

## ARCHIVO HISTÓRICO



El presente artículo corresponde a un archivo originalmente publicado en **Ars Medica, revista de estudios médicos humanísticos**, actualmente incluido en el historial de **Ars Medica Revista de ciencias médicas**. El contenido del presente artículo, no necesariamente representa la actual línea editorial. Para mayor información visitar el siguiente vínculo: <http://www.arsmedica.cl/index.php/MED/about/submissions#authorGuidelines>

## **El interés superior del niño en el Derecho chileno**

Mario Correa Bascuñán

Abogado - Doctor en Derecho Profesor Asociado de Derecho Romano y Derecho Civil  
Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile

### **Resumen**

Con motivo de las Terceras Conferencias de Bioética y Derecho se ha tratado de analizar el concepto de “el interés superior del niño en el Derecho chileno”, el cual es relativamente nuevo en nuestra legislación y respecto del cual no existe una definición o determinación. Se hace un estudio de los orígenes del Derecho como protector de los más débiles en el ámbito de las relaciones de familia, para luego efectuar un compendio de las normas jurídicas que utilizan tal expresión. Así, se puede apreciar que la primera referencia al “interés superior del niño” la encontramos en la Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, tratado internacional suscrito y ratificado por Chile. Como consecuencia de esa aprobación y ratificación, la legislación chilena sobre la materia ha ido incorporando esa expresión en nuestro Derecho, por lo que se citan todas las referencias a la misma en nuestra normativa jurídica. No obstante, se concluye que es un concepto que no era necesario introducir en nuestro país, suficientemente protector del más débil en todo tipo de relaciones jurídicas; y que su inclusión obedece a una concepción meramente ideológica en boga en el Derecho Internacional, cuyo objetivo final es la disociación de la familia, para acentuar la influencia del Estado en la educación de la juventud.

**palabras clave:** interés superior del niño; derecho de familia e ideología.

### **THE BEST INTERESTS OF THE CHILDREN IN THE CHILEAN LAW**

On the occasion of the Third Conference on Bioethics and Law, an attempt to analyse the concept of “the child’s best interest in Chilean Law”, is presented. This concept is relatively new in our legislation. There is no definition at present for “the child’s best interests”. Thus, it appears that the first reference to “best interests of the child” was found in the Convention of the United Nations on the Rights of the Child, an international treaty signed and ratified by Chile. As a consequence of the approval and ratification of the UN treaty, Chilean legislation is in the process of incorporating this concept in Chilean Law. However, we are able to show that it was not necessary to introduce this concept in our country, considering that our legislation is sufficiently protective of the weakest in all kinds of legal relationships. The inclusion of “the child’s best interest” is due to a purely ideological concept in vogue in International Law. It is apparent that the ultimate goal is the dismembering of the family, in order to increase the influence of the state in education.

**Key words:** top interest of the child; law of family and ideology.

Se me ha pedido analizar con ustedes el tema del “Interés superior del niño en el Derecho chileno”, lo que me ha llevado a revisar la legislación chilena sobre Familia y esta particular manera de referirse a la protección de los menores.

Lo primero que llama la atención es que se plantee un “interés superior del niño”, en que al interés se agregue el adjetivo relativo “superior”, lo que significa siempre una idea de comparación. Algo es superior a una cosa y, probablemente, inferior a otra. En la legislación, tanto nacional como internacional, se habla del interés superior del niño, pero sin referirlo, al menos explícitamente, a ningún otro interés, que debe resultar inferior o subordinado al anterior.

Entendemos que lo que se quiere es proteger al menor, en su interés, es decir, en su bien, porque el término interés implica una dimensión puramente material del tema, como persona humana, que se puede encontrar en situación de debilidad respecto de las personas con las que vive o de las que depende; pero no deja de llamar la atención este adjetivo “superior”, que parece innecesario o que solo persiguiera resaltar ese interés.

El Derecho siempre ha tratado de proteger a quienes, en una relación jurídica, parecen más débiles. Eso ha dado lugar a la existencia de legislación especial e, incluso, a jurisdicción especial.

