

UNIVERSIDAD DE CHILE.

Facultad de Derecho.

EL DEBER DE CUIDADO PERSONAL.

“Un análisis de las instituciones, principios y jurisprudencia relacionadas con la entrega del cuidado personal del niño o adolescente”

Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas.

RODOLFO ANTONIO VALDIVIA PAREDES.

Profesor guía: Dra. Maricruz Gómez de la Torre Vargas.

Santiago, Chile.

2007.

DEDICATORIA.

A mis padres Pedro y Zita, por ser mi soporte e inspiración.
A mi por siempre querido cuñado, Kevin Murtagh Alvarado.

AGRADECIMIENTOS.

Especialmente a mi profesora guía, por su gran apoyo jurídico y humano, y por su paciencia.

Familias Lagos-Zamora y Valdivia-Escalona.

Isabel Cano Fuenzalida.

Malú Sierra Merino.

INDICE.

- INTRODUCCION.	7
- CAPITULO I: El niño y sus derechos.	12
1. El derecho de los niños y adolescentes.	12
2. El reconocimiento internacional.	15
2.1 Convención Internacional sobre Derechos del Niño.	16
2.2 Convención de la Haya sobre protección y cooperación internacional en materia de adopción.	26
3. Los principios del derecho de la niñez y adolescencia. Enumeración.	27
3.1 El interés superior del niño. Definición.	27
3.1.1 Hacia la determinación del interés superior del niño. Consideraciones.	28
3.1.2 Cualidades de los niños y adolescentes.	30
3.1.3 La familia ante el <i>favor filii</i> .	30
3.1.4 La determinación en concreto del interés del niño.	31
3.1.5 Los padres en la determinación del interés del niño.	32
3.1.6 Consagración legal del principio en Chile.	33
3.1.7 Determinación del interés superior en abstracto.	34
3.1.8 Determinación definitiva del interés del niño.	36
3.2 El derecho a ser oído.	37
3.2.1 Concepto del “derecho del niño a ser oído” a luz del artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño.	39
3.2.2 Extensión del derecho. Aplicación.	40
3.2.3 Momento en que se puede comenzar a ejercer este derecho.	41
3.2.4 Grado de madurez del niño que permite tomar en cuenta su opinión.	43
3.3 Otros principios relevantes. Principio de no discriminación.	44
3.3.1 Principio de la protección efectiva de los derechos.	45
4. Deberes de los niños y adolescentes.	45
- CAPITULO II: Las relaciones paterno-filiales.	48

1. La filiación.	48
1.1 Determinación.	49
1.2 Importancia de la diferenciación.	51
1.3 Efectos de la filiación.	52
2. La patria potestad.	53
2.1 Reseña.	53
2.2 El contenido patrimonial.	57
3. La autoridad paterna.	63
3.1 Roma.	63
3.2 Desarrollo contemporáneo.	64
3.3 Nueva denominación. Contenido y ejercicio.	67
- CAPITULO III: El deber de cuidado personal.	71
1. Concepto.	71
2. Objeto. La protección del niño, niña o adolescente.	71
3. Formas de ejercicio.	74
3.1 Comentario y crítica a la atribución legal del cuidado personal a la mujer.	77
4. Las causales de inhabilidad.	80
5. Causal genérica.	81
6. La tuición declarativa.	84
7. Efectos civiles del secuestro internacional de menores.	85
8. Cuidado personal compartido.	89
- CAPITULO IV: Normas de procedimiento.	94
1. Los Tribunales de la Familia.	94
2. Aplicación del <i>favor filii</i> y el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído en el procedimiento judicial y en la mediación familia.	98
3. Principios del procedimiento ante los tribunales de familia.	102
4. Procedimiento aplicable a la disputa del deber de cuidado.	103
4.1 Régimen de recursos.	109
- CAPITULO V: Jurisprudencia. Recursos de queja.	112

1. Fallos sobre aplicación de la Convención de la Haya sobre secuestro internacional.	
1.1 rol 546-2001.	112
1.2 rol 804-2001.	118
1.3 rol 1231-2004.	120
1.4 rol 2594-2004.	123
1.5 rol 1004-2005.	126
1.6 rol 4533-2005.	130
2. Fallos sobre ejercicio de deber de cuidado personal.	
2.1 rol 1020-2001.	134
2.2 rol 645-2002.	137
2.3 rol 1193-2004.	139
2.4 rol 1432-2004.	144
2.5 rol 6333-2005.	147
2.6 rol 1228-2006.	150
- CONCLUSIONES.	155
- BIBLIOGRAFIA.	160

INTRODUCCION.

La presente memoria se titula *el deber de cuidado personal*. En ella nos abocaremos al estudio de materias insertas en el Derecho Civil y más específicamente en el Derecho de Familia, la Niñez y Adolescencia.

El deber de cuidado personal es a nuestro parecer una de las materias de mayor trascendencia en el estudio de las relaciones personales entre los padres y los hijos. Sin embargo esta importancia no se ha plasmado debidamente en la enseñanza del derecho, tampoco en los estudios de doctrina, siendo probablemente su área de mayor desarrollo la jurisprudencial. Desde ya desechamos la utilización de los vocablos *tuición, menores y visitas*, las que pertenecen al antiguo derecho de familia, son inexactas, y especialmente la expresión *menores* nos parece discriminatoria.

La importancia de esta materia radica en que nos encontramos ante normas jurídicas que permiten determinar que persona o personas asumirán el cuidado personal de un niño o adolescente, es decir quienes tendrán al hijo en su compañía diaria. Estas normas se encuentran en la actualidad principalmente en el Código Civil y en la nueva ley de Matrimonio Civil. Nuestra experiencia y estudio nos enseña que nos encontramos ante un tema en que concurren distintas consideraciones, de índole social, cultural y de género entre otras, todas las cuales terminan siendo plasmadas a nivel legal. Nuestra visión es crítica respecto de la normativa, más aún teniendo en cuenta la aplicación dada por los tribunales. Vemos que se rompe de manera flagrante la igualdad que debiera existir entre los hombres y las mujeres en esta materia. No pretendemos negar la inclinación natural de apego de las madres hacia sus hijos, debido a la naturaleza de la gestación, pero otra cosa es impedir que los padres de los niños puedan debatir en igualdad de condiciones su idoneidad para velar por el bienestar de sus hijos, vivir con ellos y educarlos de manera constante, pese a existir ruptura de la pareja.

El objetivo que se busca con esta memoria es entregar una visión crítica sobre esta institución jurídica. Para ello, además del estudio concreto de las normas relativas a la materia,

se abarcarán temas relacionados directamente con ella, los que son de relevancia para poder obtener una visión global al finalizar este trabajo.

No se puede pasar por alto que este tema necesariamente se desenvuelve dentro de la organización social básica denominada Familia, la cual nuestra Constitución Política de la República señala como el núcleo fundamental de la sociedad, en su artículo primero. Desde la entrada en vigencia de la nueva ley de Matrimonio Civil, se reconoce tácitamente la existencia de familias no matrimoniales, un tema discutido ampliamente a partir de la norma ya señalada de la Constitución Política. Sin embargo, la ley de Matrimonio Civil nos dice que el matrimonio sigue siendo la base principal de la familia, pero no la única. De esta manera el matrimonio constituiría la situación ideal para la existencia de una familia.

Sin importar si nos encontramos ante una familia matrimonial o no, al existir hijos en la pareja, debemos determinar con quién vivirán. Es sabido que en los casos que la pareja viva junta no habrá intromisión de la ley en sus relaciones personales. Es en los casos de rupturas matrimoniales o de pareja donde se encuentra la problemática relacionada con la determinación del deber de cuidado personal. Muchas veces a partir de la ruptura se inicia un proceso de confrontación personal en la pareja. Esta confrontación lleva aparejada generalmente la intención de obtener el mayor beneficio posible en detrimento de la ex-pareja, detrimento que se expresa tanto en el ámbito patrimonial como personal. En éste último nos centraremos en este estudio y veremos las alternativas que se encuentran en la ley para adjudicar el cuidado personal de los niños.

La determinación del cuidado personal de los niños no es un tema que le corresponda exclusivamente a los padres de los niños, muy por el contrario, especialmente en este tema los niños se encuentran directamente relacionados e interesados, por lo que cualquier decisión no puede ser tomada de espaldas a ellos. Es por esto que nuestro trabajo se inicia con el desarrollo de los derechos de los niños y adolescentes. Se estudiarán los instrumentos internacionales que reconocen los derechos fundamentales de los niños y su trascendencia. Instrumentos que contienen principios y normas de vital importancia como son el interés superior del niño y el derecho a ser oídos, los que serán desarrollados en profundidad.

En el capítulo segundo del trabajo nos abocaremos a la filiación, fuente de la existencia de relaciones personales entre padres e hijos. Se estudiarán sus fuentes históricas hasta la normativa legal vigente. Al mismo tiempo la compararemos con las normas civiles que existían con anterioridad para poder entender la evolución de nuestro ordenamiento jurídico sobre la materia. Se desarrollará someramente la determinación de la filiación, su importancia y efectos, con especial énfasis en las relaciones personales. En este punto nos detendremos para poder explicar la dicotomía existente en Chile sobre la patria potestad y la potestad parental (relaciones personales padres-hijo). Al mismo tiempo se comparará dicha dicotomía con el tratamiento unitario existente en otras legislaciones como la argentina y española.

El tercer capítulo constituye el eje central de este estudio. Nos dedicaremos al derecho-deber de cuidado personal de los hijos. Se definirá conceptualmente la institución, su objeto y naturaleza jurídica. Luego intentaremos abarcar las situaciones en que corresponde determinar la titularidad del cuidado personal, entregando la solución legal de acuerdo con el ordenamiento vigente. En este mismo capítulo serán tratadas tanto las causales específicas como genéricas de pérdida de la titularidad del cuidado personal, junto con presentar nuestras críticas a este sistema. Principalmente veremos como actualmente se rompe la regla de igualdad ante la ley a favor de las mujeres, haciendo extremadamente difícil a un padre obtener el cuidado personal de sus hijos. Además, se verá una materia de creciente importancia como es el cuidado compartido, en el cual es posible que cada padre pueda vivir con el hijo en períodos alternados, para que de esta manera se pueda asegurar su mayor beneficio, junto con permitir a los padres participar de manera activa en la vida de sus hijos y educarlos por igual. Señalaremos desde ya que esta modalidad no es sencilla de aplicar, primero porque se requiere cierta cercanía física de los padres, un buen grado de entendimiento entre ellos y también que el niño ya se encuentre en una etapa de desarrollo en que no requiera los cuidados directos y constantes de su madre, como ocurre en la lactancia. A estos presupuestos debemos agregar la disposición de los abogados litigantes a abandonar el concepto de “ganar” juicios, ya que en esta materia imponer una opinión sobre otra es muchas veces más perjudicial para los niños que beneficiosa, por otro lado también se debe contar con la aquiescencia del juez, el que deberá homologar un acuerdo en este sentido, o proponer esta modalidad para una conciliación.

Dentro del capítulo tercero abordaremos una Convención Internacional que ha ganado creciente importancia. Se trata de la Convención de la Haya sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores. Veremos cual es su ámbito de aplicación y su utilidad, para lo cual se realizará un estudio más detenido de ciertas normas contenidas en ella que han generado distintas interpretaciones en los tribunales de justicia nacionales. La Convención será confrontada con su aplicación en la jurisprudencia que ha desarrollado la Corte Suprema a través de fallos en recursos de queja. Se verán materias debatibles como la determinación del lugar de residencia habitual, la prohibición de debatir sobre el cuidado personal y la concurrencia de causales de oposición al retorno inmediato.

En la presente memoria se encontrarán las normas procesales relacionadas con la materia de estudio. La creación de los tribunales de familia vino a introducir un nuevo enfoque judicial sobre ésta y toda otra materia relacionada con la familia. Al mismo tiempo, nuestro país cumplió así con los compromisos adquiridos a través de instrumentos internacionales. Este nuevo sistema debió incorporar los dos principios angulares del nuevo derecho de la niñez y adolescencia; el interés superior del niño y su derecho a ser oído, por lo que nos dedicaremos a exponer de que manera se encuentran plasmados y si es suficiente a la luz de los convenios internacionales. Al mismo tiempo se presentarán algunas críticas a la puesta en marcha de este nuevo sistema, las cuales han significado una mala percepción por parte de los usuarios, pese a que en cierta medida son ellos mismos los que provocan la dilatación de sus procesos. Se encontrará el esquema del procedimiento ordinario, el cual rige las decisiones sobre el cuidado personal de los niños, además del nuevo sistema de recursos, el cual al introducir la posibilidad de recurrir de casación ha creado una forma de evitar que los litigios lleguen con mayor celeridad a su término. Pese a este efecto colateral, reconocemos en esta modificación procesal un intento por evitar sentencias viciadas, siendo la casación la vía idónea para reparar faltas en la aplicación de la ley o en las formalidades del procedimiento. De esta manera deja el recurso de queja de ser una manera encubierta de lograr el mismo resultado.

Finalizará este trabajo con una selección de la jurisprudencia más destacada que ha producido la Corte Suprema en el período 2000-2006. En nuestro estudio se revisó la totalidad de los fallos existentes en este lapso de tiempo, seleccionando finalmente una docena de sentencias recaídas sobre recursos de queja que buscaban reparar faltas o abusos cometidos por

ministros de Cortes de Apelaciones del país, al conocer de recursos de apelación. Esta recopilación se divide en dos partes. La primera se aboca a los fallos relativos a la aplicación de la Convención de la Haya sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños, donde existe interesante jurisprudencia que discurre sobre la concurrencia de causales que permiten oponerse al regreso inmediato, el eventual peligro que podría significar dicho retorno, la determinación de la residencia habitual y un tema de suyo importante como es la prohibición de discutir y decidir sobre la titularidad del ejercicio del deber de cuidado personal, ya que para que pueda aplicarse la Convención es indispensable que exista decisión previa sobre esta materia en el país que solicita el retorno inmediato, siendo precisamente la finalidad de la Convención reestablecer el imperio del derecho, exigiendo que al padre titular del deber de cuidado personal y privado de éste a través de un traslado o retención ilegal le sea devuelto dicho ejercicio por medio del retorno del niño al país de su residencia habitual.

La segunda parte de esta recopilación de jurisprudencia es dedicada exclusivamente al deber de cuidado personal, su determinación y la posibilidad de modificar su ejercicio. Se encontrarán fallos en que se debate sobre la existencia de abandono de niños como causal de pérdida del cuidado personal y la posibilidad de modificar el cuidado personal determinado a través de escritura pública sin concurrir una causal específica. Figura asimismo uno de los fallos más debatidos y conocidos de la Corte Suprema en el último tiempo, aquél que priva a la (jueza) madre de 3 niños de su cuidado personal, debido a que ésta asumiendo su condición homosexual ha iniciado convivencia con otra mujer en presencia de sus hijos. ¿Habría existido realmente alguna inhabilidad moral?, quizás sólo estamos frente al miedo a lo distinto y prejuicios que sin duda existen en nuestra sociedad, y más aún en una institución tan formal como la Excelentísima Corte Suprema. A lo largo de toda esta revisión el lector podrá comprender la aplicación del interés superior del niño en concreto, asimismo quizás llegue a participar de nuestra visión crítica sobre esta aplicación muchas veces mecánica, sesgada y discriminatoria contra los hombres-padres.

Capítulo I

EL NIÑO¹ Y SUS DERECHOS.

1. El derecho de los niños y adolescentes.

En retrospectiva podemos observar que el tratamiento de la condición jurídica de los niños y adolescentes ha evolucionado notoriamente. Una rápida reseña desde la conquista nos muestra que se aplicaba la legislación introducida desde la Península Ibérica a América, denominada Legislación Indiana, hasta que diversos procesos revolucionarios llevaron a la independencia del Continente de forma progresiva. Los nuevos Estados, incorporaron leyes y Códigos particulares, los cuales aplicaban directamente el Código de Napoleón (Francia) o se inspiraban en él. No es de extrañar que en tiempos que aún existían instituciones tan inhumanas como la esclavitud, la niñez no fuera considerada sino de forma tangencial en la nueva legislación latino-americana, ya sea por ejemplo con relación a la filiación, adopción y patria potestad, por nombrar las más destacadas.

El desarrollo de los derechos de los niños comienza con el reconocimiento de su existencia como sector diferenciado de la sociedad (con diferenciado nos referimos a una constatación fáctica y no a un juicio de valor) y la dictación de leyes relacionadas con la educación obligatoria, el trabajo de los niños, la edad de responsabilidad penal, y otras que llevaron en primer término a crear en Estados Unidos la primera Corte Juvenil (Chicago – Illinois), a lo que hay que agregar la creación inglesa de la *Children's Act*. Esta evolución, que no está de más señalar, sólo ha avanzado considerablemente a partir de la segunda mitad del siglo pasado, ha ocurrido (y no podía ser de otra forma) principalmente a instancias de organismos e instrumentos internacionales de derechos humanos. En primer término cabe nombrar la Carta de Ginebra (1924), seguida por la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) aunque no fue adoptada con miras exclusiva a los niños es de vital importancia ya que junto con la Declaración de los Derechos del Niño (1959), darían pie a que con posterioridad nazca la ya celebre Declaración Internacional sobre Derechos del Niño (1989),

¹ El concepto de niño se extiende a las niñas y adolescentes, a los cuales se les aplica la Convención Internacional sobre Derechos del Niño.

estos textos como señala Cillero apuntan a: “...que los Estados y la sociedad reconozcan en cada niño un conjunto universal de derechos y, por necesaria consecuencia, definan las obligaciones que de ellos se derivan para la sociedad, la familia y el Estado”.²

A juicio de Sajón, del conjunto de nuevas legislaciones europeas de fines del siglo XIX y principios del siglo XX, y los instrumentos internacionales de derechos humanos ya mencionados; “...surge entonces el reconocimiento de nuevos derechos y la ruptura entre el orden jurídico tradicional y un nuevo orden que, respondiendo a la necesidad de cambio e impelido por una nueva estimativa de identificación ‘de derecho sujetos’, fija el concepto del objeto jurídico de cada uno de esos inéditos derechos”³. Para el autor, este nuevo orden constituye o forma una disciplina jurídica, denominada Derecho de Menores⁴, el que debe ser considerado como una ciencia autónoma, cuyo objeto son “las normas reguladoras de las relaciones jurídicas relativas a la persona e intereses de los menores. Estas relaciones son lo bastante amplias para merecer un estudio expreso y especial y son susceptibles de una adecuada sistematización orgánica”.⁵

En su obra encontramos definida esta materia como: “Sistema de normas jurídicas que tienen por objeto reglar la actividad comunitaria con relación al menor, con fines de su protección integral”.⁶ Es destacable que esta definición se aleja particularmente de las definiciones ensayadas por algunos juristas brasileños, los que sólo circunscribían la materia al estudio y protección de los niños en ‘situación irregular’, definición que no alcanza a comprender primero el reconocimiento de los derechos del niño, su ejercicio y en los casos que sea necesario la protección que en principio se lleva a cabo por órganos gubernamentales, u organizaciones particulares dedicadas a la protección e integración del niño en la sociedad.

² CILLERO B. MIGUEL Y MADARIAGA D., HUGO. Infancia, Derechos y Justicia. Coediciones UNICEF –Departamento de Sociología, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile, 1999. p.21

³ SAJÓN, RAFAEL. Derecho de Menores, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires., 1995. p. 26 y 27

⁴ Hay que destacar que hoy en día esta denominación está en desuso, debido a que se considera peyorativo y más cercano a su incapacidad jurídica que a su realidad como sujeto de derecho y se ha transformado en Derecho de la Niñez y la Adolescencia.

⁵ SAJÓN, RAFAEL. Derecho de Menores, ob. cit. p. 22

⁶ SAJÓN, RAFAEL. Derecho de Menores, ob. cit. p. 64

Nos parece importante destacar que la definición ensayada por el jurista argentino recoge a la minoridad como un atributo de la persona, que lo distingue dentro de la sociedad. Constituye una categoría social distinta.

Los avances legislativos internacionales y doctrinarios han permitido enfocar de manera correcta la consideración del niño ante el derecho, el Estado, la sociedad, la familia y principalmente frente a los padres. Es que el niño no es un objeto que necesita atención o protección en ciertos casos y que como objeto debe recibir políticas sociales para superar su condición infantil. Hoy está claro que eso no es así, los niños y adolescentes son sujetos de derechos, ser titulares de derechos, ejercerlos de manera progresiva y exigirlos primero del Estado, luego de sus padres y la sociedad. Consecuencia inmediata de su consideración como sujeto de derecho es la igualdad jurídica frente al resto del grupo social. Pese a ello, la pobreza en que se encuentran inmersos una gran cantidad de niños en nuestro país impide el ejercicio correcto de los derechos establecidos en su favor. Estos niños, al igual que otros niños tienen los mismos derechos, pero no tienen la posibilidad de ponerlos en práctica.

Una correcta visión sobre lo expuesto la entrega Cillero: “Ser niño no es ser ‘menos adulto’ la niñez no es una etapa de preparación para la vida adulta. La infancia y la adolescencia son formas de ser persona y tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida. Tampoco la infancia es conceptualizada como una fase de la vida definida a partir de las ideas de dependencia o subordinación a los padres u otros adultos. La infancia es concebida como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía, personal, social y jurídica”.⁷ Y continúa; “Sin embargo, al aplicar esta idea (niño sujeto de derechos), surge la paradoja de que si bien el niño es portador de derechos y se le reconoce capacidad para ejercerlos por sí mismo, el propio ordenamiento jurídico no le adjudica una autonomía plena, debido a consideraciones de hecho –que tienen que ver con su madurez- y jurídicas, referidas a la construcción jurídica tradicional de los niños como personas dependientes de sujetos adultos, en particular, de los padres”.⁸

⁷ CILLERO B., MIGUEL Y MADARIAGA D., HUGO. Infancia, Derechos y Justicia, ob. cit. p. 19

⁸ CILLERO B., MIGUEL Y MADARIAGA D., HUGO. Infancia, Derechos y Justicia, ob. cit. p. 21

Podemos decir que efectivamente es una realidad, la existencia de un conjunto de normas (lamentablemente no organizadas en Chile) que constituyen el derechos sustantivo de la disciplina denominada Derecho de la Niñez y la Adolescencia, disciplina que ha evolucionado en conjunto con su objeto de estudio, tanto así que hoy es posible encontrar en algunas Escuelas de Derecho del país su enseñanza de forma sistemática, lo que no ocurría hace pocos años atrás.

En lo atingente con esta memoria, se estudiará las materias relacionadas con los Derechos del Niño y el deber de cuidado de los padres, aclaración necesaria para comprender el porque algunos temas cobrarán especial relevancia y otros escasa, lo que se aclarará en su oportunidad.

2. El reconocimiento internacional.

Como ya se señaló, los instrumentos internacionales de derechos humanos adoptados a partir de la Carta de Ginebra y que llegaron a su punto culmine con la Declaración Internacional de los Derechos del Niño, constituyen la punta de lanza con que los Estados han incorporado y desarrollado los derechos de los niños. Efectivamente ello es así, desde el momento que los Estados se comprometen a adecuar sus legislaciones internas a las directrices adoptadas por los organismos supranacionales, llegando incluso a recogerlas directamente en la Constitución, como ocurre en Sudamérica con Colombia y Argentina.

En relación con lo anterior, se señala que: “El perfeccionamiento paulatino de los instrumentos internacionales sobre los derechos del niño, pertenece a una tendencia generalizada de protección y garantía efectiva de los derechos humanos. En el estudio de la niñez y la adolescencia, la consagración de los principios enunciados en dichos instrumentos internacionales, en el ámbito de derechos interno, ha fortalecido el poder vinculante de los mismos...”⁹

⁹ LATHROP G., FABIOLA. El derecho del niño a ser oído en el nuevo derecho de familia, Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Prof. guía: Claudia Schmidt Hott. Universidad de Chile, Santiago, 2002. p. 15

Instrumentos que tuvieron relevancia y que fueron determinantes en el avance que han tenido los derechos de la niñez, son: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Las Reglas de Beijing (garantías procesales para niños y adolescentes), Las Directrices de Ryadh y la Convención de la Haya sobre aspectos civiles del secuestro internacional.

2.1. Convención Internacional sobre Derechos del Niño.¹⁰

Esta Convención es el primer código universal de los derechos del niño legalmente obligatorio de la historia. Contiene 54 artículos y reúne en un solo instrumento todos los asuntos relativos a los derechos de la niñez, los cuales pueden dividirse en cuatro categorías: derechos a la Supervivencia, al Desarrollo, a la Protección y a la Participación. Pese a que la Declaración Universal de Derechos Humanos, incluía por supuesto a los niños, se vio que era indispensable que se dictaran normas específicamente dedicadas a la niñez, sobre todo tomando el tema desde la perspectiva de un niño, y no como adultos.

Su antecedente, la Declaración de los Derechos del Niño reconocía 10 derechos, y no acarrea una obligación legal de cumplirla para los países que la firmaran.

La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el Año Internacional del Niño (1979), organizó un equipo que trabajó en la decantación de diversas ideas y la construcción de la futura Convención, las que se presentaron a cada Estado.

En el año 1989 concluyó la elaboración de la Convención y fue adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 20 de noviembre. En su esencia, la Convención se basa en la Declaración de los Derechos del Niño, pero reúne, trata y busca dar solución a los nuevos conflictos y situaciones que afectan a los niños y adolescentes, tales como la incipiente violencia intrafamiliar, el abuso de drogas y el comercio sexual. La Convención entró en vigor en 1990, y en un comienzo fue ratificada por 20 países. En 1996 había sido ratificada por 187 Estados.

¹⁰ En adelante en este capítulo, denominada La Convención.

En primer término hay que delimitar el rango de acción de la Convención, el que fija ella misma al definir su aplicación a niños y adolescentes, los cuales se encuentran definidos, siendo aquellos individuos desde su nacimiento hasta antes de cumplir 18 años de edad.

Uno de los problemas que primero se suscitaron una vez entrada en vigencia la Convención, fue su incorporación y aplicación en los ordenamientos internos, además de su obligatoriedad y el rango legal que tendría dentro de cada legislación.

Lathrop señala que una vez ratificada la Convención, el siguiente paso es la dictación de normas de fuente nacional que adecuan la norma internacional a las propia realidades internas, las disposiciones de ella pasan a formar parte del sistema jurídico de cada país signatario, significando ello: la reafirmación de que los niños, como personas humanas, tienen los mismos derechos que los adultos; que los derechos que por medio de ese proceso de adecuación se garantizan, tienen la peculiaridad de requerir una particularización de los mismos dirigida a la vida y desarrollo de los niños, estableciéndoseles derechos propios; que es necesario regular los conflictos jurídicos surgidos de la vulneración de los derechos de los niños o de su colisión con los derechos del adulto; y por último, que las políticas de Estado deben articularse considerando a los niños como sujetos cuyo interés es de vital importancia para el cumplimiento de las mismas. Limitando de ese modo las actuaciones de las autoridades, en el marco de los principios consagrados en la Convención.¹¹

Chile, no tomó la vía de dictar un solo instrumento que comprenda las materias legisladas en relación a la niñez, sino que ha dictado leyes que buscan avanzar en el reconocimiento de los derechos, siguiendo las directrices establecidas en los documentos internacionales. Estas leyes, han regulado materias como igualdad de los hijos, adopción, violencia intrafamiliar, procedimientos para aplicación de Convenciones, últimamente estableciendo los Juzgados de la Familia y nuevos procedimientos que incorporan importantes reglas procesales sobre la niñez y adolescencia.

En 1992, el Director Internacional de la UNICEF, denunció a Uruguay, Argentina y Chile, por incumplir las metas programadas en 1990 (reunión de New York). “Ello nos

¹¹ LATHROP G., FABIOLA. El derecho del niño a ser oído en el nuevo derecho de familia, ob. cit. p. 28

demuestra que la adopción de un tratado internacional no equivale a compartir meras declaraciones de principios, sino que el Estado, como sujeto de Derecho Internacional se ha obligado a dar efectividad a las disposiciones que lo conforman, y desde luego, desde su ratificación, el Estado manifiesta su voluntad hacia la comunidad internacional, en el sentido de no vulnerar el objeto y fin del tratado. De esta forma, con la suscripción de la Convención, cada Estado se obliga a implementar medidas de orden administrativo, legislativo y judicial con el propósito de dar efectiva protección a los derechos que ella contempla”.¹²

“La convención sobre los Derechos del Niño ha supuesto un salto cualitativo en la concepción de los derechos humanos de la infancia ya que amplía considerablemente el catálogo de derechos de los niños reconocidos hasta ahora. Entre otros figuran:

El derecho a ser tratado como persona y no como una mera posesión de alguno de los padres.

El derecho a madurar en aquel hogar que mejor garantizará una oportunidad para el menor de convertirse en un ciudadano maduro y responsable.

El derecho a recibir cariño cotidiano, disciplina y protección del padre que detenta la custodia del menor.

El derecho de relacionarse con el padre no custodio y de tener el beneficio de su amor a través de un adecuado régimen de visitas.

El derecho a una relación pacífica y constructiva con ambos padres, sin que ninguno de los padres denigre al otro en la mente del niño.

El derecho a tener valores morales y éticos desarrollados por medio de prédicas o prácticas y de tener impuesto límites al comportamiento para que el niño pueda desarrollar desde sus primeros años la auto-disciplina y el autocontrol.

El derecho a gozar del mejor nivel económico que ambos padres en conjunto puedan ofrecerle.

El derecho a las mismas oportunidades de educación que tendría el menor si la familia no se hubiera destruido.

El derecho a que los arreglos de cuidado personal y alimentos sean periódicamente revisados si así lo requieren las circunstancias de los padres o el beneficio del menor.

¹² LATHROP G., FABIOLA. El derecho del niño a ser oído en el nuevo derecho de familia, ob. cit. p. 36

El derecho a que se les reconozca, que los menores envueltos en procesos de divorcio son siempre partes débiles, y que la ley debe tomar medidas efectivas para propender hacia su bienestar, incluyendo, cuando sea necesario, los informes sociales respectivos, y el nombramiento de un curador ad-litem que proteja sus intereses”¹³.

“Siguiendo la tradición contenida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención es profundamente respetuosa de la relación niño-familia, enfatizando el rol de las políticas sociales básicas y de protección de la niñez y la familia, limitando la intervención tutelar del Estado a una última instancia en que supone que han fallado los esfuerzos de la familia y los programas sociales generales. De este modo, el enfoque de los derechos humanos, permite organizar desde una perspectiva diferente las políticas públicas de la infancia y la participación de los niños en la sociedad”.¹⁴

Cillero y Madariaga nos dicen que la amplitud de las disposiciones de la Convención la convierte en un “verdadero programa de acción para los Estados que la ratifican”, dirigido a proteger el desarrollo integral a través del disfrute de los derechos que al niño se le reconocen. “Estos derechos son estrictamente interdependientes, exigiéndose la satisfacción conjunta de ellos para la consecución efectiva del desarrollo”. La señalada interdependencia, ratifica la doctrina de la protección integral del niño, “debiendo evaluarse cualquier situación de vulneración, amenaza o restricción de derechos, en la perspectiva de los efectos que producen sobre el conjunto de derechos protegidos”.¹⁵

La Convención está directamente ligada a la doctrina de los Derechos Humanos, contenida en “instrumentos internacionales que, en lugar de buscar diferenciar sujetos, señala estrictamente los atributos positivos comunes de todas las personas, declarando los derechos fundamentales que le deben ser reconocidos por el solo hecho de existir, sin considerar su edad, sexo u otra condición”.¹⁶

¹³ KRAUSE HARRY D. Family Law New York, NY, New York University Press, 1992, p. 103; Citado por Guendelman Bacalu, Andrea y Trucco Horwitz, Carola. Tuición de menores un enfoque jurisprudencial. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Prof. guía: Enrique Barros Bourie. Universidad de Chile, Santiago, 1997. p. 21

¹⁴ CILLERO B., MIGUEL Y MADARIAGA HUGO, Infancia, Derechos y Justicia, ob cit. p. 14

¹⁵ CILLERO B., MIGUEL Y MADARIAGA HUGO, Infancia, Derechos y Justicia, ob. cit. p. 18 y 19

¹⁶ CILLERO B., MIGUEL Y MADARIAGA HUGO, Infancia, Derechos y Justicia, ob. cit. p. 22

Sin intentar hacer una descripción detallada del articulado de la Convención, haremos referencia a aquellas normas de relevancia. Reafirmamos lo señalado anteriormente, en cuanto La Convención, sólo se hace aplicable a los niños, entendiéndose por ello a quienes no hubieran cumplido dieciocho años de edad. Al mismo tiempo, en lo que respecta a la aplicación de este instrumento, se procurará la no discriminación, de cualquier forma que esta pudiera ocurrir, así como respetar las creencias y ascendencia de cada niño.

Cada Estado signatario, se obliga además a adoptar las medidas necesarias para dar efectividad a los derechos reconocidos, principalmente a través de dictación de leyes y medidas administrativas, lo que no excluye otras medidas que se hagan necesarias en razón de las circunstancias.

El artículo 5º, ordena a los Estados, respetar los derechos de los padres o de las personas que tengan a cargo el cuidado del niño, para que procuren permitir a este ejercer los derechos establecidos, por supuesto que al desarrollar esta facultad, se debe tener en consideración como lo señala el mismo artículo “la evolución de sus facultades” y desenvolverse con “dirección y orientación apropiada al niño”.

Al igual que nuestra Constitución Política, se garantiza el derecho a la vida (que la Convención califica de intrínseco al niño), pero se agrega una garantía que requiere actos positivos y seguimiento, acompañados de su perpetuación en el tiempo, el Estado de Chile debe procurar la supervivencia y luego el desarrollo de los niños. Esto no se condice con la realidad que nos toca observar, y menos aún con las situaciones de marginalidad que no vemos diariamente, pero que sin duda existen y frenan el avance en el desarrollo de la niñez.

