derecho de propiedad del hijo, que por necesidades de interés familiar debe restringirse.⁴⁷

⁴⁶ Sólo se mencionan a los hermanos y los progenitores. Así lo establece el Código Civil de Venezuela en el art. 274: “El padre y la madre responden solidariamente de los bienes de los hijos que administren conjuntamente y de los frutos procedentes de los mismos. Ambos podrán, no obstante, deducir de las rentas o frutos, lo necesario para proveer, en primer término, los gastos de alimentación, educación e instrucción del hijo y, en segundo término, para proveer al mantenimiento de las hermanas o hermanos menores de aquél que habiten en su casa.

También podrán utilizar parte de esos frutos o rentas para atender a sus propias necesidades alimentarias cuando se encuentren imposibilitados para trabajar o carezcan de recursos o medios propios para atender a la satisfacción de las mismas, con autorización del Juez de Menores del domicilio o residencia del hijo, quien lo acordará, después de una comprobación sumaria de los hechos.”

⁴⁷ En esta parte, Perú establece una regulación distinta, ya que contempla expresamente el derecho de usufructo de los padres en el art. 423 N° 8 de su Código Civil, pero sometido a limitaciones en cuanto a los bienes sobre los que recae y las cargas que el usufructo debe satisfacer, que dicen relación con los gastos de los hijos, en sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación, instrucción y capacitación para el trabajo.

Es importante destacar que en Perú ya se está proponiendo eliminar la institución, por el motivo de que el usufructo legal de los padres, es un rezago de la concepción romana de la Patria Potestad, superada por la concepción del menor como sujeto de derechos. FLORES NANO, Lourdes. Propuesta de un Reforma al Libro de Derecho de Familia en el Código Civil Peruano, En: El Código Civil del Siglo XXI (Perú y Argentina), Comisión de Reforma de Códigos del Congreso de la República del Perú. Tomo I, Ediciones Jurídicas, Lima, Perú, 2.000, pág. 303.

En relación a la pérdida de la Responsabilidad Parental, las legislaciones extranjeras contemplan causales muy similares y se distinguen:⁴⁸

- Causales de Extinción: son aquellas que dependen de un hecho natural y no voluntario de los involucrados, como la muerte del padre o madre, siendo el último progenitor en ejercerla; muerte y mayoría de edad del hijo.⁴⁹
- Causales de Suspensión: inhabilitan al progenitor de ejercer la Responsabilidad Parental; pero pasado el tiempo por el cual se decretó, o una vez que el progenitor corrige su conducta, puede recuperarla. La suspensión podrá ser total o sólo para ciertos actos determinados; dentro de las causales se encuentran: la interdicción judicialmente declarada; declaración de ausencia; impedimentos de hecho para ejercerla; y también se contemplan algunas faltas, negligencias e incumplimientos de deberes que no son tan graves como para una pérdida de la Patria Potestad.
- Causales de Pérdida: son conductas que constituyen delitos contra el hijo, y también hechos graves cometidos en contra del hijo o hija, tales como conductas depravadas, malos tratamientos, incitación a actos reprobables, abandono de deberes que comprometan la salud, seguridad o moralidad del hijo. También se puede recuperar la Patria Potestad, pero el progenitor debe rehabilitarse, corregir la conducta y arrepentirse, además se requiere que lo anterior sea comprobado y de notoriedad pública.⁵⁰

⁴⁸En la regulación de esta materia, a diferencia de nuestro país, las legislaciones extranjeras son muy esquemáticas, y distinguen claramente entre extinción, privación y suspensión de la Patria Potestad.

⁴⁹Panamá y Bolivia incluyen también la adopción.

⁵⁰ Panamá tiene a este respecto una legislación algo confusa, ya que la pérdida y suspensión de la Patria Potestad se regulan conjuntamente y no en forma más esquemática. Lo que sí se distingue muy bien, es que cuando los hechos son de tal gravedad, el padre o madre que

Cuando un progenitor incurre en una causal de pérdida o privación de la Patria Potestad, sus efectos se extienden a los demás hijos. En la legislación panameña es con respecto a todos, en cambio en Bolivia y Perú, sus efectos se extienden a los hijos nacidos después de la declaración de suspensión o pérdida.⁵¹

En cuanto a la emancipación,⁵² se puede clasificar en legal y judicial, siendo su tratamiento muy distinto al que otorga nuestro país.⁵³

La emancipación legal, sólo comprende el matrimonio del hijo menor de edad y las legislaciones coinciden en que si el matrimonio se disuelve o se anula, se mantiene la condición de emancipado.

En relación a la emancipación judicial, ésta es voluntaria y la puede pedir quien o quienes ejerzan la Responsabilidad Parental y el propio hijo. Como se otorga a un menor de edad, hay un límite, así por ejemplo, Bolivia exige 16

incurrió en ellos, se declara perpetuamente inhábil para ejercerla, sobre cualquiera de sus hijos o hijas. Así lo dispone el art. 340 del Código de la Familia.

⁵¹ La legislación peruana lo señala en el art. 469 del Código Civil, y Bolivia lo dispone en el art. 280 del Código de la Familia.

⁵² Las legislaciones que se han tomado como referencia, coinciden en esta institución, salvo Perú que no la contempla, ni siquiera para el caso del matrimonio del adolescente en que sólo señala que requiere las autorizaciones correspondientes, en los arts. 113 y 114 del Código de los Niños y Adolescentes.

⁵³ Nuestro país contempla también la emancipación legal y judicial, pero con un contenido muy distinto, así por ejemplo, ya no se emancipa a un menor de edad por voluntad del padre o madre y las demás causales, son aquellas que el Derecho Comparado contempla como causales de pérdida, extinción o suspensión de la Patria Potestad y sólo coincidimos en que el matrimonio del hijo es emancipación legal.

años⁵⁴ cuando la solicitan los padres, y 18⁵⁵ si la pide el hijo; Panamá por su parte exige 15 años de edad.⁵⁶

En cuanto a los efectos de la emancipación, ésta habilita al menor de edad para regir su persona y bienes como si fuera mayor de edad, pero con algunas limitaciones, por ejemplo, el hijo no tiene el control absoluto de algunos de sus bienes, y requerirá asistencia para la administración de su patrimonio.⁵⁷

1.3. Autoridad Paterna y Patria Potestad en el Código Civil Originario.

Desde la redacción del Código Civil, rigen dos instituciones para regular las relaciones entre los progenitores y sus hijos, quedando separado el ámbito personal del patrimonial desde sus inicios.⁵⁸

El Código Civil, distinguía entre hijos legítimos, naturales e ilegítimos. El ámbito personal tenía regulación para los legítimos y naturales, y en cuanto a lo patrimonial, la Patria Potestad se ejercía sólo en relación a los hijos legítimos.

En relación a la Autoridad Paterna, el Código tenía una regulación casi idéntica para los hijos legítimos y naturales reconocidos por ambos

⁵⁴ Art. 361 del Código de la Familia: “El menor que ha cumplido la edad de dieciséis años puede ser emancipado.”

La emancipación puede acordarse si a juicio del juez, el menor es apto para regir su persona y sus bienes...”

⁵⁵ Art. 363 del Código de la Familia: “El menor que ha llegado a los dieciocho años puede ser emancipado por el juez tutelar a pedido suyo o del fiscal...”

⁵⁶ Art. 355 del Código de la Familia de Panamá: “Para que proceda la resolución expresada en el artículo anterior se requiere: 1. Que el menor tenga más de quince (15) años de edad.”

⁵⁷ Todas las legislaciones coinciden en ello. Bolivia en su art. 365 del Código de Familia; Venezuela en el art. 383 del Código Civil y Panamá en el art. 362 del Código de la Familia, incluso esta última legislación señala que la emancipación no se extiende a los derechos políticos, en su art. 361.

⁵⁸ La regulación actual de nuestra legislación será tratada con visión crítica en el Capítulo III.

progenitores, y en cuanto a los ilegítimos sólo mencionaba el derecho de éstos a pedir alimentos.

En este ámbito, el Código Civil otorgaba derechos al padre y a la madre, pero no en forma igualitaria, ya que el art. 219 señalaba que los hijos estaban especialmente sometidos al padre.⁵⁹ Además, algunos derechos se otorgaban a la madre en subsidio del padre. De esta manera, ambos padres tenían el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos legítimos, pero en lo que respecta al derecho de corrección, a elegir el estado o profesión futura del hijo y de dirigir la educación, sólo correspondían a la madre en subsidio del padre, es decir, cuando éste se encontraba ausente, inhabilitado o muerto.

En cuanto a lo patrimonial, la Patria Potestad sólo la ejercía el padre y se le negaba expresamente a la madre. Así lo señalaba el art. 240 inciso 1º: “La Patria Potestad es el conjunto de derechos que la Ley da al padre legítimo sobre sus hijos no emancipados. Estos derechos no pertenecen a la madre.”

¿Por qué Andrés Bello excluyó de la Patria Potestad el ámbito personal; y por qué no concedió facultades patrimoniales a la madre?

1.3.1. Andrés Bello y la Patria Potestad.

Para explicar porqué nuestro país siguió una regulación distinta al Derecho Romano y Comparado, algunos autores como Claro Solar,⁶⁰ han señalado que el legislador quiso establecer en forma precisa la diferencia que

⁵⁹ Código Civil Originario, art. 219: “Los hijos legítimos deben respeto y obediencia a su padre y a su madre; pero estarán especialmente sometidos a su padre.”

⁶⁰ CLARO SOLAR, Luis, ob. cit. pág. 132.

existe entre los derechos y las obligaciones que emanan de la naturaleza misma y aquellos que sólo tienen su fundamento en la Ley civil.⁶¹

Fernando Fueyo⁶² señala que la decisión de Bello, habría proveniendo de la diferencia de titularidad de derechos en uno y en otro caso, en uno admitió la comunidad de derechos de ambos cónyuges y en el otro no se concedió derechos a la madre.

Al analizar algunos principios de la época, se aprecia que la decisión de Bello de separar lo personal de lo patrimonial, no fue sólo una mera liberalidad o afán de distinción entre el Derecho natural y el positivo, sino que se debió a un perfeccionismo, para no perder coherencia al otorgar facultades a la madre con respecto a la persona de sus hijos.⁶³

En la época de dictación del Código Civil, los principios que imperaban en el Derecho de Familia eran totalmente distintos a los que existen hoy, de tal modo, que la regulación que rigió a las instituciones familiares debía corresponderse con ellos. Las bases fundamentales del Derecho de Familia,⁶⁴ que dieron forma a su regulación, eran las siguientes:

- Matrimonio religioso e indisoluble;
- Incapacidad relativa de la mujer casada;

⁶¹ Graciela Weinstein se pronuncia en este mismo sentido. WEINSTEIN W., Graciela. Autoridad Paterna y Patria Potestad. En: El Nuevo Estatuto de Filiación en el Código Civil Chileno. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. LOM Ediciones, Santiago, Chile, 1.998.

⁶² FUEYO LANERI, Fernando, ob. cit. pág. 346.

⁶³ Quiso consagrar legalmente lo que ocurría en la práctica, es decir, darle derechos a la madre con respecto a sus hijos, ya que en la vida diaria es ella la que se preocupa y se ocupa de cuidarlos. Hasta el día de hoy no se abandona la idea de que la madre tiene roles hogareños y de crianza de los hijos, y el padre labores de proveedor.

⁶⁴ VELOSO, Paulina. Nuevos Principios del Derecho de Familia en función principalmente, de la normativa internacional que emanan de los tratados de Derechos Humanos. En: X Congreso Internacional de Derecho de Familia. Mendoza, Argentina, 1.998.

- Existencia de la potestad marital y consiguiente subordinación de la mujer al marido;
- Inmutabilidad del régimen económico entre los cónyuges;
- Preponderancia del marido en la administración del régimen de bienes;
- Patria Potestad exclusiva del padre y con poderes absolutos;
- Filiación matrimonial fuertemente favorecida;
- Adulterio como figura tipificada discriminatoriamente contra la mujer.⁶⁵

Se aprecia del listado de principios, que el padre ostentaba poderes absolutos sobre la familia, especialmente económicos.⁶⁶ Como señala Lira Urquieta, la jefatura de la familia le correspondía al marido, padre de los hijos comunes que son los legítimos, era representante de los menores y de la mujer.

Si Bello quería darle facultades a la madre con respecto a sus hijos, no podía mantener la Patria Potestad como se la regulaba en la época, porque habría significado otorgarle a la madre facultades patrimoniales con respecto a sus hijos, que ni siquiera los tenía con respecto a sí misma, ya que casada, se le consideraba incapaz relativa;⁶⁷ los bienes de la sociedad conyugal, los administraba el marido, y los propios de la mujer también. Por lo tanto, el Código Civil habría perdido coherencia; una administración de bienes de los hijos por parte de la madre, no se correspondía con la regulación que el Código

⁶⁵ Algunas de estas ideas base de la legislación de la época las encontramos en el mensaje del Código Civil: "...Conservando la potestad marital, se ha querido precaver sus abusos..." "...La filiación es legítima, natural o simplemente ilegítima. En cuanto a los hijos legítimos concebidos en matrimonio verdadero o putativo..." "... La calidad de hijo legítimo es una de las más importantes que el Derecho Civil ha creado. ¿Cómo pues, dejarla a la merced de las pruebas testimoniales, tan fáciles de fraguar, si no en la vida de los padres, a lo menos después de sus días? ¿Perpetrará la ley en las tinieblas de esas conexiones clandestinas, y les conferirá el derecho de constituir por sí solas la presunción de paternidad, que es el privilegio del matrimonio?

⁶⁶ Estos poderes económicos también los tiene hoy, de forma más limitada, pero igualmente discriminatoria.

⁶⁷ Así lo disponía el art. 1.447 inciso segundo del Código Civil.

hacía respecto de otras materias, en particular, la administración de la sociedad conyugal.⁶⁸

Bello excluyó de la Patria Potestad el aspecto personal, para otorgar derechos a la madre, lo que debió ser una evolución en la época y un reconocimiento de la realidad; y excluyó a ésta del aspecto patrimonial, porque no se correspondía con la regulación del Derecho de Familia de esa época.

2. La Responsabilidad Parental como Institución del Derecho de Familia.

Conforme a la evolución que ha experimentado el Derecho de Familia, y en particular, la legislación de los niños, se ha originado una nueva forma de ejercer la parentalidad. Se ha evolucionado desde la Patria Potestad a la Responsabilidad Parental.

2.1. Sujetos de la relación Paterno - Filial.

A través del tiempo, la familia se ha ido modificando, desde la gran familia gens romana a la familia nuclear de hoy, más reducida. Se observa también una pluralidad de tipos familiares, como la familia conyugal, las monoparentales y las ensambladas.⁶⁹

Cualquiera sea el tipo de familia en la cual se desarrolle el niño, sus progenitores tendrán con respecto a él responsabilidades que deben cumplir

⁶⁸ Hay que recordar que en la época, jurídica y socialmente, el matrimonio tenía tal validez que justificaba todo tipo de discriminación en contra de los hijos y era la única forma de familia valorada socialmente. Por eso se compara aquí, la administración de los bienes de los hijos, con la administración de la sociedad conyugal.

⁶⁹ Señala Mizrahi, que la familia estuvo y está sujeta a la llamada "ley del estrechamiento continuo", es decir, cada vez más reducida y pequeña. Pero este fenómeno se relativiza por el denominado principio de "pluralidad de los tipos", es decir, coexisten en una misma época, diferentes tipos de familia. MIZRAHI, Mauricio Luis, ob. cit. pág. 67.

siempre, sin importar el hecho que aquellos vivan juntos o separados. De tal manera, los sujetos de la relación paterno - filial, serán siempre el padre, la madre y el hijo.

Con respecto a la familia en la posmodernidad, Mizrahi señala que se ha producido la democratización de la familia nuclear, en donde sus integrantes ya no tienen un rol bien definido, y por lo tanto se reemplaza el modelo jerárquico por el asociativo de corte igualitario.⁷⁰

Ya no cabe hacer una distinción, como se ha hecho, entre sujeto pasivo y sujeto activo de la relación paterno - filial,⁷¹ atribuyendo roles determinados con carácter de subordinación de un sujeto respecto del otro. Los sujetos de la relación paterno - filial, se encuentran en un plano horizontal, donde impera la democracia y las opiniones de todos los involucrados han de ser escuchadas y tomadas en cuenta a la hora de decidir. De tal manera, se ha evolucionado a la coparentalidad, en donde ambos progenitores tienen los mismos deberes y derechos - funciones con respecto al hijo, y a éste se le ha reconocido el derecho a expresar su opinión y participar.

El ideal, es que los sujetos de la relación paterno - filial convivan. En este caso, jurídicamente no hay mayor problema sobre los deberes de los padres con respecto a sus hijos, al convivir todos, hay mejores condiciones para que los padres se preocupen, en forma igualitaria, del desarrollo de sus hijos. No obstante, lo anterior es sólo ideal, y en la realidad ocurren separaciones, divorcios, o los progenitores nunca llegan a convivir y conformar una familia conyugal o de hecho. Como las realidades el Derecho no las puede

⁷⁰ MIZRAHI, Mauricio Luis, ob. cit., pág. 65.

⁷¹ Graciela Weinstein, en su texto de Autoridad Paterna y Patria Potestad, habla de los hijos como sujetos pasivos de la relación paterna- filial. WEINSTEIN, Graciela, ob. cit. pág. 62.

desconocer, ha de asegurar que los hijos cuyos padres no conviven, tengan los mismos derechos de ser criados, educados y protegidos por ambos padres, tal como se reconoce a los hijos que conviven con sus dos progenitores. Establecer lo contrario, sería una discriminación en razón del estado civil, o de la decisión de los padres de convivir o no.⁷²

Los padres tienen diversos deberes que cumplir en relación a sus hijos, y también tienen derechos - funciones para cumplir con la finalidad de la institución, según se verá más adelante.

En cuanto a los hijos, son sujetos que no sólo tienen los derechos inherentes a toda persona humana, sino que también tienen derechos específicos que les son propios, y que la Responsabilidad Parental se preocupa de amparar.

2.2. Esencia y Fines de la Institución.

En el siglo veinte surge la Doctrina de la Protección Integral, orientada a una legislación de especialidad, focaliza su atención en la perspectiva del niño, niña y adolescente como sujetos titulares de derechos, y le otorga al Estado, a la sociedad y en primer lugar a la familia, el rol garante de esos derechos.⁷³ Hoy, como la atención se concentra en el niño, la Responsabilidad Parental tiene como esencia los deberes y los derechos - funciones que tienen los padres con respecto a sus hijos, y que se encuentran íntimamente ligados a los

⁷² POLAKIEWICZ, Marta. El Derecho de los Hijos a una plena Relación con ambos Padres. En: Los Derechos del Niño en la Familia. Dirección de GROSMAN, Cecilia. Seminario de Investigación. Carrera de especialización en Derecho de Familia. Facultad de Derecho UBA. Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1.998.

⁷³ BARLETTA VILLARÁN, María Consuelo. La Patria Potestad y el Rol Garante de los Padres. En: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia. (13º: 18 - 22 de Octubre de 2.004: Sevilla y Huelva: España).

fines de la institución, que también se concentran en el niño, específicamente en el ejercicio de sus derechos.

Para que los niños puedan ejercer sus derechos reconocidos, se les encomendaron diversos deberes a los padres, entre ellos: criarlos, educarlos, cuidarlos, administrar sus bienes y representarlos. También se les otorgaron a los progenitores, algunos derechos - funciones, con el objeto de cumplir de mejor manera las responsabilidades otorgadas. Estos deberes y responsabilidades, se encuentran contemplados en la Convención sobre los Derechos del Niño.

En cuanto a los deberes, la Convención dispone en su art. 18 que ambos padres tienen obligaciones comunes en la crianza y desarrollo del niño. Así también, el art. 27 impone a los padres la responsabilidad de proporcionar las condiciones de vida necesarias para el desarrollo del niño.

Con respecto a las derechos y funciones encomendadas a los padres, el art. 5 de la Convención, señala que se respetarán las responsabilidades, derechos y deberes de los padres de impartirle al niño dirección y orientación apropiadas, pero con el fin de que el niño ejerza sus derechos. El art. 14, por su parte, reconoce el derecho del niño a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; junto con ello señala que se respetarán los derechos y deberes de los padres de guiar al hijo, pero deben guiarlo para el ejercicio de su derecho, lo cual quiere decir que los padres no pueden imponerle sus propias convicciones al hijo. En tanto, el art. 18 expresamente menciona las funciones de los padres en la crianza de los hijos.⁷⁴

⁷⁴ Art. 18.2: "A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños."

El cumplimiento de deberes y de derechos - funciones, tiene diversos propósitos, que son en definitiva, los fines de la Responsabilidad Parental.

Un primer fin, es dar protección al niño, niña y adolescentes. Se procura a través de las responsabilidades asignadas a los progenitores, proteger a los niños contra el abandono, las enfermedades, y cualquier forma de abuso o explotación. También son protegidos a través de la educación, ya que adquieren conocimiento que los preparará para enfrentarse solos a su vida, y a la sociedad, cuando sus padres no estén o no puedan ayudarlo.

Otro fin muy ligado con el anterior, es el desarrollo integral del niño, tal como lo entiende la Convención sobre los Derechos del Niño, es decir, comprenderá su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.⁷⁵ Este desarrollo integral, sólo podrá asegurarse cuando los padres cumplan con sus deberes y responsabilidades, los eduquen para un desarrollo mental, les proporcionen sustento y acceso a la seguridad social para su desarrollo físico, les enseñen valores y los críen en un ambiente de amor y afecto, para su bienestar moral, espiritual y social.

Por último, el fin esencial de la institución, es lograr la autonomía progresiva del niño, de manera acorde a la evolución de sus facultades. Esto no significa un ejercicio progresivo de los derechos, sino que el niño cada vez adquiere más autonomía en el ejercicio de sus derechos, conforme a la evolución de sus facultades.⁷⁶ Que el niño adquiriera progresivamente más

⁷⁵ Art. 27.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁷⁶ MAGISTRIS, Gabriela Paula. Evolución de la Relación del Niño con su Familia. Responsabilidad Parental y Concepción del Niño como Sujeto de Derechos. Tensiones y Compatibilidades. XIX Congreso Panamericano del Niño. En: Red Jurídica Europea en Materia Civil y Mercantil. [en línea] <http://www.iin.oea.org/anales_xix_cpn/docs/Presentaciones_gadores_concurso/Gabriela_Magistris-Argentina/Trabajo_Gabriela_Magistris.doc> [consulta: 02 Junio 2.006].

autonomía, implica que los padres tienen cada vez menos injerencias con respecto a sus hijos.

Para lograr la autonomía progresiva, los padres deben respetar sus derechos, y proporcionar a sus hijos la información necesaria para que ellos reflexionen sobre los asuntos que los involucran; junto con ello, deben hacerlos participar, escuchando todo lo que tengan que decir y tomando en cuenta sus opiniones, de tal modo que los hagan partícipes de su propio proceso formativo. A medida que avancen los niños en edad y madurez, su autonomía irá en ascenso, hasta lograrla plenamente cuando alcancen la mayoría de edad. Especial importancia tendrá el derecho a ser oído, a expresar su opinión y a participar.

La autonomía progresiva también se consagra en la Convención sobre los Derechos del Niño, al señalar tanto en el art. 5 como en el 14, que los padres deben guiar, dirigir y orientar al niño para el ejercicio de sus derechos, conforme a la evolución de sus facultades.⁷⁷

2.3. Principios que informan la Institución.

Sólo se mencionarán los principios involucrados en forma más directa con la institución, contemplados en forma explícita por los Tratados Internacionales y que tienen un desarrollo doctrinario más amplio.

2.3.1. El Interés Superior del Niño.

⁷⁷ Art. 5: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres [...] de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos por la presente Convención.”

Art. 14.2: “Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.”

Es principio general, se contempla en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.⁷⁸

Se ha dicho que es un concepto jurídico indeterminado, vago, difuso y que tiene dificultades en su aplicación, como por ejemplo los valores y prejuicios propios de los jueces y la discrecionalidad de quienes lo aplican, lo que puede conducir a una arbitrariedad.⁷⁹

Para delimitar el principio y hacerlo más concreto, hay que tener presente que el niño es ante todo persona, sujeto de derechos, y que además es una autonomía en desarrollo, lo que significa que quienes decidan con respecto a él, no sólo deben tomar en consideración el impacto inmediato de la decisión, sino también su impacto futuro en el niño y en el ejercicio de sus derechos.

En doctrina se señala, que desde que existe la Convención sobre los Derechos del Niño, ya no se puede decir que el concepto carece de un contenido y de una delimitación. Hoy existe un catálogo explícito de derechos del niño, y su interés se encuentra estrechamente vinculado con la protección de sus derechos. Cillero señala que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos, y que el contenido del principio, son los propios derechos, por lo que interés y derechos se identifican.⁸⁰

Por lo tanto, se concreta el interés superior del niño, cuando se le permite el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales. Pero estos derechos pueden

⁷⁸ Art. 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."

⁷⁹ MORALES, Georgina. El Interés Superior del Niño en Materia de Instituciones Familiares. En: XII Congreso Internacional de Derecho de Familia. "El Derecho de Familia ante los Retos del Nuevo Milenio". 25 Años de Derecho Familiar (1977 - 2002) (12º: 22 - 27 de Septiembre de 2.002: La Habana, Cuba).

⁸⁰ CILLERO BRUÑOL, Miguel. El interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño. [en línea] <www.iin.oea.org> [consulta: 16 Junio 2.006].

entrar en colisión, y el juez deberá decidir conforme al principio, que actuará en su rol de criterio definitorio. En tal caso, el juez estará limitado por la interpretación sistemática de los derechos del niño, y por los criterios que ya ha elaborado la doctrina.

2.3.2. Igualdad de los Progenitores.

Este principio está contemplado expresamente en la Convención sobre los Derechos del Niño, al señalar en su art. 18 que se garantiza el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y al desarrollo del niño.⁸¹ También está contenido en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer, en su art. 16 N° 1 letra d.⁸²

Aún cuando este principio haya surgido de la discriminación jurídica sufrida por la mujer, la igualdad de los progenitores no sólo mira el interés de los padres, sino que también el interés del hijo, que para su desarrollo integral y la adquisición progresiva de su autonomía, necesita de la orientación, educación y afecto de ambos progenitores. Es por ello que este principio tiende hacia la coparentalidad, y no sólo para cuando los padres viven juntos, sino también si están separados, pues las convenciones internacionales no distinguen.

2.3.3. Rol Subsidiario del Estado.

⁸¹ También lo contemplan los arts. 5, 14 y 27 de la Convención.

⁸² Art. 16 N° 1 letra d: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial."

El Estado tiene obligaciones que cumplir, pues está al servicio de la persona. En lo que respecta a la Responsabilidad Parental, cumple con un rol de garante una vez que los padres dejan de ejercer sus responsabilidades para con sus hijos.

Como ya se ha visto, los padres son los primeros en ser llamados a dar protección a sus hijos, cumpliendo con los deberes y responsabilidades que la Ley les impone, y no pueden ser objetos de injerencias sino por causas que se justifiquen en el interés superior del niño. Así, cuando los niños vean vulnerados sus derechos por aquellos que tienen la obligación de protegerlos, el Estado tendrá que actuar a través de sus órganos; primeramente los tribunales de justicia, para poner fin a la violación de derechos y decidir luego lo que mejor convenga a su interés. Si no es posible que se mantenga junto a sus progenitores o con miembros de la familia ampliada, el Estado deberá mantener instituciones que puedan hacerse cargo de él, garantizando el ejercicio pleno de sus derechos.

Además el Estado debe cumplir con rol de apoyo en la labor de los progenitores, como por ejemplo, otorgando fácil acceso a la educación y salud.

El reconocimiento de este principio lo encontramos a través de toda la Convención sobre los Derechos del Niño, y como ejemplo podemos citar los arts. 19 y 20 principalmente.⁸³

CAPÍTULO II

⁸³Art. 19.1: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.”

Art. 20.1: “Los niños temporal o permanentemente privados de su medio, o cuyo superior interés exija que no permanezca en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.”

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA SEPARACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL EN EL DERECHO CHILENO.

“Las transformaciones del orden político, y el sucesivo incremento del poder y de la riqueza influyen sobre las costumbres como las costumbres sobre el Derecho Civil, que es en todas partes su imagen y que, como consecuencia de ello el derecho de una nación, semejante a su lengua, no está nunca fijo, y su existencia es una serie continua de alteraciones y mudanzas.”⁸⁴

1. Antecedentes Históricos.

El Derecho de Familia chileno, a través de su evolución, cuenta con diversas reformas que intentaron plasmar en la norma jurídica la realidad social, y hacer avanzar nuestra legislación a la par con el Derecho Comparado de la época. Lamentablemente, estas reformas fueron de un avance lento, y hubo proyectos de Ley que sólo quedaron en eso; proyectos que nunca nacieron a la vida jurídica.⁸⁵

1.1. Leyes que entraron en vigencia.

Después de establecido el matrimonio civil por Ley de 10 de Enero de 1.884, el primer impulso por reformar el Derecho de Familia en Chile, vino de la mano del Decreto Ley N° 328 de Marzo de 1.925,⁸⁶ al que luego siguió la Ley N° 5.521 de 1.934;⁸⁷ posteriormente, se dictó la Ley N° 5.680 de Septiembre de

⁸⁴ Andrés Bello, citado por Pedro Lira. En: LIRA URQUIETA, Pedro, ob. cit., pág. 29.

⁸⁵ Las leyes contempladas, sólo serán analizadas en lo referido a la Responsabilidad Parental.

⁸⁶ Publicada en el Diario Oficial N° 14.128, 16 de Marzo de 1.925.

⁸⁷ Publicada en el Diario Oficial N° 17.048, 19 de Diciembre de 1934.

1.935,⁸⁸ que sólo hizo una pequeña reforma; en Octubre de 1.943 se publica la Ley N° 7.612;⁸⁹ y nueve años más tarde aparece la Ley N° 10.271 de 2 de Marzo de 1.952.⁹⁰ Después de esta última Ley, hay un receso de más de 30 años en leyes referidas a nuestro tema, hasta que en 1.989 se dicta la Ley N° 18.802;⁹¹ posterior a ésta, en Junio de 1.993, se promulga la Ley N° 19.221;⁹² y finalmente en Septiembre de 1.994, se publica la Ley N° 19.335.⁹³ Estas leyes fueron paulatinamente modificando el Código Civil y trataron de ponerlo al día con la realidad social del momento.⁹⁴

Un objetivo transversal, de la mayoría de las leyes dictadas con anterioridad a la Ley N° 19.585, que modificó el estatuto filiativo, se vinculaba con un esfuerzo de igualar a la mujer y madre en sus derechos con relación al marido – padre, y otorgarle capacidad legal. Como se verá a continuación, esta igualdad de que trataban estas leyes, sólo era para casos puntuales y bajo determinadas circunstancias.

