

Relaciones de cuidado y representación legal de niños, niñas y adolescentes privados de cuidado parental en Chile

CARE RELATIONSHIPS AND LEGAL REPRESENTATION OF CHILDREN IN FOSTER CARE IN CHILE

FABIOLA LATHROP GÓMEZ*

RESUMEN

Este trabajo identifica las relaciones de cuidado de niños, en especial, la medida de protección que les separa de su familia; concluyendo que el cuidado que surge de ella no está siempre asociado a la representación legal, lo que dificulta la aplicación de leyes que exigen la notificación y/o concurrencia de tales representantes o la defensa de intereses del niño.

PALABRAS CLAVE

Cuidado de niños, representación legal, acogimiento de niños

ABSTRACT

This paper identifies children care relationships, especially the order that separates them from their family; concluding that the care that arises from that order is not always associated with legal representation, which makes it difficult to apply laws that require the notification and or concurrence of such representatives or the defense of the child's interests.

KEYWORDS

Children care, legal representation, foster care

1. Introducción

Este trabajo forma parte de una investigación más amplia, relativa a los niños niñas y adolescentes (NNA) privados de cuidado parental, encaminada a reestructurar instituciones civiles que entran en funcionamiento al dictarse la medida de separación de NNA de su familia. En concreto, y con miras a ese propósito más amplio, este trabajo tiene dos objetivos.

El primero es ordenar y sistematizar inéditamente los tipos de cuidado de NNA contenidos tanto en el Código Civil como en sus leyes satelitales, como etapa previa y necesaria para lograr la reestructuración mencionada. Al analizar estas fuentes, y considerando que el estudio podría tornarse meramente descriptivo, he esbozado algunas críticas propias a ciertas normas, así como a otras levantadas por la doctrina; asimismo, he descartado examinar más profundamente ciertos aspectos que ya han sido abordados dogmáticamente, como es el cuidado personal del NNA cuando los progenitores viven separados.

En cuanto al segundo objetivo, cabe señalar que ha estado motivado por un caso presentado en 2018 sobre una autorización sustitutiva de interrupción voluntaria de embarazo

* Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Profesora Asociada de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile. Correo electrónico: flathrop@derecho.uchile.cl. Este trabajo ha sido elaborado en ejecución del proyecto Fondecyt Regular 1190580, del cual soy investigadora responsable.

de una niña menor de 14 años. En esta parte intento comprobar que las relaciones de cuidado de NNA reguladas actualmente en Chile no están siempre asociadas a la representación legal de NNA, lo que puede generar dificultades en la aplicación de leyes especiales que exigen la notificación y/o concurrencia de tales representantes; en particular, cuando, a consecuencia de una medida de protección de sus derechos, NNA han sido alejados de su medio familiar. En este sentido, y sin ánimo de análisis exhaustivo, menciono algunas leyes relacionadas a los derechos sexuales y reproductivos de niñas y adolescentes, para detenerme luego en la solicitud de una niña menor de 14 años sujeta a medida de protección que, por su gravedad y contingencia, como señalé, motivó el segundo objetivo de este trabajo.

En suma, en las páginas que siguen se encontrará una breve alusión al concepto general de cuidado y a su relación con las guardas (2); para luego entrar al estudio de los seis tipos de cuidado de NNA identificados en nuestro ordenamiento, uno de los cuales es el que tiene lugar a consecuencia de la separación del NNA de su familia si ha existido vulneración grave de sus derechos (3). Enseguida, analizo las cinco clases de guardas de personas menores de edad existentes, aludiendo a sus reglas generales y a las especiales referidas a la curaduría del menor de edad, a efectos de determinar si ellas proceden tratándose de NNA alejados de su medio familiar (4). Posteriormente, desarrollando el segundo objetivo del trabajo, me refiero a la representación legal de NNA cuando se trata de ejercer sus derechos personalísimos, advirtiendo que la aplicación de la normativa actual en esta materia puede resultar especialmente perjudicial para NNA privados de cuidado parental (5). Para finalizar, presento algunas de las conclusiones propositivas de esta investigación.

2. El cuidado en el Código Civil. Cuidado y guardas

Se ha señalado que no existe una definición correcta de “cuidado” y que ella depende del contexto en que este término es usado; sin embargo, comparto que este concepto debe centrarse en el cuidado como una actividad relacional, en que tanto la persona que cuida como la que es cuidada satisfacen necesidades; el cuidado importa una actitud de respeto y aceptación de responsabilidades, asumir obligaciones para satisfacer las necesidades de cuidado del otro; requiere conciencia de los deseos de cada una de estas personas y de la debida consideración de ellos¹.

La ley chilena no cuenta con un concepto omnicomprensivo de “cuidado”. La noción más cercana a esta denominación podría ser la de “cuidado personal”, que tampoco está definido legalmente, pero a cuyo respecto la Corte Suprema ha señalado que es un “*instituto integrado por el 'derecho-deber' de cuidar, criar, formar, educar y establecer a los hijos, conducta que conforma un imperativo y prerrogativa de los padres, y al mismo tiempo, un derecho de los hijos, cuyo ejercicio configura el cumplimiento de una obligación*”².

Esta definición abarca un pequeño espectro, cual es el de la persona menor de edad que se encuentra bajo la esfera de control, de educación y formación de sus progenitores o de terceras personas, en su caso. Entonces, para abordar de manera más general la noción de cuidado, debo partir señalando que las guardas son la institución más general relacionada con la protección de las personas, en cuanto tanto mayores como menores de edad pueden estar sujetas a ellas. Claro Solar estimaba que esta amplitud tiene una estrecha relación con el fundamento de las guardas, cual es la utilidad social de otorgar protección y cuidado a personas que de otra forma quedarían desamparadas en la vida cotidiana³.

En la década de los 50, Somarriva señalaba que “las tutelas y curadurías están destinadas a proteger los intereses de los incapaces que no se encuentran bajo patria potestad o potestad marital”⁴. Recientemente, López estima que las guardas son “una serie de instituciones

¹ HERRING (2013), pp. 14 y 25.

² Corte Suprema, Rol N° 36.584-2015, de 13 de abril de 2016.

³ CLARO (1979), p. 179.

⁴ SOMARRIVA (1946), p. 529.

destinadas a la protección de las personas incapaces, es decir, aquellas personas que carecen de medios de defensa contra aquellos que eventualmente pretendan abusar o explotar su patrimonio”⁵; otros autores estiman que son “aquellas instituciones de carácter funcional, establecidas por el legislador para representar debidamente a los incapaces en la vida jurídica”⁶.

3. Relaciones de cuidado respecto de niños, niñas y adolescentes

En cuanto a los NNA, además de las guardas, se advierten al menos seis posibilidades de cuidado que referiré a continuación. Salvo el cuidado personal en casos de separación de los progenitores, estos tipos de cuidado no confieren a su titular atribuciones patrimoniales ni de representación legal, debiendo, si desea ejercerlas, propiciarse el otorgamiento de guardas.

3.1. Cuidado de hecho a consecuencia del abandono del NNA o de ausencia de su casa

Los arts. 240 y 241 del Código Civil (CC), que provienen del Código original, regulan estas situaciones⁷. El primero establece que, si el hijo abandonado por sus padres hubiere sido alimentado y criado por otra persona, y quisieren sus padres sacarle del poder de ella, deberán ser autorizados por el juez para hacerlo, y previamente deberán pagarle los costos de su crianza y educación, tasados por el juez; agregando que este solo concederá la autorización si estima, por razones graves, que es de conveniencia para el hijo.

Esta norma ha sido criticada en doctrina, pues sitúa al hijo como un objeto que puede ser retenido de no mediar el pago de los desembolsos de crianza y educación a que se refiere (la norma utiliza la expresión “sacarle del poder” como si se tratara de una cosa)⁸.

Esta disposición permite el cuidado de hecho de una persona menor de edad, aparentemente por razones prácticas y de naturaleza meramente económica, y probablemente inspirada en el principio del rechazo al enriquecimiento sin causa. Al hacerlo, sin embargo, viola el derecho del NNA y de sus progenitores a la vida familiar, pues exige razones graves que justifiquen el regreso a su familia, en circunstancias que la regla debiera construirse a la inversa: solo en situaciones excepcionales procede reconocer derechos a terceros respecto de las personas menores de edad, más aún si se trata de una mera situación de hecho. Por estas razones, estimo que esta regla es innecesaria y contraria a los postulados modernos de Derecho de Familia y de la Infancia, por lo cual debería ser derogada.

