

UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Escuela de Derecho

“EVOLUCION HISTORICA DE LOS
PRINCIPIOS DE DERECHO DE
FAMILIA. EL PRINCIPIO DEL
INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR
EN EL SIGLO XX”.

Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

KARIN ANDREA PEREZ LEICHTLE

Profesor Guía: SEÑOR ALDO TOPASIO F.
Profesor Informante: SEÑOR HORACIO NAVARRO M.

VALPARAISO, CHILE 2007.

INDICE

CAPÍTULO PRIMERO: “LOS PRINCIPIOS QUE INSPIRAN EL DERECHO DE FAMILIA”.

I. CONSIDERACIONES GENERALES.

1. Los Principios del Código Civil página 1.
2. La Omnipotencia de la Ley página 2.
3. Igualdad ante la Ley página 6.
4. Constitución Cristiana de la Familia y su Protección.....página 9.

II. PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL DERECHO DE FAMILIA.

- a. Diferenciar un régimen jurídico de otro página 22.
- b. Interpretar normas jurídicas página 23.
- c. Resolver los conflictos jurídicos planteados ante tribunales
..... página 23.
- d. Plantear Modificaciones Legislativas..... página 23.
- e. Otros Principios página 23.

CAPÍTULO SEGUNDO: “EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO”.

1. VIGENCIA EN CHILE DE LA CONVENCIÓN página 26.
2. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN NUESTRA LEGISLACIÓN página 27.
 - a) Los Derechos Civiles página 27.
 - b) Los Derechos Penales página 30.
 - A) Infractores Ley Penal..... página 31.
 1. Disposiciones Constitucionales página 31.
 2. Normativa del Código Penal página 31.
 3. Normativa del antiguo Código de Procedimiento Penal

	página 31.
	B) Para los Menores Inimputables.....	página 32.
c)	Los Derechos Humanitarios	página 32.
d)	Los Derechos Sociales, económicos y culturales ...	página 32.
3.	EFICACIA PRÁCTICA DE LA CONVENCIÓN EN LA OPERATIBILIZACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR	página 36.
a)	Los Derechos Civiles	página 36.
b)	Los Derechos Penales	página 41.
c)	Los Derechos Humanitarios	página 42.
d)	Los Derechos Sociales, económicos y culturales ...	página 42.
4.	EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL DERECHO LABORAL	página 50.
	A) Limitaciones que se establecen en la Ley para el trabajo que realizan los menores de dieciocho años	página 53.
	B) El trabajo de los menores de quince años y mayores de catorce años	página 54.
	C) Trabajo de los menores de catorce años	página 55.
	Atribuciones del Inspector del Trabajo	página 56.

CAPÍTULO TERCERO: “EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL DERECHO COMPARADO”.

1.-	Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador ...	página 59.
2.-	Regulación Internacional del Principio del Interés Superior del Niño	página 61.
a)	Marco General	página 61.
b)	Adopción Internacional	página 61.
c)	Restitución Internacional	página 63.
d)	Otras Convenciones en materia de Protección de la Infancia	página 65.
3.-	Regulación Interna del Principio Interés Superior del Niño	página 66.

4.-	Caso del Balserito Cubano: Elián González	página 68.
	Conclusión Caso Planteado	página 71.
5.-	Sentencia sobre Determinación de la Titularidad del Cuidado Personal de los Hijos Menores (Corte de Apelaciones de Santiago)	página 74.
6.-	Comentario	página 77.

CAPÍTULO CUARTO: “EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN DERECHO INTERNACIONAL Y SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO INTERNO”.

1.	Introducción	página 80.
2.	Evolución Histórica de la Convención	página 80.
3.	Marco Conceptual	página 81.
4.	Legislación Argentina	página 82.
5.	La realidad Legislativa en América Latina	página 83.
6.	Jurisprudencia Argentina. Aspectos Generales	página 83.
	a) Principios Sostenidos en Tribunales	página 84.
	b) Sustracción Internacional de Menores	página 84.
	c) Adopción en Argentina. Un fallo de interés	página 87.
	d) Tenencia Provisoria	página 88.
	e) Guarda Compartida	página 88.
7.	Conclusión	página 89.

BIBLIOGRAFÍA	página 90.
--------------------	------------

CAPÍTULO PRIMERO: “LOS PRINCIPIOS QUE INSPIRAN EL DERECHO DE FAMILIA”.

I. CONSIDERACIONES GENERALES.

1. Los principios del Código Civil.

Las ideas dominantes que dieron el carácter al Código Civil, coinciden con el pensamiento europeo de la época, pero en más de un aspecto se separaron de la corriente tradicional española. Sabemos del eclecticismo de Bello y de sus colaboradores, lo que permitió ordenar las materias según el modelo francés donde se copian o adoptan muchos preceptos.

A través de las fuentes españolas y francesas sobrevivió el derecho romano, siendo digno de observar que conociendo Bello la obra célebre de Martínez Marina, “Ensayo histórico crítico sobre la legislación”, no aprovechó casi en nada sus referencias a la legislación foral, y se mantuvo fiel a las Partidas, cauce por el cual llegaron a España los textos romanos. A esas fuentes agregaron los comentarios de los jurisconsultos en boga y los códigos más reputados de aquel tiempo.

A nuestro mi, los principios jurídicos que informaron la obra codificadora de Bello y que sirven de base para consolidar lo que será más tarde el subprincipio del interés superior del menor son: la omnipotencia de la ley; la igualdad de todas las personas ante la ley; la constitución cristiana de la familia y su protección; el respecto y la ayuda a la propiedad individual, y la libertad de contratar como norma de creación jurídica obligatoria.¹

La extensión que iba a darse a estos principios marcó el grado de prudencia de los redactores del Código Civil. Es indubitable que no que no llegaron jamás a extremos que hubieran desencadenado reacciones ni quisieron implantar las reformas de una manera brusca atropellando conveniencias. Tampoco crearon un sistema legal que se pusiera de inmediato en pugna con todo el derecho vigente y que hubiera obligado a alteraciones políticas o económicas. Por el contrario, la tarea codificadora de Bello constituyó una prolongación de la obra política de 1833. La misma filosofía es la que da vigor a la Carta Fundamental de ese año, a leyes patrias que la siguen y al Código Civil. Del mismo modo

¹ Sigo en esta parte el criterio de Lira Urquieta, Pedro, en: “El Código Civil Chileno y su Época, A. Bello, Stgo., 1962.

como en la actual Constitución Política de 1980 se advierten los principios del Orden Público Económico del liberalismo comercial.

2. La Omnipotencia de la Ley.

Dentro del sistema político instaurado en 1833 la ley era omnipotente. Cabría afirmar, que ella no podía vulnerar el texto constitucional, el cual, para ser reformado, exigía condiciones rigurosas. Indudablemente los legisladores aceptaron esta limitación aún cuando no hablaron de lo que hoy se denomina inconstitucionalidad de las leyes. La definición del artículo primero del Código Civil tampoco hace referencia a ella: se detiene en la exigencia de la forma para excluir los antiguos decretos-leyes de la administración Prieto y que cien años después volverían a tener apogeo entre nosotros. El texto dice así: *“La ley es una declaración de la voluntad soberana, que manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”*. Se aproxima la definición a la contenida en el Código de la Luisiana, que su parte decía: *“La ley es una declaración solemne de la voluntad legislativa. La ley manda, permite y declara penas y premios”*.

Pero ya no hay soberano ni monarca que dicte la ley y que la cambie a su parecer. El artículo 4º del viejo Código Sardo decía: *“El poder legislativo reside únicamente en el Rey”*. Igual principio, aunque no formulado así ni siquiera por escrito, existía en la antigua monarquía española. El sustituto, empero, del monarca, no iba a ser el Presidente de la República, por grandes que fueren los poderes que le otorgó la Constitución: el sustituto iba a ser ente abstracto denominado ley.

El Código Civil rinde culto fervoroso a la ley. Ella, y no las personas que intervienen en su elaboración, recibirá los honores y esos honores redundarán en provecho de los jueces que la aplican, de los funcionarios que la hacen cumplir y de los ciudadanos que la obedecen. A la inversa, el rigor y la pena caerán sobre las personas que la violan o la dejan incumplida. En esta especie de religión de la ley se fundamentó el sistema portaliano el cual alcanzaría su perfeccionamiento bajo el gobierno férreo de Montt y de Varas.

Volviendo al texto transcrito, que abre la marcha del numeroso articulado del Código, podemos ver que inmediatamente a su continuación viene el precepto del artículo segundo que quita a la costumbre por larga y

beneficiosa que fuere, el valor obligatorio. Sólo valdrá la costumbre como norma de derecho cuando la ley se remita a ella. De una plumada quedaron, así, derogadas las viejísimas normas del Derecho Canónico y de algunas leyes españolas que en determinados casos atribuían fuerza de ley a la costumbre.

Pero no se detiene aquí la omnipotencia de la ley. No quiere que los jueces, aún en forma reducida, compartan su imperio como ocurría y ocurre en el sistema jurídico anglo-sajón. Sólo toca al legislador, nos adoctrina en el artículo tercero, explicar e interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio y las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren. Los Tribunales, es cierto, podrán hacer notar los vacíos que encuentren en las leyes (artículo 5º) y los representarán al Presidente de la República, pero no pueden dictar normas obligatorias en silencio de la ley. Nos atrevemos a agregar que ni aún podrán dictar sentencia en ese evento, porque en el Código Civil falta un precepto similar al artículo cuatro francés, omisión que miramos como harto significativa. En el Código modelo, el artículo cuarto nos dice que el juez puede ser acusado como reo de denegación de justicia si se niega a dar sentencia a pretexto del silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley. En su hermoso discurso sobre la materia el expositor Juan Esteban Portalis (1745 – 1807), habría dicho: *“Habrá, pues, indudablemente, una multitud de circunstancias en que el magistrado se hallará sin ley. En semejantes casos conviene dejar al mismo la facultad de suplirla por las luces naturales, por lo que le inspiren el buen sentido y la razón”*. Y poco más adelante añade: *“Cuando la ley calla, la razón habla”*. Y defendiendo la equidad se expresa en estos términos. *“Esta equidad, pues, es el verdadero complemento de la legislación y sin la cual el ministerio del juez en el mayor número de los casos sería imposible”*. Como es natural, pone límites el mismo Juan Esteban Portalis a esta autoridad judicial, no permitiéndole que expida Reglamentos, lo que ocurriría en el hecho si un fallo tuviera fuerza obligatoria en otros casos análogos. De ahí el precepto francés del artículo quinto que prohíbe a los jueces fallar las causas por vía de disposición general o reglamentaria. Análogo precepto encontramos en el artículo 12 del Proyecto de Florencio García Goyena (1783 – 1855); en su comentario se citan los ejemplos de los Códigos de Cerdeña, de Holanda y de Austria y las máximas romanas. Pero agrega

que en las Partidas el juez que encontraba un vacío de la ley podía suspender su decisión remitiendo el caso al Rey, disposición que García Goyena encuentra inaplicable en los tiempos modernos en que la ley la hacen el Gobierno con el Parlamento y su despacho necesariamente demora. Por eso defiende a la equidad como suplemento de la ley.

Es curioso que en el Proyecto de 1853 se pusiera un artículo, el cuarto, que tomaba en cuenta estas observaciones. “*En materias civiles -decía- a falta de ley escrita o de costumbre que tenga fuerza de ley, fallará el juez conforme a lo que dispongan las leyes para objetos análogos, y a falta de éstas, conforme a los principios generales del derecho y de equidad natural*”. No hallamos esta norma en el Código Civil. Posiblemente Bello o la Comisión dejó entregada la cuestión a la Ley Orgánica de Tribunales, la cual aún hoy contiene una regla que obliga, en todo caso, al juez a fallar.

Es cierto que entre las reglas de interpretación de la ley, dictadas para los jueces, se invoca en última instancia “al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”. Pero la redacción del texto indica que esas reglas las deberá tener presentes el juez, para fallar, interpretando “los pasajes oscuros y contradictorios de las leyes”, no para sentar doctrina en ausencia de la ley.

El autor del Código Civil miró con desconfianza a los jueces, fue un enemigo resuelto del llamado hoy Derecho libre. A lo largo del articulado podrá verse que sólo en contadas ocasiones deja al arbitrio del juez la resolución de un problema: lo que quiere es que el juez aplique la ley y que no se salga de ella por ningún pretexto ni a ningún título.

Tampoco el Poder Ejecutivo, por grandes que sean sus facultades, podrá salirse de la ley. Le costaría al Presidente de la República o a sus ministros una acusación constitucional. Con todo, puede el Jefe de Estado dictar, en uso de su potestad reglamentaria, los reglamentos accesorios de la ley y que señalen la manera de aplicarla. Generalmente el Código habla de ordenanzas que para tal o cual efecto puede expedir el Presidente de la República; véanse los artículos 598, 603 (sólo a modo de ejemplo, ordena: “ *No se podrán sacar canales de los ríos para ningún objeto industrial o doméstico , sino con arreglo a las leyes u ordenanzas*

respectivas”) y 1923, entre otros. Las Municipalidades también gozan de este favor pero tratándose tan sólo de ordenanzas o reglamentos que recaigan sobre materias comprendidas en la ley sobre Municipalidades, rigiendo entonces la del año 1842.

Al Presidente de la República le corresponde, además, otra función relacionada con las leyes; la de promulgarlas y en la forma que establece el artículo 6º.

Esta ley, debidamente dictada y promulgada, pasa a ser obligatoria para todos una vez vencido el plazo indicado para su conocimiento, en el artículo 7º. Y de tal manera es obligatoria dentro del territorio de la República que han de obedecerla chilenos y extranjeros (artículo 14). Con respecto a los chilenos su obligatoriedad puede traspasar las fronteras tratándose de ciertas leyes (artículo 15).

La vigencia de la ley es indefinida. Sólo una ley revocatoria puede derogarla de tal manera que ni su falta de aplicación ni una costumbre envejecida le harán perder su valor. Tal es la duración y el poder de la ley. Cuando el legislador quiere significar la fuerza que de una convención libremente pactada quiere atribuirle nos dice, en el artículo 1545, que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes”. Nos encontramos términos más vigorosos y decisivos que “tratantes”. No encontré términos más vigorosos y decisivos que estos, al establecer en este precepto el principio de la autonomía de la voluntad.

Pero esta omnipotencia de la ley -que en regímenes democráticos, en concepto de Ripert, causa alarma- tuvo para el legislador del Código Civil límites infranqueables, si bien no perceptibles a primera vista. Los gobernantes y los legisladores tenían, desde luego y en su unanimidad o su casi unanimidad, el freno religioso, a la época, fortísimo. El Derecho Natural clásico mantenía entonces su vigor y la mayor parte de sus mandamientos figuraban en las garantías constitucionales consagradas. Atendidas las circunstancias y lo reducido que era el cuerpo electoral, sujeto casi del todo a la voluntad gobernante, no era fácil que se cambiara la Carta Fundamental ni que se alterara la mayoría parlamentaria. El Poder Legislativo no iba a abusar de sus facultades, como efectivamente

no abusó. Si las revoluciones hubieran llegado a triunfar, entonces si que la omnipotencia de la ley hubiera podido ser lamentada.

3. Igualdad ante la Ley.

Las ideas igualitarias que propagó la Revolución Francesa encontraron fácil cabida en el Código Napoleón. Escritores de tendencias tan diferentes como Montesquieu y Volney coincidían en esto: “El amor de la democracia - había escrito el primero - es el amor de la igualdad” y el segundo proclamaba el “santo dogma de la igualdad”. Los preceptos 7 y 8, primeramente, y muchos que le siguen, acogieron en las leyes civiles esos principios de igualdad. Los hombres todos nacen iguales y gozan de los mismos derechos, no alterando esa igualdad ni la sangre ni el oficio; todos, sin distinción alguna, quedan sometidos a las mismas leyes y podrán ejercitar los mismos derechos. La creación de la nobleza napoleónica introdujo una primera brecha a este furor igualitario obligando a modificar el artículo 896 del Código Civil sobre prohibición de sustituciones. Más grave fue el intento de la Restauración de favorecer los títulos restableciendo los mayorazgos. Pero la reacción liberal de 1830 logró limitar los mayorazgos y suprimir el carácter hereditario en Francia es el aviso que se da al público para que no favorezca con sus votos al candidato político que lo ostenta.

La Constitución Española, a la época en que fue compuesto nuestro Código Civil, tenía preceptos análogos a los de la Carta Francesa de 1830. en verdad la nobleza conservaba sólo preeminencias de honor y uno que otro pequeño privilegio. Ya la Real Cédula de 14 de mayo de 1789 había detenido la fundación de nuevos mayorazgos y las ideas libertarias e igualitarias francesas había hecho mucho camino. El Proyecto de García Goyena recogía esas aspiraciones al decir: “*Las leyes no reconocen en el orden civil distinciones de nacimientos ni diferencias de condiciones sociales*”. En su comentario, el magistrado español se lamenta de que todavía rijan tales diferencias para cruzarse en las órdenes militares. Como un dato ilustrativo y curioso tomamos del Febrero Novísimo de Tapia, los privilegios de que gozaban a la sazón los nobles, diferenciándolos de los plebeyos, a quienes se llamaba en conjunto, el común. Eran nobles los que por sangre o por distinción real gozaban de tal favor, con derecho a transmitirlo, y eran, además, nobles personales los graduados en las Universidades de Salamanca y de

Valladolid, de Alcalá de Henares y de Bolonia. Sus privilegios de carácter civil eran estos:

- 1º. Franquicia de tributos correspondientes a pecheros, aun respecto de los bienes que compraren a éstos;
- 2º. No podían ser encarcelados por deudas a menos que hubieren sido arrendadores o recaudadores de tributos reales o que esas deudas provinieran de delito a cuasidelito, y en tal caso debían estar en cárcel separada de la de los plebeyos;
- 3º. No podían serles embargados sus casas, caballos, mulas y armas por deudas,
- 4º. No podían ser puestos a tormentos;
- 5º. No podían ser obligados a desdecirse cuando injuriaren a otro, si bien podían sufrir otras penas, y
- 6º. como curioso privilegio podían usar pistolas de arzón cuando iban montados en caballo y en traje decente interior. Tales privilegios, según se ve, no eran considerables. Pero el fuero eclesiástico daba otros a los sujetos a él, y es posible que, en general, la situación de los privilegiados haya sido entonces, y de hecho, mejor de la que aparecía en las leyes.

A diferencia de lo que ocurría en Francia y en España, la posición de la nobleza era mucho más sólida en Inglaterra y en las monarquías alemanas y nórdicas. Los redactores del Código Civil tuvieron que inspirarse en los ejemplos latinos, y yendo más allá, en el ejemplo de la República esencialmente democrática, los Estados Unidos de Norteamérica.

Por lo demás, el problema había sido ya resuelto en sentido democrático e igualitario en la Carta de 1833. El artículo 12 de su texto nos decía que en Chile no hay clase privilegiada, que ella aseguraba a todos los habitantes de la República la igualdad ante la ley. Más adelante, su artículo 132 prescribía que en Chile no hay esclavos y que cualquiera que pisare su territorio quedaba libre. En cuanto a las vinculaciones -pedestal necesario de la nobleza hereditaria- su artículo 162 nos declaraba que ellas eran permitidas, pero sin dañar la libre circulación de las propiedades afectadas, lo que se reglamentaría por medio de una ley especial. La ley de 14 de julio de 1852 estableció el sistema desvinculatorio, y con anterioridad al Código Civil. Las prohibiciones de

los artículos 745 y 769, sobre fideicomiso y usufructos sucesivos, vinieron, pues, a ser corolarios de los preceptos antes citados.

En cuanto a los títulos de nobleza, sabido es que el Director Supremo, don Bernardo O'Higgins, por decreto de 16 de septiembre de 1817, los declaró abolidos y no sin cierta irritación. El texto de esa disposición nos permite afirmarlo: "Queriendo desterrar para siempre – se lee – las miserables reliquias del sistema feudal que ha regido en Chile, y que por efecto de una rutina ciega se conserva, aun en parte contra los principios de este Gobierno, he venido en hacer la declaración siguiente: Todo título, dignidad o nobleza hereditaria queda enteramente abolido; a los antedichos condes, marqueses, nobles o caballeros de tal o cual orden, se prohíbe darles títulos ni ellos podrán admitirlo. Quitarán todo escudo de armas u otro distintivo cualquiera y se considerarán como unos simples ciudadanos. El Estado no reconoce más dignidades ni da más honores que los concedidos por los Gobiernos de América".

Después de lo expuesto se convendrá en que la regla del artículo 56 del Código Civil no envolvía una novedad. Se limitaba a decir que fuese su edad, sexo, extirpe o condición, y agregaba que se dividían en chilenos y extranjeros. El artículo 57 iba a ser más novedoso pues dispone que no se establecen diferencias entre chilenos y extranjeros en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla el Código. Esta norma importaba un avance notable, y con razón ha merecido elogios. Las legislaciones de ese tiempo tendían a un reconocimiento de igualdad análogo pero no se atrevían a formularlo de una manera tan contundente y absoluta. Todavía se hablaba del derecho de "aubaine" y de la "reciprocidad".

Esta igualdad ante la ley tendría efectos no sólo para la adquisición de bienes y de derechos, sino también para la sucesión hereditaria. El legislador francés, como el nuestro, quiso que todos partieran de un mismo punto de partida en la carrera por la vida: al llegar podían existir diferencias notables, pero ellas no eran debidas al nacimiento ni al favor, eran fruto del trabajo y de la inteligencia de cada cual. Con otras palabras, la igualdad se procuró en todo, más sin llegar al derecho de propiedad que se mantuvo y aún se rodeó de favores. Por ahora puede decirse que la tendencia igualitaria se ha proseguido en nuestros días,

tratándose de los hijos de filiación matrimonial, suprimiendo el distingo de los nacidos dentro del matrimonio y dando una mayor igualdad a las oportunidades de los menores. Hoy este tema se estudia en el derecho de familia, que según Ferrara es “el complejo de las normas jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los pertenientes a la familia entre sí y respecto de terceros”. Según Rossel, se denominan derechos de familia las “vinculaciones jurídicas establecidas por ley respecto de los individuos que han contraído matrimonios o se han conocido carnalmente, o que están unidos por parentesco” (Vs. Rossel, Enrique: Manual de derecho de familia, N° 7), tema que abordaremos pormenorizadamente más adelante.

4. LA CONSTITUCIÓN CRISTIANA DE LA FAMILIA Y SU PROTECCIÓN.

El legislador del Código Civil no vaciló en admitir el matrimonio monógamo e indisoluble como la base única de la familia, y por ende, como el fundamento de la sociedad. Su definición del artículo 102 es prueba elocuente: *“El matrimonio es un contrato por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”*².

