Artículo: Derechos y obligaciones entre padres e hijos, en particular de la autoridad paterna
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Carlos Álvarez Cid

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 204
AÑO LXVI
JULIO-DICIEMBRE 1998
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986

BIBLIOTECA
Universidad de Concepción
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

REVISTA DE DERECHO

20 SET. 2000

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

Artículo: Derechos y obligaciones entre padres e hijos, en particular de la autoridad paterna
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Carlos Álvarez Cid

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

DERECHOS Y OBLIGACIONES ENTRE PADRES E HIJOS, EN PARTICULAR DE LA AUTORIDAD PATERNA

CARLOS ALVAREZ CID
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Concepción

INTRODUCCION

El tema del presente trabajo se regula en el nuevo texto en el Título IX del Libro I del Código Civil justamente bajo la denominación que se ha indicado, el cual reúne las materias actualmente contenidas en el Título IX y XIII, referidos, respectivamente, a hijos legítimos e hijos naturales.

Es menester aclarar de inmediato que, conceptualmente, existen otras materias que también quedan comprendidas bajo esta denominación, específicamente ello ocurre con la patria potestad, el derecho de alimentos y los derechos hereditarios, materias todas que dan cuenta de derechos y obligaciones que se derivan de la filiación.

No obstante lo que trataremos aquí, se limita a las relaciones personales entre padres e hijos, generalmente incluidas bajo la denominación de "autoridad paterna".

Hacemos presente desde ya que, a nuestro juicio, la separación que se mantiene en la nueva ley entre autoridad paterna y patria potestad, reguladas en títulos distintos y como instituciones diversas, carece hoy de justificación. En efecto, la división actual no se funda en una cuestión de contenidos ya que estos se entrecruzan en forma permanente, sino que tal escisión arranca del hecho de que el padre o madre legítimo tiene respecto de su hijo tanto autoridad paterna como patria potestad, mientras que el padre o madre natural sólo tiene la primera, careciendo de la segunda.

Bajo la nueva legislación esto ya no es así, igualándose los estatutos jurídicos personales y patrimoniales respecto de los hijos matrimoniales y no matrimoniales, entregándoseles ambas categorías de facultades a los padres. Por lo anterior, pareciere haber sido una opción técnicamente más adecuada, la de refundir bajo un solo título ambas materias, dándoles un tratamiento conjunto, y

Artículo: Derechos y obligaciones entre padres e hijos, en particular de la autoridad paterna
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Carlos Álvarez Cid

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

evitar así una segregación artificial que pueda derivar en la eventual no aplicación de una norma determinada, a una institución regulada en otro título en base a argumentos puramente exegéticos[1][2].

ANALISIS DEL NUEVO TEXTO LEGAL

Estamos aquí, como ya se ha dicho, exclusivamente en el tema de la autoridad paterna entendida como el conjunto de derechos y obligaciones que surgen entre padres e hijos relativos a la persona del hijo.

Digamos inicialmente que, en términos generales, ésta es una de las materias objeto de las modificaciones de la ley, que no se ve convulsionada en sus aspectos esenciales por las nuevas disposiciones, y esto por una sencilla razón: la autoridad paterna, dado su contenido eminentemente personal y afectivo, fue siempre entendida como una materia que trascendía a la filiación del menor, por lo que, independientemente de su origen y naturaleza, este vínculo y los derechos y obligaciones que de él se derivan debía siempre existir entre padres e hijos. En consecuencia ella estaba presente cualquiera fuera la filiación del menor y la nueva ley poco tuvo que cambiar en este aspecto.

Para los efectos de esta exposición haremos aquí la distinción tradicional. Por una parte, los deberes de los hijos para con sus padres y, por la otra, los derechos deberes de los padres para con sus hijos.

Deberes de los hijos para con sus padres

En esta materia se mantienen las dos obligaciones tradicionales constituidas por el deber de respeto y obediencia y el deber de cuidado respecto de sus padres. En ambos la situación se mantiene, aplicándose tanto a los hijos matrimoniales como a los no matrimoniales; cabe sí señalar algunos cambios puntuales.