Enseguida, el art. 241 CC se refiere a la situación en que el hijo, por razones distintas al abandono, no se encuentra bajo el cuidado de sus progenitores o de la persona que por muerte o inhabilidad de éstos está a cargo de su sustentación. Establece que, si el hijo de menor edad ausente de su casa se halla en urgente necesidad, en que no puede ser asistido por el padre o madre que tiene su cuidado personal, se presumirá la autorización de este o esta para las suministros que se le hagan, por cualquier persona, en razón de alimentos, habida consideración de su posición social. El que haga las suministros deberá dar noticia de ellas al padre o madre lo más pronto que fuere posible. Toda omisión voluntaria en este punto hará cesar la responsabilidad. Esta norma, al igual que la anterior, se inspira en el rechazo al enriquecimiento sin causa; y es ampliada a la persona a quien, por muerte o inhabilidad de los progenitores, toque la sustentación del hijo, por lo cual, se aplicaría a las situaciones en que un tercero ejerce el cuidado del NNA.

⁵ LÓPEZ (2016), p. 653.

⁶ DEL PICÓ et al. (2016), p. 616.

⁷ En ellas debe tenerse en cuenta el art. 12, números 2 y 3, de la Ley N° 19.620, de 1999.

⁸ SCHMIDT y VELOSO (2001), p. 264.

3.2. Cuidado personal provisorio concedido a los posibles adoptantes

El art. 19 de la Ley de Adopción Nº 19.620, de 1998 (LA) se refiere a la posibilidad de que, en los procedimientos previos a la adopción, el juez de familia entregue el cuidado personal del NNA a quienes hayan manifestado al tribunal su voluntad de adoptarlo y cumplan con los requisitos para ello.

La resolución que así lo ordene surtirá efectos cuando se le declare susceptible de ser adoptado. No obstante, mediante resolución fundada, podrá autorizarse su cumplimiento durante el procedimiento en dos casos. En primer lugar, cuando los progenitores expresan voluntad de entregar al NNA en adopción, no se han retractado y no se ha deducido oposición. En segundo lugar, en general en las situaciones en que procede la declaración de susceptibilidad del NNA, desde el término de la audiencia preparatoria si no se ha deducido oposición a que ella se declare.

En estos dos casos calificados y por razones fundadas, entonces, los posibles adoptantes pasan a ejercer el cuidado del NNA sin que la declaratoria de susceptibilidad produzca sus efectos. Es lo que se conoce como cuidado personal provisorio de los futuros adoptantes.

Considero que en esta situación es aplicable la regla del art. 237 CC, que establece que el derecho de educación cesará respecto de los hijos cuyo cuidado haya sido confiado a otra persona, la cual lo ejercerá con anuencia del tutor o curador, si ella misma no lo fuere. Entiendo que al hablar de “confiado”, la ley se refiere a que lo ha sido por intervención judicial.

3.3. Cuidado personal en contextos de separación de los progenitores del NNA

Este tipo de cuidado ha sido abundantemente abordado por la doctrina, razón por la cual no es necesario desarrollarlo aquí. A falta de definición legal, se ha señalado que es un “derecho-deber referido a los cuidados y atenciones diarios y habituales del hijo, que supone la convivencia con este y habilita al que lo ejerce para tomar las decisiones corrientes y cotidianas que se refieran a aquél, al tiempo que le impone una serie de deberes y cargas”⁹.

3.4. Cuidado personal en caso de inhabilidad física o moral de ambos progenitores

Está regulado en el art. 226 CC. Se refiere a la posibilidad de que una persona o personas que el juez de familia estime competentes ejerzan el cuidado personal de un NNA cuyos progenitores presentan inhabilidad física o moral. En estos casos, el juez debe velar primordialmente por el interés superior del NNA conforme a los criterios establecidos en el art. 225-2 CC. Además, en la elección de estas personas debe preferir a los consanguíneos más próximos del NNA y, en especial, a sus ascendientes, al cónyuge o al conviviente civil del padre o madre, según corresponda.

Sobre esta norma caben varias consideraciones.

La persona a cargo del cuidado personal no tiene atribuciones patrimoniales ni de representación legal, por lo cual, si quisiera ejercerlas, debería propiciar su nombramiento como guardadora.

Entiendo que en esta situación también es aplicable la regla del art. 237 CC, analizada anteriormente.

Las causales de inhabilidad están establecidas en el art. 42 de la Ley de Menores Nº 16.618, de 1967 (LM). Esta norma, luego de la modificación de 2013, aclara que “*para el solo efecto del artículo 226 del Código Civil*”¹⁰, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral:

- 1.º Cuando estuvieren incapacitados mentalmente;
- 2.º Cuando padecieren de alcoholismo crónico;

⁹ ACUÑA (2018), pp. 60-61.

¹⁰ Es decir, no es aplicable a los juicios de cuidado personal entre progenitores.

- 3.º Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo;
- 4.º Cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en los lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio;
- 5.º Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores;
- 6.º Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de este en el hogar constituyere un peligro para su moralidad;
- 7.º Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material.”

Cabe recordar que estas son causales de inhabilidad física o moral muy graves, pero aun así no lo son de suspensión de la patria potestad. Por otro lado, están contenidas en una ley previa a la Convención Sobre los Derechos del Niño (CDN), razón por la cual no mencionan como criterio rector el interés del hijo y utilizan un lenguaje propio de la concepción de situación irregular (en especial, la que alude a “otras causas coloquen al menor en peligro moral o material”). El Comité de los Derechos del Niño ha expresado preocupación al Estado chileno debido al enfoque tutelar de la LM, incompatible con un marco jurídico adecuado que reconozca y garantice los derechos de todos los niños, así como por el hecho de que no hayan tenido éxito los intentos realizados en 2005 y 2012 para cambiar dicha Ley¹¹.

Por su parte, debe señalarse que el art. 12 LA se remite expresamente a este artículo al establecer que una de las causales de susceptibilidad de adopción se verifica cuando el padre, la madre o las personas a quienes se haya confiado el cuidado del NNA: “1. Se encuentren inhabilitados física o moralmente para ejercer el cuidado personal, de conformidad al artículo 226 del Código Civil.”

Finalmente, es criticable el art. 226 CC porque no deja claro si cubre las hipótesis de muerte de ambos progenitores, es decir, si por inhabilidad debe entenderse también falta de ambos progenitores por muerte¹².

3.5. Cuidado concedido como medida cautelar especial

En virtud de la letra b) del art. 71 de la Ley de Tribunales de Familia, N° 19.968, de 2005 (LTF), ubicada en el procedimiento de aplicación judicial de medidas de protección a favor de NNA, en cualquier etapa del mismo, y aun antes de su inicio, de oficio, a solicitud de la autoridad pública o de cualquier persona, cuando ello sea necesario para proteger los derechos del NNA, el juez de familia podrá adoptar una medida cautelar que entregue su cuidado a una persona o familia en casos de urgencia. En este caso, el juez preferirá, para que asuman provisoriamente el cuidado, a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que tenga relación de confianza. Este último término —relación de confianza— es peculiar de esta ley, pues no es usado en otras normas.

En este caso, dada la naturaleza cautelar de la medida decretada, el cuidado personal que se otorga es de carácter provisorio, a esperas de lo que se resuelva en definitiva en el procedimiento de aplicación de la medida de protección de derechos del NNA. Así, la persona o familia que pasa a ejercer esta función cuenta con el cuidado personal provisorio del NNA respecto del cual se ventila la posible adopción de tal medida de protección.

Dos elementos más de este artículo que cabe comentar son: no queda claro qué se entiende por situaciones de urgencia, por una parte; y, por otra, conforme a su inciso final, esta medida no puede exceder los 90 días. Por esta última razón, y por su naturaleza cautelar, afirmo que este cuidado es esencialmente provisorio.

¹¹ Párrafo 8 de las Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile, de 30 de octubre de 2015.

¹² GREVEEN (2016), pp. 70 y ss.; y COURT (2018), pp. 913-927.