Es posible imaginar que esa definición, enteramente inspirada en la doctrina católica, fue tomada del artículo 44 del Código Austríaco que reza así: *“Cuando dos personas de sexo diferente contraen matrimonio, declaran por este mismo hecho su intención de vivir en sociedad indisoluble, de procrear hijos, y de prestarse una asistencia mutua”*. En el discurso de Portalis al presentar la ley francesa, si bien se emplean palabras semejantes, se calla lo referente a la indisolubilidad del vínculo. “¿Qué es, pues, el matrimonio en sí e independiente de todas las leyes civiles y religiosas?” se pregunta el célebre jurisconsulto: “Es la sociedad del hombre y de la mujer que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse mutuamente, para llevar juntos el peso de la vida, para comunicarse y confundir sus destinos”. El ilustre consejero, no obstante sus ideas religiosas, se vio forzado a mantener el divorcio vincular establecido por las leyes revolucionarias. Pero a la época en que fue compuesto nuestro Código Civil el divorcio vincular había sido borrado de las leyes francesas, por obra de la Restauración, y no volvería a aparecer

² La nueva Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil no modificó el concepto. Vs. Orrego Acuña, Juan: Análisis de la Nueva Ley de Matrimonio Civil, Metropolitana, Stgo., 2005.

sino muchos años más tarde por efecto de la ley Nacquet, de 1884. en la propia discusión del Código Napoleón el tribuno Carion-Nisas impugnó con vigor la tesis del divorcio vincular defendida por los consejeros Treilhard y Savoie-Rollin.

En el Mensaje del Código Civil se anuncia, sin ambages, que en materia de matrimonio corresponde a la autoridad eclesiástica el derecho de decisión sobre su validez reconociéndose como impedimentos para contraerlo los que han sido declarados tales por la Iglesia Católica. Es la doctrina que expuso el primitivo artículo 103. De manera que el matrimonio válido a los ojos de la autoridad eclesiástica lo era también ante la ley civil, si bien ésta se reservó el derecho de no admitir la dispensa del impedimento entre afines en línea recta (artículo 104). Por cierto que la disolución pronunciada por la autoridad eclesiástica tenía su efecto en la ley civil (artículo 123). La misma autoridad eclesiástica era la encargada de velar por el cumplimiento de las solemnidades del matrimonio, las cuales eran las propias de la Iglesia. Pero esto se refería, al matrimonio entre personas católicas (artículo 117) porque cuidaba el Código, siguiendo los pasos de la Ley de Matrimonio de Disidentes de 1836, de decirnos, en el artículo 118, que los contrayentes de otra religión podían casarse ante el competente sacerdote católico y dos testigos, pero sin cumplir con el rito ni con otras exigencias que las previas sobre impedimentos dirimentes y permiso de ascendientes. Al casarse sólo declaraban que su ánimo era contraer matrimonio o que se reconocían el uno al otro como marido y mujer.

La celebración del matrimonio en el extranjero y sus posibles efectos en Chile aparecen considerados en los artículos 119 y 121, todos ellos concordes con el espíritu religioso de la institución.

En resumen, el legislador de 1855 mantuvo el régimen cristiano del matrimonio que estaba reconocido en la vieja legislación española. Y al hacerlo, mejorando muchas de sus disposiciones, se manifestó de acuerdo con la legislación vigente en la mayor parte de los países europeos y americanos y, sobretudo, concorde con las costumbres fuertemente enraizadas. El matrimonio, a los ojos de los chilenos de ese tiempo era, y con justicia, la piedra angular del edificio social y había que defenderlo y protegerlo en sí y en todas sus consecuencias. De ahí que

aún para celebrarlo se exigiera la autorización paterna y materna o de otros ascendientes o, por último, de un curador cuando los contrayentes tenían menos de veinticinco años, sin que nuestra ley hiciera distinciones entre el novio y la novia en materia de edad, como lo hacía el modelo francés y el Proyecto de García Goyena.

El matrimonio válidamente celebrado quedó como fuente única de la filiación legítima, ya se tratara de los hijos concebidos en él o de los legitimados por matrimonio posterior, los restantes hijos pasaban a ser ilegítimos, si bien se establecieron graduaciones en la ilegitimidad, graduaciones que iban desde la filiación natural hasta la de dañado ayuntamiento.

La familia era protegida de diversas maneras.

Desde luego, el sistema de sociedad conyugal con su igualdad de ganancias permitía una fuerte autoridad marital, de una parte, y de otra, la formación de un patrimonio común. Sólo en los contados casos en que pudiera pedir separación de bienes o divorcio perpetuo le era dado a la mujer escapar a esa tuición marital. Mientras vivía, el marido era el jefe indiscutido, y a su lado ella contribuía a amasar la fortuna que serviría, primeramente, para educar y establecer a los hijos comunes, y después, para la protección del cónyuge sobreviviente. En la gran generalidad de los casos la mujer quedaba favorecida, pues es sabido que ella sobrevivía a su marido y quedaba con bienes apreciables. El moderno sistema de separación total de bienes, tan generalizado en los países sajones, obedece, sin duda, a cambios notables en estas materias.

El minucioso mecanismo de las guardas tuvo en el primitivo Código mayor importancia que la que hoy presenta, pues careciendo la madre legítima de la patria potestad pasaba a ser tutora o curadora. Naturalmente, en ese evento como en muchos otros, la familia legítima venía a ser muy considerada.

El Mensaje no señala las razones que hubo para eliminar a la madre legítima de la patria potestad. Ella correspondió sólo al padre legítimo y sobre los bienes de los hijos de familia, vale decir, los no emancipados. La institución intermedia de la habilitación de edad permitía establecer excepciones provechosas. Pero si la madre quedaba excluida de la patria

potestad – sin razones valederas a nuestro juicio, máxime si se atiende a que la tenía en el Proyecto Español – tomaba ella parte en la autoridad paterna. Los derechos que en punto de educación, a corrección y a establecimiento, concedió la ley al padre legítimo y en su defecto a la madre legítima, fueron eficacísimos y han sido algo mitigados por las recientes reformas. Los artículos 233 y 235 en su texto primitivo estaban a tono con los principios y con las costumbres de esos años. La autoridad familiar se ejercía en forma mucho más amplia que lo que se permite ahora.

Pero en materia testamentaria el jefe de la familia, fuere padre, madre o ascendiente legítimo, no gozaba de gran libertad. El régimen de las asignaciones forzosas se propuso mantener en el círculo de la familia la mayoría de los bienes dejando sólo una escasa parte libre. Se ha sabido que Bello defendía el sistema anglosajón de la libertad de testar por creerlo más conveniente aún para la unidad de la familia, y es curioso que él no fuera aceptado cuando recibía también aplicación en el norte de España, en la región donde imperaban los fueros. Pero a no dudarlo, la legislación castellana estaba muy metida en las costumbres y no fue posible prescindir de ella. El testador, entonces, no quedó con otro instrumento de castigo para el asignatario forzoso indigno que el desheredamiento. Si no lo usaba, sea porque no podía o porque no quería, las tres cuartas partes de sus bienes en la generalidad de los casos tenían que quedar en poder de sus herederos familiares.

El respeto por la familia en la sucesión intestada fue mayor, si cabe: hasta los parientes colaterales dentro del sexto grado inclusive podían ser herederos y sólo en ausencia de ellos se dio entrada al Fisco. Conviene entonces, el grado de parentesco legítimo en la línea transversal o colateral se extendía hasta el grado duodécimo, y en muchas, hasta el décimo. Nuestro Código fue más previsor y más atinado, pues más allá del sexto grado los vínculos de familia son tenuísimos, si es que puede hablarse todavía de vínculos familiares.

Tratándose de hijos naturales y de hijos legítimos el legislador chileno de la época fue severo, como lo era la legislación de ese tiempo y como lo proclamaban las costumbres. Puede decirse que sus preceptos se limitaron a concederles el derecho de alimentos, en mayor grado a los

naturales y en mínima parte a los restantes ilegítimos. El padre o madre natural tenía anexa a la obligación alimenticia la de proporcionar educación primaria y el aprendizaje de una profesión u oficio al hijo (artículo 279). En derecho sucesoral la suerte de los naturales y de los ilegítimos quedaba ligada a la obligación alimenticia y en el resto a la buena voluntad del testador. Si la sucesión era intestada tenían entrada a ella los hijos naturales en defecto de los hijos ilegítimos.

Estos preceptos, tan restrictivos, han sido ahora reformados. Más debe de reconocerse que a la fecha de su implantación correspondían a las ideas en boga. Leyendo a Martínez Marina – autor que Bello conoció – venimos a saber que esa especie de horror con que la legislación española de las Partidas y la que le siguió, miró a los hijos ilegítimos de toda suerte, arranca del siglo XIII; no existió antes en España, y por el contrario, se citan textos de leyes visigóticas y de fueros locales que dieron a tales hijos un tratamiento muy semejante al que reciben en las leyes de nuestros días.

Se colige de todo lo relacionado que el concepto tradicional y cristiano de la familia fue rigurosamente respetado en nuestro Código Civil; que el principio de autoridad fue asimismo mantenido y vigorizado; y que los preceptos que los consagraron estuvieron en consonancia con las ideas y con las costumbres que imperaban a la sazón.

En relación al concepto de matrimonio contenido en el Código Civil y la Ley Nº 19.947, es necesario precisar que el legislador optó por no alterar el tenor del artículo 102 del Código Civil, que al definir el matrimonio, dice que *“es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”*. Habría que preguntarse si puede todavía mantenerse en pié esta definición, después de haber incorporado en la ley de divorcio con disolución del vínculo. En principio, podría sostenerse que el matrimonio sigue siendo indisoluble, en el sentido que no admite este contrato su resolución, o sea, no puede terminar por el solo acuerdo de los contratantes (según veremos, el divorcio, aún aquel pedido de común acuerdo por los cónyuges, exige probar el cese de la convivencia por cierto plazo, de manera que no basta con el solo consentimiento de los cónyuges). Con todo, creemos que la expresión

“indisolublemente, y por toda la vida”, no es ya de la esencia del contrato. Es cierto que dicha frase responde a una aspiración que todos los cónyuges tienen en mente al contraer matrimonio, pero claramente no debió mantenerse en nuestro Código Civil, desde el momento que aceptamos el divorcio vincular. Se podría concluir que en la parte citada, la definición ha sido tácitamente derogada. En este sentido, recordemos que el artículo 52 del Código Civil establece la derogación de la ley es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior. El profesor Javier Barrientos Grandón, no es de la misma opinión. Estima que el matrimonio continúa siendo indisoluble, ya que hubo una voluntad legislativa expresa en orden a no alterar el artículo 102 del Código Civil, acreditada en la historia fidedigna del establecimiento de la ley. Agrega que la calificación de indisoluble del matrimonio se relaciona directamente con la necesaria seriedad del consentimiento matrimonial, ya que si el consentimiento se prestare prescindiendo de tal intención de indisolubilidad, podría materializarse una causal de nulidad del matrimonio, quizá vinculada con el error en la cualidad personal del cónyuge que no pretendía un matrimonio indisoluble, o por la eventual carencia de suficiente juicio en el compromiso. Sostiene el profesor Barrientos que podría distinguirse entre una indisolubilidad “intrínseca” y otra “extrínseca” del matrimonio. La indisolubilidad “intrínseca” se proyectaría en dos ámbitos:

- a) que el matrimonio no puede disolverse por mero acuerdo de los cónyuges, sin otra intervención pública alguna;
- b) que el matrimonio “en sí mismo” exige la indisolubilidad, en cuanto el ideal del matrimonio es que sea para siempre y que dure toda la vida.

En este sentido, el matrimonio en Chile continuaría con el carácter de “indisoluble”, pues aunque existe una suerte de divorcio consensual, es precisa la intervención judicial para decretarlo (una intervención externa), y como ideal derivado de su naturaleza conserva su indisolubilidad. Concluye el profesor Barrientos afirmando que lo que no caracterizaría desde ahora al matrimonio, es su indisolubilidad “extrínseca”, esto es, que no pueda ser disuelto desde “fuera”, precisamente porque la potestad civil, a través de un procedimiento judicial externo, se ha atribuido la facultad de disolverlo en los términos y condiciones de la ley: opiniones formuladas en entrevista publicada en “La Semana Jurídica” número 187, semana del 7 al 13 de junio de 2004, Editorial Lexis-Nexis. El profesor Hernán Corral Talciani, por su parte, sostiene que la nueva Ley de

Matrimonio Civil exhibe una suerte de esquizofrenia, pues recoge dos modelos opuestos de matrimonio: por una parte, lo regula como un contrato institucional; por otra, lo concibe como un mero hecho (igual como acontecía en el Derecho romano), que expira por el cese de la convivencia, más la voluntad de uno o de ambos cónyuges: exposición que realizó en un Seminario organizado por el Colegio de Abogados con fecha 31 de mayo de 2004. El profesor Gonzalo Figueroa Yáñez, a su vez, estima que ha operado la derogación tácita del artículo 102 del Código Civil, según lo manifestado en exposición que realizó en el Seminario citado, de la Universidad Diego Portales. Los legisladores, por su parte, debatieron el modificar o no el artículo 102 del Código Civil. Los Senadores Núñez y Gazmuri, propusieron reemplazar su texto, por el siguiente: *“El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de crear una unidad de vida entre ellos, en donde ambos se procurarán respeto, igualdad, ayuda mutua y la posibilidad de procrear hijos”*. El Senador Viera-Gallo, discrepando de la propuesta, señaló por su parte que *“...la indisolubilidad dice relación con la intención de los contrayentes y no con la naturaleza del contrato. En la Cámara de Diputados, luego de analizar las distintas tendencias que se dieron en su seno, se concluyó que lo más importante es que, al contraer matrimonio, la intención de los contrayentes es que no se disuelva, pero si después, por causas sobrevivientes, que los cónyuges no pudieron prever al momento de casarse, tienen la necesidad de disolverlo, la ley debe entregarles las herramientas para que lo hagan”*. El Senador Espina afirmó, a su vez *“...que no veía obstáculo para que la definición declare que el matrimonio es indisoluble y, más adelante, se permita la disolución. La validez de los contratos no obsta a causales de terminación sobrevivientes. Por ejemplo, la venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, pero luego se puede resciliar, rescindir o resolver. El matrimonio, por regla general, es indisoluble; excepcionalmente, cumpliéndose determinados requisitos, se permite la disolución”*. Prevalcieron las opiniones de los Senadores Viera-Gallo y Espina, optándose por no alterar el tenor del artículo 102 del Código Civil. (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, págs. 98 y 99.)

Pero avancemos en el estudio de los principios que inspiran el Código Civil, a objeto de determinar sobre los que se sustenta el criterio jurídico del interés superior del menor.

A la propiedad territorial de origen feudal, llena de trabas y de limitaciones, había sucedido con el advenimiento de la legislación revolucionaria la propiedad particular y libre. Los nuevos propietarios, hijos legítimos de la Revolución, no admitían ni resabios de los antiguos privilegios. El artículo 544 del Código Napoleón no hacía otra cosa que consagrar una situación estable al decir: “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, con tal que no se haga de ellas un uso contrario a las leyes y reglamentos”.

Había concluido la propiedad vinculada, basamento de la antigua nobleza, y el propietario pasaba a ser un dueño tan absoluto como lo habían sido los propietarios romanos del período clásico. Las ilusiones de algunos exaltados, que anticipaban el colectivismo pretendiendo una única propiedad común, se habían esfumado. Portalis, con su habitual destreza jurídica y política, pone empeño para convencer a los legisladores franceses de que la comunidad de bienes y de tierra sólo había sido un sueño de legisladores y de poetas. La civilización, y lo que es más importante, el progreso, exigían la constitución estable de la propiedad particular. Sin ella no podía darse una sociedad perfecta. Leamos sus elocuentes argumentaciones expuestas en su discurso a los legisladores: “La propiedad ha vivificado, extendido, agrandado nuestra propia existencia – decía – ; por medio de la propiedad la industria del hombre, este espíritu de progreso y de vida que todo lo anima, ha hecho desarrollar en los más diversos climas todos los gérmenes de riqueza y de poder”. Y avanzando a la objeción frecuente, agrega: “Por otra parte, no se atribuyan al solo derecho de propiedad las desigualdades que se ven entre los hombres. No nacen todos de la misma talla, de la misma fuerza, del mismo genio ni del mismo talento. Los acontecimientos y azares de la vida producen nuevas diferencias, y estas desigualdades primitivas, que son obra de la naturaleza, llevan necesariamente las que se descubren en la sociedad. Va más lejos en su apología: piensa que las diferencias sociales y las riquezas pueden ser los instrumentos necesarios para endulzar los males de la vida mediante la beneficencia y la piedad.

El sagaz jurisconsulto invoca las virtudes que anidan en el corazón humano para tocar las cuerdas sensibles, entonces tan vivas, en los legisladores casi contemporáneos de Rousseau. Apela, además, a la ley: “La verdadera libertad – exclama – consiste en una combinación sabia, en

una feliz armonía entre los derechos individuales y la conveniencia pública. Hay que impedir que la libertad degenera en licencia. Debemos ser libres bajo la protección de la ley, pero nunca para usar de la libertad en contra de la ley". Con estas palabras defiende la necesaria limitación que pone al derecho en su antedicha definición. Y haciéndose cargo del conflicto que de ello puede nacer, formula esta sabia sentencia: "Al ciudadano pertenece la propiedad, al soberano el imperio". Pero ese imperio no puede atentar a la propiedad sino prescribir, respecto de ella, lo que reclama el bien general. En el antiguo derecho, manifestaba Portalis en esa ocasión, el soberano lo invadía todo y llegaba a amagar el derecho de propiedad; muy pocos bienes quedan enteramente libres. Pero ahora, suprimido el régimen feudal, la libertad era de la esencia de los bienes y en especial de la propiedad. Ella merecía ser apodada sagrada. Ni los particulares, ni las instituciones, ni el soberano mismo, nada podrían contra ella. Sólo a virtud de una justa indemnización, pagada previamente, y expedida por ley, podrían alguien perder el dominio de algún bien.

Esta doctrina, tan razonable como elocuentemente expuesta por Portalis, venía a ser, en definitiva, la doctrina clásica del derecho de propiedad. Podríamos decir que exageraba en algo el aspecto individual del derecho pues silenciaba en lo posible las cortapisas que nacen del bien común y que señalaba la concepción tomista. Más los tiempos así lo exigían. La doctrina del Código Napoleón sobre la propiedad individual es la consagrada por los pensadores y economistas de La Ilustración. Su misma concepción del llamado Derecho Natural estaba desprovista del ingrediente religioso que antes había tenido. Pudo hablar, así, el expositor Portalis, "de los santos y establecer principios del derecho natural y público", siendo el principal de ellos la defensa de la propiedad. Como derivaciones lógicas de ese principio tendríamos la prohibición de vinculaciones y mayorazgos, la repartición equitativa de los bienes del causante y las limitaciones voluntarias del dominio, de suyo restringidas a la duración de la vida y sin poder perpetuarse.

El Código francés marcó, de esta manera, la consagración de las nuevas ideas en esta materia. Pudo ser llamado, sin reticencias, el código de los propietarios. Estaba a tono con las reglas de la economía liberal que triunfaba plenamente en su país de origen, Escocia e Inglaterra, y se propagaba por el resto del mundo. Los economistas de Manchester

veneraron como a dioses a la libertad, en todas sus formas, y a la propiedad individual exenta de ataduras y de embarazos. El auge industrial que comenzaba imponía esta creencia a los gobernantes, a los legisladores y a los hombres de negocios. Había que favorecer al máximo la iniciativa individual y fomentar la formación de sociedades de personas o de capitales, nacionales o internacionales. Se miraba como opresión odiosa y perjudicial cualquier limitación que entrabara este espíritu de empresa y de ganancia. Los que no eran aptos para este juego debían desinteresarse de él o caerían vencidos. Ya se podía anticipar la exacerbación del egoísmo y de la dureza que traería consigo esta filosofía económica que los norteamericanos bautizarían con el nombre harto expresivo de “áspero individualismo”. Entonces daba sus primeros y afortunados pasos para lograr su apogeo en la cúspide de la era victoriana.

En España estas ideas habían encontrado asimismo ancho cauce. No es preciso llegar al Proyecto de García Goyena para topar con ellas. Todo el magnífico y célebre informe sobre la Ley Agraria, de Jovellanos, es un alegato en pro de la libertad de la propiedad particular. Su crítica a la abusiva institución de La Mesta y a las prohibiciones del cerramiento; las impugnaciones a los mayorazgos y a las manos muertas; su ataque a las aduanas internas y a las medidas que impedían el libre juego del comercio, son todas anticipaciones felices de las ideas expuestas por el conde Portalis. En verdad, Jovellanos y Portalis eran hombres representativos del Antiguo Régimen, conservadores y a la vez progresistas y que deseaban la reforma de las instituciones, pero dentro del orden. En la bella semblanza que le ha consagrado Sainte-Beuve, el codificador francés aparece como el eslabón que unió la sabiduría jurídica de la era borbónica con los adelantos revolucionarios.

Conocido esto, comprendemos que Bello no pudo dudar en sentar la propiedad sobre bases sólidas. Su definición del artículo 582 es expresiva: “El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra ley o contra derecho ajeno”.

La propiedad, aún siendo libre, puede hallarse sujeta a limitaciones que le imponga el mismo dueño, pero tales limitaciones serán por lo común

temporales, de duración escasa. La ley prohíbe los fideicomisos y los usufructos sucesivos (artículos 745 y 769). Siguiendo los preceptos constitucionales ha de admitir las vinculaciones existentes pero atiende a su liberación mediante el ingenioso sistema de convertir los gravámenes perpetuos que impedían la enajenación, en censos; el propietario conserva también libertad para separar el goce del dominio o para instituir, de una sola vez, un fideicomiso.

Las limitaciones impuestas a la propiedad por la ley son escasas dentro del Código Civil. Como las principales figuran las servidumbres legales del artículo 839, y de ellas la mayor parte se constituirán en provecho de particulares.

La Constitución Política garantiza el derecho de propiedad en forma absoluta y su posible pérdida sólo podría sobrevenir por efecto de una ley expropiatoria, más dando en todo caso, al propietario que sufría la expropiación, una previa y equitativa indemnización. No fue, así, necesario insistir en este punto en el texto mismo del Código, como lo habían hecho otros cuerpos de leyes.³

El precepto del artículo 1545 del Código Civil establece el principio de la autonomía de la voluntad: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

El Código eleva a la categoría de ley el convenio libre y lícitamente concertado. En el título II del Libro IV cuyo epígrafe reza: “De los actos y declaraciones de voluntad” se limita a exponer los requisitos que han de reunir los convenios que van a ser obligatorios. Exige, como es de razón, la capacidad legal de los contrayentes, el consentimiento no viciado, la existencia de un objeto lícito y de una causa lícita. Cumpliéndose con esas condiciones los particulares son libres y soberanos para concertar los contratos que deseen. No se pone trabas a su número ni a su extensión. Los más conocidos de los contratos están estudiados y reglamentados en diversos títulos del Código, pero frente a ellos existen todos los innominados y las combinaciones y variantes de los nominados.

³ Vs. Para este punto: Peñailillo Arévalo, Daniel: La Expropiación ante el Derecho Civil, Jurídica, Stgo., 2004.