En primer lugar, en relación con el deber de respeto y obediencia, el nuevo artículo 222 eliminó la idea de que los hijos estaban "especialmente sometidos a su padre" y esto con el propósito evidente de suprimir toda discriminación arbitraria entre padre y madre.

[1]Por ejemplo el artículo 222 del nuevo texto debiera ser norma básica para el ejercicio de la patria potestad.

[2]Es menester hacer presente que el tema fue ampliamente discutido en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, existiendo dos posiciones. La primera y mayoritaria estuvo por mantener la separación de los conceptos de patria potestad y autoridad paterna, esencialmente porque existía una abundante doctrina y jurisprudencia desarrollada en base a ambas instituciones consideradas aisladamente y porque en la fusión propuesta en el proyecto original existían errores técnicos que reflejarían que son cuestiones diferentes. La segunda y minoritaria era partidaria de la unificación, por cuanto así lo entiende necesario la doctrina, así es tratado el tema a nivel de derecho comparado y finalmente porque permitiría cerrar la brecha que existe entre los aspectos personales y patrimoniales en las relaciones padre-hijo.

Artículo: Derechos y obligaciones entre padres e hijos, en particular de la autoridad paterna
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Carlos Álvarez Cid

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En segundo lugar, la misma disposición en su inciso segundo agregó que "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"; esta disposición constituye esencialmente una declaración de principios, que trasciende al Título IX, para impregnar la integridad del conjunto normativo que regula estas relaciones.

Y, en tercer lugar, el actual artículo 223, regulando el deber de cuidado, extendió la protección subsidiaria que ya existía, a todos los ascendientes, incluyendo ahora a la ascendencia no matrimonial, los tan antiguos como inexistentes "abuelos naturales".

Derechos deberes de los padres para con sus hijos

Dentro de ellos cabe analizar:

A) El cuidado;
B) Mantención de relación directa y regular con el hijo;
C) La corrección;
D) La crianza y educación.

A) *El derecho-deber de cuidado*

La distinción básica que cabe hacer aquí para determinar a quién corresponde este derecho, consiste en si el menor tiene o no filiación determinada.

1. Si no la tiene, es decir no hay matrimonio y no ha sido reconocido por ninguno de sus padres, el juez establecerá la persona a quien corresponde su cuidado[3].

2. Si tiene filiación determinada, habrá que distinguir si la tiene respecto de sólo uno de sus progenitores que pueda ejercer efectivamente este derecho de cuidado, o bien, si tiene filiación respecto de ambos padres, encontrándose ambos en condiciones de ejercer este derecho-deber.

2.1. Podemos estar en la primera situación –sólo uno–, cuando el otro padre falleció (filiación matrimonial o no matrimonial), o bien, cuando la filiación sólo se encuentra determinada respecto de uno de los padres (filiación no matrimonial). En este caso el cuidado del menor corresponderá al padre sobreviviente o, en su caso, al padre que lo haya reconocido[4], pero en este último caso, con la notable excepción establecida en el artículo 203 del nuevo texto, en cuanto a que si el hijo ha sido reconocido por resolución judicial contra la oposición del padre o madre, éste quedará privado de su cuidado.

[3]Artículo 224 inciso segundo, nuevo texto.
[4]Artículo 224, nuevo texto.

Artículo: Derechos y obligaciones entre padres e hijos, en particular de la autoridad paterna
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Carlos Álvarez Cid

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

2.2. Podemos también estar en la segunda situación, es decir, que se encuentre establecida la filiación respecto de ambos padres y que ambos estén vivos y en condiciones de ejercer el derecho-deber de cuidado. Aquí cabe hacer una nueva distinción dependiendo de si los padres viven o no juntos (sea la filiación matrimonial o no matrimonial).