3.6. Cuidado otorgado mediante medida de protección de acogimiento residencial o familiar que separa al NNA de su familia

El art. 30 LM establece y regula la medida de protección en virtud de la cual el juez de familia puede separar a un NNA de su familia¹³. Esta norma señala que: *“En los casos previstos en el art. 8º, números 7) y 8), de la ley que crea los juzgados de familia, el juez de letras de menores¹⁴, mediante resolución fundada, podrá decretar las medidas que sean necesarias para proteger a los menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos.*

*En particular, el juez podrá: (...) 2) **disponer el ingreso del menor de edad en un Centro de Tránsito o Distribución, hogar sustituto o en un establecimiento residencial**”¹⁵.*

La figura de protección que surge en esta situación es la de cuidado personal del NNA, con carácter provisorio. Nada dice la norma sobre otras facultades que tales instituciones (centro de tránsito o distribución, hogar sustituto o establecimiento residencial) pudieren tener en relación al NNA, tales como su representación legal y de administración de los bienes.

El art. 45 LM señala que el juez podrá ordenar que el padre, madre o la persona obligada a proporcionar alimentos al “menor”¹⁶, paguen la respectiva pensión al establecimiento o persona que lo tenga a su cargo.

Esta regla no excluye que sea el propio establecimiento o la propia persona que tiene a su cargo al NNA quien demande tales alimentos (solo otorga esta facultad al juez sin restringirla a otros sujetos); por lo cual, podría pensarse que están autorizados para representar al NNA alejado de su medio familiar en la defensa de sus intereses y derechos de carácter alimentario.

Sin embargo, el inciso segundo de este precepto establece que, si estos NNA tuvieren bienes propios, su representante legal —entendiendo, el padre o la madre pues la norma no lo aclara— deberá destinar, de las rentas provenientes de dichos bienes, las cantidades que fueren necesarias para su cuidado y educación, de acuerdo con el monto y plazo fijados por el juez. Así, entonces, esta segunda regla da a entender que los progenitores, si bien han sido privados del cuidado personal de su hijo en virtud de la medida de protección de derechos, no lo han sido de la patria potestad.

De lo anterior se desprende que el tercero a quien se le ha otorgado el cuidado personal del NNA que ha sido alejado de su medio familiar, deberá solicitar al juez su nombramiento como guardador para ejercer funciones de administración patrimonial y de representación legal judicial y extrajudicial respecto de tal NNA¹⁷.

El art. 57 LM, por su parte, da mayores luces en cuanto a las facultades otorgadas a la persona natural o jurídica que pasa a ejercer el cuidado personal del NNA. Señala entre ellas: el cuidado personal, la dirección de su educación y la facultad de corregir. La primera incluye informar periódicamente al juez sobre la aplicación de la medida de separación decretada.

Por su parte, el inciso primero del art. 43 LM se refiere a la continuidad de los deberes de educación y sustento del NNA que deben cumplir los padres o guardadores que tuviere, en situaciones de pérdida y suspensión de la patria potestad como de suspensión de la “tución”¹⁸. Cierta práctica indica que en virtud de esta norma se ordena la apertura de cuentas bancarias a nombre del director o jefe del establecimiento residencial de NNA, para la administración de los dineros del NNA que reciba por concepto de alimentos.

¹³ Ver LATHROP (2014), pp. 197-229; LATHROP (2017), pp. 397-409.

¹⁴ Hoy se entiende referido a los tribunales con competencia en materias de familia.

¹⁵ Énfasis añadido en esta y otras disposiciones transcritas más adelante.

¹⁶ Prefiero utilizar la denominación “niño, niña o adolescente”, propia de la LTF, por ser más respetuosa de su calidad de sujetos de derechos. Cuando sea una norma legal la que le señale como “menor” utilizaré comillas.

¹⁷ En caso de accederse a tal solicitud, debe tenerse en cuenta la regla del art. 433 CC referida a los alimentos, en especial, si el NNA careciere de recursos económicos: *“En caso de indigencia del pupilo, recurrirá el tutor a las personas que por sus relaciones con el pupilo estén obligadas a prestarle alimentos, reconviéndolas judicialmente, si necesario fuere, para que así lo hagan.”* El análisis de esta regla confirma la interpretación expuesta en orden a que este tercero que pasa a tener el cuidado personal del NNA alejado de su medio familiar no está habilitado por la sola medida de protección de derechos a representar al NNA para demandar alimentos en su favor; sí puede hacerlo como tutor del mismo.

¹⁸ Se entiende cuidado personal.

Algunos comentarios sobre este inciso. El primero es que la pérdida de la patria potestad a la que alude no está regulada en el CC —salvo en el caso del art. 203— sino solo la de suspensión. En cuanto a la referencia de este inciso a la continuidad de los deberes de educación del NNA que deben observar los padres, hay que tener en cuenta la regla del art. 237 CC, es decir, habiéndose aplicado la medida de protección de derechos del NNA que le separa de su familia y por ende radicándose su cuidado personal en terceros, cesa el derecho a educar a su hijo.

En suma, la persona natural o jurídica que asume el cuidado personal del NNA separado de sus progenitores, tiene facultades para dirigir la educación de este, pero con anuencia del tutor o curador si ella misma no lo tiene. Esto confirma la afirmación de que debe gatillarse el nombramiento de guardador si se quiere asumir las funciones de tal, pues no las tiene automáticamente (solo la persona natural, pues solo esta puede ser guardadora).

Enseguida, el art. 43 LM agrega que el juez de letras de menores¹⁹ determinará la cuantía y forma en que se cumplirán estas obligaciones —educación y sustento—, apreciando las facultades del obligado y sus circunstancias domésticas. En este último sentido, el art. 44 LM establece que la asignación familiar que corresponda a los progenitores del “menor” la percibirán los establecimientos o personas naturales que, por disposición del juez²⁰ tengan a su cargo al “menor”; y que la asignación familiar solo podrá pagarse a los establecimientos o personas que indique el juez.

Como se aprecia, el cuidado asociado a la medida de protección separa al NNA de su familia no está siempre asociado a la representación legal. Esta desregulación no se ajusta a la Directriz 52 de las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de Niños²¹, que señala que los Estados deben velar “*porque haya una serie de opciones de acogimiento alternativo (...) para la acogida de emergencia y a plazo corto y largo*”²². Naturalmente, estas opciones deben tener un contenido claro. La Directriz 100 señala que la persona o entidad competente designada debe estar investida del derecho y la responsabilidad legal de adoptar, en lugar de los padres, decisiones diarias que respondan al interés del NNA, debiendo establecerse “*un mecanismo encargado de designar esa persona o entidad*”. Una de las responsabilidades de dicha persona es velar por que el NNA tenga acceso a la “*(...) representación legal y otro tipo de asistencia (...)*”, porque sea oído de modo que sus opiniones sean tenidas en cuenta por las autoridades encargadas de la toma de decisiones, y porque sea informado y asesorado en el ejercicio sus derechos (Directriz 103 letra b).

¹⁹ Se entiende juez con competencia en materias de familia que adopta la medida de separación.

²⁰ La norma agrega al desaparecido Consejo Técnico de la Casa de Menores, creado por Ley N° 16.520, de 1966. Esta entidad era la encargada de planificar, supervigilar, coordinar y estimular el funcionamiento y la organización de las entidades y servicios públicos o privados que prestaban asistencia y protección a los menores en situación irregular.

²¹ Resolución de Naciones Unidas aprobada por la Asamblea General N°64/142-2009.

²² La Directriz 28 distingue entre acogimiento formal e informal, dependiendo de si ha sido ordenada por un órgano judicial o administrativo o por una entidad debidamente acreditada, o si, por el contrario, obedece a una solución privada del entorno familiar; según este último, diferencia entre acogimiento por familiares, acogimiento en hogares de guarda, otras formas de acogida, y el de carácter residencial. El acogimiento por familiares se produce en el ámbito de la familia extensa del NNA o con amigos íntimos de la familia conocidos del NNA, y es de carácter formal o informal; el acogimiento en hogares de guarda se verifica en los supuestos en que una autoridad competente confía el NNA a efectos de acogimiento alternativo al entorno doméstico de una familia distinta de su propia familia, que ha sido seleccionada, declarada idónea, aprobada y supervisada para ejercer ese acogimiento; el acogimiento residencial es ejercido en cualquier entorno colectivo no familiar, como los lugares seguros para la atención de emergencia, los centros de tránsito en casos de emergencia y todos los demás centros de acogimiento residencial a plazo corto y largo, incluidos los hogares funcionales. Todas estas modalidades alternativas a la institucionalización deben garantizar que el NNA no quede en ningún momento privado del apoyo y la protección de un tutor legal u otro adulto reconocido responsable o de una entidad pública (Directriz 18).