La Convención, dispone también y exige el otorgamiento a los niños de atributos de la personalidad básicos como el nombre y la nacionalidad. Conjuntamente con ello le otorga el derecho (en la medida de lo posible) a conocer a sus padres y no como un derecho de los padres, sino como un derecho del niño a vivir bajo el cuidado de estos, asumiendo que de esta forma se obtendrá el mayor bienestar para él. A reglón seguido se establece la obligación de preservar la identidad otorgada y en caso de ser vulnerada, procurar los medios más expeditos y efectivos

para que sea reestablecida a la brevedad. El artículo 9º, se relaciona con lo antes señalado, ratificando que el niño no debe ser separado de sus padres (contra la voluntad de estos), salvo las situaciones que el mejor interés del niño así lo haga necesario. (Situación que se estudiará en este trabajo). El derecho a ser oído, se encuentra establecido también en este artículo y se desarrollara en conjunto a otros principios relevantes establecidos en esta Convención. Por último, en este artículo se reconoce a los niños el derecho a mantener una relación directa y regular con sus padres, en la medida que no convivan con él o ella.

La libertad de opinión en cuanto al niño y lo que ésta lo afecte, está reglamentado en La Convención. Se toma en cuenta su edad y madurez, para estimar que ya puede formarse un juicio propio, el que tiene derecho a emitir en todos los asuntos que le afecten. Esta libertad de opinión se concretiza también en sede judicial, donde debe ser escuchado el menor, lo que se verá con mayor profundidad al tratar el derecho de los niños a ser oído y al comentar la nueva legislación procesal nacional. La libertad de opinión, se encuentra íntimamente ligada a la libertad de expresión y ésta con la libertad de obtener información, por cualquier medio existente y legal.

Se respeta profesar la religión o creencia que tenga como único límite lo que prescriba la ley para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud pública. También en este aspecto deben ser los niños plenamente respetados y estimulados a desarrollar su personalidad propia y no convertirse en un mero reflejo de sus padres.

El artículo 16 establece derechos que limitan el ámbito de injerencia de los padres y otras personas, estableciendo que se prohíben las injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada del niño, su familia, su correspondencia, asimismo está proscrito cualquier ataque a su honra o reputación, estableciendo sí que estos ataques deben ser ilegales para vulnerar este derecho. Interesante es que esta norma permite a los niños obtener mayor privacidad en su vida (a nuestro juicio habría que atender en todo caso al grado de desarrollo del niño), y así evitar prácticas habituales en algunos padres como registros exhaustivos en dormitorios y violación de correspondencia.

La Convención, procura garantizar como esencia del Derecho de Familia, que ambos padres reconozcan el principio de que tienen obligaciones comunes respecto a la crianza y

desarrollo de sus hijos. La obligación es de los padres o de sus representantes legales, para que esa crianza y desarrollo sean una realidad. Se busca de esta forma terminar con los estereotipos sociales, en que el hombre es el sostenedor económico y la madre la encargada de la crianza.

Chile se ha comprometido, aún cuando los niños estén bajo el cuidado personal de uno de los padres o de un representante legal, a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas que los protejan integralmente. La protección en este caso se materializa en la prohibición de perjudicar o abusar física o mentalmente de los niños.¹⁷ Por supuesto que las medidas más apropiadas serán aquellas que prevengan los actos abusivos, pero en caso de ocurrir, el Estado debe contar con un sistema judicial ágil y legislación apropiada en materia de violencia intrafamiliar. Acierta la Convención en exigir medidas de protección tales como programas sociales de asistencia, información, prevención y tratamiento.

¹⁷ En esta línea se encuentran fallos que con el fin de proteger la integridad de los niños niega el retorno inmediato o la demanda de cuidado personal. En fallo de RECURSO DE QUEJA ROL 804-2001, la Corte Suprema señaló: Existen situaciones que permiten negar lugar al traslado inmediato. Sea por grave riesgo que el regreso las exponga a peligro físico, psicológico o situación intolerable. Antecedentes de autos: Informe psicológico SENAME: “Vínculo afectivo de muy buena calidad entre las niñas y la madre como figura primordial. Separarlas podría provocarles lesiones en su desarrollo afectivo”. Considerandos 7 y 8: “Se adquiere la convicción que el regreso de las menores a Suecia para ser entregadas a su padre, las ponen en grave riesgo por la separación de la madre y su actual entorno social y cultural, que las expone a daño psicológico y afectivo”.

RECURSO DE QUEJA ROL 1231-2004: Considerando 5. En el retorno inmediato debe decidirse en consideración de los niños y no de los intereses de los padres o entidades relacionadas. Considerando 6 y 7: Antecedentes para acoger la causal de oposición: Pericia psicológica SENAME: Niños fueron víctimas de violencia intrafamiliar por su padre y en Chile se encuentran adaptados al medio. De estos antecedentes la Corte infiere que existe grave riesgo, ya que además de la violencia intrafamiliar, se ha determinado que separar a los niños del lazo materno, su actual entorno emocional, social y cultural, los expone a un daño psicológico y afectivo grave.

RECURSO DE QUEJA ROL 2594-2004: La Corte estima que los antecedentes llevan a considerar real la existencia de un grave riesgo de exponer al niño a peligro físico y psicológico grave. “Acoger la solicitud de retorno implica enfrentar al niño a situaciones por las cuales ha debido someterse a terapia en las que solo con la ayuda profesional especializada ha podido narrar dichas situaciones. Por ello se rechaza el recurso de queja interpuesto. Considerandos 6 y 7.

RECURSO DE QUEJA ROL 4533-2005: Considerando 11 y 12: El padre de la niña contrajo matrimonio en 3 oportunidades. De sus 3 primeros hijos, uno falleció, una segunda es heroinómana y no tiene contacto con él, su tercer hijo no tiene ningún tipo de contacto con él. El padre habita en un departamento con dos dormitorios, pero la hija duerme con él cuando pernocta allí. En Estados Unidos fue emitido un informe por sospechas de abusos contra su hija. Al juez que conoció de estos antecedentes en Estados Unidos le fue sugerido por la perito que el padre use pijama cuando la niña se encuentre de visita; sugerencia que tiene un claro sesgo negativo. La Corte denegó el retorno inmediato.

¿Qué hacer con los niños que de alguna manera son privados temporal o definitivamente de su medio familiar, o cuando por su bienestar físico o mental, no deben permanecer en ellos? En este caso la Convención señala la obligación para los Estados y el derecho para los menores, de ser protegidos y asistidos en forma especial. Incluso se llega al extremo de que el Estado debe garantizar con sus leyes, otras modalidades semejantes para cuidar a los niños.¹⁸ Como solución para este problema se presentan hogares de guarda y cuidado, los que pueden ser administrados por instituciones ya sean públicas o privadas y también existe la posibilidad de encargar el cuidado de los niños a una familia de acogida de forma transitoria.

En lo relativo a la discapacidad e incapacidad, los Estados signatarios reconocen y procurarán que los niños y adolescentes en esta situación ya sea por problemas mentales o físicos desarrollen una vida digna, que sea autosuficiente y se le permita participar en forma activa en la comunidad. Por medio de la presente Convención, Chile ha reconocido que los niños con impedimentos tienen derecho a recibir cuidados especiales, de acuerdo a los recursos del país, y prestar a los niños, según sus condiciones y a quienes estén encargados de su cuidado lo necesario para que se encarguen de él.

“Las atenciones que se den a la niña y niño impedidos, deben ser gratuitas, dice la Convención, siempre que sea posible y debe tomarse en cuenta la situación económica de los padres o de las personas que cuiden de ellos. Se debe asegurar al menor un acceso efectivo a la educación, a capacitarlo, a los servicios de salud, a los de rehabilitación, a su preparación para desempeñar un empleo y sobre todo, para tener la oportunidad de esparcimiento y de recibir servicios que permitan su integración social e individual para su proyección social y cultural, en la máxima medida posible”.¹⁹

Al igual que nuestra Constitución Política, la Convención reconoce el derecho de los niños a tener acceso a las acciones de salud, incluyendo el acceso a servicios sanitarios.

¹⁸ GÜITRON F., JULIÁN, Análisis de la Convención Internacional de los Derechos de la Niñez, en: *Ponencias de XI Congreso Internacional de Derecho de Familia*, 2000. p. 28

¹⁹ GÜITRON F., JULIÁN, Análisis de la Convención Internacional de los Derechos de la Niñez, en: ob. cit. p. 32

Respecto de la seguridad social, se establece que los niños deberán también verse beneficiados por ella, en la medida que su situación lo haga necesario, teniendo acceso incluso al seguro social. La materialización de este derecho contiene la obligación expresa de adecuar la legislación interna a este derecho, contenido en el artículo 26 de la Convención.

Reafirma la Convención que los padres o sea, los titulares de la patria potestad, o quienes legalmente estén encargados de la tutoría de los niños y adolescentes proporcionar un nivel de vida adecuado para lograr un desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social conveniente para ellos.

La Convención, reconoce que los niños de nuestro país, tienen derecho a la educación. Que deben dárseles las mismas oportunidades, independientemente de su origen, creencias, extracción social, económica, etc. En Chile, podemos ver como esto se hace realidad, y así desarrollar los derechos de los niños, el proyecto país, con el perfecto conocimiento que el futuro dependerá de cómo podamos entregar más y mejor educación. En esta senda se encuentra el establecimiento de la jornada escolar completa y la enseñanza secundaria obligatoria, así como la constante construcción de la infraestructura necesaria para llevarla a cabo.

Esta Convención señala específicamente cuales serán los objetivos de la educación a los niños: **a.** Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad física y mental hasta el máximo de sus posibilidades. **b.** Inculcar el respeto de las libertades fundamentales y derechos humanos. **c.** Inculcar el respeto a los padres, la propia identidad cultural, idioma y valores, valores nacionales y de civilizaciones distintas a la suya. **d.** Prepararlo para asumir una vida responsable en una sociedad libre, respetando la paz, tolerancia, igualdad de sexos, etnias y religiones. **e.** Inculcar el respeto por el medio ambiente natural.

Cobra relevancia la integración de las minorías étnicas, se ha comprometido a darles a esos niños el derecho, como a los demás chilenos, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

El artículo trigésimo segundo busca evitar la explotación de los menores y reconocer su derecho a ser protegidos es uno de los objetivos de este precepto. Impedir que por necesidad

deban desempeñar trabajos peligrosos, que entorpezcan su educación, que sean nocivos para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

El artículo 37° contiene garantías procesales-penales, similares a las establecidas en nuestra Constitución, destacándose: que no se les someta a tratos o penas crueles, que además sean inhumanos o degradantes; la prohibición de aplicar a un menor la pena capital y/o la cadena perpetua; privar de su libertad ilegal o arbitrariamente. Incluso, si son detenidos o encarcelados, debe ser conforme a la ley y como medida de último recurso y el tiempo más breve posible; deben ser tratados con humanidad y respeto a su dignidad, junto con evitar que compartan su celda con adultos; y finalmente que de inmediato sean asistidos jurídicamente para que puedan impugnar, incluso la legalidad de la privación de su libertad ante el Tribunal o autoridad competente.

El artículo 39°, grafica con claridad la doctrina de la ‘protección integral’, al señalar que los Estados deben adoptar las medidas fundamentales que promuevan que los menores afectados física y psicológicamente, puedan recuperarse, sobre todo ser reintegrados a la sociedad que ha ejercido sobre ellos el abandono en cualquiera de sus expresiones o formas, la explotación o el abuso, así como la tortura o la imposición de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

La misma Convención, reconoce que sus disposiciones no serán en todos los casos las más favorables para los niños y adolescentes y sus derechos, por lo mismo dispone que en los casos que otras normas de Derecho Internacional vigente o de la legislación interna del Estado sean más conducentes a la realización de los derechos de la niñez y adolescencia, no se aplicará la disposición de la Convención, teniendo ante todo preferencia la norma que sea más favorable en cautelar los derechos protegidos por la Convención.

Asimismo, los Estados contrajeron la obligación de promover y difundir el contenido de la Convención, por los medios más apropiados, difusión que debe llegar tanto a niños como adultos. Esta es la forma más eficiente para obtener su cumplimiento.

De esta forma hemos descrito las normas que nos parecen más relevantes y determinantes en relación a la memoria desarrollada. Recordamos que en este capítulo, se

desarrollaran los principios establecidos en la Convención que se aplican en la materia de cuidado personal de los hijos.

2.2. Convención de la Haya sobre protección y cooperación internacional en materia de adopción.

Esta Convención fue adoptada en el mes de mayo de 1993, por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. La Convención fue aprobada el 22 de junio de 1999 por el Congreso Nacional, y entró en vigencia en Chile el 1º de noviembre del mismo año.

Esta Convención, reconoce que “el niño, para el desarrollo pleno y armónico de su personalidad debería crecer en un ambiente de familia y en una atmósfera de felicidad, amor y comprensión”, para luego reafirmar la obligación de los Estados signatarios de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, de adoptar medidas dirigidas a lograr que cada niño crezca en el seno de su familia de origen.

Se manifiesta la preocupación ante el tráfico, venta y secuestro de niños. Lo anterior ocurre básicamente en la mejor de las situaciones para ser entregados de manera ilegal en adopción por parte de una familia de un Estado distinto al del niño. La mejor manera de evitar esta situación es regularla y buscar la cooperación entre cada país.

La adopción internacional puede transformarse en un método eficaz para conseguir el mayor bienestar de un niño, el cual no ha podido encontrar una familia dentro de su país, y así lo reconoce esta Convención que busca al mismo tiempo conseguir que en el proceso se respeten los derechos fundamentales comunes a todos los niños.

Esta Convención establece tres objetivos a saber; “**a**) establecer salvaguardias que permitan garantizar que las adopciones internacionales se lleven a cabo en beneficio del niño y respetando sus derechos fundamentales conforme le son reconocidos por el Derecho Internacional; **b**) instaurar un sistema de cooperación entre los Estados Contratantes para garantizar que dichas salvaguardias sean respetadas y, con ello, impedir el secuestro, venta o

tráfico de niños; c) garantizar el reconocimiento de las adopciones realizadas en conformidad con la Convención en los Estados Contratantes”.²⁰

3. Los principios del derecho de la niñez y adolescencia.

Estos principios están contenidos en la Declaración Internacional sobre Derechos del Niño y consisten en:

Interés superior del niño.

Derecho a ser oído.

No discriminación.

Protección efectiva de los derechos.

3.1 El interés superior del niño. Definición.

En un primer acercamiento al tema que nos ocupa, lo encontramos definido como: “el conjunto de bienes necesario para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar”.²¹ Este bienestar del niño estará dado al lograr la aplicación de las normas de la Convención, sea en el ámbito público, privado, judicial, administrativo o legal. La misma autora, considera este principio como un deber de carácter moral, elevado a la categoría de norma jurídica.

La profesora Maricruz Gómez de la Torre V., parte reconociendo el carácter de norma fundamental que a este principio le otorga la Convención sobre derechos del Niño, “con un rol

²⁰ Convención de la Haya sobre protección y cooperación internacional en materia de Adopción, Artículo 1º.

²¹ BAEZA CONCHA, GLORIA. El interés superior del niño: derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia. En: *Revista chilena de derecho*. Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. (Santiago, Chile). Vol. 28, nº 2 (abr./jun. 2001). p. 356

jurídico definido, que se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas”.²²

De esta forma, la profesora Gómez de la Torre dimensiona este principio de trascendencia vital, sustrayéndolo ya de las consideraciones morales para entregarle en la práctica una triple función: “es una garantía para el menor, debido a que toda decisión que concierna al niño debe considerar, fundamentalmente, sus derechos; es una norma orientadora que no sólo obliga a los legisladores y jueces sino a todas las instituciones públicas y privadas y es una norma de interpretación y de resolución de conflictos”.²³

La Corte Suprema²⁴ lo ha definido como: “la finalidad última en el desarrollo de un menor, que permite su realización cabal como persona en un entorno y condicione que propicien el mejor ejercicio e sus derechos, tanto esenciales o naturales, como aquellos que positivamente se le han ido reconociendo con el devenir de la civilización”.

3.1.1 Hacia la determinación del interés superior del niño. Consideraciones.

Es necesario hacer presente que la aplicación de este principio de tanta relevancia es de especial complejidad, ya que en un comienzo es posible determinar con relativa facilidad las necesidades más elementales de la niñez y adolescencia, pero ante distintas posibilidades la más útil no será tan fácil de encontrar. Será importante entonces saber aceptar la variedad y que dentro de posibilidades de similar calidad no existe una mejor que otra, sino diferencias, sobre todo de apreciación. “En consecuencia, la evaluación del interés del niño dependerá de la definición y/o prelación de los valores que se consideran importantes en su etapa formativa: para unos serán los que estimulan los afectos, la solidaridad, la responsabilidad, para otros el orden, la

²² GÓMEZ DE LA TORRE V. MARICRUZ. El interés superior del niño, en: *Gaceta Jurídica* N° 238, 2000. Ed. ConoSur, Santiago, Chile. p. 23

²³ GÓMEZ DE LA TORRE V. MARICRUZ. El interés superior del niño, en: ob. cit. p. 23

²⁴ Sentencia sobre RECURSO DE QUEJA ROL 2594-2004, considerando 3 y 4. Ver Capítulo VI, numeral 1.4

disciplina y la eficiencia”.²⁵ El problema de la determinación del interés superior del niño, no ocurre solamente en el ámbito parental o de políticas públicas, sino también en sede judicial, decisiones que estarán influidas en su mayoría por prejuicios, tanto sociales, legales y judiciales.²⁶

²⁵ PARKER, STEPHEN “The best interest of the child. Principles and problems”, *International Journal of Law and the Family*, 1992, vol. 8 N° 2, p. 27, citado por: GÓMEZ DE LA TORRE V. MARICRUZ. El interés superior del niño, en: ob. cit. p. 24

²⁶ El considerando décimo del fallo sobre RECURSO DE QUEJA ROL 4533-2005, señala: El principio básico que han de tener presente tribunales, instituciones públicas y privadas de bienestar social, autoridad administrativa y órganos legislativos en cualquier decisión que afecte a un niño, de acuerdo con la Convención de Derechos del niño, es que por sobre cualquier consideración se atenderá al interés superior del niño, mismo principio que inspira la Convención de la Haya: “los intereses de los niños son de importancia primordial en cualquier materia relativa a su cuidado personal”. De ahí se deduce que no procede considerar como cosa esencial los intereses de los padres o entidades que disputan su cuidado personal.

Fallo RECURSO DE QUEJA ROL 1020-2001, considerando 5°: Las convenciones suscritas por Chile y la ley chilena, obligan a atender al interés superior y respetar sus opiniones según su edad y grado de madurez, como también determinar el estado social y psicológico de quienes pretenden ejercer exclusivamente el derecho a vivir con el menor en aras a discernir sobre su aptitud para aquello y el mayor beneficio que se obtendría para el desarrollo integral del niño.

Sentencia sobre RECURSO DE QUEJA ROL 1193-2004: “La pareja contrajo matrimonio el año 1993, separándose el año 2002. Luego la madre inició convivencia homosexual. De esta situación derivó una demanda por la cuidado personal de las niñas, porque según el padre, la homosexualidad de la madre provocaba daños al desarrollo integral, psíquico y social; y que el interés superior hace precaver las consecuencias negativas de criarse con una pareja homosexual. Con el padre las niñas tendrían un ambiente en que psicológica y emocionalmente tendrán mayores seguridades en su desarrollo personal”. “Los artículos 224 y 225 del Código Civil establecen derechos deberes para los padres. La tuición contiene especialmente obligaciones y responsabilidades para quienes tienen a su cargo el cuidado personal de los hijos. El ejercicio de esta potestad y deber debe enmarcarse en el principio del interés superior”.

Voto disidente en fallo sobre RECURSO DE QUEJA ROL 6333-2005: El recurso debe acogerse ya que el cuidado persona se encontraba regulado por escritura pública subinscrita en registro civil. Esta decisión de los padres solo puede dejarse sin efecto de común acuerdo por los concurrentes a ella o por decisión judicial fundada en el interés superior del niño que lo haga indispensable por causa calificada, situación que no se evidencia en autos, ya que no hay ningún antecedente que determine que el padre ha incurrido en algún hecho de esta naturaleza que permitirían modificar el acuerdo celebrado en 2002.

Sentencia de Corte Suprema sobre RECURSO DE QUEJA ROL 1228-2006: (En la decisión judicial) se trata de objetivar y resguardar el interés superior de los niños, concepto no definido pero que se vincula con el normal y adecuado desarrollo integral de esos niños. Sabido es que desde tiempos inmemoriales el cuidado de los hijos corresponde a la madre, por razones naturales, situación que el legislador recoge en las disposiciones pertinentes, aunque ese cuidado ha evolucionado en aras del referido interés superior y en desmedro de los deseos de los padres, sin atender a sus dificultades o desavenencias. “En esa línea de deducciones han de buscarse las incapacidades que la madre padezca para ejercer el cuidado personal, pues como se dijo ella se encuentra naturalmente dotada para llevar a cabo esa función y es de esa manera como se resguarda el interés superior, de lo contrario la regla general no sería la ya mencionada”.

Ninguna inhabilidad de la madre se ha tenido por probada así como tampoco al padre, debiendo seguirse la indicación natural y legal sobre el cuidado de los hijos. El acuerdo puede revocarse por voluntad o interés superior, lo que no ocurre en este caso. Sin embargo, es dable como causa justificada el estado natural de las cosas, que el cuidado lo ejerza la madre no inhabilitada a quien le resulta legítimo reclamar

3.1.2 Cualidades de los niños y adolescentes.

El reconocimiento de la individualidad de los niños y adolescentes implica dotarlos de autonomía en desarrollo que lleva a los responsables del niño, a la obligación de siempre considerar su autonomía actual y futura. Esto se concretiza en la medida que deben permitir que el niño tome decisiones respecto de su vida en la medida que haya alcanzado la madurez suficiente, vale decir que esto lo hará de forma progresiva conforme su autonomía vaya aumentando. En este punto la línea entre el *favor filii* y su derecho a ser oído es difusa.

La autonomía no implica que el niño sea siempre el que decida sobre una determinada situación. La autonomía finalmente reconoce que solo en los casos que ellos no puedan tomar sus propias decisiones serán asistidos directamente, pero al mismo tiempo deberá respetarse siempre su personalidad e individualidad, así permitimos que sea el niño-adolescente el principal participante en la formación de su individualidad.

3.1.3 La familia ante el *favor filii*.

Debido a la alta influencia que tiene la familia en el desarrollo de los niños y adolescentes, es necesario garantizar su posición como persona en la familia, y buscar fortalecer la función primordial de esta institución, ser un medio en que los individuos desarrollan su personalidad de manera integral.

la cuidado personal de sus hijos, pues deber primar necesariamente el interés superior, resguardado por el legislador al entregar la cuidado personal a la madre no inhabilitada en el caso de separación. Los jueces han incurrido en falta o abuso grave al desatender el interés superior de los niños en autos, manteniéndolos lejos del cuidado personal de la madre no inhabilitada. Ver Capítulo VI.

El *favor filii* debe llevar a los padres a conducir a sus hijos hacia su mayor realización espiritual y material posible, garantizando y respetando su autonomía actual y futura. Esta conducta que deben observar los padres, también se aplica al juez y al legislador en la medida que sus decisiones se relacionen con niños o adolescentes. Este principio enmarca las decisiones de los padres y busca evitar que estas sean arbitrarias en perjuicio del niño o adolescente. Se les otorga a estas decisiones un carácter instrumental, cual es conseguir el interés superior del niño. En este sentido se encuentran los artículos 5 y 18° de la Convención.

“Los aspectos que fundamentan la consagración del principio del interés superior del niño, y que permiten aproximarnos a su concepto y contenido, deben conducir a lo siguiente: reafirmar y garantizar, en primer lugar, el protagonismo del propio niño en la configuración de su personalidad, otorgándole la facultad de tomar por sí mismo decisiones respecto a su persona. Cuando no esté en condiciones de hacerlo, las decisiones a su respecto deberán tener en consideración su autonomía progresiva –se adopten al interior de la familia o por la justicia-, para así respetar su derecho a la identidad y su condición de persona”.²⁷

3.1.4 La determinación en concreto del interés del niño.

El contenido del interés del niño, se identificaría en principio con el mínimo legal admisible para alcanzar la plena satisfacción de sus derechos esenciales. Sin embargo decir que el interés se refiere al respeto de sus derechos fundamentales, no es suficiente para resolver un conflicto concreto en que se debate sobre el bienestar de un niño en particular. En este caso, será indispensable determinar bajo qué circunstancias y de qué manera se satisfacen los derechos del menor. Así se ha observado en el estudio de jurisprudencia, en que cada parte se considera a si misma como la única opción de concretar el interés en cuestión.

En primer término habría que precisar qué significa “decidir” en función del interés superior del niño: respetar sus derechos fundamentales en un sentido activo y pasivo y además

²⁷ SCHUDECK D., ASTRID. El interés superior de niño. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Prof. guía: Paulina Veloso Valenzuela. Universidad de Chile, Santiago, 2002, p. 15

garantizar el libre desarrollo de su personalidad que como ya se dijo lleva al deber de respetar su autonomía actual y futura. Este sería el límite del concepto ‘interés superior del niño-adolescente’.

Respecto de los derechos fundamentales y su ejercicio, hay que considerar: que no es posible realizar un juicio de conveniencia o inconveniencia, en torno a si éstos deben respetarse, ello porque los garantiza la Constitución en su artículo 19, y la Convención del Niño de manera específica y detallada, lo que se reafirma en el inciso 2º del artículo 5º de la Constitución Política.

Sólo sería posible realizar un juicio de valor en caso que se deba resolver un real conflicto entre derechos fundamentales, la imposibilidad de ejercitarlos en conjunto. Imposibilidad que debe ser evidente e irreconciliable con el ejercicio cabal de todos los derechos en conflicto. Ante esta situación, se debe llevar a cabo un juicio de valor para determinar finalmente que derecho se debe preferir y solucionar así el conflicto. A fin de evitar un conflicto aparente de derechos, estos deberán ejercitarse de la forma más amplia posible, siempre con miras a la concreción de cada uno de los derechos del niño.

3.1.5 Los padres en la determinación del interés del niño.

Al momento de someterse un asunto a la decisión del juez, éste deberá estudiar y ponderar entre otros factores la conducta, personalidad y situación personal de los litigantes. Esto será indispensable para determinar el mayor beneficio o potencial perjuicio al niño, pero esta conducta o situación no será considerada para otorgar un premio o castigo a quien corresponda.

Al analizar la conducta de los padres, deberá considerarse siempre, la igualdad entre los padres, en relación a las responsabilidades parentales. Si ambos padres son capaces para asumir las funciones parentales en beneficio de sus hijos, debe imponerse la igualdad entre ellos en estas materias. Sin embargo, debido a la existencia de estereotipos (del legislador sobre todo), en cuanto a la capacidad de cada padre para atender a las necesidades de sus hijos, no se

establecieron en nuestra legislación responsabilidades compartidas, pese a que es una de las obligaciones contraídas por el Estado de Chile al firmar la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, que establece en su artículo 18 que los Estados deberán esforzarse en garantizar esta responsabilidad.

3.1.6 Consagración legal del principio en Chile.

Hoy en día el deber de respetar los derechos fundamentales del niño-adolescente y su autonomía en desarrollo se encuentra consagrado en la Convención Internacional sobre Derechos del niño y en nuestro Código Civil en los artículos 222 y 242.

El interés del niño está contenido en la legislación en un doble aspecto: condicionando toda decisión que se tome a su respecto e informando, a su vez, el contenido de las instituciones que lo involucran y afectan. Como principio del derecho de familia, a él se conforma y de él emana la totalidad del contexto normativo, aunque circunscrito a las instituciones pertinentes en las que puede tener aplicación. De esta misma forma lo describe el artículo 3° de la Convención sobre Derechos del Niño.

El legislador utiliza criterios para determinar el interés del niño-adolescente e incluso para ciertas situaciones, resuelve directamente lo que satisface el bienestar del niño. En principio, el legislador establece que se debe observar el interés superior del niño, pero este interés en concreto no se determina en la norma sino que se llevará a cabo en el caso específico en que corresponda aplicar el concepto.

A favor de este mecanismo se cuenta que al momento de resolver un conflicto, se deben tomar en cuenta las circunstancias específicas que rodean al menor, su personalidad, y sus particulares necesidades. De esta forma se consigue también un respeto por la individualidad del niño-adolescente.

Como crítica se presenta que finalmente el interés del menor es determinado en gran parte por un juez. Esta situación encierra el problema de la subjetividad del juzgador y sus valores sobre el bienestar de un niño. Es lógico que el juez al aplicar la ley deberá determinar lo que más conviene al niño, pero esto debe ocurrir dentro de un marco preestablecido que evite una absoluta discrecionalidad judicial. Para evitar los aspectos negativos de la cláusula general, se han establecido criterios generales en los cuales pueda apoyarse el juez. La *Children Act* Inglesa de 1989 desarrolló e incorporó estos criterios dirigidos a jueces y a abogados con el fin de establecer el interés del menor disminuyendo la posibilidad de llegar a la absoluta discrecionalidad.

El hecho que en la legislación nacional no se encuentren estos criterios orientadores no significa que el interés del niño está supeditado totalmente al arbitrio del juez, ya que éste de todas forma se ve obligado a respetar la Convención, la Constitución y las leyes patrias, las cuales constituye en nuestro ordenamiento el marco al que debe adecuarse la “cláusula general” que establece el Código Civil (arts. 222 y 242). La ubicación de la cláusula general dentro del capítulo “De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos” no la restringe a alguna institución específica sino que se extrapola a todas las materias de familia que se relacionen con el niño-adolescente, porque la cláusula general no está establecida en primer término en el Código Civil, sino en la Convención, relacionada con su superior rango jurídico al de una simple ley.

3.1.7 Determinación del interés superior en abstracto.

“Otra técnica a la que recurre el legislador consiste en establecer en las disposiciones de la ley, en forma previa y abstracta, lo que se considera más conveniente para el menor, pero sin excluir la posibilidad de determinar en concreto. No se señala así expresamente, pero se deduce de la interpretación de las respectivas normas. A su vez, en algunos casos, la ley condiciona la decisión del juez a que se respeten ciertos criterios o requisitos previos, permitiéndole resolver de otra manera si el interés del niño o adolescente así lo aconseja”.²⁸ Dentro del Código Civil,

²⁸ SCHUDECK D., ASTRID, El interés superior del niño, ob. cit. p. 23

encontramos la determinación en abstracto²⁹ o criterios en los artículos 201 incisos 1º y 2º, 225 inciso. 1º, 2º y 3º, 229 incisos 1º y 2º, 240, 244 y 245.

Continúa: “en las normas señaladas, la ley condiciona la aplicación de la regla dada a que el interés del niño se encuentre garantizado. Si esto no sucede, es decir, si la norma no respeta en el caso concreto el interés del menor, el juez deberá buscar una solución distinta o, incluso, una totalmente contraria a la legal. De ahí que afirmáramos que si la regla legal no respeta el interés superior del niño en el caso concreto, ella debiera ser abandonada y no aplicada”.³⁰ Vemos aquí un ejemplo que reafirma la categoría jurídica de la Convención y sus principios.

Para ser posible dejar de lado la norma concreta y decidir de otra forma, el magistrado, deberá establecer en el proceso que en dicho caso se produciría un claro perjuicio al niño o adolescente. No es tan claro que el juez pueda alejarse de la norma en los casos que exista otra solución que aparentemente sea más beneficiosa al niño que la que adopta el texto legal. Esto porque las normas del Código Civil citadas requieren situaciones de una entidad determinada: *razones graves, perjuicio manifiesto, sea indispensable por maltrato, descuido u otra causa calificada*. Estas exigencias son las que se tienen en consideración para regular el cuidado personal de los niños y la relación directa que se debe mantener entre los padres y sus hijos. Debemos recordar y enfatizar que la norma que introduce el concepto del interés superior del niño es la Convención, y su aplicación no está subordinada a la existencia de situaciones excepcionales como las ya nombradas, por lo que ante tal disyuntiva, el juez si podría apartarse de la ley, y fundándose en la Convención, elegir la situación que entregue mayor beneficio al niño.

²⁹ Fallo en RECURSO DE QUEJA ROL 1228-2006: Sabido es que desde tiempos inmemoriales el cuidado de los hijos corresponde a la madre, por razones naturales, situación que el legislador recoge en las disposiciones pertinentes (art. 225 Código Civil), aunque ese cuidado ha evolucionado en aras del referido interés superior y en desmedro de los deseos de los padres, sin atener a sus dificultades o desavenencias. “En esa línea de deducciones han de buscarse las incapacidades que la madre padezca para ejercer el cuidado personal, pues como se dijo ella se encuentra naturalmente dotada para llevar a cabo esa función y es de esa manera como se resguarda el interés superior, de lo contrario la regla general no sería la ya mencionada”

³⁰ SCHUDECK D., ASTRID, El interés superior del niño, ob. cit. p. 25

Por otro lado debemos considerar que las reglas que actualmente regulan el cuidado personal y la patria potestad no son producto de un reconocimiento legal directo del interés superior del niño en estas instituciones, sino más bien son producto el primero de la tradición maternalista de latinoamérica y la segunda son el resultado del avance legal en disminuir las diferencias legales entre mujeres y hombres. Respecto de estas normas no puede interpretarse que la ley elige *a priori* cual es la situación más beneficiosa para el niño, sino que a las normas preexistentes se incorporó el interés superior como principio rector.

3.1.8 Determinación definitiva del interés del niño.

Sólo en determinadas situaciones el legislador establece que es lo que considera inconveniente para el interés del niño. Por ejemplo, las causales específicas de pérdida de cuidado personal. Esta opción es solo recomendable para situaciones muy claras y no sería aplicable en forma general en esta materia.

Para establecer si la ley puede determinar en forma definitiva lo que es más conveniente para el niño, se requiere a la vez precisar si el interés del niño debe quedar entregado al criterio de decisión del juez, el legislador u otras personas. Y ello también es una decisión relativa al interés del menor.