En relación al ámbito personal, las modificaciones al Código Civil demoraron más que en la Patria Potestad y fueron bastante lentas. En un comienzo sólo comprendieron el cuidado personal y la mayoría de edad.

⁸⁸ Publicada en el Diario Oficial N° 17.268, 13 de Septiembre de 1.935.

⁸⁹ Publicada en el Diario Oficial N° 19.688, 21 de Octubre de 1934.

⁹⁰ Publicada en el Diario Oficial N° 22.217, 2 de Abril de 1952.

⁹¹ Publicada en el Diario Oficial N° 31.286, 9 de Junio de 1989.

⁹² Publicada en el Diario Oficial N° 34.579, 1 de Junio de 1.993.

⁹³ Publicada en el Diario Oficial N° 34.973, 23 de Septiembre de 1.994.

⁹⁴ Algunas de estas leyes modificaron disposiciones sobre investigación de paternidad y maternidad, y también algunas normas sobre los derechos de los hijos ilegítimos y naturales, principalmente referido a los alimentos. Estas materias no se considerarán por escapar al tema central de la memoria, que sólo se refiere a la Responsabilidad Parental. Por estas razones, el examen de la evolución de la legislación, se basa en el estatuto de los hijos legítimos, que en cuanto a lo personal, se aplicaba también a los hijos naturales. En cuanto a lo patrimonial, la Patria Potestad sólo comprendía a hijos legítimos, los hijos ilegítimos sólo tenían derecho a alimentos. Las leyes que pretendieron otorgar capacidad a la mujer casada, se contemplan por estar estrechamente vinculadas al tema.

En lo que respecta al cuidado personal o tuición de los hijos legítimos, el Código de 1.857 contemplaba para el caso de divorcio, que los hijos varones de hasta cinco años y las hijas de toda edad, quedaban a cuidado de la madre, en cuanto a los varones mayores de cinco años, quedaban a cargo del padre.⁹⁵ Esta regulación se mantuvo hasta la Ley N° 5.680, que aumentó a 10 años la edad de los hijos a cargo de la madre.⁹⁶ Posteriormente, la Ley N° 10.271 modificó nuevamente la edad y la dejó en 14 años.⁹⁷ Esta modificación, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, la justificó expresando que era justa y humana, porque la mujer estaba en mejores condiciones y tenía mejor derecho para ejercer ese cuidado, que requería ternura, cariño y preocupación preferente.⁹⁸ Finalmente, la Ley N° 18.802 no siguió distinguiendo quien tenía el cuidado personal de los hijos según el sexo de ellos y la edad, y otorgó a la madre el cuidado de todos los hijos menores.⁹⁹¹⁰⁰ En esta materia, nuestro país en lugar de avanzar, retrocedió, estableciendo una discriminación por atribución legal en contra del padre, en base a prejuicios sociales.

Vinculada a esta materia, se encuentra la privación del cuidado personal de los hijos, que afectaba a la madre por su depravación. En el Código originario se presumía siempre la depravación si la causal del divorcio había

⁹⁵Art. 223: “A la madre divorciada, haya dado o no motivo al divorcio, toca el cuidar personalmente de los hijos menores de cinco años, sin distinción de sexo, y de las hijas de toda edad...”

Art. 224: “Toca al padre, durante el divorcio, el cuidado personal de los hijos varones desde que han cumplido cinco años...”

⁹⁶Art. 1 del proyecto de Ley: Remplázase, en los arts. 223 y 224 del Código Civil, la palabra “cinco” por diez”.

⁹⁷Art.1 del proyecto de Ley: Introdúcense en el Código Civil las siguientes: Art. 223: “Sustitúyanse las palabras ‘diez’ por ‘catorce años’ en su inciso primero...”. Art. 224: “Sustitúyanse las palabras ‘diez años’ por ‘catorce años’...”

⁹⁸Así lo señala el informe entregado por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, en la sesión 32ª ordinaria, en Martes 13 de Septiembre de 1.949.

⁹⁹En esa época, la mayoría de edad se adquiría a los veintiún años.

¹⁰⁰No hay constancia en la historia de la Ley sobre el motivo de esta reforma, pero es muy probable que haya sido por las mismas razones expuestas en la modificación de la Ley N° 10.271, es decir, prejuicios sociales.

sido por su adulterio. Lo anterior se modificó recién en la Ley N° 10.271, en que el adulterio sólo sería considerado por el juez como antecedente de importancia, extendiéndose también al padre.¹⁰¹

En cuanto a la mayoría de edad, de los veinticinco años que fijaba en un comienzo el Código, por la Ley N° 7.612 se disminuyó a veintiuno. Posteriormente, en 1.993, por modificación de la Ley N° 19.221, la mayoría de edad quedó establecida en dieciocho años. En esta parte, la tendencia de todas las legislaciones ha sido a disminuir la mayoría de edad de los hijos en el logro de su autodeterminación.

En cuanto al cuidado personal de la crianza y de la educación, los progenitores siempre la ejercieron en forma conjunta,¹⁰² pero no sucedía lo mismo con los derechos - funciones¹⁰³ de dirigir la educación, corregir y castigar, y con la facultad de elegir el estado y profesión futura del hijo, que correspondían al padre y en su defecto a la madre.¹⁰⁴

Este rol subsidiario de la madre, se mantuvo así hasta 1.989, año en el cual entró en vigencia la Ley N° 18.802,¹⁰⁵ a través de la cual, ambos padres ejercieron en forma conjunta todos los deberes, derechos - funciones y facultades que el Título IX otorgaba a los progenitores legítimos. También fue

¹⁰¹ Este criterio se mantuvo en la Ley N° 18.802.

¹⁰² Art. 222 del Código Civil originario: "Toca de consuno a los padres o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos legítimos."

¹⁰³ En la época no se entendía la institución desde el punto de vista del niño, sino que de los padres, la expresión derecho - función sólo se utiliza en esta parte para hacer más entendible el análisis y darle mayor uniformidad, pero en realidad, eran considerados derechos de los padres.

¹⁰⁴ Se aprecia así en los siguientes arts.: art. 233 inciso 1: "El padre tendrá la facultad de corregir y castigar moderadamente a sus hijos..."

Art. 234: "Los derechos concedidos al padre en el artículo precedente se entienden, en ausencia, inhabilidad o muerte del padre, a la madre..."

Art. 235, inciso 1: "El padre, y en su defecto la madre, tendrán el derecho de elegir el estado o profesión futura del hijo, y de dirigir su educación del modo que crean más conveniente para él."

¹⁰⁵ Las leyes anteriores a la Ley N° 18.802 no modificaron en nada estas materias.

modificada la disposición del art. 235, estableciendo que los padres no podían obligar al hijo a casarse contra su voluntad, y que llegado a los dieciocho años tampoco podían oponerse a que ejerciera una profesión honesta. Lamentablemente, se conservó la última parte de la disposición del art. 219, que señalaba que los hijos legítimos estaban especialmente sometidos al padre, dejando en claro la superioridad de éste y la discriminación en contra de la madre.

En cuanto al ámbito patrimonial se sucedieron diversas reformas, que fueron otorgando algunos derechos a la madre en la Patria Potestad, pero siempre contemplándola a la sombra del padre, como un medio de auxilio a quien se recurría cuando éste faltaba.

El Código originario negaba expresamente la Patria Potestad a la madre, y fue mediante el DL N° 328, que ésta adquirió el ejercicio de la institución, pero sólo cuando el padre faltaba. Se entendía que faltaba cuando moría natural, civil o presuntivamente; cuando estaba ausente; si era puesto en interdicción, o era declarada judicialmente su inhabilidad física y moral. En el caso del divorcio, la madre sólo la ejercía con respecto a los hijos que tenía a su cargo y siempre que el marido hubiese sido el culpable.¹⁰⁶ Posteriormente, la Ley N° 5.521 reformó lo anterior, agregando que la madre también tendría la Patria Potestad si el padre abandonaba o maltrataba habitualmente al hijo, ponía en peligro su vida o le causaba grave daño, si por depravación se hacía incapaz, y por sentencia que declarara al padre culpable de un delito que estuviera penado con cuatro años de reclusión o presidio.

¹⁰⁶ Así por ejemplo, si el marido no era culpable del divorcio, la madre no ejercía la Patria Potestad ni siquiera con respecto a los hijos e hijas que quedaban a su cargo.

Pero la Ley eliminó dos causales, reforma que significó un retroceso para la legislación. No se otorgó la Patria Potestad a la madre cuando el padre era puesto en interdicción, y tampoco cuando el divorcio era decretado por culpa del marido.¹⁰⁷ Las razones que se dieron, es que no se quería alterar el régimen legal existente, que indicaba para tales casos el nombramiento de un curador general, que podía ser la madre. El otro motivo era que la causa que había privado al padre de la Patria Potestad podía desaparecer, y en tal caso existían dos alternativas: o se otorgaba nuevamente al padre, lo que podía afectar a terceros, o la conservaba la madre. Obviamente se optó por lo primero, ya que se consideró que la segunda vía de solución era contradictoria con el régimen matrimonial. Se dice expresamente en el mensaje presidencial, que sería absurdo que la mujer casada, que era relativamente incapaz, privada de la administración de sus bienes, ejerciera sin embargo la administración de los bienes de sus hijos.¹⁰⁸ Es decir, la misma razón que tuvo Bello para separar lo personal de lo patrimonial. Lo anterior se mantuvo así en las siguientes leyes.

El nuevo matrimonio de la madre, establecido en el DL N° 328, como causal de pérdida de la Patria Potestad,¹⁰⁹ tuvo diversas modificaciones en las leyes posteriores al Decreto Ley señalado. Primeramente, la Ley N° 5.521 eliminó la causal, pero se señaló que la madre no ejercería la Patria Potestad si el divorcio se decretaba por su adulterio o estaba privada del cuidado personal de sus hijos. Posteriormente, en la Ley N° 10.271, se volvió a contemplar la causal de pasar la madre a nuevas nupcias como imposibilidad del ejercicio de la Patria Potestad, añadiéndose un inciso al art. 240.¹¹⁰ Finalmente en la Ley N°

¹⁰⁷ Estas causales se encontraban en los arts. dos y cuatro respectivamente.

¹⁰⁸ Mensaje presidencial de 10 de Noviembre de 1933.

¹⁰⁹ Así se establecía en el art. 3 del DL N° 328.

¹¹⁰ Art. 1 del Proyecto de Ley: "Introdúcense en el Código Civil las siguientes: art. 240. Agrégase al final del artículo, el siguiente inciso final nuevo: La madre que estuviere casada en nuevas nupcias no podrá ejercer la Patria Potestad respecto de los hijos de precedente matrimonio."

18.802, se elimina la causal anterior y sólo se contempla que no la ejercería si estaba privada del cuidado personal de los hijos por su mala conducta.¹¹¹

Pasando a un tema vinculado con lo anterior, desde la Ley N° 5.521, se incorporó a la legislación, el derecho del padre a nombrar por testamento una persona a quien la madre debía consultar en el ejercicio de la Patria Potestad. Ya ni siquiera se le otorgaba un rol subsidiario a la madre, sino que además se limitaban las facultades que tenía en el ejercicio. Este derecho del padre, sólo se mantuvo hasta al año 1.952, época en que entró en vigencia la Ley N° 10.271 que derogó dicha facultad, sin reaparecer nuevamente.

A partir de la última Ley citada, se contempló la Patria Potestad también respecto de los derechos eventuales del hijo que está por nacer, norma que se ha mantenido en la legislación actual.

Los derechos que la Patria Potestad otorgaba al padre o madre, según el caso, eran de administrar los bienes, usufructuar de ellos y representar al hijo. En cuanto a estos derechos, cuando los ejercía la madre, lo hacía básicamente en las mismas condiciones que el padre.¹¹²

En cuanto a la emancipación, no sólo existía la legal y la judicial, sino también la voluntaria. Esta clase de emancipación, en el Código originario sólo la podía otorgar el padre, porque era el único que tenía la Patria Potestad. Al contemplarse que la madre también podía ejercerla, existía el problema que el padre pudiera emancipar al hijo para perjudicar a la madre, ya que producía

¹¹¹ Art. 1 del Proyecto de Ley: "Introdúcense las siguientes modificaciones al Código Civil: N° 32. Reemplázase el art. 240 por el siguiente: ...En defecto del padre, estos derechos pertenecerán a la madre, a menos que esté privada del cuidado personal del hijo por su mala conducta."

¹¹² Es por esa razón, que los derechos que en particular otorga la Patria Potestad, no serán analizados en su evolución, por cuanto en esta parte de la memoria interesa resaltar las diferencias que existían entre el padre y la madre, lo que servirá más adelante para dar una explicación de por qué se ha mantenido el aspecto personal y patrimonial separados.

efectos respecto de ella también. Por esta razón, la Ley N° 5.521 modificó el art. 265 del Código Civil y contempló que si la emancipación era efectuada por el padre, debía procederse con la citación de la madre, pero lo que ella expusiera no vinculaba al juez. Avanzando en esta materia, la Ley N° 10.271, cambió la citación por el consentimiento, que podía ser suplido por el juez si la madre se negaba a otorgarlo sin justo motivo o estaba impedida de prestarlo. En la Ley N° 18.802 se mantuvo el consentimiento.

Un tema muy vinculado con los derechos que se le otorgaron a la madre, es la igualdad de la mujer ante la Ley y su capacidad estando casada. Todas las reformas introducidas a la legislación, tenían como fin, según se aprecia de la historia de la Ley de cada una de ellas, igualar a la mujer y eliminar las prohibiciones y discriminaciones arbitrarias según el sexo.¹¹³ Así por ejemplo, junto con ir modificando el régimen matrimonial, paulatinamente se fue modificando el art. 1.447 del Código Civil, que primero contemplaba como incapaz relativa a la mujer casada, posteriormente sólo a la mujer casada en sociedad conyugal,¹¹⁴ hasta que por la Ley N° 18.802 se elimina formalmente a la mujer casada dentro de los incapaces relativos. Pero en los hechos seguía siendo incapaz, al no poder ejercer por Ley la Patria Potestad en forma conjunta con el padre y al estar privada de la administración de los bienes de la

¹¹³ Así por ejemplo, podemos mencionar la historia de la Ley N° 5.521, en cuyo mensaje presidencial se hacía referencia a que uno de los propósitos de la Ley era: “la derogación de todas las prohibiciones e incapacidades impuestas a la mujer en razón del sexo, a fin de colocarla en la misma situación que el hombre.” Mensaje presidencial de Arturo Alessandri, de 10 de Noviembre de 1.933, leído en la 22ª sesión extraordinaria, de Lunes 13 de Noviembre de 1.933.

También podemos mencionar el mensaje presidencial de la Ley N° 18.802 de 5 de Agosto de 1.987, que señala expresamente: “La iniciativa se encuentra enmarcada en el propósito del Supremo Gobierno de mejorar la situación jurídica de la mujer casada, sobre la base del principio constitucional de igualdad ante la ley, toda vez que la legislación actualmente vigente en esta materia, no se compadece con la evolución de nuestras costumbres, razón por la cual se ha estimado del más alto interés, en aras a contribuir a dicho mejoramiento, proponer las normas que se adjuntan.”

¹¹⁴ La Ley N° 7.612 modificó el art. 1.447, estableciendo que la mujer casada no divorciada a perpetuidad ni separada totalmente de bienes era incapaz relativa, es decir, la casada en sociedad conyugal.

sociedad conyugal y de los suyos propios que no estaban dentro de su patrimonio reservado.

Resulta casi paradójica la regulación que contemplaron estas leyes para la situación de la mujer, ya que no sólo se contradecía con los supuestos propósitos de los legisladores de igualarla ante el Derecho, sino también con las Constituciones Políticas que rigieron al país. Así por ejemplo, la Constitución de la República Chilena de 1.833, que estaba en vigencia en la época del DL N° 328, contemplaba en su art. 12 N° 1 que todos los habitantes tenían igualdad ante la ley; por su parte, la Constitución Política de 1.925, a la que debían ajustarse las leyes siguientes, contemplaba la misma disposición en su art. 10; finalmente, la Constitución de 1.980 a la cual la Ley N° 18.802 no debía contradecir, contempló la disposición anterior en el art. 19 N° 2.

De lo anterior se puede señalar que durante la época en que rigieron estas leyes, habría sido imposible que la Responsabilidad Parental se unificara, por cuanto habría significado otorgarle a la mujer y madre una verdadera capacidad, y una absoluta igualdad ante la Ley sin discriminaciones, permitiéndole ejercer los mismos derechos que el hombre ejercía en su rol de padre y marido. Se siguió manteniendo la misma razón que Andrés Bello tuvo en cuenta para desmembrar la institución, la no correspondencia entre la administración de la sociedad conyugal y la administración de los bienes de los hijos, que para los legisladores debía estar radicada en la cabeza de una sola persona, para seguridad de los terceros y agilidad en los negocios. El problema, a mi juicio, consiste en que Bello miró hacia un determinado fin, esto es, otorgar coherencia al Código y ciertas facultades a la madre, que se correspondían con el pensamiento de una sociedad y época determinada, y

este fin no guió a los legisladores que le siguieron hasta 1.989,¹¹⁵ ya que sólo otorgaron algunas facultades a la mujer en el ámbito patrimonial, y para determinados casos, sin preocuparse de entregar al Código Civil unidad y coherencia, pues no se entiende que a la mujer le hayan otorgado capacidad en algunos supuestos y en otros no, y que no haya tenido capacidad cuando estaba el marido, pero sí cuando ya no se podía contar él. De lo anterior derivaba un problema práctico cuando los progenitores se separaban, porque la madre quedaba con el cuidado de los hijos, y si no se entendía que el padre faltaba, en él se radicaba la Patria Potestad, quedando la Responsabilidad Parental no sólo desmembrada en la Ley, sino también en la vida de los hijos. Un intento por superar este problema lo realizó la Ley N° 18.802, que otorgó a la madre el derecho a pedir que se le otorgara la Patria Potestad de los hijos que tenía a su cargo, en donde la Autoridad Paterna y la Patria Potestad, se unificaban al menos, en una persona que las ejercía.¹¹⁶

¹¹⁵ Y podemos decir, que tampoco ha guiado a los legisladores actuales, que aún no modifican normas manifiestamente inconstitucionales en este tema.

¹¹⁶ Debe indicarse, que la Ley N° 19.335, que introdujo el régimen de participación en los gananciales como sistema convencional y alternativo, hizo pequeñas modificaciones en lo que respecta a la Autoridad Paterna y a la Patria Potestad. En la primera institución, sólo se modificó el art. 228, que regulaba los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos legítimos, señalando en el inciso 1 que correspondían a la sociedad conyugal; pero en su inciso 2 disponía que si la mujer estaba separada de bienes, los gastos corrían por cuenta del marido y la mujer contribuía en la proporción que el juez designare. La reforma a este art. sólo alcanzó al inciso 2, como una consecuencia de la introducción del régimen de participación en los gananciales, pasando dicho inciso a prescribir: "Si existe separación de bienes o régimen de participación en los gananciales, ambos cónyuges deberán contribuir a dichos gastos en proporción a sus facultades" (art. 28 N° 12 de la Ley N° 19.335).

En lo que respecta a la Patria Potestad, también se modificó un art., el 243, en el N° 3 y en su inciso final. Este art. mencionaba los bienes excluidos del usufructo legal del padre y su destino. El N° 3 del art. establecía que el usufructo de los bienes adquiridos por el hijo por herencias o legados que pasaban a él por incapacidad o indignidad del padre, o por haber sido desheredado, correspondía a la madre si estaba separada de bienes. La reforma estableció que le correspondía si estaba casada en régimen de participación en los gananciales, o de separación total de bienes. En cuanto al inciso final del art. 243, este señalaba que si el donante o testador disponía que el padre no tuviera el usufructo de los bienes del hijo, correspondía a la madre si estaba separada de bienes. La reforma, por la misma razón de las modificaciones ya señaladas, agregó el supuesto que la madre estuviera casada en régimen de participación en los gananciales.

Finalmente, es necesario señalar, que existieron en la década de 1.970 algunos proyectos de ley que no se concretaron, y que avanzaban significativamente en la capacidad de la mujer casada, estableciendo cambios sustanciales al régimen matrimonial. Pero que a pesar de ello, no modificaban radicalmente el sistema de Responsabilidad Parental, sino que continuaban en la misma línea de las leyes ya analizadas.

2. Ley Nº 19.585. Nuevo Estatuto Filiativo.

En 1.998 se aprobó la Ley que otorgó igualdad jurídica a todos los hijos del país, sin hacer las distinciones arbitrarias que contenía la legislación que se reformaba. A consecuencia de lo anterior, se debieron modificar otras instituciones del Derecho de Familia, como por ejemplo, el sistema sucesorio y, muy en especial, la Responsabilidad Parental. En esta materia, el proyecto enviado por el ejecutivo se apartaba sustancialmente del tratamiento que por más de 100 años había tenido – y lamentablemente sigue teniendo – en nuestro Código Civil, y se adhería así a la solución contemplada en el Derecho Comparado, es decir, unificaba la Responsabilidad Parental, coordinando coherentemente la esfera personal y patrimonial, hacia una mejor protección integral del hijo.

Sin embargo, el avance que se contemplaba en el proyecto de Ley, que hacía un esfuerzo por no discriminar a la madre y superar las incongruencias de la legislación, quedó reducido a ser sólo una propuesta, ya que se eliminó, o se pasó por alto una de las ideas centrales del proyecto en materia de Responsabilidad Parental, dejando a la legislación casi en las mismas condiciones anteriores, con sólo algunas modificaciones derivadas de la

igualdad de todos los hijos, apartándose de los principios del Derecho de Familia¹¹⁷ y de las legislaciones que sirvieron de guía, España y Argentina.

2.1. Fuentes de Derecho Extranjero.¹¹⁸

Para la confección del proyecto originario de la Ley N° 19.585, dos legislaciones extranjeras fueron consultadas, las cuales influyeron considerablemente en él, me refiero a la legislación española y argentina.

2.1.1. Derecho Español y Argentino.

Ambas legislaciones regulan la Responsabilidad Parental – que aún denominan como Patria Potestad – en forma unificada, comprendiendo ésta, el ámbito personal y el patrimonial con respecto a los hijos.

Señala la doctrina argentina, que la Patria Potestad es un derecho - deber que tiene en cuenta el interés de los hijos, y que es otorgada para la protección y formación de éstos.¹¹⁹ Se agrega por parte de la doctrina española, que esta institución es una función que la Ley encomienda a los progenitores en

¹¹⁷ Los principios del Derecho de Familia no son de los últimos años, y llevan bastante tiempo decantándose. Así por ejemplo, algunos Códigos latinoamericanos, en los cuales están plasmados estos principios, como el Código de la Familia de Bolivia, data desde 1.972 y el Código Civil de este mismo país es de 1.976; otro ejemplo es Colombia, cuyo Código del Menor es de 1.990; por su parte, el Código Civil de Venezuela está en vigencia desde 1.982 y su Código de la Familia es de 1.994. Todos ellos, anteriores a la reforma de nuestro Código Civil, y que pudieron haber sido tomados en cuenta.

¹¹⁸ Las normas que se analizarán en este apartado, serán las que se encontraban vigentes a la época en que se presentó el proyecto originario de la Ley N° 19.585, a la Cámara de Diputados, en 1.994.

¹¹⁹ BÍSCARO, Beatriz R. Régimen de Filiación y Patria Potestad. Ley N° 23.264. Revisado y Comentado. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1.993, pág. 62.

beneficio de los hijos y, por lo tanto, que confiere los derechos como medio de cumplir los deberes.¹²⁰

El ejercicio de la Patria Potestad está entregado a ambos padres en forma conjunta,¹²¹ sin mediar supremacía de uno por sobre el otro, estableciéndose el principio de igualdad entre los progenitores, que está en directa relación con el interés superior del hijo, quien necesita de la protección integral y del cariño de su madre y padre, en la formación hacia el logro de su autonomía plena.

Si bien el ejercicio es conjunto, no todos los actos deben ser realizados de esta forma, pues se dilataría mucho el actuar de los progenitores, lo que podría provocar perjuicios al hijo. Ante esta situación, en ambas legislaciones, se busca un equilibrio entre el dinamismo de los actos y el actuar de dos voluntades; de esta manera, algunos actos pueden ser realizados por uno solo de los padres. En el Derecho argentino, esto es posible a través de una presunción de consentimiento expreso o tácito del progenitor no actuante, que no se extiende para aquellas hipótesis consagradas en el art. 264 quater¹²² del

¹²⁰ DERECHO de Familia. Elementos del Derecho Civil IV por José Lacruz, Francisco Sancho, Agustín Luna, Francisco Rivero, Joaquín Rams. 4ª ed. Cometa S.A., Zaragoza, España, 1.997, pág. 571.

¹²¹ Así lo señala el art. 156 inciso 1 del Código Civil español: “La Patria Potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro...” El Código Civil español ha sido consultado En: <<http://www.lgsap.map.es/cia/dispo/25299.htm>> [consulta: 03 Agosto 2.006].

Por su parte, el art. 264, inciso 1 del Código Civil de Argentina prescribe: “La Patria Potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado.”

El Código Civil argentino ha sido consultado En: <http://www.jusneuquen.gov.ar/share/legislacion/leyes/codigosnacionales/CC_aindice.htm?dir=leyes/leyes_nacionales> [consulta: 03 Agosto 2.006].

¹²² Los supuestos consagrados en el art. 264 quater son de gran importancia para la vida y bienes del hijo, y es por ello que se requiere el consentimiento de ambos progenitores, vivan juntos o separados. Estas hipótesis son: 1º. Autorizar al hijo para contraer matrimonio; 2º. Habilitarlo; 3º. Autorizarlo para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad; 4º. Autorizarlo para salir de la República; 5º. Autorizarlo para estar en juicio; 6º.

Código Civil y cuando existe oposición expresa al acto. La doctrina denomina a este sistema como de ejercicio conjunto e indistinto.¹²³

Por su parte, la legislación española establece supuestos de actuación individual, en donde la Patria Potestad sigue siendo conjunta, pero el acto jurídico lo concluye uno de los padres, señalando al respecto el art. 156 inciso 1 del Código Civil: “La Patria Potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.”¹²⁴ Si el progenitor que no actúa no está de acuerdo con lo obrado, deberá probar que no consintió, o que los actos no son válidos al no corresponderse con el uso social y las circunstancias; y en el último supuesto, que la situación no era urgente o bien, que existía el espacio de tiempo suficiente para ser consultado.

En ambas legislaciones encontramos también supuestos de ejercicio individual, en donde ambos progenitores ostentan la Patria Potestad, pero la Ley otorga a uno de ellos el ejercicio exclusivo de ésta, siendo la oposición del otro padre irrelevante. Así por ejemplo, se da en casos en que los progenitores no vivan juntos, donde la Patria Potestad la ejerce quien conviva con el hijo,

Disponer de los bienes inmuebles y derechos o muebles registrables de los hijos cuya administración ejercen, con autorización judicial; y 7º. Ejercer actos de administración de los bienes de los hijos, salvo que uno de los padres delegue la administración conforme lo previsto en el art. 294.

¹²³ A través del ejercicio conjunto, los actos respecto de la vida y los bienes de los hijos, deben ser decididos por ambos padres; en tanto, el ejercicio indistinto admite que los actos sean realizados por cualquiera de los padres con plena validez. El Derecho argentino mezcla estos dos sistemas, y trata de evitar así la dificultad práctica del engorro que significa requerir el consentimiento de ambos progenitores para cualquier acto y la posibilidad de que no haya reflexión por parte de los dos padres, o que se ejecute un acto por el padre más veloz y no por el más reflexivo. BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo, Manual de Derecho de Familia. 5ª ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1.999, págs. 557 - 558.

¹²⁴ No lo señala la doctrina española, pero como también contempla el consentimiento expreso o tácito, al igual que la legislación argentina, podemos calificar este sistema como de ejercicio conjunto e indistinto, pero al que también se le agregaron ciertas presunciones de actos válidos.

estableciendo el Derecho español, que el progenitor no conviviente conserva el derecho y deber de relacionarse con su hijo; en tanto, el Código Civil argentino, consagra un derecho - deber de comunicación con el hijo y la facultad de supervisar la educación.¹²⁵

Una segunda hipótesis, la constituyen los desacuerdos reiterados o las causas graves que entorpezcan el ejercicio conjunto; ante tales situaciones, el juez atribuye temporalmente, total o parcialmente, el ejercicio a uno de los padres, o bien, distribuye las funciones.¹²⁶ Esta hipótesis, unida al caso en que el juez resuelve qué padre tomará la decisión – en la legislación española – o cual será la solución al conflicto – en la legislación argentina – en caso de desacuerdo, constituye el medio contemplado para resolver los conflictos en el ejercicio conjunto de la Patria Potestad.¹²⁷

El último supuesto se da en casos de ausencia, incapacidad o imposibilidad de ejercer la Patria Potestad por parte de uno de los progenitores, y también cuando existe privación o suspensión de la Patria Potestad.

¹²⁵ Así lo establece el art. 160 del Código Civil español y el art. 264 N° 2 del Código Civil argentino.

¹²⁶ A este respecto, prescribe el Código Civil español en su art. 156: "...Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la Patria Potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años."

En el art. 264 ter del Código Civil argentino, se consagra la misma norma y en términos parecidos.

¹²⁷ El art. 156 inciso 2 del Código Civil español establece: "En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueren reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la Patria Potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años."

Por su parte, el art. 264 ter del Código Civil argentino señala: "En caso de desacuerdo entre el padre y la madre, cualquiera de ellos podrá acudir al juez competente, quien resolverá lo más conveniente para el interés del hijo, por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los padres con intervención del Ministerio Pupilar..."

Como contrafigura de la Patria Potestad dual, existen casos de titularidad individual, en que sólo uno de los progenitores ostenta la Patria Potestad. Esto ocurre cuando la filiación está determinada con respecto a uno de los padres, y también en los casos en que con respecto a uno de ellos, se extingue la institución.¹²⁸

Para proteger a los terceros de buena fe que contraten con uno de los progenitores, el Código Civil español contempla un mecanismo explícito en su articulado, en el cual se presume que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la Patria Potestad con el consentimiento del otro.¹²⁹ Pero esta solución es limitada, y sólo se refiere a los supuestos contemplados en los incisos 1 y 2 del art. 156,¹³⁰ con lo cual, algunos terceros pueden quedar desprotegidos en aquellos casos que no están comprendidos en esos dos incisos.¹³¹

Por su parte, el Código Civil argentino, no menciona en forma expresa la protección a los terceros, pero sí contempla un sistema para ello, basado en una presunción de consentimiento del progenitor no actuante. Quedan excluidos por Ley de esta presunción, determinados actos señalados en forma

¹²⁸ La distinción entre actuación, ejercicio y titularidad individual de la Patria Potestad la establece claramente la doctrina española con base en el Código Civil, en tanto, los autores y el Código argentino son algo confusos. Por razones de entendimiento, para explicar mejor algunas situaciones, se ha seguido a en esta parte a los españoles.