4. Guardas de menores de edad

4.1. Reglas generales

Conforme a las reglas generales de las guardas del CC, frente a la posible designación de un guardador para el NNA, deberá determinarse, primeramente, si los progenitores han designado guardador mediante testamento, pues es la guarda testamentaria la que prima²³. Conforme al art. 366 CC, tiene lugar la guarda legítima cuando falta o expira la testamentaria, agregando la norma que tal guarda tiene lugar especialmente cuando es emancipado el “menor”, y cuando se suspende la patria potestad por decreto del juez.

A falta de guarda testamentaria, procede la guarda legítima, que es aquella que se confiere por la ley a los parientes o cónyuge del pupilo (art. 353 CC). A falta de guarda legítima, procede la dativa, es decir, la que otorga el juez²⁴, de acuerdo a un orden de prelación preestablecido por la ley²⁵.

De las guardas conoce el tribunal con competencia en materias de familia, de acuerdo con el numeral 6 del art. 8 LTF; salvo las relativas a pupilos mayores de edad y la curaduría de la herencia yacente; el procedimiento aplicable es el de carácter voluntario (art. 102 LTF).

4.2. Tipos de guarda del menor de edad

Como señalé anteriormente, la persona que pasa a ejercer el cuidado personal de un NNA separado de su medio familiar no tiene las atribuciones de representación legal ni de administración de los bienes que tal NNA pudiere tener. Por esta razón, de ser necesarias tales funciones, deberá iniciarse un procedimiento de designación de guardador.

La guarda procedente para la persona menor de edad es la tutela o curaduría según la edad del pupilo. Claro Solar²⁶ estimaba que la distinción entre tutela y curatela no poseía utilidad alguna para las guardas de un menor de edad, apostando por una unificación de ambos conceptos bajo el término genérico de “guardas” o simplemente “tutelas”. En todo caso, no cabe duda de que Bello estableció diferencias entre los tipos de guardas. La tutela no admite clasificación: se aplica a todos los impúberes no sujetos a patria potestad; pero las curadurías pueden ser generales, de bienes, adjuntas, especiales, o interinas.

La tutela es la guarda que se ejerce para la protección de los impúberes, es decir, niños que no hayan cumplido los catorce años y niñas que no hayan cumplido los doce. Por otro lado, estarán sujetos a curaduría los hombres mayores de catorce y las mujeres mayores de doce, que no hayan cumplido aún los dieciocho años. Todo esto en atención a lo establecido en los arts. 341 y 342 CC, en concordancia con el art. 26 CC.

Debe tenerse en cuenta que el art. 43 CC enumera como representantes legales de una persona, junto al padre o la madre y el adoptante, a su tutor o curador. Y que el inciso primero del art. 440 CC establece que el curador representa al “menor”, de la misma manera que el tutor al impúber.

Existen al menos cinco tipos de guarda asociadas a menores de edad, que analizo enseguida.

4.2.1. Tutela o curatela general ante la suspensión de la patria potestad

El tercero que ejerce el cuidado personal de un NNA privado de cuidado parental podrá solicitar su tutela o curatela general, según el caso. Veamos cuáles son las reglas del CC para este tipo de guarda.

²³ En este supuesto, cabe considerar el art. 357 CC.

²⁴ Art. 370 CC.

²⁵ Art. 367 CC.

²⁶ CLARO (1979), pp. 171-174.

En primer lugar, si se trata de una persona menor de edad, existirá guarda en situaciones excepcionales (aunque la guarda es de tipo general según el CC); esto es, cuando sus padres no puedan ejercer la patria potestad. Existe norma expresa en el art. 348 primera parte CC: “no se puede dar tutor ni curador general al que está bajo la patria potestad, salvo que esta se **suspenda** en alguno de los casos enumerados en el artículo 267.”

Las causales a que alude esta norma refieren un perjuicio grave en los intereses del hijo: ambos progenitores están suspendidos del ejercicio de la patria potestad. El art. 267 CC establece que: “la patria potestad se suspende por la demencia del padre o madre que la ejerce, por su menor edad, por estar en entredicho de administrar sus propios bienes, y por su larga ausencia u otro impedimento físico, de los cuales se siga **perjuicio grave** en los intereses del hijo, a que el padre o madre ausente o impedido no provee.” Agregando su inciso segundo que: “en estos casos la patria potestad la ejercerá el otro padre, respecto de quien se suspenderá por las mismas causales. Si se suspende respecto de ambos, el hijo quedará sujeto a guarda.”

Es importante tener en consideración que en estos casos de suspensión de la patria potestad por decreto judicial, conforme al art. 366 CC, tienen lugar las guardas legítimas, es decir, las que se confieren por ley a los parientes o cónyuge del pupilo. Al respecto, de acuerdo con el art. 367 CC, esta guarda es conferida por el juez siguiendo un orden de prelación: padre del pupilo, madre del pupilo, demás ascendientes de uno u otro sexo, hermanos de uno u otro sexo del pupilo y los hermanos de uno y otro sexo de los ascendientes del pupilo²⁷.

En estos casos, entonces, se otorga tutela o curatela general, la que se extiende, según el art. 340 CC, “no solo a los bienes sino a la persona de los individuos sometidos a ellas”.

Así, entonces, volviendo al objeto de estudio de estas páginas, a la función de cuidado personal del tercero asignada por medida de protección de derechos del NNA separado de su familia, se agregarían las de representación legal y administración de los bienes, en caso de solicitarse tal tutela o curatela generales.

4.2.2. Tutela o curatela general ante la inexistencia de patria potestad

Existen, a su vez, situaciones en que se debe nombrar guardador porque no hay titular de la patria potestad por causas legales (lo que es distinto de la suspensión de la patria potestad del caso anterior). Estos casos están contenidos en los arts. 248 y 257 CC.

Dispone el art. 248 CC que siempre se nombrará guardador cuando la maternidad y paternidad hayan sido declaradas judicialmente contra oposición del padre y la madre²⁸, norma que interpretarse en armonía con el art. 203 CC.

El art. 257 CC, por su parte, contiene una grave causal de privación de la administración de los bienes de los hijos, que requiere sentencia judicial: “habrá derecho para quitar al padre o madre, o a ambos, la administración de los bienes del hijo, cuando se haya hecho culpable de dolo, o de grave negligencia habitual, y así se establezca por sentencia judicial, la que deberá subinscribirse al margen la inscripción de nacimiento del hijo”.

En estas hipótesis, como en la situación anteriormente analizada, también se otorga tutela o curatela general, la que se extiende, como he dicho, no solo a los bienes sino a la persona de los individuos sometidos a ellas.

²⁷El art. 367 CC fue objeto de un requerimiento de inconstitucionalidad resuelto por nuestro Tribunal Constitucional en sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 2867-2015, de 12 de abril de 2016. En este fallo, que acoge tal requerimiento, se establece que estando el juez simplemente obligado a seguir de manera estricta el orden de prelación señalado en el CC, el juez, al discernir la curaduría, no estaría obligado a realizar consideración alguna que apunte a proteger al menor de edad, su bienestar, su entorno familiar y sus intereses. El Tribunal señaló también que el art. 367 CC no establece criterios amplios de asignación de la tutela o curaduría, y que deja en una posición profundamente desventajosa a los menores cuyos padres no se encuentran vivos, debido a la falta absoluta de consideraciones por el interés superior del niño, ni mucho menos la opinión del pupilo como criterio de ponderación (considerandos 24, 25 y 26). Para cierto sector, la norma que resulta aplicable a la curaduría del menor adulto es la del 437 CC, por lo cual, este requerimiento no procedía. Ver RODRÍGUEZ (2017), p. 115.

²⁸ Art. 248 CC.

A la función de cuidado personal del adulto o institución asignada por medida de protección de derechos del NNA separado de su familia, se agregarían las de representación legal y administración de los bienes, en caso de solicitarse tal tutela o curatela generales.