Aceptando, la falta de determinación del concepto de interés del niño, y sin ser objeto de este trabajo desentrañar esta problemática, la profesora Gómez de la Torre concuerda en que el mínimo contenido de este principio es ser una garantía en cuanto se procure buscar “la satisfacción al niño de los derechos que surgen de su calidad de persona humana, los que deben ser respetados en el ejercicio de la autoridad de los padres”,³¹ y continúa con una enumeración de los efectos que tiene este principio en la práctica legal:

- “Permitirle la indagación de su filiación (mediante las acciones de filiación); cuando ésta no esté determinada, pues se vincula su derecho a la identidad personal, uno de cuyos atributos esenciales es tener un nombre y conocer a sus padres

³¹ GÓMEZ DE LA TORRE V. MARICRUZ. El interés superior del niño, en: ob. cit. p. 25

- Garantizarle los derechos que surgen de su calidad de persona humana que deben ser respetados en el ejercicio de la autoridad de los padres.
- Permitirle manifestar su opinión en todas las instancias judiciales o extrajudiciales en que tenga interés el menor.
- En caso de separación de los padres, permitirle permanecer con el que mejor asegure su bienestar físico y espiritual. Al mismo tiempo, facilite su vinculación con el otro padre.
- Que toda adopción tenga por objeto velar por el interés superior del adoptado.
- Permitirle al menor, que va a ser adoptado, manifestar y tomar en cuenta su opinión, cuando su edad y madurez lo permitan”.³²

Para concluir con la exposición de este principio, primordial en el derecho de la niñez y la adolescencia, así también en el derecho de familia, citaremos a Miguel Cillero B., quien sobre el tema señala: “Esta disposición (el interés superior) es un reflejo del carácter integral de la doctrina de los derechos de los niños y, a su vez, de su estrecha relación con la doctrina de los derechos humanos en general. Como los niños son parte de la humanidad, y sus derechos no se ejercen separada o contrariamente al de las otras personas, el principio no está formulado en términos absolutos, sino que el interés superior del niño es considerado como una ‘consideración primordial’. El principio es de prioridad y no de exclusión de otros derechos o intereses.”³³

3.2 El derecho a ser oído.

“El fundamento del derecho del niño a ser oído tiene su eje central en que la participación constituye un derecho esencial de todos los seres humanos, idea que subyace en las diversas consagraciones que de dicho derecho se hacen en beneficio de los adultos, pero también a favor de la niñez y la adolescencia. No se restringe a la idea de defensa en juicio o al alcance de la capacidad procesal de dicho grupo etario, sino que es un derecho humano que, circunscrito

³² GÓMEZ DE LA TORRE V. MARICRUZ. El interés superior del niño, en: ob. cit. p. 25 y 26

³³ CILLERO B., MIGUEL Y MADARIAGA D., HUGO. Infancia, Derechos y Justicia, ob. cit. p. 25

muchas veces a la garantización de la participación en juicio, desborda ese marco y se eleva a un derecho humano cuyo ejercicio tiene lugar en todos los ámbitos de la vida”.³⁴

Evidentemente que cuando los niños o adolescentes se expresan, lo hacen como tales, y no como adultos, pero tienen el derecho de exigirles a éstos consideración por sus opiniones. Existe un problema generalizado en nuestro país, en que las opiniones de los niños o adolescentes rara vez se escucha y menos aún es considerada o aceptada como una opinión válida, este problema crece en los sectores de menores recursos, en las familias en procesos de separación, y sobre todo en aquellas que se encuentran en litigio.

Debido a la ratificación en Chile de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, el análisis de este principio debe orientarse hacia el estudio de su consagración efectiva, enunciado en el artículo 12 de dicho instrumento internacional.

Según la Real Academia de la Lengua: **Oír:** del latín *audire*, significa: “percibir con el oído los sonidos”, “Atender los ruegos, súplicas o avisos de uno”, “hacerse uno cargo, o darse por enterado, de aquello de que le hablan”. **Escuchar:** del latín *auscultare*, significa: “Aplicar el oído para oír”, “prestar atención a lo que se oye”. **Opinión:** del latín *opinio*, significa: “Concepto o parecer que se forma de una cosa que no es incontrovertible”, “concepto que se tiene de una persona o de una cosa”.

La Dra. Alcira Ana Yanieri,³⁵ prefiere la voz “oír” porque el juez no sólo se limitará a recibir lo que el niño le manifieste sino que intentará tomar contacto con el niño, encontrar y entablar un diálogo con éste, saber cuáles son sus inquietudes y preocupaciones, todo de acuerdo al espíritu de la Convención. Para ella no es una cuestión de mera semántica desechar el término “escuchar”; este último es tradicionalmente usado en la ley procesal cuando el juez convoca a las partes, con ello quisiera hacer un corregimiento de la situación procesal en la cual esté

³⁴ LATHROP G., FABIOLA, El derecho del niño a ser oído, en: *Nuevas tendencias del derecho*. Varios autores; coordinadora: María Dora Martinic: [Claudia Schmidt Hott...[et al.]] Ed. LexisNexis. Santiago, Chile, 2004, p. 201

³⁵ YANIERI, ALCIRA. Condiciones para que el menor sea oído en el proceso, en: *X Congreso Internacional de Derecho de Familia: El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, 1998, Mendoza, Argentina, Ponencias Comisión II, p. 650, citada por Lathrop G., Fabiola, El derecho del niño a ser oído, en: ob. cit. p. 203

involucrado el niño o adolescente, para salir del ámbito meramente administrativo y dar paso a la especial atención subjetiva que el tratamiento con menores exige.

3.2.1 Concepto del “derecho del niño a ser oído” a la luz del artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño.³⁶

Para la Convención, la participación es uno de sus principios rectores y uno de los objetivos entregados a los Estados partes. “El principio afirma que el niño es una persona en todo el sentido de la palabra, que tiene el derecho a expresar sus opiniones en aquellos asuntos que le afecten, e indica que estas opiniones deben ser escuchadas y tenidas debidamente en cuenta en función de la edad y madurez del niño. Este artículo reconoce las posibilidades que tienen los niños de enriquecer el proceso de toma de decisiones, compartir su perspectiva y participar como ciudadanos y promotores del cambio”.³⁷

Lathrop, adhiere a una interpretación amplia del artículo 12 de la Convención, en términos que el Estado adquiriera una posición de garante que impida restringir su alcance o permitir desvirtuaciones. Una forma de concretar esta posición de garante se implementó con los Tribunales de la Familia.

El concepto del derecho a ser oído, establece dos obligaciones sucesivas (dadas las condiciones del niño a formarse un juicio propio). El primer párrafo establece el derecho del niño a expresar libremente su opinión en toda cuestión que le concierna. El segundo, hace una aplicación de la regla y organiza el derecho a ser escuchado en un proceso, judicial o administrativo.

³⁶ Artículo 12: 1. Los 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 en particular al niño, oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, 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.

³⁷ LATHROP G., FABIOLA, El derecho del niño a ser oído, en: ob. cit. p. 204

Nos parece que el derecho consagrado en la Convención constituye una norma autoejecutable, que no fue aplicada de inmediato por nuestros tribunales, y que sólo fue recogida correctamente (de la forma que establece el tratado) en la legislación nacional con la dictación de la ley sobre Tribunales de Familia.

3.2.2 Extensión del derecho. Aplicación.

El derecho del niño a ser oído, es aplicable en todas las facetas de la vida, tanto dentro del núcleo familiar como fuera de él como puede ser: colegio, la administración y por supuesto la sede judicial. Distinto es que las opiniones vertidas en ejercicio de este derecho sean efectivamente consideradas.

“Se distinguen entonces dos etapas o estadios sucesivos. En el primero de ellos, es primordial entender que todos los sujetos que interactúan deben estar estimulados para acrecentar, cada uno en su ámbito, competencias propias y ponerse en una actitud de escucha recíproca, teniendo en cuenta que hay muchas formas de comunicarse que no son la verbalización y que en determinada edad son más importantes y que deben ser escuchadas desde la interdisciplina. En la segunda etapa de este proceso, se determina si debe o no tomarse en cuenta la opinión del niño, niña o adolescente, y en caso afirmativo, en qué medida. La respuesta a esta nueva interrogante, plantea diferentes respuestas, según se trate de la atribución del cuidado personal, de la fijación de un régimen comunicacional con el padre o madre no conviviente o con otros familiares a los cuales la ley concede tal derecho, en la adopción, en lo referido al ejercicio de mal denominada patria potestad, etc. La solución, será entonces, casuística”.³⁸

“La obligación de oír al niño no es equiparable con la aceptar su deseo. Las expresiones que emita durante el proceso en que sea escuchado, no son una especie de orden para el juez. La actitud correcta del juez ante el cual se presenta el niño es desentrañar la verdadera voluntad, interés, y conveniencia del niño. Lo que el juez oiga de él será un elemento fundante de su decisión pero no su decisión misma. Su necesidad subjetiva deberá ser confrontada con la

³⁸ LATHROP G., FABIOLA. El derecho del niño a ser oído, en: ob. cit. p. 208

necesidad objetiva”.³⁹ En todo caso que se ventile ante él, el juez deberá fallar teniendo en cuenta el interés superior del niño.

Al magistrado le corresponde la difícil tarea de determinar el alcance de la opinión del niño, si ella se condice con su interés superior, si se expresa con su propio vocabulario, si puede ser objeto de presiones por parte de sus padres, saber poner atención a los gestos, y generar la confianza suficiente que le permita al niño o adolescente expresarse con la mayor libertad posible.⁴⁰

3.2.3 Momento en que se puede comenzar a ejercer este derecho.

En esta materia es necesario distinguir entre niños y adolescentes, debido a las diferencias de intereses y necesidades entre ambos grupos. Factores como la distancia generacional entre el niño o adolescente y quien lo escucha y el lenguaje utilizado tanto verbal como gestual, hacen que sea aun más difícil determinar con certeza una edad adecuada.

Las propuestas doctrinarias sobre la edad a partir de la cual los niños deben ser oídos son variadas y va desde los 8 a los 14 años como edad mínima, variando las consideraciones que llevan a tal opinión. Sin embargo, existe unanimidad en otorgar al juez la posibilidad de escuchar al niño pese a no haber cumplido dicha edad, en lo cual los equipos interdisciplinarios revisten especial importancia, más aún cuando deben interpretarse conductas más allá de las palabras. Otros, niegan la necesidad de establecer una edad mínima y abogan porque los niños sean oídos en todo caso sin importar la edad.

La legislación comparada recoge el derecho a ser oído de distintas formas a saber; La *Children Act* inglesa (1989), en su artículo 10, concede al niño el derecho de acceder a la

³⁹ ORLANDI, OLGA. El derecho del niño a ser oído en los procedimientos judiciales vinculados con la familia, en: *X Congreso Internacional de Derecho de Familia: El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas*. 1998. Mendoza, Argentina. Ponencia Comisión II, p.273, citada por Lathrop G., Fabiola, El derecho del niño a ser oído, en: ob. cit. p. 214

⁴⁰ Ver sentencias sobre RECURSOS DE QUEJA ROL: 546-2001 (voto disidente), 1004-2005 (considerando 4º), 4533-2005 (informe ministros recurridos y considerandos 14 y 15 del fallo), Capítulo VI.

justicia, por su propia iniciativa, y peticionar al juez que se pronuncie sobre la modificación o supresión de medidas relativas a su domicilio (*residence order*), régimen comunicacional del padre que no vive con él, prohibiciones que le quieran imponer, entre otras. El artículo 161 de la Ley Holandesa de 1990, permite al menor que alcanzó los 12 años oponerse al derecho de visitas acordado por el juez después del divorcio de sus padres con el mero envío de una carta o una llamada telefónica. En el Código Civil español de 1981, el artículo 92 prevé el derecho del niño a ser oído en los juicios de separación, divorcio y nulidad matrimonial en los siguientes términos: “Las medidas judiciales sobre cuidado y educación de los hijos, serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de 12 años”. Asimismo, el artículo 154 inciso 2º dice que: los hijos que tuvieran suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que lo afecten. Se refieren también a este régimen los artículos 173 y 317 del mismo Código Civil (Cap. IV, párrafo 23, Nº 25).

Ciertos ordenamientos exigen tener la suficiente capacidad o discernimiento para emitir el juicio sin fijar una edad precisa para ello; así sucede en el artículo 190 del Código Civil de Francia. En Alemania la opinión dominante es que la opinión del hijo depende de su edad y madurez. En Estados Unidos se toma como principio rector que el hijo debe tener suficiente capacidad mental para hacer una elección adecuada.

La legislación nacional (ley Nº 16.618), en su artículo 36 señala: “*El juez de letras de menores en todos los asuntos de que conozca apreciará la prueba en conciencia y, si fuere posible, deberá oír siempre al menor púber y al impúber, cuando lo estimare conveniente. Además de los informes que solicite a los asistentes sociales, podrá requerir informes médicos, psicológicos u otros que estimare necesarios...Los menores no necesitarán de representante legal para concurrir ante el juez de letras de menores*”.

La ley Nº 19.968 que crea los Tribunales de la Familia, contempla el derecho a ser oído en dos artículos, primero como un principio de todo procedimiento que se siga ante estos Tribunales, en el artículo 16 inciso 2º: “*El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento*”, y específicamente a favor de los niños, niñas o adolescentes que sean objeto de una medida de

protección , en el artículo 79: “*Los niños, niñas y adolescentes respecto de los cuales se encuentre vigente una medida de protección judicial, tendrán derecho a que el juez los reciba personalmente, cuando lo soliciten por sí mismos o a través de las personas señaladas en el artículo siguiente*”. Como se puede apreciar, la nueva norma procesal es de mayor amplitud que la de la ley de menores, sin entrar a determinar la edad desde la cual se puede ejercitar este derecho ante el tribunal, o establecer algún otro requisito o limitación. A nuestro parecer se recoge de manera correcta el espíritu de la Convención, debiendo aplicar los requisitos mínimos que ella establece en su artículo 12.

3.2.4 Grado de madurez del niño que permite tomar en cuenta su opinión.

“Partiendo de la base de que no existe una edad precisa en la que el juez deba acoger la opinión del niño para tenerla en cuenta en el proceso en que éste se encuentra involucrado, sino que más bien hay que atender al nivel de su desarrollo, cabe ahora precisar los elementos que permitan determinar dicho grado de madurez. Se ha señalado que la etapa preescolar, esto es, hasta los cinco años, se caracteriza por un dominio del lenguaje limitado, lagunas y errores de percepción, comprensión e interpretación, todo lo cual reviste a los procesos mentales de los niños de esta edad, de un carácter fascinante y a veces desconcertante. Si bien es importante permitir la expresión del niño aún a temprana edad, a fin de conocer sus intereses, necesidades y vínculos, no sería operativo legislar sobre el tema en esta etapa, sin perjuicio de que las circunstancias del caso puedan llevar al juez a la convicción de la conveniencia de escucharlo; en dicho caso, serán necesarias otras vías de expresión del niño, que no sean el lenguaje oral, donde cobra relevancia de sobremanera el apoyo del consejo técnico. Pero sin duda, a medida que el niño va creciendo y adquiriendo pensamiento abstracto, su grado de discernimiento permitiría hacerlo participar gradualmente y dentro de lo posible mediante la expresión de su opinión”.⁴¹

Podemos decir que el hecho de poder desarrollar un juicio propio o no poseer el grado de desarrollo y madurez deseado, el niño o adolescente debe ser de todas formas escuchado, y luego

⁴¹ LATHROP G., FABIOLA, El derecho del niño a ser oído, en: ob. cit. p. 214

los profesionales idóneos deben colaborar con el juez en descifrar tanto el lenguaje (de existir) como los gestos del niño que hubiere ejercitado su derecho.

3.3 Otros principios relevantes. Principio de no discriminación.

El principio de la no discriminación es la base de la Convención en si misma, desde que es un tratado sobre derechos humanos, ya que justamente pretende asegurar que los niños y jóvenes tengan la titularidad de los derechos que le corresponden a todas las personas y, para ello, no sólo los reafirma, también reconoce derechos que no se encontraban en las legislaciones internas. En este ámbito su mayor avance es reconocer a los niños primero como sujetos de derecho, luego su calidad de autonomía en desarrollo y por último la necesidad de otorgarles una protección integral.

Desde el preámbulo de la Convención, encontramos la noción de igualdad con una presencia destacada al declarar que ‘la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana’, y reconociendo, ‘que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados’ en los instrumentos de derechos humanos de Naciones Unidas.

“En la teoría jurídica es una idea asentada la existencia de una ‘regla de justicia’ que puede enunciarse como aquella ‘según la cual se deben tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales de un modo desigual’. Tiene, también, suficiente aceptación cultural la idea que los niños deben ser sujetos privilegiados, como lo refleja una de las máximas más socorridas desde el principio del siglo: ‘los niños primero’; igualmente reflejan esta tendencia numerosas iniciativas humanitarias a favor de los niños llevadas a cabo desde organizaciones civiles, gubernamentales e internacionales en todo el mundo”.⁴²

⁴² CILLERO B., MIGUEL Y MADARIAGA HUGO, *Infancia, Derechos y Justicia*, ob. cit. p. 26

3.3.1 Principio de la protección efectiva de los derechos.

La Convención no es un texto meramente declarativo, sino que impone a los Estados adoptar ‘todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados partes adoptarán estas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional’ (art. 4)”.

“El análisis de la discusión sobre la necesidad de redactar una Convención, que superara la Declaración de 1959, revela exactamente la necesidad de avanzar hacia formas de protección de los derechos de la infancia desde instrumentos meramente declarativos o indicativos, hacia normas de carácter vinculante que se incorporaran a la legislación interna por la ratificación y promulgación, accediendo entonces, a los mecanismos internos, de protección de derechos fundamentales, en especial los jurisdiccionales”.⁴³

Respecto de este principio, la ley de los Tribunales de la Familia, incorpora un nuevo procedimiento de protección de los derechos de los niños que se encuentren vulnerados o amenazados. Amenazas y atropellos que pueden provenir tanto de terceros como de los padres. Este es sólo un ejemplo de la concretización de la protección efectiva.

4. Deberes de los niños y adolescentes.

Sin duda, los deberes de los niños no cobran la misma relevancia que el reconocimiento, promoción y protección de sus derechos. De hecho, no encontramos instrumentos internacionales que los regulen, y dentro de nuestro ordenamiento jurídico son tratados por el Código Civil, en relación con los efectos de la filiación. De esta forma podemos claramente observar con existe un catálogo de deberes establecido en relación a los niños, niñas y adolescentes, sino que específicamente establecidos para aquellos que tengan una filiación

⁴³ CILLERO B., MIGUEL Y MADARIAGA HUGO, *Infancia, Derechos y Justicia*, ob. cit. p. 29

determinada. Estos derechos tienen una marcada carga moral, por lo que además de la filiación determinada, tendremos que estar en presencia de una relación directa entre el hijo (a) y sus padres, ya sea que esta relación se lleve a cabo en normal convivencia o por el ejercicio de la relación directa y regular. Los deberes se reducen a dos obligaciones: El deber de respeto y obediencia, establecido en el artículo 222 inciso 1°. Antes, el artículo 219 establecía la misma obligación, declaraba además que los hijos (as) quedaban especialmente sometidos a su padre. En el Diccionario de la Real Academia de la Lengua encontramos las siguientes definiciones; **Respeto:** palabra que deriva del latín *respectus*, que significa atención o consideración; Veneración, acatamiento que se hace a uno; Miramiento, consideración, deferencia. **Obediencia:** Del latín *oboedientia*; Dar la obediencia a uno. fr. Sujetarse a él; reconocerlo por superior. Su alcance es claro y su ejercicio dependerá en los modelos que entreguen padre y madre, tanto cuanto respeten también a sus hijos y les inspiren obediencia. Este deber, como todos los deberes de contenido moral, no tiene una sanción correlativa a su infracción, ni un medio coactivo para exigir su cumplimiento, quedando sometido a la exclusiva relación que mantenga el hijo con sus padres.

El segundo deber establecido para los hijos, es cuidar a sus padres en la ancianidad, estado de demencia, y en todas las circunstancias de la vida que necesiten auxilios. La misma obligación existe a favor de otros ascendientes que no tengan descendientes más cercanos. Este deber se encuentra actualmente establecido en el artículo 223, y debe relacionarse con la obligación de entregar alimentos a los ascendientes (artículo 321 numeral 3° Código Civil). Esta obligación alimenticia,⁴⁴ establece dos casos específicos y una cláusula genérica contenida también en el primer inciso del artículo 223 del Código Civil. Ante la ancianidad y demencia específicamente, y en general en todas las circunstancias de la vida que necesiten auxilios los padres o ascendientes.

Así como existe la posibilidad de exigir el cumplimiento del deber de cuidado de los hijos, la ley declara los casos en que se exime de este deber a los hijos (artículo 324 Código

⁴⁴ El derecho de alimentos se define como: Aquel que la ley otorga a una persona para demandar de otra, que cuenta con los medios para proporcionárselos, lo que necesite para subsistir de un modo correspondiente a su posición social, que debe cubrir a los menos el sustento, habitación, vestidos, salud, movilización, enseñanza básica y media, aprendizaje de alguna profesión u oficio. RAMOS P., RAMÓN. Derecho de Familia, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000. p. 499

Civil), y ello ocurrirá cuando concurren dos requisitos copulativos: el abandono del hijo en su infancia por parte del padre que demanda alimentos, y que la filiación se haya establecido contra la oposición⁴⁵ del padre demandante. Por supuesto que esta situación tendrá que ser alegada por el hijo, quien incluso puede sentirse obligado a otorgar los cuidados necesarios a su padre y madre. Como vemos, este deber con base moral, posee la estructura de un deber jurídico, exigible al obligado incluso coactivamente.

Queda claro que estos deberes no poseen mayor trascendencia en relación al tema que estudiamos y tampoco dentro del Derecho de Familia o el Derecho de la Niñez y Adolescencia, ya que observamos que en las obras dedicadas a ellos, los deberes de los hijos se encuentran tratadas de forma sucinta, sin ningún tipo de desarrollo doctrinario o jurisprudencial.

⁴⁵ Artículo 203 Código Civil Chileno.

Capítulo II.

LAS RELACIONES PATERNO FILIALES.

1. La Filiación.

Para comenzar con el estudio de esta materia, hay que señalar que la palabra filiación, deriva del latín *filius*, que significa hijo y determina la relación que existe entre el padre y su hijo. En nuestro lenguaje, la filiación hace alusión al hecho que “una persona sea hijo de otra, que a su vez, es padre o madre de ella”.⁴⁶ La filiación tiene su base en un hecho natural innegable, cual es que toda persona necesariamente posee un padre y una madre, son estas las leyes de la naturaleza, más, en términos jurídicos ello no ocurre siempre así, y será en estos casos en los que cobrará relevancia la determinación de la filiación, como veremos.

Encontramos diversas definiciones sobre el tema, Rossel, la entiende como “el vínculo jurídico que une a un hijo con su padre o con su madre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su inmediato descendiente, o sea, su descendiente de primer grado”.⁴⁷ A su vez, Somarriva señala que consiste en “la relación de descendencia entre dos personas, una de las cuales es padre o madre de la otra”.⁴⁸ En España, nos señalan que “es la situación recíproca en que se hallan los padres respecto de sus procreados, y éstos respecto de aquéllos. En el plano estrictamente jurídico, la filiación es la relación que une a determinadas personas (que pueden ser padres o no) con otras y que determina en aquéllos y en éstos un conjunto de deberes, facultades y derechos atinentes, en esencia, a la protección (vela, cuidado, alimentos...), educación e inserción social de estos últimos”.⁴⁹ En esta definición o descripción es interesante resaltar que la realidad biológica no necesariamente coincide con la

⁴⁶ ABELIUK M., RENÉ. La Filiación y sus efectos, Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2000. p. 39

⁴⁷ ROSSEL S., ENRIQUE. Manual de Derecho de Familia, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1993. p. 314

⁴⁸ SOMARRIVA, MANUEL. Derecho de Familia, pág. 391, citado por Ramos P., René, en: Derecho de Familia, ob. cit. p. 374.

⁴⁹ BLASCO GASCÓ, F. Derecho de familia. Ma. R. Valpuesta Fernández...[et al.]; E. Roca i Trías (coord). Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p. 281

realidad jurídica, ya que pese a que la filiación como acontecimiento natural debe existir para toda persona, no siempre existe como hecho jurídico. “El Derecho selecciona ciertos criterios para establecer la filiación y el criterio predominante es el dato biológico, pero éste no siempre actuará en todos y en cada uno de los casos en que pretenda determinarse la filiación... Estas restricciones se justifican en razón de que preservan valores e intereses considerados prioritarios por la sociedad”.⁵⁰

Queda claro que la filiación, una vez determinada, tiene por principal efecto establecer el parentesco entre padre o madre y el hijo, que se define como la relación de familia que existe entre dos personas. Para ser más precisos, diremos que la filiación sólo da lugar al parentesco por consanguinidad⁵¹ y en primer grado⁵² de línea recta.

Recapitulando sobre la historia reciente de esta institución, debemos señalar el gran cambio que introdujo el legislador el año 1998 al sancionar la ley N° 19.585, que introdujo el actual estatuto filiativo, el cual tiene como principal objetivo eliminar toda discriminación en cuanto a los hijos, e igualar los derechos de ellos. Para ello, debieron desaparecer las categorías de hijos *legítimos*, *legitimados*, *naturales* y *simplemente ilegítimos*, para pasar todos a ser simplemente hijos. De esta forma nuestro país dió un paso importante que busca dar coherencia al ordenamiento jurídico, y así estas normas civiles se encuentren de acuerdo con las normas constitucionales y de los instrumentos internacionales firmados por Chile.

1.1 Determinación.

⁵⁰ GÓMEZ DE LA TORRE V., MARICRUZ, El nuevo sistema filiativo chileno, Ed. Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2007, p. 14

⁵¹ Artículo 28 Código Civil: *Parentesco por consanguinidad es aquel que existe entre dos personas que descienden una de la otra o de un mismo padre, en cualquiera de sus grados.*

⁵² Artículo 27 Código Civil: *Los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones. Así el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo, y dos primos hermanos en cuarto grado de consanguinidad entre sí. Cuando una de las dos personas es ascendiente de la otra, la consanguinidad es en línea recta; y cuando las dos personas proceden de un ascendiente común, y una de ellas no es ascendiente de la otra, la consanguinidad es en línea colateral o transversal.*

Se puede definir la determinación de la filiación como “la forma legal en que se establece que una persona es hija de otros que son su padre y/o madre”.⁵³ Nuestra legislación regula diversas situaciones en que es necesario determinar la filiación y les otorga reglas específicas, incluyendo en ciertos casos presunciones y llegando incluso a preferir en ciertos supuestos la posesión notoria del estado civil de hijo a la filiación natural. A continuación señalaremos las hipótesis que regula el Código Civil actualmente, previniendo que esta exposición no es un estudio profundo sobre estas reglas, sino más bien se enmarcan en una ilustración sobre el tema. Por lo anterior, no se tratarán temas como la prueba del estado civil y las acciones de filiación.

La filiación puede tener tres distintas fuentes según la regulación actual del Código Civil:

- a) Naturaleza.
- b) Técnicas de reproducción asistida.
- c) Adoptiva.

En el primer caso, la filiación puede ser determinada o no determinada. Es determinada cuando se encuentra legalmente establecida la maternidad, la paternidad o ambas. En caso contrario nos encontramos con un caso de filiación no determinada. Estas mismas hipótesis se aplican a la filiación por técnicas de reproducción asistida, donde la utilización de donantes en dichas técnicas dan origen a un tipo de filiación distinto, donde los principios de voluntariedad y responsabilidad son los que la determinan.⁵⁴

Una vez que existe filiación determinada respecto de una persona se adquiere el estado civil de hijo respecto de ella.

⁵³ ABELIUK M., RENÉ, La Filiación y sus efectos, Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2000. pág.

50

⁵⁴ GÓMEZ DE LA TORRE V., MARICRUZ. El nuevo estatuto filiativo chileno, ob. cit. p. 1 y 15

Filiación adoptiva. Esta forma de filiación, que se opone a la natural, se constituye por medio de un procedimiento judicial, dicho procedimiento es regulado por la ley N° 19.620, que vino a reemplazar de manera orgánica las anteriores leyes que de forma dispersa regulaban la adopción, dichas leyes además establecían categorías distintas de adopción, otorgando algunas el estado civil de hijo, y reconociendo más o menos derechos al adoptado.⁵⁵ El procedimiento judicial, termina por regla general con una sentencia que acoge la adopción, y ordena cancelar la anterior inscripción del adoptado, y al mismo tiempo ordena una nueva inscripción que representa el nuevo estado civil que le otorga la adopción. La ley N° 19.620, sólo reconoce un tipo de adopción en cuanto los efectos, esta es la adopción que confiere el estado civil de hijo al adoptado respecto de sus adoptantes. La extinción de los vínculos filiativos originarios que produce la sentencia de adopción (siendo la cancelación y la nueva inscripción formalidades de publicidad y prueba), solo conocen excepción en la sobrevivencia, por motivos lógicos, de los impedimentos de parentesco para contraer matrimonio.

1.2 Importancia de la diferenciación.

Con anterioridad a la reforma de 1998 que introdujo el nuevo estatuto filiativo, como se dijo, existían diversas categorías de hijos, determinadas en principio por la existencia o no de vínculo matrimonial entre los padres, a lo que hay que agregar la negación a la investigación de la paternidad. No extenderemos la exposición sobre este tema. No es necesario ahondar mucho para percibir la injusticia de tal sistema que radicaba consecuencias negativas en sujetos debido a acciones que no dependían de ellos, con esto comenzaba un sistema de prejuicios, desigualdad y discriminación. Por supuesto cada categoría de hijos ‘merecía’ distintos derechos y privilegios, siendo los hijos legítimos (nacidos dentro de matrimonio) los únicos que merecían todos los derechos de un HIJO.

⁵⁵ De esta forma existían: La adopción según la ley N° 7.613, que no constituía estado civil, los legitimados adoptivos de la ley N° 16.346, que si otorgaba el estado civil de hijo, que era considerado legítimo; la ley N° 18.703 sancionaba los adoptados simples y la adopción plena, de las cuales sólo la última constituía estado civil en favor del adoptado.

Hoy en día estas concepciones decimonónicas han cambiado, ya no existen más que hijos, en esta materia nuestro Código Civil ha sido adecuado a las normas constitucionales⁵⁶ y a los tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Sabemos entonces, que una vez que se atribuye a una persona el estado civil de hijo respecto de su padre, madre o de ambos, será titular de TODOS los derechos que le reconoce la ley, ¿existen entonces diferencias hoy en día? La respuesta es negativa en cuanto a los efectos que emanan de la filiación, es por ello que a continuación estudiaremos estos efectos de manera unitaria.

Las diferencias radican en la forma en que será determinada la filiación. Existe además una clasificación, necesaria en todo sistema, ya vimos que existe filiación determinada y no determinada. A su vez al sistema de determinación nos permite aplicar o no ciertas acciones o actos de filiación. Por ejemplo, la filiación matrimonial determinada por presunción respecto a la paternidad puede ser atacada por la acción de desconocimiento, y la filiación no matrimonial determinada por reconocimiento, puede ser repudiada por el hijo, por enunciar solo dos situaciones posibles.

1.3 Efectos de la filiación.

Son todos aquellos derechos y obligaciones que emanan de la relación de padre/madre e hijo y de ahí con los demás parientes y cónyuge. Determinada la filiación, se producen relaciones jurídicas entre padres e hijos que dentro de la familia tienden a satisfacer las necesidades de los hijos en cuanto a asistencia, protección y representación jurídica.

Serán entonces efectos de la filiación:

⁵⁶ Artículo 1º inciso primero, Constitución Política: Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

- Relaciones personales –autoridad parental.
- Patria potestad.
- Derecho de alimentos.
- Derechos hereditarios.

No todos estos tópicos corresponden al estudio que se está desarrollando y a continuación sólo nos extenderemos sobre los derechos y obligaciones específicos entre padres e hijos y la patria potestad.

Sólo nos resta señalar que los efectos de la filiación, como señala el artículo 181 del Código Civil, otorga efectos declarativos a la filiación una vez que se encuentra legalmente determinada. Por el hecho de ser declarativa la determinación, se retrotraen los efectos de la filiación a la época de la concepción de la criatura. Sólo se exceptúa de esta regla, como ya vimos, la constitución de la adopción que surte sus efectos desde la fecha de la inscripción de la sentencia constitutiva en el Registro Civil e Identificación. Esta retroactividad alcanza a todas las personas a quienes afecte la filiación que ha sido determinada, como el padre, la madre y los parientes, y los efectos de tal retroactividad se refieren al tiempo transcurrido entre la concepción y la determinación de la filiación.

2. La patria potestad.

2.1 Reseña.

Para llevar a cabo una revisión sobre esta institución histórica, debemos partir por la génesis de su denominación, para ello, comenzaremos refiriéndonos al Derecho Romano.

Para los romanos la familia (*domus*) fue de vital importancia dentro de la *civitas*, ya que el conjunto de familias que constituía una casa presuntamente derivaba de orígenes comunes, y de esta forma dichos orígenes se perpetuaban, vale decir que por medio del estudio de una casa o *gens* era posible llegar hasta su primer fundador (el del *gens*). Pues bien, cada familia tenía una

cabeza que la dirigía, éste era el *paterfamilias*,⁵⁷ sus poderes -absolutos- abarcaban el plano religioso, político y judicial. Por supuesto, así como la patria potestad de aquel entonces no es la misma que hoy, el concepto de familia tampoco lo era, ya que en aquellos tiempos su característica principal era un sometimiento total de los miembros de la familia a la *manus* (autoridad) del 'todopoderoso' *paterfamilias*. Estos miembros de la familia que se encontraban sometidos a la *manus*, eran denominados *filiifamilias*.

La familia romana tenía un carácter religioso muy marcado, tanto es así que poseía su propio culto,⁵⁸ al que los pontífices solo podían vigilar. Al mismo tiempo esta familia fue una sociedad de carácter civil, tan autónoma que el *paterfamilias* constituía un magistrado doméstico, con poderes de supremo juez. Su poder y autonomía se grafica en el hecho que podía condenar a lo sometidos a su poder a la expulsión de la familia, la flagelación, la prisión, y hasta la muerte. Para terminar, la *domus*, tenía un patrimonio, el que era común al pater y a sus descendientes bajo potestad. Por supuesto el titular del patrimonio y quien lo administraba era el *paterfamilias*. Cabe señalar que estos derechos patrimoniales, a medida que se reconocía capacidad patrimonial a los *fili*, fueron lentamente restringiéndose.

En cuanto al parentesco, en Roma existió un parentesco civil (agnación- *adgnatio*⁵⁹), uno natural (cognación-*cognati*⁶⁰), y por último la legislación reconoció la afinidad⁶¹ (*adfinitas*).