¹²⁹ Así lo señala el art. 156 inciso tercero del Código Civil.

¹³⁰ Art. 156 inciso 1: "La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad."

Para ver el inciso 2 del art. 156, remítase a la cita N° 127.

¹³¹ Por ejemplo, si se contrata con un progenitor separado y que convive con su hijo, pero se ignora que al otro progenitor se le otorgó el ejercicio conjunto. Este supuesto está también en el art. 156 pero no queda comprendido en la protección de los terceros si atendemos a la letra de la norma. Al parecer, la presunción sirve más para los casos de actuación individual, ya que además constituyen actos válidos si se cumple con los supuestos de hecho contemplados en la norma. En cuanto al ejercicio y titularidad individual, sería mejor un sistema de inscripción, donde los terceros verifiquen con quien deben contratar.

explícita, que son de gran importancia, en donde se requiere el consentimiento expreso de ambos padres. La presunción tampoco alcanza a aquellos actos que se ejecutaron en oposición del progenitor que no actúa.¹³²

En relación a los deberes que impone la Patria Potestad, se contemplan el de velar¹³³ por los hijos, criarlos, alimentarlos, educarlos, representarlos y administrar sus bienes. Es necesario señalar, que el Código Civil argentino no contempla el deber de velar por los hijos, pero sí los demás ya señalados; a su vez, el Código español no consagra el deber de criar, pero se entiende comprendido dentro del deber de velar por los hijos.¹³⁴

Con respecto al deber de representación, éste abarca todos los ámbitos de actuación en que el hijo tenga intereses, tanto en la esfera personal, como patrimonial, en lo judicial y extrajudicial, quedando excluidos determinados actos que no requieren representación por estar dentro de los derechos personalísimos del hijo. En relación a estos derechos, España señala en forma expresa, en el art. 162 del Código Civil, que se encuentran excluidos del ámbito de la representación, y además dispone que se excluyen también los actos que el hijo pueda realizar por sí mismo de acuerdo a sus condiciones de madurez, es decir, consagra una autonomía progresiva del hijo en el ejercicio de sus

¹³² La segunda parte del art. 264 N° 1 del Código Civil argentino señala: "...Se presumirá que los actos realizados por uno de ellos cuenta con el consentimiento del otro, salvo en los supuestos contemplados en el art. 264, quater, o mediaré expresa oposición."

¹³³ La doctrina señala que es la expresión de la finalidad tuitiva de la Patria Potestad y comprende las demás facultades y deberes de los padres enumerados en el art. 154. También debe velar por sus hijos el progenitor apartado de ellos e incluso el que no tenga la Patria Potestad. LÓPEZ, A. M., MONTÉS, V. L., ROCA, E. Derecho de Familia. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1.997, pág. 347.

¹³⁴ Estos deberes se consagran en el art. 154, inciso 2 del Código Civil de España. Por su parte, el Código Civil de Argentina consagra los deberes de criar, alimentar y educar a los hijos en el art. 265, y en art. 267 se señala la extensión del derecho de alimentos; en tanto la representación del hijo y la administración de sus bienes abarca del art. 279 al 304 del Código Civil.

derechos.¹³⁵ Por su parte, la legislación argentina no contiene una norma tan expresa como la española, pero la doctrina, en base a varios artículos diseminados a través de la legislación, señala que de la representación paterna quedan excluidos los actos personalísimos, que abarcan un espectro amplio y diverso, que comprende desde hacer testamento hasta ser testigo.¹³⁶ La representación encuentra su límite en el interés del hijo, y es por ello que la legislación española excluye también de la representación aquellos actos en que existe conflicto de interés entre quien o quienes ejercen la Patria Potestad y el hijo; además se exceptúan los excluidos de la administración. Por su parte, el Derecho argentino también tiene normas relativas a los conflictos de intereses, y contempla actos que requieren autorización judicial para ejecutarlos y otros que se encuentran prohibidos, como disponer de bienes inmuebles y obligar a los hijos como fiadores, respectivamente.

Como ya se señaló, es un deber también la administración de todos los bienes del hijo, pero hay algunos que se excluyen, tales como: aquellos que se heredan por indignidad o desheredamiento de los padres que ejercen la Patria Potestad, los donados o dejados por testamento al hijo con la condición que los padres no los administren, y los adquiridos por el hijo con su trabajo, profesión o industria. En lo que respecta a una mala administración por parte de los

¹³⁵ Algunos ejemplos de actos personalísimos que señala la doctrina son: uso de la propia imagen, operaciones quirúrgicas y cesión de órganos humanos. Se señala que si el hijo no tiene suficiente madurez, los padres pueden adoptar alguna decisión respecto de él, pero no en su representación, sino en ejercicio de su deber de velar por el mismo. DIEZ - PICAZO, citado En: LÓPEZ, A. M., MONTÉS, V. L., ROCA, E., ob. cit., pág. 351.

¹³⁶ MENDEZ COSTA, María y D' ANTONIO, Daniel. Derecho de Familia. Tomo III. Rubinzal y asociados S.A., Buenos Aires, Argentina, 2.001, pág. 310 - 311.

Es necesario destacar, que hay un proyecto de Código Civil nuevo para la República Argentina, que en el art. 584, sobre representación, señala: "Los padres que están en el ejercicio de la Patria Potestad tienen la representación de sus hijos.

Se exceptúan: a) Los actos que el hijo de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo." Si bien no señala expresamente que son actos personalísimos, la disposición apunta a ellos. En: Proyecto de Código Civil de la República Argentina, unificado con el Código de Comercio. Edición preparada y coordinada por Aurora Besalú Parkinson. Asociación de Docentes. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. Ediciones Centro Norte, Argentina.

progenitores, ambas legislaciones difieren en su regulación, siendo la española más favorable al interés del hijo, ya que establece que ante el peligro del patrimonio de éste, el juez puede adoptar las providencias que estime necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes,¹³⁷ mientras que la legislación argentina, si bien establece la pérdida de la administración, esta situación ocurrirá cuando ella sea ruinosa, se pruebe ineptitud de los padres, o se hallen en estado de insolvencia y concurso judicial de acreedores. En cuanto a la rendición de cuentas, el Código Civil español lo establece como facultativo, y la legislación argentina guarda silencio, señalando la doctrina que los padres no están obligados a rendir cuentas por lo actuado, sin perjuicio de las responsabilidades por actos prohibidos o que requieren autorización judicial.¹³⁸

Como ya se ha mencionado, se consagran también determinados derechos - funciones que los progenitores tienen con respecto a sus hijos, dentro de ellos se encuentran: tener a los hijos en compañía¹³⁹ y corregir su conducta¹⁴⁰ para el caso en que ambos padres vivan con el hijo; pero cuando no convivan con él, los derechos - funciones serán el de visita, comunicación, estancia y supervisión de la educación.¹⁴¹

¹³⁷ Otorgar la facultad al juez, de adoptar las providencias que estime necesarias, implica conferirle amplia discrecionalidad en la elección de las medidas.

¹³⁸ BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo, ob. cit., pág. 580. En este mismo texto se señala que existe el criterio, según el cual, por aplicación de las normas del mandato, el progenitor tiene genéricamente el deber de rendir cuentas por lo actuado respecto de los bienes de su hijo. Los autores no están de acuerdo con este criterio.

¹³⁹ El derecho - función de tener a los hijos en compañía lo contempla el Código Civil español en su art. 154, y la doctrina señala que implica comunidad de vivienda o unidad de domicilio. LÓPEZ, A. M., MONTÉS, V. L., ROCA, E., ob. cit., pág. 347.

Por su parte, el Derecho argentino denomina a este derecho - función como tenencia, término que es criticado, porque parece aludir más a las cosas que a las personas, y los niños son sujetos y nunca objetos de derechos de terceros.

¹⁴⁰ El Derecho español ordena que la corrección debe ser razonable y moderada; en tanto, el Derecho argentino excluye expresamente los malos tratos, castigos o actos que lesionen o menoscaben física o psíquicamente a los hijos.

¹⁴¹ El derecho - función de estancia corresponde a la legislación española; y al Derecho argentino la supervisión de la educación.

Se contempla en el Derecho argentino el usufructo legal, que podría calificarse como un derecho - función, por cuanto tiene un destino especial que está dado por las cargas que se deben asumir en beneficio del hijo, que son gastos de subsistencia y educación, pago de intereses y gastos de enfermedad y entierro del hijo, y también en favor de quien lo hubiera instituido heredero. Pero el residuo que queda, una vez satisfechas las cargas, pertenece en propiedad a los padres,¹⁴² lo que atenta contra el interés superior del niño y va contra su derecho de propiedad.¹⁴³ Se excluyen del usufructo, los mismos bienes que se excluyen respecto de la administración.

En caso que los padres se separen, se debe acordar quien quedará a cargo de los hijos, difiriendo ambas legislaciones. La legislación argentina establece que los hijos menores de 5 años quedan, por atribución legal, a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten su interés; los mayores de esa edad, a falta de acuerdo, quedan a cargo de quien sea considerado más idóneo por el juez.¹⁴⁴ Por su parte, la legislación española no consagra una atribución legal, y debe decidirse por acuerdo de los progenitores, que el juez debe aprobar.¹⁴⁵

Los hijos también tienen deberes que cumplir, consagrando ambas legislaciones el deber de respeto y obediencia. La normativa trasandina dispone además que los hijos, aun emancipados, deben cuidar a los padres en su ancianidad, en estado de demencia o enfermedad, y proveer a sus necesidades cuando lo requieran.¹⁴⁶ A este respecto, España impone el deber de los hijos de contribuir, con los frutos de sus bienes, equitativamente a las cargas de la

¹⁴² Así lo señaló la jurisprudencia argentina citada En: MENDEZ COSTA, María y D' ANTONIO, Daniel, ob. cit., pág. 328.

¹⁴³ Consagrado en el art. 17 de la Constitución Política de Argentina.

¹⁴⁴ Así lo señala el art. 206 del Código Civil argentino.

¹⁴⁵ Se consagra de esta manera en el art. 90 del Código Civil español.

¹⁴⁶ Está consagrado así en el art. 266 del Código Civil.

familia mientras conviva con ella; lo que es criticado por la doctrina, al ser como una especie de usufructo encubierto,¹⁴⁷ por cuanto los padres no están obligados a rendir cuenta de lo consumido en las cargas familiares,¹⁴⁸ lo que puede provocar graves perjuicios al patrimonio del hijo.

En las causales de término de la Patria Potestad, en ambas legislaciones se distingue entre aquellas que provocan la extinción, privación y suspensión de la institución, agregando la doctrina española causales de pérdida.¹⁴⁹ Dentro de las primeras, en la legislación española se encuentran la muerte o declaración de fallecimiento de los padres o del hijo, y la emancipación;¹⁵⁰ a las anteriores, con excepción de la declaración de muerte, Argentina agrega la profesión monástica, mayoría de edad, y la adopción. En cuanto a las causales de privación, son el cese de la Patria Potestad con carácter punitivo, o por actos reprochables.¹⁵¹ En lo que respecta a las causales de suspensión, se contemplan por España la incapacidad, ausencia e imposibilidad de uno de los padres; Argentina por su parte, consagra la ausencia, inhabilidad e interdicción.

En el Derecho español, existe también la Patria Potestad prorrogada y rehabilitada. La primera, se ejerce sobre los hijos que hubieran sido incapacitados al llegar éstos a la mayoría de edad, y por el ministerio de la Ley,

¹⁴⁷ El derecho usufructo fue eliminado en la reforma de 1.981.

¹⁴⁸ Se señala que, en este aspecto, la reforma es más llamativa en el plano de los conceptos que en el de la realidad, pues la destinación incontrolada de los frutos al levantamiento de las cargas familiares, consiste en el ejercicio de facto del usufructo. LACRUZ, José; SANCHO, Francisco; LUNA, Agustín; RIVERO, Francisco; RAMS, Joaquín, ob. cit., pág. 596.

¹⁴⁹ En ella se encuentra, por ejemplo, la adopción.

¹⁵⁰ En el Derecho español, la emancipación comprende: la mayoría de edad, el matrimonio y la concesión, ya sea de quienes ejerzan la Patria Potestad o del juez. En la legislación argentina, la emancipación se logra por matrimonio o habilitación de edad.

¹⁵¹ En Argentina, dentro de las causales de privación se contemplan: haber sido condenado por delito cometido contra el hijo o por el hijo, y haber abandonado o poner en peligro la seguridad, salud o moralidad del éste. En España, una causal de privación es por incumplimiento de deberes inherentes a la Patria Potestad, que se puede decretar en causa criminal o matrimonial.

la institución se prorroga. La segunda tiene lugar si el hijo es soltero, vive con sus padres o con uno de ellos, y si es mayor de edad que cae en incapacidad.

Del análisis de estas dos legislaciones, podemos apreciar que son principios imperantes y comunes, la igualdad de los progenitores, la igualdad de los hijos y el interés superior de éstos. Además se contempla el derecho del niño a ser oído en todo tipo de materias, incluso patrimoniales.

Pero merecen críticas algunas instituciones, como por ejemplo, el usufructo que consagra Argentina y el deber de contribuir al levantamiento de las cargas familiares que contempla España sobre los bienes del hijo, ya que no atienden el interés de éstos y contraviene su derecho de propiedad. También es muy criticable que la coparentalidad sólo se consagre para los supuestos en que los padres conviven, y no para cuando están separados, ya que la Responsabilidad Parental debe ejercerse siempre, porque sólo mira el bienestar e interés del hijo. En estas materias, hay una mejor regulación en el Derecho venezolano.

2.2. Proyecto Originario.

Los principios en los cuales se inspiraba la normativa propuesta, no eran otros que aquellos ya contemplados en el Derecho Comparado desde hace bastante tiempo, como la igualdad de los progenitores, de los hijos y el interés superior de éstos. Como directriz general de la propuesta, la Patria Potestad no se ejercería en interés de los padres, sino que en beneficio de los hijos, quedando nuestra legislación en armonía con la finalidad que hoy tiene la Responsabilidad Parental, que es dar protección integral al hijo en el desarrollo

de su autonomía.¹⁵² Si bien existían algunas figuras jurídicas que hacían excepción a estos principios, igualmente el proyecto de Ley significaba un gran avance hacia la protección de los niños y la consagración legal de sus derechos. Sin embargo, estos principios generales no fueron suficientemente considerados por los parlamentarios al momento de la discusión del proyecto, lo que llevó a que la legislación actual los contradiga, no sea sistemática y no brinde la protección requerida por los hijos y contemplada en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Al igual que el Código Civil español y argentino, la Patria Potestad se ejercía con respecto a la persona y bienes del hijo, cuya unificación derivaba en una regulación más sistemática y coherente, sin vacíos legales, producto de la separación de dos esferas que se entrecruzan permanentemente. La Patria Potestad correspondía en forma conjunta a la madre y al padre cuando convivían, como manifestación del principio de igualdad.¹⁵³

El sistema que se contemplaba para ejercer la Patria Potestad, al igual que en el Derecho argentino, era conjunto e indistinto. La regla general era el ejercicio conjunto, pero con presunción de que los actos realizados por uno de los progenitores contaba con el consentimiento del otro, con excepción de aquellos actos que requerían autorización judicial, en donde también se debía

¹⁵² Esta directriz general, tanto para la esfera personal y patrimonial, quedaba de manifiesto en los arts. 211 y 212 del proyecto de Ley. El primer art. consagraba a la Patria Potestad como un conjunto de deberes, y ya no sólo como derechos de los padres con respecto a los hijos. Por su parte, el art. 212 señalaba: “La Patria Potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos...” Además se establecía en el mensaje presidencial, como una de las principales características del proyecto, señalándose así en el punto 5.4: “Se deja establecida una cuestión que, por evidente a veces se olvida, cual es que la Patria Potestad no se ejerce en interés de los padres, sino en beneficio de los hijos, a quienes en más de una ocasión el juez tendrá que oír, si el menor posee suficiente discernimiento.”

¹⁵³ De esta forma se eliminaba la discriminación en contra de la madre, a quien siempre le había correspondido – y le sigue correspondiendo – un rol subsidiario, especialmente en el plano patrimonial.

contar con el consentimiento expreso del otro padre,¹⁵⁴ y de aquellos casos en que mediara oposición expresa manifestada antes del perfeccionamiento del acto, por el progenitor no actuante.

Como mecanismo para solucionar los conflictos entre los progenitores en el ejercicio de la Patria Potestad, éstos podían acudir al juez, quien debía resolver conforme al interés del hijo, a quien debía oírse si tenía suficiente juicio y discernimiento. Se establecía de esta manera, el derecho del niño a ser oído en todo tipo de materias, y no sólo en lo referido a su persona como quedó en definitiva en nuestro Código Civil.¹⁵⁵ Si los desacuerdos eran reiterados, o por causa grave se entorpecía gravemente el ejercicio de la Patria Potestad, el juez la podía atribuir total o parcialmente a uno de los padres o distribuir sus funciones, por un plazo de no más de dos años.¹⁵⁶

Si los progenitores no convivían, la Patria Potestad la ejercía quien tenía la tuición del hijo, pero el otro progenitor podía pedir que se distribuyeran las funciones, o se le otorgara su ejercicio en forma conjunta. Esta última solución significaba un gran avance, ya que la coparentalidad, tanto en lo personal como en lo patrimonial, quedaba establecida no sólo si los padres convivían, sino también cuando estaban separados, beneficiándose el hijo al cumplirse su derecho de no ser separado de sus padres,¹⁵⁷ y que éstos pudieran cumplir con los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico.

¹⁵⁴ Algunos ejemplos de actos que requerían el consentimiento de los dos progenitores eran: enajenar o gravar bienes raíces del hijo; repudiar herencias, donaciones o legados.

¹⁵⁵ En todo caso, haciendo una interpretación sistémica del Código Civil con la Ley de Tribunales de Familia, se debe llegar a la conclusión que el niño debe ser oído en todo tipo de materias que le conciernan, por cuanto el art. 16 de dicha Ley contempla como principio general del procedimiento el derecho a ser oído, que además se contempla en la Convención sobre los Derechos del Niño, que a través del art. 5 inciso 2 de la Constitución Política tiene rango constitucional.

¹⁵⁶ Es la misma solución de las legislaciones española y argentina, incluso con igual plazo.

¹⁵⁷ Este derecho lo establece el art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

A parte de las hipótesis ya señaladas, de actuación o ejercicio individual, se contemplaban otros supuestos en que uno solo de los progenitores ejercía la Patria Potestad. Dentro de éstos estaban los casos de demencia, ausencia, interdicción de administración de bienes propios, maltrato habitual y abandono del hijo, condena en que se aplique pena aflictiva, e inhabilidad física o moral de alguno de los progenitores.

El sistema contemplado para la protección de los terceros, era muy similar al de la legislación argentina, basado en una presunción de consentimiento, que los habría podido proteger en los supuestos que ambos padres, convivientes, ejercieran la Patria Potestad, pero no en otros casos; como por ejemplo, si los padres se encontraban separados pero judicialmente se otorgaba la Patria Potestad a ambos. Al no contemplarse para supuestos como éste alguna inscripción, los terceros podrían haber contratado sólo con uno, con quien tenía a su cargo el cuidado del hijo, y sin el consentimiento del otro en los actos en que se requería.¹⁵⁸

En caso de separación de los padres, éstos decidían a quien correspondía el cuidado de los hijos, si no había acuerdo, se atribuía legalmente – al igual que en la legislación vigente – a la madre, y sólo por motivos calificados, el juez podía decidir otra cosa.¹⁵⁹

Dentro de los deberes y facultades que se comprendían, estaban el de velar por los hijos, cuidarlos, alimentarlos, educarlos, criarlos, administrar sus bienes y representarlos, concretándose a través de estos deberes el interés superior del niño, y la directriz general que la Patria Potestad tenía en el proyecto de Ley.

¹⁵⁸ Otro supuesto, es que al tercero no le constara que los padres se encontraban separados y contrataba con quien no tenía el cuidado del niño.

¹⁵⁹ En esta parte, el proyecto se apartaba de las legislaciones que le sirvieron de fuente.

En cuanto a la representación de los hijos, el proyecto originario al unificar la Responsabilidad Parental, dejaba de limitarla a lo patrimonial, judicial y extrajudicial, extendiéndola también a lo extrapatrimonial, es decir, a la esfera personal, pero contemplándose actos en que el hijo podía actuar sólo, porque estaban dentro de sus derechos personalísimos.¹⁶⁰ Los actos y contratos que celebraran el padre o la madre y los que autorizaran o ratificaran por escrito, los obligaba directamente a ellos conforme las normas de la sociedad conyugal, y de no existir ésta, respondían solidariamente, y en subsidio obligaban al hijo.

En cuanto a la administración de los bienes, los padres podían designar a uno de ellos como administrador, que requería el consentimiento expreso del otro para los actos que también requerían autorización judicial. Los progenitores, en la administración de los bienes, respondían hasta de culpa leve, y la responsabilidad sólo se extendía a la propiedad. Esto último era así por el derecho legal de goce que tenían los progenitores, ya que ambas facultades era dependientes, de tal manera que si no se tenía la administración, tampoco se tenía el goce y viceversa; por esta razón, la responsabilidad extendida a los frutos no fue establecida, ya que no se contemplaban supuestos de administración sin derecho legal de goce. El padre, la madre, o ambos, podían perder la administración si eran culpables de dolo o de grave negligencia habitual. Y como una forma de resguardar el patrimonio del hijo y precaver una eventual negligencia, se contemplaban actos que no se podían realizar sin autorización del juez, con conocimiento de causa.

En los derechos - funciones se encontraban la tuición o cuidado personal, que sólo podía corresponder a una unidad de domicilio, por cuanto la

¹⁶⁰ Así por ejemplo, el art. 244 del proyecto establecía: “El menor adulto no necesita autorización de sus padres para testar, ni para reconocer hijos.” En el mismo sentido establecía el art. 247 inciso 1: “El hijo no precisará la autorización de sus padres para parecer en juicio cuando se proceda en su contra.” Sin embargo, no se establecía en forma clara y precisa, como sí lo hace la legislación de España, una regulación de estos derechos personalísimos.

educación, crianza, y el cuidado del niño, se mantenían respecto del progenitor que no convivía con su hijo, estableciéndose siempre en la esfera personal, una coparentalidad en caso de separación de los padres.¹⁶¹ Otros derechos - funciones que se contemplaban, eran el de corrección,¹⁶² y el de relación y comunicación con el hijo si no se convivía con él. Éstos últimos, se establecían como un medio de la coparentalidad, ya que a través de ellos, el progenitor que no convivía con el hijo, podía cumplir con su deber de criarlo, educarlo y cuidarlo.

Se establecía el derecho legal de goce sobre los bienes de los hijos, que no tenía como fin ejercer una función en beneficio de ellos,¹⁶³ ya que sólo aprovechaba a los progenitores, al no establecerse las cargas a las que podría haber estado sujeto en beneficio de los hijos. En esta parte, se iba en contra del interés superior del niño y de su derecho de propiedad. Lo nuevo que tenía el proyecto en esta parte, era el cambio de denominación, desde usufructo legal a derecho legal de goce. De este derecho, se excluían algunos bienes, que eran aquellos adquiridos por el hijo en todo empleo, profesión liberal, industria y oficio mecánico; también los bienes adquiridos a título de donación, herencia o legado, cuando el donante o testador disponía que quien ejerciera la Patria Potestad no tuviera este derecho, obtuviera el hijo la emancipación o el goce

¹⁶¹ El art. 212, inciso 1 del proyecto señalaba: “La Patria Potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos y comprende los siguientes deberes y facultades: 1. Velar por ellos, cuidarlos, alimentarlos y educarlos. 2. El derecho legal de goce sobre sus bienes. 3. Administrar sus bienes. 4. Representarlos judicial y extrajudicialmente. El mismo art. en su inciso 3 prescribía: “El padre y la madre, aunque no ejerzan la Patria Potestad, conservan los deberes y facultades comprendidos en el número 1.” En tanto el art. 221 establecía la misma idea al disponer: “Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos.”

¹⁶² En la facultad de corrección quedaban expresamente excluidos los malos tratos, los castigos y los actos que menoscabaran física o psíquicamente a los hijos. Esta disposición era la misma que se contemplaba en la legislación argentina.

¹⁶³ Este derecho ya se ha eliminado de algunas legislaciones, y en otras como la argentina y peruana se conserva, pero con un destino especial para suplir los gastos del hijo, y va en beneficio de él.

quedara radicado en él; por último, quedaba excluidos también las herencias o legados que hayan pasado al hijo por incapacidad, indignidad o desheredamiento del padre o madre.

A diferencia del Derecho Comparado, que distingue entre causales de pérdida, suspensión, privación y extinción de la Patria Potestad, en donde la emancipación es una causal de extinción, en el proyecto originario sólo se diferenciaba entre suspensión y emancipación, y dentro de esta última, se contemplaban las causales que en la legislación extranjera son de extinción, pérdida o privación, es decir, en modo inverso. En Derecho extranjero, la emancipación por regla general, se limita al matrimonio del hijo menor de edad.

Las causales de suspensión se encontraban en el art. 248 del proyecto, y eran las siguientes: si el padre o la madre caían en prolongada demencia, eran menores de edad, estaban en entredicho de administrar sus bienes o se encontraban ausentes. Si la causal afectaba a uno, le correspondía la Patria Potestad al otro, si afectaba a ambos, el hijo quedaba sujeto a guarda. Se decretaba judicialmente, salvo la causal de menor edad que operaba por el solo ministerio de la Ley, y podía recuperarse la Patria Potestad por interés del hijo una vez cesado el hecho que la había motivado.

La emancipación se clasificaba en legal y judicial. En la primera se encontraba la muerte real o presunta de los padres, el matrimonio del hijo y su mayoría de edad. En la segunda, se contemplaban el maltrato habitual y abandono del hijo, sentencia ejecutoriada que declaraba culpables de un delito con pena aflictiva a los padres y la inhabilidad física y moral de éstos.

Como se puede apreciar, si bien el proyecto originario tenía algunos defectos, como por ejemplo, el derecho legal de goce, la escasa protección de

los terceros en caso de contratar con quien no tenía la Patria Potestad y la no consagración, en forma clara, de derechos personalísimos en los cuales el hijo no requiere de representación, sí mejoraba la legislación vigente de la época y constituía un avance claro hacia los principios de igualdad de los progenitores e interés superior del niño, al unificarse la Autoridad Paterna y la Patria Potestad, y consagrarse el ejercicio conjunto de la institución.

2.3. Desde la Discusión Parlamentaria a la Legislación actual.

En la Cámara de Diputados, el proyecto originario no sufrió modificaciones radicales, sólo se le realizaron algunas reformas pequeñas, en su mayoría formales y de cambio de redacción.

Igualmente se modificaron algunas disposiciones y se agregaron otras, pero esas enmiendas fueron pocas y no alteraban significativamente el sistema general que proponía el proyecto. Así por ejemplo, se agregó que la Patria Potestad se ejercía también respecto de los derechos eventuales del hijo que está en el vientre materno; se eliminó, injustificadamente, el deber de velar por los hijos; se modificó la disposición que establecía que los tutores y curados ejercían la Patria Potestad en determinados casos, para aclarar que sólo los padres la detentan;¹⁶⁴ en la atribución legal de la tuición, se modificaron los motivos calificados, por convenientes¹⁶⁵ y se agregó la norma que establece la posibilidad de recurrir ante el juez para decidir sobre la vida futura del hijo.

Con las modificaciones anteriores, el proyecto de Ley fue enviado al Senado, en donde se modificó radicalmente la normativa propuesta, dejando a

¹⁶⁴ En el art. 216 del proyecto se establecía que si la filiación se determinaba contra la oposición de ambos padres, la Patria Potestad era ejercida por un tutor o curador.

¹⁶⁵ Consta en la historia de la Ley, que el propósito de este cambio fue resaltar que en sus resoluciones, el juez debe tener en consideración el interés superior de los hijos.

nuestra legislación con el mismo sistema que creó Andrés Bello para el Código Civil originario.

Con respecto a la unificación de la Responsabilidad Parental, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado (en adelante la Comisión), no estuvo de acuerdo con establecerla, y prefirió dejar la esfera personal, separada de la patrimonial.

Sostuvo la mayoría de la Comisión, que la distinción entre ambas instituciones, respondía a la conveniencia de utilizar criterios y normas particulares para los aspectos pecuniarios y los de orden personal. A este respecto podemos señalar, que no se puede establecer, y no se justifica, una separación tajante, ya que ambas esferas se entrecruzan permanentemente, y al regularse separadamente ocurren vacíos normativos, al consagrarse instituciones y principios para un aspecto, sin armonizarlo o contemplarlo también para el otro ámbito. Así por ejemplo, la representación de los hijos, comprendida en las normas de la Patria Potestad, es patrimonial, judicial y extrajudicial, pero no extrapatrimonial para actos referidos a la persona del hijo.¹⁶⁶

Se señaló como segundo argumento, que el sistema de las instituciones reguladas separadamente, tiene en nuestro país un cúmulo de doctrina y jurisprudencia que se vería afectada con la unificación, sin que existieran motivos poderosos para hacerlo, ya que lo medular consistía en los derechos y obligaciones entre padres e hijos. Podemos señalar que no consta en la historia de la Ley que se haya mencionado la doctrina y jurisprudencia afectada, y por

¹⁶⁶ Otro ejemplo lo constituye el hecho que en el Código Civil, sólo se consagra el derecho del niño a ser oído en lo que respecta a su persona, pero no a sus bienes, contraviniendo a la Convención sobre los Derechos del Niño que en su art. 12 señala el derecho a expresar su opinión en todos los asuntos que lo afecten, y que con tal finalidad se le debe dar la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo.

los demás, si se trata de mantenerlas inmodificables, jamás podrían hacerse modificaciones legales. En cuanto a los motivos para su unificación, podemos señalar como ejemplo, la necesidad de consagrar los mismos principios para los dos aspectos, que tiendan a brindar protección integral a los hijos, sin discriminar con ellos a alguno de los progenitores.¹⁶⁷ Podemos agregar, que si bien el ámbito personal es de gran relevancia, éste debe ser complementado con el patrimonial, al ser un medio que facilita el desarrollo de la persona en diversos aspectos.