Ya en los tiempos del Derecho Romano se adoptaron normas de protección a los miembros de la familia, frente al enorme poder del *pater familias*, que era no solo familiar sino político.

El *pater familias* tenía la patria potestad sobre sus hijos y demás descendientes que permanecían en su familia agnaticia, con poderes casi ilimitados, como también sobre la mujer casada *cum manus*, las personas *in mancipio* y los esclavos.

A partir de la República, paulatinamente, ese poder fue limitado, hasta acotarlo a términos similares a los actuales.

Así, por ejemplo, el *Pater* tenía poder de vida y muerte sobre sus hijos, que la jurisprudencia fue morigerando y que la legislación imperial limitó a las correcciones moderadas, necesarias para la educación de los hijos. Hay que destacar, en todo caso, que este poder no podía ejercerlo arbitrariamente, sino con la aprobación del consejo de familia, en que tenía un poder preponderante la *mater familias*, por lo que hay conocimiento de pocos casos en que el *pater* ejerció tal poder.

Tenía también el poder de vender a los hijos; pero hacia fines de la República se consideró inmoral por la jurisprudencia, en un derecho con pocas leyes y en que es más importante la opinión de los jurisprudentes o la jurisdicción de los magistrados. ya en el Principado, se prohibió la venta de los hijos.

Por otra parte, tenía el poder de abandonar a los hijos, facultad que siguió la misma suerte que la de enajenar a los hijos.

Cabe recordar que en tiempos de Constantino fue posible vender o abandonar a los recién nacidos; pero ello, como consecuencia de la desastrosa situación económica en que quedó el Imperio Romano después de los casi cincuenta años de anarquía militar y del gobierno de Diocleciano, que tuvo que restaurar el Imperio, y con el objeto de evitar su muerte, pues había muchas personas que, literalmente, morían de hambre. El Estado, entonces, o fundaciones *piae causae*, se hacían cargo de ellos.

En materia de adopción, existió en Roma la *adrogatio*, que era la adopción de un *sui iuris*, persona no sometida a la potestad de otra, que en definitiva era una especie de contrato entre personas plenamente capaces, y que debía ser sometido a la aprobación de los comicios. En tiempos de Antonio Pío, a fines del siglo II después de Cristo, se admitió la *adrogatio* de impúberes, que habían quedado *sui iuris* por muerte de su padre. La adopción romana se había creado en interés del adoptante que carecía de hijos, a fin de que tuviera un heredero que continuara con la religión familiar del culto a los antepasados; y que pagara las deudas, pues de lo contrario caía nota de infamia sobre su memoria y se interrumpía por ello el culto de los antepasados, entre los cuales se encontraba ese deudor.

Cuando Antonio Pío, llamado así por su ardorosa defensa de la memoria de su padre, Adriano, contra las intenciones del Senado de denostarlo, cultivando la "*pietas*", es decir, el amor filial, autoriza la *adrogatio* de impúberes, lo hace en interés del impúber, alterando todo el sentido de esa institución.

Esta es la primera referencia expresa al interés del niño, cuando exige, en función del bien común, en primer lugar, que se comprobara la utilidad para el adrogado; además, que se contara con el consentimiento del tutor o de los parientes más cercanos. El patrimonio del adrogado pasaba a formar parte del patrimonio del adrogante; pero si lo emancipaba, debía restituirse y, además, transferirle  $\frac{1}{4}$  de su propio patrimonio. Si moría el adrogado, su patrimonio volvía a su familia de origen; y si se demostraba que la *adrogatio* no le era beneficiosa, se podía dejar sin efecto.

En el Derecho chileno también ha habido siempre preocupación por el más débil en una relación jurídica, lo que se demuestra con la legislación del Trabajo, que protege al trabajador; y la de familia, que desde comienzos del siglo XX se ha preocupado de proteger precisamente al menor.

Es así que se crean los Tribunales de Menores, cuya jurisprudencia siempre tuvo como fundamento el interés del menor. Con la legislación que estuviera vigente, siempre estos tribunales, bien o mal, tuvieron como objetivo el bien del menor. En general, siempre ha sido primordial el bien del menor.