En concreto, la patria potestad que constituía una autoridad soberana, en Roma estaba compuesta por el conjunto de poderes que el *paterfamilias* ejercía sobre las personas libres que constituían la *domus*. Esta institución tenía un marcado carácter viril, haciéndola exclusiva de los ciudadanos romanos de sexo masculino. Este conjunto de poderes se adquirían respecto de quienes entraban a formar parte de la familia agnaticia del titular de la patria potestad, y ello

⁵⁷ Este vocablo significaba cabeza libre, la persona que no es sometida a potestad alguna. No se refería a una idea de generación, ni a quien tenía descendencia biológica, sólo representaba una situación de independencia jurídica, la ausencia de sumisión a potestad alguna.

⁵⁸ Este culto tenía sus dioses *lares*, que se identificaban con el fundador de la estirpe. Los dioses *manes* eran representados por las almas de los antepasados y de otros miembros ilustres del grupo.

⁵⁹ Este era el parentesco civil reconocido por el derecho romano que unía a todas las personas que estaban sometidas a la patria potestad o potestad marital de un jefe común.

⁶⁰ Parentesco fundado en el vínculo de sangre que unía a las personas que descendían unas de otras o de un autor común, que tanto podía darse en la línea masculina como en la femenina.

⁶¹ Este parentesco se formaba entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro cónyuge.

podía ocurrir por medio del nacimiento, la legitimación, la adopción y la adrogación, conceptos sobre los que no ahondaremos en favor de la brevedad.

La patria potestad romana alcanzaba a toda la familia, tanto sus integrantes (personas) como las cosas que la componían, sus fuentes se remitían en cuanto derecho a la costumbre y las leyes, y en cuanto poder su fuente originaria y definitiva era el propio *paterfamilias*.⁶² El poder absoluto se desglosaba en cuatro potestades: la *patria potestas* (sobre los hijos), la *manus maritalis* (sobre la esposa), la *dominica potestas* (sobre los esclavos), el *mancipium* (cuasi servidumbre de personas libres vendidas al *paterfamilias*), a ellas hay que agregar el señorío sobre las cosas o *dominium*.

En Roma, por mucho tiempo no se diferencia entre el dominio de las cosas y el poder sobre las personas que se le atribuía al pater. En su ejercicio, reconocido y garantizado por el derecho romano, la autoridad pública no tenía injerencia alguna, estaba impedido de intervenir. Tal era la magnitud de estos poderes, que sobre las personas sujetas a potestad se poseía el derecho de vida y muerte, derecho de venta e incluso entregarlos como resarcimiento por los daños derivados de un delito cometido por ellos (los sujetos a potestad). Ejemplos más humanos de este poder eran las posibilidades de designarle tutor al hijo impúber o instituirle un heredero en caso que este hijo falleciera impúber, ambos actos por medio de testamento, por cierto podía oponerse de forma definitiva a que un hijo contrajera matrimonio, así como elegirle el marido a sus hijas.

El control sobre el ejercicio de esta institución, fue lentamente destruyendo el absolutismo del *paterfamilias*, y las nuevas concepciones sociales fueron introduciendo cambios en la estructura de la familia romana. A partir de la época republicana, la forma en que se utilizaban las *potestas* quedó bajo apreciación de los censores. Luego, las Doce Tablas sancionaban con la pérdida de la *patria potestas* al padre que vendía a su hijo tres veces sucesivas, de la misma forma el emperador Adriano condenó con la deportación al padre que mató a su hijo. Bajo Justiniano la institución sufre grandes cambio, el derecho justiniano influido en parte por el helenismo y principalmente por el cristianismo, reduce la patria potestad

⁶² ARGÜELLO, LUIS RODOLFO, Manual de Derecho Romano, historia e instituciones. Ed. Astrea. Buenos Aires, 1988, pág. 413

a un poder de corrección y disciplina, la posibilidad de venta del hijo fue restringida a casos de extrema necesidad, junto con las expresiones más atroces de dicha potestad. De esta forma el derecho romano otorga rango jurídico al principio ‘la patria potestad debe consistir en la piedad no en la atrocidad’.⁶³

El carácter perpetuo de esta institución impedía que al llegar a la mayor edad el hijo, dejará de estar afectado por la potestad. Sin embargo, se extinguía la patria potestad al ocurrir la muerte del *pater*, o en caso de caer en *capitis diminutio maxima o media*, eran formas de extinción indirecta, la primera por una imposibilidad natural de ejercicio y la otra debido a que la potestad era un privilegio exclusivo de los ciudadanos romanos. Otras formas de pérdida eran las de carácter religioso, en caso de elevación del varón a sacerdote de Júpiter o la mujer a virgen vestal. Justiniano instauró la pérdida de la potestad en caso que el hijo fuera designado en desempeño de funciones públicas de importancia. Existió en Roma la *emancipatio*, que por cierto no tenía los mismos caracteres que en nuestro derecho, de hecho sólo provocaba la extinción de la patria potestad originaria, sin que el hijo pasara a depender de la potestad de otro *paterfamilias*, básicamente el procedimiento consistía en una simulación de adopción.

A continuación nos referimos al derecho hispano, y por extensión al derecho indiano. Ahora la patria potestad recaía sobre los padres legítimos y era constituida por derechos y obligaciones con sus hijos, su origen por cierto era romano, como lo atestiguan las *Partidas*, “[P]atria potestas en latín, tanto quiere decir en romance, como el poder que han los padres sobre los hijos”.⁶⁴ En cuanto a la madre, las *Partidas*, la excluyeron del ejercicio de tal derecho, sometiendo a tutela a los varones menores de 14 años y a las mujeres menores de doce.

El *Fuero Juzgo*, otorgaba el derecho de obediencia y respeto de los hijos, conjuntamente con la obligación de éstos a obedecer y respetar a sus padres. A continuación, el *Fuero Real* y las *Partidas* daban derecho a los padres a obtener alimentos de sus hijos. Por último, dentro de los derechos exclusivos se encontraba el del padre a pronunciarse respecto de la solicitud de sus hijos para contraer matrimonio.

⁶³ *Patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere.*

⁶⁴ *Partidas*, 4, 17, 3, en DOUGNAC R., ANTONIO, Esquema del derecho de familia indiano. Ed. Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereyra. Santiago, 2003, pág. 373

El profesor Dougnac, clasifica también ciertos derechos obligaciones: así existe la custodia, que en caso de ser la madre cristiana, a ella le corresponderá sobre los hijos hasta los tres años, luego pasará al padre, este derecho era regulado por el *Fuero Real* y el *Fuero Juzgo*. Las *Partidas* se ocupaban del derecho-obligación de corrección. Se recoge la evolución romana, ya que el castigo solo podía tener como objetivo la educación del hijo y así mejorar su conducta. La representación judicial y extrajudicial correspondía al padre en los casos que el hijo fuera demandado o fuera necesario reclamar sus derechos, su fuente principal eran las *Partidas*. Por último entre los derechos-obligaciones existe la de administrar los bienes del hijo, al que haremos referencia en el numeral siguiente. El derecho hispano ya reconocía ciertas obligaciones a los padres a favor de los hijos no menores: velar por la fe del hijo, crianza que sigue las reglas de la custodia, proporcionar alimentos necesarios para la manutención, entregar dote a las hijas, reservar ciertos derechos hereditarios a los hijos y por último el derecho a disfrutar de la nobleza del padre, que se transmitía por línea de varón.

2.2 El contenido patrimonial.

Para comprender el contenido patrimonial de la patria potestad en Roma hay que saber que los derechos patrimoniales solo aceptaban la titularidad de un jefe de la *domus*, estaba impedido de tener algo propio quien se encontraba sujeto a potestad. Esto explica porqué durante mucho tiempo la posición del hijo en términos patrimoniales fue similar a la de un esclavo. Por el contrario, cuando se trataba de deudas, no era el *paterfamilias* quien debía responder, sino quien se había obligado, el hijo, que para estos efectos era civilmente capaz, independientemente de su carencia de bienes.

Las reglas que dejaban a los acreedores del hijo en la indefensión, pero que ante adquisiciones de éste beneficiaban al padre fueron modificadas en el *ius civile*, al otorgar acciones a los acreedores para dirigirse contra el padre ante contratos celebrados por el *filiifamilias*, en los mismos casos e iguales condiciones que se encontraban las deudas que por actos lícitos generaban los esclavos del *paterfamilias*.

Así como dijimos que los poderes absolutos del padre se fueron moderando, otras innovaciones se produjeron en el derecho romano, el que reconoció de forma progresiva la titularidad de derechos patrimoniales al hijo de familia. Así se generó la idea del peculio, que contenía bienes de los cuales era titular el hijo. De más está decir que el concepto de peculio se ha perpetuado hasta nuestros días.

El primer peculio que conoció el derecho romano fue aquél integrado por dinero y algunos bienes otorgados por el padre, quien mantenía la facultad de disposición, entregando al hijo el goce y administración de este peculio, denominado profecticio. Hay que destacar el carácter revocable de las entregas de bienes que hacía el padre quien recibía los bienes, en todo caso, al fallecer el hijo. Este peculio profecticio era también posible concederlo a esclavos.

El peculio castrense y cuasicastrense fueron creaciones de los emperadores Augusto y Constantino, respectivamente. El primero se componía de los bienes que en su condición de militar adquiría el hijo, tanto los sueldos como botines o herencias de sus compañeros de armas u otros similares. Constituía un verdadero derecho de propiedad, que en un comienzo sólo se pudo disponer por testamento y luego también por actos entre vivos. El peculio cuasicastrense se diferencia del primero sólo en los bienes que lo integran ya que sus efectos jurídicos eran idénticos. Al momento de su creación se integraba por sueldos y retribuciones recibidas por el desempeño de funciones en el palacio imperial, para más adelante aceptarse también su composición por sueldos provenientes de cargos públicos, ejercicio de profesiones liberales, donaciones del emperador o su mujer o adquiridos en la carrera eclesiástica.

Por último el peculio adventicio, también creado por Constantino, entregó al hijo en propiedad los bienes heredados de la madre, sobre los cuales al padre sólo se otorgaba usufructo y administración. En beneficio del hijo, luego le fueron entregados a este peculio todos los bienes que recibiera de los ascendientes maternos a título gratuito, por ejemplo, lucros esponsales, legados o donaciones. En relación con este peculio, el derecho justiniano negó su usufructo al padre cuando al hijo se otorgaba legado o donación bajo condición de quedar el padre excluido del goce. Misma situación cuando el hijo adquiría una herencia contra la voluntad de su *pater* o éste se encontrara en imposibilidad para adquirir.

Nuevamente es Justiniano quien introduce el cambio más significativo en la materia al entregar al hijo la propiedad de todos los bienes que adquiriera cualquiera sea el modo y la procedencia de éstos, quedando al padre sólo el usufructo y su administración. Sólo se exceptuaban los bienes adquiridos por gratitud del padre o con medios suministrados por él.

Como vimos, los avances en materia de peculio adventicio, finalmente entregaban al hijo bienes en propiedad plena, sin limitaciones de administración, de los cuales él podía gozar y disponer, estos ya no constituían un peculio como se concebía antiguamente y fueron el comienzo del patrimonio separado del que tenía el *pater*. Tanto así que al fallecer el hijo, los bienes no debían ser devueltos a su padre sino que eran objeto de sucesión, ya sea intestada o testamentaria.

En el Derecho Hispano esta evolución ha concluido, así lo atestiguan las *Leyes de Toro*, las *Partidas* y el *Fuero Real*, el padre como titular de la patria potestad administra los bienes del hijo, los que se consideran y son del padre. Persisten aún los cuatro peculios que ya estudiamos. Ahora se reconoce la propiedad y usufructo sobre todos los bienes de los distintos peculios, exceptuando el peculio profecticio en el que debido a que es el padre quien cede los bienes que lo integran para que los administre el hijo, la propiedad no abandona al padre quien recuperará luego los bienes y en el tiempo intermedio se apropiará de los frutos que de ellos provengan.

Nuestro Código Civil en su artículo 243 modificado por la ley N° 19.585 define la patria potestad como “*el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados. La patria potestad se ejercerá también sobre los derechos eventuales del hijo que está por nacer*”. En nuestra legislación, esta institución única y exclusivamente regula las relaciones patrimoniales entre padre o madre y los hijos no emancipados. Podríamos decir que en Chile sobrevive la institución como fue primitivamente entendida en Roma, en que el énfasis estaba en el aspecto patrimonial más que en el personal. Con claridad nos señala Graciela Weinstein W., que en esta materia el Código se aparta profundamente de la tradición común consagrada en las *Partidas* y de los Códigos que le

servieron de guía.⁶⁵ Sin embargo nos parece que yerra al decir que esto lo hizo el legislador con el fin de diferenciar con claridad los derechos y obligaciones que emanan de la naturaleza y aquellos que se fundan en la ley, como serían los de índole patrimonial.

Hay que reconocer que el legislador se ocupó de introducir en la definición la voz ‘deberes’, que obliga a quien ejerza la patria potestad a encaminar sus acciones (al menos en lo que a materia patrimonial se refiere) en directo interés del menor y buscar su máximo beneficio. Sin embargo en el título que trata este tema (X libro I) no encontramos ningún deber concreto para los padres, y tendríamos que entender que en el ejercicio de los derechos (claramente establecidos) deberá procurar obtener bienestar al hijo como si se tratara de deberes que está ejerciendo.

Por cierto en la gran mayoría del mundo el concepto real de patria potestad avanza cada vez más hacia la protección del hijo, y su ejercicio en función de su íntegro desarrollo. En Chile no, porque a pesar que se establece que contiene derechos y deberes, en nuestro país no significa lo mismo, se reduce, cosifica, en una herramienta jurídica que tiene por único fin suplir la incapacidad de los hijos no emancipados de administrar lo suyo.

Con anterioridad a la reforma del estatuto filiativo, únicamente los hijos legítimos o legitimados estaban sujetos a patria potestad, más no los hijos naturales, quienes se encontraban sujetos a guarda en lo que se refería a las relaciones patrimoniales. En la discusión de la reforma se planteó la posibilidad de terminar con las discriminaciones contra la mujer y permitir que en conjunto los padres sean titulares de la patria potestad bajo un sistema de presunción de autorización para actuar, salvo los casos específicos en que se exigiera autorización judicial o la celebración de una escritura pública, en que no se podría obviar el acuerdo expreso. Por cierto esta idea fue desechada por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, en su opinión se vería dificultada la gestión de los bienes del hijo, y las presunciones podrían perjudicar a terceros, por último se prefirió la administración unitaria para ser congruente con el sistema utilizado en la sociedad conyugal. Era innegable la visión y pensamiento obtuso de

⁶⁵ WEINSTEIN W., GRACIELA. Autoridad paterna y patria potestad, en: *El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil Chileno*. Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile. Imp. LOM ediciones, Santiago, 1999, pág. 57

nuestros legisladores en estas materias. No sería en absoluto la primera vez que el Código utiliza presunción, algunas incluso más graves que la planteada, sin ninguna consecuencia negativa. Por lo demás, es muy poco frecuente que el sometido a patria potestad tenga un patrimonio abultado, y que habitualmente celebre negocios jurídicos, pero no, los injustificados temores legislativos son superiores a la intención de adecuar nuestro ordenamiento a las normas internacionales y a la opinión prácticamente unánime de la doctrina.

Finalmente, dicha comisión optó por modificar el artículo 244, en el cual actualmente se establece que el ejercicio de la patria potestad será unitario del padre o la madre, pero podrá ejercerse en conjunto por ambos. Cualquiera sea la elección, deben establecerlo por medio de escritura pública o acta extendida ante Oficial del Registro Civil e Identificación, que deben ser inscritas en la partida de nacimiento del hijo no emancipado. A falta de acuerdo, la ley entrega la patria potestad al padre. Encontramos así otra norma que no tienen efecto práctico alguno, una norma fantasma, establecida, a nuestro parecer, con el fin de aparentar una norma de igualdad, pero que no es tal. Para obtener una norma efectiva el régimen básico debe ser el ejercicio conjunto, y el acuerdo debe ser requerido en los casos que se desee establecer el ejercicio sólo para el padre o la madre.

Hay que señalar que en todo caso que este artículo sólo se aplica a parejas que viven juntas. En otro supuesto la patria potestad estará radicada en aquél padre que posee el cuidado personal del hijo.

Como ya se dijo, nuestro Código regula los derechos y atribuciones que confiere la patria potestad. A continuación una breve descripción.

En primer lugar el o los padres acceden a la facultad de gozar ciertos bienes del hijo, es el denominado “derecho legal de goce”, en contraposición a la antigua denominación como un derecho de usufructo (*sui generis*). Se encuentra definido como “la facultad de usar los bienes del hijo y percibir sus frutos, con cargo de conservar la forma y sustancia de dichos bienes y de restituirlos, si no son fungibles; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor; si son fungibles. Se caracteriza este derecho por ser personalísimo, lo que impide su transmisión o transferencia, es inembargable, no obliga a rendir fianza o

caución de conservación y restitución, como tampoco obliga a facción de inventario solemne. Posee además la singular característica de considerar a la mujer como separada de bienes para su correcto ejercicio y respecto de lo que en este ejercicio obtenga, en caso de encontrarse casada en régimen de sociedad conyugal. En los casos que se acuerde ejercicio conjunto de la patria potestad, ella se repartirá en la forma que figure en el acuerdo, y si nada se dice se divide por partes iguales.

Sólo exceptúan de este derecho legal de goce los legados o herencias que pasen al hijo por incapacidad, indignidad o desheredamiento del padre que ejerza la potestad, situación en que pasará al otro padre. El goce de los bienes que integran el peculio profesional y los bienes que sean adquiridos por el hijo por donación, herencia o legado, en los casos que el donante o testador estipula que el goce no lo tenga quien detenta la patria potestad, haya impuesto la condición de obtener la emancipación o dispuesto expresamente que el goce de esos bienes será del hijo.

La patria potestad confiere a su titular también el derecho de representar al hijo. Esta representación es tanto para actos extrajudiciales como judiciales, ya sea como demandante o demandado o en juicios criminales en que deberá proveer los auxilios necesarios para la defensa. En los casos que el hijo actúe por sí sólo sin autorización, únicamente se verá obligado su peculio profesional.

En cuanto a la posibilidad que el juez entregue una autorización supletoria al hijo ante impedimento o negativa del titular a autorizar un acto, se ha estimado por la doctrina que ello no sería posible por no existir texto que lo permita y tampoco contempla esta posibilidad la ley que crea los Tribunales de la Familia.

El tercer derecho que confiere la patria potestad es la administración de los bienes del hijo, esta se extiende a todos los bienes del hijo, con excepción de los bienes que integren su peculio profesional que quedan bajo la administración del hijo. Esta administración no queda a la absoluta discrecionalidad de su titular, y por el Código establece limitaciones en los artículos

254⁶⁶ y 255⁶⁷. En la administración de los bienes del hijo, los padres deberán responder hasta de la culpa leve. Para dar transparencia al ejercicio de este derecho, la nueva ley de filiación ordenó que el o los titulares de la patria potestad pongan en conocimiento de sus hijos la administración realizada, una vez que concluya la patria potestad.

Para terminar diremos que la patria potestad culmina con la emancipación del hijo. La emancipación en la actualidad puede ser de dos tipos, legal o judicial. La emancipación legal se produce por el matrimonio del hijo, haber cumplido dieciocho años, por la muerte del padre o madre y por medio del decreto que da la posesión provisoria o definitiva de los bienes del presuntamente muerto. Por regla general será uno de estos medios los que entregaran la emancipación al hijo, lo que no significa que con ello termine su incapacidad, salvo que se trate del hecho de haber llegado a la mayoría de edad. Pero existen otras causales, que requieren del pronunciamiento de la justicia, será por medio de una sentencia en este caso que se obtenga la emancipación, sentencia que para ser oponible a terceros debe cumplir con el requisito de publicidad de ser subinscrita en la inscripción de nacimiento. La ley contempla taxativamente los casos que permiten decretar la emancipación judicial en el artículo 271 del Código Civil.⁶⁸

3. La autoridad paterna.

3.1 En Roma.

⁶⁶ Artículo 254 Código Civil: *No se podrán enajenar ni gravar en caso alguno los bienes raíces del hijo, aun pertenecientes a su peculio profesional o industrial, ni sus derechos hereditarios, sin autorización del juez con conocimiento de causa.*

⁶⁷ Artículo 255 Código Civil: *No se podrá hacer donación de ninguna parte de los bienes del hijo, ni darlos en arriendo por largo tiempo, ni aceptar o repudiar una herencia deferida al hijo, sino en la forma y con las limitaciones impuestas a los tutores y curadores.*

⁶⁸ Artículo 271 Código Civil: *La emancipación judicial se efectúa por decreto del juez:*

1º Cuando el padre o la madre maltrata habitualmente al hijo, salvo que corresponda ejercer la patria potestad al otro. 2º Cuando el padre o la madre ha abandonado al hijo, salvo el caso de excepción del número precedente. 3º Cuando por sentencia ejecutoriada el padre o la madre ha sido condenado por delito que merezca pena aflictiva, aunque recaiga indulto sobre la pena, a menos que, atendida la naturaleza del delito, el juez estime que no existe riesgo para el interés del hijo, o de asumir el otro padre la patria potestad, y 4º En caso de inhabilidad física o moral del padre o madre, si no le corresponde al otro ejercer la patria potestad.

La resolución judicial que decreta la emancipación deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo.

Como ya vimos, en la antigua Roma nació el concepto de la patria potestad, como se puede ver ahora nos encontramos en el estudio de otra institución, la autoridad paterna. Esto es así debido a la dicotomía generada por nuestro legislador que pronto intentaremos explicar. Por lo pronto diremos que en Roma por cierto no existía tal diferenciación. De acuerdo con lo que anteriormente expusimos no podemos negar que en gran parte el contenido originario de la patria potestad era patrimonial, con esto no nos referimos exclusivamente a que se haya relacionado con los bienes dentro de la *domus*, sino que en la forma de ejercerla el *pater* lo hacía como dueño, del patrimonio, de su mujer, de sus hijos y esclavos. Mucho tiene que ver el hecho que la familia romana no era lo que nosotros conocemos hoy, sino que se basaba en lo que se conoce como vínculos agnaticios, que relaciona en vínculos de dependencia a un grupo de personas sometidas al poder del jefe de familia. Los vínculos que así se establecían no eran necesariamente de sangre. Los poderes del padre eran ejercidos de forma ilimitada y despótica. La disminución del discrecionalismo que rodeaba a la institución se debe en gran parte a la llegada del cristianismo y su aceptación por los emperadores romanos. Esto no significa que el *ius civile* hubiera sancionado deberes para con los hijos o les hubiera otorgado derechos a los mismos, no, los avances fueron siempre en el área patrimonial primero (el reconocimiento de los peculios por ejemplo), y luego progresivamente fueron reduciendo las facultades otorgadas al padre en relación a sus hijos (darles muerte, o cederlos a modo de indemnización), encontramos aquí el germen del respeto a la persona del hijo, quizás el nacimiento de lo que conocemos como autoridad paterna.

Sin duda, en el derecho hispano se recogió esta tendencia, y ya existió la patria potestad como un conjunto de deberes y obligaciones. Lamentablemente debemos echar de menos normas que regularan la relación personal padre-hijo, ya que las obligaciones del padre nuevamente estaban envueltas en el velo de la economía, la obligación de prestar alimentos, dar dote o títulos nobiliarios lo demuestran.

3.2 Desarrollo contemporáneo.

A partir de la filiación se generan fuertes vínculos naturales, estos son absolutamente independientes de posibles relaciones jurídicas que unan a los padres. Corresponde al derecho reconocerlos y dar la estructura a estos vínculos naturales, y en lo posible reflejar el sentimiento social al respecto. Lamentablemente, desde un comienzo se le dio mayor énfasis a los derechos de los padres, dejando por muchos años de lado los derechos de los niños.

El Derecho Romano clásico, y la generalidad del derecho europeo y americano que se basan en el Código Civil francés, agrupan los efectos de la filiación en el concepto unitario de patria potestad, Chile por el contrario tomó otro camino, como antes vimos, la profesora Weinstein es de la posición que esto se debe al virtuosismo del legislador que prefirió diferenciar claramente los efectos patrimoniales de los personales y así nacen en nuestra legislación los conceptos de patria potestad y autoridad paterna. Una segunda postura presenta Fuchslocher, quien radica la diferencia en un antecedente histórico, “ya que bajo el imperio de las primitivas disposiciones del Código Civil la patria potestad no se concedía a la madre, a quien se consideraba incapacitada de ejercerla en su condición de mujer; sin embargo, no pudo sustraer de sus limitadas facultades los derechos emanados de la propia naturaleza para imponer en sus hijos lo que teóricamente se conoce como autoridad paterna”.⁶⁹ También se puede sostener que la diferenciación nace del hecho que el padre y madre legítimos tenían respecto de sus hijos (legítimos) tanto la patria potestad como la autoridad paterna, más los padres naturales sólo eran titulares de la autoridad paterna, no quedando el hijo natural sujeto a patria potestad por lo que se hacía necesario designarle guardador. Esta postura nos parece más congruente con el sistema de desigualdades que estableció nuestro Código a partir del establecimiento de las categorías de hijos.

Actualmente es claro que estas instituciones se dirigen a que al momento de lograr total autonomía los hijos se integren adecuadamente a su medio social, superar la marginación, convertirse en seres íntegros. Para ello los poderes parentales deben ser reducidos. Probablemente en los comienzos de la niñez sea necesario mucho control y presencia, pero a mayor desarrollo requieren sólo una sutil guía más cercana, casi desde el plano de la igualdad y no desde la ‘autoridad’, he ahí quizás porque los jóvenes prestan mucho más atención a sus pares

⁶⁹ FUCHSLOCHER P., EDMUNDO, Derecho de Menores. De la Tuición. Ed. Jurídica de Chile, 1983, Santiago, pág. 104

que a sus padres. Como señala Mizrahi, “no significa plantear antagonismos en las relaciones paterno-filiales, sino promover una estrecha colaboración entre cada uno de los miembros de la agrupación familiar”.⁷⁰ Bien señala este mismo autor que las normas en esta materia deben buscar la independencia futura del sujeto y no sustentar una dependencia estéril. En este sentido señala acciones básicas a seguir; primero la eliminación del vocablo ‘menor’ para referirse a quienes no han alcanzado la mayoría de edad, es un concepto que no inspira confianza y discrimina al niño, este cambio debe ser primero legal, y son abogados y jueces quienes deben comenzar y estimular este movimiento, para seguir con el resto de la población, que generalmente no percibe este tipo de diferencias, pero debe ser instruida si queremos avanzar en el derecho de familia. La denominación patria potestad también debiera ser reemplazada, su significado que atribuye dominio o poder sobre algo, no hace más que dejar al sujeto pasivo (el hijo) como un objeto en la relación jurídica, lo que por cierto les hace perder valor, concuerda con la necesidad de este cambio la profesora Schmidt.⁷¹ Por último Mizrahi critica la expresión ‘autoridad de los padres’, cuestionando que si bien la ley puede atribuir responsabilidad a los padres, no está en ella entregar autoridad, ya que ello dependerá más bien de la relación humana que de la decisión legislativa, así considera que “la autoridad real de un padre ante sus hijos no resulta materialmente factible de serle transferida con la intervención de la ley como si fuera un ‘arte de birlibirloque’”.⁷² Continuar bajo el concepto de autoridad es mantener los resabios romanos del poder sobre los hijos, mientras la responsabilidad-deber, “cumplido adecuadamente subraya el compromiso paterno de orientar a su hijo en el camino de la autonomía...se inclina a auxiliar al vástago para convertirlo en un ser pleno en sus fuerzas creativas”.⁷³

La mal llamada autoridad paterna, es sin duda una responsabilidad, un deber, por más que jurídicamente se otorgue como un derecho subjetivo no lo es,⁷⁴ ya que no confiere un poder

⁷⁰ MIZRAHI, MAURICIO, Familia, Matrimonio y Divorcio, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001 Pág. 135

⁷¹ SCHMIDT, CLAUDIA Y VELOSO, PAULINA, La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia. Ed. LexisNexis, Santiago de Chile, 2001. p. 294

⁷² MIZRAHI, MAURICIO. Familia, Matrimonio y Divorcio, ob. cit. p. 138

⁷³ MIZRAHI, MAURICIO. Familia, Matrimonio y Divorcio, ob. cit. p. 138

⁷⁴ “el derecho moderno ha transformado, del mismo modo que la familia patriarcal, el sentido de la patria potestad, que hoy se considera como una función social y como un conjunto de poderes enderezados al cumplimiento de los deberes y de las obligaciones que la ley impone a los padres. Esos poderes no conforman en sentido técnico un derecho subjetivo, porque el derecho subjetivo es de libre ejercicio y se da en interés de quien lo ostenta, mientras que aquéllos son instrumentales, enderezados al interés de otro y estrechamente ligados con el cumplimiento de deberes de sus titulares” DIEZ-PICAZO, LUIS. Sistema de Derecho Civil vol. IV. Ed. Tecnos, Madrid, 1998. p. 288

a su titular que satisfaga sus intereses, por el contrario, se le entrega un deber en su calidad de padre, deber que no es potestativo desarrollar, es obligatorio, y más aún en el cumplimiento de este deber debe buscarse una función, el resguardo del hijo, protección en una primera faz, seguido de mantenimiento y educación integral, no educación delegada a la escuela o colegio, compromiso activo encaminado a formar una persona con habilidades suficientes de adaptación y desempeño en distintos medios, y nunca dejar de observar la autonomía en desarrollo que constituye el niño y joven, cumpliendo a veces solo labores de orientación.

En el derecho español, la titularidad de la patria potestad es conjunta, pertenece al padre y a la madre, desde que la filiación respecto de ellos se encuentra determinada, esta atribución prescinde del hecho del matrimonio. De acuerdo con Diez-Picazo,⁷⁵ sería un caso de pluralidad de titulares para una potestad única. Para este ejercicio conjunto, se consideran varias posibilidades: el ejercicio conjunto, o individual con el consentimiento expreso o tácito de quien no concurre. Diez-Picazo considera posible la existencia de un consentimiento tácito, que podría considerar algunos actos o todos lo que engloba la patria potestad, consentimiento que podría tener o no un límite de tiempo (caducidad). La ley española valida los actos que celebre uno de los padres conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.

3.3 Nueva denominación. Contenido y ejercicio.

En nuestra legislación la doctrina ha entendido unánimemente la autoridad paterna como el conjunto de derechos y obligaciones existentes entre padres e hijos, relación filial personal o relaciones de familia no patrimonial, cualquiera de estas denominaciones enmarca el contenido de la institución. Por cierto el concepto con el cual se conocen y que hasta el día de hoy es utilizado en la práctica y enseñanza del derecho es obsoleto. La denominación ‘autoridad’, no es más que un resabio del antiguo derecho de familia, aquél en que la familia se basaba en un orden jerárquico, de subordinación. Como ya estudiamos, esta dinámica nace en Roma, y posteriormente se asienta firmemente en la sociedad bajo un modelo patriarcal y profundamente machista. Tanto es así que aún en los años ochenta en textos de derecho encontramos opiniones

⁷⁵ DIEZ-PICAZO, LUIS. Sistema de Derecho Civil vol. IV, ob. cit. p. 290

como la siguiente: “...no se pretende tampoco barrenar el principio fundamental de estructuración de la familia, la disciplina y jerarquía que debe haber dentro de ella...y seguramente la mujer será la primera en que se aplique el art. 219 en cuanto a que los hijos estén especialmente sometidos al padre, porque verá en él justamente expresada su leve personalidad”.⁷⁶ Afortunadamente la evolución nacional hacia una sociedad más democrática, enfocada hacia los derechos de las personas y buscando cada día la mayor igualdad entre los géneros y sobre todo dentro de la familia ha logrado, aunque no con toda la fuerza deseada, obtener modificaciones legislativas que buscan dichos objetivos. Como lo señalaba el profesor Rosende, el antiguo artículo 219 del Código Civil reconocía en su primera parte respeto y obediencia de los hijos hacia su padre y madre, más al terminar el artículo dejaba especialmente sometidos los hijos al padre. Claramente esta norma igualaba a los padres en cuanto personas dignas de tal respeto, pero no existía motivo alguno para limitar el ‘sometimiento’ sólo al padre. No es de extrañar que con anterioridad a la reforma se hubiera aceptado el castigo verbal y físico a los hijos, conductas comunes y practicadas con convicción de forma transversal en la sociedad chilena. Nos parece más adecuada a la realidad social y jurídica la utilización de la expresión **potestad parental** para referirse al conjunto de derechos y deberes que veremos a continuación. Este es el término que recoge el Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador que entró en vigencia el 3 de julio de 2003.

Antes de continuar, enumeraremos el contenido de la mal llamada autoridad parental. No está de más señalar que la gran mayoría de estos deberes y derechos-funciones tienen su fuente en el derecho natural, por tanto su contenido es eminentemente ético, en cuanto surge de la más básica naturaleza humana. Por lo mismo, la regulación positiva los recoge, en ciertos casos procura desarrollarlos con mayor dedicación, pero siempre hay que tener presente que al contrario de los derechos patrimoniales el ordenamiento jurídico no entrega herramientas jurídicas para exigir su cumplimiento, ya que estas carecerían igualmente de eficacia. El título X del Libro I de nuestro Código Civil, establece como deberes de los hijos hacia sus padres el respeto y obediencia, además de los cuidados que deben prestarles en la ancianidad. Por otro lado encontramos los *derechos-funciones*, denominación propia del derecho de familia, ya que

⁷⁶ ROSENDE SUBIABRE, HUGO, Autoridad paterna y patria potestad, en: *Curso Internacional de especialización para jueces de menores y de familia*, Universidad de Chile. Ed. Jurídica de Chile, Santiago. 1983, p. 26

estos no poseen la estructura clásica del derecho subjetivo en que se protege un interés del titular del derecho, sino que el ejercicio de ellos busca un beneficio en un tercero específico, el hijo, y la función de tales derechos la especifica la ley, la obtención del interés superior del niño. Nos encontramos así con los siguientes *derechos-funciones*: Crianza, educación, cuidado personal, relación directa y personal, establecimiento, socorro y corrección. De los mencionados, el hijo sólo puede solicitar compulsivamente el correlativo del deber de socorro, las prestaciones alimenticias, el motivo es sencillo, son acciones que se concretizan en el mundo material, su ausencia podría dejar en un grado de invalidez absoluta a un niño, mucho más allá de la falta de padre o madre, de la falta de afecto, lo que en ningún caso significa que ellas no produzcan consecuencias dañosas en su personalidad.