Además se argumentó que la Patria Potestad, limitada a lo patrimonial, era de aplicación excepcional, porque lo normal es que los hijos carezcan de bienes. Se olvidó la Comisión que las normas de Patria Potestad comprenden también la representación judicial y extrajudicial, excediendo el ámbito meramente patrimonial, y que en éste, las cuentas de ahorro de los hijos producen graves problemas a las madres separadas y que son jefas de hogar.¹⁶⁸

La minoría se pronunció a favor de la unificación, estableciendo que era una opinión extendida en la doctrina, recogida en instrumentos internacionales y que además fortalecía el vínculo entre ambos padres, al asignarles una misma responsabilidad en los aspectos personales y patrimoniales de los hijos.¹⁶⁹

¹⁶⁷ Las razones para la unificación serán tema del Capítulo III de esta Memoria.

¹⁶⁸ A raíz de la falta de unificación, y de que es el padre, cuando convive con la madre, quien ostenta la Patria Potestad por atribución legal, se producen serios problemas en los bancos cuando los progenitores se separan. Cuando esto ocurre, quien tiene legalmente la Patria Potestad es quien a su vez, tiene el cuidado personal, que por atribución legal le corresponde a la madre; por lo tanto, por el sólo ministerio de la Ley, y sin necesidad de inscripción alguna, la madre tendrá la Patria Potestad, cuando los progenitores no conviven. Los problemas se producen porque a los terceros no les consta que los progenitores se encuentran separados, por consiguiente, tampoco les consta que es la madre quien tiene la Patria Potestad y los derechos que ésta confiere, exigiendo que los actos sean realizados o autorizados por el padre.

¹⁶⁹ La votación fue tres a dos. En contra de la unificación votaron los Senadores señores Fernández, Larraín y Otero. A favor, los Senadores señora Carrera y señor Hamilton.

A continuación se discutió la conveniencia de que la Patria Potestad – ahora limitada al aspecto patrimonial – se ejerciera en forma conjunta por los progenitores. Se decidió que era preferible que se radicara en uno de ellos.

Se argumentaron razones de eficiencia y seguridad para los terceros, ya que la administración conjunta generaba mayores trabas. Además se señaló que el ejercicio conjunto de la administración de los bienes del hijo, no era congruente con el régimen de sociedad conyugal, donde sólo administra el marido.¹⁷⁰ En ningún argumento fue considerado el principio de igualdad entre los padres, que la Constitución y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación en contra de la Mujer, consagran.¹⁷¹

Al no contemplarse el ejercicio conjunto de la Patria Potestad, se estableció que los padres acordaran quien la ejercería, y para el caso en que no existiera acuerdo, debían recurrir al juez para que resolviera.¹⁷² En caso que los progenitores estuvieran separados, se optó porque ejerciera la Patria Potestad quien tuviera el cuidado personal del hijo.¹⁷³

Posteriormente, la solución sobre quien ejercería la Patria Potestad, fue objeto de varias y diversas indicaciones, optándose en definitiva por consagrar primero el acuerdo de los padres, y en forma supletoria el ejercicio conjunto.¹⁷⁴

¹⁷⁰ Se repite nuevamente la idea de Bello y de los legisladores que modificaron el Código Civil, antes de la Ley N° 19.585, en el sentido de que si alguna regulación no es congruente con el régimen de sociedad conyugal, no puede establecerse como Ley de la República, sin cuestionarse que son las normas de esta sociedad las que requieren de urgente modificación.

¹⁷¹ Se contempla en el art. 19 N° 2 de la Constitución Política, y en el art. 16 N° 1 letra D de la señalada Convención.

¹⁷² Se estableció que el acuerdo y la sentencia debían subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo.

¹⁷³ El cuidado personal del hijo, por atribución legal, quedaba entregado a la madre, salvo acuerdo de los progenitores en contrario. En tal caso, la madre que tenía el cuidado personal, ejercía por el sólo ministerio de la Ley, la Patria Potestad.

¹⁷⁴ A pesar de que ya se había argumentado en contra del ejercicio conjunto para ser la regla general, no se tuvo ningún reparo en contemplarlo como solución supletoria.

Finalmente, y en la última modificación, se estableció que los padres debían acordar si la Patria Potestad la ejercía uno de ellos o ambos conjuntamente,¹⁷⁵ y a falta de acuerdo se estableció que le correspondía al padre, discriminando a la madre, sin considerar tampoco el interés del hijo.¹⁷⁶

Con respecto a los derechos a los que quedó limitada la Patria Potestad, se establecieron algunas modificaciones en la discusión parlamentaria, para ajustarlos al cambio sustancial que sufrió el proyecto en materia de Responsabilidad Parental.

En lo que respecta al derecho legal de goce, nunca se discutió su eliminación, al contrario, se reglamentó más. Así por ejemplo, fue definido en base al usufructo,¹⁷⁷ y sus normas se contemplaron como supletorias, estableciéndose como denominación alternativa, la de usufructo legal.¹⁷⁸ Junto con lo anterior, se ratificaron las exenciones de la obligación de rendir caución y confeccionar inventario solemne. Además, se incorporaron normas sobre la radicación de los frutos, estableciéndose que si este derecho le pertenece a la madre casada en sociedad conyugal, se considerará separada parcialmente de bienes, para evitar que ingresaran al haber social y fueran administrados por el marido. Se agregó también, que si el titular de la Patria Potestad es privado de este derecho, corresponde al otro padre o al hijo. Finalmente se estableció que

¹⁷⁵ No se establecieron normas supletorias para el caso que los progenitores decidieran ejercer conjuntamente la Patria Potestad, sólo se consagró que si no se ponían de acuerdo sobre el derecho legal de goce, ambos se lo repartían en partes iguales.

¹⁷⁶ De respetarse el interés del niño, la solución habría consistido en el ejercicio conjunto, o por último en una atribución judicial a alguno de los progenitores, previa calificación sobre quien resultaba más idóneo para su ejercicio.

¹⁷⁷ Según consta en la historia de la Ley, se definió en base al usufructo para evitar las dificultades que implicaba dejarlo solamente a la doctrina.

¹⁷⁸ El establecimiento de la denominación alternativa y la supletoriedad de las normas del usufructo, se debió simplemente a que le pareció adecuado a la Comisión, que no dio más argumentos.

si ambos padres tenían el derecho, a falta de acuerdo debían dividirlo en partes iguales.¹⁷⁹

En lo que respecta a la administración de los bienes, se eliminó la facultad de nombrar a un administrador, como consecuencia de que la Patria Potestad la ejercería uno de los progenitores.¹⁸⁰ También se ajustó la redacción de la norma que requería autorización judicial para determinados actos y se contemplaron otros.¹⁸¹ En cuanto a la responsabilidad, se extendió a los frutos en caso que el padre, la madre, o ambos sólo tuvieran la administración y no el goce de los bienes, supuesto que no se dará nunca, porque la dependencia entre la administración y el derecho de goce no fue modificado, quedando un error y una incongruencia manifiesta en la Ley.¹⁸² Finalmente, la facultad que tenía el hijo de exigir rendición de cuentas, se cambió a un deber de poner en conocimiento la administración.¹⁸³

En cuanto a la representación, se modificó la responsabilidad principal por los actos y contratos, estableciendo que primeramente se obliga el hijo con cargo a su peculio profesional o industrial. Se señaló también que los actos y contratos que el hijo celebre sin autorización del padre o madre que lo tenga

¹⁷⁹ El cuestionamiento a este derecho en sí mismo y su regulación, se hará en el próximo Capítulo.

¹⁸⁰ No consideró la Comisión que al contemplarse el acuerdo para ser ejercida conjuntamente la Patria Potestad, se necesitarían normas que aclararan algunas dudas sobre su ejercicio, por ejemplo, el nombramiento de uno de ellos como administrador.

¹⁸¹ El proyecto enviado por la Cámara de Diputados establecía en el art. 234: “No se podrá enajenar ni gravar, en caso alguno, los bienes raíces del hijo, ni aun aquéllos que éste administre libremente, sin autorización del juez, con conocimiento de causa.” La Comisión ajustó la redacción, haciendo referencia a los bienes raíces pertenecientes al peculio profesional del hijo, en lugar de bienes raíces que éste administre libremente. Se hizo extensiva la prohibición de enajenar y gravar los derechos hereditarios del hijo.

¹⁸² El único argumento que consta en la historia de la Ley que consideró la Comisión para extender la responsabilidad a los frutos, es que le pareció necesario distinguir, y no se tuvo a la vista el art. que hacía dependientes el derecho legal de goce de la administración, y viceversa.

¹⁸³ Se modificó en la manera indicada, porque se consideró conveniente para la convivencia familiar, y se partió del supuesto de que el padre o la madre no informaran adecuada y oportunamente al hijo.

bajo su Patria Potestad, lo obligan sólo en su peculio, y se limita la posibilidad de que se obligue por empréstitos. En cuanto a los actos y contratos celebrados por el hijo fuera de su peculio, pero que fueron autorizados o ratificados por el padre o la madre, o que éstos efectuaron en representación del hijo, existiendo sociedad conyugal, obligan al padre o madre conforme a las normas de esa sociedad, y subsidiariamente al hijo hasta la concurrencia del beneficio; de no existir sociedad conyugal, los padres se obligan en sus bienes propios. Finalmente, la representación sólo quedó establecida para los actos patrimoniales, judiciales y extrajudiciales, pero no para los personales,¹⁸⁴ estableciéndose así, un vacío legal.

En cuanto a la suspensión de la Patria Potestad, sólo se agregó la causal de impedimento físico para administrar los bienes. Se precisó que si la causal es la minoría de edad del padre o la madre, la suspensión es de pleno derecho, y se estableció la subinscripción de la resolución que decreta o deje sin efecto la suspensión.

Las causales de emancipación no se reformaron significativamente. Tanto en la emancipación legal como judicial, se hicieron modificaciones de forma, y se aclaró que en las causales que afectaran al padre o la madre que ejerciera la Patria Potestad, producirían la emancipación, si no le correspondía al otro progenitor ejercerla.

En la esfera personal, también hubo diversas modificaciones al proyecto, antes de adoptar la regulación actual.

En cuanto a los deberes que los padres tienen en relación a sus hijos, como ya ha quedado señalado, la primera modificación realizada fue eliminarlos

¹⁸⁴ En lo demás no se modificó significativamente, y se establecieron precisiones.

de las normas de Patria Potestad, producto de su desmembramiento, y además se eliminó la norma que los enumeraba.

El proyecto aprobado por la Cámara de Diputados, establecía que tocaba de consuno a los padres el cuidado personal, la crianza y la educación de los hijos.¹⁸⁵ Pero la Comisión del Senado consideró que el cuidado personal y la crianza no eran nociones diferentes sino que un mismo concepto, dejando regulados estos deberes como “cuidado personal de la crianza y educación”, confundiendo el deber de criar al hijo, con el derecho - función de su cuidado personal, que sólo se refiere a la unidad de domicilio. Estos deberes se contemplaban en el proyecto sin distinguir si los progenitores vivían juntos o separados. En la discusión parlamentaria, nada se dijo con respecto a lo anterior, y la letra de la Ley actual tampoco distingue, por lo que debemos entender, que en estos aspectos existe una coparentalidad incluso cuando los progenitores no conviven.

Los gastos de crianza y educación quedaron regulados de la misma forma que en el proyecto originario, pero se restablecieron los gastos de establecimiento, que la propuesta original había eliminado. Por lo tanto, junto al deber de proveer a los gastos propios que implica criar a un hijo, se consagró también el deber de establecimiento, que no fue objeto de debate, sólo se reincorporó.¹⁸⁶

¹⁸⁵ No se contemplaba así en el proyecto originario; fue una modificación de la Cámara de Diputados, la que distinguió entre cuidado personal, crianza y educación.

¹⁸⁶ Este deber ya no se contempla en el Derecho Comparado. Se ha señalado que no se aviene con la realidad de nuestro país, ni tampoco dice relación con el principio de protección que sustenta el Derecho de la Infancia y Adolescencia, pues sus titulares podrían ser incluso personas mayores de 28 años. SCHMIDT HOTT, Claudia En: SCHMIDT HOTT, Claudia y VELOSO, Paulina, ob. cit., pág.

En cuanto a los derechos - funciones, quedaron regulados los siguientes: dirección de la educación, corrección, cuidado personal y relación directa y regular.

En relación al cuidado personal o tuición de los hijos en caso que los progenitores vivan separados, no se modificó el proyecto, que consagraba la atribución legal a favor de la madre, pero privilegiando el acuerdo. Se dejó constancia de que la atribución legal evitaba numerosas dificultades y respondía a la práctica, según la cual, lo frecuente es que la madre asuma la tuición. En cuanto a la facultad de los jueces para alterar el acuerdo o la atribución de la Ley, se modificaron los motivos convenientes por motivos de maltrato, descuido u otra causa calificada, restringiendo la facultad del juez para decidir conforme al mejor interés y bienestar del hijo.¹⁸⁷ En caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, el proyecto entregaba el cuidado personal de los hijos a otras personas competentes con preferencia de los consanguíneos, lo que no sufrió modificaciones.

Al quedar prescrito que los progenitores tienen en conjunto, aun si están separados, los deberes de cuidado personal de la crianza y cuidado personal de la educación, el cuidado personal a que se refiere el art. 225 sólo se puede referir a una unidad de domicilio, o derecho - función de tener a los hijos en compañía. Considerarlo de otra forma, equivale a sostener que una norma atribuye el cuidado personal – que según los legisladores es lo mismo que cuidado de la crianza – a los dos padres sin distinguir si conviven o no, y otra que atribuye ese deber a un solo progenitor si están separados, siendo así

¹⁸⁷ Para modificar los motivos convenientes por calificados, se argumentó en base al art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece el derecho del niño a no ser separado de sus padres. Como se aprecia, el mencionado art. se refiere a los dos progenitores y no a uno solo, y considerando que la atribución legal se basa en prejuicios sociales y no atiende al caso en particular, no debió restringirse las facultades del juez para modificar la atribución legal y el acuerdo, ya que él está en mejores condiciones que el legislador para decidir conforme al bienestar del niño, y puede fiscalizar de mejor manera los acuerdos adoptados por los padres.

normas contradictorias. Quedó establecida en la letra de la Ley, la distinción que los Senadores confundieron.

Vinculado al tema del cuidado personal, la Comisión restableció una norma que el proyecto originario excluyó, que es el actual art. 228, que dispone que la persona casada, a quien corresponde el cuidado personal de un hijo que no ha nacido de ese matrimonio, no puede tenerlo en el hogar común sin consentimiento del cónyuge. Esta norma es absolutamente contraria el interés del niño y discrimina tanto al hijo matrimonial como no matrimonial – según sea el caso – de uno de los cónyuges, que a pesar de corresponderle su cuidado personal, no tiene derecho a tenerlo en el hogar común, consagrándose un derecho absoluto del cónyuge, sin posibilidad de revisión judicial.¹⁸⁸

El derecho - función, que en el proyecto originario tenía el progenitor que no convivía con su hijo de mantener con él una relación y adecuada comunicación, fue modificado por una relación directa y regular, señalándose que no es sólo un derecho, sino que además es un deber. Se dejó constancia de la eliminación del concepto de visita, porque se prestaba para limitar, en algunos casos, la comunicación, tanto en su sustancia como en la forma en que podía ejercerse.

En relación a la norma que consagraba el derecho del progenitor de supervisar la educación, se señaló que parecía quedar restringido a la educación formal de los establecimientos, y que por el contrario, los padres

¹⁸⁸ SCHMIDT HOTT, Claudia En: SCHMIDT HOTT, Claudia y VELOSO, Paulina, ob. cit., págs. 287 – 288.

En relación a esta norma, de lo único que se dejó constancia en la historia de la Ley, es que se da idéntico tratamiento a todos los hijos que no han nacido de los mismos padres, incluyendo a quienes sean matrimoniales pero de un matrimonio anterior de uno de los cónyuges. Nada se señaló sobre una eventual situación de desamparo de aquel hijo que no puede vivir con su padre o madre, para el caso hipotético de que no contara con su otro progenitor. Se contraviene además el art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

tienen un derecho y deber de educar a sus hijos y no sólo de supervisarla. Se dispuso además, que los padres deben orientar a sus hijos hacia su pleno desarrollo, estableciendo no sólo un deber de educar, sino también un derecho - función de orientar o dirigir esa educación.

Al derecho - función de corrección se le hicieron modificaciones de redacción, pero que no cambiaron el fondo de la norma. A través de una indicación, se eliminó la referencia a que la corrección no menoscabara la salud física y psíquica, ya que salud, como palabra técnica, comprende el bienestar físico, mental y social. Quedó establecido en la historia de la Ley, que la crianza y educación implican corregir la conducta.

En cuanto a los deberes de los hijos, están el de respeto y obediencia a sus padres, y el de cuidarlos en su ancianidad, en estado de demencia y en todas las circunstancias en que necesiten auxilio. Los deberes anteriores se extienden a los demás ascendientes, en su caso. Esta norma quedó consagrada de la misma forma en que se contemplaba en el proyecto.

La propuesta original, establecía que si la filiación se determinaba judicialmente, contra la oposición del padre o de la madre, éstos quedaban excluidos de la Patria Potestad y de todos los derechos conferidos por la Ley con respecto a sus hijos, descendientes, y en sus derechos hereditarios, quedando a salvo los deberes de cuidar a los hijos y de prestarles alimentos. La Comisión estuvo de acuerdo con la norma pero la cambió al Título VIII, de las acciones de filiación. Además precisó que la sanción se refería a todos los derechos conferidos por Ley con respecto a la persona y bienes del hijo, y se señaló en forma expresa, que comprendía también la Patria Potestad, para precaver alguna duda, ya que ésta se definía como un conjunto de derechos y deberes. Se modificó la salvedad establecida en el proyecto, que se extendió a

todos los deberes que tienen los padres con respecto a sus hijos y vayan en beneficio de ellos. No realizó modificación alguna a la norma que establece que los padres no pueden reclamar derechos concedidos, en la esfera personal de sus hijos, si los habían abandonado.

Finalmente, en las últimas modificaciones¹⁸⁹ que se hicieron al proyecto de Ley, se incorporaron algunas disposiciones relativas a los derechos del niño.

Se agregó al que sería el art. 222 definitivo, que consagra el deber de respeto y obediencia a los padres, su inciso final que señala: “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”. La razón manifestada por la Comisión para incluirlo, es coordinar las reglas del Código Civil con la Convención sobre los Derechos del Niño.

Señaló además la Comisión, que el deber de respeto y obediencia que tiene el hijo hacia sus padres, debe interpretarse armónicamente con sus derechos contemplados en la Convención y en la Constitución de la República. Lamentablemente, ésta es una declaración formal de la Comisión, que no se plasma en toda la normativa. A modo de ejemplo, se contempla el derecho legal de goce, que atenta contra su derecho de propiedad; no se consagró en las normas de Patria Potestad el derecho del niño a ser oído, que sólo quedó establecido para su esfera personal, sin respetar el proyecto originario que lo establecía de forma general; y tampoco se contempló su representación extrapatrimonial, entre otras.

¹⁸⁹ Realizadas en la 16ª sesión de la Comisión.

En algunas normas, como modificación final, se incorporó la disposición de tener en cuenta como consideración primordial al tomar las decisiones, el interés superior del niño.

Mientras en nuestro país se discutía el contenido de la Patria Potestad, sobre si se extendía o no al ámbito personal, si se ejercía en conjunto por los progenitores o sólo se radicaba en uno de ellos, y cuales eran las finalidades y los derechos que la institución debía brindar a los hijos, en Derecho Comparado se discutía la eliminación de algunas instituciones contrarias al interés superior del niño, nuevas formas de protección y la consagración de nuevos derechos, incluso, el cambio de denominación de la Patria Potestad y de algunas de sus figuras jurídicas.

CAPÍTULO III

RAZONES PARA LA UNIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL.

Los argumentos que existen para unificar la Autoridad Paterna con la Patria Potestad, bajo la denominación de Responsabilidad Parental, son diversos y abundantes. Se contemplan razones tanto de carácter práctico como teórico; este último involucra a todo el ordenamiento jurídico, comenzando por los Tratados Internacionales y la Constitución Política.

Como ya se señaló en el Capítulo II de esta Memoria, a medida que se sucedieron las reformas legales al Código Civil, éste fue perdiendo la coherencia y sistematización que Bello le había otorgado, lo que no sólo ocurrió en lo referente a nuestro tema. A este respecto, algunos de los argumentos esgrimidos para la unificación, son también aplicables para la modificación de otras instituciones del Derecho de Familia, como por ejemplo, el régimen matrimonial de sociedad conyugal, cuya normativa está involucrada directamente en la segregación de la Responsabilidad Parental y en su mantenimiento desmembrado en el tiempo. Al no modificarse sustancialmente la regulación de esta sociedad, para otorgar plena igualdad a los cónyuges, se ha mantenido el argumento que el creador del Código tuvo en mente para separar lo personal de lo patrimonial.¹⁹⁰

1. Privatización del Derecho Constitucional y Constitucionalización del Derecho de Familia.

Ambos fenómenos son sucesivos en el tiempo, siendo la Constitucionalización del Derecho, respuesta a la Privatización del Derecho Constitucional.

El último proceso señalado, se produce por un interés en darle tutela prioritaria a la persona humana, que pasa a ubicarse en el centro del

¹⁹⁰ Ver Capítulo I de esta Memoria, apartado 1.3.1, págs. 24 - 27.

ordenamiento jurídico, a raíz del reconocimiento y consagración de sus derechos fundamentales en los Tratados Internacionales y en las Constituciones Políticas. De tal forma, “la Constitución Política deja de ser fuente exclusiva de Derecho Público, para incorporar normas reguladoras de relaciones entre los entes privados, interparticulares.”¹⁹¹ Este proceso vino a llenar un vacío de los Códigos Civiles decimonónicos, que eran deficientes en la defensa de los derechos esenciales de la persona.

En Derecho Comparado, a diferencia de nuestro país, este proceso ha tenido gran fuerza. Las nuevas Constituciones no sólo consagran los derechos fundamentales, sino que los desarrollan, y en lo que respecta al Derecho de Familia, contienen Capítulos destinados a él, con mención especial de la Responsabilidad Parental.¹⁹²

Nuestra Carta Fundamental, también otorga protección a la familia y contiene un catálogo de derechos fundamentales inherente a la persona humana, sin embargo, no existe en ella una normativa de Derecho Familiar como la consagrada en el Derecho Extranjero, especialmente, Latinoamericano. Pero es necesario señalar, que sí se contemplan principios y normas generales – aunque no con la abundancia y magnitud de las legislaciones extranjeras – que son aplicables al Derecho de Familia. Así por ejemplo, el art. 19 N° 2 de la Constitución, asegura a todas las personas la igualdad ante la Ley, señalando además que hombres y mujeres son iguales ante ella, lo que se traduce en una igualdad entre cónyuges, progenitores, y entre todos los hijos sin distinción alguna. En lo que respecta a la Responsabilidad Parental, nuestra Carta Política

¹⁹¹ GALGANO, Francesco, citado por SCHMIDT, Claudia. La Constitucionalización del Derecho de Familia En: Revista Jurídica del Perú, Año LIV N° 59, Editora Normas Legales S.A.C., 2.004. Trujillo, Perú, págs. 63 - 70.

¹⁹² Ver citas N° 16 y 17 en el Capítulo I de la presente Memoria.

es muy deficiente y sólo consagra el derecho preferente y el deber de los padres de educar a los hijos, en el art. 19 N° 10.

Sin embargo, este vacío de normas de rango superior a la Ley, es integrado a través de los Tratados Internacionales, ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, ya que por aplicación del art. 5 inciso 2 de la Constitución Política, tienen rango constitucional¹⁹³ y sus normas no programáticas han de tener aplicación directa.¹⁹⁴ A este respecto, se ha señalado que la reforma de 1.989 al art. 5 de la Constitución, ha pretendido la vigencia e incorporación directa, y por lo tanto, la obligatoriedad de los tratados para los jueces.¹⁹⁵ A través de la firma y ratificación de los Tratados Internacionales referentes a los Derechos Humanos, se produce la humanización y mundialización del Derecho Privado, y del Derecho de Familia.

En un Estado de Derecho, las normas jurídicas están organizadas jerárquicamente, lo que implica la subordinación de unas normas a otras según su rango, que determina algunas consecuencias prácticas y técnicas, como por ejemplo, la interpretación y mantención en el tiempo y en el espacio de normas inferiores. El rol de la norma cúspide lo cumple la Constitución Política, y a ella

¹⁹³ En relación a la jerarquía de los Tratados Internacionales que se refieren a los Derechos Humanos, la doctrina ha señalado: "La incorporación de la oración final del inciso 2 del artículo 5 de la Constitución, les da a las normas de los tratados en materia de derechos humanos, jerarquía de Constitución material..." DERECHO Constitucional por Mario Verdugo, Emilio Pfeffer, Humberto Nogueira. Tomo I, 2ª ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2.002.

¹⁹⁴ Dentro de los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, relacionados con nuestra materia, podemos mencionar: Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, publicado en el Diario Oficial N° 33.779, de 27 de Septiembre de 1.990; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, publicado en el Diario Oficial N° 33.542, de 9 de Diciembre de 1.989; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicado en el Diario Oficial N° 33.360, de 29 de Abril de 1.989; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, publicado en el Diario Oficial N° 33.382 de 27 de Mayo de 1.989; y Convención Americana sobre Derechos Humanos, publicada en el Diario Oficial N° 33.860, de 5 de Enero de 1.991.

¹⁹⁵ DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón. Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil Chileno, En: Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. Tomo XCIII, N° 3: Septiembre - Diciembre, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1.996, pág. 118.

han de subordinarse las normas infraconstitucionales, es el denominado principio de juridicidad. Situar en la Constitución un derecho o facultad, implica darle una salvaguardia en contra de toda norma inferior y de toda acción de los órganos del Estado.¹⁹⁶

Es por esta superioridad normativa y por el proceso de privatización del Derecho Constitucional, que se produce el fenómeno de la Constitucionalización del Derecho Civil y de sus ramas, en especial, del Derecho de Familia. En este proceso, las legislaciones reaccionan y aparecen nuevos Códigos Civiles, y en lo que respecta al ámbito familiar, surgen los Códigos de la Familia, del Menor, y los Códigos de la Niñez y Adolescencia, que adaptándose a la Carta Fundamental, consagran los nuevos principios y desarrollan aún más la normativa constitucional.¹⁹⁷ Surgen también leyes satelitales,¹⁹⁸ que junto al proceso recodificador, recuperan la protección de la familia a nivel legal.

Nuestro país no ha sido parte de este proceso recodificador, pero sí ha dictado algunas leyes satelitales en materia de Derecho de Familia, como la nueva Ley de Matrimonio Civil, la Ley N° 19.585 sobre el Nuevo Estatuto Filiativo y la que crea los Tribunales de Familia, y actualmente se encuentra en tramitación un proyecto de Ley de Protección de Derechos de la Infancia y Adolescencia. La normativa mencionada, ha consagrado a nivel legal, nuevos principios del Derecho de Familia, pero sin la claridad técnica necesaria para lograr una legislación armónica y sistemática, ya que se advierten diversas

¹⁹⁶ DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón, ob. cit., pág. 110.

¹⁹⁷ A modo meramente ejemplar, podemos señalar que Bolivia y Panamá cuentan con un Código de la Familia; Perú tiene un Código del Niño y Adolescente; Bolivia también incorporó dentro de su Legislación el Código del Niño, Niña y Adolescente; Ecuador por su parte, tiene el Código de la Niñez y Adolescencia; y Colombia cuenta con un Código del Menor.

¹⁹⁸ Así por ejemplo, Venezuela contempla en su Legislación la Ley Orgánica para la Protección del Niño y Adolescente, y Brasil tiene el Estatuto del Niño y del Adolescente.

normas en el Código Civil que son inconstitucionales, y diversas antinomias dentro del Código y entre éste y las Leyes satelitales.

Como el Constitucionalismo Contemporáneo no ha sido objeto de desarrollo legislativo en nuestro país de manera efectiva, es necesario seguir las recomendaciones del IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia,¹⁹⁹ que para concretarlo señala una triple vía. En primer lugar, se recomienda la aplicación directa de la normativa constitucional, que en nuestro país tiene apoyo normativo en el art. 6 inciso 2 de la Constitución, que prescribe: “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.”²⁰⁰ La segunda vía recomendada, es la derogación de normas contrarias a la Constitución, su sustento legal en nuestro Derecho, a juicio de Ramón Domínguez, se encuentra en los arts. 52 y 53 del Código Civil.²⁰¹ Finalmente, la tercera vía, es utilizar la Carta Fundamental como fuente integradora del ordenamiento jurídico, es decir, interpretar la normativa legal sistemáticamente; su sustento legal está en los arts. 22 y 24 del Código de Bello.

La concreción del Constitucionalismo Contemporáneo a través de la triple vía se hace compleja en nuestro país, por cuanto requiere de un intenso trabajo

¹⁹⁹ Revista de Derecho Puertorriqueña, IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, Atlapa, Panamá. Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico, Facultad de Derecho, Volumen 35, N° 3, 1.996, págs. 603 - 604.

²⁰⁰ Ramón Domínguez, se basa en los arts. 6 y 7 de nuestra Constitución, en especial en el primer art. citado, para señalar: “La superioridad de la Constitución como norma, determina la sumisión del resto del ordenamiento a sus prescripciones, así como también el del actuar de los órganos del Estado y aun de los particulares.” DOMÍNGUEZ, Ramón, ob. cit., pág. 111.

²⁰¹ Frente a la tesis que el Código Civil sólo contempla la derogación tácita para normas de igual jerarquía, el autor citado señala que se incurre en un error, porque: “La derogación tácita no se produce porque haya una colisión entre dos normas del mismo nivel obligatorio, sino porque existe una voluntad legislativa que es inconciliable con otra precedente [...] Si ello se produce entre normas de igual jerarquía, con mayor razón ha de existir la misma presunción si el conflicto se da entre una norma de menor jerarquía precedente y la posterior de superior jerarquía.” DOMÍNGUEZ, Ramón, ob. cit., págs. 114 - 115. Además, están involucrados los principios de legalidad y de jerarquía normativa.

intelectual en la interpretación del ordenamiento jurídico, que a causa de su descodificación y de la cantidad de antinomias existentes en él, es difícil comprenderlo; además se requiere el compromiso de todos los operadores del Derecho, en especial de los jueces, para llevar a cabo la labor interpretativa. Es por lo anterior, que se propone una recodificación, y en ella una modificación sustancial en materia de Responsabilidad Parental, ya que su regulación actual desmembrada en Autoridad Paterna y Patria Potestad, según se verá en este Capítulo, no concreta los principios consagrados en la Constitución Política y en los Tratados Internacionales.