Para los efectos; Díaz Schwerter; José L.: El Daño Extracontractual, Jurídica, Stgo., 2002.

El legislador tiene fe en la iniciativa de los particulares y piensa razonablemente que ellos podrán idear nuevas convenciones que merecen su respeto. Tampoco procura introducirse en los contratos conocidos. Con tal que se cumplan las prescripciones mínimas que se establecen en el texto los contratantes son libres para obligarse en la forma que deseen. Excepcionalmente el legislador pone un tope a las ganancias, como ocurre en la lesión enorme en materia de compraventa de inmuebles, y en la reducción de intereses excesivos en las obligaciones de dinero. Pero aún en esos casos deja entregado a la parte afectada el reclamo de su pérdida. Piensa que cada cual sabrá velar por sus intereses y no pone, por lo común, límite alguno a las ganancias que puedan derivarse de un contrato. Los particulares son soberanos, por ejemplo, para pactar comodatos y rentas vitalicias que envuelvan grandes utilidades o grandes pérdidas. En el mutuo mismo, la libertad es grande. El principio de la igualdad numérica de la moneda está consignado en el artículo 2199 y los intereses pueden convenirse en dinero o en cosas fungibles (artículo 2205). Los intereses fueron admitidos alejándose definitivamente el legislador de los escrúpulos morales de la antigua usura, pero reglamentados en el artículo 2206 de modo que no podrían pasar de cierto máximo. El anatocismo, en cambio, entró a la zona de las prohibiciones.

La verdad es que los frenos o topes para la libre contratación quedaron fijados en el primitivo Código Civil y de una manera muy razonable. No fueron sentidos en esa época porque las prohibiciones legales eran pocas, pero a medida que se fueron extendiendo tales prohibiciones quedaron viciados de nulidad absoluta, por objeto ilícito, muchos contratos que antes se tuvieron por válidos y autorizados. El arma de la causa ilícita, sobre todo la fundada en las buenas costumbres, ha debido siempre ser esgrimida por los jueces y en ese tiempo la judicatura era tímida. A la siga de los tribunales franceses que han extendido mucho su campo de acción, recién en nuestros días los jueces se atreven a hacer uso de esa importante herramienta legal que tiende a resguardar la moral en las contrataciones. Sea por el avance de las ideas socialistas, sea por el desarrollo mismo de la economía y de la industria, no cabe negar que hoy el ámbito en que puede actuar la voluntad de los particulares para contratar libremente se ha reducido de una manera considerable. Ahora el contrato aparece como una mera sumisión de la voluntad de las partes

a un conjunto de reglas obligatorias preestablecidas. La multitud de leyes especiales en ese sentido hace que el principio de la autonomía de la voluntad, aunque mantiene su vigencia, recibe poca aplicación.

El respeto de nuestro Código Civil por la libertad para contratar estaba a tono con el pensamiento jurídico, económico y social de ese tiempo.

El gran esfuerzo de la violenta legislación revolucionaria había sido dirigido en ese sentido y terminó por hallar cabida en el famoso Código de Napoleón. Los códigos que se dictaron a imitación suya también consagraron esa libertad.

La naciente era industrial, de que aprovecharon en grado máximo los ingleses, imponía ese principio. El comercio internacional también lo exigía. Podemos, pues, asegurar que en este punto, como en muchos otros, la nueva legislación civil chilena aparecía como avanzada y progresista.

En verdad, y saliéndonos del tema anterior para entrar en el terreno de las consideraciones generales, la obra de Bello se nos presenta como una feliz realización ecléctica. No era posible abrir con ella una zanja entre el mundo antiguo y el entonces moderno, y por eso, había que dar su parte a la tradición, pero no dejándola rezagada, ignorando los avances apreciables de los últimos tiempos. Llegamos aún a pensar que Bello tuvo constantemente fija la vista en el porvenir animado de un optimismo que para muchos de sus contemporáneos hubo de mirarse como candoroso. No faltan disposiciones legales que autoricen este juicio. Por ejemplo, la inscripción en el Registro del Conservador de Bienes Raíces de todas las propiedades del país hubo de ser considerada como ilusoria. Bello se dio cuenta de la magnitud de la empresa y por esta causa en el Mensaje nos dice que ese resultado se alcanzará con el tiempo, sin apelar a medidas odiosas, como querían algunos, y que hubieran producido un grave sacudimiento en toda la propiedad territorial. El Código habla continuamente de publicaciones en los periódicos y de fijación de carteles dando a entender que la población de Chile no tenía analfabetos, los que se contaban por legiones. Pero justamente pensó, y con loable prudencia, que en el correr de los años esa situación iba a cambiar con provecho para el país y que el Código no se dictaba para una época

estagnada. Igual cosa cabe decir de la existencia de los indios que no se nombran en el texto. El lector desprevenido de nuestro Código Civil hubiera asegurado que no existían cuando no se les menciona y eran numerosísimos. A cien años de distancia todavía se conservan pero en cantidad reducida y, en general, ya incorporados a la vida civilizada. Los frutos de la instrucción, tan favorecida en el Código se hicieron sentir. Por ahora nos reduciremos a señalar escuetamente otros ejemplos adecuados. La fijación de la pubertad, para comenzar, en catorce y en doce años, respectivamente, para hombres y mujeres nos parece mera imitación de textos romanos y antiguos que no tienen mucha aplicación en nuestro territorio frío y austral. El hablar de la servidumbre legal para la navegación o flote a la siga es un recuerdo de lo visto en los canales de Inglaterra o de Holanda, pero nada más que un recuerdo alentador. La navegación por los grandes lagos en buques de más de cien toneladas también envolvía una firme creencia en el progreso, más no correspondía a la realidad de entonces. Y esto, sin entrar a los pormenores de las mansiones que describe y que no existían en esa época, con jardines y parques a la moda inglesa, con estatuas y con muebles preciosos, con colecciones artísticas y científicas. A través de todo el Código flota un aire reconfortante de confianza en el porvenir y de respeto entusiasta por las cosas de Europa. Una vez más correspondían los autores del Código Civil al ambiente intelectual de la época. La fe en las instituciones europeas y en el progreso indefinido de la humanidad eran, a la sazón, dogmas de fe que no cabía desconocer u olvidar.

II. PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL DERECHO DE FAMILIA.

Al aproximarnos al principio del interés superior del menor, cabe mencionar que los principios tienen como propósito:

- a) *Diferenciar un régimen jurídico de otro.* Es fácil de advertir que, por ejemplo, el Derecho Procesal poco tiene que ver con el Derecho Civil, pues ambas son disciplinas jurídicas distintas, con dinámicas y mecanismos propios que los caracterizan. Pero lo que a simple vista puede parecer un fárrago de leyes dispersas e incluso inconexas adquiere unidad cuando se examina a la luz de los principios: aquellas finalidades superiores, fuertemente valóricas, y que se erigen en el faro que debe guiar su interpretación, aplicación y modificación, como veremos de inmediato.

- b) *Interpretar las normas jurídicas.* Las reglas de interpretación contempladas en el Párrafo 4 del Título Preliminar del Código Civil, de plena aplicación en la materia que nos atañe, reconocen en su artículo 24 que “en los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al *espíritu general de la legislación* y a la equidad natural” el “espíritu general de la legislación” corresponde plenamente a los lineamientos que nos otorgan los principios.
- c) *Resolver los conflictos jurídicos planteados ante los tribunales.* El artículo 170 del Código de Procedimiento Civil regula los requisitos de las sentencias definitivas. En tal sentido el N° 5 señala que deberá contener la enunciación de las leyes, y “en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo”.
Como sabemos, para conocer la equidad, lo justo para el caso concreto, debe tenerse presente y ponderarse los principios que guían la disciplina de que se trata.
- d) *Plantear modificaciones legislativas.* De nada sirve una reforma si no atiende a la realidad valórica en que le va a tocar actuar.

Además de los principios señalados, muchos de los cuales también se manifiestan dentro del ámbito del Derecho de la Familia, existen otros propios.

- a) *Principio de la constitución cristiana de la familia.* El matrimonio monogámico es pilar del Derecho de Familia, en la medida que es el elemento aglutinador de todos y cada uno de los elementos que constituyen las relaciones de familia de un sujeto: el estado civil, la filiación, etc.
Pero ¿únicamente el matrimonio? La respuesta debe ser negativa. La familia también deriva su origen de la convivencia afectiva, de la filiación no matrimonial, de la figura ficticia de la adopción. Pero lo deseable es que toda persona nazca y crezca dentro del seno de una familia bien constituida, cuyo mejor ejemplo histórico hasta ahora lo ha sido la matrimonial.
- b) *Principio de la protección.* Los incapaces, sea dementes, impúberes, etc., merecen la protección jurídica del Derecho. Por eso le ley franquea los medios para obtener el cuidado personal de tales personas así como la debida custodia y mantención de sus patrimonios, pues nada es más

propio del Derecho que proteger a los que no tienen los medios para defenderse por sí mismos, máxime si los motivos de sus impedimentos escapan a su voluntad.

- c) *Principio de la igualdad de los hijos.* Principio consagrado por la Ley N° 19.585 (Diario Oficial de 26 de octubre de 1998), que modificó el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, al señalar que “la ley considera iguales a todos los hijos” (artículo 33), suprimiéndose la diferencia estigmatizadora que había entre hijos legítimos e ilegítimos. De esta manera, por ejemplo, tienen los mismos derechos hereditarios y de alimentos.

Valga agregar que la existencia de una filiación denominada matrimonial y otra no matrimonial no implica la subsistencia de un régimen discriminatorio. Esta diferencia apunta exclusivamente el régimen jurídico a que se someten las acciones de reclamación de una y otra, ya que la existencia de un matrimonio otorga un principio de certeza en la cual se puede presumir la paternidad del marido. En los demás aspectos, tales como en materia sucesoria, opera la plena igualdad.

- d) *Principio del interés superior del menor.* También fue agregado por la nueva Ley de Filiación, e inspirado en la legislación internacional, específicamente la Convención sobre los Derechos del Niño (1989, Naciones Unidas y publicada en el Diario Oficial el 27 de septiembre de 1990). Su artículo 3.1 señala que “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”, disposición que dentro del Código Civil repite el artículo 242 al señalar que “en todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez”.

Relacionado con esto último está el principio de la autonomía progresiva. Si bien acabamos de señalar que se deberán tener en cuenta las opiniones del menor – lo cual puede ser decisivo, por ejemplo en un caso de violencia intrafamiliar o bien en un juicio de tuición –, la edad y madurez son elementos importantes a considerar pero que varían con el tiempo, lo que le permite darle cada vez mayor valor a esta opinión, esto es, tiene un carácter “progresivo”.

La expresión “menor” ha sido paulatinamente abandonada por el legislador. Aunque todavía la emplea en la Ley de Adopción N° 19.620 (Vs .Corral Talciani, Hernán: Adopción y filiación adoptiva, Jurídica, 2002, Stgo.) , ya la Ley de Tribunales de Familia la deja por completo, y la reemplaza por la de *niño, niña o adolescente* (incluso se suprime la expresión “tribunal de menores”, aunque en verdad por otros motivos). Se sostiene que dicha expresión es peyorativa, y no respeta la dignidad de tales personas.

- e) *Principio de la verdadera identidad.* Todo menor tiene derecho a saber respecto de sus verdaderos orígenes y a poder siempre determinar cuál es su verdadera filiación, para lo cual la ley franquea un régimen de acciones destinado a tal efecto.

Este es un derecho enunciado directamente de los tratados internacionales.

- f) *Principio del estado civil como fuente esencial.* Así como en materia contractual y sucesoria prima, con matices, la autonomía de la voluntad y por su parte el centro de las relaciones personales pasa a ser el patrimonio de las mismas, en el Derecho de Familia el factor decisivo es el estado civil, pues será éste el que determine todo el estatuto jurídico de un sujeto en sus relaciones sociales, cuando éstas provengan de sus relaciones de familia.

CAPÍTULO SEGUNDO: “EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO”.

1. VIGENCIA EN CHILE DE LA CONVENCION.

Chile fue uno de los 180 países que ratificaron la Convención sobre los Derechos del Niño y lo hizo con fecha 26 de Enero de 1990. El instrumento de ratificación fue depositado ante la Secretaría General de la Organización de las Naciones Unidas el 13 de Agosto de 1990, siendo posteriormente promulgada el 14 del mismo mes y convertida en ley de la República por el Presidente Patricio Aylwin Azócar de acuerdo a la facultad que le confieren los artículos 32 N° 17 y 50 N° 1 de la Constitución Política de la República el 27 de Septiembre del año 1990.

En cuanto a la vigencia de la Convención en el derecho interno hubo un preciso efecto en materia de Tratados de Derechos Humanos en cuanto a la reforma al artículo 5 inciso 2 de nuestra Constitución, la que dispone, *“Es deber de los Órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los Tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*, la referida norma ha dado lugar a diferentes discusiones doctrinarias en cuanto al efecto que ella tendría respecto de la incorporación de los tratados de derechos humanos en el orden interno y de su jerarquía. La opinión mayoritaria estima que la reforma al inc. 2 del Art. 5 introdujo una cláusula de incorporación automática de los tratados de derechos humanos, lo que quiere decir que la Convención de los Derechos del Niño formaría parte de nuestro derecho interno sin necesidad de realizar acto alguno de transformación en norma interna, siendo, por tanto, exigible desde el momento en que ella adquirió su vigencia internacional.

En relación al rango con que ingresarían los tratados de derechos humanos al orden interno, la doctrina mayoritariamente considera que la reforma elevó este tipo de tratados a jerarquía constitucional, con las consecuencias que ello tiene respecto de la normativa de inferior rango, contraria a la Convención.

Con todo, cabe hacer presente, que la Jurisprudencia, hasta ahora, no se ha acogido a la opinión mayoritaria en cuanto a la reforma, siendo excepcionales los casos en que ella a tenido los efectos señalados.¹

2. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN NUESTRA LEGISLACIÓN.

La Convención de los Derechos del Niño se puede estudiar en dos vertientes; a) en el ámbito de los derechos civiles, b) de los derechos penales, c) derechos humanos y d) los derechos sociales, económicos y culturales.

a) Los derechos civiles. Aquí se encuentran los más importantes, reconocidos en todas las cartas, tratados, declaraciones y convenciones, cuales son el derecho a la vida y el principio de igualdad o prohibición de discriminación. En relación al primero expresamente está en el Art. 19 N° 1 de la Constitución Política de la República, (en adelante C.P.R.) concordantes con esto es que el Código Penal (en adelante CP) sanciona aquellas conductas que puedan vulnerarla como lo son los Arts. 342 a 345 relativos al aborto, 394 sobre el infanticidio y el 390 de parricidio. A su vez el Art. 19 N° 2 de la C.P.R. contempla que en Chile no existe persona, ni grupo privilegiado.

Se hace mención a los atributos de la personalidad que pertenecen a una persona desde el momento de nacer, con características de intransferibles, irrenunciables, inalienables, e imprescriptibles, así tenemos los derechos a un nombre y a una nacionalidad. El primero aparece en el Art. 28 de la Ley N° 4.808 de 1930 sobre Servicio de Registro Civil e Identificación, que estipula dentro de los 60 días desde la fecha en que hubiere ocurrido el nacimiento, deberá hacerse la inscripción del recién nacido, teniendo este acto el carácter de obligatorio. También el Art. 33 de este mismo cuerpo legal, reitera que son requisitos esenciales de la inscripción de nacimiento, la fecha, nombre, apellido y sexo del recién nacido.

¹ Cf. El documentado trabajo de: Bidart Campos, Germán, et. al.: Derechos Humanos, Corte Interamericana, Jurídicas, Cuyo, 2004.

En cuanto a la nacionalidad, dada su relación con la organización del Estado, posee rango constitucional, mediante los Arts. 10 a 12 de la C.P.R. estipulando el derecho de todo niño nacido en territorio chileno a poseer esta misma nacionalidad, regulando además otras situaciones particulares, como los hijos de padres chilenos nacidos en el extranjero, entre otras.

También es inherente al niño el derecho de conocer a sus padres, como lo contemplan los Arts. 271 y 280 del Código Civil que permiten al hijo nacido fuera del matrimonio la posibilidad de reconocimiento, incluso por la vía judicial . Asimismo el derecho que tiene a ser criado por ellos para que goce de la participación activa de ambos padres en su desarrollo, pero esto tiene la limitación expresa, por cuanto en determinados casos puede ser separado de ellos como lo dispone el Art. 225 del C.C. donde el juez por inhabilidad física o moral de ambos padres confiará el cuidado personal del niño a otras personas, extendiendo la Ley 16.618 de 1967 sobre Menores, los casos de inhabilidad, a la incapacidad mental, alcoholismo crónico, maltrato al menor, entre otros. Los Arts. 227 C.C. y 48, 49 de la Ley 16.618 entregan el cuidado personal del menor a la madre si ambos están separados, pues en Chile la madre tiene de pleno derecho la tuición del menor, regulando el derecho de regulación de la relación directa y regular para el padre.

Por otra parte, en casos de separación de los padres como resultado de sanciones que afectan la libertad, la propia Constitución, entrega la publicidad y conocimiento del lugar en que pueda encontrarse el afectado a fin de no alejar la comunicación entre padres e hijos. En este mismo sentido es que si se decreta judicialmente el derecho de regulación de relación directa y regular (por el Art. 49 de la Ley 16.618), el menor no podrá ausentarse del país por más de 15 días sin autorización del padre o madre a cuyo favor se hubiese establecido este derecho, a falta de esta autorización será el juez quien la establezca, teniendo en cuenta el motivo del viaje, si es justificable y la fijación del tiempo, todo esto a modo de prohibir algún posible tráfico de niños. En este mismo interés, los Artículos. 141 y 142 del C. P.

tipifican y sancionan las figuras de secuestro y sustracción de menores.

Uno de los derechos más importantes consagrados por la Convención en su Art. 19 es la protección frente a todo maltrato, al señalarlos que “Será protegido contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, **malos tratos** o explotación...” Así se consagra a nivel nacional mediante la Ley 19.324 de 1994 que introduce modificaciones a la Ley 16.618 en cuanto al Maltrato Infantil viene a ayudar a enmarcar esta figura y la Ley 19.325 de 1994 sobre Violencia Intrafamiliar define desde el punto legal al maltrato, la dimensión psicológica del agresor, otorgándole un tratamiento dentro de un enfoque de orientación familiar.

En consonancia de lo anterior, el D.L. 2465 del año 1979 que introduce la L.O. del SENAME, en su segundo considerando, establece que es deber del Estado, otorgar auxilio a los menores si peligran su normal desarrollo y no pueda ser solucionado por las personas que tienen a cargo su tuición.

Dentro de las libertades consagradas en nuestra legislación están, la libertad de opinión en el Art. 19 N° 12 de la C.P.R. la que consiste en la posibilidad del niño de emitir sus opiniones en cualquier momento, de acuerdo a las necesidades que tenga. Más, en cuanto a su manifestación de voluntad la legislación chilena toma su resguardo en cuanto a los niños puesto que el Art. 1447 del C. C. establece que los impúberes son absolutamente incapaces, quienes podrán obrar por sí cuando cuenten con la autorización de este representante, por tanto su manifestación de voluntad tiene consecuencias muy restringidas en el campo civil. Lo mismo vale para la libertad de expresión.

Entre las libertades de pensamiento, conciencia y religión son tratadas en los Artículos. 19 N° 12 y 6 de la C. P. R. teniendo presente las limitaciones que éstas no sean contrarias a la moral, las buenas costumbres y al orden público. Asimismo la de seguir su propia cultura, donde la ley 19.253 del año 1993, conocida como ley indígena, protege este principio en nuestro país.

Como consecuencia de lo anterior y de la necesidad del hombre de agruparse, aparecen los derechos de reunión y asociación en los Artículos. 19 N° 13 y 15, teniendo presente que se estipulan sin perjuicio de que aún no tenemos una normativa especial para reuniones y asociaciones infantiles.

Respecto al derecho a la privacidad y a la honra, también se encuentran consagradas dentro de la legislación chilena, pues se debe proteger al niño y a su núcleo familiar, contemplándose las figuras de la inviolabilidad del hogar y de la correspondencia y los delitos de calumnia e injuria en los Artículos. 412 y 416 del Código Penal.

b) Los derechos penales. Nuestro país ha ratificado todos los tratados y pactos que protegen al niño frente a toda tortura.

En relación a la pena capital el menor es ante todo amparado puesto que el Art. 1 de nuestra C. P. R. regula expresamente el derecho a la vida, que debe primar por sobre toda pena, acción o circunstancia y el Art. 72 del C. P. trata de repetir esta idea, señalando que este tipo de sanción no puede ser impuesta al menor, sólo en último caso, tratándose del mayor de 16 años y menor de 18 que haya obrado con discernimiento respecto a un determinado delito, la pena máxima a la que podrá estar sujeto será de pena inferior en grado máximo, de las que según corresponda. En este mismo punto, el Art. 85 del mismo cuerpo legal establece que tampoco podría ejecutarse la pena de muerte en la mujer embarazada ni podrá notificarse esta sentencia sino hasta transcurridos 40 días desde el alumbramiento, esto es para velar por el niño que está por llegar sin tener relación con la madre sancionada.

Respecto al tema de ser detenido en forma arbitraria lo contempla el artículo 37 letras b, c y d de la Convención de los Derechos del Niño. En ello es que el art. 21 de nuestra C.P.R. tipifica el recurso de amparo como medio de protección eficaz frente a quien sea arrestado, detenido o preso, para que por sí o representante, pueda presentarse ante la magistratura, donde previo cumplimiento de las formalidades se restablezca el imperio del derecho y la integridad del afectado.

Otro de los derechos a tratar es que el menor debe considerársele al margen de la ley penal y sólo excepcionalmente cuando éste actúe con discernimiento y se constate de los antecedentes que tuvo participación en el hecho, puede entrar a regirle la ley penal, pero contando con las normas especiales del debido proceso, con derecho a defensa en todo momento.

Una vez teniendo los resultados se aplicarán:

A. Los infractores de ley penal la normativa chilena, partiendo por:

1. Las disposiciones constitucionales del art. 19 N° 1, 2, 3 y 4 que contemplan: Los resguardos de la vida, la igualdad ante la ley y prohibición de discriminación, igualdad de protección en el ejercicio de sus derechos, que incluye el derecho a defensa jurídica (hasta gratuita), a un justo y racional procedimiento y los principios de la legalidad del tribunal que conoce, juzga y resuelve, legalidad de la pena y tipicidad de los delitos y por último el derecho a la libertad provisional y seguridad individual, que a su vez comprende, las libertades de locomoción y provisional, a no ser obligado a declarar bajo juramento sobre hecho propio y las garantías de que nadie puede ser privado de su libertad, ni ser detenido, sólo en los casos que por ley o por autoridad competente sea necesario y las de lugar, condiciones de la detención y arresto.

