

FALLOS Y COMENTARIO A LOS FALLOS DE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO Y CORTE SUPREMA SOBRE RECURSO DE PROTECCIÓN, INTERPUESTO POR LA DISTRIBUCIÓN DE LABORATORIOS DE LA DENOMINADA PÍLDORA DEL DÍA DESPUÉS A ADOLESCENTES (MENORES MAYORES DE CATORCE AÑOS)*

Rodrigo Barcia Lehmann**

A continuación se reproducen los fallos de las Corte de Apelaciones y Suprema que rechazaron un recurso de protección interpuesto por el Presidente de la Corporación Municipal de Educación y Salud de la Florida y unos padres contra las “Normas Técnicas y Guías Clínicas Sobre Regulación de la Fertilidad» decretadas por el Ministerio de Salud. La pretensión de los recurrentes era impedir que se repartiera la denominada píldora del día después a adolescentes, sin mediar autorización de los padres¹. Además, de los fallos se acompaña una breve opinión basa en un Informe en Derecho, que presenté por el Ministerio de Salud a favor de la entrega directa del referido fármaco a los adolescentes, sin mediar autorización de los padres.

* Abreviaturas:

CC = Código Civil

CNUDN = Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño

LMC = Ley de Matrimonio Civil

LTF = Ley de Tribunales de Familia

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central de Chile, 1991; MBA Economía y Dirección Internacional de la Empresa, MEDI, Universidad Autónoma de Madrid, 1997; *European Master in Law and Economics*, Complutense und Hamburg Universität, 1998; Doctor Derecho Privado, Universidad Complutense de Madrid, 2002. E-mail: rbarcia@utalca.cl

¹ Al suscrito además le correspondió elaborar un informe en Derecho presentado a la Corte de Apelaciones, a favor de la capacidad de los adolescentes para recibir la denominada píldora del día después, sin mediar representación de los padres. *Vid.* BARCIA LEHMANN, Rodrigo, Informe en Derecho sobre la capacidad de los menores para recibir la denominada píldora del día después en Revista Chilena de Derecho Privado, n° 7, diciembre del 2006, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, páginas 137 a 158 y “La Capacidad Extrapatrimonial del Menor” en La Semana Jurídica, Año 7, N° 356, Semana del 03 al 09 de septiembre del 2007, Lexis Nexis, páginas 6 y 7.

- A. EL FALLO DE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, de fecha 17 de noviembre de 2006, en cinco recursos de protección acumulados, y dirigidos en contra de la Presidenta de la República por la distribución de la “píldora del día después”.

“Santiago, diez de noviembre de dos mil seis.-

Vistos y teniendo presente:

- 1º) Que don Pablo Zalaquett Said, Presidente de la Corporación Municipal de Educación y Salud de la Florida, actuando en nombre y representación de esta corporación, a fs. 1 interpuso recurso de protección en contra de la Ministra de Salud doña María Soledad Barría Iroume, por «las declaraciones efectuadas a la prensa los días 4 y 5 de septiembre» relativas a la entrega de la denominada «píldora del día después» que se pondría a disposición de todas las personas que lo requieran en el sistema público y municipal. La acción de autos también fue motivada por el contenido de las «Normas Técnicas y Guías Clínicas Sobre Regulación de la Fertilidad».

El recurrente atribuyó a la recurrida diversas afirmaciones encaminadas a fundamentar la medida, entre ellas: «el tema es mejorar el acceso equitativo a un anticonceptivo de emergencia, junto con consejerías, educación sexual»; «seis comunas consumen actualmente el 20% de las cajas de anticonceptivos. Eso es inequidad»; «este no es un tema valórico. La píldora no es abortiva y ya se vende en farmacias»; de lo que se ha hecho mucha cuestión de la píldora, pero esto es mucho más, tiene que ver con toda la información que es necesaria que tienen que entregar nuestros profesionales, en los distintos centros»; «la píldora se da en algunos casos específicos, no es para nada una modalidad de anticonceptivos, por eso es muy importante informarle a los jóvenes y adultos que hay que tener métodos previos a estos, que pueden ser métodos naturales, o anticonceptivos orales o preservativos, o la T de cobre». La autoridad recurrida también habría declarado que el «medicamento» sería entregado a los jóvenes menores de 18 años y mayores de 14, sin necesidad del conocimiento ni el consentimiento de sus padres.

