

**BARCIA LEHMANN, RODRIGO (2011). *Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia*, Santiago de Chile, Puntolex Thomson Reuters, 572 pp.**

La obra que paso a comentar comprende la Introducción y Bibliografía de rigor y ocho capítulos; estos últimos son: “*El Moderno Derecho de Familia y de la Infancia y de la Adolescencia*”; “*El Derecho Matrimonial*”; “*Algunas Figuras de Derecho Procesal Civil*”; “*Derecho de la Infancia y Adolescencia*”; “*Estado Civil*”; “*La Protección de los Incapaces*”; “*Derecho o Deber de Alimentos*”; y “*Violencia Intrafamiliar*” y presenta muchas virtudes, algunas de la cuales paso a exponer.

En primer lugar, constituye un trabajo referido al Derecho de Familia de carácter exhaustivo. Rodrigo Barcia, utilizando una sistemática original en el contexto nacional al incluir el tratamiento de algunas figuras de Derecho Procesal Civil; la protección de los incapaces; la violencia intrafamiliar; y, especialmente, el Derecho de la Infancia –punto al que me referiré enseguida–, aborda las cuestiones relativas a esta rama del Derecho supliendo un vacío bibliográfico ostensible en nuestra doctrina. En efecto, la obra no es un manual de Derecho de Familia ni tampoco un Tratado referido al mismo. Se trata de un libro dirigido a operadores del Derecho –especialmente a jueces, tal cual lo señala Barcia en la Introducción– que encontrarán en estas páginas un trabajo que va más allá de la descripción acrítica de la norma –que suele caracterizar a los manuales–, pero que no presenta la complejidad de abordar una obra monumental.

Así, el autor ha advertido los principales nudos críticos de la legislación de familia y su evolución jurisprudencial y doctrinal, entregando, en diversos aspectos, su particular visión sobre ellos. Vale la pena relevar la opinión de Rodrigo Barcia con respecto a que el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado válidamente en el extranjero podría dar lugar a una forma de unión no matrimonial o de convivencia con efectos civiles en Chile (página 87); o en cuanto a que la separación judicial no constituye estado civil (página 107); o, por último, en cuanto a que por el convenio regulador son los propios cónyuges quienes disuelven el matrimonio de mutuo acuerdo (página 305), siendo dicho acuerdo un negocio jurídico en concepción del autor (página 312).

Y es que el propio título de la obra ya advierte su originalidad. No existe en nuestro medio ningún autor que haya emprendido la difícil tarea de abordar el Derecho de Familia de la mano con otro Derecho que le está profundamente emparentado: el Derecho de la Infancia y de la Adolescencia, de raigambre íntima, a su vez, en el Derecho Internacional. Esta empresa presenta el desafío de tratar las instituciones internas desde la perspectiva de los Tratados Internacionales, de su control de conven-

cionalidad y del análisis de la jurisprudencia, cada vez más profusa, de los órganos jurisdiccionales llamados a aplicar dichos instrumentos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, recurso que Barcia ha utilizado en diversas problemáticas a lo largo de esta y otras de sus obras.

Y es que la familia está vinculada con la infancia pues es en esta unidad social –la familia, sea cual sea su origen, constitución y conformación– donde, general y deseablemente, se desarrollan los niños, niñas y adolescentes. Resulta curioso que una cuestión tan obvia intuitivamente no haya sido abordada dogmáticamente con anterioridad por nuestra doctrina, aunque sí, debe reconocerse, nuestros tribunales con competencia en materia de familia –especialmente, los juzgados de familia– se han aproximado constantemente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicando e interpretando diversos instrumentos internacionales.

Sobre este punto, cabe señalar que algunos de los aspectos legislativos e institucionales pendientes en el ámbito de la infancia son, sin duda: la derogación de la Ley de Menores; la urgente creación de una ley de protección integral de la infancia y de la adolescencia; la implementación de la figura del defensor de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; y la separación orgánica de los aspectos protectores y penales relacionados con los mismos y que hoy son abordados por un mismo servicio, cual es SENAME. Todas estas falencias han sido reprochadas por organismos internacionales al Estado chileno en repetidas ocasiones.