4.2.3. Curaduría adjunta del NNA

También es posible que un NNA quede sujeto a curaduría adjunta. Los curadores adjuntos no excluyen al guardador original o al titular de la patria potestad, por lo cual se entiende que no ejercen el cuidado extrapatrimonial del pupilo. Conforme al art. 344 CC, solo ejercen una administración separada.

La segunda parte del art. 348 CC señala que: *“se dará curador adjunto al hijo cuando el padre o la madre son privados de la administración de los bienes del hijo o de una parte de ellos, según el art. 251”*.

Esta última norma se refiere a situaciones en que el hijo cuenta con peculio profesional o industrial, en cuyo caso se mira como mayor de edad a efectos de administración y goce de tales peculios. En efecto, el art. 251 CC establece que el hijo se mirará como mayor de edad para la administración y goce de su peculio profesional o industrial.

En esta hipótesis, entonces, se debe nombrar un curador adjunto al hijo, no por razones graves relacionadas con el ejercicio de la patria potestad de los padres sino, sencillamente, en virtud de que hay una administración separada de bienes por parte del menor de edad que, en todo caso, requiere igualmente de cierto control por parte del curador adjunto. Así, la autonomía en la administración y goce del peculio del menor de edad se ven atenuadas por la presencia del tal curador.

Cabe mencionar que el art. 86 número 4 de la Ley General de Bancos²⁹ autoriza a estos a ser curadores adjuntos, en cuya calidad podrá encomendárseles la administración de parte o del total de los bienes del pupilo. La regla señala que las tutelas y curadurías servidas por un banco se extenderán solo a la administración de los bienes del pupilo, debiendo quedar encomendado el cuidado personal de este a otro curador o representante legal. Debe notarse que la regla habla de “cuidado personal” a secas, mas no referido solo a menores de edad.

Entonces, la curaduría adjunta no es comprensiva de aspectos personales, sino únicamente de administración y, solo en el marco de ella podrá, entiendo, representar legalmente al pupilo.

Volviendo al objeto de estudio de este trabajo, no veo problema en que el tercero que ejerce el cuidado personal provisorio del NNA separado de su familia en virtud de una medida de protección de sus derechos, sea curador adjunto de tal NNA; bien porque sea designado como tal por el juez en interés del NNA, bien porque se solicite por el mismo adulto o institución. En todo caso, creo que ambas son hipótesis de escasa verificación, en particular, porque la situación en que se encuentra el NNA ameritaría más bien el nombramiento de un tutor o curador general y no adjunto.

4.2.4. Guarda interina del NNA

Finalmente, conforme al Código de Procedimiento Civil, la persona menor de edad puede quedar sujeta a tutela o curaduría interina. En efecto, el Título VI de este Código, “Del nombramiento de tutores y curadores y del discernimiento de estos cargos”, establece en su art. 842 que en los casos del art. 371 CC, —es decir, cuando se retarda por cualquiera causa el discernimiento de una tutela o de una curaduría, o durante ella sobreviene un embarazo que por algún tiempo impida al tutor o curador seguir ejerciéndola— pueden los tribunales nombrar de oficio tutor o curador interino para el “menor”. En este caso, según el inciso segundo del

²⁹ Contenida en el DFL N° 3, de 1997.

mencionado art. 842, no es necesaria para este nombramiento la audiencia del defensor de menores ni la de los parientes del pupilo.

En estos casos se entiende que el curador interino ejerce funciones tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, es decir, asume el cuidado, pero de forma interina.

Al igual que en caso recién mencionado más arriba, no veo problema en que el tercero que ejerce el cuidado personal provisorio del NNA separado de su familia en virtud de una medida de protección de sus derechos, sea curador interino de tal NNA, a esperas que se resuelva la guarda definitiva.

4.2.5. Curadurías especiales

Existe, finalmente, la posibilidad de que un NNA esté sujeto a la curaduría que ordenan los arts. 124 y 125 CC; o bien a la prevista por el art. 19 LTF. Conforme al art. 494 inciso primero CC, estas curadurías especiales son dativas.

La primera está regulada como un impedimento matrimonial. La persona que tiene hijos de un matrimonio anterior bajo su patria potestad, o bajo su tutela o curaduría, y sin importar si tiene en su poder bienes propios o no de tales hijos, para poder contraer un nuevo matrimonio debe realizar un inventario solemne de los bienes que esté administrando y pertenezcan a esos hijos como herederos de su cónyuge difunto o con cualquiera otro título. Entonces, para la confección de este inventario se da a los hijos un curador especial.

La segunda consiste en el nombramiento del curador *ad litem*³⁰. La LTF establece que en todos los asuntos en que aparezcan involucrados intereses de NNA o incapaces, el juez deberá velar por que éstos se encuentren debidamente representados. Esta designación se produce en los casos en que los NNA carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación. Este curador no asume funciones de cuidado, sino solo de representación en el juicio propiamente en que es designado como tal. Conforme al art. 494 inciso segundo CC, los curadores para pleito o *ad litem* son dados por la judicatura que conoce en el pleito.

4.3. Reglas especiales relativas a la curaduría del menor de edad

Como he señalado, la guarda del menor de edad, en principio, es de carácter general, es decir, comprende aspectos personales de cuidado y también patrimoniales. Ahora bien, atendida la situación de minoría de edad del pupilo, el CC prevé reglas especiales para la guarda del menor adulto, es decir, para la curatela de la mujer mayor de 12 años y menor de 18 años, y el varón mayor de 14 años y menor de 18 años.

El art. 437 CC establece: *“el menor adulto que careciere de curador debe pedirlo al juez, designando la persona que lo sea.*

Si no lo pidiere el menor, podrán hacerlo los parientes; pero la designación de la persona corresponderá siempre al menor, o al juez en subsidio.

El juez, oyendo al defensor de menores, aceptará la persona designada por el menor, si fuere idónea.”

Esta norma es interesante pues reconoce al menor adulto su derecho a ser oído. No obstante, la época en que se dictan estas reglas —en que el NNA no era reconocido como sujeto de derecho— le da posibilidad de: recurrir directamente al juez y decidir el nombre de su curador incluso si la designación de este lo gatillan sus parientes y no él.

Llevado al ámbito estudiado en este trabajo, el menor adulto separado de su familia tiene, entonces, el derecho a acudir al juez y decidir el nombre de su curador; y si es el tercero a cargo

³⁰ Incisos 1 a 4 del art. 19 Ley N° 19.968, de 2004.

del cuidado personal provisorio del tal NNA quien gatilla la curatela en su favor, también deberá ser oído el menor adulto.

Por su parte, el art. 438 CC señala: *“podrá el curador ejercer, en cuanto a la crianza y educación del menor, las facultades que en el título precedente se confieren al tutor respecto del impúber.”* Estas reglas están contenidas en los arts. 428 a 430 CC y de ellas se desprende que el cuidado personal de los progenitores concurre con el del guardador.

El art. 428 CC establece que en lo tocante a la crianza y educación del pupilo es obligado el tutor a conformarse con la voluntad de la persona o personas encargadas de ellas, según lo ordenado en el Título IX, es decir, conforme a las reglas de los derechos y obligaciones entre padres e hijos, sin perjuicio de ocurrir al juez, cuando lo crea conveniente. La norma aclara en el inciso segundo que el padre o madre que ejerce la tutela no será obligado a consultar sobre esta materia a persona alguna.

Estas reglas mencionadas no son aplicables a los casos en que el menor adulto esté separado de su familia en virtud de una medida de protección pues, precisamente, el cuidado personal ha sido trasladado provisoriamente a una tercera persona debido a vulneraciones o amenazas graves a los derechos de tal menor adulto.

A su vez, el art. 429 CC establece que el tutor, en caso de negligencia de la persona o personas encargadas de la crianza y educación del pupilo —que es precisamente lo que me ocupa en este trabajo—, se esforzará por todos los medios prudentes en hacerles cumplir su deber, y si fuere necesario ocurrirá al juez.

Esta norma tampoco resulta aplicable a la situación en que se ha dictado una medida de protección de derechos que separa al NNA de su familia, pues es el tribunal con competencia en materias de familia quien debe construir un plan de intervención que incluya a los progenitores encargados de tal crianza y educación del pupilo, y el tercero que ejerce el cuidado personal del mismo debe actuar dentro de la órbita de atribuciones que tal tribunal haya delimitado o vaya delimitando a medida que se revise el cumplimiento y efectividad de la medida de protección ordenada.