En cuanto a la ilegalidad del acto que motivó la acción, aludiendo a la Constitución Política de la República, artículo 7, el recurrente señaló que excedía las facultades del Ministerio de Salud porque el «control de la natalidad, y la interrupción o evitación del embarazo no constituye ni una función ni una facultad de dicha repartición fiscal», puesto que «el embarazo no es una enfermedad», y toda vez que, en su concepto, a ésa secretaría de estado sólo le corresponde «garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección, y recuperación de la salud y rehabilitación de la persona enferma» la medida en cuestión carece de sustento normativo lo que permite atribuirle el presupuesto de ilegalidad.

También estimó que el acto era arbitrario «toda vez que desconoce caprichosamente y sin fundamento jurídico los derechos y obligaciones que entre los padres y los hijos establece nuestro ordenamiento jurídico», porque contravendría el estatuto de las relaciones entre padres e hijos previsto en el Código Civil, artículos 26, 222, 224, 234, 236, y 19, nº 10 de la Constitución Política de la República que garantiza el derecho a la educación.

Dicho recurrente estimó conculcada la garantía de igualdad ante la ley, porque con el acto referido «se trata de la misma forma tanto a los menores como a los mayores de 18 años, aplicando a situaciones claramente diferentes los mismos criterios», y se afecta dicha garantía al dejar de aplicar las normas particulares de los menores. Denunció además que se afectaba el derecho de propiedad garantido en la constitución, porque «sobre las cosas incorporales existe una especie de propiedad» que «puede ejercerse también sobre derechos, la referida garantía. Dicho recurrente estimó conculcada la garantía de igualdad ante la ley, porque con el acto referido «se trata de la misma forma tanto a los menores como a los mayores de 18 años, aplicando a situaciones claramente diferentes los mismos criterios», y se afecta dicha garantía al dejar de aplicar las normas particulares de los menores. Denunció además que se afectaba el derecho de propiedad garantido en la constitución, porque «sobre las cosas incorporales existe una especie de propiedad» que «puede ejercerse también sobre derechos, la referida garantía constitucional referida, se ve conculcada desde dos puntos de vista: a) El derecho que tienen los padres sobre la educación de los hijos. b) El derecho de la Corporación Municipal de Salud y Educación de la Florida para administrar sus consultorios y determinar políticas correspondientes» (fs. 23). Se indicó que el acto también vulneraba la garantía a la libertad de conciencia, cuyo alcance sería asegurar que toda persona puede «determinarse conforme a sus valores y creencias». Finalmente el recurrente estimó vulnerada la garantía de la integridad física y síquica, porque «mediante un instructivo de carácter técnico, sin rango legal, está promoviendo entre la población, en especial en las adolescentes, que mantienen una vida sexual activa, métodos de anticoncepción o como establecen diversos estudios «de carácter abortivos-, como formas de evitar el embarazo, que pueden acarrear consecuencias riesgosas a la salud». A este respecto también señaló que aumentarían los riesgos de contagio de VIH por el abandono de «los debidos resguardos para evitar el contagio».

El recurrente terminó solicitando que esta Corte deje sin efecto el instructivo sobre la materia.

- 2º) Que los recurrentes señores Cristián Andrés Lagos Fernández y Jorge Eduardo Catalán Riffo, padres de menores entre 14 y 18 años de edad, para fundamentar el recurso razonan en torno a que la entrega del anticonceptivo sin autorización de los padres afecta al derecho de estos para educar de modo preferente. Afirmaron que tal posibilidad que tendría lugar cuando el «menor que aún no está formado completamente en cuanto a su criterio, es saltarse la tutela que legítimamente la constitución asegura a los padres y en definitiva a la

familia como núcleo fundamental de la sociedad, dejando al Estado como tutor directo del menor contradiciendo así nuestra carta fundamental». Luego de reproducir el sistema legal de las relaciones entre padres e hijos, los recurrentes afirman que el obrar de la recurrida es arbitrario e ilegal porque no se adecua a las normas legales dictadas de acuerdo con la Constitución Política de la República.

Estos recurrentes solicitaron que se ordene dejar sin efecto la medida ministerial, y se obligue a entregar tal anticonceptivo sólo con la visación, autorización o conocimiento de los padres o tutores legales.