2. Coparentalidad: el Derecho del Niño a ser Responsabilidad de sus dos Progenitores.

Los progenitores no deben olvidar, que sin importar lo que pueda ocurrir entre ellos, existiendo un hijo son padres para siempre.

Se puede señalar que la coparentalidad se refiere a la participación igualitaria que compete a ambos progenitores, ya sea que vivan juntos a separados, en la vida cotidiana de sus hijos, es decir, han de compartirse los deberes y derechos - funciones que son relativos a la crianza, educación y protección integral del hijo, de tal manera que el niño sienta la presencia de sus padres en su desarrollo y en el logro de su autonomía.²⁰²

Concebida de esta manera, la coparentalidad se identifica o se hace sinónima del ejercicio conjunto de la Responsabilidad Parental, pero cuando este ejercicio conjunto se da también en los progenitores no convivientes, y no

²⁰² En doctrina se ha definido la guarda compartida como si fuera coparentalidad, y al respecto se ha dicho: “La guarda o tenencia compartida de la cual se habla en estos tiempos se refiere al mecanismo conforme al cual la pareja de padres aún viviendo separadamente, participa en la cotidianidad del hijo compartiéndose todas las tareas y requerimientos relativos a la conducción de su educación y a la toma de decisiones, de manera que el niño sienta la presencia de ambos en su desarrollo y crianza.” MORALES, Georgina, ob. cit., pág. 26.

sólo cuando están casados o conviven, como lo contemplan varias legislaciones.²⁰³

Este principio se consagra expresamente como un deber de los progenitores en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer, en su art. 16 N° 1 letra d, y por supuesto, como un derecho de los hijos en la Convención sobre los Derechos del Niño. En relación a esta última Convención podemos mencionar las siguientes disposiciones:

El art. 3.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y cuidado que sean necesarios para su bienestar, seguidamente, establece que se deben tener en cuenta los derechos y deberes de sus padres. Por su parte, el art. 18 de la misma Convención, establece que ambos padres tienen obligaciones comunes en la crianza y el desarrollo del niño; la responsabilidad primordial en estos deberes recae en los padres, cuya preocupación fundamental es el interés superior del niño. Cabe citar además el art. 9, que en su párrafo primero señala que el niño no debe ser separado de sus padres, a excepción de que la separación sea necesaria por su superior interés; a continuación, el número 3 del mismo art., se pone en la situación que el niño esté separado de uno o de ambos padres, y en tal caso, se consagra su derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos de modo regular.

Como se puede apreciar, estos arts. son de gran importancia, porque no sólo consagran la coparentalidad en la crianza del hijo, sino también porque no

²⁰³ Así por ejemplo, la legislación argentina y española, entre otras, sólo contemplan el ejercicio conjunto de la Responsabilidad Parental cuando los padres conviven. Ver apartado 2.1.1 del Capítulo II de esta Memoria, págs. 47 - 57.

se hace una distinción en relación a si los progenitores conviven o no, y por lo tanto, aplicando el viejo aforismo que señala: “donde el legislador no distingue, no es lícito al intérprete distinguir”, se hace imperativo concluir a la luz de la Convención, que este derecho a la coparentalidad le pertenece a todos los hijos por igual, sean hijos de padres convivientes o no; decir lo contrario significaría una discriminación en razón del estado civil²⁰⁴ o de la situación de hecho que afecta a los progenitores, discriminación que está proscrita según lo establece el art. 2 de la Convención.²⁰⁵ Se debe considerar además, que el art. 9 citado avala lo ya señalado, en el sentido que no importa que los progenitores no convivan, el niño tiene derecho a comunicarse y relacionarse con aquél que no tiene su cuidado, ya que sólo de esta manera, aquel progenitor podrá cumplir con sus deberes y responsabilidades, concretando el derecho del niño mencionado en los arts. 3 y 18 de la Convención.

Cuando los progenitores conviven, no hay mayores inconvenientes en que se concrete la coparentalidad, ya que jurídicamente, sólo bastará que a nivel legal se consagre el ejercicio conjunto de la Responsabilidad Parental. Los problemas surgen cuando los padres no viven juntos, y en tal caso se plantea la dificultad de cómo concretar en la práctica la coparentalidad, y cómo facilitar el ejercicio conjunto de la Responsabilidad Parental.

²⁰⁴ POLAKIEWICZ, Marta, ob.cit., pág. 167.

²⁰⁵ Art. 2.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar que el niño sea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, de sus tutores o de sus familiares.”

También lo establece así el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su art. 24 dispone: “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.”

Algunos autores,²⁰⁶ al intentar dar una solución, han llegado a identificar la coparentalidad con la custodia compartida o alternada, confundiendo así un derecho del niño, con uno de los posibles medios a través de los cuales es factible concretarlo. La custodia o guarda alternada, supone una división de tiempo en que el hijo pasará con cada uno de sus progenitores, así por ejemplo, el niño permanecerá algunas semanas o meses con la madre y otro periodo igual con su padre, como un sistema de turno.

En relación a esta modalidad, se ha suscitado debate sobre sus beneficios y perjuicios. A favor se ha señalado que: se preserva mejor la continuidad de la vida familiar del niño; la presencia de las dos figuras, paterna y materna en la educación, facilita una distribución de las tareas de crianza, y la participación en la toma de decisiones; los niños desarrollan una mentalidad y actitud distinta ante la ruptura de sus padres, al no culpabilizarse por ella; la relación de los ex cónyuges resulta menos conflictiva, ya que han debido establecer un acuerdo previo, dejando de utilizar a los hijos como arma de presión en el reparto de bienes; el padre se siente más implicado e integrado en la educación y desarrollo de sus hijos, al permitirle mantener sus lazos de afectividad y relación constante.²⁰⁷

Por otro lado, como argumentos en contra de este sistema se han señalado: el continuo cambio de domicilio, el hecho que el menor esté haciendo maletas constantemente, y vaya de un sitio para otro, perjudica su estabilidad emocional;²⁰⁸ el corte de la continuidad afectiva, espacial y social puede llegar a

²⁰⁶ Así por ejemplo, STEFFEN CÁCERES, Guisella *En*: Modelo Coparental: Fórmula Mágica. [en línea] <http://orientacionfamiliar.cl.tripod.com/MODELO_COPARENTAL.htm> [consulta: 08 Agosto 2.006].

²⁰⁷ La lista de beneficios que conlleva un sistema de custodia compartida o alternada han sido transcritos de ÁLVAREZ, Yolanda. Custodia compartida. Una fórmula que ya se ha implantado en otros países. [en línea] <http://www.ahige.org/texto_arti.php?wcodigo=50163> [consulta: 08 Agosto 2.006].

²⁰⁸ *Ibid.*

ser nefasta para el infante que, convertido en un “hijo - juguete”, podría sufrir un resentimiento en su estructura; riesgo de desarrollar en el pequeño un temperamento pasivo, con peligro de que pierda el gusto por su iniciativa y se lesione su creatividad; además los expertos han señalado que no se elimina la aflicción del niño, aumenta su inestabilidad y ansiedad, no se ha comprobado una mejor adaptación y se presentan síntomas de alteración.²⁰⁹ Estos argumentos, a diferencia de aquellos que están a favor de este mecanismo – que tienden a concentrarse también en los beneficios de los progenitores – se concentran en el niño, que es la persona que mayor protección requiere y que es el protagonista en el sistema de custodia compartida.

Quienes confunden la coparentalidad con la guarda, custodia o tenencia compartida, señalan que dentro de sus modalidades se encuentra la de libre relación con el progenitor no custodio. En realidad, no es custodia compartida, si no que otro sistema por el cual puede hacerse efectiva la coparentalidad y compartir las funciones de la Responsabilidad Parental. En este mecanismo, uno de los progenitores convive con el hijo, y el otro debe mantener una relación directa y regular con él, y participar de la misma forma en su crianza. Este sistema requiere de un gran compromiso de los progenitores, quienes deberán establecer acuerdos sobre diversos aspectos de su vida, como por ejemplo, decidir a qué colegio asistirá, cómo se administrarán sus bienes, las autorizaciones para viajes, planificación de vacaciones, fechas importantes, etc. En estos aspectos y en general, en la crianza y educación del niño, los padres deberán hacer esfuerzos por conseguir unidad de criterio, de tal manera que no se contradigan y creen una inestabilidad y confusión en el hijo.²¹⁰ Según los

²⁰⁹ Los últimos tres argumentos en contra de la custodia alternada han sido recogidos de MIZRAHI, Mauricio, ob. cit., pág. 422 - 423.

²¹⁰ Al respecto se ha señalado que la unidad de criterio en la crianza y educación de los hijos, no debe confundirse con unipersonalidad, de tal forma, que otorgar la guarda física del hijo a uno de los progenitores no significa concentrar en él la unidad de criterio. En este sentido se ha

detractores de la custodia compartida, este sería la mejor forma de concretar la coparentalidad, opinión que comparto.

A la luz de las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y del mejor bienestar de los hijos, la coparentalidad debe ejercerse por padres convivientes y no convivientes, y debe darse en todos los ámbitos en que el niño esté involucrado, personales y patrimoniales, de tal manera que todas las decisiones sean tomadas de común acuerdo por los progenitores, pensando en el interés superior del hijo.

Lamentablemente, nuestra legislación no se corresponde con estos Tratados Internacionales, ya que por encontrarse separada la Autoridad Paterna de la Patria Potestad, la coparentalidad sólo se contempla, y de forma no muy clara, en el ámbito personal de la Responsabilidad Parental²¹¹ pero no en la Patria Potestad, en donde, si no existe acuerdo, la detentará el padre si los progenitores conviven, y si no viven juntos, aquél que tenga el cuidado personal, que por atribución legal le corresponde a la madre.

Según lo analizado, y en relación a lo que se verá en el próximo apartado, el derecho del niño a la coparentalidad, emerge como un imperativo desde las Convenciones Internacionales que Chile ha suscrito, para modificar nuestra legislación y unificar la Responsabilidad Parental.

expresado: “Unidad significa concurrencia de voluntades en una misma dirección, no concentración del poder de decisión en forma unipersonal o única. Si no, deberíamos admitir que el presupuesto es que la unidad de criterio en la educación, es imposible tras el divorcio...”
VELÁZQUEZ, Alejandra. Tenencia Compartida y el Superior Interés del Niño. En: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia. (13º: 18 - 22 de Octubre de 2.004: Sevilla y Huelva: España).

²¹¹ Remítase al apartado 2.3 “Desde la discusión Parlamentaria a la Legislación actual”, del Capítulo II de esta Memoria, específicamente, págs. 71 - 73.

3. Convenciones Internacionales y Normativa Legal Inconstitucional.

Nuestro país, al incorporar un Tratado Internacional al ordenamiento jurídico, no sólo debe estar en armonía con ellos por las razones anteriormente vistas, sino también, porque al ser ratificado un Tratado, el Estado adquiere el deber de cumplirlo ante la comunidad internacional. Sin embargo, nuestra legislación no los concreta, lo que ha provocado antinomias entre la normativa legal y la Carta Fundamental, dicho de otro modo, inconstitucionalidades.

3.1. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Como ya se ha señalado, y a riesgo de ser reiterativo, es necesario recordar que la razón de Bello, a mi juicio, para separar lo personal de lo patrimonial, dejando desmembrada la Responsabilidad Parental, se debió a que el redactor del Código Civil, quiso otorgarle derechos a la madre en el cuidado de la persona de los hijos; pero no podía entregarle derechos patrimoniales con respecto a ellos, porque habría significado una incoherencia con las normas de la sociedad conyugal, ya que en ella, la mujer era considerada incapaz relativa; por lo tanto, si no podía administrar los bienes de la sociedad conyugal y los propios, no habría podido administrar los bienes del hijo.

Un argumento muy parecido fue esgrimido por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado – en la discusión del proyecto de Ley que modificó el estatuto filiativo – para no consagrar el ejercicio conjunto de la Patria Potestad. Se señaló que este sistema de administración de bienes del hijo, no era congruente con el régimen de sociedad conyugal, en el cual se contempla la administración por parte de uno solo de los cónyuges. Por regla general administrará el marido, discriminando

de esta forma a la mujer, que en los hechos continúa siendo incapaz, a quien en casos muy extraordinarios le corresponderá esta función.

Para comenzar el análisis de las normas de la Convención y de nuestra legislación, podemos señalar primeramente que aquella, en su art. 15 N° 1 dispone: “Los Estados Partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la Ley.” A este respecto, nuestra Constitución Política respeta esta disposición al señalar en la última frase del inciso primero del art. 19 N° 2: “Hombres y mujeres son iguales ante la Ley”. Se cumple además con lo señalado con la primera parte del art. 2 letra a de la Convención, que prescribe que los Estados Partes se comprometen: a) “Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus Constituciones Nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por Ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio.” Lamentablemente, si bien este principio se consagra en la Constitución, no se plasma de manera absoluta en el resto de nuestra legislación, contraviniéndose así, la propia Constitución y la Convención, y en esta última no sólo las disposiciones señaladas, sino también las que se verán a continuación.

El art. 15 N° 2 de la Convención prescribe: “Los Estados Partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes...” En tanto, el art. 16 N° 1 asegura en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: c) “Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución.” En nuestra legislación, es el marido quien administra los bienes de la sociedad conyugal y los propios de la mujer, según lo dispone el art. 1.749 del Código Civil, en tanto su art. 1.752 establece que la mujer por sí sola no tiene derecho

alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad, además el art. 1.750, establece que con respecto a terceros el marido es dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio. Como se puede apreciar, es manifiesta la inconstitucionalidad de estas normas, por contravenir el art. 19 N° 2 de la Carta Fundamental y la Convención, que son claras al establecer la igualdad entre cónyuges, igualdad que no puede estar subordinada a supuestas consideraciones de tipo prácticas. En tal sentido, se ha señalado que la administración debe estar en manos de una sola persona, para dar agilidad a los negocios y seguridad a los terceros; extrañamente siempre se ha estimado que ese cargo debe ser ejercido por el hombre, sin considerar a la mujer como administradora unitaria o coadministradora. Tampoco se ha tomado en consideración que las sociedades comerciales, que son más complejas que la conyugal, son administradas por más de una persona, y ello no ha sido obstáculo para su buen funcionamiento, al contrario, favorece su buen manejo y transparencia. De esta forma, nuestra legislación se aleja de las nuevas formas comunitarias, establecidas en manos separadas o unidas, importando la violación de la plena capacidad de ejercicio de la mujer.²¹²

Por otra parte, debemos considerar que el contrato de matrimonio, cuando rige en forma supletoria la sociedad conyugal, es inconstitucional o adolece de nulidad, ya que la Convención en su art. 15 N° 3 establece que todo contrato o cualquier instrumento privado que tienda a limitar la capacidad jurídica de la mujer, se considerará nulo.²¹³

²¹² SCHMIDT HOTT, Claudia, ob. cit., págs. 63 - 70.

²¹³ En relación al régimen de sociedad conyugal, el Informe Sombra Cedaw señala: "En relación a otros núcleos discriminatorios en las relaciones entre marido y mujer que se refieren a la administración del patrimonio conjunto, cabe señalar que el Código Civil establece el régimen de sociedad conyugal cuyo jefe es el marido y que administra los bienes conyugales propios y los de la mujer. Se trata de un régimen supletorio de la voluntad de las partes y que como tal constituye la regla general en ausencia de otro acuerdo. Esta institución se ha mantenido como general a pesar de que el año 1.994 la Ley N° 19.335 introduce el régimen de participación en

Pasando a nuestro tema específico de la Responsabilidad Parental, el art. 16 N° 1 de la Convención, señala: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial.” En nuestro ordenamiento, cuando los progenitores conviven, la Patria Potestad según el art. 244 del Código Civil, la detenta el padre por atribución legal, en caso que no exista acuerdo para que la ostente la madre o sea ejercida en forma conjunta. Estos acuerdos son poco frecuentes debido a una falta de conocimiento que se tiene de la Ley y a los requisitos que se establecen.²¹⁴ Hay que agregar además, que existiendo una atribución legal a favor del padre, el acuerdo se convierte en consentimiento de éste, pues si él quiere ejercer por sí solo la institución, nunca prestará su consentimiento para un acuerdo, ya que la Ley

los gananciales. En la práctica y durante 12 años han coexistido, por una parte un régimen de igualdad de derechos en relación a las obligaciones entre los cónyuges, con un régimen patrimonial que inferioriza a las mujeres y su capacidad para administrar bienes.”

El mismo informe señala como punto de preocupación: “La mantención de disposiciones legales que limitan el ejercicio del derecho a administrar, en igualdad de condiciones que el hombre, los bienes propios o comunes en el matrimonio. En particular, la existencia de normas en el Código Civil que consagran el régimen de sociedad conyugal como el supletorio de la voluntad de las partes.” Y finalmente recomienda: “La derogación de la sociedad conyugal como régimen patrimonial en el matrimonio, o al menos su carácter supletorio.” Este Informe ha sido elaborado por: Centro de Estudios de la Mujer (CEM); Centro de Estudios para el Desarrollo de la Mujer, CEDEM; Comité de América Latina y del Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM); Corporación de Desarrollo de la Mujer, La Morada; Corporación DOMOS; Corporación Humanas; Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO); Foro - Red de Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos-Chile; Instituto de la Mujer y Movimiento Pro emancipación de la Mujer Chilena (MEMCH). Informe Sombra Cedaw. Chile 2.003 - 2.006.

http://www.humanas.cl/documentos/informe%20CEDAW_base%202_definitivo.pdf#search=%22informe%20cedaw%22 > [consulta: 04 Octubre 2.006].

²¹⁴ Para que la Patria Potestad la ejerza la madre conjuntamente con el padre o en forma exclusiva, se requiere que el acuerdo conste en escritura pública o en acta extendida ante un oficial del Registro Civil, y debe subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo, dentro del plazo de 30 días desde su otorgamiento. Así lo dispone el art. 244 inciso 1.

está de su lado.²¹⁵ Cuando los progenitores no conviven, la Patria Potestad la detenta quien tiene el cuidado personal del hijo, que por el art. 225 le corresponde a la madre por atribución legal, cambiándose la titularidad pero sin establecerse una coparentalidad.

Es por lo tanto, el art. 244²¹⁶ del Código, inconstitucional, al no respetar el derecho del niño a la coparentalidad consagrado en esta Convención y la Convención sobre los Derechos del Niño; es inconstitucional también porque no respeta la igualdad de los cónyuges consagrada en la Constitución Política, en la Convención en estudio, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana de Derechos Humanos.²¹⁷

²¹⁵ En lo que se refiere a las normas de Patria Potestad, el cuarto informe periódico del Estado de Chile, señala en el punto N° 83 haciendo alusión a la Ley N° 19.585: “Esta ley establece que a ambos padres corresponde el cuidado personal de los hijos, a menos que exista separación, caso en el cual le corresponde primeramente a la madre, aunque por causas calificadas, el juez puede otorgársela al padre. Esta misma ley consagra, en relación con la Patria Potestad, una norma que aún es discriminatoria para la mujer, dado que mientras los padres viven juntos, corresponde ejercerla al padre, y en caso de separación, a quien tenga a su cuidado a los hijos, que será generalmente la madre. No obstante, esta última norma ha sido de difícil aplicación práctica, por la dificultad probatoria que reviste para la mujer la separación de hecho, por lo que en muchas ocasiones, se sigue exigiendo la comparecencia del padre, por ejemplo, para ejecutar actos patrimoniales que afecten al hijo menor de edad.” Cuarto Informe Periódico del Estado de Chile sobre las medidas adoptadas para hacer efectivas las disposiciones de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. República de Chile, Abril 2.004. <http://www.sernam.cl/admin/docdescargas/seccion/categorias/subcategorias/subcat_138.pdf#search=%22informe%20cedaw%22> [consulta: 04 Octubre 2.006].

²¹⁶ Actualmente, existe en la Cámara de Diputados un proyecto de Ley que modifica las normas sobre Patria Potestad, su objetivo es establecer el ejercicio conjunto de la institución, sin modificar sustancialmente su contenido, ya que continúa entregando más derechos a los padres que deberes. Lo único destacable de este proyecto, es que consagra la coparentalidad en la Patria Potestad y establece el derecho del niño a ser oído en lo que respecta a sus bienes. Este proyecto de Ley tuvo su origen en una moción de las diputadas señoras María Antonieta Saa Díaz, Laura Soto González, Rosa González Román, Carolina Tohá Morales, y de los diputados señores Juan Bustos Ramírez, Germán Becker Alvear, Guillermo Ceroni Fuentes y Jorge Burgos Varela. En estos momentos, el proyecto se encuentra en el segundo trámite Constitucional. Boletín N° 3.592 - 18.

²¹⁷ Del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se contraviene su art. 3; y de la Convención Americana de Derechos Humanos el art. 17.

Por último, el art. 5 de la Convención, señala que los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) “Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.” A este respecto, y según lo que ya hemos visto, la Patria Potestad se atribuye al padre, en tanto la tuición de los hijos para el caso en que los padres no convivan, se atribuye legalmente a la madre por mandato del art. 225 del Código Civil, siendo ésta una discriminación en contra del padre, que contraviene la Constitución y también la Convención. Estas atribuciones que realiza la Ley, sumadas a las normas de administración de la sociedad conyugal, fomentan el estereotipo y los prejuicios sociales, de que es la mujer quien debe cuidar a los hijos, y que es el padre quien debe cumplir con el rol de proveedor del hogar y que es mejor administrador de los bienes. Si bien, para modificar los estereotipos sociales no basta con una modificación legal, sino que se requiere además medidas que tiendan a la educación y cambio cultural, la derogación o modificación de las normas ya analizadas, sería un buen comienzo para ello, ya que al menos dejaría de otorgar el sustento legal para esos prejuicios.

Como ha quedado de manifiesto, la Convención ordena que ambos progenitores ejerzan conjuntamente las mismas responsabilidades en relación a sus hijos, lo que no ocurre en nuestro país. Además prescribe la absoluta igualdad entre mujer y hombre en lo que respecta al régimen de bienes del matrimonio. Fácil es apreciar que el argumento que tuvo en cuenta Andrés Bello para el desmembramiento de la institución, y que posteriormente con leves diferencias se consideró para mantener la Autoridad Paterna y la Patria Potestad separadas, ya no son válidas. Debe consagrarse a nivel legal, la plena

igualdad y capacidad de la mujer frente al marido en el régimen de sociedad conyugal, a través, por ejemplo, de una administración conjunta, y de tal manera existirá una correspondencia entre esa administración y la administración de los bienes del hijo, sin haber impedimento para la unificación de la Autoridad Paterna con la Patria Potestad.

3.2. La Convención sobre los Derechos del Niño.

Esta Convención reitera los derechos que el niño ya tenía en cuanto a persona, y reconoce otros específicos que le son esenciales, debido a su especial condición de vulnerabilidad, que hace necesaria una mayor protección en el desarrollo de su vida, en el ejercicio de sus derechos, y en el logro de su autonomía plena.

Al dar una mirada superficial a la normativa de la Convención, se podría pensar que ella se preocupa sólo, o en mayor medida, del aspecto personal del niño, cuestión que debe ser descartada totalmente, ya que los términos amplios en que se consagran los derechos, abarcan también la esfera patrimonial. Como ejemplo más expreso, podemos mencionar el art. 32, que protege al niño contra la explotación económica, y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. Por su parte, en el segundo párrafo del mencionado artículo, se establecen aspectos relacionados con el trabajo infantil que los Estados Partes deben regular, como la edad mínima para trabajar, la reglamentación, y las penalidades y sanciones para asegurar la aplicación del art. 32. La Convención no prohíbe el trabajo a los niños mientras no les cause perjuicio, y asegura al niño el desarrollo económico, si así lo requiere y necesita, estableciendo limitaciones en función de su protección.

El principio general de la Convención es la protección integral del niño, y en base a él se precisan los demás derechos, teniendo siempre en consideración otro principio de igual relevancia, que es el interés superior del niño. La expresión integral, quiere decir global o total, es decir, en todos los ámbitos; por lo tanto, la protección integral que se le debe brindar al niño, dice relación con su persona – y así por ejemplo se contempla su derecho a no ser separado de sus padres, o en caso contrario a mantener relaciones personales con ellos; a la salud y previsión social; a que se le confiera el estatus de refugiado; a no ser explotado; a participar, por ejemplo, a través de la emisión de su opinión, etc. – y también con su esfera patrimonial, además, se debe considerar que el patrimonio es un atributo de la personalidad.

Dentro de los arts. que plasman en la Convención, en términos más expresos que el resto del articulado, a la ya aludida protección integral, se pueden citar varios. Primeramente, nos encontramos con el art. 3.2, que señala que los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, previniendo esta disposición, que se deben tener en cuenta los derechos y deberes de los padres. Los términos amplios de este art. hacen incluir en la protección todo lo relacionado con el niño. Avanzando en las normas, llegamos a la quinta disposición, que señala que los Estados Partes respetarán las responsabilidades, derechos y deberes de los padres, o de otras personas según se establece, de dirigir y orientar al niño en el ejercicio de sus derechos reconocidos en la Convención. Finalmente, el art. 18.1 agrega que los estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño. Cabe mencionar que el niño se desarrolla no sólo físicamente, sino también mental, espiritual y socialmente.

Como se puede apreciar, en estas normas y en toda la Convención, los primeros en ser llamados a dar protección a los niños, son los padres, estableciéndose una coparentalidad en todos los aspectos, para que la protección sea realmente integral, lo que no ocurre en nuestro país. Nuestra legislación entra en contradicción manifiesta con la Convención, por cuanto ésta, regula la Responsabilidad Parental unificada.

Por otra parte, los Tratados Internacionales surgen luego de negociaciones entre los Estados, que velan porque aquéllos no se alejen demasiado de sus legislaciones, por lo tanto, podemos considerar que si la totalidad de los países – excluido el nuestro²¹⁸ – otorgan un tratamiento unificado a la Responsabilidad Parental de los progenitores, la Convención no podía haberla considerado de otra manera.

²¹⁸ Nuestro país, en el tratamiento desmembrado que otorgó a la Responsabilidad Parental, fue seguido por dos países, Colombia y Ecuador. Sin embargo, estas legislaciones se han ido reformando, al punto que Ecuador ya no establece la Patria Potestad con un contenido patrimonialista, sino que la extendió a la esfera personal. Si bien el Código Civil continúa regulando la Autoridad Paterna y la Patria Potestad en Títulos separados, y ésta última con carácter patrimonial, el Código de la Niñez y Adolescencia señala en su art. 105: “La Patria Potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la Ley.” Además, en las disposiciones generales del mismo Código, se establece la corresponsabilidad parental en todo lo relacionado con el hijo. Sin duda, la Legislación ecuatoriana requiere de una remodificación y sistematización de su normativa, pero se le debe reconocer que al menos ha avanzado en lo referente a la Responsabilidad Parental conjunta y en los derechos de los niños.

Por su parte, la Legislación colombiana continúa con el tratamiento separado de lo personal con lo patrimonial, pero ha tenido un avance al consagrar el ejercicio conjunto de la Patria Potestad, estableciendo el art. 288, incisos 1 y 2 del Código Civil: “La Patria Potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone.

Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la Patria Potestad sobre sus hijos legítimos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro.” La redacción original de dicho art. al igual que nuestro Código Civil originario, establecía que los derechos de la Patria Potestad no pertenecían a la madre. Ambas legislaciones requieren una reforma, al igual que nuestro país, en materia de Responsabilidad Parental.

Para terminar con esta sección, se debe señalar que la Convención consagra diversos principios que se han de aplicar a todo lo relacionado con los niños, cuestión que no ocurre en Chile, ya que – como se verá más adelante – al estar lo patrimonial separado de lo personal están regulados por principios distintos, cayendo una vez más nuestra legislación en contradicción con la Convención y en incongruencias dentro de su mismo articulado. Las disposiciones de este cuerpo normativo, no sólo son argumentos para la unificación de la Autoridad Paterna con la Patria Potestad, sino que también para reformar nuestras Leyes en todo aquello que la contravenga, y de tal manera, establecer en forma clara en la letra de la Ley la protección integral del niño, niña y adolescente.

4. Concreción de los Principios de la Responsabilidad Parental en la Normativa Legal. Incongruencias por la falta de Unificación.

De la Convención sobre los Derechos del Niño, emanan diversos principios que la normativa legal debe concretar en su articulado. Dentro de estos principios encontramos la igualdad entre los progenitores y entre los cónyuges, que como ya se ha visto, no se concreta plenamente en nuestra legislación; también se encuentran consagrados la igualdad entre los hijos, el derecho del niño a ser oído y el interés superior del niño como principio supremo.

Estos principios deben ser transversales a todo el ordenamiento jurídico, situación que no acontece plenamente en Chile, y que se ve agravado por el desmembramiento de la Responsabilidad Parental, por cuanto hay principios que se contemplan para la Autoridad Paterna y no para la Patria Potestad, y en esta última, si se contemplan, no tienen concreción real en sus normas. Por otro lado, con la entrada en vigencia de la Ley de Tribunales de Familia y la

nueva Ley de Matrimonio Civil, la deficiencia del Código Civil en esta materia, es más notoria; deficiencia que por la vía de interpretación sistémica del ordenamiento jurídico, es posible salvar a través de estas leyes satelitales.

4.1. Incongruencias en el Código Civil, entre la Autoridad Paterna y la Patria Potestad.

Las incongruencias que se analizarán en esta parte, son las provocadas por la no consagración de los mismos principios en ambas instituciones, y las derivadas de una errónea aplicación y concreción de aquellos en las normas legales.

4.1.1. Igualdad entre los Hijos.

Este principio fue el que motivó la reforma al estatuto filiativo a través de la Ley Nº 19.585,²¹⁹ que terminó con la clasificación entre hijos legítimos, naturales e ilegítimos, y con su correspondiente discriminación ante la Ley. Sin embargo, subsisten las discriminaciones, contraviniéndose la Constitución Política y la Convención sobre los Derechos del Niño. Las discriminaciones que veremos, se deben principalmente al desmembramiento de la Responsabilidad Parental.