Y, por último, el art. 430 CC prescribe que el pupilo no residirá en la habitación o bajo el cuidado personal de ninguno de los que, si muriese, habrían de suceder en sus bienes, agregando que no están sujetos a esta exclusión los ascendientes. Esto significa que quedan excluidos del cuidado personal de una persona menor de edad sujeta a guarda, o de vivir con ella, el sujeto que constituya heredero del pupilo. La norma, que busca proteger la vida del pupilo y prevenir conflictos de intereses, solo excluye a los progenitores y demás ascendientes, por lo que resulta bastante amplia, y a mi juicio desproporcionada, en la letra de la ley: incluye a los hermanos y demás colaterales hasta el sexto grado inclusive, descendientes, cónyuge y descendientes.

En todo caso, aplicada esta regla al objeto de análisis de este trabajo, y dada la situación de minoría de edad del NNA privado de cuidado parental, las personas que quedarían excluidas podrían ser los hermanos y demás colaterales hasta el sexto grado inclusive (las situaciones en que tiene descendencia y cónyuge son excepcionales dado que es menor de edad).

5. Representación legal de NNA y derechos personalísimos

En cuanto al segundo objeto de este trabajo, y como ya he anticipado, las relaciones de cuidado de NNA reguladas actualmente no están siempre asociadas a la representación legal de NNA. Ello puede generar dificultades en la aplicación de leyes especiales que exigen la notificación y/o concurrencia de tales representantes. Algunos de los problemas prácticos que esta desregulación produce son de orden patrimonial, como, por ejemplo, la dificultad de abrir cuentas de ahorro, cobrar becas, bonos de control sano, de escolaridad, y una serie de beneficios municipales. También se advierten graves problemas en el ámbito extrapatrimonial, como internaciones psiquiátricas forzosas, el ejercicio de acciones referidas a la salud, la interrupción voluntaria del embarazo y, eventualmente, ejercicio del derecho a la identidad de género. En

este apartado abordaré algunas de esas normas, en concreto, referidas al ejercicio de un tipo de derechos personalísimos por parte de NNA en la toma de decisiones sobre su propio cuerpo: sus derechos sexuales y reproductivos.

Chile no cuenta con normas generales sobre el ejercicio de tales derechos. En todo caso, cabe tener en cuenta primordialmente que el párrafo 6 de la Ley N° 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, de 2012, contiene un artículo referido al consentimiento informado que resulta plenamente aplicable a los menores de edad: *“Toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud (...) Este derecho debe ser ejercido en forma libre, voluntaria, expresa e informada, para lo cual será necesario que el profesional tratante entregue información adecuada, suficiente y comprensible (...)”* (art. 14 incisos primero y segundo)³¹.

También cabe considerar que esta ley requiere y autoriza la intervención de terceras personas —distintas al paciente, sea mayor o menor de edad— en varias ocasiones. Cuando así sucede, en general, se refiere al representante legal de la persona; así ocurre en los arts. 4, 13, 15, 23, 28, 31, 33 y 35. En cambio, solo en algunas normas utiliza fórmulas un poco más amplias, abarcando al representante legal, apoderado o persona a cuyo cuidado se encuentre el paciente; lo hace en los arts. 10, 15 letra c) y 23. Todos estos artículos se refieren a cuestiones de distinta naturaleza: información acerca de la ocurrencia de un evento adverso que desencadene la atención de salud; acceso a la ficha clínica; actuaciones en caso de riesgo vital o de secuela funcional grave del paciente; incapacidad de este de manifestar su voluntad; graves daños a la salud o riesgo de morir; limitaciones de esfuerzo terapéutico; pago de prestaciones, medicamentos e insumos. Entonces, resulta relevante determinar quién es el representante legal de una persona usuaria de atenciones de salud, en especial y para el objeto de este trabajo, de un NNA.

Por su parte, el art. 2 de la Ley N° 20.418, de 2010, que fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, nos da algunas luces más específicas sobre el ejercicio de los derechos del NNA en el área de los derechos sexuales y reproductivos. Esta norma permite que la persona mayor de 14 años solicite un método anticonceptivo de emergencia sin que deba informarse a su padre o madre o a su adulto responsable³². Como vemos, esta ley se refiere al padre, madre o adulto responsable (no al representante legal de la adolescente)³³.

A su vez, la Ley N° 21.030, que regula la despenalización de la interrupción del embarazo en tres causales de 2017 (Ley IVE), ha reabierto el debate sobre la autonomía de las menores de edad en el desarrollo de su sexualidad y sobre el aborto.

La Ley IVE, como es natural, exige la voluntad de la mujer menor de edad que interrumpirá su embarazo en las tres causales permitidas³⁴. Esta Ley sí se refiere al representante legal de la

³¹ Esta ley entrega a los médicos la evaluación de la competencia de los pacientes y, en caso de dudas, obliga a solicitar opinión al Comité de Ética. Asimismo, si existe oposición entre la voluntad del paciente y la opinión de tal Comité, puede recurrirse a la Corte de Apelaciones (art. 17).

³² El artículo establece: *“Toda persona tiene derecho a elegir libremente, sin coacción de ninguna clase y de acuerdo a sus creencias o formación, los métodos de regulación de la fertilidad (...). Sin embargo, en aquellos casos en que el método anticonceptivo de emergencia sea solicitado por una persona menor de 14 años, el funcionario o facultativo que corresponda, sea del sistema público o privado de salud, procederá a la entrega de dicho medicamento, debiendo informar, posteriormente, al padre o madre de la menor o al adulto responsable que la menor señale.”* Ver BARCIA (2006).

³³ Cabe recordar que en 2008 el Tribunal Constitucional declaró constitucionales las normas que consideraban la implementación en los servicios de salud de consejerías sobre anticoncepción para adolescentes mayores de 14 años, sin el consentimiento de los padres. Tal Tribunal declaró que ello no vulneraba el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos, quienes podrían seguir transmitiéndoles a ellos conocimientos y valores sobre la vida sexual. Tribunal Constitucional, Rol N° 740-07, de 18 de abril de 2008, considerando 16.

³⁴ Chile informó que en 2011 los egresos hospitalarios por embarazo, parto y puerperio —de todas las edades— que terminaron en aborto fueron 30.860, representando aproximadamente el 10% del total de egresos. Del total de estos abortos, 3.387 correspondieron a adolescentes de entre 10 y 19 años. El Estado chileno informa que durante ese mismo año, el 1% de las mujeres bajo control de su embarazo eran menores de 15 años y que el 10% de las muertes maternas correspondió a niñas y adolescentes. Ver MORAGA (2019).

adolescente (no al padre o madre). El art.119 del Código Sanitario (CS), en sus incisos 4 a 9, distingue entre: a) adolescente: en cuyo caso exige informar de la decisión de IVE al representante legal o al que ella señale si son más de dos; b) niña: en cuyo caso exige la autorización del representante legal.

Entonces, en el caso de mujeres mayores de 14 años y menores de 18 años, el inciso séptimo del art. 119 CS exige que la voluntad de interrumpir el embarazo manifestada por la adolescente sea informada a su representante legal y que, si tiene más de uno, se informe al que indique la adolescente.

La Ley IVE parte del supuesto de que, aunque tenga más de un representante legal — cuestión que es posible en Chile— debe informarse solo al que la adolescente señale. Probablemente, esto se deba a que el legislador quiso evitar que tales representantes entraran en conflicto si tuviesen pareceres distintos. En todo caso, queda la duda en cuánto en qué medida una norma que excluye a uno de los representantes se aviene con el principio de la corresponsabilidad parental recogido por el CC a partir de 2013 —arts. 224 y siguientes según reforma introducida por la Ley N° 20.680—. A mi juicio, la ley prioriza legítimamente la voluntad de la adolescente, en cuanto deposita en ella autonomía suficiente como para identificar al padre o a la madre que le merece más confianza en la toma de esta decisión de IVE. La interrogante subsiste, no obstante, en los casos en que sea ella misma quien quiera comunicar a ambos³⁵.