- 3º) Que al informar la señora Ministra recurrida a fs. 94, solicitó en primer lugar la inadmisibilidad del recurso intentado por don Pablo Zalaquett para lo cual argumentó afirmando que la corporación de derecho público que representaba no podía formular el recurso por exceder sus competencias. Tal alegación de inadmisibilidad será desestimada porque sus motivos no dicen relación con cuestiones de formas atinentes al ejercicio de la acción de protección sino con el fondo de lo discutido, cuales son las consideraciones que pueden conducir a que la acción no sea acogida a tramitación.

En cuanto al fondo la recurrida manifestó que la alegación de que el Ministerio de Salud no podía desarrollar políticas relacionadas con la fertilidad era errónea, porque tanto la ley como la conducta reiterada del Estado a través de su repartición ponían de manifiesto la inconsistencia de lo pedido.

Respecto del fondo la señora ministra expresó que no existían la ilegalidad y arbitrariedad denunciada, porque el ministerio tenía facultades para dar resoluciones sobre la materia y porque el acto no era fruto de la irreflexión o el empecinamiento porque, por el contrario la materia ha sido objeto de numerosos estudios.

También señaló que con la instrucción de que se trata no se vulneraban las garantías a la igualdad, integridad física y psíquica, conciencia e integridad física y síquica, porque sus efectos no dicen relación con tales derechos constitucionales.

- 4º) Que para la resolución de las cuestiones del fondo que han sido planteadas por las partes y que se han reseñado precedentemente, es imprescindible que esta Corte identifique con entera precisión la naturaleza de las pretensiones que sostienen los recursos, por cuanto es inequívoco que esta clase de acción sólo cumple la función de cautelar aquellos derechos nominados en el artículo 20 de la Constitución Política de la República. Esto es, dicho de otra manera, para que la acción de autos pueda prosperar habrá de verificarse si los actos imputados a la señora Ministra de Salud Pública son ilegales y o arbitrarios y además han afectado a algunos de los derechos constitucionales integrantes de la nómina mencionada; no siendo posible disponer medidas en caso de no constatare dichos presupuestos favorables a la sentencia que hace lugar a la acción de protección, porque son los únicos

motivos constitucionales que autorizan para hacer lugar a lo pedido.

Toda pretensión que exceda tales límites protectivos supera la finalidad de esta acción constitucional y, como se ha dicho, no puede ser acogida en la sentencia, porque su aceptación vulneraría el principio de legalidad orgánico y sustantivo a resultados del carácter de la acción, que únicamente otorga competencia para cautelar derechos constitucionales inconcusos relativos a personas determinadas.

Atendido lo que se viene razonando, pretensiones tales como las basadas exclusivamente en intereses morales, religiosos, sociales, las encaminadas a sustituir decisiones de la administración que no importan afectación de los derechos de las personas, no constituyen pretensiones procesables o pertinentes a esta acción cautelar de carácter constitucional puesto que su naturaleza es de otra índole.

- 5º) Que desde esta perspectiva, las pretensiones de que esta Corte deje sin efecto el instructivo sobre la materia o que se obligue a la autoridad a entregar el anticonceptivo con autorización de los padres sostenidas a fs. 49 y 72 habrán de ser rechazadas porque no guardan relación con un acto arbitrario y o ilegal y, además, con alguna afectación a los derechos constitucionales invocados u otros de esta clase, como se explicará.
- 6º) Que en primer lugar no pueden sostenerse dudas en cuanto a que la autoridad de gobierno tiene facultades legales para desarrollar políticas concernientes al control de natalidad, como lo hace desde hace ya largos años. Tampoco es posible pensar en la arbitrariedad, esto es en la carencia de fundamentos, de análisis, en la obcecación y el capricho.

Tales presupuestos de la acción de protección no concurren en la especie.

