

EL ARRAIGO EN LA LEGISLACIÓN DE MENORES

Mónica Jottar Nasrallah

Profesora de Derecho Civil

I. IMPORTANCIA:

La importancia que reviste el arraigo, como medida de protección de los menores, es enorme. Además está recordar los innumerables casos de padre o madre que han perdido todo contacto con sus hijos, encontrándose éstos últimos en territorio extranjero, ya sea por salidas clandestinas del territorio de Chile, por uso de pasaportes falsos, o bien porque han salido *del país autorizados por su padre o madre, en compañía del otro progenitor*, por un plazo determinado y no han regresado más, configurándose una retención ilícita del menor en país extranjero.

Si bien es cierto nuestro ordenamiento jurídico, y concretamente la Convención sobre Secuestro Internacional de Menores, franquea los mecanismos legales para localizar al menor y *obtener su pronto regreso al país de origen*, no es menos cierto que, una vez que se logra este objetivo, no existen garantías legales para evitar que estas situaciones se repitan en el futuro.

De esta forma el arraigo se presenta, en la legislación de menores, como la única vía para asegurar la permanencia del menor en el territorio nacional, y así permitir a los padres ejercer libremente los derechos de tuición y visitas que eventualmente le correspondan.

II. CONSAGRACIÓN LEGAL:

En la legislación de menores no existe norma legal que faculte a los jueces para decretar medidas de arraigo respecto de un menor de edad. Muy por el contrario, es nuestra propia Carta Fundamental la que consagra como garantía constitucional el Derecho a la Libertad Personal, disponiendo en el artículo 19 N° 7 letra a) que toda persona tiene derecho "...a entrar y salir de su territorio..." con lo cual la concesión de una medida de arraigo por parte del Juez de Menores resultaría contraria a la Constitución, y la resolución respectiva podría impugnarse por la vía del Recurso de Amparo. (Artículo 21 Inciso final de la C.P.E.)

En definitiva, nos encontramos frente a los derechos igualmente legítimos, pero que pugnan entre sí: Por un lado, el derecho de todo padre a que un menor permanezca dentro de su país, para ejercer sobre éste todos los derechos que la Constitución y la Ley le confieren (derecho de educación, crianza, visitas, tuición, patria potestad, etc.); y por otro lado, el derecho que asiste a toda persona, incluido los menores de edad, a entrar y salir del territorio de Chile. A la luz de la normativa vigente, existe una clara inclinación por la libertad personal, en desmedro de eventuales derechos que los padres puedan ejercer sobre los menores.

No obstante lo anterior, en doctrina se ha sostenido que si bien los jueces no están facultados para decretar arraigos de menores, existe en nuestra legislación **el arraigo que opera de pleno derecho, y que lo consagra el artículo 49 de la Ley N° 16.618 de Menores bajo las reglas siguientes:**

Regla Primera:

Ningún menor puede salir del país sin la autorización de ambos padres, o de aquél que lo hubiere reconocido en su caso. (Art. 49 Inc. 2 Ley 16.618).

La realidad ha demostrado que esta regla, en la práctica, no da suficiente garantía. En efecto, nada impide que un menor pueda salir del país en compañía de uno de sus padres, autorizado por el otro progenitor en calidad de turista, por un lapso de tiempo determinado, y en definitiva no regresar más, ignorándose no sólo su paradero en territorio extranjero, sino también el estado en que se encuentra.

Regla Segunda:

Ningún menor puede salir del país sin la autorización de aquél a quien se le hubiere confiado la tuición, que puede ser alguno de los padres o un tercero. (Art. 49 Inc. 3 Ley 16,618).

Es posible también que uno de los cónyuges, por regla general la madre, solicite al Tribunal, en un procedimiento voluntario, se le conceda la tuición declarativa de un menor, aplicando el artículo 223 del Código Civil. En estos procedimientos especiales la tuición se concede con la sola presentación de la solicitud, sin notificación de la contraria, y sin necesidad de rendir prueba alguna, toda vez que se trata de declarar judicialmente una situación de hecho consistente en que, en estado de separación de los padres, la madre es titular de la tuición. En estas condiciones, es factible que la madre, haciendo uso de la tuición declarativa concedida judicialmente en el lapso de una semana, aproximadamente, pueda abandonar el territorio del país, junto al menor, burlando los eventuales derechos del padre.

El inciso 4 de la norma legal antes citada dispone que, si se hubieren decretado visitas a favor de alguno de los progenitores, se requerirá el consentimiento de éste para autorizar la salida del país. Sin embargo, en muchos casos el derecho de visitas se ejerce por parte de los padres sin que exista regulación judicial alguna.