Como ya vimos, en el Capítulo II de esta Memoria, el cuidado personal consagrado en el art. 225 del Código Civil, sólo puede referirse a la unidad de domicilio o de residencia, y por lo tanto, el cuidado personal de la crianza y el

²¹⁹ A este respecto, se señala en el mensaje presidencial enviado a la Cámara de Diputados: “Las principales características de este proyecto de Ley, son las que a continuación expongo: 1. La propuesta – sobre la cual se articulan prácticamente todas las reformas que contiene el proyecto – es la idea de igualdad. En consecuencia, lo que se ha hecho es eliminar la diferenciación entre los hijos que han nacido dentro o fuera del matrimonio estableciendo un estatuto igualitario para todos ellos, cualquiera sea el origen de su filiación.”

cuidado personal de la educación corresponden a ambos progenitores, convivan o no, ya que el art. 224 no distingue; de esta forma, se establece una coparentalidad en el aspecto personal. Por su parte, art. 229 facilita el logro de la coparentalidad al establecer el derecho - función de la relación directa y regular, entre el progenitor que no tiene el cuidado personal y su hijo.²²⁰ En esta parte, se cumple con los Tratados Internacionales ya analizados, ya que no existe discriminación, cumpliéndose con el principio de igualdad, porque todos los hijos, tanto los de padres convivientes como no convivientes, tienen derecho a la coparentalidad.

Los problemas se producen en la Patria Potestad, por cuanto en sus normas, no se asegura a todos los hijos la coparentalidad en el aspecto patrimonial. Al disponer el art. 244, para el caso que los progenitores vivan juntos, que a falta de acuerdo para el ejercicio conjunto de la Patria Potestad, ésta la detentará el padre, se da una situación de discriminación dentro de los hijos de padres convivientes, por cuanto aquellos hijos de padres que acordaron el ejercicio conjunto, tendrán su derecho a la coparentalidad concretado tanto en lo personal como en lo patrimonial; pero aquellos hijos de padres también convivientes, pero que no acordaron el ejercicio conjunto de la institución en cuestión, sólo tendrán derecho a una coparentalidad en el ámbito personal pero no en el patrimonial, contraviniendo así a la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

La discriminación es más notoria en los hijos cuyos padres no conviven, puesto que por mandato del art. 245, la Patria Potestad la ejercerá quien tiene el cuidado personal del hijo – que por regla general será la madre según el art.

²²⁰ Bajo estas circunstancias, podemos decir que nuestra legislación no admite la custodia compartida o alternada. Sólo podría establecerse de hecho.

225 del Código Civil – sin contemplarse por la Ley un posible acuerdo para el ejercicio conjunto de la Patria Potestad,²²¹ es decir, nunca tendrán derecho a la coparentalidad en el ámbito patrimonial. Bajo estas circunstancias, los hijos de padres que no conviven (ya sea porque se separaron de hecho, anularon su matrimonio, se separaron judicialmente, se divorciaron o nunca llegaron a convivir) son discriminados frente a los hijos de padres que sí conviven y que además adoptaron el acuerdo de ejercicio conjunto de la Patria Potestad.

Sin embargo en los hechos, la discriminación es más evidente, debido a que no se interpretan bien los arts. 224 y 225 del Código Civil. A este respecto, se ha señalado por algunos autores,²²² que el cuidado personal no involucra sólo la crianza y educación, sino que también todo cuanto requiere el desarrollo y realización espiritual y material del hijo. En este mismo sentido, la Corte Suprema ha interpretado que tuición, cuidado personal, y crianza y educación son términos sinónimos.²²³ Como se puede apreciar, se hace una interpretación muy extensiva de la expresión cuidado personal, por lo que se entiende que el art. 225, al referirse al cuidado personal, se refiere también a la crianza, educación y a todo lo que tenga que ver con el niño en su desarrollo dentro de la esfera de lo personal. Por lo tanto, a la luz de esta interpretación, no podría existir una coparentalidad cuando los padres no conviven, por lo que tendríamos que concluir que los hijos de padres no convivientes, en los hechos, son discriminados frente a los hijos de padres que sí conviven, pues éstos

²²¹ Sólo se puede acordar que la Patria Potestad la ejerza el otro progenitor. Así lo señala el art. 245 inciso 2.

²²² Así por ejemplo, René Abeliuk y Ramos Pazos. Es necesario señalar que esta interpretación es mayoritaria en la doctrina, de hecho, la interpretación seguida en esta Memoria, sólo la sostiene en nuestro país Claudia Schmidt.

²²³ Esta interpretación de la Corte Suprema es señalada por René Abeliuk En: ABELIUK, René. La Filiación y sus Efectos. Tomo I La Filiación. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2.000. pág. 322.

tienen derecho a la coparentalidad, al menos en lo personal, mientras aquellos no.²²⁴

De estar unificada la Responsabilidad Parental, la igualdad de todos los hijos debe ser plena, a través de la consagración de la coparentalidad en todas las esferas en que el niño tenga interés. En una eventual reforma a nuestra legislación, no sólo debiera unificarse la Responsabilidad Parental para la consagración de la coparentalidad de padres convivientes, sino también para el caso de padres no convivientes.

4.1.2. Derecho del Niño a ser Oído.

Es un derecho que al ser general y una vía de concreción para varios derechos más, como por ejemplo el derecho el niño a participar, a emitir su opinión, entre otros, se puede considerar como principio, y de hecho, así lo establece el art. 16 de la Ley de Tribunales de Familia.

Este derecho está consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su art. 12 N° 1 señala que el niño tiene derecho a expresar su opinión en todos los asuntos que lo afecten, y que sus opiniones deben tenerse en cuenta en función de su edad y madurez, siendo este numeral un mandato general, es decir, está dirigido a todas las instituciones y personas que estén

²²⁴ En el año 2.004, a raíz de la presentación de un recurso de queja en un polémico caso, caratulado "Atala Riffo con López Allende", la Corte Suprema se pronunció acerca de los arts. 224 y 225 del Código, señalando en su considerando séptimo: "... los incisos primeros de los artículos 224 y 225 versan sobre el 'cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos', el que radican de consuno en los padres o únicamente en la madre, si ellos viven separados, estableciendo en ambos casos lo que se denomina un derecho - deber para los progenitores..." La crianza y educación siempre corresponden a ambos padres, ya sea que vivan juntos o separados. La confusión es más evidente en el considerando cuarto número dos, que establece: "... quedando de común acuerdo a cargo de la madre la tuición y el cuidado personal de las menores." Es decir, distingue entre tuición y cuidado personal, en circunstancias que ambas expresiones son sinónimas.

involucrados con los niños, en especial los padres. A continuación, el N° 2 del mismo art. prescribe: “Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante legal o de un órgano apropiado...” esta norma es más particular, y va dirigido a los órganos que ejercen la función tutelar que le corresponde al Estado.

El Código Civil concreta este derecho en los arts. 227 y 242, que consagran el art. 3 de la Convención sólo en su N° 2, es decir, constituyen un mandato para el juez, pero no para otras instituciones o personas, como los padres, por lo tanto, interpretando nuestra Ley en sentido exegeta, los niños sólo tienen derecho a ser escuchados en un proceso judicial.²²⁵ Al estar separada la Autoridad Paterna de la Patria Potestad, esta situación se agrava, ya que como los arts. 227 y 242 están ubicados en el Título IX del Libro primero del Código, no son aplicables a las normas de la Patria Potestad, ubicadas en el Título X, es decir, bajo las normas del Código Civil, los niños no son escuchados ni siquiera por el juez en lo que respecta a su patrimonio, por lo demás, así lo corrobora la historia de la Ley.²²⁶

²²⁵ A este respecto, el proyecto originario de la Ley N° 19.585, prescribía en el art. 212 inciso 2: “Si los hijos tuvieren suficiente juicio y discernimiento deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.” Esta norma complementaba la primera parte del art. 212 que señalaba el contenido de la Patria Potestad y ordenaba ejercerla en beneficio de los hijos, por lo que el inciso 2 de ese artículo era un mandato a los padres. En cuanto al derecho del niño a ser oído por el juez se consagraba en el art. 214, que se refería al ejercicio conjunto de la Patria Potestad, y en su inciso 2 señalaba: “En caso de desacuerdo, cualquiera de los padres podrá acudir al juez competente, quien resolverá, breve y sumariamente, lo más conveniente para el interés del hijo, previa audiencia de los padres. El juez podrá, aun de oficio, requerir toda la información que considere necesaria y oír al menor, si éste tuviere suficiente juicio y discernimiento.” Como el proyecto originario unificaba lo personal con lo patrimonial, extendiendo el contenido de la Patria Potestad, el niño era escuchado por sus padres y por el juez, en todos los asuntos que lo afectaren, tanto personales como patrimoniales.

²²⁶ En la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, cuando se discutía sobre el derecho del niño a ser oído en lo que respecta al ámbito patrimonial, se señaló: “... estimó que, en los términos en que se plantea, cuales son de oírlos siempre, y sin prever la forma en que constará ese hecho, la norma generaría incertidumbre en los terceros contratantes, ya que no podrían tener certeza sobre la existencia de suficiente juicio, ni sabrían si fue escuchado, única forma de evitar cualquier duda sobre los efectos que esa omisión

Sin embargo, hay diversos arts. en el Código que consagran el interés superior del niño, como por ejemplo el art. 222, que también señala que los padres deben guiar al hijo en el ejercicio de sus derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, y como su derecho a opinar y ser escuchado es esencial, y está consagrado en la Convención, que tiene rango Constitucional, haciendo una interpretación sistemática del ordenamiento, y teniendo siempre en cuenta el mejor interés del niño, debemos concluir que los padres deben siempre escuchar al niño en todo asunto que lo afecte, incluso patrimonial.²²⁷

No cabe duda que al unificarse la Responsabilidad Parental, el derecho del niño a ser oído tendría consagración plena, ya que en la regulación de una institución deben plasmarse íntegramente los principios que la rigen, y en caso que éstos no se concretaran realmente en el articulado, se puede recurrir a una interpretación sistemática de la institución, sin las dificultades con que nos encontramos al interpretar una institución desmembrada en dos. Además, las interpretaciones no todos las hacen de la mejor forma y con éxito.²²⁸

4.1.2. Interés Superior del Niño.²²⁹

acarrearía sobre la validez del contrato.” Por estas consideraciones, la Comisión resolvió suprimir el artículo en que se contemplaba este derecho; en las modificaciones finales al proyecto de Ley, se agregó la posibilidad de ser escuchado, en el ámbito personal, por el juez.

²²⁷ En cuanto al derecho a ser escuchado por el juez en la esfera patrimonial, se verá al analizar la Ley sobre Tribunales de Familia.

²²⁸ Es necesario señalar que existe un proyecto de Ley sobre Protección de Derechos de la Infancia y Adolescencia, que propone en la parte de disposiciones preliminares, un art. 10 que señala que en todos los asuntos que afecten a los niños, niñas y adolescentes, estos gozarán del derecho a expresar su opinión libremente, la que deberá ser tomada en cuenta en función de su edad y madurez. De llegar a ser Ley este proyecto, y se aprobare este artículo, los niños deberán ser escuchados por todos, siendo un mandato general, y deberán ser escuchados incluso en lo que respecta a sus bienes. Este proyecto fue presentado por Mensaje Presidencial, el 18 de Enero de 2.005. Mensaje N° 309 - 352.

²²⁹ El contenido de este principio y su alcance ya fue visto en el Capítulo I, en el apartado 2.3.1 de esta Memoria, por lo que en esta parte, sólo se hará un análisis normativo.

Este principio está presente en toda la Convención sobre los Derechos del Niño, pero como principio general se encuentra específicamente en sus arts. 3 y 18. El primer art. ordena a las instituciones públicas y privadas, a los tribunales, a las autoridades administrativas y a los órganos legislativos, a tener como consideración primordial el interés superior del niño. En tanto, el art.18 está dirigido a los progenitores, señalando que este principio debe ser la preocupación fundamental de éstos.

La situación de este principio es distinta al anterior, por cuanto está consagrado expresamente en las dos instituciones, tanto en la Autoridad Paterna como en la Patria Potestad, pero no tiene concreción real en gran parte del contenido de éstas.

En ambas instituciones nos encontramos con una atribución legal; en la Autoridad Paterna existe en relación al cuidado personal del hijo a favor de la madre, y en la Patria Potestad, atribución legal de su ejercicio a favor del padre cuando los progenitores conviven. En una solución legal, el juez no decide y no se escucha al niño, de tal manera que pueda dar su opinión y ser tomada en cuenta; no hay posibilidad de saber qué es lo mejor para él en función de su interés superior, porque no hay instancia para discutirlo, salvo que se demande la atribución judicial según lo prescriben los arts. 225, 244 y 245 del Código Civil, lo que ocurrirá sólo en aquellos casos en que los derechos del hijo se vean vulnerados y que por su interés superior se haga necesario cambiar la atribución legal, pero en ese momento, el niño ya se habrá visto afectado.

En las dos instituciones se contempla también una atribución convencional, en donde los progenitores pueden decidir que el padre tenga el cuidado personal y la madre el ejercicio de la Patria Potestad en caso que

convivan.²³⁰ Estos acuerdos deben efectuarse por escritura pública o acta extendida ante el oficial del Registro Civil, y subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo, pero no se exige que el acuerdo se homologue o se apruebe por el juez, por lo que ocurre lo mismo que en la atribución legal, no hay quien vele por los derechos del niño, su mejor bienestar y, en definitiva, su interés superior; además son asuntos que lo afectan directamente, y por lo tanto debe ser oído. Ante la ruptura de la relación de los progenitores, la única persona que estará en condiciones de tomar en cuenta al hijo y escuchar sus opiniones será el juez, sin embargo, esta posibilidad no se contempla.

Continuando sólo con la Autoridad Paterna, nos encontramos con otras normas que también atentan contra este principio. Así por ejemplo, tenemos el art. 228 que señala: “La persona casada a quien corresponda el cuidado personal de un hijo que no ha nacido de ese matrimonio, sólo podrá tenerlo en el hogar común, con el consentimiento de su cónyuge”. Según el art. 222 del Código, la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del niño; la Convención sobre los Derechos del Niño en su art. 9 dice que se velará porque el niño no sea separado de sus padres en contra de la voluntad de éstos, salvo que se determine que la separación es necesaria, y el Pacto de San José de Costa Rica en su art. 17 N° 5, reconoce iguales derechos a los hijos nacidos dentro del matrimonio y fuera de él. Sin embargo, en esta norma, se deja la decisión de que el niño viva o no con su progenitor, a la discrecionalidad del otro cónyuge, ni siquiera con revisión judicial. La inconstitucionalidad es evidente.²³¹

²³⁰ Esta atribución convencional de la Patria Potestad también se da en caso que los progenitores no convivan, pero sólo para que uno de ellos la ejerza y no para que se detente en forma conjunta.

²³¹ SCHMIDT, Claudia, En: SCHMIDT, Claudia y VELOSO, Paulina, ob.cit., págs. 287 - 288. En el proyecto de Ley sobre Protección de Derechos de la Infancia y Adolescencia, se propone derogar el art. 228 del Código Civil.

Por su parte, el art. 240 contempla la situación del hijo abandonado por sus padres, alimentado y criado por otra persona, señalando que si los padres quieren sacarlo del poder de ella, deben ser autorizados por el juez, y previamente deben pagar los costos de crianza y educación. Esta norma afecta también el interés superior del niño, por cuanto éste es considerado como objeto y no como sujeto del derecho, ya que sobre él se tiene una especie de derecho legal de retención, al subordinarse su entrega a los padres, al pago de una suma de dinero. Se contraviene de esta manera la Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 9 párrafos 1 y 2.²³²

En cuanto a la Patria Potestad, ésta otorga más derechos que deberes, y por lo mismo, afecta en gran medida el interés superior del niño.

Comenzaremos por el derecho legal de goce, otorgado a quien ejerce la Patria Potestad y consagrado en el art. 250 y siguientes. Este derecho es absolutamente inconstitucional, por cuanto afecta el derecho de propiedad del hijo consagrado en el art. 19 N° 24 de la Constitución Política,²³³ y que es asegurado a todas las personas. El inciso segundo de dicho art. señala: “Sólo la Ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.” De acuerdo a lo señalado por nuestra Carta Fundamental, y la regulación del derecho legal de goce en el Código Civil, no se

²³² SCHMIDT, Claudia, En: SCHMIDT, Claudia y VELOSO, Paulina ob. cit., págs. 263 - 264.

Al igual que el art. 228, se propone derogar el art. 234 en el proyecto de Ley sobre Protección de Derechos de la Infancia y Adolescencia.

²³³ En la consagración de este derecho otorgado a los padres, el legislador se olvidó que los niños no sólo tienen los derechos esenciales derivados de su condición de vulnerabilidad, sino que también son titulares de los mismos derechos de que goza un adulto.

configura una función social que justifique el aprovechamiento de bienes de los hijos por parte de los padres. A este respecto, ni siquiera podemos establecer en base a las normas legales, un destino especialísimo de este derecho de goce, como ocurre en el Derecho Comparado.

En relación a lo precedente, Fernando Fueyo señala que este derecho no se otorga como simple liberalidad o como un derecho propio del padre o de la madre, y que se concedería para compensar de algún modo, los gastos en que incurren los padres en favor de los hijos. Por lo tanto, este derecho tendría como carga o gravamen los gastos de mantenimiento, instrucción y educación del hijo, es decir, la adquisición de los frutos tiene un destino.²³⁴ Lo anterior resultaría de hacer una interpretación acorde con los nuevos principios del Derecho de Familia y en especial conforme al interés superior del niño. Pero lamentablemente, nuestra legislación no es clara al respecto, pues no señala que el derecho legal de goce está sujeto a un destino especialísimo, y sólo podría inferirse de los arts. 230 y 231. El primer art. señala que los gastos de educación, crianza y establecimiento de los hijos son de cargo de la sociedad conyugal, si no la hubiere, los padres contribuyen en proporción a sus facultades económicas; en tanto, el art. 231 señala que si el hijo tuviere bienes propios, los gastos de su establecimiento, y en caso necesario, los de su crianza y educación, podrán sacarse de ellos, conservándose íntegros los capitales en cuanto sea posible. Pero queda la duda si en base a estos arts. se puede construir una teoría como ésta, porque la Ley no distingue si los bienes de que trata el art. 231, que no está comprendido dentro de las normas de Patria Potestad sino que de la Autoridad Paterna, se refiere sólo a los bienes que están bajo derecho legal de goce de los progenitores o a cualquier tipo de bienes del hijo, incluso los de su peculio profesional o industrial; en el último caso, la normativa sería en exceso contraria al interés superior del hijo, por

²³⁴ FUEYO, Fernando, ob. cit., págs. 367 - 368.

cuanto el padre, en su caso la madre, o ambos conjuntamente, conservarían íntegro el derecho legal de goce y podrían destinar los bienes sobre los que no tienen este derecho a los gastos del hijo, mermando su patrimonio. Bajo estas circunstancias, en nuestro país el derecho legal de goce es sólo un derecho y no un derecho - función.²³⁵ Por otro lado, aún cuando se interpretara que este derecho de goce tiene como carga los gastos del hijo, teniendo por lo tanto un destino especial, el residuo que quedara una vez cumplido con lo anterior, pertenecería al padre o a la madre, y no al hijo, según se colige de los arts. 252 inciso 1 y 256 inciso 2,²³⁶ con lo cual la norma igual sería inconstitucional, al no respetar el derecho de propiedad.

La administración de los bienes del hijo es entregada a quien ejerce la Patria Potestad,²³⁷ y constituye un derecho más que un deber, ya que el titular de la institución tiene amplias facultades y pocas limitaciones en su ejercicio, y si consideramos que por mandato del art. 253 del Código Civil, la administración es inseparable del derecho legal de goce, el administrador ejercerá sus funciones de acuerdo a su interés y no en función del interés del hijo. En cuanto a las limitaciones, éstas sólo se refieren a los bienes raíces, donaciones, contrato de arriendo y derechos hereditarios, dejando fuera los bienes muebles y en especial los giros de cuentas de ahorro. En la actualidad, un bien mueble

²³⁵ No sólo la institución del derecho legal de goce es contraria al interés superior del niño, sino también su regulación, así por ejemplo, no se exige inventario solemne de los bienes, sino que su mera descripción circunstanciada desde que se entra a gozar de ellos, además, tampoco existe la obligación de rendir fianza o caución de conservación o restitución. Lo anterior sin duda afecta al hijo, ya no sólo pierde los frutos, sino que también puede llegar a perder los bienes.

²³⁶ Así lo señala SCHMIDT Claudia, En: SCHMIDT, Claudia y VELOSO, Paulina ob. cit., pág. 320. Hace la misma interpretación Fernando Fueyo. FUEYO, Fernando, ob. cit., pág. 369.

²³⁷ Salvo que el titular de la Patria Potestad esté privado del goce o de la administración, en cuyo caso administrará el otro progenitor, y si ambos están impedidos, la propiedad plena pertenecerá al hijo y se le dará un tutor o un curador para que lo represente y administre sus bienes. En este último caso, al pertenecer la propiedad plena al hijo, los tutores y curadores tienen más restricciones y limitaciones a las cuales ceñirse. Arts. 253 y 258.

puede llegar a tener mayor valor económico que un bien raíz, por ello, ya no se justifica la escasa importancia que el legislador le otorga a este tipo de bienes.

En relación a la responsabilidad, cabe citar primero el art. 253 que señala: “El que ejerza el derecho legal de goce sobre los bienes del hijo tendrá su administración, y el que se encuentre privado de ésta quedará también privado de aquél.” En estos términos, la administración es inseparable del derecho legal de goce, no se tiene uno sin el otro, por lo tanto, el supuesto de responsabilidad extendida a la propiedad y a los frutos en los casos en que se tenga la administración pero no el goce, establecido en el art. 256, no se dará jamás, porque nunca habrá administración sin goce. Por el principio del interés superior del niño, la responsabilidad debiera extenderse siempre a la propiedad y a los frutos, ya que el derecho legal de goce es inconstitucional y debe ser derogado.

La facultad administrativa se puede extinguir por vía principal, cuando subsistiendo la Patria Potestad, el padre o la madre, o ambos conjuntamente según el caso, son removidos de la administración por dolo o grave negligencia habitual en la administración.²³⁸ En consideración al interés superior del niño, la Patria Potestad y por consiguiente la administración debiera ser conjunta, como una forma de fiscalización entre los propios progenitores, pues para llevarla a cabo han de ponerse de acuerdo en función del interés del hijo. Por otra parte, la privación de la administración debe ocurrir por ejemplo, por la mera falta de idoneidad, y no esperar que ocurra un perjuicio al patrimonio del hijo.²³⁹

²³⁸ Art. 257 inciso 1.

²³⁹ A este respecto, el art. 167 del Código Civil español establece: “Cuando la administración de los padres ponga en peligro el patrimonio del hijo, el Juez, a petición del propio hijo, del Ministerio Fiscal o de cualquier pariente del menor, podrá adoptar las providencias que estime necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes, exigir caución o fianza para la continuación en la administración o incluso nombrar un Administrador.” El juez puede tomar la medida que crea conveniente ante el solo peligro de los bienes, no es necesario un perjuicio; sin duda, es una norma mucho más protectora que la nuestra.

En relación a lo anterior, cuando el titular de la Patria Potestad es privado del derecho legal de goce, también es privado de la administración; también puede ocurrir que sea privado de la administración y por consiguiente del goce. Cualquiera sea el caso, la administración será ejercida por el otro progenitor, y al no haberse acordado el ejercicio conjunto de la Patria Potestad, no tendrá la representación legal del hijo, por lo que la administración será al menos dificultosa. De contemplarse el ejercicio conjunto de la Patria Potestad, sería difícil que uno de los progenitores incurriera por sí solo en causales de privación de la administración, y si así ocurriera, el otro tendrá todas las facultades reunidas en su persona para continuar con la administración de los bienes y la representación.

Pasando a la representación legal, podemos señalar que en su regulación también se vulnera el interés superior del niño, ya que la Patria Potestad es esencialmente patrimonialista y al estar desmembrada de la Responsabilidad Parental, la representación en estricto Derecho sólo debiera tener aplicación con respecto a los bienes de los hijos no emancipados. Todo lo que sobrepase esa esfera, no debiera en principio situarse dentro del ámbito de aplicación de esta representación legal.²⁴⁰ Por lo tanto, en asuntos extrapatrimoniales, referidos a la persona del hijo, no existe representación legal de éstos, configurándose un vacío legal. Bajo estas circunstancias, tendríamos que concluir que jurídicamente, en todos los actos personales, el hijo puede actuar solo, sin requerir autorización o conocimiento de los progenitores, lo que puede ser contraproducente para los niños, en especial para los más pequeños, ya que en el camino hacia su autonomía, requieren ser guiados por sus padres en el ejercicio de sus derechos, y éstos deben cumplir con su rol de protección, educación y crianza.

²⁴⁰ SCHMIDT Claudia, En: SCHMIDT, Claudia y VELOSO, Paulina ob. cit., pág. 340.

Por otro lado, y según las normas del Código Civil, la autocontratación entre el o los progenitores que ejercen la Patria Potestad y el hijo no emancipado, no está prohibida, salvo en los casos de compraventa y permuta.²⁴¹ ²⁴²En la autocontratación se puede ver el interés del niño vulnerado, no existiendo en nuestro Derecho una norma que limite estos contratos por conflictos de interés entre progenitor e hijo, como ocurre en la legislación española.²⁴³

En relación a la representación judicial, se puede señalar que el principio en estudio puede verse vulnerado en lo que respecta a las acciones civiles dirigidas en contra del hijo, por cuanto se contempla una autorización por parte del o los progenitores que ejerzan la Patria Potestad para que el hijo se haga parte en el proceso. Si no se otorga la autorización, el hijo puede caer en rebeldía. Aún cuando se contempla la autorización supletoria del juez, la norma debiera ordenar la representación por parte de los progenitores, o bien consagrar una norma similar a la del art. 266 del Código, prevista para las acciones penales dirigidas contra el hijo, en donde los padres deben prestarle al menos, auxilios para su defensa.

Por último, y como ya lo hemos mencionado, es del interés superior del niño que los progenitores se preocupen de él en forma conjunta e igualitaria, para que las decisiones que le conciernan sean razonadas y meditadas por ambos padres y no sean tomadas impulsivamente por uno sólo de ellos. La coparentalidad está involucrada directamente con este principio, y en todos los ámbitos.

²⁴¹ SCHMIDT, Claudia, En: SCHMIDT, Claudia y VELOSO, Paulina ob. cit., pág. 344.

²⁴² Art. 1.796 para el contrato de compraventa y art. 1.900 para el contrato de permuta, del Código Civil.

²⁴³ El art. 162 del Código Civil español establece: “Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 2. Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.”

Como se ha podido apreciar, este principio, que es informante de toda la legislación, no sólo justifica la unificación de la Responsabilidad Parental, sino también una reforma a gran parte de su contenido.

4.2. Incongruencias entre el Código Civil y Leyes Satelitales.

La Ley de Tribunales de Familia y la Ley de Matrimonio Civil, al ser más recientes que la Ley N° 19.585, y más adecuadas a los nuevos principios del Derecho de Familia, hacen resaltar aún más las falencias de nuestro Código Civil en esta materia, en especial en lo que se refiere a los principios del interés superior del niño, la igualdad, el derecho del niño a ser oído y el rol tutelar del Estado, primeramente, a través de los tribunales de familia.

4.2.1. Ley de Tribunales de Familia.

Un art. muy importante de esta Ley, es el 16, ubicado en los principios generales del procedimiento y que señala en su inciso 2: “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.” Esta norma nos señala que en un proceso judicial en que esté involucrado un niño, no sólo deberá atenderse a su superior interés, sino además deberá ser siempre escuchado en todo asunto en que esté involucrado, aun si se trata de temas de orden patrimonial.

Este art. estaría entrando en contradicción con la regulación de la Patria Potestad del Código Civil, que no contempla el derecho del niño a ser oído. Como tampoco se prohíbe, y considerando que el ordenamiento jurídico debe

interpretarse sistemáticamente, debemos concluir que prima el art. 16 de la Ley de Tribunales de Familia, ya que está en armonía con las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, concreta el principio del interés superior, y además es norma posterior. Por otra parte, se debe considerar que es un principio general del procedimiento, que el juez de familia debe aplicar, de lo contrario se omitirá un trámite esencial y será posible interponer un recurso de casación en la forma. Por lo tanto, podemos considerar que el citado art. integra o suple el silencio del Código Civil en materia de Patria Potestad, en relación al derecho del niño a ser oído en un proceso judicial.

La Ley de Tribunales de Familia, está tratando a nuestra legislación como lo que es, un todo sistemático. Con esto quiero decir, que esta Ley está dando pautas para una reforma al Código Civil o una eventual legislación en un Código especial que regule de mejor manera los derechos de los niños.

En cuanto al principio del interés superior del niño, queda claro que el art. 16 de la Ley es un mandato al juez, y en base a él, no debe aplicar diversas normas del Código Civil que lo contravienen, por ejemplo, el artículo 240; o bien, buscar la interpretación más favorable al niño y que esté en armonía con sus derechos fundamentales.

Lamentablemente, este cuerpo legal al ser una normativa de procedimiento, sólo se refiere al juez, y no establece estos mismos principios como generales para los padres.

4.2.2. Ley de Matrimonio Civil.

Dentro de las disposiciones generales de esta Ley, nos encontramos con el art. 3 que señala que las materias de familia reguladas por esa Ley deben ser

resueltas cuidando de proteger siempre el interés superior de los hijos, reiterándose este principio en el art. 85. Estas normas están en armonía con el art. 16 de la Ley de Tribunales de Familia. En cuanto al derecho del niño a ser oído, se establece en el art. 85, que se le oirá cuando esté en condiciones de formarse un juicio propio, que sus opiniones se tendrán en cuenta en función de su edad y madurez al resolver todos los asuntos relacionados con su persona y bienes. Esta Ley en forma explícita, hace aplicable el derecho del niño a ser oído a las normas de Patria Potestad, de tal manera que se suple una falencia y el silencio de nuestro Código Civil.

Este cuerpo legal, al preocuparse por una protección integral de los hijos, cuyos padres se encuentran en ruptura conyugal de acuerdo a los procedimientos establecidos en ella, establece una discriminación entre ellos y los hijos de padres separados de hecho que no se han acogido a la Ley N° 19.947, dejando en evidencia el atraso legislativo del Código Civil, en materia de convenios reguladores.

Como ya se ha señalado, el Código Civil en los arts. 225 y 245, al establecer la posibilidad de alterar por acuerdo las atribuciones legales, no contempla la homologación o aprobación judicial de ellos, por lo que no existe la instancia para velar por el mejor interés de los hijos, pues nadie asegura que los padres, que están disminuidos en sus capacidades de brindar protección a sus hijos debido a su ruptura, se preocupen de establecer lo mejor para ellos, y puede ocurrir que los acuerdos sean nulos por vicios del consentimiento, al existir presiones de por medio, especialmente económicas.