2.2.1. Si viven juntos, se aplica pura y simplemente el artículo 224 inciso primero, en cuya virtud toca a ambos padres de consuno el cuidado personal del hijo.

2.2.2. Si los padres viven separados cabe aplicar las siguientes reglas:

2.2.2.1. En primer término, y conforme al artículo 225 inciso segundo, habrá que estarse al acuerdo de los padres.

Se trata de un acuerdo solemne en cuanto exige escritura pública o un acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil; éste es un acuerdo revocable debiendo cumplirse en tal caso con la misma solemnidad.

Ahora bien, para que este acuerdo o su revocación sea oponible a terceros, deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los 30 días siguientes a su otorgamiento[5].

El sistema de convenio en sí mismo no es novedoso, pero sí la forma de adoptarlo, las subinscripciones a que da lugar y los efectos de estas últimas.

2.2.2.2. En segundo término, si no existe acuerdo entre los padres el cuidado corresponderá a la madre[6].

Con lo anterior el legislador mantuvo el principio actualmente vigente sólo que diciéndolo en forma más clara, siendo la norma de plena lógica pues lo habitual es que los hijos, en caso de separación, se queden con la madre.

2.2.2.3. Y, en tercer lugar, y por sobre las dos reglas precedentemente expuestas, conforme al artículo 225 inciso tercero, el juez siempre podrá entregar el cuidado personal al otro padre, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada. Se establece sí una limitación al juez, en cuanto no puede confiar el cuidado personal al padre o madre que, pudiendo hacerlo, no ha contribuido a la mantención del hijo cuando se encontraba al cuidado del otro padre.

Resulta notable la amplitud de la norma, en cuanto a lo genérico del fundamento que el juez tiene a su alcance para aplicar esta disposición, determinando así a quién corresponderá el cuidado del menor, ya que el tribunal lo hará, con el sólo mérito del interés del menor, cuestión que él mismo calificará.

Debe sí tenerse presente que esta norma, tan amplia en cuanto a la causal de procedencia, es restringida en cuanto a la persona a quien puede conferir la tuición, el cual sólo puede ser el otro padre y no un tercero.

Y debe asimismo tenerse presente que, según entendemos, la atribución

[5]El tema de la subinscripción y de la consecuente oponibilidad frente a terceros puede tener importancia por más de una razón. Piénsese por ejemplo en el artículo 2320 que establece la presunción de responsabilidad por hecho ajeno, para cuyo establecimiento tal subinscripción será de primordial importancia.

[6]artículo 225 inciso primero del nuevo texto.

Artículo: Derechos y obligaciones entre padres e hijos, en particular de la autoridad paterna
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Carlos Álvarez Cid

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

del artículo 225 inciso tercero le es concedida al tribunal sólo en la situación en estudio, esto es, sólo cuando existe filiación determinada respecto de ambos padres y éstos viven separados.

En todos los demás casos sólo cabe aplicar la regla del artículo 226 que se explica a continuación.

2.3. Conforme a este artículo 226, el juez, en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, puede confiar el cuidado personal de los hijos a otra u otras personas competentes, prefiriéndose a los consanguíneos más próximos y, en especial, a los ascendientes.

Esta norma, que constituye una repetición de la legislación actual, contiene, a nuestro parecer, la norma genérica en cuanto a las facultades del juez para que éste, alterando las reglas antes referidas, determine a quién entrega el cuidado del menor.

Comparando la norma en comento con el artículo 225 inciso tercero ya referido, y desde el punto de vista de las situaciones a que puede aplicarse, el artículo 226 es más amplio pues puede afectar a los hijos de filiación matrimonial o no matrimonial, determinada tanto respecto de uno como de ambos padres y sea que estos padres vivan juntos o no.

También es más amplia desde el punto de vista de las facultades del tribunal, pues éste puede entregar el cuidado a terceros distintos de los padres.