Todo ello hace que no se advierta, a primera vista, la razón para introducir este concepto del "interés superior" del niño, el cual, por otra parte, no se encuentra definido ni

determinado, de manera que nadie puede expresar con certeza qué debe entenderse por este “interés superior del niño”.

Analicemos, entonces, la aparición de este concepto en el derecho chileno.

El primer cuerpo en que aparece esta denominación es en la Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Esta Convención es aprobada en la Asamblea General de ese organismo internacional, el 20 de noviembre de 1989. En Chile es derecho vigente desde la publicación del Decreto Supremo N° 830, de 27 de septiembre de 1990<sup>1</sup>.

En este cuerpo normativo, además de un gran número de normas establecidas para la protección y cuidado especial del niño y de diversas disposiciones establecidas en beneficio del niño, en varias se usa expresamente el término “interés superior del niño”, a saber:

a) En el artículo 3.1, se expresa: “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**”.

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

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

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

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

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

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

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

Como ya queda dicho, esta Convención fue suscrita por el Presidente de la República y aprobada por el Congreso Pleno. Promulgado y publicado el decreto respectivo en el Diario Oficial, es derecho vigente en Chile, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 5°, inciso segundo de la Constitución Política de la República de Chile.

Sobre la base de las normas precedentemente transcritas de la Convención referida de la Organización de las Naciones Unidas, la legislación chilena en materia de Derecho de Familia ha ido incorporando la referida expresión en los nuevos cuerpos legales.

Es así como **en el Código Civil** hoy encontramos algunas disposiciones que se refieren al “interés superior del menor”, incorporadas por la ley N° 19.585, sobre filiación, en lo que respecta a la potestad paterna<sup>2</sup>:

**Artículo 222.** Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres.

La preocupación fundamental de los padres **es el interés superior del hijo**, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades.

**Artículo 242.** Las resoluciones del juez bajo los aspectos indicados en las reglas anteriores (se refiere a los derechos y obligaciones entre padres e hijos) se revocarán por la cesación de la causa que haya dado motivo a ellas, y podrán también modificarse o

revocarse, en todo caso y tiempo, si sobreviene motivo justo, y se cumple con los requisitos legales.

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.

En la ley de **Matrimonio Civil** 3, en los casos de separación judicial, **el artículo 26** señala que “La separación judicial podrá ser demandada por uno de los cónyuges si mediare falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común.– No podrá invocarse el adulterio cuando exista previa separación de hecho consentida por ambos cónyuges.– En los casos a que se refiere este artículo, la acción para pedir la separación corresponde únicamente al cónyuge que no haya dado lugar a la causal”. y luego, **el artículo 27** establece que “Sin perjuicio de lo anterior, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar al tribunal que declare la separación, cuando hubiere cesado la convivencia.– Si la solicitud fuere conjunta, los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. El acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21. Se entenderá que es suficiente si resguarda **el interés superior de los hijos**, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita”.

En el **artículo 85** se establece: “La tramitación de la separación judicial, de la nulidad de matrimonio y del divorcio se regirá por lo dispuesto en este Capítulo y en las demás leyes que resulten aplicables, del modo que parezca más conforme con la paz y la concordia entre los miembros de la familia afectada.– Cuando existieren menores de edad comprometidos, el juez deberá considerar especialmente **el interés superior del niño**, y oír a aquel que esté en condiciones de formarse un juicio propio, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez, al resolver todos los asuntos relacionados con su persona o sus bienes.– El juez, en cualquier momento, podrá adoptar de oficio las medidas que crea conveniente para el cumplimiento de lo anterior, así como para solucionar de la mejor manera posible las rupturas o conflictos matrimoniales”.

*La ley sobre tribunales de Familia, N° 19.968<sup>4</sup>, en su artículo 16, dentro de los principios del procedimiento, contempla: Interés superior del niño, niñoa adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.- El interés superior del*

**niño, niña o adolescente**, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.– Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a

todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla dieciocho años de edad”.