No obstante, la Ley IVE, en el inciso octavo del art. 119 CS, autoriza prescindir de la comunicación al representante legal de la adolescente en casos bastante acotados y que, por cierto, no dicen relación con que sea la adolescente quien se opone a ello. Así, puede no informarse a tal representante cuando, a juicio del equipo de salud, existen antecedentes que hagan deducir razonablemente que proporcionar esta información podría generar un riesgo grave de maltrato físico o psíquico, coacción, abandono, desarraigo u otras acciones u omisiones que vulneren su integridad³⁶.

En este caso, la ley exige informar al “adulto familiar” que la adolescente indique y, en caso de no haberlo, al “adulto responsable” que ella señale. Cabe señalar que ambas categorías de “adulto” no se encuentran definidas en nuestra legislación. A tal respecto, es posible afirmar que se trata de personas mayores de edad significativas para la adolescente, en términos de que son sus referentes de vida, con quien se mantiene afectivos o de confianza. A su vez, por representante legal, el art. 43 CC entiende el padre o la madre, el adoptante y el tutor o curador de una persona.

¿Qué ocurre con las niñas menores de 14 años? Los incisos 4 a 6 del art. 119 CS exigen, además de la voluntad de la niña, la autorización de su representante legal, o de uno de ellos, a elección de la niña, si tuviere más de uno³⁷. Estas normas permiten, por otro lado, la intervención judicial en dos situaciones que detallo a continuación.

- a) constatación de la ocurrencia de la causal: a falta de autorización, es decir, si el representante legal de la niña se niega a la IVE consentida por esta o si aquél no es habido, la ley señala que la niña podrá, asistida por un integrante del equipo de salud, solicitar la intervención del juez para que “constate la ocurrencia de la causal” (inciso cuarto del art. 119 CS).

³⁵ La Ley no indica expresamente cuál es el objeto de esta comunicación, aunque considerando que para el caso de las menores de 14 años la ley habla de “autorización” del representante legal, se entiende fácilmente que, si se trata de mayores de dicha edad (adolescentes), tiene un fin meramente informativo (no exige autorización). De hecho, la Ley IVE no regula qué sucede en caso de que tal representante se niegue a la IVE, lo que confirma la naturaleza meramente informativa de la notificación.

³⁶ Conforme al inciso noveno del mencionado art. 119, si existen estos riesgos referidos, el jefe del establecimiento hospitalario o de la clínica particular deberá informar al tribunal con competencia en materia de familia que corresponda, para que adopte las medidas de protección que la ley establece (contenidas en el art. 30 Ley N° 16.618, de 1967).

³⁷ Moraga considera que esta regla es una de las garantías más importantes de la efectiva protección y respeto a la vida y a la salud de las niñas pues reconoce que con frecuencia las agresiones sexuales contra niñas y adolescentes son cometidas al interior del propio hogar. MORAGA (2019).

- b) autorización sustitutiva: conforme al inciso quinto del art. 119 del CS, esta intervención judicial tiene lugar cuando, a juicio del médico, existan antecedentes para estimar que solicitar la autorización del representante legal de la niña podría generarle un riesgo grave de maltrato físico o psíquico, coacción, abandono, desarraigo u otras acciones u omisiones que vulneren su integridad. En este caso, la ley mandata que la opinión del médico conste por escrito.

En 2018, un tribunal debió conocer uno de los primeros casos de aplicación de la Ley IVE respecto de personas menores de edad. Se trataba de una niña de 13 años que había sido víctima de violación impropia. Se había presentado una solicitud médica de autorización de un servicio de obstetricia para la autorización de la interrupción del embarazo, a través de una medida de protección. Asimismo, se había certificado que la niña tenía 13 años y 5 meses y que solicitaba la interrupción del embarazo en el centro hospitalario. El problema detectado era que ambos progenitores de la niña tenían decretada orden de alejamiento previamente en causa de protección. Por esta razón, la niña se encontraba bajo el cuidado provisorio de una tercera persona quien, a juicio del centro hospitalario, “no tendría la facultad legal para firmar los documentos administrativos involucrados en la Ley IVE”³⁸.

Existía constancia de que al ingresar al hospital, la niña tenía 14 semanas de embarazo, pero también existían antecedentes de que en un control hospitalario se habría practicado una ecotomografía que había arrojado 11 semanas y 4 días de embarazo.

En este caso, se entendió que, como existía orden de alejamiento, no había representante legal habido y que, por tanto, existía una situación de riesgo en la niña. El tribunal denegó la solicitud puesto que el embarazo excedía de 14 semanas, y ordenó que la niña se mantuviera en un Programa de Reparación de Maltrato y con programa de acompañamiento.

Teniendo en cuenta que la niña consentía en la IVE, las interrogantes que surgen son: ¿Era necesario comunicar al representante legal? Sí, para que autorizara la IVE. No obstante, si no era habido, asistida por un integrante del equipo de salud, la solicitud de intervención al juez tenía por objeto solo constatar la ocurrencia de la causal (inciso cuarto del art.119 CS). Equivocadamente, a mi juicio, el equipo médico entendió que el tribunal debía autorizar la IVE. ¿Tenía la persona a quien se le había atribuido el cuidado de la niña, facultades de representación legal? No, pues no había solicitado la guarda (por ello se entiende correctamente que falta el representante legal). Si la hubiera solicitado, de haberse obtenido la tutela, habría tenido la representación legal, pues tal guarda comprende la representación judicial y extrajudicial, y habría sido tal persona la que como guardadora habría tenido que autorizar la IVE.

He mencionado este caso relacionado con la Ley IVE, pero estas preguntas son pertinentes también en otras situaciones en las que la ley se refiere en general al representante legal del NNA, en circunstancias de que concurren a su cuidado otras personas o instituciones distintas de sus progenitores —que ejercen su patria potestad—.

Estas situaciones han sido analizadas en este trabajo, pudiendo concluir que en su mayoría, salvo en las guardas, no obstante haber cuidado de hecho o cuidado personal sea con carácter temporal, cautelar, o más definitivo, no existe representación legal —judicial y extrajudicial— del NNA. Por ejemplo, si el NNA estuviese sujeto a medida de acogimiento residencial a consecuencia de una medida de protección, ¿Quién es su representante legal si tal institución no ha solicitado nombramiento de guardador? ¿A quién debería entregarse información acerca de la ocurrencia de un evento adverso que desencadene la atención de salud de tal NNA? ¿Quién tiene derecho a acceder a la ficha clínica del NNA? ¿Quién concurre a consentir actuaciones en caso de riesgo vital o de secuela funcional grave del paciente NNA? ¿Quién consiente en casos de incapacidad del NNA de manifestar su voluntad para una prestación de salud o ante graves daños a la salud, riesgo de morir o limitaciones de esfuerzo

³⁸ Mantengo en reserva indicaciones de esta causa para proteger los datos personales e identidad de la niña involucrada; fue iniciada en febrero de 2018 en la provincia de Concepción.

terapéutico? ¿Quién asume el pago de prestaciones, medicamentos e insumos necesarios para la atención de salud?

He dicho que son escasas las ocasiones en que la ley, a continuación del llamado al representante legal del NNA, utiliza voces como “persona a cuyo cuidado se encuentre” o “adulto responsable”, que abrirían posibilidades de intervención de otros sujetos que efectivamente no tienen la representación legal del NNA.

6. Conclusiones

El Derecho civil chileno no cuenta con figuras delimitadas, diferenciadas y variadas de cuidado que protejan al NNA en contextos de vulneración de sus derechos; observándose una grave dispersión normativa en el Código Civil, la Ley de Menores y la Ley de Tribunales de Familia. Esto es particularmente grave pues, como se ha señalado, una vez que el Derecho dirige su atención a vínculos no necesariamente biológicos y sexuales, las situaciones de afecto, cuidado y solidaridad —como cuando hay algún acogimiento familiar o residencial de NNA— deben contar paulatinamente con marcos regulatorios definidos y estables³⁹. En este mismo sentido, y dado que estas relaciones de cuidado deberían verificarse primordialmente en contextos de naturaleza familiar, es necesario tener en cuenta una concepción de la familia, y de cómo está compuesta, lo más abierta posible⁴⁰.