Pero, desde el punto de vista de los fundamentos de su aplicación, el juez sólo puede hacerlo "en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres", lo que conforme a lo dispuesto en el artículo 42 de la ley N°16.618 (Ley de Menores), norma que mantiene plenamente su vigencia, restringe a los casos allí enumerados la posibilidad del tribunal de aplicar este artículo 226.

Entendemos así que, salvo la situación particular del artículo 225 inciso tercero, las facultades del juez para determinar los casos en que puede entregar el cuidado del niño a una persona distinta a la de sus padres, no han variado sustancialmente.

2.4. Sobre este derecho-deber de cuidado, una mención aparte merece el nuevo artículo 228.

Esta norma, que fue introducida por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, dispone que la persona casada a quien corresponde el cuidado personal de un hijo que no ha nacido de ese matrimonio, sólo podrá tenerlo en el hogar común, con el consentimiento de su cónyuge.

Esta norma es similar al actual artículo 278 inciso segundo que establece una regla del mismo tenor, pero referida exclusivamente a los hijos naturales.

Esta regla nos merece serios reparos.

Ciertamente aplica el principio que tiende a igualar la situación de los hijos matrimoniales y no matrimoniales pero, a nuestro juicio, iguala para abajo, esto es, origina un desmejoramiento de la situación de los hijos, lo cual va en directa contradicción con el espíritu de la ley.

Conforme a esta disposición, por vía de una declaración unilateral y arbitraria del cónyuge, se puede provocar la separación del niño de su padre o madre o incluso de ambos y esto cualquiera sea la filiación del menor. Es posible

Artículo: Derechos y obligaciones entre padres e hijos, en particular de la autoridad paterna
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Carlos Álvarez Cid

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que se trate del hijo de una persona viuda que ha vuelto a casarse, o bien, de un hijo de filiación no matrimonial establecida respecto de sólo uno de sus progenitores, el cual luego ha contraído matrimonio.

Nos parece ocioso argumentar sobre la necesidad y conveniencia que significa para el hijo el vivir al menos con uno de sus padres, por lo que dándolo por establecido como dogma de fe, cabe preguntarse cuál puede ser el fundamento para establecer este derecho absoluto en favor del cónyuge del padre o madre. Podríamos buscarlo en la circunstancia de que el o la cónyuge estimen que la introducción de este hijo ajeno al hogar común perjudica la formación de su propia familia, pero aun en este supuesto lo mínimo que deberíamos exigirle es que acreditase la existencia y entidad de tal perjuicio en términos tales que justifiquen esta exclusión, más aún si el cónyuge probablemente conocía la existencia de este hijo[7].

Estimamos que esta norma no sólo es contraria a los objetivos de la reforma, sino que además vulnera tratados internacionales suscritos por Chile[8] y normas constitucionales[9], no siendo descartable la procedencia de recursos derivados de tal incongruencia.

2.5. Para cerrar el tema del cuidado digamos dos palabras sobre el procedimiento del juicio a que da origen este derecho-deber.

El artículo 227 establece que en esta materia (que no es otra que el juicio de tuición), el juez conocerá y resolverá breve y sumariamente oyendo a los hijos y parientes.

Surge aquí la cuestión de si debe en consecuencia aplicarse el procedimiento sumario del Título XI del Libro I del Código de Procedimiento Civil, o bien, el procedimiento especial establecido en la Ley de Menores artículos 34 y siguientes correspondiente a los asuntos contenciosos de que conozcan los Juzgados de Menores, que no es otra cosa que un procedimiento sumario especial; el punto no está resuelto.

Estimamos que por el principio de la especialidad de la materia y dado el tenor literal del artículo 227, deben aplicarse las normas de los artículos 680 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

En el inciso segundo de la disposición en comento se establece que la sentencia ejecutoriada debe subinscribirse al margen de la inscripción de naci-

[7]Y aún en desconocimiento de tal circunstancia por parte del cónyuge, no se avizora por qué el hijo tendrá que pagar el precio del silencio de su progenitor. Tal vez el único caso que merecería alguna justificación sería el caso de un hijo de filiación no matrimonial establecida respecto de uno de los cónyuges, concebido o nacido durante el matrimonio.