La ley **Sobre Adopción de Menore**<sup>5</sup>, **Nº 19.620, en su artículo 1º**, establece: “La adopción tiene por objeto **velar por el interés superior del adoptado**, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen.– La adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo respecto del o los adoptantes en los casos y con los requisitos que la presente ley establece”.

**En el artículo 3º**, se expresa: “Durante los procedimientos a que se refiere esta ley, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones del menor, en función de su edad y madurez.– Si fuese menor adulto, será necesario su consentimiento, que manifestará expresamente ante el juez durante el respectivo procedimiento previo a la adopción, en relación con la posibilidad de ser adoptado, y en el curso del procedimiento de adopción, respecto de la solicitud presentada por el o los interesados. En caso de negativa, el juez dejará constancia de las razones que invoque el menor. Excepcionalmente, **por motivos sustentados en el interés superior de aquel**, podrá resolver fundadamente que prosiga el respectivo procedimiento”.

**El artículo 22** de este cuerpo legal prescribe: “Siempre que concurren los demás requisitos legales, podrá otorgarse la adopción al viudo o viuda, si en vida de ambos cónyuges se hubiere iniciado la tramitación correspondiente o, no habiéndose iniciado esta, el cónyuge difunto hubiere manifestado su voluntad de adoptar conjuntamente con el sobreviviente. En estos casos, la adopción se entenderá efectuada por ambos cónyuges, desde la oportunidad a que se refiere el inciso segundo del artículo 37.– La voluntad del cónyuge difunto deberá probarse por instrumento público, por testamento o por un conjunto de testimonio fidedignos que la establezcan de modo irrefragable. No bastará la sola prueba de testigos.– Los cónyuges que hubieren iniciado la tramitación de una adopción podrán solicitar que esta se conceda aun después de declarada su separación judicial o el divorcio, si conviene al interés superior del adoptado”.

**El artículo 30** prescribe: “La adopción de que trata este párrafo solo procederá cuando no existan matrimonios chilenos o extranjeros con residencia permanente en Chile interesados en adoptar al menor y que cumplan los requisitos legales. Corresponderá al Servicio Nacional de Menores certificar esta circunstancia, sobre la base de los registros señalados en el artículo 5º.– Con todo, el juez podrá acoger a tramitación la solicitud de adopción de un menor presentada con residencia permanente en el país, si median razones de **mayor conveniencia para el interés superior del menor**, que expondrá fundadamente en la misma resolución.

La ley que establece un **sistema de responsabilidad penal de los adolescentes por infracciones a la ley penal**, en su **artículo 2º**, se expresa: “**Interés superior del adolescente**. En todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley

penal, se deberá tener en consideración **el interés superior del adolescente**, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos.— En la aplicación de la presente ley, las autoridades tendrán en consideración todos los derechos y garantías que le son reconocidos en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes”.

Como puede apreciarse ya existe un número importante de disposiciones que hacen expresa mención al interés superior del menor.

Además de estas disposiciones, prácticamente en toda la legislación de familia existe referencia al beneficio del menor.

Reiterando lo expresado precedentemente, nos parece lógico que el derecho quiera proteger a quien en las relaciones jurídicas de familia aparece como más débil o vulnerable.

Sin embargo, nos llama la atención esta exacerbación al plantear que este interés es superior, sin determinar respecto de qué.

Insistimos que se trata de un término relativo, de comparación, que necesariamente se debe contraponer con otro interés, que no queda determinado.

Es en este punto cuando es necesario tratar de determinar cuál es la razón de esta denominación.

Nuestra Constitución Política reconoce en su artículo 1º, inciso segundo, que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad; y en el inciso quinto, se señala que es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y la familia, propender al fortalecimiento de esta, etc.

¿Cuál es esa familia que reconoce la Constitución? A mi juicio, indudablemente y así se desprende de las Actas de la Comisión de Reforma de la Constitución que le dio origen, no obstante alguna opinión disidente, se trata de la familia tradicional, formada por padre, madre e hijos, constituida de una manera jerárquica, en que los padres ejercen la autoridad y tienen la misión de educar a los hijos, de la manera que a ellos les parece más adecuada.