- 7º) Que en lo que al derecho de libertad de educación se refiere y al deber del Estado de otorgar especial protección a su ejercicio, esta Corte no advierte que se le haya afectado, porque en la expresión que nos preocupa, derecho preferente de los padres, la medida en cuestión no la alcanza porque además de no estar orientada a influir en la adopción de conductas no impide su ejercicio, cual es lo que se encuentra garantido. Los padres, no obstante el acto cuestionado, siempre podrán educar a sus hijos en las cuestiones de la sexualidad y la regulación de la fertilidad de la manera que en su concepto les parezca adecuada, incluso expresamente podrán formarlos para que no recurran en circunstancia alguna a la ingesta del anticonceptivo de emergencia, sin que su afán de contrariar la política gubernamental pueda acarrearles consecuencia negativa alguna, porque importa el ejercicio del derecho constitucional de educar a los hijos. Esto es así porque esta libertad fundamental, precisamente su garantía, está pensada respecto del Estado; para oponerla a todo empeño dirigido a imponer orientaciones excluyentes en la educación.

Además de lo que se acaba de razonar, debe tenerse en consideración que afectar un derecho supone causar un resultado antijurídico que ha de consistir en su cesación o disminución, y esto es un hecho que requiere ser probado. En autos no hay elementos que generen convicción en cuanto a que los padres no podrán educar preferentemente a sus hijos, esto es que la disposición que nos ocupa al menos lo dificultará.

A la conclusión anterior no obstan las normas que regulan las relaciones entre padres e hijos y que han sido invocadas por las recurrentes, porque aun cuando el Derecho es un sistema son atinentes a otra clase de conflicto, y porque en esta acción cautelar de derechos constitucionales, como ya ha sido dicho, lo único que ha de ser tenido en consideración es la eventual afectación a alguno de ellos.

En lo tocante a la libertad de conciencia, esto es a la posibilidad de sostener creencias sin intervención del Estado, no se advierte como podría afectarse tal garantía con una instrucción administrativa atinente a la fertilidad que de ningún modo impone a los menores obligaciones relativas a su contenido.

- 8º) Que esta Corte no comparte con el recurrente Zalaquett que el acto afecte al derecho de propiedad de los padres y al de la corporación de derecho público que preside, porque si bien los padres tienen este derecho no puede ser comprendido dentro del de propiedad porque su naturaleza es de carácter social, y porque la propiedad en cualesquiera de sus formas siempre ha de tener significación patrimonial, carácter que no es predicable respecto del derecho a educar a los hijos. En su carácter de derecho social y preferente, ya ha sido examinado y no se ha constatado vulneración alguna.

La segunda alegación tampoco es aceptable. La corporación no tiene derecho de propiedad sobre la función que desarrolla, simplemente la ejecuta junto a otras que la constitución y las leyes encomiendan a las municipalidades.

- 9º) Que las alegaciones relativas a las garantías de igualdad y a la integridad física y síquica, también serán rechazadas. No se han aportado pruebas en cuanto a que la medida causará daño, lesión o menoscabo corporal. Otro tanto puede decirse de la integridad síquica. En autos se han hechos afirmaciones muy generales a este respecto, mas bien se han citados opiniones que ni siquiera han sido documentadas. En estas condiciones sólo cabe rechazar la alegación.

La alegación de haberse vulnerado la garantía de igualdad ante la ley porque supuestamente se dejarían de aplicar las normas especiales de menores, también será rechazada. Faltar a la garantía de la igualdad significa instalar normas jurídicas con contenido distinto para personas que se encuentren en situaciones análogas. La garantía dice relación con la igualdad ante el Derecho, y las diferencias que importan trasgresión son aquellas que carecen de fundamento racional. En la especie, cuando se actúa de la manera que se cuestiona no se

entregan normas que prevengan un estatuto jurídico que permita dar trato distinto a personas en una misma situación, ni la supuesta falta de aplicación de aquéllas normas de carácter especial que han sido mencionadas pueden importar tal trasgresión.

Esta Corte también tiene presente que el anticonceptivo se vende en farmacias con receta médica, de suerte tal que no es posible identificar razones que justifiquen que no sea proporcionado en el sistema estatal con la intervención de profesionales, el que ciertamente ofrece suficientes garantías de razonabilidad al haberse previsto un coherente conjunto de indicaciones que han de ser observadas al momento de la prescripción.

- 10º) Que todo lo anterior conduce al rechazo de los recursos de protección. Por estas consideraciones, de acuerdo además con lo previsto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema Sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección, se desestima la alegación de inadmisibilidad, y se rechaza el recurso que fuera interpuesto por don Pablo Zalaquett Said, Presidente de la Corporación Municipal de Educación y Salud de la Florida, y los señores Cristián Andrés Lagos Fernández y Jorge Eduardo Catalán Riffo en contra de la Ministra de Salud doña María Soledad Barría Iroume .