Es muy importante realizar una aclaración. Podemos ver que la *potestad parental* involucra fundamentalmente una serie de *derechos-funciones*, de ellas estudiaremos en el siguiente capítulo el cuidado personal de los hijos. Existe un mal entendimiento sobre sus implicancias y suele pensarse que su titularidad en las parejas separadas impide la realización del resto del contenido de la potestad. Es muy importante desmentir lo anterior. A partir de una correcta atribución y ejercicio de la relación directa y personal (no visitas), no debe impedirse el desarrollo de la crianza, educación, corrección u otro derecho, asimismo, cada padre debe entender ello, y permitir su libre ejercicio. Volviendo a las malas prácticas, los padres muchas veces entienden o quieren entender que el cuidado personal les reconoce una especie de dominio, y así excluyen de la vida diaria del niño al padre que ya no vive junto a él, el egoísmo y revanchismo son probablemente los principales provocadores de estos graves problemas. El cambio de mentalidad que buscamos promover no es posible concretarlo si no abandonamos definitivamente el término visitas, porque una persona puede visitar a sus tíos o algún amigo, pero entre los padres y sus hijos, al menos durante las etapas de crecimiento, (niñez-adolescencia) deben existir presencia y preocupación constante. Comenzando con esto podremos ir abriendo espacios en la sociedad y permitir que los otros *derechos-funciones* también se puedan ejercitar por el padre que no convive con su hijo. Otras soluciones se señalarán en el siguiente capítulo.

Entonces, podemos decir que desde que se eliminó el ‘especial sometimiento’ al padre, el ejercicio de la *potestad parental* es efectivamente igualitario, no existiendo discriminación

para ningún género desde la premisa de la cohabitación de la madre y el padre y que la determinación de la filiación no se produzca contra su oposición. La ley contempla diversos supuestos en que este ejercicio no se podrá llevar a cabo, son sanciones legales que significan la suspensión o pérdida de la *potestad parental*. Están contempladas para los casos de abandono e inhabilidad moral o física. Hay que destacar que estas sanciones también pueden ser producto de violencia verbal o física contra el hijo, por este motivo fue eliminada del Código la facultad de castigar moderadamente al hijo, el arraigamiento de estos castigos en la familia, llegaban y llegan lamentablemente hasta el día de hoy en feroces golpizas, con consecuencias de graves lesiones, quemaduras, hasta la muerte, sin obviar las perniciosas consecuencias de los castigos psicológicos. Primero hubo que eliminar dicha facultad, al mismo tiempo que consagrar una ley que sancione la violencia dentro de la familia, por cierto esta ley es perfectible y sin duda el legislador habrá de hacerlo, porque hoy no existen dudas que esas acciones son intolerables para la sociedad y el ordenamiento jurídico, la ley N° 19.325 sanciona los actos de violencia intrafamiliar y contempla entre sus medidas precautorias el establecimiento de un régimen de cuidado personal, crianza y educación de los hijos,⁷⁷ y la ley que crea los Tribunales de la Familia introduce un procedimiento especial para su tramitación. La misma ley establece procedimiento especial para el conocimiento de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en el que contempla como sanción la medida de separación del niño de sus padres o de uno de ellos,⁷⁸ o que significaría la imposibilidad de ejercer los *derechos-facultades*.

⁷⁷ Artículo 3 letra h) ley N° 19.325.

⁷⁸ Artículo 74 ley N° 19.968.

Capítulo III.

DEBER DE CUIDADO PERSONAL.

1. Concepto.

Esta institución ha sido definida como “el derecho paternal a la crianza, educación y establecimiento del menor de edad, o como el deber de alimentar, corregir y otorgar por lo menos una educación básica y un oficio de profesión al hijo”.⁷⁹ Otros autores lo definen como “el derecho de los padres de tener a sus hijos en su compañía”.⁸⁰ Fuchslocher⁸¹ nos dice que el cuidado personal es “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a ciertas personas señaladas por la ley o por el juez, respecto al cuidado personal y educación de un niño, niña o adolescente”. Comúnmente el deber de cuidado personal es denominado tuición, pese a que nuestro Código ignora esta denominación.⁸² La génesis del deber de cuidado se encuentra en un nivel primario en la filiación determinada, y en forma secundaria en el parentesco, la adopción o la protección. Dentro de los efectos de la filiación legalmente determinada, el deber de cuidado personal se enmarca en las relaciones personales (potestad parental) que se producen entre los padres y los hijos. La lógica nos dice que el deber de cuidado debe ejercerse a través del contacto físico personal y directo entre el padre y el hijo.

2. Objeto. La protección del niño, niña o adolescente.

Nos encontramos ante una institución de marcado carácter moral que ha sido elevado por el legislador al rango de norma jurídica, ello con el fin de lograr su máxima eficacia y seguridad.

⁷⁹ BAVESTRELLO B., IRMA. Derecho de menores. Ed. LexisNexis, Santiago de Chile, 2003. p. 61.

⁸⁰ SCHMIDT, CLAUDIA Y VELOSO, PAULINA. La Filiación en el nuevo derecho de familia, ob. cit. p. 273.

⁸¹ FUCHSLOCHER P, EDMUNDO, Derecho de Menores, de la tuición, ob. cit. p. 24

⁸² La ley N° 16.618, aún contiene esta denominación en sus artículos 43, 49 y 66.

Al indagar su naturaleza jurídica vemos que se comporta como lo que en derecho civil se conoce como potestad, concepto que se aparta del derecho subjetivo. Este último hace alusión al poder concreto que el ordenamiento jurídico reconoce u otorga a una persona con el fin que defienda y satisfaga sus propios intereses. La potestad en cambio, consiste en un poder jurídico atribuido a una persona para que sea ejercido en beneficio de una persona distinta a su titular. Los conceptos señalados pueden ser englobados dentro de lo que se denomina situación jurídica⁸³ y se diferencian como podemos observar en el sujeto cuyo interés se beneficia con su ejercicio. Hoy el cuidado personal se considera como una función social y como un conjunto de poderes enderezados al cumplimiento de los deberes y de las obligaciones que la ley impone a los padres. Estos poderes no conforman en sentido técnico un derecho subjetivo, porque el derecho subjetivo es de libre ejercicio y se da en interés de quien lo ostenta, mientras que aquéllos son instrumentales, enderezados al interés de otro y estrechamente ligados con el cumplimiento de deberes de sus titulares.⁸⁴

El objeto del deber de cuidado puede ser señalado como el ejercicio de una potestad por la cual su titular tiene bajo su custodia y compañía a su respectivo hijo/a. A primera vista observamos que esta descripción se acerca más al derecho subjetivo que a la potestad, ello porque omitimos señalar cual es el interés ajeno tutelado. Este no es otro que el ya tratado *interés superior del niño* aplicado al caso concreto de la relación padre/madre – hijo, o entre el titular del deber de cuidado y el niño. “La atribución de la guarda tiene una única finalidad, descrita por el legislador y compartida por todos: el interés de los hijos, el interés consistente en la más sana, completa, eficiente formación espiritual psicofísica, económica del menor,⁸⁵ los

⁸³ VODANOVIC H, ANTONIO, Manual de Derecho Civil, Parte preliminar y general. Ed. ConoSur. 1998, p. 164

⁸⁴ DIEZ-PICAZO, LUIS, Sistema de Derecho Civil, tomo IV, ob. cit. p. 288

⁸⁵ En este sentido, fallo sobre RECURSO DE QUEJA ROL 1020-2001, considerando 5º: Las convenciones suscritas por Chile y la ley chilena, obligan a (...) determinar el estado social y psicológico de quienes pretenden ejercer exclusivamente el derecho a vivir con el menor en aras a discernir sobre su aptitud para aquello y el mayor beneficio que se obtendría para el desarrollo integral del niño. Sentencia sobre RECURSO DE QUEJA ROL 1193-2004: Los efectos que la convivencia (homosexual) puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, eventual confusión de roles sexuales por carencia en el hogar de padre de sexo masculino y su reemplazo por una mujer es una situación de riesgo para el desarrollo integral de los menores respecto de la cual deben ser protegidas. Considerando 16 y 17. Considerando 18: La situación actual deja a las niñas en estado de vulnerabilidad en su medio social, ya que su entorno familiar es significativamente distinto del de sus compañeros o vecinos, exponiéndolas a aislamiento y discriminación que afectará su desarrollo personal.

caracteres hereditarios y por impulsos que no se pueden prever ni programar, en claro contraste con el ambiente y con sentimientos afectivos que se tienen que inculcar, que no repercuten en el niño por efecto de una forzada iniciación, sino por un proceso gradual de inculcamiento que se manifiesta en la distancia y en los años”.⁸⁶ El ejercicio del cuidado personal se encuentra siempre funcionalizado. No se ejerce en interés del padre, sino en beneficio del hijo.⁸⁷ La patria potestad es un poder fundamentalmente tuitivo, destinado a la protección de los niños desde el momento de su nacimiento hasta que alcancen la plena capacidad de obrar, tiene que comprender, sobre todo en la primera edad, tanto la esfera personal como la patrimonial.⁸⁸

Tanto es así que en caso de existir colisión de intereses quien tiene a su cargo el cuidado del niño debe preferir el interés de éste antes que el propio.⁸⁹ Estas consideraciones son las que llevan en general a señalar que al referirnos al deber de cuidado nos encontramos ante un poder-deber o derechos-funciones, el cual posee una faz de derecho subjetivo, cuya titularidad puede llegar a disputarse judicialmente y la faz de deber que ya señalamos que se encuentra incorporada en el artículo 222 inciso segundo de nuestro Código Civil.⁹⁰ Claudia Schimdt H.,⁹¹ nos dice que los derechos que les asisten a los padres y que el ordenamiento jurídico les reconoce, no se le garantizan en su interés propio, sino que en el del hijo, de allí que suela hablarse de “derechos-funciones”, o de “*facultades que integran la autoridad de los padres en el interés primordial de los hijos*”.

El deber de cuidado se encuentra dentro de los derechos y obligaciones entre padres e hijos. Nos parece pertinente mencionar que el deber de cuidado, a diferencia de la patria

Hay presencia de un cuadro riesgoso para los intereses de las niñas, cuya protección se debe preferir a toda otra consideración en los términos definidos imperativamente por la normativa que gobierna la materia.

⁸⁶ SCARDULLA FRANCESCO. La Separazione personale del coniugi ed il divorcio, Ed. Giuffrè, Milano, 1977. p. 327 y 328. Citado por: Zanon M, Luis, La Guarda y custodia de los hijos. Ed. Botsch, Barcelona, 1996, pág. 43.

⁸⁷ DIEZ-PICAZO, LUIS. Sistema de Derecho Civil vol. IV, ob. cit. p. 288

⁸⁸ DIEZ-PICAZO, LUIS. Sistema de Derecho Civil vol. IV, ob. cit. p. 292

⁸⁹ ETCHEBERRY C. LEONOR, Nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al derecho sucesorio a la luz de las normas y principios de la ley 19.585. Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 1999. p. 100.

⁹⁰ “La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades”.

⁹¹ SCHMIDT H., CLAUDIA Y VELOSO, PAULINA. La filiación en el nuevo derecho de familia, ob. cit. p. 251

potestad, no es de ejercicio exclusivo de los padres (en conjunto o de manera individual), sino que puede en determinadas circunstancias ser ejercida por parientes u otras personas. Vemos aquí que existe un tratamiento diferenciado entre los aspectos pecuniarios y personales relacionados con los niños más allá de la denominación de las instituciones que los regulan.

3. Formas de ejercicio.

Actualmente y de acuerdo con la normativa legal vigente creemos que para determinar a quien corresponde el ejercicio del deber de cuidado personal se debe analizar primero, y sin distinguir si existe matrimonio o no,⁹² si ambos padres viven juntos. En este caso y habiendo ambos padres reconocido al niño, a ambos en conjunto corresponderá el cuidado personal.⁹³ Esta regla rige también en caso de encontrarse la pareja unida por matrimonio, siempre que cumplan con el requisito de vivir en el hogar común, o más bien que no exista ruptura de la unión conyugal. Es importante destacar que esta forma de determinar el ejercicio del deber de cuidado pone en un plano de igualdad al matrimonio con las uniones de hecho, siendo que estas últimas no se encuentran aún reguladas por nuestra legislación.

En caso que los padres del niño no vivan juntos, habrá que recurrir al segundo elemento de determinación. Habrá que estudiar si ellos se encuentran unidos por vínculo matrimonial o no. ¿Por qué es esto importante? Porque hoy en día, a nuestro parecer, si los padres no viven juntos se debe dilucidar que instrumento regula el cuidado personal. Este nuevo elemento de análisis lo incorpora la nueva ley de matrimonio civil, para lo cual debemos además determinar que clase de ruptura matrimonial acontece.⁹⁴

Primera situación: Padres que no han contraído matrimonio. En este caso debemos primero analizar si ellos han decidido de común acuerdo sobre el cuidado personal de los hijos

⁹² O lo que es lo mismo, sin distinguir entre la existencia de filiación matrimonial o no matrimonial.

⁹³ En el caso que ambos padres vivan juntos, nos parece estéril distinguir si el niño ha sido reconocido por ambos o no según el art. 224, ya que en los hechos ambos ejercerán el deber de cuidado. Reconocemos sí que la falta de reconocimiento en este mismo caso acarreará consecuencias judiciales en caso de una disputa ante los tribunales de justicia.

⁹⁴ Separación de hecho, separación judicial, divorcio.

por medio de la suscripción de escritura pública⁹⁵ subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento. De no ocurrir esto debemos aplicar directamente las normas del Código Civil en el cual el artículo 225,⁹⁶ señala que a la madre del niño corresponde ejercer el deber de cuidado. Fuera del acuerdo directo entre los padres, la atribución legal sólo puede ser modificada por resolución judicial, previa acreditación de causales que hagan necesaria su modificación según estudiaremos.

Segunda situación: Padres unidos por matrimonio. Debemos acudir a la normativa establecida por la ley N° 19.947 sobre matrimonio civil.

Separación de hecho: Nos encontramos ante la situación más incierta dentro del cese de convivencia de los cónyuges. Éstos pueden regular el deber de cuidado de manera directa por medio de un acuerdo regulatorio.⁹⁷ Debemos hacer hincapié en que la suscripción de este acuerdo es facultativa de los cónyuges sin necesidad de justificar su negativa, sin embargo, el acuerdo o su inscripción (en los casos que ésta sea requerida) otorga fecha cierta al cese de la convivencia, elemento de vital importancia para la posterior obtención del divorcio. Falla la ley en no incentivar la búsqueda de soluciones colaborativas entre los cónyuges, ya que les permite

⁹⁵ Respecto de la determinación de la cuidado personal por acuerdo en escritura pública, se ha fallado: El recurso debe acogerse ya que el cuidado personal se encontraba regulado por escritura pública subinscrita en registro civil. Esta decisión de los padres solo puede dejarse sin efecto de común acuerdo por los concurrentes a ella o por decisión judicial fundada en el interés superior del niño que lo haga indispensable por causa calificada. Por el contrario, la decisión de la Corte de Apelaciones de Iquique se basa en la norma genérica del art. 225. Voto disidente en RECURSO DE QUEJA ROL 6333-2005. En la especie no se ha tratado de la validez o ineficacia de la transacción (escritura pública) celebrada por los litigantes. En el caso ninguna inhabilidad de la madre se ha tenido por probada así como tampoco al padre, debiendo seguirse la indicación natural y legal sobre el cuidado de los hijos, pues la única razón por la cual esa indicación fue alterada está constituida por el acuerdo de los padres. Este acuerdo puede revocarse por voluntad o interés superior, lo que no ocurre en este caso. Sin embargo, es dable como causa justificada el estado natural de las cosas, que el cuidado lo ejerza la madre no inhabilitada a quien le resulta legítimo reclamar la cuidado personal de sus hijos, no obstante la transacción hecha valer, pues deber primar necesariamente el interés superior, resguardado por el legislador al entregar la cuidado personal a la madre no inhabilitada en el caso de separación. Cabe tener presente que la celebración de la transacción no constituye motivo de inhabilidad que incapacite ilimitadamente en el tiempo a la madre ni conduce a impedirle la reclamación de que se trata, pues en la práctica quien ostenta la cuidado personal no habrá de incurrir en causal de pérdida de la misma, de manera que si la madre ha de esperar el concierto para revocar el acuerdo puede ello no acontecer y verse así imposibilitada de ejercer el cuidado que natural y legalmente se le ha entregado. Fallo sobre RECURSO DE QUEJA ROL 1228-2006.

⁹⁶ “Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos”. Artículo 225 inc. 1° Código Civil Chileno.

⁹⁷ Artículo 21 ley N° 19.947.

fijar fecha de cese de convivencia sin siquiera haber discutido un posible acuerdo. Esto porque unilateralmente pueden los cónyuges dejar constancia del hecho en las formas establecidas en el artículo 25 de la ley N° 19.947. A falta de acuerdo, la regulación del deber de cuidado personal (en conjunto con otras materias propias del acuerdo regulatorio) es posible someterla a procedimiento judicial de acuerdo con el artículo 23 de la ley de Matrimonio Civil. En caso de no contar con acuerdo directo o regulación jurisdiccional, debemos acudir al artículo 225 del Código Civil.

Separación judicial: Nos encontramos aquí con dos alternativas. La primera consiste en que los cónyuges soliciten en conjunto la separación, para ello deben acompañar un acuerdo regulatorio, que contendrá la determinación de ejercicio del deber de cuidado. La segunda opción opera en caso que se solicite la separación judicial unilateralmente. En este caso, en el mismo procedimiento de separación se resolverá (entre otras materias) sobre el cuidado personal del niño.⁹⁸

Divorcio: El divorcio en Chile puede solicitarse por hechos imputables a uno de los cónyuges (denominado en doctrina divorcio por culpa) o para dar solución a la separación ya existente (divorcio remedio). En ambos casos una vez decretado el divorcio deben encontrarse regulados los derechos y obligaciones entre padres e hijos. El método para llegar a esta regulación es distinto en ambos casos.

Divorcio por culpa: Conjuntamente con la demanda de divorcio, el juez deberá conocer de todos los elementos necesarios para determinar el ejercicio del deber de cuidado. Por regla general primará la atribución legal del artículo 225 Código Civil, a favor de la madre.

Divorcio remedio: Se puede solicitar unilateralmente o de común acuerdo. Concurriendo los requisitos establecidos en la ley para que proceda el divorcio, los cónyuges deben acompañar a la solicitud un acuerdo regulatorio que abarque las relaciones con los hijos. Lógicamente esta situación posee mayores beneficios, ya que el entendimiento entre las partes favorece un acuerdo en que realmente se considere el bienestar del hijo y no factores que no deben concurrir en la determinación de su cuidado personal como odiosidades entre sus padres o el intento de obtener ventajas económicas, como una mejor posición para negociar una eventual compensación económica. La solicitud unilateral obliga a regular las relaciones entre padres e hijos en el

⁹⁸ Artículo 27 ley N° 19.947.

procedimiento de declaración de divorcio, volviendo la ventaja de negociación en beneficio exclusivo de la madre. Esta ventaja es atenuada por la ley de Matrimonio Civil, que exige que el acuerdo sea suficiente⁹⁹ para dar su aprobación.

3.1 Comentario y crítica a la atribución legal del cuidado personal a la mujer.

En esta materia el Código Civil ha experimentado distintas modificaciones hasta llegar el actual método de atribución del cuidado personal. La evolución de nuestra legislación ha dado en esta materia, de manera creciente, el predominio a la mujer ante un quiebre de la pareja.

El Código Civil originalmente otorgaba el cuidado de los hijos menores de cinco años e hijas mayores de esa edad a la madre y el cuidado de los hijos varones mayores de cinco años al padre. Luego el año 1952 por medio de la ley N° 10.271 se extendió el beneficio de la madre, entregándole el cuidado de los hijos cualquiera sea su sexo hasta los catorce años, edad a la que el cuidado pasaba a manos del padre. El año 1989, la ley N° 18.802 extendió aún más la atribución, ejerciendo el cuidado personal la madre sobre todos los hijos menores de edad sin importar su sexo, siendo sólo causal de pérdida de este derecho la depravación de la madre que haga temer que los hijos se perviertan.

Actualmente la ley N° 19.585 regula la materia en la forma que conocemos (atribución legal del cuidado personal de los hijos a la madre, del que se le puede privar por causa calificada). La atribución que contempla el Código Civil es sin duda favorable casi sin contrapesos a la madre, sin límite de edad y sin análisis previo, la mujer tiene el derecho al cuidado personal del niño por el solo hecho de ser su madre.¹⁰⁰

⁹⁹ *Se entenderá que (el acuerdo) es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita.* Artículo 27 inciso 2° ley de Matrimonio Civil.

¹⁰⁰ En fallo sobre RECURSO DE QUEJA ROL 1228-2006: Sabido es que desde tiempos inmemoriales el cuidado de los hijos corresponde a la madre, por razones naturales, situación que el legislador recoge en las disposiciones pertinentes, aunque ese cuidado ha evolucionado en aras del referido interés superior y en desmedro de los deseos de los padres, sin atender a sus dificultades o desavenencias (...) “En esa línea de deducciones han de buscarse las incapacidades que la madre padezca para ejercer el cuidado personal, pues como se dijo ella se encuentra naturalmente dotada para llevar a cabo esa función y es de esa manera como se resguarda el interés superior, de lo contrario la regla general no sería la ya mencionada”.

Nuestra primera reflexión intenta explicar el por qué de la atribución directa del cuidado personal a la madre. Primero se debe recordar la división que existe en Chile entre la patria potestad y la autoridad parental. Debido a la concepción eminentemente machista imperante en la época, no se discutía si correspondía o no al hombre la administración de los bienes del hijo.¹⁰¹⁻¹⁰² Podríamos ensayar una máxima: “El hombre a los negocios, la mujer al hogar”. Estos resabios se fueron consolidando en el derecho, y mientras se mantuvo la patria potestad a favor del padre, la mujer como vimos fue avanzando en sus derechos sobre el cuidado de los hijos, suponiendo al igual que en el caso del padre, era la persona idónea para llevar a cabo la función que “la naturaleza le encomendó”. Llegamos a la legislación actual en la cual aún persiste esta división del ejercicio de los derechos–deberes derivados de las relaciones personales padres-hijo,¹⁰³ pero existen algunos problemas. En la actualidad esta prácticamente erradicada la idea que al hombre y a la mujer les están asignadas sus tareas en la familia con prescindencia de un análisis de sus aptitudes e intereses personales. La ley intentó igualar la atribución de las responsabilidades sobre los hijos, pero a nuestro parecer lo hace discriminando al hombre. Recordemos que él sólo ejerce la patria potestad mientras convive con la madre de los niños, correspondiéndole a la madre el cuidado personal y la patria potestad al cesar la convivencia. Reconocemos que el Código Civil permite que por la autonomía de la voluntad los padres puedan modificar esta atribución, llegando incluso a compartir la patria potestad, derecho que no está reconocido expresamente para el ejercicio del cuidado personal, sin embargo, la crítica apunta a la determinación *a priori* realizada por la ley, y su discriminación hacia el padre, producto de una ley (Nº 18.802) que buscaba mejorar la posición de menoscabo en que se encontraban las mujeres dentro del derecho de familia, creemos que respecto de la atribución legal del cuidado personal se erró el camino.

¹⁰¹ “Tal distinción tiene un antecedente histórico de sistematización, ya que bajo el imperio de la primitivas disposiciones del Código Civil la patria potestad no se concedía a la madre, a quien se consideraba incapacitada de ejercerla en su condición de mujer; sin embargo, no pudo sustraer de sus limitadas facultades los derechos emanados de la propia naturaleza para imponer en sus hijos lo que teóricamente se conoce como autoridad paterna. FUCHSLOCHER P., EDMUNDO. Derecho de Menores. De la tuición, ob. cit. p. 104

¹⁰² Nuestro ordenamiento positivo distingue entre lo personal (autoridad paterna) y lo patrimonial (patria potestad), separación que a juicio de don Fernando Fueyo L., provino, tal vez, de la diferencia de titularidad de derechos en uno y otro caso; en uno, don Andrés Bello admitió la comunidad de derechos de ambos cónyuges y, en el otro –según el Código Civil original-, no se concedió derechos a la madre. SCHMIDT, CLAUDIA Y VELOSO, PAULINA. La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia, ob. cit. p. 246

¹⁰³ Ver SCHMIDT, CLAUDIA Y VELOSO, PAULINA. La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia, ob. cit. p. 248 y 249

Principalmente, como se esbozó, actualmente se ve vulnerada la igualdad¹⁰⁴ que debe existir entre el hombre y la mujer, primero por mandato constitucional, y específicamente por la modificación a los principios¹⁰⁵ que informan el derecho de familia, a partir de la ley N° 19.585. Creemos que en esta materia no existe justificación para un trato desigual,¹⁰⁶ más aún considerando que se trata de una discriminación basada en el sexo de las personas, y que va a tener consecuencias directas sobre los niños. En el fondo, nos señala Barros¹⁰⁷ el cuidado personal ha pasado a ser un derecho de la madre y actualmente sólo puede ser privada excepcionalmente de dicho derecho por una causa calificada,¹⁰⁸ la que dado los ejemplos de maltrato y descuido que utiliza el artículo 225, parecen ser sanciones atenuadas que se aplican a la mujer.¹⁰⁹

La normativa actual disminuye la tendencia a litigar ya que establece un derecho inequívoco para la madre, pero al mismo entrega una posición de negociación mejorada respecto

¹⁰⁴ No son pocos quienes consideran una fórmula habitual en los Juzgados de Familia el atribuir los hijos menores de edad, sin más, a la madre, lo que entienden constituye una actitud claramente contraria al principio de igualdad que contempla nuestra Constitución, y sin que los Jueces entren a valorar en las más de las veces quién de los dos padres está mejor capacitado para atender las necesidades de los hijos en común y en consecuencia otorgar a ésta la guarda y custodia de los menores. TAMBORERO Y DEL RÍO, RAMÓN. La guarda y custodia compartida, en: *Diez años de abogados de familia*, Ed. La Ley, Madrid, 2003, p. 515

¹⁰⁵ SCHMIDT, CLAUDIA Y VELOSO, PAULINA, La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia, ob. cit. p. 28 y siguientes.

¹⁰⁶ UNDURRAGA V., VERÓNICA en su informe en derecho para el recurso de queja rol 1193-2004, página 2, señala que el artículo 225 del Código Civil hace primar el interés superior del niño por sobre el principio de igualdad al establecer una preferencia legal respecto de la madre en la cuidado personal de sus hijos menores.

¹⁰⁷ BARROS B., ENRIQUE. Notas históricas y comparadas sobre el nuevo ordenamiento legal de la familia, en: *El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil Chileno*, Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1999, p.45

¹⁰⁸ En esta línea, considerando 5° fallo RECURSO DE QUEJA ROL 1228-2006, considerando 7, 8 y 9 RECURSO DE QUEJA rol 1193-2004

¹⁰⁹ << (...) no es aventurado pensar que sólo se discute sobre la guarda cuando se considera que la madre no es apta para desempeñarla, mientras que frente a una madre “normal”, los varones no piden la custodia, bien porque piensan que son las madres las que deben cuidar de los hijos, bien porque se despreocupan, o bien porque considerando que no se les concederá en ningún caso dicha custodia, optan por no solicitarla (...). Creemos que esta realidad que ponen de manifiesto las sentencias no debe ser olvidada a la hora de analizar el tema de la guarda. >> GARCÍA PASTOR, M. en: *La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternada*. Godoy Moreno, Amparo. *Diez años de abogados de familia*. Ed. La Ley, Madrid, 2003. p. 316

del hombre producto de la discriminación legal directa. Barros¹¹⁰ propone que el enfoque jurisprudencial¹¹¹ hacia la atribución legal sea más cercano a una presunción de interés del niño y no un derecho subjetivo de la madre, lo que permitiría discutir la titularidad del ejercicio del cuidado personal desde el mayor beneficio que pueda obtener el niño, más que un juicio moral a la conducta de la madre, ello dado el imperativo al aplicar las normas respecto de los niños que establece el artículo 242 del Código Civil.

4. Las causales de inhabilidad.

El Código Civil y la ley N° 16.618 contienen las causales que permiten intentar una modificación en la titularidad del deber de cuidado personal.

El Artículo 225 inciso 3°: “En todo caso, cuando el **interés del hijo** lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u **otra causa calificada**, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo”.

Entonces, en primer lugar debemos señalar que: El primer elemento e indispensable para que exista una causal de pérdida del deber de cuidado es la existencia de un menoscabo contra el niño que atenta directamente contra su interés superior. En segundo lugar y en directa relación con lo ya señalado, la causa debe ser calificada, y con esto se hace alusión a algo más que una conducta simple, un acto de tal magnitud que pareciera indiscutible su gravedad. La redacción de la norma indica que siempre que la modificación sea necesaria para obtener el mayor interés del hijo, la situación se considerará como calificada. El mismo inciso a modo de ejemplo nombra al maltrato y descuido, lógico estos deben ser calificados, no hablamos de un “tirón de orejas”, o de retardarse en recoger al niño del colegio.

¹¹⁰ BARROS B., ENRIQUE. Notas históricas y comparadas sobre el nuevo ordenamiento legal de la familia, en: ob. cit. p. 46

¹¹¹ Como una forma de equilibrar la asimetría impuesta por ley.

En seguida, el artículo 226 inciso 1º se encarga de señalar nuevas causales: *“Podrá el juez, en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes”*. Nos encontramos ante el segundo grupo de causales, que tal como ya se señaló deben ser casos calificadas y que vulneren el interés del niño. Hasta aquí las causales que se encuentran en el Código Civil.

La ley N° 16.618, denominada de Protección de Menores en su artículo 42 se extiende sobre las inhabilidades físicas y morales. *“Para los efectos del artículo 226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en caso de inhabilidad física o moral:*

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

Vemos que varios de estos ejemplos de inhabilidad se confunden con los ejemplos de causales del artículo 225 del Código Civil, así ocurre con los numerales 3 y 4 que tratan en realidad la causal de abandono y el numeral 6 que se refiere al maltrato. No vemos una utilidad real en estos ejemplos, ni siquiera en el numeral 7º que faculta una mayor amplitud al concepto de inhabilidad, pese a que existe ya una norma civil que indica que ante cualquier causa calificada que perjudique el interés del niño puede modificarse el cuidado personal.

5. Causal genérica.

Como ya vimos, nuestra legislación no contiene una enumeración taxativa de las causales de inhabilidad, sino que opera por medio de algunas causales ejemplificadas y por

medio de una causal genérica y residual que en el fondo permite discutir una gran variedad de conductas como posiblemente atentatorias del interés del menor. Es un sistema que de alguna manera permite equilibrar la asignación preferente de la mujer para ejercer el cuidado personal del niño, ya que con anterioridad a su incorporación el artículo 223 sólo permitía privar a la madre del cuidado personal del hijo cuando su depravación hiciera temer que se perviertan los niños. Pese a este avance aún nos encontramos ante una situación que obliga a hacer un juicio sobre las aptitudes y conducta moral de la madre, a encontrar un culpable, y *a priori* esto no debiera ser necesario.

Nos encontramos ante una situación que nos lleva a depender de la interpretación de los tribunales sobre este concepto indeterminado. Concordamos con Etcheberry¹¹² en que el juicio sobre la mayor aptitud para ejercer el deber de cuidado personal no debe convertirse en la búsqueda de una sanción para la madre, pero en los hechos y pese a las modificaciones introducidas lo que ocurre es eso, un juicio de culpabilidad.¹¹³ Barros¹¹⁴ estima que las causales de maltrato, descuido y la causal calificada introducidas por la ley N° 19.585 parecen referirse más a una sanción para la madre. Para evitar que esto suceda, habría que reducir al mínimo la procedencia de causales que involucren sanciones, y como sugiere la profesora Gómez de la

¹¹² ETCHEBERRY C., LEONOR, *Los derechos y obligaciones entre padres e hijos y la patria potestad*, en: *Nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al derecho sucesorio a la luz de las normas y principios de la ley 19585*. Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 1999, p. 105.

¹¹³ RECURSO DE QUEJA ROL 1193-2004: La madre al asumir su condición homosexual, sin poder recibir reproche jurídico alguno, ha antepuesto su propio interés, postergando los de sus hijas, especialmente al decidir la convivencia. Los efectos que la convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, eventual confusión de roles sexuales por carencia en el hogar de padre de sexo masculino y su reemplazo por una mujer es una situación de riesgo para el desarrollo integral de los menores respecto de la cual deben ser protegidas (...) Lo anterior constituye causal calificada del art. 225 que autoriza entregar el cuidado personal al padre en vez de la madre. Hay presencia de un cuadro riesgoso para los intereses de las niñas, cuya protección se debe preferir a toda otra consideración en los términos definidos imperativamente por la normativa que gobierna la materia. Voto de mayoría.

La modificación del art. 225 por el juez es facultativa (podrá) ante la concurrencia de causales que lo hagan indispensable. No procediendo fundamentos faltos de justificación, livianos o ambiguos (...) La causal calificada que señala el mismo artículo no puede provenir de un capricho, prejuicio o arbitrio del juez (...) En tal emergencia, restarle a la madre, sólo por su opción sexual, el cuidado personal de sus hijas menores de edad –como ha requerido el padre sobre la base de apreciaciones netamente subjetivas– involucra imponer tanto a aquellas como a la madre una sanción innominada y al margen de la ley, amén de discriminatoria. Voto disidente.

¹¹⁴ BARROS B., ENRIQUE. *Notas históricas y comparadas sobre el nuevo ordenamiento legal de la familia*, en: ob. cit. p. 45.

Torre¹¹⁵ redactar el artículo 225 de la siguiente manera “*En caso de vivir los padres separados, el hijo quedará a cargo del padre que mejor pueda otorgarle una buena crianza, cuidado, protección y el que mejor facilite la vinculación con el padre no custodio*”. Esta sería la primera norma a que atender para determinar a quién le corresponde el cuidado personal del hijo, luego habría que establecer sólo una causal genérica que exista en beneficio del niño, ya que en ciertos casos si existirán conductas reprochables las que será necesario acreditar para modificar el cuidado personal, pero nos encontraríamos ante situaciones excepcionales y no con el método por el que actualmente se debate sobre el padre más apto para el cuidado personal del hijo.