Se trata de una comunidad de ideales ente marido y mujer, que en una empresa conjunta se donan recíprocamente y se preocupan de proyectarse en los hijos, velando por su desarrollo intelectual y moral. En este marco, es deber de los padres educar a los hijos de la manera que les parece más adecuada, formarlos de una manera integral, para mayor gloria de Dios, sobre la base del amor conyugal y filial. El rol del Estado en esta materia debe ser absolutamente subsidiario, buscando solucionar las situaciones anómalas

causadas por los malos padres. Es decir, se trata de una acción mancomunada de los padres y el Estado, velando por el bien común.

Pues bien, este modelo de familia hoy es atacado molecularmente a través de la nueva legislación del ramo, sobre la base de principios que se han ido imponiendo desde el Derecho Internacional, en un mundo cada vez más secularizado y materialista.

Es así como se ha ido minando la autoridad de los padres, sobre la base de un principio de igualdad respecto de los hijos, debilitando absolutamente el concepto de autoridad paterna.

Por otra parte, sobre la base de un principio de libertad de cada uno de los miembros de la familia, se llega a que cada uno vele por sus propios intereses y no ya por el desarrollo conjunto y armónico de todos ellos, movidos por la caridad y la piedad filial.

Entonces, el Derecho de Familia, protector de la misma, deja paso a un conjunto de regulaciones coordinador de esas libertades individuales; y normas que eran de orden público y, por tanto, irrenunciables, hoy son susceptibles de negociación, en materia de regímenes patrimoniales, cuidado personal de los hijos, patria potestad, etc.

Nos encontramos así con un nuevo Derecho de Familia que, simplemente, regula las relaciones de un conjunto de sujetos unidos en función de la satisfacción recíproca de sus propios intereses; y luego trata de atenuar las dañinas consecuencias que ese egoísmo acarrea.

Dentro de este esquema, como hemos dicho, se igualan los derechos de los padres, natural autoridad de la familia, con los de los hijos, naturales subordinados en esta organización, en razón de sus carencias de discernimiento y juicio.

Varias de las disposiciones que hemos citado, al referirse al interés superior del niño, enfrentan el interés de los padres con el de los hijos, de una manera en que no queda claro que haya efectivamente un beneficio para el niño, sino más bien un niño con exacerbación de sus derechos y prácticamente sin deberes.

No puedo dejar de pensar que este nuevo Derecho de Familia tiene su fundamento en conocidos postulados ideológicos, que tienden precisamente a disolver el concepto de familia que antes hemos dado, fundada en el matrimonio indisoluble, para el bien de todos sus miembros y educación de los hijos.

Cuando Antonio Gramsci plantea que la forma de lograr la hegemonía del proletariado es cambiando el sentido común, como la única forma de apoderarse de la sociedad civil para, desde su dominio, adquirir el control de la sociedad política, veía dos grandes enemigos que imponían una manera coherente de pensar y que impedían el cambio del sentido común –la filosofía de los no filósofos–, la Iglesia Católica y esa familia

tradicional, en que los padres educaban a sus hijos en la fe y en una visión trascendente de la vida, todo lo cual constituía un muro casi infranqueable.

Es así como plantea que a la familia hay que destruirla, sobre la base de ridiculizarla, diciendo que se trata de una institución del pasado, ya superada, que es incapaz de educar. Luego, hay que retirar a los niños de la influencia de los padres, para que reciban una educación masiva en la nueva cultura, en la cual el Estado, a través de sus diversas reparticiones, debe intervenir en los aspectos fundamentales de la vida, desde la escuela, sin intervención de los padres.

Es así como hemos estado viendo que se promueven proyectos de ley en que la familia, la comunidad y los padres participarán en forma igualitaria en la educación de los menores, violando el principio de subsidiariedad y el derecho de los padres a dar a sus hijos una educación conforme a sus convicciones.

Proyectos y leyes ya promulgadas que reducen el campo de acción de las familias, que solo deben respetar, promover y velar por el respeto de los derechos de los menores, que serán declarados autónomos lo antes posible, para que reciban la menor influencia posible de sus padres y, en cambio, la mayor posible de un Estado neutro y sin valores.