Por el contrario, la Ley de Matrimonio Civil se preocupa de establecer en el art. 21 inciso 2, las materias sobre las cuales debe recaer el acuerdo de los cónyuges en ruptura – que ha de ser completo y suficiente – en relación a sus

hijos, debiéndose regular lo relativo a alimentos, cuidado personal y relación directa y regular. Por su parte, el art. 27 señala que el acuerdo será completo si regula las materias del art. 21, y será suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas entre los cónyuges. A continuación, el art. 31 ordena al juez resolver las materias del art. 21, salvo que estén reguladas, o no procediere regulación judicial sobre alguna de ellas. En esta labor, el juez debe tener en cuenta los criterios del art. 27. En el inciso segundo del art. en comento se establece que el juez debe utilizar los mismos criterios del art. 27 para evaluar el acuerdo que los cónyuges presenten, si tal acuerdo no fuere completo y suficiente el juez debe subsanar sus deficiencias o modificarlo. De esta forma, la Ley de Matrimonio Civil protege de mejor manera los derechos de los hijos de padres que se encuentran en ruptura y están siguiendo los procedimientos para anularse, separarse judicialmente o divorciarse, que los derechos de los hijos de padres que se separan de hecho, que siguen las normas del Código Civil, pero no las de la Ley de Matrimonio Civil para regularizar su estado civil.

Especial mención requiere el art. 36 de la Ley, ubicado en los efectos de la separación judicial, pero que debe entenderse aplicable también a la nulidad y divorcio. Este art. señala: “No se alterará la filiación ya determinada ni los deberes y responsabilidades de los padres separados en relación con sus hijos”. Esta norma está formulada en términos muy amplios, por lo que interpretada en conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, podríamos decir que establece una coparentalidad para después del divorcio, separación o anulación de los cónyuges, al menos en el ámbito personal de los hijos, aunque se puede decir que también en el ámbito patrimonial, dado los términos amplios del art. que no distingue; pero la

dificultad en una interpretación así, está en que la Ley de Matrimonio Civil utiliza los términos de deberes y responsabilidades, y la Patria Potestad supone más derechos que deberes, y por otro lado, las normas del Código Civil que son explícitas. En todo caso, este art. debe servir por lo menos, para corregir la mala interpretación que hacen los tribunales de los arts. 224 y 225, en relación al cuidado personal de la crianza y educación de los hijos, ya que reafirma que estos deberes les corresponde a los dos progenitores, al establecer que no se alteran los deberes y responsabilidades, que tenían mientras estaban casados, una vez que se separan, divorcian o anulan. Debe servir también, para una futura reforma a la legislación familiar.

5. Convergencia de los contenidos de la Autoridad Paterna y la Patria Potestad.

Carlos Álvarez Cid ha señalado que “la separación que se mantiene en nuestra Ley entre Autoridad Paterna y Patria Potestad, reguladas en títulos distintos y como instituciones diversas, carece hoy de justificación. En efecto, la división actual no se funda en una cuestión de contenidos ya que estos se entrecruzan en forma permanente...”²⁴⁴

Podemos señalar, que la primera convergencia de estas dos instituciones tiene que ver con un vacío legal en nuestra legislación. La Patria Potestad otorga a su titular la representación legal del hijo no emancipado, pero al estar limitada a los bienes, por definición del art. 243, la representación queda circunscrita a lo patrimonial y a la representación judicial y extrajudicial, según

²⁴⁴ ÁLVAREZ CID, Carlos. Derechos y Obligaciones entre Padres e Hijos, en Particular de la Autoridad Paterna. En: Revista de Derecho. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, N° 204, Año LXVI, Julio - Diciembre de 1.998, pág. 63. En el mismo sentido se pronuncia Claudia Schmidt, quien señala que la unificación del aspecto personal y patrimonial de la relación filial, constituye una reforma legal pendiente. SCHMIDT, Claudia, En: SCHMIDT, Claudia y VELOSO, Paulina, ob. cit., pág. 249.

se deduce del articulado, pero no comprende los actos extrapatrimoniales, que se relacionan con la persona del hijo.

Lo anterior trae como consecuencia que los hijos no debieran tener, a la luz de nuestra legislación, representantes en actos ejecutados en su esfera personal, aspecto regido por las normas de la Autoridad Paterna. Pero contrariamente, en algunos aspectos relacionados con su persona sí tienen representantes, como por ejemplo, en juicios civiles seguidos en su contra, que en lo sustancial puede ocurrir que no tenga nada que ver con su patrimonio – que es la regla general – sino que sólo con su persona.²⁴⁵ La representación del hijo en juicios civiles en que es demandado, se encuentra regulada en el art. 265, ubicado en las normas de Patria Potestad, si bien este art. no limita a los bienes del hijo las acciones civiles, al no distinguir, por interpretación se podría concluir que sólo puede referirse a los bienes, dada la definición del art. 243; pero una interpretación como ésta, no favorecería al hijo.

Otro punto interesante de destacar, es que en el contenido de la Patria Potestad nos encontramos con el art. 262, que regula la disposición de bienes por acto testamentario, y el reconocimiento de hijos por parte del menor adulto, señalando que son actos que se pueden realizar sin intervención de representante legal. En este art., la Ley está reconociendo, que existen determinados actos personales que el hijo puede realizar por sí solo, denominados personalísimos por la doctrina,²⁴⁶ y que hay otros actos relacionados con su persona que no puede ejecutar, pero que sin embargo no están regulados ni en el Título IX, ni en el X. A través del art. 262 se involucran normas que regulan aspectos personales en normas patrimoniales, dejando en

²⁴⁵ Como por ejemplo en una acción de determinación de filiación.

²⁴⁶ Los actos personalísimos, son una excepción al carácter de universal de la representación paterna, porque atañen a la esfera de la exclusiva voluntad del autor. MÉNDEZ COSTA, María y D' ANTONIO, Daniel, ob. cit., págs. 310 - 311.

evidencia la convergencia de estos dos ámbitos y la necesidad de su unificación.²⁴⁷ Pareciera ser que el Código Civil asume la representación como universal, al igual que en el Derecho Comparado, pero dada la regulación separada de lo patrimonial y lo personal, y la definición del art. 243, no es posible considerar que tiene tal carácter.

Un caso de representación regulado en forma particular, en que se aprecia fácilmente la convergencia de lo personal con lo patrimonial, se encuentra en la legislación laboral. Los menores de 18 años, y mayores de 16, pueden celebrar contratos de trabajo si están autorizados expresamente por el padre o la madre.²⁴⁸ Nada dice la norma sobre si quien debe autorizar debe estar en ejercicio de la Patria Potestad, lo que es algo confuso, pues quien autoriza al hijo a celebrar contratos es su representante legal, según dispone el art. 260 del Código Civil, y el art. 13 del Código del Trabajo, exige la autorización indistinta del padre o de la madre, como si ambos fueran representantes legales, en circunstancias que por regla general sólo será representante legal el padre.²⁴⁹ Lo anterior puede deberse a que al contrato laboral tiene que ver primero, con la persona del hijo, ya que el trabajo puede dañar su salud y la educación, aspectos que están dentro de la esfera personal y entregada al cuidado de ambos progenitores. Como el contrato de trabajo tiene que ver también con el aspecto patrimonial, las normas que se aplicarán a los bienes que el hijo obtenga, están comprendidas en la Patria Potestad,

²⁴⁷ Como ya se ha señalado, en la Legislación argentina la Patria Potestad comprende tanto lo personal como lo patrimonial, y la doctrina al explicar los efectos patrimoniales de la Patria Potestad señala: "La delimitación de tales efectos no siempre resulta clara, pues aparecen confusos los márgenes existentes en algunos aspectos, como ocurre con la representación y con la responsabilidad de los padres por los daños ocasionados por los hijos, donde no puede negarse la presencia de elementos netamente patrimoniales." D' ANTONIO, Daniel. Derecho de Menores. 4ª Edición Actualizada y Ampliada. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1.994, págs. 267 - 268.

²⁴⁸ Art. 13 del Código del Trabajo.

²⁴⁹ En la hipótesis que los progenitores convivan y no se haya acordado el ejercicio conjunto o el ejercicio exclusivo por parte de la madre.

siendo este contrato un punto de convergencia más de las dos instituciones. Si no existiera norma expresa sobre quien autoriza al hijo a firmar un contrato laboral, deberíamos concluir que no requiere tal autorización, ya que primeramente se obliga la persona a cumplir determinadas funciones.

Existen también variadas situaciones, relacionadas con el deber de representación, que por estar desmembrada la Responsabilidad Parental y no tener regulación específica, quedan en un vacío normativo, que desde el punto de vista jurídico es difícil de solucionar. Así por ejemplo, nos encontramos con un caso de frecuente ocurrencia, que es la autorización de una operación quirúrgica urgente de un hijo menor de edad; otro ejemplo, lo constituye la inscripción del hijo en un determinado colegio; podemos mencionar también la autorización para ingresar a algún club para la práctica de un deporte determinado; y para finalizar los ejemplos se puede señalar también la autorización para viajar dentro del país en un gira de estudio; entre otras muchas hipótesis que se pueden imaginar relacionadas sólo con la persona del hijo. En estos supuestos, debiéramos concluir que la autorización debe ser otorgada por los dos progenitores si la filiación está determinada con respecto a ambos, ya que se encuentran dentro de una relación filial personal, que en especial se relaciona con el cuidado personal de la crianza, la cual se encuentra involucrada con la salud, y con el cuidado personal de la educación. Pero no se puede dejar de considerar, que estos actos suponen la representación, porque no son actos que los hijos puedan ejecutar por sí solos, sino que requieren de la cooperación y asistencia de los padres para que sean guiados en el ejercicio de sus derechos.

A raíz de la separación de lo personal con lo patrimonial, y de una deficiente regulación legal, resulta difícil determinar qué actos requieren que sean ejecutados por el representante legal, cuáles se pueden ejecutar sólo por

su autor por ser actos personalísimos, y cuáles requieren de autorización o asistencia.²⁵⁰ Con respecto a esto último, debemos recordar que uno de los fines de la Responsabilidad Parental es el logro de la autonomía progresiva del hijo, y para ello, se debe reconocer que los niños no son incapaces como lo señala el art. 1.447 del Código Civil, sino que por el contrario, tienen capacidad, pero dada su inmadurez y poca experiencia, esta capacidad debe ser complementada y asistida, por lo tanto, en determinados actos sólo se requerirá un apoyo y orientación, no una sustitución de la voluntad. Todo lo anterior se encuentra relacionado con la edad y madurez del niño, pues es evidente que un niño de un año de edad no podrá realizar actos que sí puede realizar un adolescente de 15 años, ya sea por sí solo o con asistencia.

Otro asunto que también podría ser considerado como punto en convergencia, dice relación con las causales de emancipación judicial, que cuando sólo concurren respecto de uno de los progenitores, son más bien causales de privación de la Patria Potestad, ya que el ejercicio de ésta le corresponderá al otro progenitor, no produciéndose la emancipación del hijo. Los motivos para privar de la Patria Potestad a quien la ejerza están estrechamente vinculados a la persona del hijo, según se verá más adelante.

Por último, encontramos otro punto de convergencia en los gastos de establecimiento, crianza y educación del hijo.²⁵¹ Cuando el hijo tiene bienes propios, los gastos de establecimiento, y en caso necesario, los de crianza y educación, pueden sacarse de ellos, vinculándose de esta forma, las normas de Patria Potestad con las de Autoridad Paterna. En Derecho Comparado esta

²⁵⁰ Esta diferenciación está bien establecida en la doctrina extranjera, que distingue entre actos personalísimos, actos que requieren asistencia por parte del representante, y actos en los cuales opera la representación en plenitud, que deben ser ejecutados por el representante legal. MÉNDEZ COSTA, María y D' ANTONIO, Daniel, ob. cit., págs. 310 - 312.

²⁵¹ La contribución a estos gastos ya ha sido explicado en el apartado 4.1.2 de esta Memoria, en lo que se relaciona a la teoría del derecho legal de goce con destino especialísimo, al cual me remito, págs. 106 - 108.

vinculación es evidente, al regularse unitariamente la Responsabilidad Parental, el derecho legal de goce se consagra con destino especial, que será los propios gastos del hijo en su educación y crianza. En nuestra legislación, según ya vimos, no puede decirse que el derecho legal de goce tenga como destino la crianza y educación del hijo, pero es evidente que el Código, a través del art. 231, vuelve a mezclar lo que Bello intentó separar.

6. Razones de carácter práctico.

Las leyes se elaboran para ser aplicadas a la sociedad, materializarse en la práctica y dar solución a los problemas cotidianos, por el contrario, no deben crearlos, pues de tal manera no se cumpliría con la finalidad del Derecho.

Nuestra Legislación tiene un grave inconveniente derivado de la no consagración de la coparentalidad y de la falta de unificación de la Responsabilidad Parental. Según dispone el art. 245, al no convivir los progenitores, por atribución legal el ejercicio de la Patria Potestad le corresponde a quien tiene el cuidado personal del hijo, que por disposición de la Ley le corresponde a la madre. Al ser un atribución legal, no requiere de la solemnidad ni los requisitos de publicidad exigidos por el Código Civil, para el caso en que sea el juez, o los progenitores de común acuerdo, quienes determinen a quien le corresponde el ejercicio de la Patria Potestad o la tuición del hijo.

Esta solución legal es de difícil aplicación, ya que el hecho de vivir separados los padres no les consta a los terceros, que a falta de presentación del certificado de nacimiento en que conste la respectiva inscripción, exigen la concurrencia de ambos progenitores.²⁵² En este caso, la madre carece de un

²⁵² SCHMIDT, Claudia, En: SCHMIDT, Claudia y VELOSO, Paulina ob. cit. pág. 308.

medio probatorio para acreditar la titularidad de la Patria Potestad frente a terceros.

Lo dicho anteriormente ocasiona serios problemas en asuntos cotidianos, y los agrava cuando se ignora donde se encuentra el padre. Así por ejemplo, es de común ocurrencia que las madres no puedan girar dineros de la cuenta de ahorro del hijo, o de dineros depositados a nombre de éste, porque al banco no le consta que ella tiene el ejercicio de la Patria Potestad por el hecho de tener el cuidado personal vía atribución legal;²⁵³ y puede ocurrir que sea la madre quien religiosamente deposite dineros a favor del hijo.

En la práctica, este problema se ha solucionado por vía judicial, a través de un sistema que no está regulado, que consiste en obtener del juez una resolución declarativa de tuición o que difiera a la expresamente la Patria Potestad en los casos en que es procedente la emancipación de los hijos respecto del padre.²⁵⁴ Si consideramos el colapso de los tribunales de familia por un exceso de causas, y por consiguiente, su retraso en la resolución de las mismas, esta solución se vuelve sumamente engorrosa, y además perjudicial para los intereses del hijo, ya que para obtener una sentencia declarativa se

²⁵³ Se presentó un proyecto de Ley a través de una moción con origen en la Cámara de Diputados, referente a las cuentas de ahorro. La finalidad de este proyecto consiste en exigir la firma de ambos progenitores para el giro de dinero de las libretas de ahorro de los hijos. Dentro de los fundamentos del proyecto se señala: 2) “Que a veces la madre abre una libreta de ahorro al hijo y cuando el padre lo sabe, gira los dineros depositados en ella.” 3) “Que se hace necesario que cuando vivan ambos padres, aunque estén separados, divorciados o anulados, que ambos autoricen girar sobre los dineros depositados en cuentas de ahorro, depósitos o, en general, dineros a nombre del hijo común...” El único art. del proyecto dispone: “Para girar sobre libretas de ahorro o dineros depositados a nombre de un menor de edad en un banco o cualquier institución financiera, será necesaria la autorización de ambos padres o de uno de ellos si el otro no estuviese vivo.” De concretarse el proyecto que modifica las normas de Patria Potestad, este proyecto no tendría mucho sentido. El proyecto fue presentado por Maximiliano Errázuriz Eguiguren, y se encuentra actualmente en el primer trámite constitucional. Boletín 3.876 - 18.

²⁵⁴ DOYHARÇABAL, Solange. En informe entregado al Congreso, acerca del proyecto de Ley sobre normas de la Patria Potestad. [en línea] <www.bcn.cl/alegislativo/pdf/cat/opi/3592-18/359.pdf> [consulta: 28 Junio 2.006].

deberá esperar por lo menos un año o dieciocho meses como mínimo, en el mejor de los casos.

Otra manifestación del problema ocurre en los viajes de los niños fuera del país. A pesar de su regulación en la Ley N° 16.618, en la práctica se hace insuficiente. El art. 49 de la Ley citada, señala en su inciso 2: “Si la tuición del hijo no ha sido confiada por el juez a alguno de sus padres ni a un tercero, aquél no podrá salir sin la autorización de ambos padres, o de aquel que lo hubiere reconocido, en su caso.” Por su parte, el inciso 3 dispone: “Confiada por el juez la tuición a uno de los padres o a un tercero, el hijo no podrá salir sino con la autorización de aquel a quien se hubiere confiado.” En tanto el inciso 4 prescribe: “Regulado el derecho a que se refiere el artículo 229 del Código Civil por sentencia judicial o advenimiento aprobado por el tribunal, se requerirá también la autorización del padre o madre a cuyo favor se estableció.”

El inciso segundo del art. citado no distingue si los padres se encuentran viviendo juntos o separados; en el primer supuesto no habría problema en que ambos otorgaran la autorización, pero en la segunda hipótesis surgen dificultades, ya que no siempre se podrá contar con la autorización de ambos progenitores, porque puede ocurrir que no tengan comunicación entre ellos o quien tiene el cuidado personal del hijo no tiene manera de ubicar al otro progenitor. Por otro lado, nada se señala sobre la atribución legal de la tuición, que es análoga al supuesto contemplado en el inciso 3 del art. 49 y produciría su mismo efecto, por lo que podemos considerar que en este caso no sirve de nada la solución legal, que por lo demás, sólo produciría problemas al no contarse que un medio probatorio.

Por su parte, el inciso cuarto exige la autorización de ambos progenitores si éstos se encuentran separados y se ha regulado el derecho - función de

relación directa y regular para el progenitor que no tiene el cuidado personal. Sin embargo, nada se señala cuando este derecho - función no se encuentra regulado ni por el juez, ni en acta de advenimiento; debiera concluirse que si la tuición ha sido otorgada por el juez no se debe contar con la autorización del otro progenitor, aunque la relación directa y regular se encuentre regulada de común acuerdo por ambos padres sin intervención de tribunales y sin formalidades. Es decir, hay soluciones distintas para el mismo problema de fondo, debido a requisitos formales. Pareciera ser que la Ley, consagra una coparentalidad en el inciso segundo, pero en el último supuesto que hemos señalado se olvida de ella.

Ante la deficiente regulación, se ha optado como vía de solución práctica con fundamento en la Ley, en cualquier caso, requerir la autorización del otro progenitor vía escritura pública o privada autorizada ante notario, como lo señala el inciso 5 del art. 49. El problema surge cuando el progenitor que no tiene la tuición, es padre o madre ausente y es desconocido su paradero. En estos casos, en que no se sabe dónde ubicar al otro progenitor y no se ha otorgado la tuición judicialmente, hay que recurrir ante un tribunal, con todo lo que ello implica, y ante la demora de éstos, puede ocurrir que sea imposible viajar en la época programada.

Casos como estos tendrían solución si la Responsabilidad Parental se unificara, consagrándose la coparentalidad, tanto en lo personal como en lo patrimonial, convivan o no los progenitores. Por otra parte, ante el interés superior del niño, también debiera establecerse que ante determinadas causales establecidas por la Ley y de interpretación estricta, se otorgara el ejercicio de la Patria Potestad en forma exclusiva, en especial, cuando no se tiene conocimiento donde se encuentra el progenitor ausente.

Los dos casos señalados, en especial el primero, son de común ocurrencia, y por esta misma razón es que se hace necesario una urgente modificación legal.

Otro problema que ocurre, pero sin duda debe ser de menor frecuencia, ya que es poco común que los hijos tengan un patrimonio con una cantidad considerable de bienes que administrar, es la contratación con terceros. A éstos, al igual como ocurre con el banco y la policía de frontera, no les consta que la madre tiene por atribución legal la Patria Potestad, y que por lo mismo puede representar al hijo en los contratos que celebre. La dificultad surge al hacer trámites ante el juez para obtener la sentencia declarativa, o al buscar al padre para que concurra al acto, ya que la demora puede ocasionar que el negocio no sea atractivo para los terceros, perjudicándose los intereses del hijo no emancipado.

Por último, es necesario señalar que lo estudiado sobre la convergencia de la Autoridad Paterna y la Patria Potestad, en lo referente a la representación del hijo, se consideran también problemas de carácter práctico.

7. Técnica Legislativa. Sistematización.

La sistematización y coherencia de una legislación es un punto importante a tener en cuenta en las reformas legales, no sólo ayuda a interpretarla, sino también a su aplicación práctica, que es donde se necesita.

Como ya hemos visto, los problemas de sistematización se manifiestan en la aplicación de los principios²⁵⁵ y en aquellos arts. que regulan materias

²⁵⁵ Carlos Álvarez Cid señala que "...pareciere haber sido una opción técnicamente más adecuada, la de refundir bajo un solo título ambas materias, dándoles un tratamiento conjunto, y evitar así una segregación artificial que pueda derivar en la eventual no aplicación de una norma determinada, a una institución regulada en otro título en base a argumentos puramente

relacionadas con los bienes en las normas de Autoridad Paterna, y arts. que regulan asuntos del ámbito personal en la normativa de la Patria Potestad, y en especial, en la convergencia de las esferas personal y patrimonial, que al darse en los hechos, debe manifestarse a nivel jurídico, ya que el Derecho se aplica a la vida cotidiana.

En el plano normativo existen hipótesis que hacen necesaria la unificación, para que la norma sea clara y de más fácil interpretación. Así por ejemplo, tenemos que las causales de emancipación judicial son iguales o muy parecidas a las causales de privación del cuidado personal y de pérdida de facultades en el plano personal.

Primeramente, el maltrato habitual del hijo contemplado en el art. 271 número 1 como causal de emancipación judicial, constituye también un elemento en el art. 225 inciso tercero, que permite conferir el cuidado personal al progenitor que no lo tiene,²⁵⁶ con la diferencia, que en este caso no se requiere que el maltrato sea habitual.

La segunda causal contemplada en el art. 271, trata del abandono del hijo, que también constituye motivo de pérdida de la tuición del hijo; si bien no se señala específicamente en el art. 225, queda incluida en la causa calificada; además, y en conformidad con el art. 238, también es causal de privación de las facultades establecidas a favor de los padres en los arts. anteriores al último citado. De tal forma, se verá privado el progenitor que incurra en abandono, del derecho – deber de educar al hijo y corregirlo, de la relación directa y regular,

exegéticos.” Señala a pie de página, como ejemplo de lo anterior, el art. 222 del Código Civil, y expresa que en el nuevo texto debiera ser norma básica para el ejercicio de la Patria Potestad. ÁLVAREZ CID, Carlos, ob. cit. págs. 63 - 64.

²⁵⁶ ABELIUK, René, ob. cit. pág. 506.

entre otros.²⁵⁷ Por su parte, el art. 19 de la Ley N° 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, señala que la circunstancia de haberse decretado contra el alimentante, dos veces algunos de los apremios que la misma Ley señala en su art. 14, debe ser especialmente considerada al momento de resolver sobre la falta de contribución, a que se refiere el art. 225 del Código Civil; y que también debe ser considerada en la emancipación judicial por abandono del hijo.

En cuanto a la causal sobre el delito que merezca pena aflictiva, dependerá del tipo de delito de que se trate, así por ejemplo, según dispone el art. 370 bis del Código Penal, aquel que fuere condenado por delitos contra la autodeterminación sexual, cometido en la persona de un menor de edad, quedará privado de la Patria Potestad si la tuviere o inhabilitado para obtenerla, y además, de todos los derechos que por el ministerio de la Ley se le confieren respecto de la persona y bienes del ofendido.²⁵⁸

En cuanto a la inhabilidad física o moral, se puede señalar que también es causal de privación del cuidado personal según lo señala el art. 226 del Código Civil, y al igual que la causal de abandono, también da lugar a la privación de algunas facultades que la Ley entrega a los padres.

Como estas causales están estrechamente vinculadas a la pérdida del cuidado personal y de derechos - funciones que le corresponden a los

²⁵⁷ La primera causal, cuando sea un atentado grave contra la vida del menor constituirá también indignidad para suceder, que además es injuria atroz para el caso de los alimentos. Por su parte, la segunda causal puede constituir pérdida del cuidado de los hijos, y dar lugar a la situación del art. 240, además puede llevar a la adopción del hijo, a la indignidad para suceder y por ende, a la injuria atroz para la pérdida del derecho de alimentos. ABELIUK MANASEVICH, René, ob. cit. pág. 506.

²⁵⁸ Según dispone el art. 370 bis, el juez debe declarar la emancipación si correspondiere y ordenará dejar constancia en una subinscripción practicada al margen de la inscripción de nacimiento del niño. En todo caso, el condenado conserva todas las obligaciones legales cuyo cumplimiento vaya en beneficio de la víctima o de sus descendientes.

progenitores, sería una mejor fórmula legal unificar la Responsabilidad Parental; de esta forma, la emancipación ya no sólo se correspondería con la Patria Potestad, sino también con la Autoridad Paterna. Podemos agregar que de este modo, no habría duda de que las causales son generales sin ser necesaria su repetición a través de las normas del Código.

Cabe señalar que la repetición de hipótesis en que se incurre, conlleva no sólo un problema de sistematización, sino que además uno práctico. A este respecto, René Abeliuk señala que la demanda de tuición y de la emancipación judicial, son diferentes y no por el hecho de privarse de la tuición al padre o madre se resuelve automáticamente el tema de la emancipación.²⁵⁹ Una sistematización y unificación de la Responsabilidad Parental daría lugar a una mejor interpretación al momento de demandar.

Por otro lado, estas causales no debieran ser consideradas de emancipación, sino que de privación o extinción de la Patria Potestad, ya que en el supuesto en que concurren sólo en uno de los progenitores, la emancipación no se produce. De hecho, en el Derecho Comparado, las causales que dan origen a la emancipación son aquellas en que la Responsabilidad Parental terminará para ambos progenitores, como por ejemplo, en el matrimonio del hijo, y la emancipación otorgada por los propios padres.²⁶⁰

Ya se han mencionado varios puntos de convergencia entre los aspectos personal y patrimonial, lo que demuestra la falta de unidad y sistematicidad de

²⁵⁹ ABELIUK, René, ob. cit. pág. 508.

²⁶⁰ La emancipación en el Derecho Comparado fue analizada en el Capítulo I de esta Memoria, págs. 22 - 23.

que adolece el Código, por lo mismo, lo ya señalado en el punto cinco del presente Capítulo es plenamente aplicable en este apartado.

Por último, no sólo se requiere un tratamiento único de la Responsabilidad Parental, tanto en lo personal como en lo patrimonial, para darle unidad a la legislación, sino que además se requiere una reforma a todo el Derecho de Familia, que ha quedado atrasado ante los avances de las Legislaciones Comparadas.

En 1.855, Andrés Bello dejó plasmado en el mensaje del Código Civil, la esencia del Derecho y la función que debe cumplir la legislación; son ideas centrales que ayudan a constituir sociedades; su pensamiento hasta el día de hoy mantiene plena vigencia. Ante los problemas de desarmonía, incoherencia y falta de unidad, de que adolece nuestro sistema legal, se hace necesario recordar sus palabras:

“Muchos de los pueblos modernos más civilizados han sentido la necesidad de codificar sus leyes. Se puede decir que ésta es una necesidad periódica de las sociedades. Por completo y perfecto que se suponga un cuerpo de legislación, la mudanza de costumbres, el progreso mismo de la civilización, las vicisitudes políticas, la inmigración de ideas nuevas, precursora de nuevas instituciones, los descubrimientos científicos y sus aplicaciones a las artes y a la vida práctica, los abusos que introduce la mala fe, fecunda en arbitrios para eludir las precauciones legales, provocan sin cesar providencias, que se acumulan a las anteriores, interpretándolas, adicionándolas, modificándolas, derogándolas, hasta que por fin se hace necesario refundir esta masa confusa

de elementos diversos, incoherentes y contradictorios, dándoles consistencia y armonía y poniéndoles en relación con las formas vivientes del orden social.”²⁶¹

CONCLUSIONES.

1. Responsabilidad Parental: Una nueva Institución del Derecho de Familia.

Los cambios sustanciales y radicales que existen en la materia, nos llevan a considerar que la hoy denominada Responsabilidad Parental es totalmente distinta a aquella de la cual derivó, la Patria Potestad del Derecho

²⁶¹ BELLO, Andrés. Extracto del mensaje del Ejecutivo al Congreso, proponiendo la aprobación del Código Civil.

Romano. Su evolución a través de los años – con mayor intensidad en el siglo XX – ha sido tal, que de los derechos absolutos e ilimitados que en un comienzo tenía el padre y, que posteriormente en forma gradual se fueron otorgando a la madre, la institución ha pasado a tener como punto de partida los derechos del niño, y por consiguiente, los deberes y responsabilidades en forma conjunta de ambos progenitores. Por otro lado, la finalidad ya no es mantener la unidad familiar como institución basada en el matrimonio, sino que proteger al niño y al adolescente, ayudándolo en el desarrollo hacia su autonomía.

Las modificaciones legales en la materia, no son más que un fiel reflejo de lo que ha ido ocurriendo en la sociedad; en donde la familia no es aquella numerosa del Derecho Romano, sino que nuclear, y ya no sólo existe la matrimonial, sino que también la de hecho, ensamblada y monoparental, entre otras. Al ser diversas las formas familiares, la Responsabilidad Parental tuvo que focalizarse en los sujetos de la relación paterno - filial, madre, padre e hijos, ya sean que convivan todos juntos o no, para que todos los hijos tengan los mismos derechos en relación a sus padres, sin ser discriminados por la forma familiar que éstos hayan adoptado, porque sin importar el tipo de familia que se tenga, la relación entre progenitores e hijos se mantiene por siempre.

Lo que también ha ido evolucionando en la familia, y por consiguiente, la Responsabilidad Parental lo ha reflejado en sus normas, es la forma que tienen sus integrantes de relacionarse, así, se ha pasado de una organización vertical y autoritaria, a una horizontal y democrática. Lo anterior se aprecia en la igualación de derechos entre hombre y mujer, y en la consagración de los derechos del niño.

2. En Chile: Un Sistema Híbrido de Responsabilidad Parental.

Dada la regulación que el Código Civil otorga a la Responsabilidad Parental, no queda más que señalar que nuestro sistema es híbrido, con resabios del Derecho Romano y, con la consagración de principios y normas que intentan darle un carácter más acorde con los Tratados Internacionales y con la regulación del Derecho Comparado.