[8]Sólo por vía ejemplar el artículo 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño establece la obligación de los Estados partes de evitar la separación de los niños de sus padres, salvo que sea necesario por el interés superior del niño.

[9]Artículo 1°, artículo 19 N°1 y muy en particular artículo 19 N°4 de la Constitución Política.

Artículo: Derechos y obligaciones entre padres e hijos, en particular de la autoridad paterna
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Carlos Álvarez Cid

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

miento del hijo dentro de los 30 días siguientes a su dictación, constituyendo nuevamente éste un requisito de oponibilidad frente a terceros.

B) *Mantención de relación directa y regular con el hijo*

Bajo esta denominación se esconde el muy conocido derecho de visita regulado en el artículo 229 del nuevo texto.

En esta materia existen algunas modificaciones claras y otras que pretendemos deducir de su texto, concordadamente analizado con el resto de las disposiciones.

1. Se eliminó el concepto de visitas remplazándolo por el de "relación directa y regular" que tendrá el padre o madre que no tiene el cuidado personal con su hijo, en el sentido, según se desprende de la historia fidedigna de la ley, de que la voz "visita" constituía una limitación tanto en la sustancia como en la forma en que puede ejercerse este derecho[10-11].

2. Se regulan las facultades del juez para determinar la frecuencia y libertad de esta relación; hoy lo establece "según lo juzgue conveniente", pero mañana sólo podrá "restringir o suspender el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el interés del hijo lo cual deberá declarar fundadamente".

3. Finalmente, se establece que la mantención de esta relación directa y regular no sólo es un derecho, sino que además es un deber del padre o madre que no tiene el cuidado del menor.

La implantación como una obligación del padre de sostener una relación con el menor puede entenderse como una declaración de principios, un reforzamiento de la importancia de que exista el vínculo entre padres e hijos.

Pero relacionadamente con otras disposiciones del Código modificado, es también posible darle un alcance que permita interpretar la norma, de forma tal que la introducción de esta obligación por parte del legislador produzca algún efecto real.

Recordemos que si bien *a priori* asiste a los padres el derecho de cuidado al menor, diversas disposiciones establecen la pérdida de tal derecho en el evento de que incumpla obligaciones para con éste; así se le priva de tal derecho si no contribuye a la mantención hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre pudiendo hacerlo[12], igualmente en caso de abandono del hijo[13] o aún de inhabilidad moral de los padres[14].

Podría por lo tanto sostenerse que la contrapartida del derecho-deber de cuidado que asiste potencialmente a los padres respecto de sus hijos está

[10] *Boletín* 1060-07 Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, pp. 145 y 146.
[11] En las normas de concordancia se omitió eliminar el concepto "visitas" de los artículos 48 y 49 de la Ley de Menores.
[12] Artículo 225 inciso tercero, nuevo texto.
[13] Artículo 238, nuevo texto.
[14] Artículo 239, nuevo texto.
[15] Artículo 233 inciso primero, texto actual.

Artículo: Derechos y obligaciones entre padres e hijos, en particular de la autoridad paterna
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Carlos Álvarez Cid

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

constituida por este derecho-deber creado por el legislador, de mantener con su progenie una relación directa y regular, en términos tales que si no cumple con esta última obligación no podrá luego reclamar el derecho de cuidado que le concede la ley; si en su tiempo no se preocupó de mantener una relación mínima con sus hijos, malamente ahora estaría en posición de reclamar la tuición de ellos.

Lo dicho constituye una proposición de interpretación, no escapando a nuestro análisis que ella puede ser objeto de crítica, particularmente fundada en que cuando el legislador ha querido privar a los padres del derecho de cuidado lo ha dicho en forma clara, debiendo una privación de esta naturaleza contar con una norma expresa que así lo disponga.