El concepto indeterminado de *causa calificada* es clave, porque queda sometido a la interpretación de los jueces, quienes deben decidir caso a caso la concurrencia de dicha causal. Con la actual redacción del artículo 225, hay que esperar que se asiente con mayor fuerza el concepto del interés superior del niño como principio rector de las decisiones jurisdiccionales en esta materia, y con mayor énfasis respecto de la causa calificada no como sanción a la madre sino como una circunstancia que hace necesario una modificación en el cuidado del niño en pro de su mayor beneficio. Undurraga,¹¹⁶ señala que para adquirir la característica de calificada, la causal debe cumplir una serie de requisitos:

El carácter calificado de la causal debe tener estricta relación con el interés superior del niño. No es causal calificada aquella que, aún pudiendo ser grave para otros efectos, no es relevante en función del bienestar del niño.

El carácter calificado de la causal supone que el daño que se produce al niño por permanecer con la madre es mayor que el daño que se produce al niño por la separación forzada de su madre.

El carácter calificado de la causal exige una gravedad tal que amerite desestimar el juicio del legislador de considerar que el interés superior del niño es estar bajo el cuidado personal de su madre.

La determinación de si una causa es calificada o no, debe hacerla el juez habiendo oído antes al niño y habiendo tenido debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.

¹¹⁵ GÓMEZ DE LA TORRE V., MARICRUZ. El nuevo sistema filiativo chileno, ob. cit. p. 7

¹¹⁶ UNDURRAGA VALDÉS, VERÓNICA, en: Informe en derecho para recurso de queja rol 1193-2004, p. 5

6. La tuición declarativa.

Dada la importancia de las consecuencias que acarrearán la atribución de la cuidado personal y de la patria potestad, resulta trascendental contar con un sistema que permita demostrar indubitadamente a qué persona le corresponde su ejercicio. Este sistema no fue establecido por la ley, por lo que se trata de un mecanismo para sortear un vacío legal. Nos encontramos en los casos que existe separación de hecho, caso en el cual se aplicará el artículo 225, correspondiendo a la madre en primer término el cuidado de los hijos. Pero, para que ello ocurra es necesario acreditar el cese de la convivencia, que da la aplicación al artículo 225 en favor de la madre. Similar inconveniente surge para aplicar el artículo 226 que permite al juez entregar el ejercicio del cuidado personal a personas distintas de los padres (prefiriendo a los ascendientes), para el caso de padecer ambos padres inhabilidades físicas o morales. Tanto la solicitud de la madre para establecer la separación de hecho, como la de otras personas a falta de ambos padres, han encontrado solución jurisprudencial en la denominada *Tuición declarativa*. Por medio de un procedimiento no contencioso, y acreditándose los hechos que se invocan,¹¹⁷ se dicta resolución (siempre buscando el mayor interés del niño y oyéndolo si fuera procedente) que reconoce u otorga legalmente el cuidado personal del niño a quien corresponda (y en el caso de la madre también se incluye la patria potestad). Una copia de la resolución se subinscribe a la inscripción de nacimiento del niño, como medida de publicidad. En el caso de ser la madre quien solicita esta declaración judicial el tribunal se limitará a constatar el cese de la convivencia, y reconocer la aplicación del artículo 225 del Código Civil como método de atribución legal del cuidado personal al caso en cuestión. Es más complejo el caso del padre, un tercero o ascendiente, ya que se deberá establecer la ausencia de la madre o ambos padres y además producir convicción en el tribunal que el solicitante es una persona apta para el cuidado, fundiéndose con el mejor interés del niño.

En el fondo nos encontramos ante un procedimiento no contencioso regulado por la ley que crea los Tribunales de Familia, y en su defecto por las normas contenidas en el Código de

¹¹⁷ Pese a que la casuística es difícil de abordar a modo de ejemplo entregamos la situación de la madre separada de hecho y el de los ascendientes que han quedado de facto al cuidado de su nieto.

Procedimiento Civil. Al ser un acto de creación jurisprudencial resulta complejo enumerar requisitos, u otros elementos de esta institución, que al tener por finalidad dar correcta aplicación a la ley se rige por el caso concreto y su propia complejidad.

7. Efectos civiles del secuestro internacional de menores.

Esta temática se encuentra específicamente regulada por la “*Convención de la Haya sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores*”, en adelante “la Convención”. Su objetivo primordial es proteger a niños contra un traslado o retención ilícitos, salvaguardando su entorno afectivo-social. Decimos que un traslado o retención son ilícitos en los casos que éste infringe la titularidad del deber de cuidado personal, se encuentre asignado a una (o unas) persona natural, institución pública o privada, u otra organización. La Convención vincula a los Estados contratantes para que los niños trasladados o retenidos ilícitamente en un país distinto del de su residencia habitual, sean restituidos a éste. Constatados estos supuestos, los jueces no pueden conocer de los méritos del asunto, sino aplicar directamente la Convención. El fondo del asunto sólo puede ser discutido una vez que el niño sea restituido a su residencia habitual.¹¹⁸ Pese a que la Convención se aplica a la hipótesis anterior, ministros de nuestra Corte Suprema han sostenido que si un padre o su hijo son chilenos, no corresponde aplicar las disposiciones de la Convención,¹¹⁹ sino los artículos 14 y 15 del Código Civil. A nuestro parecer, esta línea de pensamiento se contrapone primero con el principio de especialidad contenido en el artículo 4º del mismo Código Civil, y en segundo término con el factor de conexión establecido en la Convención, a saber, la residencia habitual del niño.

¹¹⁸ En este sentido, fallo de segunda instancia, recurrido de queja: “Se ha probado que junto a la madre (en Chile) los niños están en buenas condiciones de vida, pero no puede olvidarse que tratándose de una retención ilícita el presupuesto fáctico favorable a la decisión de no entregar a los menores dice relación con las precisas situaciones del artículo 13 de la Convención, por lo que la resolución de este asunto no puede ser adoptada con consideraciones propias de un proceso de cuidado personal, toda vez que esta última cuestión según el artículo 16 de la misma Convención solo puede ser debatida una vez que se haya determinado que no se reúnen las condiciones para el regreso del niño”. En Capítulo VI, numeral 1.1

¹¹⁹ RECURSO DE QUEJA ROL 546-2001, voto disidente: Los ministros recurridos incurrieron en falta o abuso al no aplicar el artículo 15 n° 2 del Código Civil, que dispone que deben sujetarse a las leyes patrias los chilenos en lo relativo a sus obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia. RECURSO DE QUEJA ROL 2594-2004, 2 votos disidentes: La nacionalidad del niño es chilena, por lo que a su respecto y al de su madre corresponde aplicar el artículo 15 de nuestro Código Civil.

Actualmente la autorización para salida del país es competencia de los Tribunales de Familia,¹²⁰ para los casos que sea debatida o imposible obtener el consentimiento de alguno de los involucrados. La regla general es que la autorización conste en escritura privada, firmada ante Notario por ambos padres.

La Convención viene a evitar posibles abusos derivados del mandato de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, que dispone a favor del hijo el derecho de relacionarse con su padre/madre por medio de salidas del país en que reside, para el caso que el padre resida en un país distinto. Estamos en presencia de una relación transfronteriza.

El factor de conexión que utiliza la Convención es la “residencia habitual”, la cual no se encuentra definida. El concepto sirve para determinar bajo que legislación se regulará y juzgará el derecho de cuidado personal. La residencia habitual deberá ser determinada entonces al caso concreto en que se deba aplicar la Convención, permitiendo que el concepto se independice de las legislaciones en conflicto. Entendemos que la residencia habitual es aquel lugar en que el niño/a tiene su centro de vida, que considera el lugar en que vive y el aspecto socio afectivo. Hay que señalar que el factor de conexión analizado excluye a otros como nacionalidad y domicilio, pese a que es usual que éste último coincida con la residencia habitual.

En la Convención, se resalta el cuidado personal de un niño ligado a la determinación de su residencia, facultad incluida en él. La contravención a la determinación de residencia por parte de un padre, da lugar a la aplicación de la Convención, siempre que concurren las circunstancias antes señaladas.

El procedimiento de urgencia destinado a obtener el regreso del menor, ha sido adoptado en Chile por medio de Auto Acordado de la Corte Suprema. Este procedimiento se aplica al recurrir ante los Tribunales de Familia para que se ordene el regreso inmediato del niño/a. Lógicamente la finalidad del procedimiento es hacer operativa la Convención, sin embargo esto no siempre ocurre. A continuación analizamos la forma de aplicar el articulado.

¹²⁰ Ley N° 19.968, Artículo 8 n° 11).

En teoría, si ha transcurrido menos de un año desde el traslado o retención ilícita, el tribunal o el órgano administrativo se encuentra obligado a ordenar el regreso, sin otra consideración, pues como ya señalamos no es posible discutir el derecho de cuidado personal en este procedimiento, ya que este se encuentra determinado previamente de acuerdo con otra legislación. En el caso que se inicie el procedimiento después del plazo de un año, también se debe proceder a ordenar el regreso, pero en este caso es posible oponerse a ella, fundado en haberse integrado el niño a su nuevo medio. Comprendemos que esta norma tiene por finalidad aminorar las posibles secuelas ante constantes cambios de residencia, pero también nos parece que estimula burlar la acción judicial por el tiempo establecido, con la finalidad de lograr revertir un deber de cuidado ya establecido de acuerdo a derecho.¹²¹ El procedimiento puede suspenderse o rechazar la solicitud cuando la autoridad judicial o administrativa estime que haya motivos suficientes para creer que el niño ha sido trasladado a otro Estado.

Es importante destacar que en cualquier situación es posible oponerse al regreso inmediato, por las siguientes causales:

No haber ejercido el deber de cuidado por parte de su titular, al momento del traslado o retención.

Haber consentido el titular del deber de cuidado personal al momento del traslado o con posterioridad.

Existir riesgo grave que el regreso exponga al niño a peligro físico, psicológico u otro que lo ponga en una situación intolerable.

Según edad y madurez del niño, deberá tenerse en cuenta su opinión cuando se opone al regreso.

Observamos que la Convención finalmente permite discutir sobre el ejercicio de la cuidado personal, en base a las pautas recién enumeradas, las cuales contienen causales amplias, y que pueden llevar al tribunal a denegar la solicitud de regreso inmediato, modificando *de facto* la titularidad del deber de cuidado personal, que se encontraba determinada según las normas de una legislación distinta a la que debe resolver sobre el regreso inmediato. En nuestra

¹²¹ En este sentido alegó una madre para fundar su oposición a la solicitud de retorno inmediato, en RECURSO DE QUEJA ROL 546-2001 “Esta parte sostiene que no se puede considerar que el traslado de los niños a Chile donde se han radicado y habitan con su madre por casi un año al amparo de la ley chilena sea un traslado o retención ilícita como exige la Convención”

recopilación de fallos sobre recursos de queja del período 2001-2006, encontramos que en su gran mayoría se denegó la solicitud de retorno inmediato, basándose principalmente en el riesgo grave de exponer al niño a peligro o situación intolerable,¹²² pese a que la misma Corte estableció que se reunían los requisitos para ordenar el retorno. Otra sentencia¹²³ fundó su negativa a ordenar el retorno en la falta de ejercicio efectivo de la cuidado personal y el consentimiento al traslado. A nuestro parecer destaca el fallo¹²⁴ en el cual no se dio lugar al recurso de queja intentado, dejando a firme la orden de retorno inmediato. La Corte consideró que no concurría causal de oposición al retorno, pese a que ello significaba alejar a los niños de su madre y enviarlos de regreso a Francia con su padre. Ella alegó que los niños, con el retorno, se verían expuestos a grave riesgo de daños físico y psicológico, acompañando informes en este sentido. La defensa del padre atinadamente señaló que estos riesgos eran consecuencia exclusiva del actuar de la madre quien desobedeció la decisión de los tribunales franceses. Esta línea de pensamiento fue acogida por la mayoría de la Sala, existiendo voto disidente.

Pese a que en principio al constatarse el traslado ilícito debe ordenarse el retorno inmediato, esto puede tener consecuencias dramáticas para los niños, por lo que antes de ordenarlo corresponde analizar la totalidad de los antecedentes del caso para cerciorarse que el retorno no pondrá a los niños en situación de peligro objetivo. Esto a veces se puede confundir con una disputa sobre la titularidad de la cuidado personal, más aún cuando se trata de madres chilenas resguardadas por la legislación nacional. Creemos además que en los casos en que el o los niños se encuentran en peligro viviendo con o cerca de su padre o madre, es más conveniente recurrir al auxilio de los tribunales del país en que se producen los hechos, ya que de otra forma la situación asemeja un escape hacia Chile, para así obtener una decisión favorable, como de hecho ocurre en la mayoría de los casos.

En nuestro país la autoridad central encargada de dar cumplimiento a las obligaciones impuestas por la Convención es la Corporación de Asistencia Judicial de la región metropolitana, designada por el Estado de Chile a través del Ministerio de Relaciones Exteriores.

¹²² Sentencias sobre RECURSOS DE QUEJA ROL: 804-2001, 1231-2004 (con voto disidente), 2594-2004, 4533-2005 (con voto disidente).

¹²³ RECURSO DE QUEJA ROL 1004-2005 (con voto disidente).

¹²⁴ RECURSO DE QUEJA ROL 546-2001

8. Cuidado personal compartido.

El cuidado personal compartido no existe como tal en Chile, no se encuentra regulado ni aludido en nuestro ordenamiento. Difiere claramente del sistema imperante en la actualidad, el cuidado personal exclusivo; esto es, que el niño reside de manera exclusiva con uno de sus padres (correspondiéndole al otro mantener una relación directa o regular). El cuidado personal compartido es una modalidad de ejercicio del deber de cuidado. Su denominación alude a que la titularidad del deber de cuidado es ostentada por más de un sujeto. Debemos ser cuidadosos en la denominación. El cuidado personal compartido propiamente tal se da de forma alternada o sucesiva, ya que el cuidado conjunto hace alusión al ejercicio común de la potestad parental.¹²⁵

Se puede conceptualizar como aquella custodia ejercida o desarrollada por más de un titular, generalmente el padre y la madre, distribuyéndose el derecho-función entre ambos, de manera que cada uno convive con el hijo por periodos alternos o sucesivos. “Consiste en que el hijo conviva con cada padre por períodos alternos o sucesivos, de tal forma que el guardador será el padre o la madre dependiendo el período de que se trate”.¹²⁶

El sistema de custodia compartida no es *per se* ni intrínsecamente bueno, ni intrínsecamente malo, tan sólo acoge tales calificativos cuando la adaptación de sus planteamientos jurídico-teóricos se hace con fortuna o sin ella, respecto de la situación que se da en la realidad de las cosas.¹²⁷

Como bien lo señala la ley N° 15/2005 de España, que introduce este sistema en su legislación, su finalidad es “procurar la mejor realización de su beneficio e interés, y hacer que ambos padres perciban que su responsabilidad para con ello continúa, a pesar de la separación o

¹²⁵ GODOY MORENO, AMPARO. La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternada, en: ob. cit. p.324

¹²⁶ GODOY MORENO, AMPARO. La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternada, en: ob. cit. p. 326

¹²⁷ GODOY MORENO, AMPARO. La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternada, en: ob. cit. p. 317

el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad”.¹²⁸

Esta modalidad de ejercicio del cuidado personal requiere de un elemento fundamental: Una razonable comunicación y entendimiento entre los padres. Pese a eso la ley española permite que el juez la fije a solicitud unilateral de una de las partes.¹²⁹

Creemos que para que el juez apruebe el acuerdo regulador de divorcio o separación (si los padres no están casados el acuerdo sobre la materia no se somete a aprobación judicial, lo que nos permitiría señalar que existe una mayor autonomía de la voluntad, o que el legislador presume el buen juicio y entendimiento entre una pareja que no está unida por matrimonio, lo que no nos parece razonable dada nuestra legislación) debe atenderse a determinados criterios. Zanon¹³⁰ nos entrega útiles pautas sobre la materia: Primero, atender al interés superior del niño, norma imperativa directa para el juez de acuerdo con el artículo 242 de nuestro Código Civil. Podemos distinguir tres tendencias; una autoritaria, respecto de los padres por considerar poco formada la voluntad del niño, otra tendencia permisiva a los pareceres del niño y una tercera intermedia que tome en consideración la edad, desarrollo y personalidad del niño. Zanon, de mejor manera, distingue entre el interés moral y material, intentando conciliar ambos, pero dando preferencia al primero si el caso así lo requiere. El interés moral consiste en una completa y eficiente formación espiritual, psicológica y educativa de acuerdo a la edad. Se da por sentado que pese a ser el ideal, conciliar el interés moral, material, y afectivo del niño con los de los padres no es sencillo, llegando en ciertos casos a tener que preferir el interés material en desmedro de otros.

El interés moral del niño se forma por su desarrollo psíquico, sociológico, educativo, ambiental y afectivo llevado a cabo desde la más tierna infancia y de manera sostenida durante el crecimiento, lo que sin duda hace necesario el mejor ejemplo posible de parte de sus padres. El interés material en esta institución estará suficientemente resguardado en caso de poseer los

¹²⁸ Ley N° 15/2005, BOE N° 163

¹²⁹ En este punto Godoy Moreno estima que la guarda alternada no tiene cabida fuera de la sede consensual, no puede ser impuesto contra la voluntad, de al menos, uno de los padres. La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternada, en: ob. cit. p. 339

¹³⁰ ZANON M., LUIS, Guardia y Custodia de los hijos, ob. cit. p. 39

padres condiciones similares de modo de asegurarle al niño un *status* de balance más que de contrastes. Un desbalance podría entorpecer o impedir el adecuado ejercicio de esta modalidad de cuidado personal, en el caso que no exista la disposición a ceder privilegios económicos en pro del interés del niño.

Otro elemento de análisis es la edad y sexo del niño. Celebramos que en Chile no exista un criterio de atribución del cuidado personal basado en la edad¹³¹ del niño, ya que este método puede ser perjudicial en el caso concreto y dificulta la custodia compartida desde el momento que el padre al cual la legislación otorga el cuidado se siente dueño de este hijo. Es probable que mientras menor sea la edad del niño sea más difícil de implementar la modalidad, pero pese a ello nos parece indispensable para su interés un régimen amplio para el ejercicio de una relación directa y regular.

Es sin duda un elemento de vital importancia el conocer el parecer del niño sobre la aplicación de la custodia compartida. Derecho de ser oído que hoy se debe aplicar de manera extensa según la actual norma contenida en el procedimiento de Tribunales de Familia¹³². No es, sin embargo, el niño quien toma la decisión, sino que integra la decisión del juez como otro elemento de juicio, pero, su opinión será más considerada en la medida que ésta provenga de una persona de mayor edad, razonamiento y madurez. Por ejemplo nos parece que ante una solicitud de cuidado compartido en que el niño solicita quedar sólo al cuidado de su padre permisivo, el juez deberá desestimar esta opinión, permitiendo también a la madre estricta dirigir el crecimiento de su hijo.

Por último las convicciones políticas y religiosas tendrán escasa relevancia al analizar un acuerdo de cuidado compartido. Esto debido a que debe prestarse mayor atención a la personalidad moral del padre y que la educación que ellos impartan debe partir de la moralidad. Godoy, incorpora como requisito fáctico para su aplicación, que los modelos existenciales de los padres sean similares.¹³³

¹³¹ Derogado por ley N° 18.802 de 1989 que modificó al Código Civil.

¹³² Artículo 16 ley N° 19.968.

¹³³ GODOY MORENO, AMPARO. La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternada, en: ob. cit. p. 340

Lathrop¹³⁴, en su estudio sobre la aplicación de custodia compartida en España identifica ciertos criterios aplicados por los Tribunales de Justicia; Existencia de condiciones habitacionales y proximidad de domicilios; distribución de gastos de acuerdo a los períodos de convivencia; colaboración y buen entendimiento entre los padres.

En Chile, hay que recordar, el sistema que engloba los derechos y obligaciones entre padres e hijos está estructurado de manera distinta que en España y Argentina donde la patria potestad abarca la administración de bienes, autoridad parental y relación personal. En nuestro derecho conocemos dos instituciones independientes pero estrechamente relacionadas, la patria potestad y la autoridad parental. En España la patria potestad es ejercida en conjunto¹³⁵ en los casos de normalidad familiar y en ciertos casos de crisis, pese a que en ésta última situación la guarda puede atribuirse exclusivamente a uno de los padres. Se reduce la guarda a tener los hijos menores en su compañía; toda otra facultad que emane de la patria potestad se ejerce en principio en conjunto (velar por los hijos, alimentación, educación, formación integral, representación, y administración de bienes). En nuestro país, debido a la dualidad ya sabida, no se repite la fórmula. La atribución del cuidado personal, se limita también a la compañía del niño, pero conlleva siempre la administración de sus bienes y representación exclusiva¹³⁶ (patria potestad). Las demás facultades contenidas en la autoridad parental se deben ejercer en conjunto (realización espiritual y material, cuidado personal de la crianza, educación, alimentación y gastos de crianza, educación y establecimiento). Como vemos, las diferencias existen y a nuestro parecer existen con mayor fuerza aún en la comprensión de la ciudadanía lega, dado que existe la percepción que el cuidado personal encierra la patria potestad y todas las facultades de la autoridad parental con excepción de los alimentos y la relación directa y regular.

¿Es aplicable en Chile la custodia compartida? Creemos firmemente que sí, es posible y es necesario. Pese a nuestra opinión, la legislación actual no la considera expresamente, ni el Código Civil, ni la Ley de Matrimonio Civil, ni la Ley de Tribunales de la Familia. Debemos recurrir a la interpretación, una interpretación extensiva. El Código Civil sólo permite entregar el

¹³⁴ LATHROP G., FABIOLA. Cuidado personal de los hijos: análisis de ley de matrimonio civil y tribunales de familia. Ed. PuntoLex, Santiago, Chile, 2005, p. 102.

¹³⁵ GODOY MORENO, AMPARO. La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternada, en: ob. cit. p. 325

¹³⁶ Artículo 245 Código Civil Chileno.

cuidado personal del hijo a la madre (atribución legal, regla general), o por acuerdo en escritura pública al padre. A nuestro parecer la Ley de Matrimonio Civil al imponer que en el acuerdo regulador se resuelva sobre el cuidado personal, sin límites expresos, entrega la posibilidad a los cónyuges de fijar la modalidad con libertad. Para afirmar que en Chile, hoy es posible aplicar la custodia compartida nos basamos en la autonomía de la voluntad de los padres, el interés superior del niño, al imperativo judicial de fallar de acuerdo a este interés y a la necesidad constitucional de buscar una posición de igualdad entre el padre y la madre del niño. Para lograr una completa y óptima custodia compartida, el acuerdo debe incluir el ejercicio conjunto de la patria potestad, cuya procedencia es también debatible a la luz de los artículos 244 y 245 Código Civil Chileno. Nuestra afirmación es además reforzada por la Convención Internacional de Derechos del Niño, que en su artículo 9 numeral 1º, señala que los Estados parte deben velar porque el niño no sea separado de sus padres contra su voluntad, lo que en una situación de separación de los padres es posible resguardar por medio de la práctica del cuidado compartido del hijo; lo que sin duda redundará en su mayor beneficio.

Capítulo IV

NORMAS DE PROCEDIMIENTO.

1. Los Tribunales de la Familia.

Los Tribunales de la familia constituyen la más reciente innovación legislativa en materia de familia incluyendo por supuesto al deber de cuidado. Obedece en primer término al cumplimiento de las obligaciones contraídas por Chile al firmar la Convención Internacional de Derechos del Niño. Estos Tribunales al entrar en vigencia reemplazaron a los Juzgados de Menores pasando a ocupar su lugar como judicatura especial.

Ya en el año 1993, la Comisión Nacional de la Familia, detectaba las siguientes deficiencias del sistema de Juzgado de Menores¹³⁷ que hacían imperiosa esta reforma:

- a) El atochamiento del sistema.
- b) La gran dispersión de reglas, procedimientos aplicables y tribunales competentes en los asuntos de familia.
- c) La inexistencia de tribunales especializados.
- d) La preponderancia de la lógica adversarial para el tratamiento de los conflictos.

Los Tribunales de la Familia fueron creados por la ley N° 19.968, publicada en el Diario Oficial el 30 de Agosto de 2004. El proyecto de ley con que se inició su tramitación fue presentado en noviembre del año 1997, siendo la ley finalmente promulgada el 25 de agosto de 2004. Esta ley logró actualizar las normas de procedimiento y organización, adecuándolas a las anteriores reformas del estatuto filiativo y la nueva ley de matrimonio civil. Los conflictos de naturaleza familiar suelen poseer una naturaleza más bien sistémica, razón por la que las nociones habituales del derecho privado resultan inadecuadas. Así, el diseño predominantemente adversarial del procedimiento, su extrema escrituración, la alta mediación y discrecionalidad del

¹³⁷ Informe Final de la Comisión Nacional de la Familia, Publicación del Servicio Nacional de la Mujer, 1993, p. 6.

procedimiento, especialmente en materia de niños y adolescentes, hacen aconsejable modificar la actual justicia de menores.¹³⁸

A juicio de Susan Turner S., el imperativo tanto nacional como internacional para crear estos Tribunales tiene su fundamento en primer lugar, en la especial naturaleza que tiene el conflicto familiar, y en segundo, por la intervención, directa o indirecta, de niños en él.¹³⁹

Uno de los principales avances de la ley, es recoger los conflictos jurídicos de la familia no desde una perspectiva individual en que siempre existirá un inocente y un culpable, privilegiando el litigio por sobre el acuerdo, sino buscando en primer término el interés de la familia buscando preservar su unidad.

Habrán entonces que estudiar el conflicto en la familia desde la concepción sistémica, en que la imputación de derechos y obligaciones está centrada en la familia como totalidad. “A consecuencia de ello, ninguna solución a un conflicto podría importar la defensa de los derechos de uno y al mismo tiempo, el atentado a los intereses de todos. Abandonando el esquema de culpables y víctimas, y considerando que en sistemas que interactúan con causalidad circular, las conductas son meras respuestas a otras conductas y por lo tanto, las responsabilidades son necesariamente compartidas, se revaloriza el acuerdo, relegando a un plano secundario al litigio. Esta concepción sistémica moderna nos aleja de la terrible sensación que cuando las personas "ganan" un juicio de familia, se ha perdido definitivamente la posibilidad de arribar a una solución satisfactoria de sus problemas”.¹⁴⁰

Los Tribunales de la Familia tienen un número de jueces variable según ubicación y las necesidades sociales (uno a doce). Además de los jueces, los Tribunales están compuestos por (1) consejo técnico, (2) Administrador, (3) empleados de secretaría. El consejo técnico, novedosa institución de la legislación procesal nacional, pasó a ocupar el lugar que antes ocupaban solitariamente las Asistentes Sociales. Cada juzgado de la familia como se señaló, está integrado por un consejo técnico, el que será interdisciplinario y estará compuesto por

¹³⁸ BAEZA C., GLORIA Y PÉREZ C., JAIME. Los nuevos tribunales de familia: procedimiento ordinario. Ed. LexisNexis, Santiago, Chile, 2005, p. 9

¹³⁹ TURNER, SUSAN. Los tribunales de familia, en: *Ius et Praxis*, 2002, vol. 8, n° 2. p. 413-443

¹⁴⁰ TURNER, SUSAN. Los Tribunales de la Familia, en: ob. cit.

profesionales especializados en asuntos de la familia e infancia. Los integrantes del consejo tienen la categoría de auxiliares de la administración de justicia. Su principal función es asesorar colectiva o individualmente a los jueces en la comprensión y análisis de los asuntos que se sometan a su conocimiento. Cada miembro del consejo otorgará esta asesoría en el campo de su especialidad. La finalidad de aumentar el número de jueces es reducir la carga de trabajo que recibían los jueces de menores y al mismo tiempo resolver con mayor rapidez los asuntos que ante ellos se discutan. Gloria Baeza C., acierta al decir que con el incremento de número de jueces se incrementa también la competencia entre ellos, lo que atenta contra la rapidez de los procedimientos.¹⁴¹

La ley señala específicamente las funciones que en particular debe desarrollar el consejo:

- Asistir a las audiencias en que sea requerida su presencia, esto con el objeto que entreguen sus opiniones técnicas en los casos que así se solicite.
- Otorgar asesoría al juez, con el fin que se lleve a cabo la correcta comparecencia y declaración del niño o adolescente.
- Evaluar la posibilidad de derivar el proceso a mediación o procurar la conciliación entre las partes, sugiriendo los términos en que ésta podría alcanzarse.
- Asesorar al juez en la materia de su especialidad.

En cuanto a la prueba y a la forma de apreciarla, esta ley modifica el actual sistema, entregando mayor discrecionalidad al juez.

Respecto de la prueba, se establece mayor libertad para su valoración al juez.¹⁴² Apartándose, el sistema actual, de la prueba tasada se faculta al Juez para apreciar la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica, es decir se le entrega mayor autonomía para adquirir convicción sobre los hechos de la causa. El Juez de Menores, en el sistema antiguo debía apreciar la prueba en conciencia.¹⁴³ Ambos conceptos se equiparan,¹⁴⁴ pero hoy en día es más

¹⁴¹ BAEZA C., GLORIA – PÉREZ C., JAIME. Los nuevos Tribunales de Familia, ob. cit. p. 57

¹⁴² ARAVENA ARREDONDO, LEONARDO. Tribunales de familia: aspectos orgánicos, mediación, consejo técnico. Ed. LexisNexis, Santiago, Chile, 2005, p. 12

¹⁴³ Artículo 36 ley N° 16.618.

¹⁴⁴ MATURANA MIQUEL, CRISTIAN. Aspectos generales de la prueba. Apuntes, 1999. p. 109

apropiada la denominación de sana crítica. Hay que destacar que en este sistema probatorio, juega un papel importante las reglas de la experiencia, que integran junto a la lógica la sana crítica. La experiencia es el factor variable, ya que la lógica tiene por característica ser universal, estable e invariable en el tiempo y espacio.¹⁴⁵ En la experiencia son determinantes el medio social en que se desenvuelve el magistrado, así como la labor que ejerce. Por esto, existe evidente diferencia entre los magistrados de familia que antes se desempeñaron como jueces de menores y los magistrados que no poseen dicha experiencia. En todo caso, la valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento de los medio de prueba mediante los cuales se dieren por acreditados cada uno de los hechos, de modo de contener el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.¹⁴⁶

Además, los artículos 28, 29 y 30, señalan que los hechos alegados pueden probarse por cualquier medio de prueba producido en conformidad a la ley (lícitos), para ello, las partes ofrecerán las pruebas de que dispongan e incluso pueden solicitar al juez que ordene la producción de pruebas que no dependan de ellas sino de organismos públicos o de terceras personas.

Finalmente existen las convenciones probatorias que permiten tener por acreditados ciertos hechos que no podrán ser discutidos durante el juicio. Las convenciones pueden ser alcanzadas directamente por las partes o a proposición del juez, el que debe verificar siempre que las convenciones no sean contrarias a derecho y que el consentimiento de los litigantes se entregue con conocimiento y de forma libre y voluntaria. Vemos entonces que, también se le da un grado de libertad importante al tribunal en cuanto a los medios de prueba en que funde su decisión.

Otra gran innovación que encontramos en la creación de los Tribunales de la Familia es la consagración de vías alternativas para la resolución del conflicto. De manera que, se encarga al juez de forma aún más activa que en el actual sistema la búsqueda de alternativas tendientes a mitigar la confrontación entre las partes, porque la especial naturaleza del conflicto familiar y sus repercusiones en cada uno de los miembros de la familia, como en su conjunto, aconsejan

¹⁴⁵ MATURANA MIQUEL, CRISTIAN. Aspectos generales de la prueba, ob. cit. p. 108

¹⁴⁶ BAEZA C., GLORIA Y PÉREZ C., JAIME. Los nuevos Tribunales de Familia, ob. cit. p. 67

atacar los problemas en su fase más temprana, de tal modo de minimizar sus consecuencias. Y no es sólo el juez quien debe buscar una conciliación, sino que se regula un procedimiento de mediación familiar, en el cual un tercero (mediador) imparcial sin poder decisorio, ayuda a las partes a buscar por sí mismas solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos (artículo 103 ley de Tribunales de Familia). La ley, al buscar una solución no confrontacional de los conflictos dispone de múltiples posibilidades para llegar a la mediación. Se pueden someter a ella las partes directamente de forma previa a cualquier presentación ante el Tribunal, luego pueden derivarse a mediación como una etapa previa a la audiencia preparatoria una vez presentada la demanda. La tercera posibilidad ocurre una vez que se acoge a tramitación al demanda y las partes en conjunto solicitan al juez la mediación con al menos cinco días de anticipación a la celebración de la audiencia de juicio, o sea que desde que se acoge a tramitación la demanda, las partes directamente o a instancia del juez pueden llevar el conflicto a mediación, con el límite de cinco días antes de la audiencia de juicio ya señalado. Debemos reiterar que además el juez debe siempre buscar conseguir la conciliación de las partes (Artículo 61 numeral 5 ley de Tribunales de Familia), presentándoles proposiciones a este efecto. Otra norma que busca incentivar la búsqueda de soluciones conjuntas entre las partes, es aquella que permite a las partes en la mediación, obtener acuerdos parciales, vale decir, que una vez que se deriva el asunto a mediación familiar no es indispensable que se logren acuerdos totales, considerando que todo acuerdo es un avance en tanto ello minimice la confrontación, beneficiará finalmente a la familia, y por supuesto a los hijos.

Estas son a nuestro parecer las principales novedades macro que dispone la ley, por supuesto no son todas, también se regulan materias procesales esenciales como los incidentes, medidas cautelares, medios de prueba en particular, normas generales de procedimiento, procedimiento ordinario y especiales, asimismo actos judiciales no contenciosos, por nombrar algunos, los que no serán tratados en este trabajo.

2. Aplicación del *favor filii* y el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído en el procedimiento judicial y en la mediación familiar.

Dentro de la ley de Tribunales de la Familia, encontramos en diversos artículos tratada esta materia, más no de manera orgánica, lo que se explica por tratarse de una ley procesal y no sustantiva. Cabe recordar que lo dispuesto en esta ley no modifica el tratamiento de estas materias, tanto en instrumentos internacionales como su recepción e incorporación en la legislación nacional, lo que fue tratado en el Capítulo Primero de este trabajo. Por lo anterior, nos limitaremos en este apartado a revisar el tratamiento procesal de dichas materias.