Regístrese y archívese.

Redacción del Ministro señor Brito.

Nº 4.693-2006”.

B. FALLO DE LA CORTE SUPREMA Nº 6237-2006 SOBRE LA PÍLDORA DEL DÍA DESPUÉS.

“Santiago, treinta de enero del año dos mil siete.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada y se eliminan todos sus razonamientos, con excepción de sus motivos primero, segundo y tercero.

Y se tiene en su lugar y además presente:

- 1º) Que como este Tribunal ha manifestado en forma reiterada, el recurso de protección de garantías constitucionales establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se

enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o moleste ese ejercicio;

- 2º) Que, según surge de lo expuesto, es requisito indispensable de la acción cautelar de protección la existencia de un acto u omisión ilegal «lo que significa que ha de ser contrario a la ley- o arbitrario -producto del mero capricho de quien incurre en él-, y que provoque alguna de las situaciones que se han indicado afectando una o más de las garantías constitucionales protegidas. Esto es, son variadas las exigencias que deben rodear la presentación y motivar el acogimiento de una acción de la naturaleza indicada;
- 3º) Que, en la especie, se ha solicitado amparo constitucional por la presente vía por don Pablo Antonio Zalaquett Said, a fojas 1; y por don Cristián Andrés Lagos Fernández y don Jorge Eduardo Catalán Riffo, a fojas 67 -individualizados en la parte expositiva del fallo que se revisa-, siendo ambas presentaciones acumuladas por resolución de la Corte de Apelaciones de esta ciudad, según se lee a fojas 85.

El primero comparece en calidad de Presidente de la Corporación Municipal de Educación y Salud de La Florida; y los otros, como padres de la menor que cada uno de ellos individualiza;

- 4º) Que en la acción del Sr. Zalaquett se impugnan dos actos de la autoridad recurrida, primeramente las declaraciones vertidas en la prensa por esta última en términos que informó que la denominada «píldora del día después» estará disponible en el sistema público y municipal para todas las personas que lo requieran; y luego, el documento dictado por el Ministerio de Salud denominado «Normas Técnicas y Guías Clínicas sobre Regulación de la Fertilidad»; y en definitiva se pide que se ordene dejar sin efecto el mencionado instructivo;
- 5º) Que por su parte, los Sres. Lagos y Catalán impugnan la decisión gubernamental -a través de la señora Ministro de Salud- de haber autorizado «por la simple vía de decreto» la entrega del anticonceptivo de emergencia POSTINOR también conocido como «la píldora del día después» a menores de edad desde los 14 años. Solicitan por la presente acción constitucional que se ordene dejar sin efecto la referida medida y que se obligue a la autoridad a entregar dicho anticonceptivo sólo con la autorización o conocimiento de los padres o tutores de los respectivos menores;
- 6º) Que de lo expuesto resulta que todos los actores impugnan por la vía del recurso de protección la Resolución Exenta N°584 (Ministerio de Salud) de fecha 1 de septiembre de 2006 que aprueba Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, que al decir de la señora Ministro de Salud, al informar, «son las únicas normas técnicas vigentes en el Ministerio de Salud, que dicen relación con la regulación de la fertilidad»;