2. La normativa del Código Penal: Donde establece las reglas sobre imputabilidad, rigiendo las presunciones de responsabilidad del art. 10 C.P., 10 N° 3 y 347 Bis que rigen en caso del procedimiento de la declaración sobre discernimiento.

3. La normativa del antiguo Código de Procedimiento Penal: Era la encargada de establecer el procedimiento que debe seguirse para determinar la imputabilidad, como asimismo de sancionar y juzgar a quienes hayan sido considerados penalmente responsables del delito, así se aplicarán los arts. 306 y siguientes sobre el recurso de amparo, 53 Bis B, que son las reglas relativas a la comparecencia, el 67 habla de los derechos del inculpado y el 292 que dispone la separación de los menores y los adultos en los recintos penitenciarios. Semejante criterio se establece en el Código Procesar Penal, sin perjuicio que en el Art. 53 inc. 2º.parte final señala: “*Se concede siempre acción penal pública para la persecución de los delitos cometidos contra menores de edad*”.

B. Para los menores inimputables. Les rige la ley de menores, con un sistema especial de protección, contemplando el caso de aquellos que hayan cometido infracción penal, sean por el art. 29 de esta misma ley sometidos a las medidas que allí se exponen como, devolver al menor a la persona que tenga su cuidado, someterlo al régimen de libertad vigilada, confiárselo a establecimientos educacionales, o a alguna persona que se preste para ello.

c) Derechos humanitarios. El Estado chileno se ha comprometido a cuidar a los niños que tengan la calidad de refugiados y en cuanto a la normativa que menciona la prohibición de mandar a los menores de 15 años a los conflictos armados, vemos que nuestra legislación es más garantista, puesto que el D.L. 2306 del año 1978 sobre Reclutamiento y Movilización de las Fuerzas Armadas, dirige la edad mínima de conscripción a 18 años, por tanto, excluye a los menores, de su participación en acciones bélicas, salvo, como lo dispone la misma ley que sea necesaria su participación.

d) Derechos sociales, económicos y culturales. Existen en nuestra legislación sistemas de adopción en casos que los padres o representantes del niño no puedan cuidarlo, así la ley 7.613 del año 1943 sobre disposiciones de la adopción, establecía que constituye adopción por escritura pública, previa autorización judicial, la cual sólo provoca relaciones entre el adoptante y el adoptado, pero no entre éstos y la familia del otro. Por otra parte la ley 18.703 del año 1988 que dicta normas sobre adopción de menores, contempla dos adopciones más, la Simple, que tiene un carácter meramente asistencial y circunstancial, expirando cuando el adoptado tenga la mayoría de edad y la Plena, que crea un vínculo entre adoptante y adoptado, pasando el segundo a formar parte de la familia y considerándose como hijo legítimo de ella.

La actual ley de adopción N° 19.620, que “Dicta Normas sobre Adopción de Menores” fue publicada en el Diario Oficial el día jueves 5 de agosto de 1999. Se compone de 47 artículos permanentes distribuidos en cuatro títulos y un artículo transitorio.

La reforma establece un solo tipo de adopción, y deroga tanto la ley N° 7613 como la ley N° 18. 703. Se suprime así la adopción simple y se

entiende que la custodia de niños por terceros pueden quedar bien canalizadas a través de una medida de protección adoptada de conformidad con la Ley de Menores, N° 16.618, con algunos beneficios adicionales que se establecen en la nueva ley. La adopción, en cambio, es única: corresponde a la forma de adopción plena o legitimante, es decir, aquella que finge que el adoptado es un hijo del adoptante y que sólo se acepta para menores de edad, razón por la cual la he incluido en este análisis. Vale mencionar la opinión de Corral Talciani, en su obra: "Adopción y filiación adoptiva", en cuanto a que se ha quebrado el principio de que la adopción plena era para dotar al hijo de una familia compuesta de una figura paterna y materna unidos en matrimonio, para dar paso a una adopción por parte de personas singulares viudas o solteras.

Asimismo el título IV de esta ley, regula la adopción de niños al extranjero, procediendo sólo en casos de orfandad de padre, madre y de filiación desconocida o abandono y para ser puesto a disposición de quienes puedan salvaguardar el interés superior del niño.

Se habla también de la situación de los disminuidos donde el art. 19 N° 9 C. P. R. relativo a la protección a la salud, dispone que el Estado debe proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección, recuperación de la salud y rehabilitación del individuo. Este artículo no es expreso para el caso, pero según los entendidos, los disminuidos se encontrarían dentro de esta norma al hablar de rehabilitación. También la ley 18.600 de 1987 sobre Niños Impedidos, menciona a favor de estos niños formas de apoyo y asistencia. Concordante con ello, el Ministerio de Salud y Educación han elaborado programas y acciones dirigidos a estos niños, con la colaboración de instituciones privadas que buscan entregar cuidados especiales, en esto la LOC. de Enseñanza N° 18.962 del año 1990 reconoce una educación diferencial especial para ellos y la ley 18.020 de 1981 sobre subsidio para personas de bajos recursos, contempla que los deficientes mentales tienen derecho a percibir el doble del monto por concepto de subsidio familiar.

El derecho a la salud se ubica en el art.19 N° 9 confiando al Estado el deber de coordinación y control de las acciones dejando la posibilidad a cada persona para optar voluntariamente por el sistema previsional que más le convenga. Además el art. 9 de la ley 18.469 de 1985 sobre Sistemas de Salud y los arts.16 y 19 del Código Sanitario ordenan a los establecimientos asistenciales del sistema nacional de salud atender a quienes

lo requieran sin condicionarle a un pago previo, por este camino es que la ley protege a la mujer embarazada y al menor de 6 años los que deben ser atendidos gratuitamente, aunque no estén expresamente afiliados a un sistema de protección.

Por otra parte, nuestra legislación adhiere a evitar que nuestros niños y jóvenes peligren sus vidas con la droga, es así que la ley 18.403 y sus modificaciones en la ley N° 19.366 y N° 20.000, que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Drogas, en su art. 13 ya sancionaba a quienes "involucren" en estos actos a menores de 18 años.

También se trata de proteger a los niños frente a cualquier explotación con fines sexuales y laborales, en el primer orden está el C. P. que condena los abusos y explotaciones de este tipo en los artículos. 361, 363, 365 inciso final, 366, 364 y 367, bajo las figuras de violación, estupro, violación sodomítica, abusos deshonestos, incesto y corrupción de menores. En el segundo orden, el art.13 del Código del Trabajo, tipifica que sólo los mayores de 18 años pueden contratar libremente y los menores de edad pueden trabajar siempre que se den las circunstancias para ello, siendo además la edad mínima de 14 años y sólo hasta ocho horas como máximo diarias de trabajo. Para la contravención de estas normas se fijan sanciones tanto por este código como por la ley de menores las cuales varían desde multas hasta prisión siendo la Dirección del Trabajo el organismo encargado de velar por el cumplimiento de las normas. Por último en relación a este tema, a pesar que la mayoría de las normas chilenas en materia laboral responden a las exigencias de la Organización Internacional del Trabajo (O. I. T.), quedan algunos problemas pendientes, por ello se hace necesario que nuestro país ratifique los convenios N° 33 y 60, relacionados con el trabajo industrial para menores de 18 años y 58, 59, 77, 78, 79, 90, 112,113, 124 y especialmente el 138 que trae soluciones a materias laborales en menores.

El art. 19 N° 8 de la C. P. R. reconoce a todas las personas el derecho a seguridad social, agregando que la acción del Estado se encamina a tres funciones cuales son las de garantizar el acceso a todas las prestaciones sea de instituciones públicas o privadas, regular el acceso de este derecho a través de leyes, que serán de quórum calificado y supervigilar el adecuado ejercicio de este derecho. Así la ley 18.020 y el D. F. L.150 del año 1982 sobre asignaciones familiares, regulan el sistema de prestaciones familiares a personas que cuentan con escasos recursos y el sistema de subsidio de

cesantía, reconocen como beneficiarios a los hijos en general, hasta los 18 años que cursen sus estudios determinados, también a los descendientes, huérfanos o abandonados e inválidos que estén a cargo de instituciones del Estado o que cuenten con su reconocimiento. Asimismo son beneficiarios por la ley 18.465 de 1985 que beneficia a familias indigentes, los niños cuyas familias sean indigentes y aquellos que simplemente no tienen familia.

Ahora bien, en forma tácita se consagra por el art. 1 inc. 4 de la C. P. R. el derecho a un nivel de vida adecuado cuando se refiere a dar la "mayor realización espiritual y material posible", para alcanzar este nivel es que los artículos 321 y siguientes del C. C. regulan la situación de las pensiones alimenticias, contemplando desde quienes están obligados a ella, lo que ocurre con los alimentos necesarios y congruos y sus correspondientes procedimientos.

En otro campo se colige la posibilidad que tienen los niños de acceder a medios de información, que contengan material infantil y cultural, aptos para el desarrollo intelectual de éstos, con la limitación del art. 12 A de la Ley 18.838 del año 1989 que crea el Consejo Nacional de Televisión, el que dispone la posibilidad de impedir las transmisiones con alto grado de violencia, pornografía y en general material no apto para niños, fijando además, por el art. 18 inc. 4 la hora prudente a partir de la cual se podrá exhibir programación para mayores de 18 años, para la contravención a lo anterior se impondrán las sanciones del art. 19, D. L. 679 de 1989.

El derecho a la educación y la libertad de enseñanza se encuentran en los artículos 19 N° 10 y 11 de la C. P. R., más la L. O. C. N° 18.962 de 1990 de Enseñanza, se encargan de consagrar una serie de principios que regulan la educación en nuestro país y serían:

- El derecho a educación y libertad de enseñanza,
- El carácter permanente de la educación,
- El derecho que tienen los padres de educar a sus hijos eligiendo el establecimiento de educación,
- Obligatoriedad de la educación básica,

- Obligación del Estado de financiar un sistema gratuito para que se pueda acceder a la educación obligatoria y fomentándola en todo momento.
- Responsabilidad de la comunidad en el desarrollo y perfeccionamiento de la educación. Y
- El carácter no partidista de la enseñanza reconocida oficialmente.

El D. F. L. N° 5.291 del año 1929, que dispone la enseñanza básica obligatoria, recalca a su vez la obligatoriedad de asistir para los menores de 15 años. Y en cuanto a la educación superior, la Convención contempla que todos tendrán igualdad de oportunidad al momento de ingresar a ellas.

Por último se contempla el derecho al ocio, al juego y a la recreación que ha sido consagrado en forma genérica , ya que sólo la ley de menores habla de promover el desarrollo de la infancia, teniendo como elemento esencial el esparcimiento, la entretención y precisamente el juego.

Asimismo se estipula el derecho del menor a participar en actividades culturales y artísticas que le signifiquen alcanzar su pleno desarrollo.²

3. EFICACIA PRÁCTICA DE LA CONVENCIÓN EN LA OPERATIBILIZACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

En este punto se analizarán si los derechos ya vistos en la Convención y en la legislación interna se cumplen o no en definitiva en nuestra realidad chilena.

- a) derechos civiles:** Si bien es el derecho a la vida uno de los más importantes consagrados, la cifra es negra cuando se habla de abortos. Chile ha registrado que un 19,3% de mujeres en edad fértil se someten a este tipo de prácticas, ya sea se trate de abortos espontáneos e inducidos legal o ilegalmente, siendo un 55,7% de mujeres en período

² Vs. López Bourasseau, Enrique: Jurisprudencia Constitucional 1950-1979, Jurídica, Santiago, 1994.

reproductivo, es decir, entre los 20 a 29 años donde se registra la mayor frecuencia.³

En cuanto al principio de igualdad o prohibición de discriminación, nuestro país, parece en la práctica estar superándola, pues la distinción que realizaba nuestro Código Civil era severa entre hijos legítimos, naturales y simplemente ilegítimos lo que causaba que cada uno tenía un tratamiento diferente, en los casos de crianza y educación, pensiones alimenticias y hasta en materias sucesorias siendo los primeros beneficiados y los dos últimos bastantes discriminados.⁴

En el Congreso Nacional se elaboraron tres proyectos de ley sobre modificación en materia de filiación, así el primero de ellos se llevó a cabo el 11 de Junio de 1991, el segundo con fecha 9 de junio de 1992, ambos actualmente archivados y el tercero, con fecha de ingreso de 10 de agosto de 1993. Este proyecto modifica al Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. En ello se encuentran las leyes N° 4.808, sobre Registro Civil, N° 17.344, que autoriza el cambio de nombres y apellidos, N° 7.613, que establece disposiciones sobre adopción, N° 18.703, sobre adopción de menores, N° 16.618, sobre menores, N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, N° 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones y deroga la ley N° 17.999, sobre el valor de las declaraciones para legitimar o reconocer un hijo.

Dentro de las principales modificaciones se encuentran:

I. Lograr la igualdad jurídica de todos los hijos: Llámese legítimos, naturales y simplemente ilegítimos, los cuales pasarían a denominarse:

- Hijos dentro del matrimonio, o matrimoniales, e
- Hijos fuera del matrimonio, o no matrimoniales.

II. En relación a los juicios sobre determinación de filiación: Tanto la paternidad y maternidad podrán ser determinadas mediante toda clase de pruebas, incluso las biológicas, (llámese ADN).

III. En cuanto al derecho de alimento: Se elimina la distinción entre alimentos necesarios y cóngruos, estableciendo sólo un tipo de alimentos durando hasta los 25 años, si están estudiando.

IV. En materia de Patria Potestad. Tanto los hijos matrimoniales como los no matrimoniales están sometidos a ella.

³ Estadística proporcionada por la Central de Información del Congreso Nacional, Valparaíso, Chile, según Central de Partes Congreso Nacional.

⁴ UNICEF, “Esos Esquivos Derechos”, UNICEF, 1990, págs. 37 a 40.

V. En cuanto a la autorización para el matrimonio del menor de edad: Lo prestará de consuno ambos padres.

VI. En relación al deber de respeto de los hijos a sus padres: Lo deben por igual a ambos padres.

VII. Respeto a la tuición: Ambos padres deben cuidar y educar a sus hijos: salvo por casos determinados.

VIII. El derecho de visita: Se establece el derecho y el deber del padre o madre que no viva con sus hijos de mantener con ellos una relación directa y regular sea por acuerdo o decisión judicial, salvo que esto perjudique el bienestar de los mismos.

IX. En los derechos hereditarios: Igual a los derechos de los hijos matrimoniales y los no matrimoniales.⁵

Por último, esta ley si bien mantiene la distinción en la identificación de los hijos, en lo más importante, iguala los derechos de todos los hijos sea que hayan nacido dentro o fuera del matrimonio, significando un gran adelanto dentro de nuestra sociedad chilena.

Respecto a los atributos de la personalidad, de un nombre y una nacionalidad, no existen mayores inconvenientes, ya que se respetan en forma expresa.

El derecho que tiene el niño a conocer y ser criado por sus padres se considera un derecho preferente en nuestro país por la magnitud que significa, pero es necesario tener presente las causas de inhabilidad que entran a regir, separando de esta forma al menor y salvaguardarlo de posibles situaciones donde corra algún peligro.

La protección frente a todo maltrato es quizás, uno de los derechos de la Convención sobre los Derechos del Niño que menos se cumple, lo mismo en nuestro país. Cada vez aumentan los factores que provocan estrés dentro del núcleo familiar, los que finalmente desembocan en el maltrato y el abuso de quienes poseen menos herramientas para defenderse, los niños. De hecho los casos que se denuncian constituyen el iceberg, porque son muy pocos los que se llegan a conocer, esto por cuanto sólo los más graves, que por lo general conllevan la muerte del menor, salen a relucir en la opinión pública, generando toda clase de repercusiones en nuestra comunidad.

⁵ Vs. SENAME, “Infancia, Maltrato Infantil y Políticas Públicas”, SENAME, Santiago, Chile, 1997

Por otra parte, el problema se ve agudizado con la competencia de quién lleva la denuncia, ya que se hace necesario distinguir, si el maltrato es constitutivo de delito, es decir, niños con lesiones o abuso sexual, el juez del crimen entra a conocer, si el maltrato es intrafamiliar o sea, si el maltrato lo provoca un familiar o alguien de la misma casa, será competente el juez civil y si es extrafamiliar, provocado por un vecino, profesor u otra persona ajena al niño, lo será el juez del Tribunal de Familia. Por otra parte el SENAME, sólo tiene en esta materia las funciones de educación y prevención, elaborando hasta el año pasado un programa de atención en intervención del maltrato infantil, entre otros, pero no la de recuperación del niño, ni menos asumiendo su representación jurídica.

El SENAME para tratar de combatir el maltrato infantil es que está postulando a diferentes funciones como las de:

- * Diagnosticar a los niños que entran a esta red, calificándolo y proponiendo medidas de protección adecuadas,
- * Proporcionar una residencia al niño maltratado ya sea transitoria o permanentemente,
- * Asistencia social,
- * Asistencia jurídica restringida y
- * Atención terapéutica para reparar los daños psicológicos que pueda tener el menor agredido.

Además se está capacitando a los profesionales y voluntarios que colaboran en este objetivo y se llamará a una licitación pública de proyectos a las instituciones públicas que quieran colaborar y participar, en los que si bien SENAME no administrará directamente este tipo de proyectos, sí supervigilará y orientará, eligiendo los que correspondan de acuerdo a las necesidades y presupuesto.

Existen instituciones colaboradoras llamadas "circuito interinstitucional de atención directa al niño víctima de maltrato", que incluye a los Tribunales de Familia y Fiscalías, Servicio Médico Legal, SENAME y sus instituciones colaboradoras, Carabineros, Investigaciones, Gendarmería, hospitales y grupos de trabajo como lo son INTERPOL, SERNAM y MIDEPLAN.

Otra ayuda por parte del Ministerio de Justicia lo constituye el fono maltrato, que desde 1995 recepciona denuncias telefónicas, las que

incluso pueden hacerse anónimamente. Para el año 2007 se cuestiona su funcionamiento.

Asimismo por medio de la comisión interministerial de violencia intrafamiliar se logró obtener la compra de un cuartel móvil para la Quinta Región, que recepciona denuncias y determinadas detenciones, como también se preocupa de abarcar campañas de difusión.

Todo lo anterior, es para tratar de, si no detener, al menos morigerar los casos de maltrato y abuso a menores que tantas víctimas trae cada año en nuestro país, pero queda en esto mucho por hacer, desde educar a la población, hasta llegar a crear conciencia en nuestros legisladores para que saquen una buena ley que proteja a los niños pues la Ley 19.324, mal llamada de "Maltrato Infantil", no cubre lo necesario en relación a esta materia.

Respecto a las libertades de opinión y expresión del niño, tanto la legislación como práctica de nuestro país toma sus resguardos en cuanto a la manifestación de voluntad del niño, por cuanto provoca efectos muy restringidos en el campo civil y sólo cuando éstas estén autorizadas por representante legal y estemos frente al menor adulto. En el campo penal, producirán efectos los actos de los mayores de 16 años y menores de 18 que hayan obrado con discernimiento.

Las libertades de pensamiento, conciencia, religión y cultura en la mayoría de las veces se ven opacadas precisamente por los adultos, quienes en su tarea de criar, pasan lamentablemente a llevar estos puntos los que son por lo demás impuestos, así a modo de ejemplo si los padres tienen determinada religión y cultura, difícilmente que el niño no tenga la misma visión.

En las de reunión y asociación es difícil que el niño pueda optar a una clase de actos así y mucho menos que éstos tengan las limitaciones impuestas por la ley. Además en Chile no existe una normativa especial para reuniones y asociaciones infantiles, por lo que se debe seguir aplicando la normativa general, incurriendo es más errores en relación a esta materia.

Por otra parte, en cuanto al derecho a la privacidad y a la honra, se ve cumplido por cuanto esto más bien se dirige a los actos de los padres, representantes y tutores del menor. Entre tanto existe un problema en la misma convención puesto que la figura de la honra significa la apreciación que uno tenga sobre sus propias conductas y el honor es la apreciación que los demás

tengan de uno, por lo tanto la convención debió dirigirse al honor y no a la honra.

b) Los derechos penales si bien se contempla la protección contra la tortura, es necesario recordar que al niño se le maltrata tanto física, psíquica, sexual, como negligentemente y de ahí que no se estaría respetando mucho este principio, ya que un niño que es maltratado, es torturado. Además, en nuestro país, la mitad de los menores sufren alguna clase de maltrato o tortura.

Desde otro ámbito, en honor al derecho a la vida es que no se puede imponer a ningún menor la pena capital, incluso en la historia chilena no existen antecedentes de que ello haya ocurrido, solo, podrá interponerse al mayor de 16 años y menor de 18 que haya obrado con discernimiento la pena inferior en grado máximo.

Concordante con las ideas anteriores, los menores no deben ser detenidos en forma arbitraria y en este sentido el recurso de amparo, seguirá siendo un recurso efectivo, para que en forma urgente venga a restablecer el imperio del derecho y la integridad del afectado, como asimismo el orden y la seguridad pública.

En ello se consigna la idea de que a este menor debe mantenerse al margen de la ley penal y sólo cuando de los antecedentes se tenga constancia fehaciente y tratándose de un menor que haya actuado con discernimiento, se le aplicará ya sea el sistema penal de protección o el sistema penal de adultos con la atenuante de la minoría de edad y siendo debidamente separado del resto de la comunidad penitenciaria, esto porque si entendemos que desde la Declaración de 1959, los niños han sido elevados desde objeto a sujeto de derecho fundamental, hay que tratarlos como tales, con iguales derechos que los adultos como asimismo con iguales deberes y obligaciones en la medida que esto sea posible, ya que las últimas estadísticas registraron que 8.965 niños y jóvenes entre 5 y 19 años estuvieron involucrados en algún tipo de figura delictiva, como hurtos reiterados, en su mayoría, robos, tráfico de drogas, prostitución, daños a la propiedad, lesiones a terceros y mendicidad entre las más comunes.

En cuanto a la competencia para entrar a conocer de los infractores de ley penal, en nuestro país los juzgados de familia llevan a la cabeza un juez unipersonal letrado, que debe cumplir con los mismos

requisitos establecidos para un juez de letras de mayor cuantía, además de ciertos conocimientos en psicología, que lo obtienen gracias a cursos de derechos de menores que tomarán en alguna universidad reconocida por el Estado, o por un examen que rendirán ante un grupo de docentes.

Los asuntos de que conocen son todos aquellos donde exista la presencia de menores inculcados de crímenes, simple delitos o faltas y también sobre el examen de discernimiento.