C) *Facultad de corrección*

Si bien persiste esta facultad de los padres, el nuevo artículo 234 elimina la posibilidad de éstos de "castigarlos moderadamente" como indica el texto hoy vigente[15], y en su lugar señala que el ejercicio de esta facultad de corrección no deberá menoscabar su salud ni su desarrollo personal.

Es más. En caso de que exista menoscabo o sólo temor de que éste se produzca, la ley confiere acción popular para que cualquier persona ocurra al juez o para que éste actúe de oficio, a fin de que decreten las medidas de resguardo necesarias para el hijo, sin perjuicio de aplicar las sanciones que corresponda.

Esta norma concilia las facultades del tribunal con el texto actual de la Ley de Menores[16], con la Ley sobre actos de violencia intrafamiliar[17], así como con los tratados internacionales[18].

En caso de ausencia, inhabilidad o muerte de ambos padres, la facultad de corrección se extiende a quien tenga el cuidado personal del hijo[19].

D) *Derecho-deber de educación y crianza*

Las reglas fundamentales en materia de educación están contenidas en los artículos 224 y 236 del nuevo texto.

En la primera disposición se establece que la educación corresponde de consuno a los padres y si alguno falleció, al sobreviviente. Se echa de menos

[15]Artículo 233 inciso primero, texto actual.

[16]Entre otras, artículo 29 inciso cuarto y artículo 62 inciso segundo de la Ley de Menores.

[17]Artículo 1° Ley N°19.325.

[18]El artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece como deber de los Estados "proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de sus padres, de un representante legal o de cualquiera otra persona que lo tenga a su cargo".

[19]Artículo 235, nuevo texto.

Artículo: Derechos y obligaciones entre padres e hijos, en particular de la autoridad paterna
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Carlos Álvarez Cid

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

aquí una referencia similar para el caso del hijo de filiación no matrimonial simple o única, esto es, al reconocido por sólo uno de sus progenitores, pero no cabe duda que igualmente corresponderá a este padre o madre el ejercicio del derecho, particularmente teniendo a la vista el artículo 236, norma que repitiendo el texto del artículo 19 N°10 de la Constitución, se refiere a los padres en general, sin distinguir tipos de filiación o número de padres que la ostenten.

Ahora bien, este derecho-obligación no se limita a una simple supervigilancia de carácter formal de la educación que imparten los establecimientos de enseñanza, sino que implica involucrarse activamente en el proceso con la finalidad de "orientar a los hijos en las distintas etapas del desarrollo de su vida"[20].

En cuanto a los gastos de educación y crianza:

1. Si existe sociedad conyugal serán de cargo de ella.

2. Si no la hay[21], ambos padres deberán contribuir en proporción a sus facultades económicas.

3. Se mantiene la norma en cuanto a que si el hijo tiene bienes propios y, sólo en caso necesario, estos gastos puedan pagarse con ellos, procurando conservar los capitales.

4. Conforme lo dispone el artículo 232, en caso de falta o insuficiencia de los padres, la obligación de educar, conjuntamente con la de alimentar, pasa a los abuelos por una y otra línea, conjuntamente. Esta norma es idéntica a la actualmente en vigencia, con una gran diferencia: hoy sólo se aplica a los denominados nietos legítimos, mientras que con la entrada en vigencia de la nueva ley se extenderá a toda la filiación, sea ésta matrimonial o no matrimonial.

5. Finalmente, conforme al artículo 233, si no hay acuerdo entre los obligados en cuanto a la contribución a estos gastos, el juez la establecerá de conformidad a sus facultades económicas, sin perjuicio de poder ser modificada cuando cambien las circunstancias.

En cuanto a la privación a los padres de la posibilidad de educar a sus hijos, ello puede ocurrir en tres casos:

1. Cuando el cuidado del hijo haya sido confiado a otra persona, en cuyo caso a ésta le corresponderá ejercerlo, exigiéndose sí la anuencia del tutor o curador, si el mismo no lo fuese[22].