Comienza la ley en su artículo 16 declarando como uno de sus objetivos el garantizar a los niños, niñas y adolescentes que se encuentren dentro del territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. Continúa reafirmando que el juez de Familia, debe en todo momento velar por el interés superior del niño y su derecho a ser oído como principios rectores de sus decisiones en los asuntos sometidos a su conocimiento, en que se encuentren involucrados niños o adolescentes. Es importante destacar que la ley los eleva como la *consideración principal* que debe adoptar el juez respecto del conflicto a resolver, vale decir, les otorga cierta jerarquía, permitiendo así construir un orden al cual se debe recurrir en caso de encontrarse ante una colisión de derechos o principios legales. Por ello, y pese a que dentro del procedimiento ordinario no se señala ni la obligación de oír a los niños ni el o los momentos en que ello podría ocurrir, no podrá ser esta actuación pasada por alto u considerarla dispensable, creemos que sólo ante motivos fundados y siempre que aún se consiga el mayor interés del niño aceptaremos que no se oiga su opinión en el proceso, aunque ello en principio no sea factible. De lo contrario, creemos procederá el recurso de casación en la forma, por faltar un trámite que la ley declara como esencial, carácter que le otorga la ley al declarar que estos principios deben tener consideración principal para el juez, lo que no se señala respecto de otros principios del procedimiento, salvo la inmediatez cuya infracción se sanciona expresamente con nulidad.

Más adelante, en el artículo 19 encontramos normas que buscan en concreto alcanzar el mayor interés de los niños, ordenando al juez velar porque en la materia de que se trate ellos se encuentren debidamente representados. En principio, esta representación será llevada a cabo por la persona o institución que los tenga bajo su cuidado. En los casos que los niños, niñas o adolescentes carezcan de dicha representación, ella sea deficiente o el representante tenga intereses independientes o contradictorios con su representado, el juez de familia deberá designar al niño un abogado de la Corporación de Asistencia Judicial que corresponda o de

alguna institución pública o privada que tenga por objeto la promoción o defensa de los derechos de niños y/o adolescentes. Cabe destacar que la ley no sólo obliga al juez a proteger activamente la debida representación de los niños, sino que faculta a las ya mencionadas instituciones o a cualquier persona que tenga interés en ello para reclamar y solicitar la representación de un niño, en los casos que éste no se encuentre debidamente representado, de esta forma encontramos un doble control (interno y externo) respecto de la representación.

Dos alcances; primero, el juez al remover al representante que posee intereses independientes o contradictorios con su representado debe hacerlo mediante resolución que señale los motivos (fundados) que dan pie a su resolución y, segundo, aunque la ley no dispone que una representación deficiente da lugar a la designación de un nuevo representante, creemos que este es el espíritu de la ley, ya que de otra forma no se conseguiría la adecuada protección que busca la ley. Por supuesto esta resolución debe ser fundada y señalar la forma en que el representante perjudica al niño, niña o adolescente.

Al regular la potestad cautelar del Tribunal, la ley, faculta al juez a dictar medidas cautelares innovativas, sólo ante dos situaciones: cuando así lo requiera el interés superior del niño y ante la inminencia del daño que se trata de evitar. Sin embargo, antes debe cumplirse con el requisito de tratarse de situaciones urgentes, y siempre al decretar una medida cautelar el juez debe considerar la verosimilitud del derecho invocado y el peligro que pudiera devenir de la demora producto de la tramitación. Estas medidas así como las de carácter conservativo pueden ser decretadas desde antes del inicio del procedimiento y en cualquier etapa en que éste se encuentre. Las medidas cautelares serán dictadas de oficio o a petición de parte.

En lo referido a las convenciones probatorias reguladas en el artículo 30, el juez sólo las aprobará en cuanto no sean contrarias a derecho, determinación en que debe considerar especialmente si las convenciones logradas respetan el interés superior del niño.

Otra norma que busca el interés superior del niño en concreto. El artículo 63, refiriéndose a la audiencia preparatoria, permite que el juez ordene que una o más personas del grupo familiar (incluyendo a los niños, niñas o adolescentes) abandonen la sala durante ciertas actuaciones. Esta determinación deberá tomarse en los casos que la presencia de la o las

personas afecten el mayor interés del niño. A nuestro juicio, al dejar constancia en el registro de la audiencia de esta situación el juez deberá fundar su decisión señalando de qué forma la presencia de la persona afecta el interés del niño en cuestión.

Ya en el procedimiento especial sobre medidas de protección de los derechos de niños, niñas o adolescentes, el legislador dispone sobre el derecho a ser oído, señalándole al juez que tenga en consideración la opinión del niño, y que en dicho proceso deberá por cierto considerar la edad y madurez del niño, niña o adolescente. El momento en que debe oírlos será tanto en la audiencia preparatoria como en la de juicio, o en una audiencia especial destinada a ejercer este derecho. Deberá procurarse porque se ejercite siempre en un ambiente adecuado, de modo que se proteja su integridad psíquica y física.

El artículo 74 aplica muy correctamente el artículo noveno de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, disponiendo indirectamente el derecho del niño a no ser separado de sus padres, estableciendo que la medida de separación sólo se adoptará en los casos que sea estrictamente necesario y no exista otra medida posible. La separación debe tener como objetivo principal resguardar los derechos de los niños, y obtener de esta forma su máximo interés particular.

Otra disposición que establece el derecho a ser oído se encuentra en el artículo 78, en el cual en relación con la visita de jueces a establecimientos residenciales, dispone que el director del establecimiento debe velar por la existencia de condiciones que permitan la independencia y libertad de los niños residentes a expresar sus opiniones. Estas acciones deben además asegurar que los niños no sean víctimas de represalias por las opiniones que eventualmente emitan. Corresponderá al juez en su informe sobre la visita, establecer si existen las condiciones necesarias para el ejercicio de este derecho por parte de los niños. En virtud del artículo 79, a los niños, niñas o adolescentes que se encuentren bajo una medida de protección vigente, se les otorga derecho de audiencia personal permanente, lo que obviamente garantiza el ejercicio del derecho a ser oído, desde que los niños cuentan diversas instancias en este procedimiento en las cuales pueden verter sus opiniones con el objeto que sean tenidas en cuenta oportunamente. Sin embargo, estas instancias judiciales se transformarán en letra muerta de no existir la adecuada información a los niños sobre sus derechos procesales y la forma de ejercitarlos.

En el párrafo que regula la mediación familiar no existe mención expresa del momento en que se oirá al niño con el objeto de considerar sus opiniones. Hay que recordar que la mediación se llevará a cabo entre dos o más adultos, los que participarán de las sesiones de mediación. No obstante ello, el artículo 106 dispone que uno de los principios de la mediación sea la consideración del interés superior del niño. En la mediación, no tienen el rol protagónico que se le da en el procedimiento ante el Tribunal como ya mencionamos. Señala el mismo artículo que el mediador *podrá* citar al niño, niña o adolescente involucrado en el asunto objeto de la mediación, pero nos parece que en este punto la ley ha debido ser más clara y enérgica señalando que si en el asunto se encuentra involucrado el bienestar del niño, para considerar su mejor interés habrá primero que determinar cual es éste, y para ello la primera medida a adoptar será asegurar el ejercicio del derecho a ser oído. No está de más recordar que el acta de mediación aprobada por el juez de familia tendrá el valor de una sentencia ejecutoriada y ello por cierto afectará directamente el interés del niño en los asuntos que se relacionen con él.

3. Principios del procedimiento ante los tribunales de familia.

El procedimiento estará regido por los principios de la inmediatez, actuación de oficio y la búsqueda de soluciones colaborativas entre las partes.

Dicho procedimiento que se aplicará será oral, concentrado y desformalizado. La oralidad del procedimiento será la regla general, estableciendo la ley los casos en que se podrán realizar presentaciones por escrito. De las actuaciones orales el juzgado deberá llevar un sistema de registro. Este registro se efectuará por cualquier medio apto para la conservación y reproducción del contenido. De esta forma, por ejemplo, las conciliaciones que se alcancen en las audiencias deberán extractarse, de forma que se mantenga fielmente los términos del acuerdo.

La concentración se concreta en las audiencias continuas en que se lleva a cabo el procedimiento, pudiendo prolongarse en sesiones sucesivas, hasta su conclusión.

La intermediación se concretiza en que las audiencias y las diligencias de prueba se realizarán siempre con la presencia del juez, prohibiendo bajo la sanción de nulidad la delegación de funciones. Por medio de las alegaciones y pruebas que haya recibido el juez llega a la convicción sobre el asunto que se debate.

La actuación de oficio consiste en la obligación del Tribunal, una vez iniciado el proceso, de adoptar todas las medidas necesarias para llevarlo a término de la manera más pronta posible. Estas actuaciones deben llevarse a cabo en cualquier estado que se encuentre el proceso.

Búsqueda de soluciones colaborativas. Consiste en aquel principio que determina que en el proceso y durante toda su duración se busquen alternativas orientadas a aminorar la confrontación entre las partes, privilegiando que las soluciones sean acordadas por las partes.

Con el objeto de resguardar la protección de la intimidad el juez velará durante todo el proceso por el respeto del derecho a la intimidad de las partes y especialmente de los niños y adolescentes. En esta tarea podrá prohibir la difusión de datos o imágenes que se refieran al proceso o a las partes, e inclusive decretar mediante resolución fundada que todas o algunas de las actuaciones del proceso se realicen en forma reservada.

4. Procedimiento aplicable a la disputa del deber de cuidado.

En esta materia corresponde aplicar el procedimiento ordinario establecido para la tramitación de asuntos contenciosos ante los Tribunales de la Familia, que se encuentra regulado en el párrafo cuarto de la ley (artículos 55 y siguientes). A continuación procederemos a describir dicho procedimiento, el que se aplicará además a la gran mayoría de los asuntos en que tendrán competencia estos tribunales, ya que en esta judicatura no existirán procedimientos análogos a los que actualmente conocemos como juicios sumarios o sumarísimos, salvo dos excepciones respecto de las cuales se establecen procedimientos especiales que no reciben aplicación fuera de sus materias específicas.¹⁴⁷ El artículo 55 de la ley dispone que en los casos

¹⁴⁷ Estos procedimientos se establecen para los juicios sobre violencia intrafamiliar y aplicación de medidas de protección de los derechos de niñas, niños o adolescentes.

que otras leyes establezcan procedimientos distintos del ordinario, éste tendrá en todo caso aplicación supletoria. Cabe recordar que ante esta situación, el procedimiento que sea deberá conformarse a los principios del procedimiento antes comentados.

En primer término estudiaremos el procedimiento desde su inicio hasta la primera audiencia (audiencia preparatoria). La forma natural en que se inicie el procedimiento será por la interposición de una demanda, la que puede presentarse en forma escrita u oral, caso en el cual el funcionario receptor deberá escriturar en un acta las pretensiones del actor, que deberá ser ratificada por éste luego de su lectura. Por supuesto esto ocurrirá en la mayoría de los casos en que una persona interponga una demanda sin contar con asesoría letrada.

La demanda, como en todo procedimiento, deberá contener la individualización de quién la presente y contra quien se dirige, acompañada de una exposición clara de las peticiones y los hechos en que funda sus peticiones.

Al momento de interponer la demanda, por orden del juez, un funcionario del Tribunal debe instruir al actor sobre la posibilidad de someter a mediación el asunto, lo que deberá ocurrir en todos los casos que se demande sobre el deber de cuidado, siendo una de las materias susceptibles de mediación (artículo 104 ley de Tribunales de Familia). En caso de aceptar el demandante esta posibilidad, se le notificará a la otra parte a fin que manifieste su voluntad de someterse a la mediación o no dentro del plazo de 10 días. Es indispensable que ambas partes acepten la mediación, la que no se llevará a cabo de otro modo. En caso que el futuro demandado rechace la mediación o expire el plazo para declarar su voluntad al respecto, el juez deberá resolver si se acoge la demanda a tramitación.

Acogida a tramitación la demanda se procede a fijar dos fechas para llevar a cabo la audiencia preparatoria, la segunda fecha solo operará en casos que las partes no hayan sido oportunamente notificadas. Esta disposición no consigue conceder las suficientes garantías que aseguren la celeridad del procedimiento. Cuando la norma¹⁴⁸ señala que la audiencia preparatoria se desarrollará en el más breve plazo posible, lo que está haciendo es condicionar la realización

¹⁴⁸ Artículo 59 ley N° 19.968

de esta audiencia a la disponibilidad de trabajo del tribunal,¹⁴⁹ tal como ocurre en la actualidad. La citación a la audiencia preparatoria debe notificarse al menos con diez días de anticipación a la fecha en que deberá llevarse a cabo la audiencia. La resolución que cita a las partes, debe notificarse bajo el apercibimiento de celebrarse la audiencia con las partes que asistan, afectándole a la que no concurra las resoluciones que se dicten, sin necesidad de ulterior notificación. (Notificación ficta).

Ante la demanda que solicita el deber de cuidado, el demandado bien puede presentarse a la primera audiencia y contestar en dicha audiencia la demanda de forma oral, o bien puede contestar antes de llevarse a cabo la audiencia, caso en el cual la contestación de la demanda se realiza por escrito. Una tercera alternativa es contestar la demanda por escrito y al mismo tiempo deducir *demanda reconvenional*. La demanda reconvenional debe realizarse de forma escrita y conjuntamente con la contestación, con al menos tres días de anticipación a la audiencia preparatoria. La última posibilidad es demandar reconvenionalmente durante la primera audiencia, luego de contestada la demanda, de forma oral. En ambos casos la reconvenición debe cumplir con los mismos requisitos de la demanda.

Evacuada la reconvenición en forma oral, se dará traslado al actor que podrá optar por contestar en la misma audiencia o solicitar la suspensión de la audiencia para contestar en un plazo mayor, el que no podrá exceder los 10 días, y para tal efecto se fijará de inmediato un nuevo día y hora para la continuación de la audiencia.¹⁵⁰ La ley no entrega esta posibilidad ante la demanda reconvenional deducida por escrito con anterioridad a la audiencia, ya que el demandante principal tendrá al menos tres días para preparar la contestación y no justifica dilatar la realización de la audiencia en este caso.

La demanda principal y la reconvenional se tramitarán conjuntamente. Todas las excepciones que se opongan (a la demanda y/o a la reconvenición) se tramitarán conjuntamente y se fallarán en la sentencia definitiva. No obstante, respecto de las excepciones de: *incompetencia, falta de capacidad o personería*, las que se refieran a la *corrección del*

¹⁴⁹ BAEZA C., GLORIA Y PÉREZ C., JAIME. Los nuevos Tribunales de Familia, ob. cit. p. 57

¹⁵⁰ La ley no señala si en este caso el demandado reconvenionalmente debe contestar la demanda reconvenional por escrito antes de la audiencia u oralmente al inicio de esta.

procedimiento y de *prescripción*, se resolverán por el juez una vez evacuado el traslado, siempre que aparezcan manifiestamente admisibles.

La segunda etapa del procedimiento corresponde a la realización de la audiencia preparatoria y audiencia de prueba. A las audiencias deben concurrir las partes personalmente, sin perjuicio de ser acompañadas por su apoderado o abogado si lo tuvieran. Solo el juez por medio de resolución fundada podrá eximir a las partes a concurrir.

Actos que se llevan a cabo en la audiencia preparatoria:

- Ratificación oral de la demanda.
- Contestación oral de la demanda, en caso que no se hubiera hecho por escrito con anterioridad.
- Demanda reconvenzional, en su caso.
- Promover de oficio o a petición de parte una mediación familiar, caso en que se suspenderá el procedimiento.
- Determinar el objeto del juicio.
- Decretar medidas cautelares, de oficio o a petición de parte. Si se hubieren decretado anteriormente el juez determinará si las mantiene.
- Fijar los hechos que deberán probarse, asimismo como dejar constancia de las convenciones probatorias a que hubieren llegado las partes.
- Determinar las pruebas que deberán rendirse de acuerdo con las propuestas por las partes y disponer el juez la práctica de las otras que estime necesarias.
- Recibir la prueba que en ese momento se pueda rendir.
- Fijar la fecha de la audiencia de juicio, la que deberá llevarse a cabo en un plazo inferior a treinta días desde la fecha de la audiencia preparatoria.

Por el solo ministerio de la ley, las partes se entenderán citadas a la audiencia futura, aplicándose el apercibimiento de la primera resolución del proceso. Este apercibimiento consiste en que la notificación de la primera resolución del proceso que cita a las partes a la audiencia preparatoria debe disponer que la audiencia se llevará a cabo con las partes que asistan,

afectándole a la que no concurra las resoluciones que se dicten en ella, sin necesidad de otra notificación.

En caso que en la audiencia preparatoria no se produzca una solución alternativa del conflicto, el juez dictará una resolución, citando a juicio, resolución que contendrá las siguientes menciones: (1) La o las demandas que deben ser conocidas en juicio, así como sus respectivas contestaciones, con el fin de fijar el objeto del juicio. (2) Las convenciones probatorias. (3) Las pruebas que deberán rendirse durante el juicio y (4) La individualización de quienes deberán ser citados a la audiencia respectiva (artículo 62).

La audiencia del juicio, se llevará a efecto en un solo acto, el que se prolongará en sesiones sucesivas si fuere necesario y su objeto es recibir la prueba admitida por el Tribunal y la que éste ordenare. A este efecto el día y horas decretados anteriormente se constituirá el juez de familia con la asistencia de las partes, quienes concurrirán asistidos por un letrado cuando así corresponda.

Es obligación del juez llevara cabo las siguientes actuaciones durante la audiencia de juicio:

- Verificar la presencia de las personas que hubieren sido citadas a la audiencia y declarar iniciado el juicio.
- Señalar el objetivo de la audiencia, advirtiendo a las partes que deben estar atentas a todo lo que se expondrá en el juicio.
- Disponer que los testigos y peritos y peritos que hubieren comparecido hagan abandono de la sala de audiencia.
- Adoptar las medidas necesarias para garantizar su adecuado desarrollo, pudiendo disponer la presencia de uno o más miembros del consejo técnico.

Del mismo modo y en caso de encontrarse comprometido el interés superior del niño o adolescente podrá el juez ordenar que éste u otro miembro del grupo familiar se ausente durante determinadas actuaciones.

Para la *producción de prueba* se observarán las siguientes reglas: Se rendirá según el orden que fijen las partes, comenzando siempre por la del demandante, y produciendo finalmente la que ordene el juez.

Luego de los interrogatorios de las partes y con el objeto de pedir aclaraciones o adiciones a sus testimonios, el juez podrá interrogar a los testigos, peritos y a las partes que hubieran declarado en el juicio. En cuanto a los documentos como a los informes de peritos, ambos deberán exhibidos y leídos durante el debate, con indicación de su origen. Las grabaciones, los elementos de prueba computacionales, audiovisuales o cualquier otro de carácter electrónico apto para producir fe, se reproducirá en la audiencia por cualquier medio idóneo para su percepción por los asistentes. El juez, previo acuerdo de las partes, podrá autorizar la lectura o reproducción parcial de los medios de prueba mencionados, siempre que parezca conveniente y asegure el conocimiento de su contenido. Los medios antes mencionados podrán ser exhibidos a los declarantes durante sus testimonios, para que los reconozcan o se refieran a su conocimiento.

Una vez que se haya rendido la prueba, el juez podrá solicitar a un miembro del consejo técnico que emita su opinión respecto de la prueba rendida, siempre en el ámbito de su especialidad.

Las *observaciones a la prueba y a las opiniones del consejo técnico* se formularán también en forma oral y breve, al mismo tiempo se expondrán las conclusiones de un modo preciso y concreto, otorgándole a las partes derecho a réplica respecto de las conclusiones argumentadas por la contraria.

La sentencia constituye la tercera etapa del procedimiento ordinario sobre el deber de cuidado. Esta resolución será comunicada por el juez inmediatamente de concluido el debate, señalando los razonamientos principales en que se funda la sentencia. Solo en caso que la audiencia de juicio se hubiera prolongado por más de dos días, la resolución se podrá postergar hasta el día siguiente hábil, lo que deberá comunicarse a las partes, procediendo a fijar de inmediato la oportunidad en que la resolución será comunicada.

La redacción del fallo puede ser diferida por el juez hasta por cinco días, ampliable por razones fundadas a cinco días más. El juez deberá al mismo tiempo fijar la fecha en que se dará lectura a la sentencia, lectura que podrá llevarse a cabo de manera resumida.

La sentencia deberá al menos contener:

- Lugar y fecha en que se dicta.
- Individualización completa de las partes litigantes.
- Síntesis de los hechos y de las alegaciones de las partes.
- Análisis de la prueba rendida, los hechos que estime probados y el razonamiento que conduce a esa conclusión.
- Las razones legales y doctrinarias que sirvieran para fundar el fallo.
- El pronunciamiento sobre pago de las costas y, en su caso, los motivos que tuviere el juzgado para absolver de su pago a la parte vencida.

4.1 Régimen de recursos.

Respecto del régimen de recursos, las resoluciones que se dicten en este procedimiento serán impugnables según sea su naturaleza jurídica, en la forma que dispone el Código de Procedimiento Civil, siempre que no resulte incompatible con los principios del procedimiento que dispone esta ley y con las siguientes modificaciones.

Reposición: deberá presentarse dentro de tercero día desde la notificación (por escrito, como excepción a la oralidad), si dicho día tiene lugar la audiencia, dentro de esta se interpondrá el recurso (oralmente) y se resolverá en la misma audiencia. Las resoluciones que se dicten durante la audiencia deberán reponerse en la misma audiencia y serán resueltas en el acto.

Recurso de apelación: solo se concede para las sentencias definitivas de primera instancia, al igual que las resoluciones que ponen término al juicio o hacen imposible su continuación y las resoluciones que se pronuncien sobre medidas cautelares.

La apelación debe interponerse por escrito (excepción a la oralidad) y se concederá solo en el efecto devolutivo, salvo las sentencias definitivas sobre:

Constitución o modificación del estado civil de las personas (acciones de filiación).

La autorización para la salida de niños, niñas o adolescentes del país.

El procedimiento de adopción contemplado en el Título III de la ley N° 19.620.

Las acciones de separación, nulidad y divorcio que contempla la nueva ley de matrimonio civil.

Las declaraciones de interdicción.

Señaladas en los números 9, 11, 14, 16 y 17 del artículo 8° de la ley.

La Corte de Apelaciones conocerá y resolverá el recurso sin esperar la comparecencia de las partes, las que se entenderán citadas por el ministerio de la ley a la audiencia en que se conozca y falle el recurso. Una vez efectuada la relación del recurso, los abogados de las partes podrán dividir el tiempo de sus alegatos para replicar al de la otra parte.

El recurso de casación en la forma del Código de Procedimiento Civil se aplicará al presente procedimiento con las siguientes modificaciones:

- Solo se podrá interponer contra sentencias definitivas de primera instancia y de las interlocutorias de primera instancia que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación.
- Solo serán aplicables las causales de:
 1. Haber sido la sentencia dictada por un tribunal incompetente o integrado en contravención a lo dispuesto por la ley.
 2. Haber sido pronunciada la sentencia por un juez, o con la concurrencia de un juez legalmente implicado, o cuya recusación esté pendiente o haya sido declarada por tribunal competente.
 3. Haber sido dada ultrapetita.
 4. Haber sido dada la sentencia contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada, siempre que ésta hay sido alegada oportunamente en juicio.
 5. Contener decisiones contradictorias.

6. Haber faltado a algún trámite o diligencia declarado como esencial por la ley o a cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad.

(Números 1º, 2º, 4º, 6º, 7º y 9º del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil), o haber sido pronunciada la sentencia definitiva con omisión de cualquiera de los requisitos señalados para la sentencia en esta ley.

La incorporación de la casación en los fallos de los nuevos procedimientos de familia, a diferencia de los antiguos juzgados de menores, lleva a estas causas a un estado en que es posible dilatar el cumplimiento de la sentencia definitiva por su interposición. El procedimiento de los juzgados de menores no permitía su interposición, lo que redundaba en alguna celeridad en obtener sentencia. Hoy es posible además de apelar, casar la sentencia e incluso recurrir de queja, según lo estime conveniente el abogado asesor. La incorporación de la casación en estos procedimientos, atenta contra la rapidez que se busca con los tribunales de familia y perjudica a las personas que no cuentan con asesoría letrada en el litigio, según se ha constatado en la realidad.

Capítulo V

FALLOS.

Dentro de este acápite se encontrarán una serie de sentencias dictadas por la Corte Suprema de Chile sobre recursos de queja intentados contra sentencias definitivas de segunda instancia, sobre las materias de cuidado personal de niños y aplicación de la Convención de la Haya sobre aspectos civiles del secuestro internacional. Hemos recopilado las sentencias producidas entre los años período 2000-2006 y en este estudio se ha podido encontrar una docena de fallos con interesante jurisprudencia sobre la materia, la que a continuación se reproduce en extracto.

1. Fallos sobre aplicación de Convención de la Haya sobre secuestro internacional.

1.1

Rol: 546

Año: 2001

Recurso interpuesto contra ministros Corte Apelaciones de Santiago.

En este caso se recurre de queja contra los ministros que resolvieron revocar la sentencia de primera instancia a favor del padre demandante y ordenaron el retorno inmediato de los niños (2 hombres) a su residencia habitual, Francia.

El fallo de segunda instancia señala:

- Al existir retención ilícita, los Estados contratantes deben asegurar el regreso inmediato, siguiendo un procedimiento de urgencia, pudiendo denegarse el regreso sólo en los casos establecidos por la Convención en sus artículos 13 y 20.
- Los niños son retenidos ilícitamente en Chile, por haberlos sacado de Francia no obstante existir una sentencia de cuidado personal a favor del padre.
- De acuerdo con el divorcio de 1999, se estableció el ejercicio conjunto de la autoridad paternal. El año 2000 los tribunales frente a una solicitud de la madre de radicarse en

Chile, señalaron que si esta “decidiera partir a Chile, la residencia de los niños será transferida inmediatamente al domicilio del padre”. Esta sentencia fue notificada personalmente el 27 de marzo de 2000.

- Con esto se constituye la causal para el regreso inmediato, por lo que debe probarse alguna causal de oposición al retorno, a cuyo respecto no hay probanzas suficientes.
- Se ha probado que junto a la madre los niños están en buenas condiciones de vida, pero no puede olvidarse que tratándose de una retención ilícita el presupuesto fáctico favorable a la decisión de no entregar a los menores dice relación con las precisas situaciones del artículo 13 de la Convención, por lo que la resolución de este asunto no puede ser adoptada con consideraciones propias de un proceso de cuidado personal, toda vez que esta última cuestión según el artículo 16 de la misma Convención solo puede ser debatida una vez que se haya determinado que no se reúnen las condiciones para el regreso del niño.
- Aún cuando en estas materias debe procurarse el interés superior, tal criterio rector no implica que la jurisdicción esté autorizada para desatender lo que se hubiere convenido por las partes y aprobado con efecto equivalente, porque no puede menos que entenderse que la cuestión recién controvertida es de lato conocimiento y que las formas de un juicio aseguran de mejor manera la realización de dicho principio.
- Se revoca la sentencia de primera instancia, ordenando el regreso inmediato, ya que el acuerdo de cuidado conjunto de los niños y la negativa de la jurisdicción al pedido de alterar lo convenido constituye causal para regreso inmediato.

A juicio de la recurrente se cometieron diversas faltas o abusos, a saber:

Los ministros habrían considerado a los niños como objetos y no sujetos de derechos.

Extralimitación al apreciar la prueba y resolver la materia de autos.

Se contravienen la Convención de la Haya, su auto acordado, la Constitución Política de la República, la Convención sobre Derechos del Niño, la Ley de Menores n° 16618, el Código Civil y los principios que informan el Derecho de Familia.

Contravención formal de ley al no aplicar el art. 13 de la Convención ya que los niños se oponen a regresar a Francia según declararon en primera instancia y demostraron que tienen la madurez suficiente para ser escuchados. Artículo 13 b) ya que se acreditó en

autos que los niños se verían expuestos a grave riesgo y daño físico y psicológico, según los informes psicológicos y sociales acompañados.

Falsa apreciación de los antecedentes. Al no considerar la opinión de los niños. Además los documentos traducidos del idioma francés no fueron realizados por perito inscrito en la Corte.

Interpretación errada de ley. Al no considerar la excepción del artículo 13 a la norma general. Las causales se cumplirían y estarían acreditadas.

Extralimitación en funciones. Los ministros habrían despreciado el principio rector del interés superior, considerando primordial el supuesto deber de cumplir la Convención. Con esto se viola el propio Convenio y toda la legislación internacional de menores que se fundamenta en dicho principio. La Convención no busca devolver los menores a quien los reclama, sino buscar su mejor conveniencia en aras de la consagración del principio de interés superior y que en mérito de ello no se puede separar a los hijos del lado de su madre chilena. Los padres se casaron en Francia de acuerdo a la ley chilena, matrimonio que se encuentra vigente. El nacimiento de los niños fue inscrito en el consulado y están prontos a convertirse en chilenos. Para ellos rige la normativa aplicable en el país, más aún que la madre habita en Chile, debe aplicarse artículo 14 del Código Civil. Según lo anterior, la madre y sus hijos se vinculan por el artículo 225 Código Civil que reconoce la cuidado personal por el solo ministerio de la ley a la madre. Los niños llegaron a Chile sin impedimento legal alguno o arraigo en Francia. En los autos no se acredita que el padre hubiera ejercido el derecho de cuidado personal en Francia al momento del traslado y menos aún en la actualidad. Actualmente los niños se encuentran adaptados en Chile, acuden al colegio y tienen familia materna muy unida.

Trasgresión de derecho. Constitución Política; se estaría destruyendo la familia que conforma la madre y los hijos, lo que iría contra su artículo 1º. Al aplicar la Convención de la Haya no puede dejar de aplicarse la ley chilena sobre la custodia que rigen los artículos 15 y 225. Al haber contraído matrimonio de acuerdo con la ley chilena y estando vigente, sólo procede aplicar la legislación interna y no Convenios internacionales.

El padre no ha acreditado que tiene o ha tenido derecho de cuidado personal respecto de los niños, o que se le haya declarado a él la exclusividad. Tampoco ha acreditado tener la custodia conjunta, el ejercicio de tal derecho al momento del traslado a Chile o que

podría haber ejercido ese derecho si no hubiera ocurrido el viaje. El padre no ha acompañado la legislación francesa en virtud de la cual se acredite la cuidado personal, ya que sólo ha acompañado traducciones no oficiales, por lo que los ministros no debieron considerarlos válidos y debieron concluir que no se produjo el traslado o retención ilícito.

Inobservancia del Auto acordado de la Corte Suprema que regula el procedimiento para aplicar la Convención de la Haya. Los ministros al obviar los antecedentes que acreditan las causales de oposición alegadas y negarse a aplicarlas por considerar que son consideraciones propias del proceso de cuidado personal y no de la Convención de la Haya. “Esta parte sostiene que no se puede considerar que el traslado de los niños a Chile donde se han radicado y habitan con su madre por casi un año al amparo de la ley chilena sea un traslado o retención ilícita como exige la Convención”.

Desatender el interés superior que es un criterio normativo que se entrega al juez y también es un criterio del legislador al elaborar la norma, como principio que informa todo el derecho de menores. Los ministros contrariaron la legislación nacional, internacional y el espíritu de la labor jurisdiccional.

Desatender los diversos medios de prueba acompañados. A) Dos informes psicológicos que harían plena prueba sobre la conveniencia que permanezcan en Chile, por el daño que les provocaría ser desarraigados y el riesgo de llevarlos a Francia contra su voluntad. B) Declaraciones de personas destacadas en la vida pública chilena. C) El informe social y la declaración de los niños.

La resolución es particularmente agravante para la recurrente ya que no se aplica el principio de la sana crítica, según aconseja la recta razón y criterio racional. Los ministros debieron aplicar este parámetro de carácter objetivo al evaluar la prueba, que obliga a demostrar y exteriorizar las consideraciones que motivan su convicción para poder finalizar el proceso intelectual, crítico y analítico que da por establecidas las premisas de hecho en que se apoya la decisión jurisdiccional.

Nos parece importante señalar los argumentos más destacados con que los representantes del padre de los niños defienden la aplicación de la Convención:

- El no ordenar el regreso por una causal de oposición consiste en una facultad y no un deber de los jueces, por lo que mal puede ser sujeto de falta o abuso, más aún dada la fundamentación del fallo de segunda instancia.
- El informe social francés de divorcio da cuenta que la madre presenta personalidad inestable, depresiva y con propensión al consumo de alcohol, lo que llevó al Tribunal a prohibir a la madre de salida de Francia con los menores. En el informe también se califica de normal y afectuosa la relación de los niños con el padre, exenta de riesgo para sus hijos.
- Existencia de una intervención negativa y sistemática de la madre sobre los niños, cuyas opiniones se contradicen con lo señalado en su momento en Francia. La opinión de los niños debe ser ejercida libremente, no coaccionada o manejada.
- Respecto a la traducción de los documentos de Francia, ella no fue realizada por perito inscrito en la Corte debido a que no existía ningún traductor para dicho idioma.
- Se hace presente además que la recurrente no compareció a la vista de la causa en segunda instancia ni hizo presentación alguna.
- Además se aclara que por medio de la ley N° 19.374 que modifica el recurso de queja, se busca evitar que se discuta en este recurso una simple discrepancia en la interpretación de la ley.
- La recurrente olvida que el cuidado personal y el interés superior de los niños ya fue debatido, conocido y resuelto por los tribunales de justicia franceses, decisiones que de acuerdo con la Convención son aplicable y producen efecto de cosa juzgada en Chile.
- El traslado ilícito ya estaba establecido en primera instancia y en segunda instancia solo se eliminó el considerando que daba lugar a la causal de oposición por supuesto peligro grave.
- El cuidado personal no puede ser revisado por la autoridad del Estado recurrido, por prohibirlo expresamente el artículo 16 de la Convención.
- Existe incompatibilidad entre el recurso de queja como facultad disciplinaria y el contenido y fines del auto acordado como facultad directiva.

- Los efectos del retorno que alega la madre, el grave peligro alegado, no es sino consecuencia de su propio actuar y más aún se trata de una hipótesis, ya que de haber cumplido lo ordenado por los tribunales franceses su visión no tendría cabida. Por ello el grave riesgo resulta un argumento artificioso e inaceptable. Más aún, dicho riesgo no existe, como lo establecieron los tribunales franceses y por los ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago y en caso de existir sería exclusiva consecuencia del actuar de la madre infractora.