En particular, cabe consignar que generalmente las funciones y responsabilidades de la persona o institución a cargo de un NNA separado de su familia no están suficientemente determinadas. Nuestro ordenamiento no asocia al cuidado la representación legal, lo que puede generar graves problemas. La doctrina ha criticado la confusión que se genera en algunos casos al pervivir paralelamente el cuidado personal y las guardas. La poca claridad sobre las materias a que se extienden las guardas, particularmente sus diferencias con la patria potestad que subrogan pueden derivar del hecho de que el CC hizo una innovación respecto de las legislaciones de la época: distinguió entre patria potestad y cuidado personal, y cuando tuvo que traspasar esa diferenciación a las guardas incurrió en renuncios. Esta ambigüedad, a mi juicio, también deriva de la circunstancia de que la normativa sobre guardas no haya sido sustancialmente reformada desde su dictación, al contrario de la referida al cuidado personal y patria potestad, que sí ha sido transformada⁴¹.

Entonces, en al menos cuatro de los siete cuidados de NNA que nuestra legislación acepta debiera aclararse qué sucede con las funciones de representación legal: cuidado personal de terceros, cuidado en contextos de adopción, cuidado otorgado como medida cautelar, y cuidado como medida de protección.

La resolución que da lugar a estos cuidados y, en especial la que ordena la medida de protección que separa al NNA de su familia, debiera pronunciarse sobre la representación legal, indicando en quién se mantiene o a quién se le traslada y a través de qué mecanismo, así como las causas legales que sirven de fundamento. Sería deseable que tal mandato constara en la ley o que se promoviera esta indicación por parte de la judicatura.

De no constar el titular de esta función, y habida consideración de que se hace progresivamente más necesaria e importante, habrá que gatillar la designación de guardador del NNA. Ello, por su parte, tensiona la regulación de las guardas pues, como señalé, hace surgir la necesidad de sistematización y adecuación de las figuras de cuidado a estándares y postulados más modernos. En efecto, uno de los desafíos del Derecho Civil chileno es revisar sus instituciones de protección de incapaces y de NNA reguladas en el CC y leyes especiales, con el

³⁹ HERRING (2013), pp. 187-196.

⁴⁰ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el Pacto de San José no presenta un concepto cerrado de familia ni mucho menos protege solo un modelo tradicional de la misma (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C N° 239/ Caso 12.502. 24 de febrero de 2012, párrafo 142). Asimismo, de la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se desprende que cualquier convivencia en la que se creen vínculos afectivos y materiales de dependencia mutua, sea cual sea el grado de formalización e incluso el sexo de sus componentes, puede dar lugar a vida familiar. LÁZARO (2011), p. 258.

⁴¹ GREVEEN (2016), pp. 74-75.

fin de integrarlas, sistematizarlas, adecuarlas a postulados más modernos y, en especial, a estándares fijados en la CDN, la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención de Derechos de las Personas Mayores, todas ratificadas por Chile.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACUÑA SAN MARTÍN, MARCELA (2018): *El cuidado personal de los hijos* (Santiago, Thomson Reuters).
- BARCIA LEHMANN, RODRIGO (2006): “Sobre la capacidad de los adolescentes para recibir la denominada píldora del día después”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (Nº 7), pp. 137-158.
- CLARO SOLAR, LUIS (1979): *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. De las Pruebas del Estado Civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo IV.
- COURT MURASSO, EDUARDO (2018): “Fallecimiento de los padres, guardas y cuidado personal de los hijos menores”, en: Bahamondes, Claudia; Etcheberry, Leonor y Pizarro, Carlos (Eds.), *Estudios de Derecho Civil XIII, Jornadas Nacionales de Derecho Civil Pucón 2017* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 913-927.
- DEL PICÓ RUBIO, JORGE; ACUÑA SAN MARTÍN, MARCELA; AEDO BARRENA, CRISTIÁN; JARUFE CONTRERAS, DANIELA; MONDACA MIRANDA, ALEXIS Y RIVEROS FERRADA, CAROLINA (2016): *Derecho de Familia* (Santiago, Legal Publishing).
- GREVEEN, NEL (2016): “El cuidado personal de los niños en caso de muerte de ambos padres”, en: *Revista de Derecho de Familia* (Vol. II, Nº 2), pp. 65-86.
- HERRING, JONATHAN (2013): *Caring and the law* (Oxford and Portland-Oregon, Hart Publishing).
- LATHROP GÓMEZ, FABIOLA (2014): “La protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en el Derecho chileno”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (Nº22), pp. 197-229.
- _____ (2017): “El derecho a la vida familiar del niño privado de cuidados parentales”, en: Domínguez, Carmen (Coord.), *Estudios de Derecho de Familia. Terceras Jornadas Nacionales de Derecho de Familia* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 397-409.
- LÁZARO GONZÁLEZ, ISABEL (2011): “Intervención pública en la protección de menores y respeto a la vida en familia: aportaciones del Tribunal de Estrasburgo”, en: *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales* (Nº 83-84), pp. 255-290.
- LÓPEZ DÍAZ, CARLOS (2016): *Tratado de Derecho de Familia* (Santiago, Digesto).
- MORAGA CONTRERAS, CLAUDIA (2019): “El ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo por parte de niñas en Chile”, en: Villagrasa Alcaide, Carlos y Sillero Crovetto, Blanca (Coords.), *VIII Congreso Mundial por los Derechos de la Infancia y la Adolescencia* (España, Wolters Kluwer), ISBN digital 978-84-15651-80-2.
- RODRÍGUEZ PINTO, MARÍA SARA (2017): *Manual de Derecho de Familia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- SCHMIDT HOTT, CLAUDIA (2001): “Relaciones filiales personales y patrimoniales”, en: Schmidt Hott, Claudia y Veloso Valenzuela, Paulina, *La filiación en el nuevo Derecho de Familia* (Santiago, Conosur), pp. 245-367.
- SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL (1946): *Derecho de Familia* (Santiago, Editorial Nascimento).

JURISPRUDENCIA CITADA

JURISPRUDENCIA NACIONAL:

DIPUTADOS DE LA CONCERTACIÓN CON ESTADO DE CHILE (2008): Tribunal Constitucional 18 abril 2008 (requerimiento de inconstitucionalidad), en: <https://tribunalconstitucional.cl>.

NEL GREEVEN CON ESTADO DE CHILE (2016): Tribunal Constitucional 12 abril 2016 (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad), en: <https://tribunalconstitucional.cl>.

OLIVOS CON ROJAS (2016): Corte Suprema 13 abril 2016 (recurso de casación en el fondo), en: https://corte-suprema-justicia.vlex.cl/vid/olivos-rojas-632555477?_ga=2.244562629.1939411549.1575668669-1121899105.1575668669.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL:

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS CHILE. SERIE C N°239, 24 de febrero de 2012, en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

LEY N° 16.618, FIJA EL TEXTO DEFINITIVO DE LA LEY DE MENORES. Diario Oficial, 08 de marzo de 1967.

DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 3, QUE FIJA TEXTO REFUNDIDO, SISTEMATIZADO Y CONCORDADO DE LA LEY GENERAL DE BANCOS Y DE OTROS CUERPOS LEGALES QUE SE INDICAN. Diario Oficial, 19 de diciembre de 1997.

LEY N° 19.620, SOBRE ADOPCIÓN DE MENORES. Diario Oficial, 05 de agosto de 1999.

DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 1, QUE FIJA TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DEL CÓDIGO CIVIL; DE LA LEY N° 4.808, SOBRE REGISTRO CIVIL, DE LA LEY N° 17.344, QUE AUTORIZA CAMBIO DE NOMBRES Y APELLIDOS, DE LA LEY N° 16.618, LEY DE MENORES, DE LA LEY N° 14.908, SOBRE ABANDONO DE FAMILIA Y PAGO DE PENSIONES ALIMENTICIAS, Y DE LA LEY N° 16.271, DE IMPUESTO A LAS HERENCIAS, ASIGNACIONES Y DONACIONES. Diario Oficial, 30 de mayo de 2000.

LEY N° 19.968, QUE CREA LOS TRIBUNALES DE FAMILIA. Diario Oficial, 30 de agosto de 2004.

LEY N° 20.680, QUE INTRODUCE MODIFICACIONES AL CÓDIGO CIVIL Y A OTROS CUERPOS LEGALES. Diario Oficial, 21 de junio de 2013.

LEY N° 21.030, QUE REGULA LA DESPENALIZACIÓN DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO EN TRES CAUSALES. Diario Oficial, 23 de septiembre de 2017.