En las dos reglas anteriores, tanto en aquella en que el menor sale del país autorizado por ambos padres, como cuando abandona el territorio del país en compañía de aquél que detenta la tuición declarativa, se ha cumplido con la exigencia del arraigo de pleno derecho que menciona el artículo 49 de la Ley de Menores, sin embargo, se ha presentado frecuentemente el problema de retenciones ilícitas.

Es aquí donde cobra real importancia la Convención sobre Secuestro Internacional de Menores, la que permite que, frente a una retención ilícita en país extranjero, el menor pueda ser localizado y restituido a su país de origen, devolviendo al padre o madre que ha sido víctima del secuestro, la posibilidad de ejercer plenamente los derechos sobre el menor que le fueron vulnerados por retención ilícita.

Conviene hacer presente que el procedimiento señalado por el tratado antes aludido, faculta al progenitor víctima del secuestro, a localizar al menor, y en la práctica lo obliga, muchas veces, a trasladarse al país en que el menor ha sido retenido ilícitamente, para hacer más eficaces y ágiles los procedimientos judiciales que se sigan en contra del cónyuge secuestrador. Todo ello demora y cuesta.

Una vez cumplido el objetivo de restituir al menor a su país de origen ¿Quién garantiza que esta situación no se repita? Por ello el llamado "**arraigo del pleno derecho**" que consagra el artículo 49 de la Ley de Menores se torna insuficiente, y la única vía para asegurar la permanencia del menor dentro del país, sería solicitar un arraigo judicial. Sin embargo, sabido es que, ciertos Juzgados de Menores, aún en estas hipótesis, niegan rotundamente la concesión de estas medidas respecto de un menor, por no existir norma legal que faculte restringir una garantía constitucional. ¿En qué forma entonces resguardamos los derechos de tuición, visitas y otros que han sido violados? ¿En qué forma velamos por el Interés Superior del Menor, principio éste último consagrado en la Convención sobre Derechos del Niño, y reiterado en nuestra legislación, concretamente en el artículo 222 del Código Civil?

Ahora bien, las únicas normas legales que aluden al arraigo en la legislación de menores la consagra la Ley 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias. Sin embargo, en esta situación la medida de arraigo no es aplicable al menor, sino al alimentante del mismo, que puede ser su padre, madre, ascendientes, etc.

Creemos que resulta inútil e innecesario que las únicas normas que consagran y recogen esta institución en la legislación de menores, tenga por fin asegurar a la persona del alimentante, impidiéndole salir del país, en circunstancia que la obligación alimenticia se hace efectiva no en la persona, sino en los bienes del alimentante, razón por la cual, resultaría más apropiado el ejercicio de otros derechos que confiere la ley, los que se hacen efectivos en el patrimonio del deudor.

Si queremos hacer efectivo el pago de la obligación alimenticia, más adecuado resulta impedir el desplazamiento, no de la persona del alimentante, sino de sus bienes, mediante la constitución de las garantías reales o personales. **Resulta curioso que nuestro ordenamiento jurídico asegure a la persona del deudor de la obligación alimenticia autorizando**

el arraigo en su contra, cuando lo relevante no es él, sino su patrimonio. Sin embargo, no resguarda suficientemente la permanencia del menor en su país para el ejercicio de los derechos de tuición, visitas, y otros, en circunstancias que lo relevante es su persona.

III. AUTO ACORDADO EN MATERIA DE ARRAIGO:

La única consagración del arraigo como medida aplicable a un menor, la contempla no la ley sino un auto acordado de la Corte Suprema, de fecha 3 de noviembre de 1998, relativo a los Efectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores.

Sabemos ya que por medio de un auto acordado, las cortes dictan normas que tienen por objeto ordenar la tramitación de recursos y de causas en la Corte Suprema y en alzada; y también en primera instancia. No obstante, ningún auto acordado puede exceder la ley, ni menos contravenir una garantía constitucional.

Sin perjuicio de lo anterior, en el numeral cuarto del auto acordado antes aludido se establece el deber de los jueces de menores de decretar en forma inmediata, la orden de arraigo respecto de un menor que ha sido objeto de secuestro internacional.

IV. CONCLUSIONES:

De lo antes expuesto surge, como necesidad imperiosa, legislar sobre el tema, facultando expresamente a los Jueces de Menores para decretar medidas de arraigo cuando el Interés Superior del Menor así lo exija. Un proyecto de ley que apunte a otorgar esta facultad, resulta del todo necesario y urgente.