Los procedimientos seguidos se rigen por normas especiales que señala la ley de menores y supletoriamente las normas del Código Procesal Penal⁶, en asuntos no contenciosos se sigue un procedimiento verbal (sin forma de juicio), dictando resoluciones con conocimiento de causa. En los contenciosos, o las medidas o resoluciones adoptadas por el juez son objeto de procedimiento sumario con determinadas modificaciones como las siguientes, las etapas de las audiencias y prueba testimonial, tienen lugar en la fecha que fije el tribunal, no procede, además la sustitución del procedimiento y las sentencias definitivas no deberán cumplir con los requisitos de tales sino de las de las sentencias interlocutorias, además para que el asunto se convierta en contencioso se necesita la oposición por parte de los padres, guardadores, o representantes del menor, más no se contempla la posibilidad de que el menor se oponga (situación contradictoria, si la convención contempla siempre el deber de estarse al interés superior del niño). Por último, las pruebas se aprecian en conciencia y al juez se le conceden amplias facultades para reunir y recopilar antecedentes que le permitan conocer y juzgar el asunto materia de su competencia.

c) Los derechos humanitarios en cuanto a los derechos de los niños refugiados este tipo de normas no tienen gran aplicación y consecuente trascendencia en nuestro país y respecto a las normas sobre reclutamiento, se cumple a cabalidad que el período de conscripción es de 18 años, lamentablemente, la misma ley se encarga de dejar abierta la posibilidad de actuación de los menores cuando exista un conflicto armado y se requiera su participación.

d) Los orden de los derechos sociales, económicos y culturales tenemos los sistemas de adopción que son aplicados cumpliendo todos los resguardos y requisitos que cada cual conlleva para proteger al niño, a fin de evitar un posible tráfico de niños desde y hacia el extranjero, más las cifras sobre todo a

⁶ Cf. Chahuán Sarrás, Sabas: Manual del Nuevo Procedimiento Penal, Lexis Nexos, Stgo, 2005.

nivel de Latinoamérica son altas de tráfico y nuestro país, lamentablemente no es ajeno a ello.

Para los disminuidos y su protección, se reconocen programas especiales para estos niños, función donde ayuda SENAME con sus programas y el apoyo de instituciones como COANIL.

Derecho que para muchos es un deber del Estado, es a la salud, más si bien nuestra legislación la ha contemplado sin condicionar a la persona a un pago previo, vemos que la realidad es tan distinta, puesto que la comunidad en general llega incluso, muchas veces en situación de emergencia, tanto a postas hospitalarias y clínicas y para ser atendida necesitan de dinero en efectivo, o en subsidio, si no poseen un sistema previsional que los respalde, deben llenar cheques en blanco, en señal de garantía, por tanto, no se estaría dando cumplimiento a este deber.

Asimismo la ley es muy deficiente en el sentido que ni siquiera contempla la atención a la salud para los niños mayores de 6 años hasta la adolescencia.

En cuanto a la mujer embarazada, sobre todo de adolescentes, se consideran como factores de alto riesgo en este período, la pobreza, la mala salud antes del embarazo y el control deficiente o tardío durante el embarazo, pero la práctica tampoco las respalda como merecen, sólo gracias al apoyo de instituciones como SENAME y fundamentalmente en esta materia por SERNAM, que hasta la fecha ha elaborado los programas de atención integral del embarazo de la adolescente, con fecha límite de 1999, cuyo objetivo es constatar y evitar los riesgos biológicos y psicológicos que la futura madre pueda llegar a tener durante la gestación, es que a propuesto:

1. Incluir la incorporación en la malla de los últimos años de enseñanza básica y de la media, contenidos eficaces sobre sexualidad y reproducción del punto de vista científica y preventiva.

2. Crear en los centros médicos, programas de atención y educación encaminadas a la salud reproductiva, enfermedades de transmisión sexual y prevención de embarazos no deseados.

3. Proponer por medio de una adecuada normativa el acceso a métodos anticonceptivos, y

4. Incentivar la detención precoz de los factores de riesgo que puedan afectar la madre con su hijo.

Otro derecho de la convención es el cuidado contra la droga o a la protección contra el uso ilícito de estupefaciente, acá los niños llegan a la droga, por la falta de lugares de esparcimiento, la ausencia permanente de los padres en el hogar, la carencia de educación y la falta de oportunidades educacionales como laborales, y por esto es urgente erradicar el consumo de ellas partiendo con políticas que ayuden al niño y al joven, sacándolo de todo circuito peligroso y programas de respaldo, pero lamentablemente, este es uno de los derechos más difíciles de apoyar por el alto costo que implican estas políticas las cuales se hacen necesarias, por cuanto las últimas estadísticas sobre este punto en nuestro país reflejaron que 49.308 niños y jóvenes entre los 5 y 19 años tenían problemas de adicción.

Sobre lo que respecta a la protección en contra de toda explotación sexual, las políticas de nuestro país han sido totalmente insuficientes. La prostitución de niños va cada vez más en aumento, tanto es el problema que pasa a ser hoy en día un mercado abierto y altamente permitido. En este sentido también SENAME y la Fundación REGAZO han servido de mucha ayuda, pero se necesita también al apoyo de políticas sumamente sólidas que puedan respaldar la protección contra esta forma de abuso.

Por otra parte, las cifras de violación a niños entre los 1 y 10 años, en 2004-5, superaron los 85 casos, sólo registrados en la quinta región, estadísticas que urgentemente se deben eliminar.

Al tema de la explotación laboral, si bien los niños desde los 14 años pueden trabajar en aquellos trabajos que no le signifiquen un riesgo y siempre y cuando no perturben su educación, como también previo cumplimiento de los demás requisitos que impone el código del trabajo, no es menos cierto que esto poco se cumple gracias a que en nuestro país existe la figura de la flexibilidad laboral, que descansa en el papel, teniendo como resultado que muchas veces los contratos se celebren en forma consensual, verbal, donde no se respetan las reglas básicas que toda relación laboral debe contemplar. Por tanto, la materia laboral, económica en cuanto a los niños en nuestro país es una de las que menos se respeta, gracias a que se da pié a la maliciosa acción de los empleadores y a la gran cantidad de pobreza que existe, haciendo que nuestros niños menores de 14 años dejen sus escuelas,

para cooperar económicamente con la familia, trabajando en supermercados, lavando autos, etc.

Una comparación de Chile con el resto de Latinoamérica, (a pesar de estar considerada como uno de los países con más bajo índice en esta materia), establece la existencia de un 6 a 10 por ciento del total de la población adolescente, que en general no estudian. Conjuntamente investigaciones de la CEPAL han arrojado que el trabajo infantil sigue gracias a la falta de políticas gubernamentales para poder enfrentarlo y al hecho de que en los hogares más pobres, este trabajo representa un componente importante dentro del total de ingreso familiar. De hecho las últimas encuestas revelaron que en nuestro país, los niños entre 1 a 18 años pobres que trabajan para ayudar a mantener el hogar fluctúan en 1.464.244 que constituyen el 30,2 por ciento de la población.

Otro problema es que en nuestro país administrativamente el organismo que tiene la misión de velar por el cumplimiento de todas las normas laborales es la Dirección del Trabajo, pero este organismo sólo tiene competencia para supervigilar el trabajo asalariado, no interviniendo, por tanto, en aquel elaborado por cuenta propia, como también en el no asalariado e informal, que es donde se concentra la mayor cantidad de niños trabajadores. Además tiene limitaciones de recursos humanos y económicos que le impiden ocuparse directa y activamente de esta materia, pero el problema que reviste mayor gravedad es la ausencia de una entidad especializada que tenga responsabilidad frente a los menores de edad y que pudiera coordinar una estrategia integrada al enfrentar el problema del trabajo infantil ya que la competencia para conocer los conflictos relacionados con esto, está radicada en la judicatura especializada del trabajo, la que no tiene ni conocimiento ni capacidad para resolver la situación de los niños trabajadores.

Pese a lo anterior, SENAME, contiene programas que tratan de ayudar, más la situación acá es especial, pues los niños en esta materia, se comportan de manera distinta, rechazando en general la ayuda, pues si ingresan a estos programas, pierden tiempo para trabajar, no pudiendo ser estos obligatorios, solo de acceso libre. Así se habla de los programas del 2004 y 2005 que son los "niños en la calle" y los "niños de la calle", este último por ejemplo estudia y acoge a quienes asistan libremente con la participación de educadores que ofrecen actividades, capacitación, etc.

En relación al derecho a seguridad social, que se le entiende como el derecho a asistir a una persona que por determinadas circunstancias no puede trabajar sea por razones de salud, edad o capacidad, o porque el Estado no cubre vacantes suficientes que le permitan a la persona del trabajador cumplir sus funciones, tenemos que no existe una norma que consagre en forma expresa la seguridad social para los niños necesitados, esto obviamente parece ser un peligroso vacío legal, además tampoco hay una norma que regule su contenido. La normativa actual para aminorar el problema asimila el vacío a lo que se entiende por seguro social, ampliando el concepto para proporcionar un nivel de vida adecuado a la persona y su familia y posibilitar una mejora continua en las condiciones de vida, abarcando todas las necesidades derivadas de la educación, salud, alimentación, vivienda y vestuario para los niños, ya que éstos no pueden conseguir por sus propios medios los recursos para ello.

Por último en relación a esta materia, si bien el Pacto y el Protocolo sólo reconocen este derecho, la Convención se encarga de imponer a los Estados Partes la obligación inmediata de adoptar las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho en la legislación, pero tomando en cuenta los recursos financieros del niño y su familia y subsidiariamente del Estado.

Se habla además del derecho a un nivel de vida adecuado, donde tácitamente se consignan a los padres como personajes principales, siendo el Estado el llamado en segundo orden a responder frente a esta obligación con limitaciones en sus recursos económicos hasta donde sus fuentes lo permitan.

Chile tiene en este orden la institución de la pensión alimenticia, la que rige aún en caso de nulidad matrimonial y que consiste en el deber de ambos padres de proporcionar al niño el nutriente básico de alimentación. Lamentablemente, a pesar que la ley especifica quienes son los obligados a efectuar estos pagos, los tipos de alimentos y los procedimientos para llegar a ellos, no regula la cantidad de dinero que debe mediar, dejando este criterio solamente al tribunal, basados en los antecedentes que se entregan, los cuales muchas veces no son de lo más fidedigno.

Respecto a la posibilidad de acceder a los medios de información, la comunicación se ha transformado en la realidad en un medio vital para todos los campos relacionados a la cultura, a las que el niño puede y debe acceder contando con las limitaciones que vimos en el ítem anterior. Sin embargo, acá el problema se visualiza en forma diferente, ya que el marketing a dado nacimiento a niños consumistas, generando una gran competitividad por alcanzar los mejores productos que los mismos medios de información se encargan de difundir⁷.

Por otra parte en el derecho a educación, para poder analizar el sistema educacional chileno es necesario distinguir entre:

1. La educación preescolar (0-5 años). Las estadísticas de la Comisión Chilena de Educación Parvularia, establecen que un 23% de los niños pueden ingresar a este tipo de educación, porcentaje que baja si se consideran a los niños de 0 a 2 años, de ellos la mitad acceden a programas particulares privados y el resto a sistemas estatales o subvencionados del Estado.

En relación a las salas de cuna, mientras que el código del trabajo establece una regulación para las madres trabajadoras, ella es insuficiente, porque cuenta la obligación de instalar una sala de cuna en establecimientos donde trabajen más de 20 trabajadoras, dejando ver que el acceso a ellas no es igualitario.

Para los niños de 2 a 5 años, no existe ninguna regulación y los jardines infantiles que existen, no reciben subvención del Ministerio de Educación, más las instituciones de JUNJI e INTEGRAL, administran y financian jardines infantiles en forma directa.

En el grupo de 5 años en adelante, su cobertura es amplia gracias a la subvención que reciben.

2. La educación general básica: (6 -14 años). Este nivel es gratuito y obligatorio como sabemos, por ello el acceso es alto, a pesar de que existe un número de niños que no ingresan, por la situación de pobreza que tienen en sus casas, teniendo que salir a trabajar.

⁷ UNICEF, “Reto a la Comunicación Social de la Convención” de Jorge Fernández Correa.

Más las escuelas existentes son incapaces de atender a todos los niños, pero dos son los problemas más graves que existen en la actualidad en nuestro país en materia educacional:

- El gran número de niños en condiciones de abandono o repitencia escolar y

- La diferencia educacional, que se refleja en las pruebas SIMCE las que se aplican a niños de cuarto y octavo básico midiendo el cumplimiento de los objetivos establecidos por el Ministerio de Educación en las distintas etapas del proceso educativo, la diferencia se expresa entre el sector estatal o subvencionado y el particular, que trae como consecuencia un deterioro cultural, de lenguaje y hasta psicomotor.

Para tratar de remediar los conflictos existentes es que existen en la actualidad líneas de acción que cuentan con el respaldo de instituciones como MECE, JUNJI, JUNAEB, ministerios, municipalidades, Organizaciones No Gubernamentales y programas como el plan 900 escuelas, reparaciones de infraestructuras de escuelas, perfeccionamiento de profesores, entrega de bibliotecas y descentralización pedagógica.

3. En la educación media: (14 - 18 años). Esta etapa no es obligatoria, pero cada día es más amplia, el único problema acá es la falta de oportunidad para continuar los estudios, agravándose si pensamos en la falta de formación y motivación de profesores y la centralización de los programas los que no alcanzan a cubrir todo el país.

4. En cuanto a la educación superior: (19 años en adelante). Vuelve el sector económico a cubrir este nivel y la falta de oportunidades claras, la demanda para entrar a universidades es enorme y los cupos limitados, pues, para universidad estatal o particular, el sistema de becas es restringido⁸.

Por último tenemos la existencia del derecho al ocio, al juego y al recreo, derecho que aún no se ha reconocido oficialmente en nuestro país, pero que tiene una enorme trascendencia ya que le permite conocerse y al entorno, tal como se expresó en 1979 para el año internacional del niño, donde

⁸ Vs. Mayorga Lorca, Roberto: Naturaleza Jurídica de los Derechos Económicos, sociales y Culturales, Jurídica, Stgo, 1998.

el juego es un "elemento que ayuda a dominar el ambiente y hacer frente al mundo que le rodea", elaborándose incluso teorías que explican la importancia de este derecho en la vida del niño, tales serían las teorías donde designan al juego tanto como agente del desarrollo orgánico, afectivo y de aprendizaje.

Este derecho se pierde, quedando la tarea de legislarse en su defensa como también de aquellos juguetes violentos los que si bien acortan la libertad empresarial, va en bienestar para el desarrollo de nuestros niños.

4. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL DERECHO LABORAL

El Código del Trabajo, específicamente en su artículo 13, señala que las personas mayores de 18 de edad se consideran personas capaces, por lo tanto, estos pueden contratar libremente la prestación de su servicio. Es importante tener presente que la capacidad jurídica laboral habilita a la persona para ser parte de un vínculo laboral como prestador de trabajo.

En Chile, la capacidad laboral es a los 18 años y se puede extender a los 15 años con determinados requisitos. Por su parte, nuestro Código Civil nos dice que el menor de 18 años, conforma su peculio profesional con el ejercicio de su empleo u otra actividad y el Artículo 246¹ lo considera para estos efectos como una persona capaz respecto a la administración y goce de su peculio, salvo lo relativo a los bienes inmuebles, ya que, en este caso específico requiere de autorización judicial.

Desde el siglo pasado el Código Civil reconoce a los denominados “menores adultos”, quienes tienen la capacidad para poder administrar y gozar su peculio profesional que se ha constituido o formado con el ejercicio de su empleo u otros.

Ahora bien los menores que trabajan se encuentran sometidos a la regulación general del Código del Trabajo, por consiguiente gozan de protección legal en el desempeño de sus labores. Es importante destacar que dentro de las disposiciones generales que consagra el Código del Trabajo, está el derecho que tiene el menor a una remuneración que no sea discriminatoria por causa de su edad y además tienen el legítimo derecho a recibir una remuneración mínima de acuerdo a la legislación vigente.

El Derecho del Trabajo, protege a los menores que se desempeñan en diversas actividades laborales en dos aspectos específicos:

1. En su capacidad jurídica especial-laboral.

¹ Art. 246 del Código Civil: “El hijo de familia se mirará como mayor de edad para la administración y goce de su peculio profesional o industrial, sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 255”.

2. Se le resguarda para evitar cualquier tipo de explotación que perjudique al menor en su crecimiento, desarrollo personal y en su educación.

Es importante destacar que las normas que protegen el trabajo de los menores se pueden calificar como normas de orden público, pues al país le interesa la protección de sus niños y jóvenes debido al importante protagonismo que éstos tienen para lo futuro, por ello estas normas se caracterizan por su imperatividad y porque su vulneración no puede estimarse como una simple infracción.

Por su parte, desde el punto de vista de la vinculación laboral se distingue entre:

A. Menores de 18 años y Mayores de 15 años.

El artículo 13 del Código del Trabajo en su inciso segundo dice que los menores de 18 años y mayores de 15 pueden celebrar contrato de trabajo si cuentan con autorización expresa de las personas que indica.

Estos menores de acuerdo a nuestra legislación civil, se consideran “incapaces relativos” y se les está otorgando capacidad jurídica laboral especial, con carácter parcial para poder celebrar un contrato de trabajo.

Ahora bien, a estos menores les es aplicable el Art. 246 del Código Civil, que se refiere a la libre administración y goce de su peculio que forman fundamentalmente con los que obtienen de su actividad laboral.

Ahora bien, desde el punto de vista de la protección que se les brinda a los menores de 18 años de edad es importante destacar los siguientes mecanismos que se han establecido para cumplir este objetivo.

Autorización Especial:

La autorización dice relación con los servicios que va a prestar el menor y el autorizante es la persona que se va a encargar de tutelar o amparar al menor, evitando que se obligue a éste a realizar labores perjudiciales o inconvenientes para ellos. Son llamados para otorgar esta

autorización que exige la Ley al menor para trabajar las siguientes personas:

- a) El padre o la madre.
- b) El abuelo paterno o materno (se excluye la abuela materna o paterna).
- c) Los guardadores y la Institución o personas que tengan a su cargo al menor.
- d) A falta de todas las personas anteriormente señaladas, debe otorgar la autorización el Inspector del Trabajo, quien al hacerlo debe poner los antecedentes del caso a disposición del Juez de Menores, el que tiene la facultad de revocar dicha autorización. Sin embargo, si el Inspector del Trabajo se niega a otorgar la autorización, el menor queda en una especie de indefensión ya que en este caso concreto el Inspector asume un carácter de “*Juez Supremo*”, lo cual resulta inconveniente.

Debería existir, en este caso, la posibilidad de que el menor pudiera apelar, tanto en el caso de que la deniegue injustificadamente el Inspector del Trabajo, como también, respecto de las demás personas que según la Ley tienen facultad para otorgarla, y lo anterior debería proceder, por ejemplo si el padre o la persona encargada del menor no le proporcionara un sustento mínimo, adecuado para satisfacer sus necesidades básicas, ni siquiera por la vía de la acción de petición de alimentos.

PROHIBICIONES Y LIMITACIONES QUE PROTEGEN EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

- a) La Ley prohíbe al menor la prestación de ciertas labores por considerarlas perjudiciales o peligrosas para su vida, su salud o integridad física, sobre todo si tomamos en consideración que una persona menor de 18 años, aún no está en la plenitud de su desarrollo, tanto físico como psicológico.

Los trabajos prohibidos son esencialmente la extracción subterránea (trabajo en mina) o a cielo abierto, levantamiento y traslado de pesos, expendios de alcoholes y en sala de espectáculos y producción de los mismos. Los trabajos que son calificados de peligrosos para la salud, la

integridad o la seguridad del menor deben estar establecidos en un reglamento. Aquí se excluyen los trabajos nocturnos.

Es importante destacar que los Inspectores del Trabajo deben comprobar en forma periódica que la Empresa está en buenas condiciones de manera de garantizar la salud y el desarrollo moral y físico de los menores que trabajan en ella.

A) Las limitaciones que se establecen en la Ley para el trabajo que realizan los menores de 18 años son:

- a) Un trabajo diario máximo de 8 horas.
- b) La exclusión del trabajo nocturno en industrias, pero también, el menor puede hacerlo en las llamadas “Empresas familiares” y bajo la dirección de un miembro de la familia.
- c) También pueden desempeñar trabajos de noche los hombres mayores de 16 años en Empresas que tengan procesos productivos diurnos y también nocturnos.
- d) En cuanto a la capacidad jurídica, el artículo 246 y también el 439² del Código Civil dice que los menores adultos, por el solo hecho de tener un peculio profesional tienen capacidad, por esta razón se miran como mayores de edad respecto de su peculio.

Por lo tanto, el menor adulto en virtud de las disposiciones anteriormente citadas pueden gozar y administrar libremente dicho peculio.

El artículo 246 del Código Civil dice que el menor adulto además es capaz de ejercer las acciones correspondientes en juicio, es decir, puede ejercer sus derechos personales y reales, que nacen de su vinculación con las personas y con las cosas. Cuando se desconocen, se niegan o se afectan estos derechos, el titular de éstos los hace valer a través de las acciones. Pareciera ser que está “Capacidad Procesal” que se le reconoce a estos menores dice relación con las acciones que nacen esencialmente del contrato de trabajo y no se referiría a las **acciones civiles** que pudieran tener su origen en su peculio profesional.

² Art. 439 del Código Civil: “El menor que está bajo curaduría tendrá las mismas facultades administrativas que el hijo de familia, respecto de los bienes adquiridos por él en el ejercicio de una profesión o industria...”

B) El Trabajo de los Menores de 15 Años y Mayores de 14 Años:

Estos menores para realizar cualquier tipo de trabajo, deben reunir los siguientes requisitos:

- a) Autorización para realizar la actividad laboral del padre o la madre, del abuelo paterno, materno o de los guardadores, o del inspector del trabajo.
- b) Cumplir con su obligación escolar, sea educación básica o media (asistencia a clases, determinado promedio de notas, etc.).
- c) Debe tratarse de trabajos considerados “ligeros”, es decir, que no perjudiquen su salud o su desarrollo, o que le impida asistir a su escuela, colegio o liceo.

Por otro lado el Código del Trabajo brinda una protección especial a estos menores que se puede apreciar esencialmente en las siguientes prohibiciones, que dicen relación con el trabajo que realizan. Estas son:

- a) Faena en que se requiera fuerza excesiva.
- b) Actividades peligrosas para su salud, seguridad o moralidad.
- c) Trabajos subterráneos.

El artículo 14 del Código del Trabajo, en su inciso primero señala que no serán admitidos a trabajos subterráneos los menores de 18 años. El siguiente inciso de esta disposición se refiere a los menores de 21 años quienes podrán desempeñar trabajos subterráneos siempre y cuando se sometan a un examen de aptitud. Este último corresponde a un examen médico y la aptitud, serían las condiciones técnicas y personales que debería tener el menor para realizar este trabajo. También se considera la condición de salud del menor. La disposición sólo se refiere a los menores de 21 años.

Podría decirse que los menores de 18 años no podrían, bajo ninguna circunstancia realizar este tipo de trabajos (subterráneo). Pero también podría interpretarse la disposición en el sentido de que los menores de 18 años también podrían realizar este trabajo si se someten al examen de aptitud que señalamos con anterioridad y por lo tanto se podría concluir que no estaríamos en presencia de una prohibición, sino que solo de una simple limitación.

Es importante señalar, que para estos menores también rige el artículo 246 del Código Civil y por lo tanto estos tienen el derecho a administrar

y gozar de su peculio profesional (cuando cuentan con autorización) y además tienen el derecho a ejercer las acciones laborales que correspondan.