Sin duda, una de las mayores virtudes de este libro es el particular doble abordaje del Derecho de Familia. En primer lugar, como ya señalé, el autor vincula esta rama del Derecho con los instrumentos internacionales de Derechos Humanos pertinentes. Y, en segundo lugar, si bien señala clara y expresamente que el Derecho de Familia es Derecho Civil, reconoce –exactamente en su página 11– que el Derecho de Familia, por un lado, se estructura como un Derecho extrapatrimonial, alejado del Derecho Civil netamente patrimonial, y que, por otro, está fuertemente influenciado por el Derecho constitucional.

En este orden de ideas, algunas de las materias del Derecho de Familia en que el autor confronta ciertos caracteres patrimoniales y extrapatrimoniales atribuibles a las mismas, son la nulidad matrimonial (página 260) y la responsabilidad civil (páginas 97 y 98). En esta última se advierten dos cuestiones importantes de las palabras del autor: el rechazo a la indemnización de los daños como regla general y su inclinación por defender su procedencia solo en razón de vulneración de derechos fundamentales, por un lado, y, por otro, que es partidario de que el estatuto regulatorio de los daños en materia de Derecho matrimonial sea el extra-

contractual y no el contractual (porque se entiende que el matrimonio da lugar a un estatuto legal más que a un contrato).

Sobre esta particularidad del Derecho de Familia, deseo señalar que en los últimos años ha vuelto a cobrar importancia el debate generado hace décadas acerca de la autonomía del Derecho de Familia respecto del Derecho Civil y, consecuentemente, el dilema planteado por Cicu y Ruggiero en cuanto a si el Derecho de Familia es Derecho Público o Derecho Privado; ejemplo de esta evolución es la codificación separada que de esta rama se ha hecho en algunos países de la región. Pues bien, uno de los argumentos clásicos para sostener que el Derecho de Familia no es Derecho Privado es que el primero se caracteriza por una restricción de la autonomía de la voluntad, a lo cual deberíamos, siguiendo a Barcia, replicar que la tendencia moderna es reconocer cada vez un mayor ámbito de disposición a las personas en cuestiones relativas a su estado y posición en la familia, tales como el divorcio de común acuerdo –bilateral, como lo llama el autor– o ciertas convenciones en materia de efectos de la filiación, contraargumento que serviría, entonces, para acercar el Derecho de Familia al Derecho Privado.

Pues bien, en la línea de los méritos, cabe destacar también que el autor cita y/o comenta jurisprudencia relevante en los aspectos más problemáticos del Derecho de Familia y de la Infancia. Así, destaca el uso de este recurso en cuestiones tales como el concepto de familia, indemnización de daños en materia de familia, sociedad conyugal, compensación económica, cuidado personal y salida de menores de edad al extranjero, entre otras.

Debe celebrarse, asimismo, el tratamiento sintético, dinámico y crítico de la nulidad matrimonial, de los bienes familiares, de la evaluación de la Ley de Filiación (páginas 397 y 398) y de los reconocimientos de paternidad de complacencia (en notas al pie 778 y página 410). Sobre estos aspectos no puedo dejar de mencionar tan solo algunas ideas en relación a los bienes familiares y a los reconocimientos por complacencia.

En materia de bienes familiares, el autor sostiene la tesis de la aplicación restrictiva de esta institución por considerar su declaración como vulneradora de los principios más básicos del Derecho Civil, tales como la autonomía de la voluntad y el derecho de la propiedad (página 235). Al respecto, debo reconocer que, conforme a la actual regulación, estas garantías no están suficientemente salvaguardadas, fundamentalmente, por la afectación de estos bienes mediante su declaración provisoria; sin embargo, acertadamente a mi juicio, la Ley 19.935 –cuerpo que introdujo los bienes familiares a nuestro ordenamiento– tenía acertadas aspiraciones de generalidad de esta figura al hacerla transversal a cualquier régimen patrimonial del matrimonio. Modificaciones legales que se encuentran pendientes harían realidad ese deseo del legislador del año 1994 y corre-

girían estos defectos que vulneran la seguridad jurídica y la protección a terceros. Por último, coincido con el autor en la posibilidad de que, cumpliéndose con los requisitos exigidos en el Libro I del CC, los bienes familiares sean un contenido del convenio regulador; de hecho, así lo eran en la etapa inicial de la tramitación de nuestra Ley de Matrimonio Civil.