- 7º) Que, sin embargo, del mérito de la fotocopia autorizada de la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional de Chile, que se lee a fojas 486, se puede constatar que con fecha 11 de enero de 2007 se acogió el requerimiento formulado por 31 señores diputados y, en consecuencia, se declaró que la Resolución Exenta N°584 del Ministerio de Salud, de 1 de septiembre de 2006, es inconstitucional;
- 8º) Que dichos sentenciadores -en lo que interesa- concluyen en el razonamiento trigésimo tercero que la reseñada Resolución Exenta N°584, «... en realidad, reúne los elementos configurativos de un decreto supremo reglamentario, pero sin cumplir con las exigencias que la Constitución ha previsto para que sea tal.» ;
- 9º) Que el artículo 93 de la Constitución Política de la República prescribe: «Son atribuciones del Tribunal Constitucional» 16º Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquéllos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República...»;
- 10º) Que, por su parte, el artículo 94 inciso tercero del mencionado texto constitucional prescribe «en el caso del N°16 del artículo 93, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el sólo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo»;
- 11º) Que lo anterior necesariamente significa que la Resolución Exenta N°584 del Ministerio de Salud, que se reprocha de ilegal y arbitraria en las dos acciones constitucionales ejercidas por la presente vía, no existe como acto impugnado; y en consecuencia esta Corte Suprema omitirá pronunciarse sobre aquél;
- 12º) Que, por otra parte, en cuanto se impugnó por la presente vía de protección las declaraciones vertidas en la prensa por la autoridad recurrida acerca de esta misma materia, la acción cautelar no puede prosperar pues una mera opinión es insuficiente para configurar al menos una amenaza a las garantías constitucionales que se han estimado amagadas por la autoridad recurrida;
- 13º) Que en razón de lo expuesto, se hace innecesario analizar las garantías constitucionales que se dicen infringidas;

De conformidad asimismo con lo que disponen el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte, sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, **se declara:**

- I.- **Que se omita pronunciamiento** en cuanto los recursos de protección de fojas 1 y 67 impugnan la Resolución Exenta N°584 del Ministerio de Salud, de 1 de septiembre de 2006; y

- II.- Que se confirma, en lo que se refiere a los hechos indicados en el motivo 12º, la sentencia apelada de diez de noviembre de dos mil seis, escrita a fojas 352. Regístrese y devuélvase con todos sus agregados.**

Redacción a cargo del Ministro Sr. Carreño.

Rol N°6.237-2006. Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Sr. Milton Juica, Sr. Hugo Dolmestch, Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry y el abogado integrante Sr. Ricardo Peralta. No firma no obstante haber estado en la vista de los autos y acuerdo del fallo el abogado integrante señor Peralta por estar ausente. Santiago, 25 de enero de 2007.

Autorizado por el Secretario de esta Corte Sr. Carlos Meneses P”.

C. ALGUNOS ASPECTOS CIVILES A CONSIDERAR EN TORNO A LAS SENTENCIAS PRECEDENTES.

Estos fallos se refieren de forma tangencial a uno de los problemas fundamentales del moderno Derecho de Menores, como lo es la capacidad de los adolescentes para realizar actos extrapatrimoniales. Como he venido sosteniendo hace algún tiempo es posible entender que, conforme a la actual normativa que rige el Derecho de menores, se han modificado las disposiciones del CC que regulan la capacidad. A esta concusión es posible arribar en virtud de los siguientes argumentos:

- a) Las normas del CC, a pesar de su antigua data, reconocen una amplia capacidad de los menores adultos, respecto de los derechos de la personalidad o para celebrar actos “*intuitu personae*”. Así por ejemplo los menores adultos pueden reconocer un hijo, otorgar un testamento y podían contraer matrimonio².
- b) Los derechos fundamentales de los menores deben reconocerse como unos derechos especiales en torno a su ejercicio, es decir, en torno a la capacidad, y también en torno a su protección. En este sentido no basta señalar que los adolescentes tienen derechos fundamentales, sino que es necesario distinguir sus principales rasgos³. Indudablemente una consecuencia de ello es la integración de las normas que regulan la capacidad del

² BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *op. Cit.*, Informe en Derecho sobre la capacidad de los menores para recibir la denominada píldora del día después en Revista Chilena de Derecho Privado, n° 7, diciembre del 2006, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, páginas 137 a 139.

³ Vid. HIERRO, Liborio, “*La Intimidad de los Niños: Un Test para el Derecho a la Intimidad*” en Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales, edición de Sauca, J. M., Universidad Carlos III, Madrid, 1994, página 380.

adolescente conforme al principio del ejercicio progresivo de los derechos del menor^{4 5}.