C) Trabajos realizados por menores de 15 años:

El artículo 16³ del Código del Trabajo se refiere al trabajo realizado por los menores de 15 años, pero la disposición exige que sólo en casos “debidamente calificados”, con la autorización especial del Juez de Menores o de su representante legal, podría el menor celebrar un contrato de trabajo con personas o entidades que se dedican a los espectáculos en general (televisión, radio, circos, etc.).

Este artículo presenta algunos problemas de interpretación que vale la pena destacar. La disposición utiliza la expresión: “debidamente calificados”, pero no establece quien debe realizar esta labor, es decir, la “calificación” y como se debe efectuar, es decir, los elementos para dicha calificación.

En este caso a nuestro juicio, la calificación queda entregada a criterios particulares y específicamente quien debe realizar esta labor es su representante legal y sólo a falta de éste, podrá intervenir el Juez de Menores.

Por otro lado el artículo 16 nos dice que el menor de 15 años, en virtud del contrato de trabajo se obliga a realizar trabajos artísticos o de espectáculos en general.

Una interrogante que surge en esta materia es si el menor puede celebrar el contrato personalmente. En el supuesto caso de que así fuera, dado el tenor de la disposición, se requeriría que el menor al menos fuera púber, es decir tener 12 años la mujer y 14 años el varón, pero no hay que olvidar que según nuestro Derecho Civil los actos ejecutados por niños o impúberes, son sancionados con la nulidad absoluta ya que estos niños púberes carecen de capacidad de ejercicio.

Por su parte el artículo 13 tiene un carácter general y no establece límites en cuanto a la edad, ya que sólo se refiere a los menores de 15 años, por lo tanto, también quedarían comprendidos los impúberes.

³ Art. 16 Código del Trabajo: “En casos debidamente calificados y con autorización de su representante legal o del Juez de Menores, podrá permitirse a los menores de 15 años que celebren contrato de trabajo con personas o entidades dedicadas al teatro, cine, radio, TV., circo u otras actividades similares”.

Sin embargo, como se establece que el contrato en cuestión debe ser celebrado por el menor, la disposición debería señalar una edad mínima ya que, sería muy difícil que un menor de escasa edad pudiera asimilar correctamente las cláusulas y el contenido general del contrato de trabajo que está celebrado y esto lógicamente le va a impedir conocer los derechos y obligaciones que emanan del acto en cuestión.

Atribuciones del Inspector del Trabajo:

1. Según el artículo 17⁴ del Código del Trabajo, el Inspector del Trabajo, ya sea de oficio o a petición de parte, puede ordenar el cese de la relación laboral entre el menor y su respectivo empleador si éstas se llevan a cabo sin sujeción de las normas que para el efecto se contemplan en el Código del Trabajo y desde luego en el caso específico podrá aplicarle a dicho empleador las sanciones que correspondan.
2. Establece que el Inspector del Trabajo debe investigar las situaciones de contrataciones irregulares de menores y una vez acreditado lo anterior debe ordenar la inmediata suspensión de los efectos del contrato de trabajo. Sin embargo, no es conveniente y además es equivocado dar facultad al Inspector para resolver el contrato y aplicar sanciones sin siquiera dar posibilidad a las partes para que puedan defenderse en un procedimiento, ya que, la legislación actual sólo da la posibilidad de impugnar la aplicación de la sanción pero no la cesación inmediata del contrato que se ha celebrado entre el empleador, que se va a ver afectado con esta situación y el menor en cuestión.

En términos generales podríamos decir, tomando como base las normas que rigen esta materia en el Código del Trabajo que el contrato individual de trabajo de los menores se rige en Chile por las siguientes reglas fundamentales:

1. Los menores de 18 y de 14 años necesitan autorización expresa para celebrar un contrato de trabajo, autorización que deberá otorgar el padre, la madre o en su defecto el abuelo paterno o materno y a falta de éstos la institución que tenga a su cargo al menor.

⁴ Art. 17 Código del Trabajo: “Si se contratare a un menor sin sujeción a lo dispuesto en los Arts. Precedentes el empleador estará sujeto a todas las obligaciones inherentes al contrato, mientras se aplican, pero el Inspector del Trabajo, de oficio o a petición de parte, deberá ordenar la cesación de la relación y aplicar al empleador las sanciones que correspondan”.

2. Los menores de 14 años de edad y mayores de 12 podrán desempeñar actividades labores siempre que hubieran cumplido con su obligación escolar.
3. Los trabajadores que tengan menos de 18 años pueden recibir el pago de sus remuneraciones sin necesidad de intervención de sus respectivos representantes legales pudiendo administrar libremente su salario.
4. Todo empleador de establecimiento industrial tiene la obligación de llevar un registro de inscripción de todos los trabajadores menores de 16 años de edad, con indicación de su fecha de nacimiento y demás menciones que exige el Decreto Reglamentario N° 485 (de 1932). Dichas menciones son las siguientes:
 - a) Nombres y apellidos del menor.
 - b) Lugar y fecha de su nacimiento
 - c) Nombres, apellidos y domicilio del padre o de la madre o bien, de la persona que lo tenga bajo su cuidado.
 - d) Horas libres que se le conceden al menor para la asistencia escolar.
 - e) Nombre y dirección de la escuela, liceo o colegio al que asiste.
 - f) Clase de trabajo que desempeña en el establecimiento.
5. El empleador deberá dejar libre por lo menos dos horas diarias destinadas al trabajo a los menores de 18 años de edad que estén recibiendo instrucción básica, (horas respecto de las cuales el menor no tendrá derecho a exigir remuneración).
6. El empleador debe entregar a los padres, tutores o curadores o personas que tengan a su cargo al menor de 18 años y en forma gratuita, una libreta en la cual se contenga el reglamento interno de la empresa y la individualización del menor.
7. Los trabajadores menores de 18 años y mayores de 14 no podrán ser admitidos en trabajos subterráneos, en la elaboración o manipulación de materias inflamables, en las faenas que requieran fuerza excesiva, en la limpieza de motores o piezas de transmisión, mientras funciones la maquinaria y en todos aquellos trabajos que se pueden calificar de peligrosos e insalubres.
8. Los menores de 14 años de edad y mayores de 12 si aún no han cumplido con su obligación escolar, no podrán, trabajar en

establecimientos industriales, ni aún en calidad de aprendices (salvo en el caso de una empresa familiar y siempre que uno de los miembros de la familia dirija la actividad laboral específica).

9. Los menores de 18 años no podrán realizar trabajos nocturnos en establecimientos industriales, específicamente entre las 8 de la noche y las 7 de la mañana (salvo en el caso de una empresa familiar dirigida por uno de sus miembros), entendiéndose por “noche” según la Conferencia Internacional del Trabajo de 1919 “el período de horas consecutivas que comprenderá el intervalo que media entre las 10 de la noche y las 5 de la mañana”.
10. Los menores que ya hubiesen cumplido los 15 años de edad sin haber recibido la instrucción escolar básica deberán asistir a la escuela hasta aprobar las pruebas anuales establecidas, o bien hasta cumplir los 15 años de edad. Si debe efectuar alguna actividad laboral de carácter permanente, seguirá sometido a esta obligación hasta que cumpla los 16 años de edad y deberá hacerlo en alguna escuela especial, con jornadas de estudio que permitan satisfacer las pretensiones educacionales del menor.

CAPÍTULO TERCERO: “EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL DERECHO COMPARADO”.

Las conclusiones que se pueden obtener teniendo a la vista la Constitución Política de El Salvador son interesantes para la Tesis que nos propusimos, en especial desde el prólogo que señala: *“Nosotros, representantes del pueblo salvadoreño reunidos en asamblea constituyente, puesta nuestra confianza en Dios, nuestra voluntad en los altos destinos de la patria y en ejercicio de la potestad soberana que el pueblo de El Salvador nos ha conferido, animados del ferviente deseo de establecer los fundamentos de la convivencia nacional con base en el respeto a la dignidad de la persona humana, en la construcción de una sociedad mas justa , esencia de la democracia y al espíritu de libertad y justicia, valores de nuestra herencia humanista, decretamos, sancionamos y proclamamos , la siguiente constitución”.* Esta fue publicada en el Diario Oficial el 16 de diciembre de 1983.

Cabe mencionar que la Corte Suprema de este país centroamericano se encuentra regulada en el artículo 172 (La Constitución de El Salvador tiene 274 artículos), establece: *“La Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias, integran el Órgano Judicial. Corresponde exclusivamente a éste órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agrarias y de lo contencioso – administrativo así como en las otras que determine la ley”.*

1.- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador.

Tomando como base la definición legal del Interés Superior del Menor con que cuentan en la legislación del referido país, la que señala que es “todo aquello que favorece su desarrollo físico, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad”; es posible afirmar que éste, se refiere a la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos en este caso se identifican. Todo interés superior pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo declarado derecho; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser Interés Superior. (Sentencia del 22/III/99, JM. Usulután).

Hasta este punto y avance de nuestra Tesis, queda demostrado que no sólo a partir de criterios objetivos y subjetivos predeterminados, sino también si en el caso concreto el interés superior del niño o adolescente justifica el conocimiento y decisión del conflicto por parte de tales autoridades.

Así, se desbordan los criterios formales y estrictos de la jurisdicción, para reconocer en nuestros jueces una actividad reflexiva que permite que la aceptación o no de la jurisdicción esté estrechamente vinculada con la solución de fondo al caso planteado. En pocas palabras, el resultado del proceso judicial se acerca a la realidad, permitiendo al particular una solución ajustada a derecho, no sólo en el plano formal sino también en el plano material. Corresponderá, en todo caso a los Tribunales Supremos, a través de los mecanismos de consulta y regulación de la jurisdicción, establecer el equilibrio entre la justicia del caso concreto y el ejercicio de la jurisdicción como facultad soberana del Estado.

En los procesos del derecho internacional privado se insertan de manera directa los actuales principios en materia de protección de la infancia, especialmente el del interés superior del niño.

El interés superior del niño faculta al juez, en el análisis del derecho aplicable y la jurisdicción competente, para hacer las adecuaciones que la complejidad de los casos con elementos de extranjería presenta. Así, el juez puede dejar de aplicar el derecho declarado competente (derecho comparado), o declarar su jurisdicción o la falta de ella, tomando como base de su análisis el interés superior del niño. Este interés, como uno de los principios rectores del moderno paradigma en materia de infancia, la protección integral, es la herramienta que tienen nuestras autoridades para calibrar los criterios formales del método conflictual y las exigencias estrictas de los criterios atributivos de la jurisdicción, para producir resultados realmente justos.

Finalmente, debemos señalar que el interés superior del niño desborda el problema de lo doméstico e internacional, para ubicarse en el eje central de la materia infancia.

Principio, que si quisiéramos otorgarle carácter vinculante podría decirse que él mismo goza en la comunidad internacional de la autoridad que las normas del *ius cogens*, como el *pacta sunt servanda*, tienen en la actuación de los Estados y demás entes supraestatales.

2.- Regulación internacional del principio del interés superior del niño.

a. Marco General.

En el seno de la comunidad internacional se han producido diversas manifestaciones del principio del interés superior del niño. El producto más elaborado de las mismas es sin duda alguna la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño,- en adelante diremos: **CDN** (1989)- . Los trabajos preparatorios de esta Convención comenzaron desde finales de la década de los sesenta, e implicaron todo un movimiento internacional en favor de la infancia. Este movimiento agrupó a naciones de los más diversos orígenes étnicos, religiosos, culturales y económicos entre otros, para concluir que la infancia es la prioridad, que los niños son sujetos de derecho y que es su interés superior el que debe guiar la actuación de la familia, la sociedad y el Estado.

Chile, al igual que Argentina, Venezuela y El Salvador, a modo de ejemplo, son Estados Parte de esta Convención, como todos los países del mundo con la excepción de los Estados Unidos de Norteamérica y Turquía.

La **CDN** consagra el interés superior del niño de la manera siguiente, destacando lo que nos parece de mayor interés en nuestro estudio:

*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**".*

A la consagración anterior debemos agregar el mandato que como norma vigente para nuestro sistema establece el Art. 2 de la **CDN**:

*Art. 2: "Los Estados Partes **respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción (...)**".*

b. Adopción Internacional.

Además del marco general que brinda la **CDN**, existen otros instrumentos internacionales que desarrollan aspectos particulares de la infancia como la adopción, la restitución, el tráfico y la protección alimentaria. Todos estos instrumentos, en mayor o menor grado y, directamente vinculado a su fecha de aprobación, establecen como principio rector de sus normas el interés superior del niño.

En materia de adopción deben comentarse la Convención de La Haya sobre la Protección del Niño y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional de 1993 y la Convención Interamericana sobre Adopción Internacional (La Paz, 1984).

El convenio de La Haya de 1993 reconoce en su preámbulo:

*"Convencidos de la necesidad de adoptar medidas que garanticen que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al **interés superior del niño** y al respeto de sus derechos fundamentales, así como para prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños". (Resaltado nuestro).*

*"Deseando establecer a tal efecto disposiciones comunes que tomen en consideración los principios reconocidos por instrumentos internacionales, **especialmente por el Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (...)**" (Resaltado nuestro).*

Más aún, la Convención de La Haya de 1993 establece que la misma tiene por objeto:

*Art. 1: "(...) a) establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al **interés superior del niño (...)**". (Resaltado nuestro).*

*Art. 19: " Los términos de la presente Convención y las leyes aplicables según ella se interpretarán armónicamente y en favor de la validez de la adopción y **en beneficio del adoptado.**" (Resaltado nuestro).*

Entiéndanse por beneficio del adoptado el interés superior del niño. Ésta es la interpretación correcta de dicha norma, pues la Convención sólo admite que sean adoptados niños y adolescentes (art. 3), y el término beneficio está directamente vinculado con el concepto de interés.

c. **Restitución Internacional.**

En materia de restitución observamos la vigencia simultánea en Venezuela, El Salvador y Chile, de las siguientes convenciones: La Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (1980) y Convención Interamericana sobre Restitución de Menores (Montevideo, 1989).

La Convención de La Haya establece en su preámbulo que los Estados signatarios del presente Convenio se encuentran "profundamente convencidos **de que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia**".

La Relatora de dicha Convención, Elisa Pérez Vera, ha sostenido que la parte dispositiva de la Convención no contiene ninguna alusión explícita al interés del niño en tanto que criterio corrector del objetivo convencional que tiende a asegurar el retorno inmediato de los niños desplazados o retenidos ilícitamente. Sin embargo, **no cabría deducir de ese silencio que la Convención ignora el paradigma social que proclama la necesidad de tomar en consideración el interés de los niños para regular todos los problemas que les conciernen (...)"** . Por el contrario, en el preámbulo arriba citado se desprende la intención de los Estados signatarios de interpretar y aplicar la normativa de la Convención teniendo en cuenta el interés superior del niño. Más aún, la Convención de La Haya establece que la restitución del menor puede denegarse cuando atenta contra los principios fundamentales del Estado requerido, en este caso Venezuela, en materia de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (art. 20). Como se verá en el análisis de la Convención Interamericana, tales principios están directamente relacionados con el principio del interés superior del niño.

De esta manera, la Convención Interamericana establece el interés superior del niño como sigue:

*Art. 25. "La restitución del menor dispuesta conforme a la presente Convención **podrá negarse cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño**".*

En estos Convenios sobre la niñez, la invocación del "orden público" o "violación manifiesta de los principios fundamentales del Estado" como medio para denegar el reconocimiento de actos extranjeros, excepcionarse en la aplicación del derecho extranjero normalmente aplicable e incluso para modificar la jurisdicción, se aprecia teniendo en cuenta el interés superior del niño.

Igualmente, la Convención Interamericana, procurando esclarecer la aplicación simultánea de tratados internacionales vigentes que regulan una misma materia, en este caso su relación con la Convención de La Haya establece que:

*Art. 34. "Entre los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos que fueren parte de esta Convención y de la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, **regirá la presente Convención,***

Sin embargo, los Estados Parte podrán convenir entre ellos de forma bilateral la aplicación prioritaria de la citada Convención de La Haya del 25 de Octubre de 1980". .

Esta norma, constituye para el operador jurídico de los Estados miembros, un mandato en la aplicación preferente de la Convención Interamericana. Venezuela, por ejemplo, no se ha pronunciado expresamente con relación a los casos en que sean aplicables simultáneamente ambas convenciones, es decir no ha llegado a ningún acuerdo bilateral en estos casos. Sin embargo, consideramos tal y como lo ha hecho ya, el Tribunal Supremo, antigua Corte Suprema de Justicia, en otros supuestos.

En este sentido la Corte sostuvo que tratados internacionales vigentes sobre una misma materia deben aplicarse coordinadamente y de manera que se cumplan los objetivos perseguidos en la regulación de la institución determinada, en este caso la restitución internacional de niños.

Igualmente, podemos agregar que el Instituto de Derecho Internacional en su Sesión de Lisboa celebrada en 1995, estableció una serie de conclusiones para estos supuestos, declarando en rasgos generales y, sobre la base de los arts. 30, 40, 41 y 59 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que deben aplicarse las reglas especiales sobre las generales, y las posteriores sobre las anteriores.

En nuestro caso ambos Convenios desarrollan la misma materia, por lo tanto la solución de la especialidad no se aplica, en consecuencia pareciera aplicable la

solución de la vigencia posterior, particularmente en los casos contradictorios. Sin embargo, y analizados ambos convenios, se observa la ausencia de soluciones contradictorias, pero sí un vacío de algunas soluciones en la codificación anterior, es decir en el Convenio de La Haya frente a la Convención Interamericana. Por ejemplo, las normas de la Convención Interamericana que regulan el procedimiento para los casos en los que el Estado requerido niegue la restitución del niño (arts. 12 al 14). Estos supuestos no se encuentran consagrados en la Convención de La Haya sobre la materia, pero sí en la Convención Interamericana.

Finalmente, la regulación de la restitución internacional a través de dos tratados nos conduce a afirmar que en los casos que se pretendan solucionar a través de la normativa internacional, la misma tiene que ser interpretada y aplicada en consideración a su carácter internacional y frente a la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación. En consecuencia, el hecho de que en Venezuela impere, por ejemplo una doble normativa internacional en materia de restitución internacional no puede conducir al operador jurídico venezolano a negar la aplicación de aquellas soluciones que tengan por norte favorecer el interés superior del niño.

d. Otras Convenciones en Materia de Protección de la Infancia.

Dos convenciones más interesan comentar a los fines de la consagración interés superior del niño y, como ejemplo de fuentes internacionales de influencia directa en determinados estados, por tratarse de convenciones suscritas nuestro país que se encuentran a la espera de su futura ratificación. Ellas son la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (México, D. F., 1994) y, el Convenio de La Haya relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, al Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de Niños (1996).

La Convención Interamericana toma en cuenta como normas internacionales rectoras en la materia, la **CDN**, y reafirma la importancia de la cooperación internacional para lograr una eficaz protección del interés superior del menor. En artículos diversos hace referencia expresa a dicho interés (ver arts. 1. c, 11 y 14).

Mención particular merece la Convención de La Haya de 1996, arriba citada. En materia, por ejemplo, de la jurisdicción si bien ésta se establece sobre la base del criterio de la residencia habitual del niño (art. 5), la Convención también consagra la

doctrina del **forum non conveniens** y del **forum conveniens** (arts. 8 y 9). Estas últimas disposiciones permiten al juez alterar la regla general de jurisdicción, cuando así lo aconseje el interés superior del niño.

3. Regulación interna del principio del interés superior del niño.

En el ámbito interno el principio del interés superior del niño está consagrado en la nueva Constitución de El Salvador, en los términos siguientes:

Art. 75. "El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. El Estado garantizará la protección de la madre, del padre o quienes ejerzan la jefatura de la familia.

*Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen. Cuando ello sea imposible o contrario a su **interés superior**, tendrán derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley. La adopción tiene efectos similares a la filiación y se establece siempre en beneficio del adoptado o la adoptada, La adopción internacional es subsidiaria de la nacional".*

Asimismo, la Constitución expresamente reconoce el principio de prioridad absoluta que priva en materia de protección del niño y del adolescente:

Art. 78. "Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Ley, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República.

*El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con **prioridad absoluta, la protección integral, para lo cual se tomará en cuenta el interés superior en las decisiones y acciones que les conciernen.** El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa y creará un sistema rector nacional para la protección integral de las niñas, niños y adolescentes".*

Desde el punto de vista de la legislación especial, debemos señalar que es sólo a partir de la promulgación de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente en 1998, que una normativa interna consagra en Venezuela el principio del interés superior del niño. Las anteriores regulaciones, aún cuando hayan hecho alguna mención al interés del “menor”, tal mención no se corresponde con el principio aceptado actualmente en la materia, por cuanto las mismas partían de la doctrina de la situación irregular del menor, doctrina que a priori niega el interés superior del niño.

Así, la Ley, actualmente con rango constitucional, introduce en la regulación interna la doctrina de la protección integral. Es fundamental recordar, sin embargo, que esta doctrina ya estaba vigente en nuestro ordenamiento desde 1990 por aplicación preferente de la normativa internacional descrita en el punto anterior, específicamente la **CDN** y ahora es reafirmada por la Constitución y por la normativa especial interna.

La propia Exposición de Motivos de la Ley nos señala en qué consiste y debe consistir cualquier aproximación jurídica al problema de la infancia:

"Simplemente, el niño está primero".

En su articulado la Ley de Protección, establece:

Art. 8: "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".

La regulación interna optó por darle una guía a nuestro operador jurídico, particularmente al juez, para la determinación del interés superior del niño. Así, señala:

Art. 8: Párrafo Primero: "Para determinar el interés superior del niño en una situación concreta se debe apreciar:

La opinión de los niños y adolescentes;

La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños y adolescentes y sus deberes;

La necesidad de equilibrio entre las exigencias del bien común y los derechos y garantías del niño o adolescente;

La necesidad de equilibrio entre los derechos de las demás personas y los derechos y garantías del niño o adolescente;

La condición específica de los niños y adolescentes como personas en desarrollo”.

Finalmente, debemos señalar que la Ley tiene una *vacatio legis* hasta el 1 de abril del 2000 (art. 683) y deroga expresamente algunas normas de los Códigos Civil y Penal, y de las Leyes especiales como la Ley de Adopción, Ley sobre Protección Familiar y Ley Orgánica del Trabajo (art. 684).

Analicemos, a continuación, lo que se conoció como el caso del “balscrito cubano”, que afectó al menor Elián González, para conocer la operatividad de los conceptos ya estudiados en el derecho internacional.

4.- EL CASO DEL BALSERITO CUBANO: Elián González.

Elián González, cubano de nacimiento y, de sólo seis años de edad, naufragó en aguas del Atlántico y fue rescatado el 25 de noviembre de 1999, en aguas territoriales estadounidenses por las autoridades costeras de dicho país.

Junto a Elián viajaban otros 13 ciudadanos cubanos, 11 de los cuales, incluidos su madre y su padrastro, fallecieron.