Esta mezcla que existe en nuestro Derecho, de dos concepciones distintas de la misma institución, se aprecia por ejemplo, en que coexiste la coparentalidad en el ámbito personal, tanto si los progenitores conviven como si viven separados, con la monoparentalidad en la esfera patrimonial. De esta misma forma, en el ámbito personal, se consagran deberes y derechos - funciones que deben cumplir los padres con respecto a sus hijos, pero en el ámbito patrimonial, prácticamente sólo existen derechos a favor de quien ejerza la Patria Potestad (el derecho legal de goce es un claro ejemplo de estos derechos y de un resabio del Derecho Romano). También tenemos, que a pesar de consagrarse el interés superior del niño como principio guía de la legislación, debe subsistir junto a normas como las contempladas en los arts. 228 y 240 del Código, además de las atribuciones legales que existen en tuición y Patria Potestad.

Esta regulación híbrida, incoherente y asistemática, ha tenido como argumento de fondo, en un primer momento, la imposibilidad de otorgar derechos a la madre en el ámbito patrimonial del hijo, por no existir correspondencia con las normas de la sociedad conyugal. En un segundo momento, la no consagración de la coparentalidad en lo patrimonial, y en definitiva, la falta de unificación de la Responsabilidad Parental, se fundamentó en que este tipo de regulación no estaba acorde con las normas de la sociedad conyugal, que sólo reconoce un administrador. Es decir, la falta de avance

legislativo se ha justificado en una institución que hace mucho debió derogarse, o por lo menos modificarse, y que sólo puede darse en la familia matrimonial, lo que nos lleva a concluir que las falencias de nuestra legislación, al derivar de la falta de unificación de la Responsabilidad Parental, en definitiva, derivan de un favorecimiento algo encubierto de la institución del matrimonio, que conforme a la realidad social, ya no se justifica.

3. Ideas para un Proyecto de Reforma.

Sin lugar a dudas, lo primero que debemos considerar antes de modificar la legislación, es que se debe unificar lo personal con lo patrimonial, bajo la nueva institución del Derecho de Familia: la Responsabilidad Parental. Para que esto pueda ser posible, se requiere de una reforma a todo el ordenamiento jurídico, comenzando por la Constitución Política.

3.1. Reformas Constitucionales.

Aún se discute doctrinariamente la jerarquía de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, es por ello, que para evitar erróneas interpretaciones podría modificarse el art. 5 de la Carta Política, estableciendo en términos explícitos la jerarquía constitucional o supraconstitucional de este tipo de tratados.

Se hace necesario la consagración constitucional de los derechos del niño, y por consiguiente, los deberes que los progenitores tienen respecto de ellos, estableciéndose la Responsabilidad Parental como institución unificada, preocupada de regular las relaciones paterno - filiales, con el establecimiento de la coparentalidad en términos generales. En concordancia con lo anterior, la

Constitución debe reconocer los diversos tipos de familia, o bien, no pronunciarse a favor de ninguno.

La idea de estas reformas, es completar el proceso de privatización del Derecho Constitucional, y otorgarle al Derecho de Familia, y en especial, a la Responsabilidad Parental, un marco legal de mayor protección y estabilidad, lo que debe conllevar una reforma sustancial al Código Civil, y al surgimiento de Códigos especializados, que desarrollen los derechos asegurados por la Constitución Política.

3.2. Reformas al Código Civil.

Antes de realizar cualquier reforma, se deben tener muy claros los principios que informarán la institución, que no pueden ser otros que la igualdad de todos los hijos, de los progenitores, el interés superior del niño, y el derecho del niño a ser oído. Estos principios no sólo deben declararse como informantes de la institución, sino también plasmarse en su normativa.

Lo primero que se debe realizar es unificar los Títulos IX y X del Libro I del Código, bajo el nombre de Responsabilidad Parental. Acto seguido, se deben derogar, o de una forma más exacta, no considerar en la nueva regulación, normas y figuras jurídicas que atentan contra los nuevos principios de la institución, tales como los arts. 228, 231 y 240, el derecho legal de goce, los deberes de establecimiento y las atribuciones legales de cuidado personal y de Patria Potestad. Por otro lado, se debe terminar con los convenios reguladores que involucran derechos de los hijos y que no requieren aprobación judicial.

Correlativamente a lo anterior, debe consagrarse el ejercicio conjunto, o coparentalidad, de la Responsabilidad Parental, ya sea que los progenitores convivan o no. Para lo anterior, se debe contemplar un mecanismo que conjugue el dinamismo en la toma de decisiones con las dificultades que provocan las deliberaciones en conjunto; para ello, creo que la mejor solución es la del ejercicio conjunto e indistinto, con presunción de consentimiento del progenitor no actuante en los actos cotidianos, y con el requerimiento de consentimiento expreso de ambos en asuntos de suma importancia, como autorizar al hijo para viajar fuera del país, matricularlo en un colegio, y actos que excedan de las facultades ordinarias de administración, en los que se debe requerir también aprobación judicial. Los actos que requieran consentimiento expreso de ambos cónyuges deben señalarse en la Ley, lo que constituirá, junto a la presunción de consentimiento, un medio de protección de los terceros. Para complementar esto último, las ocasiones en que sólo uno de los progenitores sea titular o ejerza la Responsabilidad Parental, deben inscribirse en el acta de nacimiento del hijo.

En cuanto a la administración de bienes del hijo, aparte de lo ya señalado, se deben introducir mayores restricciones, como por ejemplo, prohibición de enajenación y gravamen de bienes raíces, muebles y derechos hereditarios, salvo que ambos progenitores estén de acuerdo y autorice el juez con conocimiento de causa; obligación de inventario solemne, y constitución de caución, entre otros. Coherentemente con la derogación del derecho legal de goce, extender la responsabilidad tanto a los bienes como a sus frutos.

En lo que respecta a la representación, su ámbito de aplicación debiera extenderse a los actos judiciales, extrajudiciales, patrimoniales y extrapatrimoniales. En armonía con la finalidad de la institución, deben establecerse claramente, aquellos actos que requieren ser realizados por el

representante legal, los que sólo necesitan autorización o asistencia de éste y aquellos actos que por ser personalísimos, el hijo puede realizar por sí mismo. En cuanto a la autocontratación, ésta debe ser prohibida o minuciosamente reglamentada.

Los deberes del cuidado de la crianza, y de la educación, deben establecerse en términos categóricos, recalándose que éstos se tienen aún cuando no se conviva con el hijo, para ello ha de contemplarse, al igual como ocurre actualmente, el derecho - función de relación directa y regular. En cuanto al derecho - función de corrección, se podría agregar una proscripción expresa de los castigos y malos tratos que impliquen violencia física y psicológica, por mínima que ésta sea.

Para el supuesto que los progenitores no convivan, éstos deben decidir quien ejercerá la tuición, que sólo puede corresponder a una unidad de domicilio; la decisión que adopten debe ser aprobada u homologada judicialmente. Si se produjera un desacuerdo, o en caso que se demande el cambio de atribución de la tuición, el juez deberá decidir tomando en cuenta el interés superior del niño y considerando qué progenitor otorga mayores facilidades para el ejercicio de la coparentalidad.

Para determinados supuestos, de interpretación estricta, será necesario contemplar la titularidad exclusiva de la Responsabilidad Parental, como por ejemplo, si la filiación está determinada con respecto de uno de los progenitores y en los casos en que la institución se pierda respecto de uno de ellos. Debido a lo anterior, es que se propone distinguir entre causales de extinción, privación y suspensión de la institución, del modo en que se hace en Derecho Comparado. Estas causales deben reglamentarse minuciosamente, por cuanto uno solo de los progenitores ejercerá la Responsabilidad Parental, manteniendo el otro el

deber de alimentar al hijo, y si fuere posible, según lo permita el tipo de causal aplicable y las circunstancias del caso, también conservará los deberes de crianza y educación, que se deberán ejercer a través de una relación directa y regular restringida regulada por el juez. En armonía con lo anterior, la emancipación, sin distinguir si es legal o judicial, debiera quedar acotada al matrimonio del hijo y a su mayoría de edad. Como se aprecia, algunas de las causales de emancipación legal y las judiciales actuales, pasarían a constituirse como causales de extinción, privación o suspensión de la institución. Así por ejemplo, la muerte de ambos padres, será causal de extinción, la inhabilidad física o moral la suspenderá, y los delitos cometidos en contra del hijo serán causales de privación.

Por último, y siendo coherente con las finalidades de la institución, se debe consagrar en plenitud el derecho del niño a ser oído, y no sólo como un mandato al juez, sino que como un mandato a los progenitores y a todas las personas e instituciones, públicas y privadas, que estén involucrados con la protección de los niños. A través de este derecho, se concretan otros, como el de opinar y de participar; y es un medio muy importante para que los adultos se den cuenta de lo que está ocurriendo con los niños y puedan ayudarlos en el proceso de crecimiento y autodeterminación.

Reformas legales como las propuestas, sacarán a nuestra legislación de su sistema híbrido, y coordinarán de mejor forma el Código Civil, con los Tratados Internacionales, y con las Leyes satelitales: las de Matrimonio Civil y de Tribunales de Familia.

BIBLIOGRAFÍA.

LIBROS.

1. ABELIUK MANASEVICH, René. La Filiación y sus Efectos. Tomo I La Filiación. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2.000.
2. ÁLVAREZ CRUZ, Raúl. La Filiación y otras Reformas al Código Civil. Ley N° 19.585. Alfabeta Artes Gráficas.

3. BARROS BOURIE, Enrique. Notas Históricas y Comparadas sobre el Nuevo Ordenamiento Legal de la Filiación. En: El Nuevo Estatuto de Filiación en el Código Civil Chileno. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. LOM Ediciones, Santiago, Chile, 1.998.
4. BÍSCARO, Beatriz R. Régimen de Filiación y Patria Potestad. Ley 23.264. Revisado y Comentado. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1.993.
5. BORJA, Luis F. Estudios sobre el Código Civil Chileno. Tomo IV. París: A. Roger y F. Chernoviz, 1.901 - 1.908.
6. BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Régimen Legal de Filiación y Patria Potestad. Ley 23.264. 2ª Reimpresión. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1.987.
7. BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. 5ª Edición Actualizada y Ampliada. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1.999.
8. CHAVANNEAU, Silvia S., MAGGIO, María T., RAMOS, Elbio R. El Derecho del Niño a permanecer junto a sus padres según el marco de La Convención sobre los Derechos del Niño. De la legislación vigente a una legislación posible. En: Los Derechos del Niño en la Familia. Dirección de GROSMAN, Cecilia. Seminario de Investigación. Carrera de especialización en Derecho de Familia. Facultad de Derecho UBA. Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1.998.

9. CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. Tomo III. De las Personas, Volumen II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1.979.
10. D'ANTONIO, Daniel Hugo. Derecho de Menores. 4ª Edición Actualizada y Ampliada. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1.994.
11. ETCHEBERRY COURT, Leonor. Los Derechos y Obligaciones entre Padres e Hijos y la Patria Potestad. En: El Nuevo Estatuto Filiativo y las Modificaciones al Derecho Sucesorio a la luz de las Normas y Principios de la Ley 19.585. Facultad de Derecho, Universidad de Chile; Servicio Nacional de la Mujer. Santiago, Chile, 1.999.
12. FUEYO LANERI, Fernando. Derecho Civil. Tomo VI, Derecho de Familia, volumen III. Imprenta y Litografía Universo S.A., Santiago, Chile, 1.959.
13. GIL, Andrés, FAMA, María, HERRERA, Marisa. Derecho Constitucional de Familia. Tomo I. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2.006.
14. GUZMÁN BRITO, Alejandro. Derecho Privado Romano. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 1.996.
15. GROSMAN, Cecilia P. El Interés Superior del Niño. En: Los Derechos del Niño en la Familia. Dirección de GROSMAN, Cecilia. Seminario de Investigación. Carrera de especialización en Derecho de Familia. Facultad de Derecho UBA. Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1.998.
16. LIRA URQUIETA, Pedro. El Código Civil Chileno y su Época. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile 1.956.

17. LÓPEZ, A. M., MONTÉS, V. L., ROCA, E. Derecho de Familia. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1.997.
18. LÓPEZ FAUNA, Norma. El Derecho del Niño cuyos padres están separados a mantener contacto con ambos progenitores: limitaciones y obstrucciones, en especial motivadas por creencias, ideologías o comportamientos sexuales. En: Los Derechos del Niño en la Familia. Dirección de GROSMAN, Cecilia. Seminario de Investigación. Carrera de especialización en Derecho de Familia. Facultad de Derecho UBA. Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1.998.
19. MIZRAHI, Mauricio Luis. Familia, Matrimonio y Divorcio: Divorcios Causados e Incausados, Acuerdos Conyugales, Liquidación de Bienes, Daños y Perjuicios en el Divorcio, Alimentos, Guarda de los Hijos, Derechos del Niño, Aspectos Procesales, Comunicación Paterno Filial, Operatividad de los Tratados Internacionales. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1.998.
20. MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D' ANTONIO, Daniel Hugo. Derecho de Familia, Tomo III. Rubinzal - Culzone Editores. Buenos Aires, Argentina, 2.001.
21. PARRA BENITEZ, Jorge. Manual de Derecho Civil. Personas, Familia y Derecho de Menores. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1.997.
22. POLAKIEWICZ, Marta. El Derecho de los Niños a una Plena Relación con Ambos Padres. En: Los Derechos del Niño en la Familia. Dirección

de GROSMAN, Cecilia. Seminario de Investigación. Carrera de especialización en Derecho de Familia. Facultad de Derecho UBA. Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1.998.

23. RAMOS PAZOS, René. Derecho de Familia. 3ª Edición Actualizada con la Ley 19.585 y la Ley 19.620 sobre Adopción. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2.000.

24. SCHMIDT HOTT, Claudia y VELOSO, Paulina. La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia. Cono Sur, Santiago, Chile, 2.001.

25. TOMASELLO HART, Leslie y QUINTANILLA, Álvaro. Reformas al Régimen Matrimonial y de Filiación. Edeval, Valparaíso, Chile, 1.981.

26. WEINSTEIN W., Graciela. Autoridad Paterna y Patria Potestad. En: El Nuevo Estatuto de Filiación en el Código Civil Chileno. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. LOM Ediciones, Santiago, Chile, 1.998.

REVISTAS Y DOCUMENTOS.

1. ÁLVAREZ CID, Carlos. Derechos y Obligaciones entre Padres e Hijos, en Particular de la Autoridad Paterna. En: Revista de Derecho. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Nº 204, Año LXVI, Julio - Diciembre de 1.998.

2. CILLERO BRUÑOL, Miguel. El interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño. [en línea]

<http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf> [consulta: 16 Junio 2.006].

3. MAGISTRIS, Gabriela Paula. Evolución de la Relación del Niño con su Familia. Responsabilidad Parental y Concepción del Niño como Sujeto de Derechos. Tensiones y Compatibilidades. XIX Congreso Panamericano del Niño. En: Red Jurídica Europea en Materia Civil y Mercantil. [en línea] <http://www.iin,oea.org/anales_xix_cpn/docs/Presentaciones_ganadores_concurso/Gabriela_Magistris-Argentina/Trabajo_Gabriela_Magistris.doc> [consulta: 02 Junio 2.006].
4. SCHMIDT HOTT; Claudia. La Constitucionalización del Derecho de Familia. En: Revista Jurídica del Perú, Año LIV N° 59, Editora Normas Legales S.A.C., 2.004. Trujillo, Perú.
5. TRONCOSO LARRONDE, Hernán. Patria Potestad. En: Revista de Derecho. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, N° 204, Año LXVI, Julio - Diciembre de 1.998.

CONGRESOS.

1. ÁLVAREZ, Osvaldo Onofre. La Facultad de los Jueces para sustituir a los padres en el ejercicio de los derechos inherentes a la Patria Potestad solo se justifica cuando se ameritan elementos que manifiestamente se revelan como peligrosos para los menores. En: X Congreso Internacional de Derecho de Familia: “El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas”. (10º: 20 - 24 de Septiembre de 1.998: Mendoza, Argentina).

2. BARLETTA VILLARÁN, María Consuelo. Los Efectos Jurídicos de la Separación Judicial y Divorcio por Causal en la Patria Potestad. En: XII Congreso Internacional de Derecho de Familia. “El Derecho de Familia ante los Retos del Nuevo Milenio”. 25 Años de Derecho Familiar (1977 - 2002) (12º: 22 - 27 de Septiembre de 2.002: La Habana, Cuba).
3. BARLETTA VILLARÁN, María. La Patria Potestad y el Rol Garante de los Padres. En: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia. (13º: 18 - 22 de Octubre de 2.004: Sevilla y Huelva: España).
4. BASILE VALLE, Carlos Alberto. El Ejercicio de la Autoridad de los Padres: Dualidad o Unitarismo. En: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia. (13º: 18 - 22 de Octubre de 2.004: Sevilla y Huelva: España).
5. BASSO, Silvina Mariana. La Participación de los Niños, Niñas y Adolescentes en los Procesos de Familia. En: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia. (13º: 18 - 22 de Octubre de 2.004: Sevilla y Huelva: España).
6. CASTAÑEDA RIVAS, María Leoba. Naturaleza Jurídica de los Poderes y Deberes en el Derecho de Familia En: XII Congreso Internacional de Derecho de Familia. “El Derecho de Familia ante los Retos del Nuevo Milenio”. 25 Años de Derecho Familiar (1.977 - 2.002) (12º: 22 - 27 de Septiembre de 2.002: La Habana, Cuba).
7. CÁSERES GLOVER, Ana Carolina y VALENZUELA, Ana Laura. Patria Potestad y Alimentos Una Visión Machista pero Necesaria. En: VIII

Congreso Latinoamericano de Derecho Privado. En Homenaje al Profesor Roberto López Cabana. (7º: 7 - 9 de Junio de 2.001: Buenos Aires, Argentina) Ponencias. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Centro de Estudiantes de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, Argentina, 2.001.

8. DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen. Los Principios que Informan el Derecho de Familia Chileno: Su Formulación Clásica y Su Revisión Moderna. En: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia. (13º: 18 - 22 de Octubre de 2.004: Sevilla y Huelva: España).
9. DUQUE MARTÍNEZ, Ingrid. La Autonomía Privada en el Derecho de Familia. En: XII Congreso Internacional de Derecho de Familia. “El Derecho de Familia ante los Retos del Nuevo Milenio”. 25 Años de Derecho Familiar (1977 - 2.002) (12º: 22 - 27 de Septiembre de 2.002: La Habana, Cuba).
10. GALLI FIANT, María Magdalena. Familia Monoparental (progenitor solo con hijos). La Preferencia Materna para la Convivencia con los Hijos Menores de Cinco Años. En: X Congreso Internacional de Derecho de Familia: “El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas”. (10º: 20 - 24 de Septiembre de 1.998: Mendoza, Argentina).
11. GÓMEZ, María Florencia. Régimen de Patria Potestad: Ley 23.264. En: VIII Congreso Latinoamericano de Derecho Privado. En Homenaje al Profesor Roberto López Cabana. (7º: 7 - 9 de Junio de 2.001: Buenos Aires, Argentina) Ponencias. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Centro de Estudiantes de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, Argentina, 2.001.

12. GONZÁLEZ, África. La Privación de la Patria Potestad: Drogodependencia y Privación de la Patria Potestad. En: XII Congreso Internacional de Derecho de Familia. "El Derecho de Familia ante los Retos del Nuevo Milenio". 25 Años de Derecho Familiar (1.977 - 2.002) (12º: 22 - 27 de Septiembre de 2.002: La Habana, Cuba).
13. GROISMAN, Eliana G. y HARARI, Sofía P. La Fijación de Domicilio del Hijo: Hacia una Coparentalidad. En: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia. (13º: 18 - 22 de Octubre de 2.004: Sevilla y Huelva: España).
14. JIMÉNEZ CARRASCO, Isabel. La Familia Patriarcal y las Nuevas Formas Familiares: ¿Autoritarismo Frente a Democracia Interna? En: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia. (13º: 18 - 22 de Octubre de 2.004: Sevilla y Huelva: España).
15. LOYARTE, Dolores y ROTONDA, Adriana Esther. Los Principios Jurídicos en la Familia de Nuestros Días. La Igualdad (acciones positivas). En: X Congreso Internacional de Derecho de Familia: "El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas". (10º: 20 - 24 de Septiembre de 1.998: Mendoza, Argentina).
16. MORALES L., Georgina. Las Relaciones Paterno - Filiales bajo el Régimen de la Patria Potestad en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. En: XII Congreso Internacional de Derecho de Familia. "El Derecho de Familia ante los Retos del Nuevo Milenio". 25 Años de Derecho Familiar (1.977 - 2.002) (12º: 22 - 27 de Septiembre de 2.002: La Habana, Cuba).

17. MORALES L., Georgina. El Interés Superior del Niño en materia de Instituciones Familiares. En: XII Congreso Internacional de Derecho de Familia. "El Derecho de Familia ante los Retos del Nuevo Milenio". 25 Años de Derecho Familiar (1.977 - 2.002) (12º: 22 - 27 de Septiembre de 2.002: La Habana, Cuba).
18. NUÑEZ TRAVIESO, Belkis Caridad. Disquisiciones Teóricas acerca del Instituto de la Patria Potestad en Cuba. En: XII Congreso Internacional de Derecho de Familia. "El Derecho de Familia ante los Retos del Nuevo Milenio". 25 Años de Derecho Familiar (1.977 - 2.002) (12º: 22 - 27 de Septiembre de 2.002: La Habana, Cuba).
19. PETRINO, Claudia Vanesa. Patria Potestad: El Derecho de Corrección de los Padres y su Abuso. En: VIII Congreso Latinoamericano de Derecho Privado. En Homenaje al Profesor Roberto López Cabana. (7º: 7 - 9 de Junio de 2.001: Buenos Aires, Argentina) Ponencias. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Centro de Estudiantes de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, Argentina, 2.001.
20. POLAKIEWICZ, Marta. El Derecho de los Hijos a la Parentalidad. En: X Congreso Internacional de Derecho de Familia: "El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas". (10º: 20 - 24 de Septiembre de 1.998: Mendoza, Argentina).
21. RADABÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, Fuensanta. Régimen de Atribución del Ejercicio de la Patria Potestad en los supuestos que los Padres no Conviven. En: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia. (13º: 18 - 22 de Octubre de 2.004: Sevilla y Huelva: España).

22. RAMIREZ PATIÑO, Eduardo. Principios del Derecho Familiar. En: XII Congreso Internacional de Derecho de Familia. “El Derecho de Familia ante los Retos del Nuevo Milenio”. 25 Años de Derecho Familiar (1.977 - 2.002) (12º: 22 - 27 de Septiembre de 2.002: La Habana, Cuba).
23. SÁNCHEZ- CALERO ARRIBAS, Blanca. Algunas Consideraciones sobre la Rehabilitación de la Patria Potestad. En: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia. (13º: 18 - 22 de Octubre de 2.004: Sevilla y Huelva: España).
24. SERRANO GIL, Alfonso. El Derecho del Progenitor no Guardador. En: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia. (13º: 18 - 22 de Octubre de 2.004: Sevilla y Huelva: España).
25. TAPIA MEJÍA, Juan. La Voluntad del Menor sería determinante para resolver su situación jurídica, en base a que “Los Menores No Quieren Decir, Sino Dicen”. En: XII Congreso Internacional de Derecho de Familia. “El Derecho de Familia ante los Retos del Nuevo Milenio”. 25 Años de Derecho Familiar (1.977 - 2.002) (12º: 22 - 27 de Septiembre de 2.002: La Habana, Cuba).
26. TAPIA MEJÍA, Juan. Eficacia Jurídica para Regular la Guarda y Custodia y la Convivencia de Hijos de Padres Separados. En: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia. (13º: 18 - 22 de Octubre de 2.004: Sevilla y Huelva: España).

27. VELAZQUEZ, Alejandra Claudia. La Tenencia Compartida y El Interés Superior del Niño. En: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia. (13º: 18 - 22 de Octubre de 2.004: Sevilla y Huelva: España).

28. VELOSO VALENZUELA, Paulina. Nuevos Principios del Derecho de Familia en función, principalmente, de la Normativa Internacional que emana de los Tratados de Derechos Humanos. En: X Congreso Internacional de Derecho de Familia: “El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas”. (10º: 20 - 24 de Septiembre de 1.998: Mendoza, Argentina).

TEXTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES (DEROGADOS, VIGENTES Y PROYECTOS) NACIONALES.

1. Código Civil. 16ª edición oficial, aprobada por Decreto N° 838, de 20 de Octubre de 2.004, del Ministerio de Justicia. Editorial Jurídica de Chile, 2.005.
2. Constitución Política de la República de Chile. Edición oficial aprobada por Decreto N° 100 de 17 de Septiembre de 2.005 del Ministerio de Secretaría General de la Presidencia. Editorial Jurídica de Chile, 2.005.
3. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Texto Promulgatorio, Decreto N° 789. Diario Oficial N° 33.542, de 9 de Diciembre de 1.989.
4. Convención sobre los Derechos del Niño. Texto Promulgatorio, Decreto N° 830. Diario Oficial N° 33.779, de 27 de Septiembre de 1.990.

5. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Texto Promulgatorio, Decreto N° 873. Diario Oficial N° 33.860, de 5 de Enero de 1.991.
6. Decreto Ley N° 328. Regula la Capacidad Legal de la Mujer. Diario Oficial N° 14.128, de 16 de Marzo de 1.925.
7. Ley N° 5.521. Iguala a la Mujer Chilena ante el Derecho. Diario Oficial N° 17.048, de 19 de Diciembre de 1.934.
8. Ley N° 7.612. Introduce diversas modificaciones al Código Civil. Diario Oficial N° 19.688, de 21 de Octubre de 1.934.
9. Ley N° 10.271. Introduce diversas modificaciones al Código Civil. Diario Oficial N° 22.217, de 2 de Abril de 1.952.
10. Ley N° 18.802. Modifica el Código Civil, el Código de Comercio y la Ley N° 16.618. Diario Oficial N° 31.286, de 9 Junio de 1.989.
11. Ley N° 19.585. Reforma al Código Civil. Diario Oficial N° 36.197, de 26 de Octubre de 1.998.
12. Ley N° 19.968. Crea los Tribunales de Familia. Diario Oficial N° 37.949, de 30 de Agosto de 2.004.
13. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Texto Promulgatorio, Decreto N° 778. Diario Oficial N° 33.360, de 29 de Abril de 1.989.

14. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Texto Promulgatorio, Decreto N° 326. Diario Oficial N° 33.382, de 27 de Mayo de 1.989.
15. Proyecto de Ley que modifica Normas sobre Patria Potestad. Boletín N° 3592 - 18. Biblioteca del Congreso Nacional. [en línea] <<http://www.bcn.cl>> [consulta: 28 Junio 2.006].
16. Proyecto de Ley de Protección de Derechos de la Infancia y Adolescencia. Mensaje N° 309 - 352. Biblioteca del Congreso Nacional. [en línea] <<http://bcn.cl>> [consulta: 28 Junio 2.006].

TEXTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES EXTRANJEROS.

1. Código Civil de la República Argentina. [en línea] <http://www.jusneuquen.gov.ar/share/legislacion/leyes/codigos_nacionales/CC_aindice.htm?dir=leyes/leyes_nacionales> [consulta: 03 Agosto 2.006].
2. Código Civil Bolivia. [en línea] <<http://www.cajpe.org.pe/InformacionporPaises01.htm>> [consulta: 04 Agosto 2.006].
3. Código Civil de Colombia. [en línea] <http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/C_CIVIL.HTM> [consulta: 04 Julio 2.006].

4. Código Civil de Ecuador. [en línea] <<http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/Pjudicial2.1.htm>> [consulta: 28 Junio 2.006].
5. Código Civil de España. [en línea] <<http://www.lgsap.map.es/cia/dispo/25299.htm>> [consulta: 03 Agosto 2.006].
6. Código Civil de Panamá. [en línea] <www.latinlaws.com/legislacion/modules/mylinks/viewcat.php?cid=269> [consulta: 05 Agosto 2.006].
7. Código Civil de Perú. [en línea] <<http://www.minjus.gob.pe/spij/>> [consulta: 03 Agosto 2.006].
8. Código Civil de Venezuela. [en línea] <<http://www.cajpe.org.pe/InformacionporPaises.htm>> [consulta: 03 Agosto 2.006].
9. Código de la Familia de Bolivia. [en línea] <<http://www.cajpe.org.pe/InformacionporPaises.htm>> [consulta: 04 Agosto 2.006].
10. Código del Niño, Niña y Adolescente de Bolivia. [en línea] <<http://www.cajpe.org.pe/InformacionporPaises.htm>> [consulta: 04 Agosto 2.006].

11. Código del Menor de Colombia. [en línea]
<<http://www.cajpe.org.pe/InformacionporPaises.htm>> [consulta: 04 Julio 2.006].
12. Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador. [en línea]
<<http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/Pjudicial2.1.htm>> [consulta: 28 Junio 2.006].
13. Código de la Familia de Panamá. [en línea]
<<http://www.biblioteca.jus.gov.ar/Codigo-Familia-Panama.html>>
[consulta: 05 Agosto 2.006].
14. Código de los Niños y Adolescentes de Perú. Ley N° 27.337 [en línea]
<<http://www.cajpe.org.pe/InformacionporPaises.htm>> [consulta: 03 Agosto 2.006].
15. Constitución Política de Argentina. [en línea]
<http://jusneuquen.gov.ar/share/legislacion/leyes/codigos_nacionales/CC_aindice.htm?dir=leyes/leyes_nacionales> [consulta: 28 Junio 2.006].
16. Constitución Política de Bolivia. [en línea]
<<http://www.cajpe.org.pe/InformacionporPaises.htm>> [consulta: 04 Agosto 2.006].
17. Constitución Política de Colombia. [en línea]
<<http://www.cajpe.org.pe/InformacionporPaises.htm>> [consulta: 04 Julio 2.006].

18. Constitución Política de Ecuador. [en línea] <<http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/Pjudicial2.1htm>> [consulta: 28 Junio 2.006].
19. Constitución Política de España. [en línea] <<http://www.la-moncloa.es/Espana/EIEstado/LeyFundamental/default.htm>> [consulta: 28 Junio 2.006].
20. Constitución Política de Panamá. [en línea] <<http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/temas/youth/legisl/pan/i/index.htm>> [consulta: 05 Agosto 2.006].
21. Constitución Política de Perú. [en línea] <<http://www.minjus.gob.pe/spij/>> [consulta: 03 Agosto 2.006].
22. Constitución Política de Venezuela. [en línea] <<http://www.cajpe.org.pe/InformacionporPaises.htm>> [consulta: 03 Agosto 2.006].
23. Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de Venezuela. [en línea] <<http://www.cajpe.org.pe/InformacionporPaises.htm>> [consulta: 03 Agosto 2.006].