- c) Como se aprecia de la CNUDN, de la LMC y de la LTF los criterios patrimonialistas del CC deben aplicarse e interpretarse conforme al principio del ejercicio progresivo de los derechos del menor, que no es más que la aplicación del principio del interés superior del menor. En el ámbito personal de actuación de los adolescentes, en materias como cambio de sexo, transfusión de sangre, cambio de nombre y donación no opera la representación legal de los padres. Así, la capacidad del adolescente para realizar estos actos -sin mediar representación alguna- debe ser general; pero ello no quiere decir que los padres o los funcionarios de salud, en los casos en que se estime que el adolescente está incapacitado por algún motivo o corra algún peligro, no deban recurrir a los tribunales de justicia; es más ellos, en la situación precedente, tienen el deber de hacerlo.
- d) La exigencia de una norma habilitante para que el adolescente pueda actuar personalmente en cuanto a los derechos extrapatrimoniales provienen de una forma de entender el Derecho de menores, que es incompatible con nuestra actual legislación. Ello se desprende de las normas, tanto del CC, como instrumentos internacionales, que establecen al principio del interés del menor como principio rector de la actuación tanto de los padres, y los hijos, como la administración del Estado.
- e) El principio del ejercicio progresivo de los derechos del menor no es extraño al Derecho chileno por cuanto no ha sido reconocido en los tratados internacionales suscritos por

⁴ BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *op. Cit.*, Informe en Derecho sobre la capacidad de los menores para recibir la denominada píldora del día después en Revista de Chilena de Derecho Privado, n° 7, diciembre del 2006, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, páginas 139 a 152 y “La Capacidad Extrapatrimonial del Menor” en La Semana Jurídica, Año 7, N° 356, Semana del 03 al 09 de septiembre del 2007, Lexis Nexis, páginas 6 y 7.

⁵ *Vid.* VERHELLEN considera que el Derecho de Menores, durante las décadas de los años setenta y ochenta, cambió en forma dramática. Así, el Derecho de Menores varió desde una concepción que consideraba al menor como objeto de protección a otra que lo entiende como un sujeto con plenitud de derechos. De esta forma el referido autor señala: “*However, a gradual change can be perceived during the 1970’s and 80’s. The child’s condition of “not yet”, the condition of “object”, was seriously challenged by representatives of different sectors and levels acting for a variety of motives. Their main and principle demand was that children should be considered as subjects, as full-fledged “human being”. They argued that children must be considered as having all human rights and regarded as capable of exercising these rights independently* (Sin embargo, un cambio gradual puede ser apreciado durante los años sesenta y ochenta. El estado de los menores de “no todavía”, la concepción de “objeto”, fue profundamente modificada por los representantes de diversos sectores y niveles motivados por diversas causas. Su principal y fundamental demanda fue que los menores debían ser considerados como sujeto, como “ser humano”. El argumento que los menores deben ser considerados como poseedores de todos los derechos humanos y considerados como capaces de ejercer aquellos derechos sin dependencia alguna), (traducción del autor). Además, de acuerdo a VERHELLEN la demostración del cambio en la técnica legislativa, que considera al menor como sujeto, se puede apreciar en la utilización de la expresión “el menor tiene derecho a...”, (*the rights to...*). *Vid.* VERHELLEN, Eugene, “*European Instruments to Implement Children’s Rights*”, Unpublished Manuscript, 1996, University Gent, Bélgica.

Chile, como el artículo 5 de la CNUDN, que establece que los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los familiares o de la comunidad, según establezca la costumbre local. Además, agrega que dicha autoridad debe ser ejercida en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la CNUDN. También se puede considerar la influencia de este principio a través del recurrente uso de la palabra “promover”, que utiliza la CNUDN al referirse a los derechos de los menores. Asimismo, la importancia de este principio se desprende del deber de constante control, que la CNUDN exige a los Estados Partes, y especialmente en lo establecido en sus artículos 42 a 45⁶. La determinación de la amplitud de las condiciones de madurez, como criterio determinante de la capacidad del menor, en materia de derechos de la personalidad es una de las discusiones medulares del actual Derecho de menores. A las condiciones de madurez se refiere el preámbulo de la CNUDN que establece que “[t]eniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, <<el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento>>”. A la madurez, también se refiere explícitamente el artículo 12 de la CNUDN al establecer que “1. [l]os Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. *Con tal fin, se dará oportunidad al niño de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.*