2. Cuando el padre o madre hubiese abandonado al hijo[23].

3. Cuando el hijo hubiese sido separado de su padre por inhabilidad moral de éste, salvo que tal medida haya sido revocada[24].

Finalmente el nuevo texto en su artículo 240 regula la situación del menor abandonado por sus padres y que fue criado y alimentado por un tercero.

[20] *Boletín* 1060-07 Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, p. 147.

[21] Sea porque hay régimen matrimonial distinto a la sociedad conyugal o se trata de hijos de filiación no matrimonial.

[22] Artículo 237, nuevo texto.

[23] Artículo 238, nuevo texto.

[24] Artículo 239, nuevo texto.

Artículo: Derechos y obligaciones entre padres e hijos, en particular de la autoridad paterna
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Carlos Álvarez Cid

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El tema es tratado por la disposición citada en dos aspectos:

1. Se establece que si los padres quisiesen sacarlo de la esfera de cuidado del tercero, requerirán de autorización judicial previa y el juez accederá a ello sólo si estima, fundado en razones graves, que ello es de conveniencia para el hijo.

En esta parte, si bien la situación es similar a la actualmente vigente, se deja claramente establecido que el único interés que el juez debe tener en consideración es el del menor, no siendo relevante la situación de los padres.

2. Agrega la norma en comento que para que proceda la entrega del menor, debe previamente pagársele al tercero los costos de crianza y educación en que incurrió dicho tercero, los que serán tasados por el juez.

Se mantiene exactamente el tenor del texto actual y, por lo tanto, la crítica de que esta norma ha sido objeto en la medida que se supedita la situación del menor en cuanto a la integridad de los derechos que le incumben y, muy en particular, en cuanto a su cuidado, al pago al tercero de los gastos en que incurrió.

En los hechos el menor queda constituido en una suerte de rehén de las obligaciones de sus padres para con dicho tercero, ya que por más conveniente que resulte para el niño que sea entregado a sus padres, ello no ocurrirá mientras el tercero no sea satisfecho en sus acreencias.

En el informe evacuado por el Departamento de Derecho Privado de esta Facultad objetamos este precepto y en lo pertinente propusimos el siguiente texto: "En todo caso, el que incurrió en los referidos gastos tendrá acción de reembolso en contra de quien debió pagarlos, en valor actualizado". La alternativa indicada, que evidentemente no tuvo acogida, mantenía el crédito del tercero y evitaba esta suerte de derecho legal de retención ejercido en la persona del menor.

La norma es contradictoria con los principios de la nueva ley; asimismo, con el propio texto del artículo en cuanto, como se expresó recién, se debe velar por "la conveniencia del hijo"; y, al igual como ocurre con el artículo 238, es también contradictoria con tratados internacionales suscritos por Chile[25] y con normas de rango constitucional[26].

Podrá decirse que en esta parte la norma no hizo sino repetir una norma ya existente, por lo cual no es tan grave la falta. Creemos, de contrario, que habiéndose superado la gran mayoría de las objeciones de constitucionalidad y falta de adecuación a los tratados internacionales que presentaba nuestra legislación civil vía la reforma en estudio, la persistencia de la disposición en comento así como la del artículo 238[27], provoca que la incongruencia de estas normas resalte más aún e induzca a pensar en acudir a los recursos propios para la protección de las garantías amagadas.

[25] Sólo por vía ejemplar y como ya se indicó en una cita anterior, el artículo 9º de la Convención sobre los Derechos del Niño establece la obligación de los Estados partes de evitar la separación de los niños de sus padres salvo que sea necesario por el interés superior del niño.

[26] Artículo 1°, artículo 19 N°1 y muy en particular artículo 19 N°4 de la Constitución Política.

[27] Norma que el legislador no sólo mantuvo, sino que amplio su espectro de aplicación a los hoy llamados hijos matrimoniales.