Tras su rescate, el niño fue confiado a unos tíos abuelos residentes en la ciudad de Miami, pero su padre y el Gobierno cubano exigieron su inmediato regreso a Cuba, solicitud ésta que fue aprobada por el Servicio de Inmigración y Naturalización norteamericano (**SIN**).

Sin embargo, para nadie es un secreto que la niñez puede ser objeto de la demagogia, de la estupidez e incluso parte importante de las agendas políticas de los candidatos de turno. El niño cubano Elián González es sólo un ejemplo que logró trascender a la luz pública por las implicaciones políticas que se le han endosado. Vale la pena reflexionar sobre cuántos casos en la práctica diaria del derecho de familia y, que no tienen el matiz político del caso de Elián, sufren la contradicción existente entre el ideal jurídico y la realidad. Ahora bien, en este caso se trata de un problema de derecho de familia que como tal debe ser resuelto, sin que se desvirtúe el interés primordial que ha de tomarse en consideración, es decir, el interés superior del niño. La materialización de este interés, como se ha señalado, requiere de la participación

del Estado y de la sociedad civil pero, tal participación no puede convertirse en un simple interés político que ponga en evidencia las pugnas electorales, republicanos vs. demócratas o, más allá de lo doméstico, la eterna pugna internacional entre el sistema político de los Estados Unidos de Norteamérica y el sistema político cubano.

De esta manera, en el caso de Elián González se han suscitado una serie de hechos y decisiones interesantes de enumerar para luego observar qué tan lejos, o qué tan cerca, puede estar una solución jurídica que pretenda garantizar el interés superior del niño. Así, y en general, el caso de Elián nos inducen a preguntarnos: ¿hasta dónde pueden los conceptos y soluciones jurídicas realizar en la práctica sus objetivos fundamentales, por ejemplo garantizar la protección integral del niño? Los hechos y decisiones que hemos considerado más relevantes de mencionar son:

La decisión del Servicio de Inmigración y Naturalización (**SIN**) de regresar el niño a Cuba, estableciendo como fecha límite para ello el 14 de enero del 2000. Hasta ahora, tal decisión no ha sido acatada y el niño continúa en los Estados Unidos. Dicha decisión, además, ha estado acompañada de las más diversas solicitudes, entre ellas una solicitud de "asilo político" para el niño Elián González y, la solicitud hecha por el Gobernador del Estado de la Florida, Jeb Bush, al Presidente norteamericano, BÍll Clinton, para que anule la decisión del **SIN**.

La solicitud de custodia por parte de los familiares de Elián, residenciados en Miami, ante un tribunal de familia con jurisdicción en el Estado norteamericano de La Florida.

En este sentido, la juez de dicho Estado, Rosa Rodríguez, se pronunció a favor de la competencia que tiene el tribunal bajo su responsabilidad para decidir a quién corresponde la custodia del niño.

La orden de comparecencia emitida por un congresista norteamericano para que Elián González declare ante el Congreso de los Estados Unidos.

La solicitud para que el Congreso de Estados Unidos le otorgue la nacionalidad honoraria a Elián, lo cual rompe con el esquema tradicional norteamericano en la adopción de dicha medida.

Las diversas manifestaciones en ciudades de los Estados Unidos por parte de los exiliados y simpatizantes cubanos con el fin de ejercer presión sobre el gobierno

estadounidense y orientadas a lograr que el niño permanezca en dicho país. Otras manifestaciones se han suscitado en La Habana pero demandado el regreso de Elián a Cuba.

Desde una perspectiva exclusivamente formal en el derecho internacional privado, el criterio de la jurisdicción competente podría determinarse a partir de criterios como la residencia habitual del niño, en este caso Cuba pues, Elián antes del naufragio residía allí; o, la jurisdicción del Estado con los vínculos más estrechos con el caso, también Cuba pues, el niño nació, se crió y, sus familiares en ascendencia directa -padre y abuelos- se encuentran en dicha isla. Es importante, sin embargo, recordar que la determinación de la jurisdicción depende, en todo caso, de los criterios que cada Estado considere pertinentes y, no puede un Estado señalarle a otro cuándo tiene o deja de tener jurisdicción.

Esta perspectiva formal puede matizarse, como se ha dicho, gracias al principio del interés superior del niño, y en tal sentido, podría ser una jurisdicción distinta a la cubana, por ejemplo la norteamericana, la encargada de dirimir o brindar una solución a la controversia planteada.

En todo caso, es el interés superior de Elián González el que debe considerarse primordialmente aquí, y no un interés partidista-electoral, o un interés relacionado con la política exterior del Estado y sus objetivos estratégicos, o cualquiera otro interés que nuble o aleje la solución a una situación en la cual un niño, Elián González, es el sujeto fundamental.

CONCLUSION DEL CASO PLANTEADO.

En esta parte se han expuesto las soluciones jurídicas consagradas en el sistema venezolano las cuales persiguen proteger y garantizar el interés superior del niño y del adolescente. También se relató la historia, aún en proceso de formación, del niño Elián González.

Ella, dados los diversos intereses y actores que agrupa, logró ventilarse ante los ojos de la opinión pública nacional e internacional, y nos ha permitido reflexionar, concluir y fijar algunas apreciaciones personales que pretenden ser de utilidad al operador jurídico venezolano, más allá de la historia del balserito. Así:

El sistema jurídico venezolano consagra la doctrina de la protección integral de la infancia. Esta doctrina considera al niño y al adolescente como sujetos de derecho cuyo interés superior debe ser la consideración primordial en cualquier decisión que tomen nuestras autoridades. Estas decisiones en materia de derecho internacional privado están vinculadas a los aspectos de derecho aplicable, jurisdicción competente y eficacia extraterritorial de los actos. El juez en atención al principio del interés superior del niño debe tomar sus decisiones, incluso si ellas modifican la solución formal que le brinda la norma de derecho internacional privado. Esta alteración, se produce en el marco de la cooperación de los poderes públicos, y de la interpretación coordinada y jerarquizado de las normas que integran el ordenamiento jurídico venezolano.

El régimen internacional vigente en Venezuela desde 1990 consagra dicha doctrina. La adaptación a la misma por la normativa interna venezolana se realiza solamente a partir de 1998 con la Ley de Protección del Niño y el Adolescente, cuyas soluciones adquieren ahora rango Constitucional. Por lo tanto, el interés superior del niño es un principio vigente en Venezuela, tanto en su codificación internacional como interna.

El propio régimen internacional ha avanzado en la consagración de la doctrina de la protección integral y en la consideración de la **CDN** como su marco regulatorio general. Así, se observa que las convenciones aprobadas en el seno de la Conferencia de La Haya y de la Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado, CIDIP, señalan expresamente a la **CDN** como su marco general.

De esta manera, en las Convenciones más recientes, el término “menor” es sustituido por el término niño, y cada vez es más frecuente la referencia directa a su interés superior como norte en la aplicación e interpretación de sus normas.

El principio del interés superior del niño es la guía de nuestros operadores jurídicos en la toma de decisiones.

En el caso particular del derecho internacional privado, el principio del interés superior del niño permite al operador jurídico cumplir con el fin de esta materia cual es realizar la justicia del caso concreto (Ley de Derecho Internacional Privado, art. 7). De esta manera, el juez puede declarar su jurisdicción para conocer y decidir de un caso, si el interés superior del niño así lo exige (doctrina del *forum conveniens*). Puede también el juez, desechar la aplicación de un determinado derecho o considerar la aplicación de cualquier otro, si el interés superior del niño así lo requiere. Y finalmente, puede reconocerle o no una eficacia extraterritorial a actos extranjeros cuando este interés superior del niño así lo imponga.

El principio del interés superior del niño desborda su consagración expresa o codificada para ubicarse, en nuestra opinión, en el plano de las reglas de *ius cogens*.

Ello implica una aceptación directa y vinculante por parte de los Estados que conforman la Comunidad Internacional, particularmente de sus órganos administradores de justicia.

Así, el interés superior del niño debe ser la consideración primordial a tomar en cuenta en los casos del derecho internacional privado, incluso frente a las pocas y raras excepciones de los Estados que no han ratificado la **CDN**.

La "codificación internacional e interna", o llevando tal expresión a participar de un plano mucho más general: **la solución jurídica**, puede alejarse o no responder totalmente a la realidad que pretende regular. Sin embargo, en el estado actual del desarrollo del hombre en sociedad queda suficientemente demostrado que siempre será preferible contar con la seguridad jurídica que brinda la norma, cualquiera que sea la forma que adopte y, a pesar de sus limitaciones. El aislamiento, económico, político, cultural y jurídico, impide que las personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas puedan aprovechar y valerse de los beneficios que brinda la regulación jurídica. El acceso a las fuentes internacionales permite contar no sólo, con un marco regulatorio

común a los Estados sino también con la posibilidad de estándares internacionales que coadyuven a mejorar y perfeccionar la regulación interna.

Cuba y los Estados Unidos como Estados miembros de la comunidad internacional tienen derechos y obligaciones que desbordan la esfera de la organización estatal. Situación que es especialmente evidente cuando se confrontan casos concretos como el del niño balsero, Elián González. El interés del sujeto, en este caso el interés superior del niño debe privar sobre cualquiera otra consideración que se presente en un caso concreto y es la **solución inmediata**, de los asuntos que le afecten, la que se reclama.

5.- SENTENCIA SOBRE DETERMINACIÓN DE LA TITULARIDAD DEL CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS MENORES (CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO)

En nuestro país, la realidad en la aplicación del principio: Interés superior del menor, ha tenido una aplicación en diversas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia. Es el caso de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que comentaremos a continuación.

En Santiago, uno de septiembre de dos mil cuatro. VISTOS: Se reproduce la sentencia en alzada de fecha veintiocho de mayo de dos mil cuatro, escrita a fojas 29, excepto sus considerandos 3º, 4º y 5º que se eliminan. Y se tiene en su lugar y, además, presente: 1º Que la solicitante de tuición, a fojas 31, apela contra la sentencia definitiva de fecha veintiocho de mayo de dos mil cuatro, escrita a fojas 29, que no dio lugar a la solicitud de tuición de fojas 14, pidiendo que se revoque y se acoja tal solicitud. 2º Que la petición de tuición del menor Benjamín Pedro Cabral May, por parte de la tía del mismo, hermana de la madre Patricia Alejandra May Urzúa, se fundó en que habiendo muerto la madre del niño, su tía y el padre del menor suscribieron un acuerdo o transacción de tuición, por escritura pública, en la que este último entrega libre, voluntaria y conscientemente la tuición del menor antes individualizado, a la peticionaria de autos, según reza tal acuerdo a fojas 9. 3º Que la sentencia apelada no dio lugar a esta solicitud basada, en síntesis, en que en virtud de lo dispuesto en los artículos 225 y 226 del Código Civil, el acuerdo de tuición sólo está permitido respecto de los padres, y que para otorgar la tuición a un tercero, la ley exigiría que se acreditara una causal de inhabilidad física o moral de los padres, lo que no habría ocurrido en la especie. 4º Que una interpretación armónica de los artículos comprendidos en el Título IX, del Libro I, del Código Civil: De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos, y en particular de los artículos del mismo Código, citados en la sentencia, permite concluir que, respecto de la tuición, el legislador consideró, primeramente, como criterio relevante y decisorio, la voluntad o autonomía de los padres para adoptar las resoluciones a este respecto. Subyace a la norma jurídica la consideración, *prima facie*, de que son los padres los que están en mejor situación para adoptar las decisiones que permitan asegurar la mayor realización espiritual y material posible del menor, así como asegurar el ejercicio -al hijo- de sus derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. El legislador, en el artículo 225 del Código Civil, resuelve supletoriamente, ya sea en silencio de los padres, o bien, si no hubiere acuerdo y hasta no se disponga otra cosa mediante sentencia judicial, que si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado **personal** de los hijos. Y, recogiendo la idea de primacía de la autonomía de

los padres, la ley, en el inciso 2º del mismo artículo, otorgó la posibilidad de que ellos, de común acuerdo, puedan determinar que el cuidado del hijo corresponda al padre. El reconocimiento de la autonomía significa que, manifestada la voluntad en algún sentido, el juez, en principio, no puede modificar aquella decisión voluntaria de los progenitores. Se entiende, como ya se dijo, que los padres están en mejor situación que el juez para decidir lo que es mejor o más conveniente a los intereses del menor. Ahora bien, si uno de los padres hubiere fallecido, obviamente siguiendo el mismo principio, será la voluntad del sobreviviente la que podrá adoptar las decisiones respecto a la tuición del hijo menor, asumiendo él mismo el cuidado personal, o bien, otorgando la tuición a un tercero. Si bien este supuesto no fue considerado expresamente por el legislador, no existe razón alguna para que en este evento primare la decisión judicial por sobre la voluntad manifestada del padre sobreviviente. En el caso de autos, se ha acreditado que son padres del menor don Máximo Alberto Cabral y doña Paula María May Urzúa, según certificado de nacimiento de fojas 17; que esta última falleció el día 2 de octubre de 2003, según certificado de fojas 6; que el padre y la tía del menor, hermana de la madre, suscribieron una transacción por escritura pública, de fecha 13 de octubre de 2003, que rola a fojas 9, en la que el primero viene en otorgar y entregar libre, voluntaria y conscientemente la tuición y curaduría del menor a la solicitante de la tuición; y que el padre del menor, citado a audiencia judicial, declaró que no está en condiciones económicas para hacerse cargo del niño, que el menor se encuentra en buenas condiciones con su tía, y que está de acuerdo con otorgarle la tuición de su hijo Benjamín Pedro Cabral May a su tía materna, declaraciones que constan a fojas 19. Todo lo cual acredita que en la especie ha habido una clara voluntad del padre en orden a radicar la tuición del menor en la tía materna del mismo. Que así las cosas, no se observa razón alguna para que se altere judicialmente la voluntad libremente manifestada por el progenitor del menor cuya tuición se solicita. 4º Que en el supuesto de que exista un desacuerdo entre los padres, es decir en que hubiere disputa, y que en consecuencia no pueda primar, por ser discordante, la voluntad de los mismos, el legislador ha dispuesto que el juez deberá resolver. Para adoptar esta decisión se debe tomar en consideración el criterio denominado interés superior del menor, según lo prescrito en el mismo artículo 225 ya citado. Sin perjuicio de que en el caso de autos no concurre el supuesto de disputa o falta de acuerdo entre los padres, toda vez que, como se hizo presente, sólo vive un padre; y, además, existe un acuerdo de tuición entre el referido padre y la tía materna del menor, esto es, no hay disputa, se analizará la situación de autos, también, a la luz de este principio. Se tiene para ello presente que aquél constituye, además, un eje orientador y principio o idea fundamental en la temática reglada en el título IX, del libro I, del Código Civil y, particularmente, en los artículos 222 y 242, ambos en sus respectivos incisos 2º, del Código Civil, 5º **Que el**

interés del menor constituye un concepto jurídico indeterminado, de contornos imprecisos y de profusa utilización en el derecho comparado. No obstante, puede afirmarse que alude a asegurar al menor el ejercicio y protección de sus derechos fundamentales, y a posibilitar la mayor suma de ventajas, en todos los aspectos de su vida, en perspectiva de su autonomía y orientado a asegurar el libre desarrollo de su personalidad; concepto, en todo caso, cuyos contornos deben delimitarse en concreto, en cada caso; 6º

Que para esta determinación en concreto, y acudiendo a criterios estudiados en la doctrina, resulta necesario analizar el caso de autos en relación, al menos, a los siguientes factores: a) las necesidades materiales, educativas y emocionales del menor y la probabilidad de que sean cubiertas por quien pretende la tuición; b) la capacidad y condiciones de la solicitante para asumir la tuición; c) el efecto probable de cualquier cambio de situación en la vida actual del menor; y d) si existiera algún daño sufrido o riesgo de sufrirlo por consecuencia de la tuición. De acuerdo al informe social, que rola a fojas 22, el menor está integrado en el hogar formado por la solicitante, Patricia May, su cónyuge, y sus dos hijos; y de su lectura se desprende claramente que sus necesidades materiales y educativas son debidamente satisfechas. Se deduce de este informe, también, que el menor es querido por los miembros de dicha familia, otorgándole cada uno de ellos dedicación, atención y afecto, aspectos esenciales para el mejor desarrollo del menor, especialmente en su aspecto emocional. La circunstancia de que el menor, así como su madre fallecida, y su tía, según lo señalado en la apelación, tengan la misma característica, llamada pseudocondroplasia, permite visualizar que probablemente recibirá una mayor comprensión y preparación, tanto en sus aspectos físicos como emocionales, a efectos de desarrollarse íntegramente como persona autónoma. Cabe agregar que el menor ha estado al cuidado de su tía, la solicitante, desde la edad de cinco meses, esto es, desde la fecha del fallecimiento de su madre, de manera que introducir un cambio en la situación actual le acarrearía necesariamente un daño, y sólo se justificaría si de no hacerlo pudiese significarle un daño mayor al menor, lo cual no resulta de autos. En cuanto a la capacidad y condiciones de la solicitante, según se desprende del informe social, se trata de una profesional, de 48 años, casada, que tiene independencia económica; que entre otras ocupaciones, se desempeña en el desarrollo de talleres de evolución de conciencia y es columnista de la revista El Sábado de El Mercurio, no registrándose en autos ningún impedimento en su contra. Por último, no consta en el expediente que permanecer bajo el cuidado de su tía le pudiese significar algún daño. A mayor abundamiento, la tuición la solicita la pariente más cercana del menor, lo cual asegura que éste se desarrollará en el ámbito de su propia familia biológica, no de un tercero extraño, lo que también es beneficioso para el mismo. De otra parte, cabe considerar que sería ilógico y contrario al interés del menor que, por decisión judicial, se

obligare al padre a asumir el cuidado de su hijo, en contra de su clara intención de desprenderse de este deber, lo que, por lo demás, ya ha efectuado en los hechos, otorgándola a un tercero, pariente cercano. En consecuencia, de acuerdo a todos los antecedentes que constan en autos, si se otorga la tuición del menor Benjamín Cabral May a su tía materna, Patricia May Urzúa, se resguarda debidamente el interés del menor ya individualizado. 7º Que, en todo caso, no corresponde aplicar en la especie, como erróneamente lo hace la sentencia en alzada, el artículo 226 del Código Civil, por no concurrir en autos los supuestos de dicho precepto legal. En efecto, la norma citada se refiere al evento de que se discuta la tuición, en un juicio contra los padres, en que, desde luego, no hubiere manifestación de voluntad de los mismos en el sentido de atribuir la tuición a uno de ellos, o a un tercero. La ley supone que los que están en mejor situación para asumir la tuición son ambos padres o uno de ellos; y, en general, no puede el juez entregarle la tuición a un tercero en contra de los padres. De allí que la exigencia para romper esa regla es alta, se debe acreditar la inhabilidad física o moral de ambos padres. En el caso de autos, el único padre del menor ha manifestado voluntad clara en orden a otorgarle la tuición de su hijo a la tía materna del menor, manifestando él mismo que no está en condiciones económicas para hacerse cargo del niño, que el menor se encuentra en buenas condiciones con su tía, y que está de acuerdo con otorgarle la tuición de su hijo Benjamín Pedro Cabral May a su tía materna. Y no se ha discutido la inhabilidad del padre. No ha habido propiamente juicio contra el padre. De manera que es claro que la regla del artículo 226 citado no es aplicable en la especie. En mérito de las consideraciones anteriores y de lo dispuesto en los artículos 222, 224, 225, 226 y 242 del Código Civil, **SE REVOCA** la sentencia apelada de fecha veintiocho de mayo de dos mil cuatro, escrita a fojas 29 y 30; y en su lugar se declara que **SE ACOGE** la solicitud de fojas 14, otorgando la tuición del menor **BENJAMIN PEDRO CABRAL MAY**, a su tía materna, doña **PATRICIA ALEJANDRA MAY URZUA**. Redactada por la abogada integrante Paulina Veloso Valenzuela Rol 4105-2004. Se deja constancia que no firma la Ministro Suplente señora Campo, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y acuerdo del fallo, por encontrarse ausente. Pronunciada por la Cuarta Sala integrada por el Ministro Juan Guzmán Tapia, la Ministro (S) María Eugenia Campo Alcayaga, y la abogada integrante doña Paulina Veloso Valenzuela.

6.- COMENTARIO

La Tesis de Grado que nos hemos propuesto va por el camino correcto .De hecho, en las páginas anteriores, se recogen las diversas tendencias jurisprudenciales de este continente- específicamente El Salvador, Venezuela,

Argentina, donde pude encontrar mayor presencia de sentencias relativas a mi tema de investigación- .Chile no es una excepción.

De este modo, la sentencia de la Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago que he seleccionado, se refiere a la determinación de la titularidad del cuidado personal o tuición de los hijos menores. Revocando la sentencia dictada en primera instancia, el fallo propone una interpretación coherente y finalista de la normativa contenida en el Título IX del Libro 1º del Código Civil "De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos". Siguiendo dos líneas argumentativas, concordantes entre sí y que bien podrían constituir los fundamentos de derecho de dos sentencias distintas que arribaron a un mismo resultado, en primer lugar se analizan los artículos 225 y 226 del Código Civil (considerandos 4º y 7º) y, en segundo, el principio del interés superior del niño como idea fundamental inspiradora de la regulación de la autoridad paterna (considerandos 5º y 6º). A continuación destacaré algunos aspectos que me parecen interesantes en cada una de estos argumentos.

El sentido y alcance dados a los artículos 225 y 226 en este fallo de segunda instancia, contrastados con los otorgados a los mismos en el de primera instancia, grafican de manera clara dos tendencias que justifican la afirmación de que nuestro derecho de familia es un "derecho de transición" entre principios propios de un modelo tradicional y los de un nuevo orden. En efecto, si, como sostiene el juez de primera instancia, sólo pueden ser partes del acuerdo sobre cuidado personal o tuición del hijo los padres del mismo, entonces no cabría la tuición convencional pactada entre uno de los padres y un tercero en ningún caso y, por consiguiente, quedarían excluidos de la posibilidad de convenirle el padre o la madre sobreviviente (art. 224 inc. 1º), la madre a quien, por falta de acuerdo con el padre, la ley le confirió la tuición del hijo (art. 225 inc. 1º), y el padre que, por acuerdo con la madre, ejerce la tuición (art. 225 inc. 2º). En todas estas situaciones la tuición sería intransferible.

Sin embargo, sólo en los dos últimos casos indicados esta limitación tiene una justificación sólida: sea la madre o el padre desean ejercer la tuición del hijo y, por lo tanto, la solución legal no podría conducir a que la tuición finalmente recayera en un tercero. El padre le disputa la tuición a la madre porque la quiere para sí o la madre acepta otorgársela al padre convencionalmente. Ello explica que sólo la inhabilidad de ambos padres autorice al juez a confiar el cuidado personal de un hijo a un tercero (art. 226 inc. 1º).

