

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
CHILE



**“AUTORIDAD PATERNA, EN PARTICULAR EL
DERECHO-DEBER DE CUIDADO SOBRE EL
MENOR”.**

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

Profesor guía: Sr. Carlos Álvarez Cid.

ENRIQUE ANDRES COSSIO VASQUEZ.

2008

INTRODUCCIÓN

Desde antiguo la familia ha sido parte fundamental dentro de la estructura social de cada cultura. Es por ello que cada cambio social se ve reflejado tanto en la conformación de la familia, como en el rol que cumple cada uno de sus miembros. Desde esta perspectiva, no resulta extraño que la legislación referente a este tema vaya en constante movimiento.

Ya en el nombre de la institución vemos diferencias, que son, en principio semánticas, pero que devienen en un contenido valórico distinto. Así en Roma surge la noción de Patria Potestad como un Derecho absoluto del padre sobre los miembros del grupo familiar (inclusive, con el derecho de privar de la libertad y la vida de sus hijos, en ciertas circunstancias). Luego, bajo la influencia cristiana, la antigua “potestas” romana devino en el concepto de “auctoritas”, reflejando que se trata más que de una facultad del padre, de un poder sujeto al Derecho y orientado al bien del destinatario, Todo ello dentro del campo de la moralidad, puesto que la regulación y protección jurídica, propiamente tal, ha venido con el tiempo.

De esta manera ha ido evolucionando y disminuyendo este poder absoluto, aunque sin desaparecer, porque aún siguen existiendo sociedades profundamente patriarcales. Así, en principio, la regla consistía en que el padre tenía derecho a la custodia de los hijos, salvo que se probara que era incapaz de tenerla, ello amparado en la creencia que para criar y mantener a los hijos en orden y obediencia era necesario dejarlos bajo el cuidado legal del padre, hasta la mayoría de edad, ya que la madre carecía y no le era reconocido poder alguno sobre los hijos, y sólo debía ser objeto de reverencia y respeto, es decir, era una figura decorativa.

Paulatinamente se presentó un proceso de flexibilidad en la Ley y/o en la práctica de la Ley, que permitía considerar a la madre como capaz de criar a los hijos cuando estos fueran menores de siete años (en general). Después de 1900, es cuando progresivamente se comienza a presentar un cambio en la legislación y en los criterios de su aplicación, que consistió en reconocer y regular la custodia de los hijos con preferencia hacia las madres con la misma fuerza que durante tantos años se concedió a los padres.

Lo mismo ha ocurrido en nuestro país, al respecto, don Enrique Barros Bourie señala: “A este respecto el derecho chileno conoce una larga evolución hacia un creciente e incontrarrestable predominio de la mujer ante tal situación de crisis. El Código Civil de 1855 otorgaba a la madre el cuidado de los hijos menores de cinco años e hijas mayores de esa edad y al padre, el cuidado de los mayores de cinco años. La Ley 10.271 de 1952

extendió hasta los catorce años la edad en que la madre cuida a los hijos de cualquier sexo; luego de esa edad la tuición de hijos varones pasaba al padre. La Ley 18.802 de 1989 extendió a la madre el cuidado de todos los hijos menores, cualquiera sea su sexo, salvo el caso extremo que por la depravación de la madre sea de temer que los hijos se perviertan.”.

Ahora, con la entrada en vigencia de la Ley 19.585, y de la Ley 19.968, podemos sostener que se ha avanzado de manera sustantiva en materia de Derecho de Familia, pero creemos que todavía falta, ya en cuestiones sustantivas, como en cuestiones procesales, particularmente, en la forma en que los jueces entienden y aplican determinadas normas.

De ahí que el orden en que se expone el presente trabajo no es para nada antojadizo, sino que responde a una necesidad conceptual, tratando en su Capítulo I a “La Autoridad Paterna”, en el cual se hace un estudio pormenorizado y expositivo de los derechos y obligaciones entre padres e hijos, tanto extrapatrimoniales como patrimoniales, ello, obedeciendo a nuestra visión de que es necesario un tratamiento conjunto de los diversos efectos de la filiación, y no hacer una distinción que no se justifica, ya que en la actualidad, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 19.585, todos los hijos gozan de los mismos derechos, la única diferencia que existe entre ellos deriva de una cuestión fáctica, cual es que su filiación sea matrimonial o extramatrimonial, distinción que, creemos, no es suficiente para mantener dos estatutos jurídicos diferenciados, no sólo en cuanto a la forma, sino que también en el fondo, por cuanto, en general, podemos observar que en materia de efectos personales de la filiación, hay un claro favorecimiento a las pretensiones de la madre por sobre las del padre, básicamente en lo que al cuidado personal del menor corresponde, en cambio, respecto de los efectos patrimoniales de la filiación, particularmente en materia de patria potestad, existe una norma de atribución preferente al padre, en caso de que los padres vivan juntos, la cual también reviste un retraso, puesto, como veremos, la norma en derecho comparado es que la administración de los bienes del hijo menor, corresponda a ambos padres, existiendo, eso sí, mecanismos para resolver los problemas que su aplicación puede acarrear, sea presumiendo la voluntad del otro padre o bien resolviendo el juez las diferencias que se planteen.

Así, el esquema que presentamos expone de manera sistemática los derechos y deberes entre padres e hijos, primero los efectos personales de la filiación, poniendo de manifiesto que se trata de derechos-deberes, más que potestades unilaterales, de funciones que deben ejercerse a favor, particularmente de los menores, como son el deber de cuidado personal del menor, la relación directa y regular del padre que no tiene el cuidado personal con el menor, y especialmente, desarrollamos una noción que sostienen ciertos autores, que señalan que la Ley establece un deber general de los padres hacia los hijos, anterior a los demás y que les sirve de fundamento, cual es el “cuidado personal de la crianza y educación”. Creemos que es importante entender de esta manera la regulación en esta materia, (de la misma manera que se hace en derecho comparado, por ejemplo en