Este principio también se desprende de la protección de la dignidad humana, que consagra el artículo 1.1° de la CPE. Uno de los principios que ha llenado de contenido la dignidad humana, respecto de los menores es el principio del interés superior del menor, que se ha acogido tímidamente en el CC a raíz de la Ley de Filiación. La preocupación fundamental de los padres, conforme al artículo 222.2° del CC, debe ser el interés superior del niño, niña o adolescente. En este sentido, los padres, en los aspectos personales de la relación de filiación, deben guiarse por el principio del interés superior del menor [esta norma esta ubicada en el Título IX del Libro I del CC que se refiere a los deberes y facultades que se desprenden de la filiación]. El ámbito específico de aplicación del artículo 222 del CC corresponde a dos áreas bien precisas. Por una parte, la realización espiritual y material del hijo y por la otra, su formación como persona, como individuo de la especie humana,

⁶ BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *op. Cit.*, Informe en Derecho sobre la capacidad de los menores para recibir la denominada píldora del día después en Revista de Chilena de Derecho Privado, n° 7, diciembre del 2006, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, página 143.

que ejerce derechos esenciales, que emanan de su propia naturaleza, y para cuyo efecto, los padres deben guiarlos *conforme a la evolución de las facultades* de los hijos. Por ello toda guía incoherente, es decir, que no esté conforme con la evolución de las facultades físicas, sexuales, intelectuales o simplemente cognitivas del hijo, constituye un incumplimiento del deber fundamental asignado por la ley a los padres⁷. El art. 234.2° del CC consagra un deber de resguardo para el juez, oponible a cualquiera que pudiere menoscabar al menor. A su vez, el criterio fundamental será el bienestar del hijo, conforme al cual los padres podrán solicitar al juez que determine lo más conveniente para su vida futura. El art. 242.2° del CC exige al Juez resolver de acuerdo al principio del interés superior del menor, disponiendo que *“en todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.”* La madurez del menor también es un criterio a tomar en consideración en torno a su interés superior. Así, los criterios que determinan las categorías de infancia, pubertad y menor adultez se modificaron en las Reformas recientes. La LMC ya no atiende a la pubertad, como criterio para establecer los impedimentos dirimientes absolutos, sino que establece un impedimento o prohibición para contraer matrimonio respecto de los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años (artículos 105 a 116 del CC). Al interés del menor también se refieren los artículos 245 del CC, a raíz de la patria potestad, y 225 del CC en cuanto al cuidado personal. Por otra parte, el artículo 15 de la LTF se refieren expresamente al interés superior del menor.

- f) En la legislación civil chilena actual cabe hacer las siguientes distinciones en materia de capacidad:
- i) En materia patrimonial se distinguen las siguientes edades: (i) Infante o niño son los menores de siete años o infantes (artículo 26 del CC). (ii) Los simplemente *impúberes*, es decir, los menores mayores de siete y que no han cumplido doce o catorce años, según si sean mujer o hombre, respectivamente (artículo 26 del CC). (iii) Los menores adultos son los mayores de doce y catorce años, según si sean mujer o hombre respectivamente, y menores de dieciocho años (artículo 26 del CC).

⁷ En este sentido también los artículos 3.1°, 27.2°, 54.1°, n° 5 y 6, 74.3° y 85.2° de la LMC consagran este principio. Así el convenio regulador del divorcio o la separación, conforme al artículo 27.2° de la LMC, *“será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21. Se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos...”*. Vid. BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *“El Convenio Regulador en el Derecho Español y el Proyecto de Ley de Matrimonio Civil Chileno”*, Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca, Facultad de Derecho, año 8, n° 2, Santiago de Chile, 2002, página 473 a 478. A su vez, con relación a la mediación, el artículo 74.3° de la LMC se refiere al interés de los hijos. Por último, el derecho a ser oído por parte del menor está expresamente consagrado en el artículo 85.2° de la LMC, en la medida que el menor *“...esté en condiciones de formarse un juicio propio (...) en función de su edad y madurez, al resolver todos los asuntos relacionados con su persona o sus bienes.”*

- ii) En materia extrapatrimonial. Son incapaces los menores de dieciocho años, pero haciendo las siguientes distinciones: (i) Los menores de catorce años se consideran como niños (artículo 16.3º de la LTF). (ii) Los adolescentes, son hombres y mujeres mayores de catorce años. Estos últimos, por regla general, deben considerarse como capaces para poder ejercer directamente sus derechos fundamentales, salvo que el interés superior del menor lleve al juez a restringir su capacidad. Ello es evidente desde que, en la mayoría de los casos, los derechos fundamentales no admiten la representación.