En la hipótesis del padre o madre sobreviviente, en cambio, si éste no deseara ejercer la tuición que le corresponde, ¿quién más que un tercero podría ejercerla? ¿Por qué el juez habría de obligar a ese padre o madre a asumir la tarea del cuidado personal? ¿Acaso su único camino es abandonar al hijo? Los derechos de familia se caracterizan por tener la doble faz de derecho-deber, pero también porque es imposible lograr su cumplimiento en forma forzada.

El rechazo del juez de primera instancia al acuerdo entre el padre y la tía del menor se sustenta en la tradición de legitimar ampliamente la intervención judicial en materias de familia, asumiendo que la potestad de tutela y cuidado de los menores corresponde al Estado a través de los Tribunales de Justicia. Por otra parte, implica un retroceso en la tendencia actual de reconocer un mayor margen de vigencia de la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho de Familia, acercándolo más a la naturaleza del derecho dispositivo que del imperativo, idea que justamente inspiró la actual normativa sobre cuidado personal o tuición de los hijos.

En la segunda vía argumental del fallo, complementaria y concordante con la primera, se destaca la concreción hecha por el sentenciador del principio del interés superior del niño. Reconociendo el carácter indeterminado del concepto, el sentenciador no cae, sin embargo, en la tentación de invocarlo como fundamento de su decisión sin expresión del contenido que le asigna en el caso concreto. Desglosa el principio en cuatro aspectos precisamente determinados y pondera la prueba rendida en autos para concluir que el bienestar del menor coincide con la voluntad del padre de cederle su tuición a la tía. Es decir, en la aplicación del interés superior se logra situar al menor efectivamente como el centro de la preocupación legal, cuestión que de obvia suele pasarse por alto, y no como una fórmula retórica y vacía.

CAPÍTULO CUARTO: “EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO NACIONAL”.

1.- Introducción.

En este capítulo el objetivo es precisar los alcances del término "interés superior del menor", el cual dada su reciente creación está siendo elaborado por la doctrina y la jurisprudencia. El origen está dado por la "Convención de los Derechos del Niño"-en adelante: "la Convención" - así que por una parte hago referencia a los Pactos y Convenios Internacionales referidos a los derechos humanos como el origen de la norma con su correspondiente correlato en nuestro país en el Derecho Constitucional y como su consecuencia la aplicación en el Derecho de Familia, que es la materia que nos ocupa.

La Convención ha sido receptada en la mayoría de las legislaciones extranjeras, donde es posible encontrar normas como las siguientes: *"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"*, en forma explícita también se encuentra en los arts. 9.1, 18.1 y 21.(ley N° 23.849 , Venezuela)

2.- Evolución Histórica de la Convención.

A nivel histórico el niño siempre estuvo considerado dentro del derecho de familia siendo sólo a principios de siglo que aparecen mencionados en forma específica. En el Derecho Internacional Público el primero que versa sobre la materia es la "Declaración de Ginebra" aprobada en 1924 por la Sociedad de las Naciones, en 1959 tenemos la "Declaración de los Derechos del Niño" de las Naciones Unidas, pero no fue sino hasta 1979 cuando se celebró el Año Internacional del Niño que la Comisión de Derecho Internacional inició el proceso de redacción de las normas de la Convención. El proceso duró 10 años y finalmente en 1989, la Asamblea General de la

ONU aprobó el texto que hoy conocemos, la misma cuenta con un Preámbulo y 54 artículos que en los hechos significa la obligatoriedad de aplicar normas en el territorio de los Estados que la han ratificado, tal es el caso de nuestro país, incurriendo en responsabilidad internacional ante su violación teniendo en cuenta el trato que den a los niños, vale aclarar que el término "niño" comprende a todo "ser humano" menor de 18 años de edad . En 1994, por ejemplo, Argentina reforma la Constitución y el nuevo artículo 75 inciso 22 le ha dado "jerarquía constitucional" a la Convención entre otros, en lo jurídico eso significa que todos los principios plasmados en los tratados, por tener el carácter de principios constitucionales integran el orden público argentino. La Convención ha tenido una recepción favorable por parte de los países desde su origen, tanto es así que la firmaron 61 Estados con la ratificación de 20 países en 1990. En alusión a ello la Conferencia Mundial de Derechos Humanos convocada por la ONU reunida en Viena en 1993 ha expresado una suerte de directriz en los siguientes términos "...la efectiva aplicación de la Convención por los Estados Partes, mediante la adopción de todas las medidas legislativas, administrativas o de otro tipo necesarias, y la asignación del máximo posible de recursos disponibles. La no discriminación y el interés superior del niño, deben ser considerados primordiales en todas las actividades que conciernen a la infancia, teniendo debidamente en cuenta la opinión de los propios interesados".

3.- Marco Conceptual.

Para algunos autores – en este punto nuestra Tesis no encontró unanimidad de opiniones- la denominación "interés superior del menor" aparece por primera vez en Preámbulo de la Convención de La Haya de 1980 (best interest of the children).

D'Antonio expresa que se trata de un "standard jurídico" es decir un:- "límite autonómico de la voluntad decisoria, con caracteres cambiantes: flexible, evolutivo y ceñido a las contingencias particulares", su naturaleza jurídica es la de un "principio o regla aplicable", que en forma clara la define como "medida media de conducta social correcta".

Grossman señala que "es un principio de contenido indeterminado sujeto a la comprensión y extensión propios de la sociedad y momentos históricos, constituye un instrumento técnico que otorga poderes a los jueces,

quienes deben apreciar tal "interés" en concreto, de acuerdo con las circunstancias del caso", luego explica que el mismo debe "constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño". En caso de conflicto frente al presunto interés de un adulto, debe priorizarse el del niño. Agrega que más allá de la subjetividad del término "interés superior del menor" este se presenta como "el reconocimiento del menor como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo". Por último a la hora de hacer valoraciones hay que asociar el "interés superior" con sus derechos fundamentales. Bidart Campos enseña que cuando la Convención habla de una consideración primordial hacia el "interés superior del niño", "descubrimos en esta pauta una orientación que no es un simple consejo o una mera recomendación, sino una norma jurídica con fuerza normativa para tener aplicación en cuanto ámbito deba funcionar eficazmente: al legislar, al administrar, al juzgar y, a la vez, en el área de las relaciones entre particulares".

4.- Legislación argentina.

Al hacer algunas aproximaciones al derecho de El Salvador y Venezuela respecto del concepto y aplicación de la noción- a estas alturas un verdadero principio del derecho: Interés superior del menor"- quedó demostrado que existen suficientes coincidencias, lo que me satisface como futura abogada y madre, en el sentido de constatar que nuestro continente asume este tema con la suficiente madurez y conciencia. Se apresura la pregunta: ¿Qué sucede con los vecinos?. Por cierto el derecho trasandino nos llama frecuentemente la atención más con un afán competitivo que como un referente creador de derecho, sin embargo, debemos aprender de las experiencias jurídicas y una Tesis de esta naturaleza no puede evadir la respuesta, la que asumo derechamente.

Los autores consultados coinciden que la legislación argentina debe reformarse en base a las directrices de la Convención mencionada. En este sentido la nueva "Ley de Adopción", 24.779, que más allá de algunas críticas, es la primera que hace referencia en forma clara al interés superior a través del nuevo art. 321 inciso i), sin embargo los Tribunales durante la vigencia de la ley anterior y con posterioridad a la Convención han dictado fallos que marcaban la senda en este sentido . También la "Ley de violencia familiar",

24.417 y la de "Identificación del recién nacido", 24.540 al estar inspiradas en la Convención tienden en definitiva a proteger el "interés superior del menor".

5.- La realidad legislativa en América Latina.

En forma somera vamos a hacer referencia a las leyes que inspiradas en la Convención han dictado diferentes países en América Latina, lo cual no quiere decir que hayan variado las condiciones de la minoridad, sólo las vamos a mencionar ya que su análisis excedería el marco de este trabajo:

- BOLIVIA: Nuevo Código de Menores (18/12/92).
- BRASIL: Estatuto del Niño y del Adolescente (13/07/90, Ley Federal 8069), asimismo ya existía la figura del ombudsman, a través del art. 129, inc. II de la Constitución de 1988, el mismo dice "velar por el efectivo respeto de los derechos y garantías legales asegurados a los niños y adolescentes, promoviendo las medidas judiciales y extrajudiciales correspondientes" (ENA, art. 201, VIII).
- CHILE: no hay un cuerpo legislativo que regule la materia y las leyes en general son dispersas. Las reformas han sido la "Ley de violencia intrafamiliar" y la "Ley de Maltrato Infantil" (agosto 1994), asimismo la "Ley de erradicación de menores de las cárceles" (octubre 1994).
- ECUADOR: "Nuevo Código de Menores" (7/8/92) y la "Ley reformativa" (1994) a la ley orgánica de la función judicial y al Código de Menores a fin de modificar el Servicio Judicial de Menores hacia una función judicial propiamente dicha.
- GUATEMALA: Existía al año 1995 un "Proyecto de Código de la Niñez y la Adolescencia".
- PERÚ: "Código de los Niños y Adolescentes" (Ley 26.102 del 24/12/92).
- URUGUAY: En 1993 se constituyó una Comisión en la Cámara de Diputados a fin de reformar el Código del Niño que rige desde 1934, en igual medida se ha dictado la Acordada 7236 del 29/7/94 para regular el proceso en la materia.

6.- Jurisprudencia Argentina. Aspectos generales.

Vamos a hacer referencia a diferentes casos que hacen aplicación de la Convención, en todos ellos el "interés superior" es la meta que se tiene en cuenta a la hora del dictado del fallo, en algunos la referencia a ello es

inequívoca, en otros se trata de armonizar nuestra actual legislación con la de la Convención a fin de beneficiar el interés de los menores.

a) Principios sostenidos en Tribunales.

"En materia de menores la norma legal debe aplicarse con sentido funcional; el juez debe poseer un margen de discrecionalidad cuyo límite y justificación lo constituye el caso concreto a resolver del mejor modo posible para el bien del menor".

"Las decisiones judiciales, cuando existen menores involucrados, deben consultar, primordialmente, su interés y estar inspiradas en lo que resulte más conveniente para su protección".

"El niño tiene derecho a una protección especial. Por ello, la tutela de sus derechos debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que ocurra en cada caso". "A partir de la Reforma de 1994 y conforme a las disposiciones del art. 75 inciso 22 y de la Convención sobre los Derechos del Niño en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional..." "...al apreciarse cada caso en particular, la idea de interés superior del niño, es una consideración que debe ser prioritaria sobre los demás derechos de los padres y de la familia, en el momento de decidir por parte del órgano Judicial".

b) Sustracción Internacional de Menores.

Se tienen dos normas de igual rango: por un lado la Convención y por el otro la "Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores", incorporada a su legislación positiva a través de la ley 23.857, aunque no contemplado por el art. 75 inciso 22 de la Constitución. En los litigios de esta índole es cuando el "interés superior" más se evidencia ya que hay dos padres en lugares muchas veces remotos peleando por un hijo, qué es lo mejor para ese niño ha de ser decisión de los tribunales que deberán atenerse a cada caso en concreto, es por ello que presentamos dos fallos que en orden al "interés superior" deciden en forma totalmente diferente.

El primer caso que analizamos, se trata de una solicitud de restitución de un niño de acuerdo con las normas de la Constitución de La Haya, el caso es

sobre un menor nacido en Kuwait en la época de la invasión de Irak, hijo de padres palestinos nacido en territorio hoy ocupado por Israel con pasaporte de Jordania; de religión musulmana e inestable residencia en Londres ya que debido a su militancia antislámica fue sentenciado a muerte. La madre del niño es argentina, de religión cristiana y casada en Londres. Al poco tiempo de llegar la madre a nuestro país con el menor, se tramita un exhorto que contiene la orden de la autoridad judicial del Reino Unido para que se proceda a la restitución del niño, este fallo contó con una solución que implica la defensa del interés superior del niño representada por el "derecho a la vida", pues cumplir con la rogatoria implicaba poner en riesgo de vida al niño dada la militancia y condena del padre. La Cámara decidió no hacer lugar a la restitución, entre sus fundamentos leemos: "Habida cuenta de que en la jerarquía de valores que sustenta la Convención de La Haya, así como en la que consagra los Derechos del Niño, ocupa el primer lugar el interés superior de éste - declaración del Preámbulo del texto de La Haya - corresponde interpretar que pese al criterio restrictivo con el que cabe considerar si se encuentran configuradas las causales de excepción que autorizan a rehusar la solicitud de restitución, se debe otorgar preeminencia a la protección contra un grave riesgo de vida". "Si la restitución del niño a su padre lo expone a riesgos no solamente de carácter externo o generalizados en el país requeriente - como por ejemplo guerra civil -, sino también a riesgos concretos que pudieran derivarse de su reinstalación en la situación anterior al traslado ilícito, resulta procedente la denegación de la misma".

El segundo caso es el que fue de público conocimiento a través de los medios en el país trasandino, se hablaba de "Daniela", recuerdan que este fallo trata un pedido de restitución de una niña a instancias de su padre, la cual siendo de padres argentinos había nacido en Canadá y en ese país habían transcurrido sus primeros años de vida, en un viaje de vacaciones a Buenos Aires, la madre decide no regresar a Canadá con la menor, debido a diferencias conyugales. El padre de la niña obtiene una sentencia favorable en Canadá, la cual ordena la restitución. La madre hace sus descargos en Argentina amparándose en el "interés superior del niño". Con un fallo desfavorable de Cámara, la madre acude en Queja a la Corte, la cual hace notar que si bien existen deficiencias en su presentación hace lugar al mismo en razón de la materia. A través de su decisión final, la Corte Suprema Argentina plantea lo que entendemos deben ser principios rectores en la materia, sobre la cuestión este máximo Tribunal dijo: "El mandato establecido

en el artículo 3. 1. de la Convención, se dirige a los tribunales de todas las instancias llamados a intervenir en causas en que se discute la restitución de un menor por el procedimiento previsto en la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores y orienta la interpretación que debe darse a esta Convención, que procura la protección del derecho esencial del niño a no ser desarraigado por una vía de hecho de su medio habitual de vida familiar y social y parte de la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al "statu quo" anterior al acto de desplazamiento o retención ilícitos. En consecuencia la mencionada Convención de La Haya armoniza y complementa la Convención sobre los Derechos del Niño".

"Que la tutela del interés superior de la niña en el desarrollo de un procedimiento que, si bien ha sido íntegramente concebido para tutelar sus derechos, concluye normalmente con un nuevo desprendimiento, fruto de la sustracción de los lazos que hubiese tendido en el país requerido, entraña asimismo la necesidad de interpretar las causales que las autoridades judiciales o administrativas de dicho país pueden invocar para negar la restitución".

"Que en atención a que el procedimiento se puso en marcha frente a un acto que la Convención de La Haya califica de ilícito, es fundamental la rapidez que se imprima al trámite, a fin de evitar que el transcurso del tiempo premie al autor de una conducta indebida, consolidando la integración del menor a un nuevo medio". "Que el artículo 13, párrafo 1 letra b), libera de la obligación de la restitución cuando: B) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

El texto denota que en la jerarquía de valores que sustentan la Convención, el primer lugar lo ocupa el interés superior del niño que es incluso preeminente frente a los intereses personales y muy dignos de protección del guardador desasido por las vías de hecho". "Que no es un imperativo la consulta a la niña en la medida en que ha intervenido el Asesor de Menores en ambas instancias y dado que de los informes psicológicos y de la asistente social surge que se trata de una niña "psicológicamente vulnerable y lábil debido a la edad que detenta", que atraviesa por un estado de "confusión afectiva por sentirse virtualmente tironeada por los reclamos de ambos padres". Ello permite concluir que hace a su interés superior el evitarle

el conflicto psíquico de sentirse responsable de la elección entre uno de los padres". La decisión confirmó el fallo de ambas instancias en restituir a la menor con su padre, pidiendo a la madre su colaboración en el cumplimiento de la sentencia. Creemos que la jurisprudencia citada marca una directriz en el tema que examinamos.

c) Adopción en Argentina. Un fallo de interés.

En el siguiente fallo el Juez de Primera Instancia desestimó el pedido de citación a la madre de sangre del menor adoptado. Existía a criterio del Asesor de Menores en la aplicación literal del artículo 11 letra c) de la ley 19.134, una vulneración de la Convención y de la Constitución del vecino país. El mismo expresa: "El procedimiento aplicable al juicio de adopción no es asimilable a los procesos "convencionales" al estar dotado de particularidades propias previstas por el legislador al servicio de la finalidad esencial perseguida, que no es otra que determinar razonablemente si la adopción conviene o es contraria al interés del menor, independientemente o mas allá inclusive de la opinión de sus representantes". "El criterio o principio que esencialmente cabe tener en cuenta para abordar los difíciles y delicados aspectos procesales del juicio de adopción, debe basarse en el interés del menor que va a ser adoptado, es decir, su bienestar y protección, interés que está en primer lugar y desplaza a otro subyacente".

Otros casos sobre adopción, donde se ha aplicado la Convención hacen referencia a la utilización del apellido biológico por sobre el del adoptante cuando las circunstancias hacen que su "interés superior" sea éste y no la aplicación del artículo 23 de la ley 19.134 trasandina. Se privilegia el artículo 8 inciso 1 de la Convención. "Habiéndose otorgado la adopción simple y teniendo en cuenta que el adoptado no se incorpora a una nueva familia sino que la adoptante fue la compañera del padre biológico, lo crió y educó y al fallecimiento de aquél decide adoptarlo, corresponde que el menor no pierda el apellido biológico, con el que además es conocido públicamente, y se agregue el de la adoptante, para evitar violar el derecho personalísimo del menor como es el de preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares".

En igual sentido se pronunció la Sala 1, de la Cámara Civil en un caso similar. Transcribimos algunos de los fallos que a nuestro criterio son explicativos en el caso de la adopción a fin de determinar el "standard jurídico" que es el "interés superior". "El interés superior del niño - en el caso - convive con los guardadores judiciales desde hace cuatro años, recibiendo sus afectos de hijo, en armonía, debe prevalecer por sobre el interés externo o de su familia de sangre que se opone a la adopción".

"Para una correcta comprensión de los delicados problemas que suscitan los casos de adopción en que se controvierten los respetables derechos de los padres y adoptantes, no debe perderse de vista la necesidad de asignar a la adopción un sentido que contemple prioritariamente el interés y la conveniencia del menor que es un factor ineludible de apreciación para los jueces".

"La Convención de los Derechos del Niño tiene raigambre constitucional y en la misma se establece que los Estados parte se comprometen a respetar los derechos del niño, a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, por lo tanto cuando la madre biológica vive, el menor la conoce y ella ha mantenido contacto con el niño, debe otorgarse la adopción simple, ya que si se otorgara la adopción plena significaría extinguir los vínculos de sangre con la familia de origen lo que es inconstitucional".

d) Tenencia provisoria.

En el caso en cuestión una menor de 10 años vivió en el último año con el padre, éste pide la tenencia provisoria ya que no existe un proceso de divorcio. Al contestar la demanda la madre reconviene, finalmente el Tribunal le otorga la tenencia de la menor a la misma. "A los fines de juzgar la idoneidad del progenitor a quien debe adjudicarse la tenencia debe tenerse esencialmente en cuenta el interés superior del menor pues así lo impone la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 3) máxime en la actualidad en que la nueva Constitución Nacional le ha otorgado jerarquía constitucional, superior a las leyes mismas (artículo 75 inciso 22 C.N.A.) y también la Constitución de esta Provincia (artículo 36 inciso 2 Buenos Aires) ha destacado el derecho a la protección y formación integral del niño".

e) Guarda compartida.

Se trata de una guarda compartida entre las 2 abuelas de la menor, con la pretensión de una de ellas de hacerlo en forma exclusiva.

"En la guarda judicial de menores debe tenerse en cuenta, primordialmente el beneficio del menor. Por ello deben supeditarse los reclamos de las demás personas a este superior interés, que se concreta en

mantener un marco de estabilidad que les permita una solución favorable. Mas allá de buscar una solución ideal, se impone establecer un sistema de continuidad y seguridad para el menor, sin perder los vínculos afectivos con toda su familia".

7.- CONCLUSIÓN.

Después de la lectura de la opinión de los juristas, la ley y la jurisprudencia llegamos a la conclusión que el "interés superior" contemplaría dos aspectos; uno por parte del Estado a fin de proveer los medios necesarios para el desarrollo pleno de la niñez, adecuando las instituciones y la legislación en base a los principios de la Convención y por el otro, la de escuchar a los menores a fin que sean "sujetos prevalentes de derechos" y no como objetos de un sistema jurídico pensado sólo en la exclusiva finalidad del adulto. El "interés superior del niño" se plantea como un "standard jurídico" a tener en cuenta a la hora de legislar y de juzgar, que como vimos a través de la jurisprudencia habrá de ser diferente en cada caso.

BIBLIOGRAFIA

1. Abeliuk, René: La filiación y sus efectos, Jurídica, Santiago, 2000.
2. Albaladejo, Manuel: Curso de derecho civil, Bosch, Barcelona, 1997.
3. Corral Talciani, Hernán: Determinación de la filiación. En revista de derecho, U. Católica de Valparaíso, volumen XX, 1999.
4. Court Murasso, Eduardo: Nueva Ley de Filiación, Cono Sur, Santiago, 1999.
5. Fanzolato, Eduardo: El derecho de familia en los países del Mercosur, en Derecho de Familia, 1998.
6. Fuchslocher Petersen, Edmundo: Derecho de menores, Jurídica, Santiago, 1983.
7. García Goyena, Florencio: Concordancias, motivos y comentarios del código civil español, Madrid, 1852.
8. Grosman, Cecilia y Martínez Alcorta, Irene: La adopción de integración y la familia ensamblada, en Jurisprudencia Argentina, 1998.
9. Guzmán Brito, Alejandro: Derecho privado romano, Editorial Jurídica, Santiago, 1997.
10. Guibourg Ricardo: Pensar en las normas, Eudeba, Buenos Aires, 1999.
11. López D., Carlos: Manual de derecho de familia y tribunales de familia, Librotecnia, Santiago, 2005.
12. Mazinghi, Jorge: Derecho de familia, Desalma, Buenos Aires, 2003.
13. Rivero Hernández, Francisco: Elementos de derecho civil. Derecho de familia, Bosch, Barcelona, 2005.
14. Ramos Pazos, René: Derecho de familia, Editorial Jurídica, 2004.
15. Roca, Encarna: Familia y cambio social, Civitas, Madrid, 2005.
16. Somarriva Undurraga, Manuel: Derecho Sucesorio, Jurídica, Santiago, 2004.
17. Villarroel, Carlos: Consideraciones sobre el estatuto personal en la legislación chilena. En Revista Chilena de Derecho, volumen 15, 1988.

18. Zannoni, Eduardo: Derecho Civil. Derecho de familia. Astrea, Buenos Aires, 1999.
19. Revistas de derecho: Universidad Católica de Valparaíso, Central, Adolfo Ibáñez, y Católica de Chile.
20. Jurisprudencia nacional y comparada.