En cuanto a los reconocimientos por complacencia, no puedo sino mencionar aquí que el legislador, al intentar fomentar la voluntad como fuente indirecta de determinación de la filiación, se hizo acreedor de una deuda de adecuación de la legislación interna frente al derecho a la intimidad de la madre y del hijo y al interés superior del niño, deuda que deberá ser saldada por una decisión tan compleja como inevitable actualmente de combinación y equilibrio de estos principios y protección de derechos fundamentales de la madre y del hijo, tal cual lo han hecho legislaciones comparadas que, en efecto, comenta Barcia.

Estas dos últimas cuestiones –bienes familiares y reconocimientos de complacencia– han sido objeto de proyectos de ley en los últimos años pero, lamentablemente, ellos no han prosperado.

Algunos comentarios al capítulo referido al Derecho de la Infancia y de la Adolescencia, en el cual el autor presenta argumentos novedosos, muchos de los cuales comparto plenamente.

En primer lugar, al mencionar los principios de este Derecho –que sin duda lo son también del Derecho de Familia, dada la conexión que entre estas dos ramas existe y que antes he referido– realiza una enumeración muy interesante, integradora y original. Menciona el interés superior del niño, niña y adolescente; luego, este mismo principio pero como una manifestación de la protección del niño; posteriormente, enuncia el interés superior como ejercicio progresivo de los derechos del niño, niña y adolescente; señala también la corresponsabilidad de los padres; se refiere a la intervención mínima del Estado; a la igualdad de los padres y de los hijos entre sí; y, por último, a la unidad de la familia.

En cuanto a los dos primeros, de la lectura de esta obra se desprende fácilmente que para Barcia esta directriz “cumple una función hermenéutica dentro de los márgenes del propio derecho de la infancia/adolescencia en cuanto permite interpretar sistemáticamente sus disposiciones, reconociendo el carácter integral de los derechos del niño”<sup>1</sup>. En efecto, este principio es permanente e insistentemente recurso argumentativo del autor a lo largo de la obra. Al respecto, deduzco que si bien no ha enunciado el

---

<sup>1</sup> CILLERO BRUÑOL, Miguel (1999). “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. *Justicia y Derechos del Niño*, N° 1, 1999, p. 57.

derecho del niño a ser oído (en la página 371) de forma separada, el autor –indefectiblemente– debe entenderlo comprendido en el interés superior.

Por otro lado, en cuanto al ejercicio progresivo de los derechos, en trabajos anteriores<sup>2</sup> el autor había abordado ya –también innovando dentro de la doctrina civilista con un particular sello integrador– la capacidad progresiva del adolescente y la necesidad de revisión de ciertas normas referidas a la autonomía del menor de edad frente a la nueva nomenclatura introducida por la Ley de Tribunales de Familia, esto es, “niño, niña y adolescente”. Así, entonces, el autor deja entrever la aplicación de este concepto de autonomía progresiva no solo en este Capítulo sino también en materia de asenso matrimonial al señalar, rechazando la posibilidad de que este se revoque una vez extendido, que: “(...) una vez dado el asenso la capacidad del adolescente debe ser respetada, ya que no se trata de un acto patrimonial esencialmente revocable, sino de un acto extrapatrimonial, los que por regla general son irrevocables” (página 73). En este aspecto, no puedo dejar de mencionar que el Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer ha observado al Estado chileno la necesidad de elevar la edad mínima para contraer matrimonio a los 18 años para adecuarla al artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, al párrafo 2 del artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y a la Recomendación General 21 relativa a la igualdad en el matrimonio y las relaciones familiares<sup>3</sup>, haciendo más exigente el consentimiento matrimonial, de forma de equilibrarlo con la plena capacidad patrimonial.

Finalmente, en materia de principios, desarrolla la corresponsabilidad de los padres, la que, a mi juicio, alcanza su mayor expresión en la obra en materia de efectos de la filiación y, en especial, en cuanto al innovador elenco de facultades y deberes del padre o madre que no ejerce el cuidado personal que realiza Barcia. Se detiene también en el principio de la intervención mínima del Estado, hilo conductor de toda la obra, sea en cuestiones patrimoniales como extrapatrimoniales y que concretiza, a mi juicio, la idea de que el Estado no debe imponer un modelo de familia sino más bien asegurar neutralidad en la implementación de políticas públicas referidas a la familia; la igualdad de los padres –que se aborda también transversalmente en la obra pero especialmente en los efectos de

---

<sup>2</sup> Me refiero a BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2006). “Sobre la capacidad de los adolescentes para recibir la denominada píldora del día después”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 7, diciembre 2006, pp.137-158.