Proyectos y leyes que reconocen al menor autonomía progresiva para ejercer sus derechos y asumir sus responsabilidades, lejos y hasta con el desconocimiento de sus padres. Se privilegia así la autonomía de los hijos sobre la autoridad de los padres, contrariando el orden natural y el propio bien de los menores. No se tiene así en consideración que el niño y el adolescente están en un período de formación, que requiere la amorosa guía de sus padres, que les transmitan sus experiencias de vida desde el punto de vista del desarrollo de las virtudes morales.

Es lógico que si los padres no cumplen los deberes que el derecho natural les impone, deben limitarse sus facultades para proteger a los menores. Obviamente ahí cabe un papel subsidiario a la sociedad y al Estado. Pero este debe ser el último recurso, prefiriendo a la familia, en un sentido más extenso.

Hoy vemos proyectos y leyes que exacerban el rol de organismos estatales que promueven una nueva cultura de tutela de los derechos del niño, planteando como se ha visto en el último tiempo una especie de lucha de generaciones, contra los menores, ampliando los espacios para esa autonomía progresiva de los menores.

Entonces, no puedo dejar de recordar nuevamente a Antonio Gramsci cuando en sus Cuadernos de la Cárcel planteaba la “cuestión de los jóvenes”: “Existen muchas <<cuestiones>> de los jóvenes: Dos me parecen de especial importancia: 1) La generación “vieja” cumple siempre la educación de los “jóvenes”; habrá conflicto, discordia, etc., pero se trata de fenómenos superficiales, inherentes a toda obra educativa y de contención, a menos que se trate de interferencia de clase, es decir, que los “jóvenes” (o una parte sustancial de ellos) de la clase dirigente (entendida en el sentido más amplio, no solo económico, sino también político-moral) se rebelen y pasen a la

clase progresiva, que se ha hecho históricamente capaz de tomar el poder; pero en este caso se trata de “jóvenes que pasan de la dirección de los “viejos” de una clase a la dirección por los “viejos” de otra clase; en todo caso se mantiene la subordinación real de los “jóvenes” a los “viejos” como generación, aunque con las diferencias de temperamento y de vivacidad antes aludidas. 2) Cuando el fenómeno toma un carácter al que suele llamarse “nacional”, o sea, cuando no aparece abiertamente la interferencia de clase, la cuestión se complica y se hace caótica. Los “jóvenes” se encuentran en estado de rebelión permanente, porque persisten las causas profundas de la misma sin que estén permitidos el análisis, la crítica y la superación (no conceptual y abstracta, sino histórica y real)...”<sup>6</sup>. En suma, lucha de clases intergeneracional.

Se ha planteado en proyectos de ley que el Estado tenga técnicos que puedan intervenir en la vida familiar, juzgando si los padres respetan el derecho de sus hijos, y que reparticiones públicas califiquen el caso y su gravedad, determinando el o los derechos vulnerados y estableciendo los recursos familiares o sociales para superar la situación y pudiendo forzar a los padres a un acuerdo con sus hijos rebeldes para no ser conducidos a tribunales.

Se ha llegado al extremo de plantear el otorgamiento de facultades a un servicio público para, con la sola anuencia de los juzgados de familia, retirar a los hijos de sus hogares. Así el derecho de los padres a educar a sus hijos puede pasar a ser, no un derecho natural, sino una concesión del Estado, que puede suspenderlo o cancelarlo, de acuerdo con la opinión de un conjunto de “técnicos”.

Estos son proyectos en actual tramitación, que se fundan precisamente en el interés superior del menor. ya nos queda claro por qué se ha agregado el adjetivo relativo “superior”. Esperamos no prosperen; pero se están promoviendo y conllevan a la destrucción total de la familia que antes hemos descrito como tradicional.

Lo concreto es que nos encontramos con que el interés jurídico de los menores ha salido del ámbito familiar, con una acción subsidiaria de la autoridad, para pasar al de la sociedad, representada por los tribunales de familia y por organismos públicos que asumen el papel de velar por el interés jurídico de los menores.

Se sostiene que el interés superior del niño hoy es uno de esos principios que conforman lo que se llama “el espíritu general de la legislación y la equidad natural”<sup>7</sup>, como regla de interpretación de la ley, cuando sus pasajes oscuros o contradictorios no se pueden interpretar aplicando las demás normas de hermenéutica legal que se contienen en los artículos 19 al 24 del Código Civil.

Nos encontramos con un interés jurídico “superior” a otros, no determinados; pero que normalmente serán los de los padres, en su legítimo derecho de educar a los hijos, por ejemplo. Es indispensable acotar de alguna manera objetiva esta calidad de interés superior, porque puede prestarse para todo tipo de interpretaciones, incluso bastante arbitrarias, como el emblemático caso de la tuición de las hijas de la jueza Karen Atala, analizado por la profesora Ángela Vivanco en su Curso de Derecho Constitucional<sup>8</sup>, que

le es entregada al padre cuando ella explicita sus tendencias lésbicas, no por constituir un mal ejemplo para las niñas, sino en resguardo de su superior interés, sin explicar en qué consiste, puesto que parte de la base de que la opción homosexual de su madre no es sino el ejercicio legítimo de un derecho personalísimo.

A mi juicio, no puede dejarse la determinación de este concepto a la jurisprudencia de los tribunales. Se requiere urgentemente que se fijen patrones objetivos acerca de qué se entiende por “interés superior del menor”, de manera de cumplir con el mandato constitucional de proteger a la familia; reconocer, como corresponde, el derecho natural de los padres a la educación y formación de los hijos; y sancionar, cuando así se haga necesario, a los progenitores que no cumplen con ese papel educador, sino que incurren en malos tratos respecto de sus hijos o en conductas que no los educarán en una recta formación de la conciencia.

Por otra parte, deben tomarse los resguardos para defender nuestra idiosincrasia nacional frente a convenciones internacionales con un claro tinte ideológico, que tienden a deformar el concepto de familia, que si bien no está definido en el texto de la Constitución y de nuestras leyes sí se desprende de la historia fidedigna de su establecimiento; y se encuentra indeleble en el espíritu general de la legislación y en los principios de equidad natural.

No puede resultar un argumento suficiente el hecho de que en muchos otros países ya exista este principio del “interés superior del niño” para justificar que, sobre su base, se desarme la familia, como ya se ha estado haciendo en la nueva legislación sobre la materia y en la que se encuentra actualmente en tramitación parlamentaria.

Estoy plenamente de acuerdo con una adecuada protección al niño cuyos derechos se ven vulnerados por quienes no cumplen con sus deberes y con el correcto cumplimiento de su rol subsidiario por el Estado; pero no con estas figuras aparentemente inocentes y bien intencionadas, pero con un fondo ideológico disolvente de la familia.

## **Citas**

<sup>1</sup> Orrego Acuña J.A. (2007). *Temas de Derecho de Familia*. Sociedad Editora Metropolitana Ltda., Santiago de Chile, pág. 27.

<sup>2</sup> Gobierno de Chile, Ministerio de Justicia (2005). *Compilación de normas de derecho de familia*. LexisNexis, Santiago de Chile, pág. 24.

<sup>3</sup> Gobierno de Chile, Ministerio de Justicia (2005). *Compilación de normas de derecho de familia*. LexisNexis, Santiago de Chile, pág. 193.

<sup>4</sup> Gobierno de Chile, Ministerio de Justicia (2005). *Compilación de normas de derecho de familia*. LexisNexis, Santiago de Chile, pág. 391.

<sup>5</sup> Gobierno de Chile, Ministerio de Justicia (2005). *Compilación de normas de derecho de familia*. LexisNexis, Santiago de Chile, pág. 265.

<sup>6</sup> Sacristán M. (1986). *Antonio Gramsci. Antología*. Siglo Veintiuno Editores, S.A. de CV. México, pág. 274.

<sup>7</sup> Orrego Acuña J.A. (2007). *Temas de Derecho de Familia*. Sociedad Editora Metropolitana Ltda., Santiago de Chile, pág. 218.

<sup>8</sup> Vivanco A. (2006). *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980. Tomo II*. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, pág. 55.