<sup>3</sup> Ver punto 21 de las OBSERVACIONES FINALES DEL COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER: *Chile, 36º Periodo de sesiones, 7 a 25 de agosto de 2006*. CEDAW/C/CHI/CO/4.

la filiación— así como la igualdad de los hijos entre sí —en lo cual el autor efectúa un análisis menor dado el estado actual de la legislación a partir de la vigencia de la Ley 19.585—; y, por último, se refiere la unidad de la familia que, debo confesar, no me ha quedado suficientemente clara en cuanto a su contenido en el texto (en la página 394)<sup>4</sup>.

A los aspectos que en este Capítulo el autor denuncia como “inadecuados” a este Derecho de “Principios” que es el Derecho de Familia, se agregan otras alertadas también por Barcia a lo largo de su obra, tales como el artículo 228 del CC —que está siendo derogado por el Derecho proyectado que en materia de cuidado personal se discute actualmente<sup>5</sup>— y otras tales —agregaría yo— como la facultad de los padres de solicitar al juez que resuelva sobre la vida futura del hijo contenida en el artículo 234 inciso segundo del CC, de oscura redacción y claramente apegada a la por décadas ya superada doctrina de la situación irregular del menor, solo por mencionar un ejemplo que el autor no señale expresamente (por ejemplo, en la página 379).

Para terminar, en cuanto a las figuras circunscritas a los efectos de la filiación, debo poner de relieve el tratamiento crítico que Barcia efectúa del cuidado personal de los hijos. En efecto, destaca la opinión del autor en cuanto a que los acuerdos de los padres en relación al cuidado personal compartido deben ser aprobados judicialmente (página 475). Por otra parte, resulta particularmente útil la detección que realiza de la evolución jurisprudencial de la aplicación del artículo 225 inciso tercero del CC y, en particular, la tendencia a interpretar las frases que dicho inciso contiene (“*cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada*”), tendencia jurisprudencial que hace prevalecer el *favor filii* como criterio rector y no la inhabilidad de la madre en términos del artículo 42 de la Ley de Menores en relación al artículo 226 del CC (páginas 477 y siguientes). Asimismo, como ya adelanté, Barcia innova en términos de sistematización al distinguir entre: a) deberes y facultades del padre que ejerce el cuidado personal; b) deberes y facultades que corresponden al padre o madre que no ejerce dicho cuidado (esto es, la relación directa y regular y el deber-facultad de vigilancia y control); y c) los deberes y facultades conjuntos, es decir, independientes de la asignación del cuidado personal (páginas 487 y siguientes).

Existen errores de referencia y de carácter formal que, seguramente, se explican por el carácter exhaustivo de la obra antes aludido y que pueden corregirse en ediciones posteriores.

<sup>4</sup> No obstante lo cual, personalmente, lo asumo como un principio sinónimo de la no separación de hermanos y/o del rechazo *a priori* a la separación del niño de su ambiente familiar en circunstancias de diversa índole, civiles y penales.

<sup>5</sup> Me refiero al Proyecto de Ley contenido en el Boletín 7007-18, que se encuentra en el Senado en segundo trámite constitucional.

En suma, solo me resta felicitar al profesor Barcia por esta nueva obra que, sin duda, será un aporte para la doctrina chilena, para las aulas en que se enseña Derecho, para jueces y juezas de familia y, en general, para abogados y abogadas, e instituciones de defensa y promoción de los derechos de la infancia y de la adolescencia.

## BIBLIOGRAFÍA

- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2006). “Sobre la capacidad de los adolescentes para recibir la denominada píldora del día después”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 7, diciembre 2006, pp.137-158.
- CILLERO BRUÑOL, Miguel (1999). “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. *Justicia y Derechos del Niño*, N° 1, 1999.
- Observaciones Finales Del Comité Para La Eliminación De La Discriminación Contra La Mujer: *Chile, 36º Periodo de sesiones, 7 a 25 de agosto de 2006*. CEDAW/C/CHI/CO/4.

FABIOLA LATHROP GÓMEZ\*

---

\* Abogada, licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctora en Derecho, Universidad de Salamanca (ESPAÑA); Investigadora de la Escuela de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Profesora de Derecho Civil de la misma Facultad. Correo electrónico: flathrop@derecho.uchile.cl