En el fallo del recurso se desecha la existencia de falta o abuso, por lo que se rechaza el recurso. Sin embargo existió un voto disidente que resulta interesante.

- Existiría falta o abuso al revocar la sentencia de primera instancia por estimar que no se ha dado cumplimiento estricto a normas constitucionales, legales y de la Convención.
- La resolución atenta contra el artículo 1º de la Constitución Política porque se deshace la familia existente entre los menores y su madre que se encuentran radicados en Chile por más de un año. El artículo 15 n° 2 del Código Civil, que dispone que deben sujetarse a las leyes patrias los chilenos en lo relativo a sus obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, infringiendo también el artículo 223 (actual 225) del Código Civil que confiere cuidado personal a la madre ante separación. No ha habido cumplimiento estricto a las normas de los artículos 12 inciso 2º y 13 inciso 2º de la Convención, pues en los autos aparece que los niños están completamente integrados a su nuevo medio en Chile, han manifestado su intención de permanecer en el país, lo que concuerda con su edad y madurez, la que merece ser tenida en cuenta, concepto que reitera el artículo 9 c) del auto acordado, por lo que al parecer del disidente debe ponerse pronto remedio al mal y dejar sin efecto el fallo recurrido manteniendo el de primera instancia.

1.2

Rol: 804

Año: 2001

Contra Corte de Apelaciones de Santiago.

El juicio se entabla entre una pareja de chilenos que contrajo matrimonio el año 1997, del cual nacieron dos hijas. En mayo de 2001 y estando la pareja separada por supuestos maltratos físicos y psicológicos de parte de él, la madre y sus hijas viajan de forma definitiva a Chile. El padre no veía a sus hijas desde la ruptura del matrimonio. El viaje se realizó pese a tener los padres la cuidado personal compartida. En agosto de 2001 el padre demandó el retorno inmediato ya que había obtenido en el país de residencia habitual (Suecia) el cuidado personal exclusiva de las niñas.

La demanda fue acogida ya que se tomó en cuenta que durante la tramitación de la disolución del matrimonio en Suecia, la mujer solicitó viajar a Chile con las niñas. El padre se opuso a tal solicitud y solicitó la patria potestad de sus hijas. La madre se habría trasladado a Chile sin autorización previa y en suspenso la decisión del tribunal. Una vez en Chile las niñas, los tribunales suecos entregaron la patria potestad de manera exclusiva al padre. Antecedentes que se consideraron para acoger la demanda: A) Lugar de residencia habitual era Suecia. B) El viaje se realizó sin autorización. C) La legislación sueca en principio entrega la cuidado personal compartida. Dado lo anterior, se acreditó que el traslado fue ilícito y no se acreditó ninguna causal de oposición al retorno. Esta sentencia fue confirmada en segunda instancia.

La demandada señaló en el recurso de queja:

Existió contravención formal de ley. Al no aplicar los artículos 11, 13 b) y 20 de la Convención y el auto acordado dictado por la Corte Suprema que determina el procedimiento aplicable. La sala de la Corte de Apelaciones solicitó que se exhorte para llevar a cabo el informe social que señala el art. 13 b). Este mismo informe había solicitado la demandada en primera instancia. El demandante repuso la resolución alegando que el procedimiento no permitía tal informe en pro de la celeridad requerida en estos casos. La Corte acogió la reposición y prescindió del informe sueco. De esta forma a juicio de la recurrente se vulnera la igualdad de las partes en el juicio.

Falta de análisis de la prueba. Pese a existir dos informes psicológicos y uno social que señalan que enviar a las niñas a Suecia las expone a grave riesgo físico y psicológico ya que tienen un estrecho vínculo afectivo con su madre y su familia.

Apreciación arbitraria de la prueba. Los ministros prefieren la celeridad antes que analizar los documentos que acreditan la causal de oposición y resguardar el interés superior de las niñas. Con esta apreciación se vulneran dos principios de la Convención; que el retorno sea voluntario y que con el retorno no se produzca una violación de los derechos fundamentales reconocidos por el Estado requirente. Los ministros recurridos en su fallo señalaron que el informe evacuado por SENAME no tiene la virtud de convencerlos como para alterar el fallo de primera instancia.

El fallo del recurso:

Considerandos 1° a 3°: La Convención y el auto acordado reconocen situaciones que permiten negar lugar al traslado inmediato. Sea por grave riesgo que el regreso las exponga a peligro físico, psicológico o situación intolerable.

Considerando 6°: Antecedentes de autos: A) Informe social: “Existe un vínculo afectivo entre las niñas y los abuelos maternos. Existe dependencia importante de las niñas a la madre por la etapa del ciclo vital en que se encuentran”. B) Informe psicológico SENAME: “Vínculo afectivo de muy buena calidad entre las niñas y la madre como figura primordial. Separarlas podría provocarles lesiones en su desarrollo afectivo. Creemos que velando por el interés superior deben quedarse en Chile junto a su madre y abuelos”. C) La edad de las niñas; 3 años 11 meses y 2 años 5 meses. D) Actualmente ambas residen en Chile y se encuentran incorporadas al medio social y cultural.

Considerandos 7 y 8: “Se adquiere la convicción que el regreso de las menores a Suecia para ser entregadas a su padre, las ponen en grave riesgo por la separación de la madre y su actual entorno social y cultural, que las expone a daño psicológico y afectivo”.

La Corte en mérito de la causa e interés superior actúa de oficio revocando el fallo recurrido.

Considerando 9°.

A juicio del ministro Benquis no correspondía aplicar la Convención de la Haya, ya que ante la separación de los cónyuges tanto la legislación chilena como la sueca dan la custodia personal a la madre.

1.3

Rol: 1231

Año 2004

Contra Corte de Apelaciones de Santiago.

La Corte de apelaciones denegó la solicitud de retorno inmediato a Estados Unidos demandada por el padre, revocando el fallo de primera instancia. Esta decisión se basó en que a su parecer no se pudo tener por establecido que el cuidado personal era ejercido por ambos padres al momento del traslado a Chile. Tampoco se pudo establecer que el haber traído los niños a Chile fuere contrario a lo ordenado por los tribunales Norteamericanos. Por lo anterior se consideró que no existió contravención a la Convención de la Haya. El informe social evacuado no da cuenta de violencia intrafamiliar, pero sí de disputas a partir que ambos profesan distintas religiones. El informe psicológico si informa violencia intrafamiliar junto con recomendar que los niños permanezcan en Chile.

El recurrente argumenta:

El cuidado personal debe ser decidido por los tribunales del país de residencia habitual de los niños, y no por actos unilaterales de la madre.

Existía una prohibición vigente de sacar a los niños del estado de Nueva York.

No se discute que Estados Unidos era el país de residencia habitual.

Los documentos emitidos en Estados Unidos dan cuenta que los padres se encuentran casados, por lo tanto tienen la custodia conjunta de los niños. Esto está en directa relación a que la Convención ordena que el deber de cuidado se determina de acuerdo a la legislación del país de residencia habitual.

La demandada ha afirmado que ella ejercía exclusivamente la cuidado personal, sin acompañar prueba de ello.

La salida de los niños hacia Chile se produjo por medio de un salvoconducto emitido por el consulado chileno en Estados Unidos.

Se debe recordar que una de las finalidades de la Convención es evitar que una persona pueda cambiar la jurisdicción a su favor para obtener una decisión judicial a su beneficio.

De acuerdo con el artículo 13 de la Convención, al revisar las causales de oposición se deben tener en cuenta la información social de los niños, entregada por la Autoridad Central del Estado de residencia habitual. Por ello el informe social chileno no es prueba admisible. Esto no se puede modificar a través de la apreciación de prueba en conciencia, ya que la Convención forma parte del ordenamiento jurídico chileno.

El interés superior no puede resultar un concepto antojadizo ni subjetivo del juez, sino una interpretación que asegure de la mejor forma la vigencia de los derechos del niño. La sentencia de segunda instancia da a este concepto un carácter supra legal, paternalista y arbitrario.

Se cometieron diversas faltas o abusos. A) Los ministros obviaron la notificación de la demanda que prohibía sacar a los niños de Estados Unidos, con fecha anterior al viaje a Chile. B) No considerar el traslado de los niños a Chile como ilícito. C) Los informes evacuados son parciales, ya que desconocen el entorno familiar que existía en Norteamérica.

La parte demandada afirma:

En autos no existe prueba que al momento del traslado a Chile haya existido ejercicio exclusivo o conjunto de cuidado personal por parte del padre.

El padre está procesado por falsificación de documentos, conspiración, lavado de dinero, robo mayor y estafa.

Al no existir arraigo en los Estados Unidos para los niños, no procede calificar el viaje de secuestro ni retención ilícita.

Los ministros recurridos informaron que los antecedentes acompañados no los llevaron a convicción sobre la forma de ejercicio de la cuidado personal.

El fallo del recurso dispone:

Considerandos 3 y 4: En apariencia se dan las condiciones para aplicar la Convención, ya que podría estimarse que existió traslado y retención ilícita. Lo cierto es que no corresponde hacer una aplicación automática e irreflexiva de la normativa.

El artículo 13 b) autoriza a negar el regreso en caso que éste exponga al niño a grave riesgo que el retorno lo exponga a peligro físico o psicológico. Considerando 4°.

Considerando 5. La Convención debe ser tomada en consideración de los niños y no los intereses de los padres o entidades relacionadas.

Considerando 6 y 7: Antecedentes para acoger la causal de oposición. A) Informe social: “Los niños deben permanecer bajo el cuidado de la madre y su familia en Chile, donde están protegidos e integrados al sistema escolar”. B) Pericia psicológica SENAME: Niños fueron víctimas de violencia intrafamiliar por su padre y en Chile se encuentran adaptados al medio. De estos antecedentes la Corte infiere que existe grave riesgo, ya que además de la violencia intrafamiliar, se ha determinado que separar a los niños del lazo materno, su actual entorno emocional, social y cultural, los expone a un daño psicológico y afectivo grave.

En el fallo existió un voto disidente.

En el fallo de segunda instancia se cometió falta o abuso al vulnerar el artículo 3° de la Convención y exigir constancia fehaciente en autos acerca de la cuidado personal exclusiva del recurrente sobre sus hijos, pese a que existiendo convivencia entre los cónyuges la cuidado personal corresponde naturalmente y de pleno derecho a ambos padres.

Fue ignorada la notificación personal a la madre en que se le prohibía salir del estado de Nueva York.

No existen elementos de juicio suficientes para considerar el grave riesgo para negar el traslado inmediato, ya que el informe evacuado no permite hacer tal afirmación. Además se negaron los exámenes psiquiátricos al padre, solicitados como medida para mejor resolver, lo que fue recomendado en el informe.

Además, la Convención prohíbe pronunciarse sobre la cuidado personal y otros asuntos distintos de la retorno.

1.4

Rol: 2594

Año: 2004

Recurso interpuesto contra ministros Corte Apelaciones de San Miguel.

El juicio se produce por el traslado a Chile del niño con su madre, siendo el padre norteamericano y el país de residencia habitual los Estados Unidos de Norteamérica. El padre demandó el retorno inmediato de su hijo debido que el traslado era ilícito y el cuidado personal era ejercido de manera compartida. El tribunal de primera instancia acogió la demanda ordenando el retorno inmediato. La Corte de Apelaciones en segunda instancia revocó el fallo, ya que consideró que pese a existir cuidado personal compartido no se configuraba el traslado o retención ilícito, por lo demás a su parecer existían antecedentes que permitían negar el retorno en base a grave riesgo de peligro físico o psicológico. Antecedentes determinantes como un informe evacuado por la Corporación Opción y una terapia realizada por los supuestos abusos sexuales del padre al niño.

El padre demandante recurrió de queja en base a los siguientes argumentos:

- Si la Corte aceptaba que el cuidado personal era ejercido en forma compartida no podía después afirmar que el traslado era lícito, ya que no existió autorización del padre a realizar el viaje. Además la Convención señala que la ley del lugar de residencia habitual es la llamada a determinar el ejercicio del cuidado personal. Los tribunales norteamericanos habían dispuesto una restricción geográfica a la madre para determinar su residencia exclusivamente dentro del condado de Fortbend (Texas) o algún condado contiguo a éste. El traslado subrepticio a Chile significa una violación a la Convención.
- Estima además que la Corte de Apelaciones erró en su apreciación en conciencia de la prueba rendida. Los informes de las autoridades competentes de Estados Unidos que conocieron el caso, y el Centro de Atención a Víctimas de Abusos Sexuales del Instituto de Criminología de la Policía de Investigaciones de Chile afirman que los supuestos abusos no existieron. Siendo esta la situación, las terapias para superar abusos inexistentes provocarían un trauma al niño.
- Existencia de alienación sistemática hacia el padre, a instancias de la madre. Incluso el niño relata que fue su madre quién le habría señalado los hechos sobre abusos.

- En la Convención, el interés superior del niño se encuentra incorporado en la protección a niños ante abducción por parte de sus padres. Esto porque es un hecho que les niega el contacto directo con su (s) padre (es) y vulnera su integridad. Según el recurrente, en las causales de oposición al retorno inmediato no podría aducirse un interés del niño distinto al ya recogido implícitamente en la Convención de la Haya y en la Convención sobre Derechos del Niño, que constituyen instrumentos internacionales de protección especial a derechos humanos de los niños. Una argumentación contraria llevaría a criterios arbitrarios y discriminatorios que vulnerarían el carácter legal de dichos tratados.
- Los ministros recurridos en su fallo revocatorio no señalan la causal de oposición por la que niegan el retorno del niño, debiendo señalar que causal específica concurre y de que manera se configura. Nunca se señaló la existencia de un grave riesgo, en que consistía y en base a que antecedentes se llega a tal convicción.
- Los ministros al pronunciarse sobre la inconveniencia del niño a permanecer con su padre, se refirieron al fondo de la materia (el cuidado personal); asignando a la madre su cuidado, lo que está expresamente prohibido en la Convención.

Al momento de fallar el recurso la Corte Suprema estima que:

Considerando 2º: La demandada niega que Estados Unidos constituyera la residencia habitual del niño, ya que a su parecer ella y él permanecieron forzosamente en ese país durante la tramitación del divorcio.

Considerando 3 y 4: Según los antecedentes acompañados es posible estimar que se cumplen con los supuestos del traslado/retención ilícito, pero que antes de declarar la ilicitud del actuar hay que atender al espíritu de la normativa general sobre los niños, la que conduce a la protección de su interés superior entendido como “la finalidad última en el desarrollo de un menor, que permite su realización cabal como persona en un entorno y condicione que propicien el mejor ejercicio e sus derechos, tanto esenciales o naturales, como aquellos que positivamente se le han ido reconociendo con el devenir de la civilización”.

Considerando 5. Antecedentes que al parecer de la Corte Suprema justifican la oposición del retorno del niño:

- La propia declaración del menor.

- Informe de la Corporación Opción que diagnosticó el abuso sexual y que señala que el niño se encuentra a gusto en su actual colegio. Existencia en dicho informe de indicadores directos e indirectos asociados a experiencia abusiva.
- Informe del Departamento de Protección y Servicios Reglamentarios (Texas, Estados Unidos), en el cual se señala que hay motivos para creer que el abuso efectivamente ocurrió.
- Informe Social evacuado en Estados Unidos, en el cual el niño sostiene que había sido abusado sistemáticamente por su padre y abuelo paterno.

La Corte estima que los antecedentes llevan a considerar real la existencia de un grave riesgo de exponer al niño a peligro físico y psicológico grave. “Acoger la solicitud de retorno implica enfrentar al niño a situaciones por las cuales ha debido someterse a terapia en las que solo con la ayuda profesional especializada ha podido narrar dichas situaciones. Por ello se rechaza el recurso de queja interpuesto. Considerandos 6 y 7.

Nos parece interesante reproducir el razonamiento de dos ministros de la Corte Suprema que estuvieron por rechazar el recurso en base a los siguientes argumentos:

- La nacionalidad del niño es chilena, por lo que a su respecto y al de su madre corresponde aplicar el artículo 15 de nuestro Código Civil.
- Pese a que en la sentencia de divorcio de Texas se entregó a los padres custodia compartida, para efectos prácticos se estableció que la madre tendría la custodia principal y el control del niño, lo que a juicio de los ministros constituye para la ley chilena la cuidado personal del niño.
- De acuerdo con la norma contenida el artículo 225 del Código Civil Chileno, corresponde a la madre, en los casos de separación o divorcio, el cuidado personal de sus hijos, con mayor razón si son menores, por lo cual ella, aunque se encontrara en el extranjero, tenía la cuidado personal de su hijo menor.
- “En esta situación la madre posee más de un título para poseer la cuidado personal del hijo, por lo que con el viaje a Chile no se infringió la Convención”.

1.5

Rol: 1004

Año: 2005

Recurso interpuesto contra ministros Corte Apelaciones de Santiago.

Se presenta recurso de queja contra el fallo de segunda instancia que confirma el de primera que rechaza la demanda de restitución inmediata de 3 niños (2 hombres y 1 mujer) a su residencia habitual en Venezuela.

El fallo de primera instancia señaló que “es un hecho reconocido por las partes y no discutido que durante el año 2000 y 2001, por acuerdo entre las partes la cuidado personal fue entregada al padre, sin que haya constancia que dicha potestad haya sido dejada sin efecto”. Sin embargo esto se opone al documento enviado por la Jueza venezolana Diana Guerrero en que deja constancia que “es de lógica que al concluir el periodo escolar le correspondería nuevamente la guarda de la mencionada adolescente y de los niños a su padrea, toda vez que la guarda de derecho le corresponde a la misma, según se establece en la sentencia de divorcio ordinario”. En el fallo no se habría considerado la legislación del país de residencia habitual (Venezuela), vulnerando así lo dispuesto en el artículo 3º a) de la Convención de la Haya.

El mismo fallo: “se estima en consecuencia que la madre no ejercía la custodia efectiva de sus hijos”...”durante los últimos años la madre no ejercía la custodia efectiva de sus hijos. Ello pese a que la legislación venezolana en la sentencia de divorcio ordinario y la Jueza Guerrero dejan establecido que la guarda y custodia efectiva es ejercida por la madre.

Los ministros de Corte habrían cometido falta o abuso al referirse al derecho de cuidado personal, lo que prohíbe la Convención de la Haya cuando se está resolviendo la restitución del niño en su artículo 16, por lo que es una materia que se encuentra fuera de su competencia.

Nuevamente el fallo de que se hicieron parte los ministros recurridos: “que otra de las situaciones que prevé el Convenio de la Haya es el hecho que al ser desplazado el menor de su residencia habitual no tenga garantías suficientes de que la nueva será estable”. Esta

consideración expuesta no se contempla en la Convención de la Haya, lo que adolece de grave error de interpretación y es enmendable por recurso de queja.

El recurso de queja se fundamenta principalmente en la falta o abuso cometida por los ministros al no ordenar la restitución inmediata, pese a que se cumplían con los requisitos contemplados en la Convención, en especial su artículo 12. Al mismo tiempo se omite aplicar la Convención de Derechos del Niño, en especial el artículo 8°.

Al informar los ministros recurridos sobre su resolución señalan que en ésta se tomó en consideración el principio rector de la Convención de la Haya, el interés superior del niño:

- El objeto de la Convención –ley en nuestro ordenamiento- es asegurar el inmediato regreso de los niños trasladados ilícitamente y hacer respetar los derechos de cuidado personal y visita existente en un Estado. Esta finalidad tiene excepciones. A) Cuando la persona que tenía a su cargo el cuidado personal no ejercía realmente este derecho al momento del traslado o retención. B) Grave riesgo de peligro al regreso o situación intolerable. C) si el niño se opone a su regreso, atendida su edad y grado de madurez.
- Analizando el informe social, declaraciones de los niños y prueba documental, se llegó a la conclusión que no se dan los supuestos de la Convención invocada, ya que los niños estaban bajo guarda y cuidado personal del padre según acuerdo parental refrendado por la justicia Venezolana, la salida de los menores fue con autorización de la madre y la residencia de los niños era indistintamente Venezuela y Chile.

El fallo señala:

- Considerando 2°: En la especie se dan las condiciones para aplicar la Convención referida ya que podría estimarse que de acuerdo con el art. 3° el hecho sublite se encontraría tipificado como traslado o retención ilícito, lo cierto es que no corresponde sujetar la situación de autos a dicha normativa. El artículo 13 a) señala que la autoridad no está obligada a ordenar el retorno si la persona encargada del cuidado del niño no ejercía realmente el derecho de cuidado personal o haya consentido en el traslado o retención posteriormente.
- Considerando 3°: La Corporación de Asistencia Judicial solicitó la aplicación de la Convención y el retorno de los niños a su residencia habitual, Venezuela, junto a su

madre que posee el ejercicio exclusivo de la cuidado personal o guarda y custodia de los hijos. Los abuelos maternos se oponen al retorno ya que el cuidado personal a su parecer pertenece al padre, por haberse modificado el año 2001 el régimen establecido en la sentencia de divorcio de 1998.

- Considerando 4. La oposición al retorno se funda en: A) haber los niños manifestado su intención de permanecer en Chile y que antes de venir a Chile en Venezuela vivían con su padre. B) De acuerdo con el informe social, en Venezuela vivían indistintamente en casa de cada padre, “los niños no tenían residencia estable y eran testigos de violencia intrafamiliar entre sus padres”, “si bien no existen peligros de exponer a los niños a peligro o situación intolerable, sus declaraciones hacen presumir que ellos se sienten protegidos junto a la abuela paterna en Chile”. C) Los hijos salen de Venezuela autorizados expresamente por la madre.
- Considerando 5º: De estos antecedentes los ministros consideran que no queda claramente establecido que durante los últimos años la madre no ejercía la custodia efectiva de sus hijos y que autorizó a Fernanda por más de un año a permanecer en Chile para realizar estudios otorgándole amplios poderes a la abuela paterna para ello y a sus hijos por un año cuando no correspondía a un año escolar, siendo que la cuidado personal la ejercía efectivamente el padre demandado, por acuerdo entre las partes.
- Considerando 6 y 7: De los documentos acompañados por la actora resulta imposible deducir que los niños se encontraban al cuidado exclusivo de su padrea con anterioridad al arribo al país, ya que tales instrumentos únicamente corroboran la inestabilidad que vivían los niños tanto en relación a colegio como residencia. Según lo expuesto y con la finalidad de cautelar el interés superior de los menores, se estima que los sentenciadores no incurrieron en falta o abuso.

En opinión del voto disidente existió falta o abuso:

- Se contravino el art. 3º de la Convención de la Haya al estimar que el padre ejercía la cuidado personal a la fecha del traslado a Chile, pese a que existe copia de sentencia de 1998 en que consta que la guarda y custodia de los niños fue entregada a la madre, sin que tal decisión haya sido modificada por otra dictada por tribunal competente.

- Se desconoció prueba documental de la demandante que acredita que la madre luego de ceder provisoriamente la guarda de sus hijos en 2001, ejerció efectivamente la cuidado personal de ellos hasta el día en que, por breve tiempo, los autorizó a viajar a Chile con la abuela paterna, siendo ilegítimamente retenidos por el padre.
- No existen antecedentes objetivos para aplicar el artículo 13 a) de la Convención que autoriza al Estado requerido a negar la entrega, fundada en que el titular no ejercía realmente el cuidado personal al momento del traslado o retención, ya que los documentos no permiten formarse tal convicción ni por ende hacer efectiva la norma.

Las consideraciones anteriores llevaron al ministro a afirmar que debió acogerse el recurso e invalidar la sentencia.

1.6

Rol: 4533

Año: 2005

Recurso interpuesto contra ministros Corte Apelaciones de Santiago.

El año 1992 una chilena contrajo matrimonio con un ciudadano norteamericano del cual nació una hija. El año 1999 se decretó el divorcio en el estado de California. El año 2000 en el mismo estado se decretaron medidas judiciales en relación a la niña. La mujer alega violencia doméstica y alcoholismo por parte de su ex marido. El divorcio se produce debido a que aparentemente él botó a su hija y su mujer a la calle, viéndose obligadas a vivir en refugios para extrema pobreza o víctimas de violencia intrafamiliar. En los Estados Unidos se decretaron órdenes que prohibieron al hombre acercarse a su hija y la mujer. Durante su estadía en Estados Unidos ambas viajaron varias veces a Chile con la autorización respectiva del padre, regresando siempre a su país de residencia.

En enero del año 2005 se produjo el viaje definitivo a Chile. Una vez en el país y ante reiteradas amenazas la madre solicita medidas de protección ante Juzgados de Menores de Santiago, donde se ordenó el arraigo de la niña en Chile. En marzo del mismo año se demandó el retorno inmediato de la niña por traslado/retención ilegal debido a violación del derecho de cuidado personal que tendría el padre.

El juez de primera instancia acogió la demanda, ordenando el regreso inmediato ya que se constató la retención ilícita y no concurrieron causales de oposición al regreso. En la segunda instancia el tribunal de alzada se limitó a confirmar el fallo de primera.

Se interpuso recurso de queja en consideración de los siguientes argumentos:

- Se vulneró la Convención de la Haya al no aplicar las normas contenidas en los artículos 13 a), 13 inciso 4º y 20; el auto acordado de la Corte Suprema sobre tramitación de la Convención de la Haya y los derechos fundamentales de los niños contenidos en la Convención de Derechos del Niño artículos 3 n° 1 y 2, 6 n° 2, 12 n° 1 y 2.
- El ordenar el retorno de la niña a Estados Unidos contravendría el arraigo ordenado por el Juzgado de Menores.

- Falta de análisis de la prueba acompañada. Esto ocurrió al desechar las causales de oposición alegadas y se alega la falta de estudio de lo obrado en primera instancia, no solo la documentación acompañada por el demandante. En ninguna instancia los jueces señalaron los motivos específicos que llevaron a desechar las causales de oposición alegadas, pese a haber sido acompañada prueba documental y la confesión del demandante.
- Estima la recurrente que se realizó una apreciación arbitraria de la prueba al apoyar la decisión exclusivamente en los documentos que dan fe del régimen de cuidado personal y visitas decretado en Estados Unidos y no en las cuestiones de hecho. El tribunal de primera instancia señala: “la madre retiene ilícitamente a su hija, por cuanto tal retención se realiza sin el conocimiento o consentimiento del padre, violando disposiciones de cuidado personal compartida y régimen de visitas en beneficio de este”, pero no se pronuncia sobre las causales de oposición que alegó la madre. En primera instancia se da por confeso al padre de violencia intrafamiliar, de consentir en que la niña viva en Chile y de amenazar a la madre.
- Al tomar la decisión de retorno inmediato se vulneran dos principios de la Convención de la Haya: Retorno voluntario del niño y que con tal retorno no se violen sus derechos fundamentales.

Los ministros recurridos en su informe justifican su decisión:

- El procedimiento del auto acordado se limita a establecer si el niño se encuentra en Chile y si concurre alguna causal de oposición al retorno inmediato.
- El objetivo de la Convención de la Haya se encuentra plasmado en su artículo 1º vinculado a los artículos 3 y 12.
- Según los antecedentes existentes se cumplen los presupuestos para ordenar el regreso inmediato y no concurren causales de oposición ya que la prueba rendida no acredita grave riesgo que el regreso la exponga a peligro físico, psicológico o situación intolerable.
- La opinión de la niña, que señala querer quedarse en Chile con toda su familia y el perro (señalando a éste como lo más importante), por su corta edad y grado de madurez no merece ser tenida en cuenta para efectos de su regreso al Estado requirente. Su opinión

tendría su origen en la intención (ilícita según la Convención y los antecedentes acompañados) de la madre en retenerla.

- La recurrente, cuyo abogado no concurrió al alegato en segunda instancia, señala la orden de arraigo que sería desobedecida si se ordena el retorno a Estados Unidos, otorgándole a dicha resolución una especie de preferencia por haber sido dictada con anterioridad al fallo de primera instancia. El arraigo no es vinculante para estos jueces y aparece motivada por los escasos antecedentes que tuvo el juez para dictarla.
- Los problemas que existen en la vida común de los padres son asuntos que quedan al margen del objeto del presente juicio y la Convención de la Haya lo recuerda en su articulado.

La Corte Suprema resolvió:

- Considerando 2º: La demanda de retorno inmediato al lugar de residencia habitual se acogió por detentar el padre la custodia compartida decretada por juez competente.
- Considerando 5º: Respecto de los documentos acompañados, el auto acordado no exige legalizaciones ni formalidades para presentar documentos en castellano. Si se encuentran en otro idioma, deben ser traducidas por perito inscrito en la Corte respectiva. No todos los documentos cumplieron con estos requisitos, sin embargo, la Corte considera los documentos suponiendo la buena fe de los litigantes.
- Considerando 9. Los antecedentes acreditan que el viaje a Chile sin autorización del padre, estimando que se cumplen los presupuestos de la Convención de la Haya.
- El principio básico que han de tener presente tribunales, instituciones públicas y privadas de bienestar social, autoridad administrativa y órganos legislativos en cualquier decisión que afecte a un niño, de acuerdo con la Convención de Derechos del niño, es que por sobre cualquier consideración se atenderá al interés superior del niño, mismo principio que inspira la Convención de la Haya: “los intereses de los niños son de importancia primordial en cualquier materia relativa a su cuidado personal”. De ahí se deduce que no procede considerar como cosa esencial los intereses de los padres o entidades que disputan su cuidado personal. Considerando décimo.
- Considerando decimoprimer y decimosegundo. El auto acordado señala que la prueba debe ser apreciada en conciencia. A este efecto se debe tener presente: El padre de la niña contrajo matrimonio en 3 oportunidades. De sus 3 primeros hijos, uno falleció, una

segunda es heroinómana y no tiene contacto con él, su tercer hijo no tiene ningún tipo de contacto con él. El padre habita en un departamento con dos dormitorios, pero la hija duerme con él cuando pernocta allí. En Estados Unidos fue emitido un informe por sospechas de abusos contra su hija. Al juez que conoció de estos antecedentes en Estados Unidos le fue sugerido por la perito que el padre use pijama cuando la niña se encuentre de visita; sugerencia que tiene un claro sesgo negativo.

- Considerando decimotercero. Los antecedentes hacen deducir que no es aconsejable que la niña quede al cuidado exclusivo de su padre, ya que la madre no pretende regresar a Estados Unidos. El padre se presenta como una persona poco afectiva y falta de consideración con sus otros hijos. La niña además no tendría ahí propiamente una familia.
- Considerando 14º: El informe social del Tercer Juzgado de Menores de Santiago, establece que la niña manifestó que no desea volver a ver a su padre y que le gusta la compañía de sus familiares maternos, además que en Chile se ha adaptado positivamente. En entrevista con el Juez ella señala que se quiere quedar en Chile, que no echa de menos a su papá y que tiene miedo que la lleven de Chile. El informe psiquiátrico a su vez recomienda que la madre sea custodia de la niña como ocurrió hasta entonces ya que claramente ellas han desarrollado un vínculo estrecho y de seguridad.
- La Corte Suprema estima que las opiniones vertidas por la niña en autos merecen ser tenidas en cuenta. Considerando decimoquinto.
- Considerando 16º: Se concluye que se reúnen dos de las condiciones del artículo 13 de la Convención para negar la solicitud de regreso inmediato. Grave riesgo de daño para la niña y su propia oposición a regresar al país de residencia habitual.
- Considerando decimoséptimo: Se incurrió en falta o abuso al no analizar adecuadamente los antecedentes acompañados en autos, lo que redundó en una vulneración del interés superior del niño.

A juicio del voto disidente no existió falta o abuso ya que se cumple con los requisitos del artículo 3º de la Convención y no se encuentran acreditados los hechos que constituirían las causales de oposición.

2. Fallos sobre determinación del ejercicio del deber de cuidado personal.

2.1

Rol: 1020

Año: 2001

Recurso interpuesto contra ministros Corte Apelaciones de Santiago.

El juicio tiene por finalidad determinar el ejercicio del deber de cuidado personal en relación a un niño de 13 años, de filiación no matrimonial. La madre demandó el cuidado personal que era ejercido por el padre desde los 11 meses de vida del niño en virtud de abandono tanto afectivo como económico. En primera y segunda instancia se le entregó el cuidado personal a la madre. Ésta solicitó el cuidado personal debido al cambio de sus circunstancias económicas y habitacionales. Los tribunales estimaron que la madre debía ejercer el cuidado debido a que no padecía ninguna inhabilidad para ejercer tal cuidado y un informe social que señalaba abandono afectivo por parte del padre.

Al recurrir de queja, el padre alega las siguientes faltas o abusos:

- La vulneración de los derechos del niño, ya que no se respetó su opinión de seguir viviendo con su padre. Al mismo tiempo la sentencia se centraría en los derechos de la madre y no en los de su hijo.
- Los ministros al analizar la prueba pasaron por alto los antecedentes contenidos en dos condenas por violencia intrafamiliar, una de ellas iniciada por su propia madre. Los antecedentes clínicos de la madre; “estructura de personalidad psicopática primitiva”, “grave personalidad psicopática histérica con franco descontrol” y varios intentos de suicidio. En causa sobre ejercicio de relación directa y regular el informe psicológico propone la inconveniencia de que la madre concurra al colegio del niño a visitarlo.
- Al solicitar el cuidado del niño, la madre pretende llevarlo a vivir con sus abuelos maternos quienes lo cuidarían mientras ella trabaja. Esto enfrentaría al niño a una situación de desarraigo y abandono que evidentemente afectará su desarrollo.

Los ministros recurridos señalan en su informe:

- “La actora, quien legítimamente, mejorada su situación laboral inicia acciones para obtener mediante la demanda de cuidado personal la restitución de su hijo menor”.
- “Debiera la contraria reconocer el derecho inalienable de la esta madre, para encargarse del cuidado y educación del hijo común y estar atenta positivamente al desarrollo de los acontecimientos”.

El fallo:

- Considerando 2º: Los antecedentes allegados al proceso, no lograron acreditar que a la demandante le afectara alguna causal de inhabilidad para asumir la custodia y cuidado del menor, junto con determinar que el cuidado personal reportaría beneficio a ambos. A juicio de los ministros el haber entregado su hijo a tan corta edad se debió a un error propio de su falta de experiencia.
- Considerando 5º: Las convenciones suscritas por Chile y la ley chilena, obligan a atender al interés superior y respetar sus opiniones según su edad y grado de madurez, como también determinar el estado social y psicológico de quienes pretenden ejercer exclusivamente el derecho a vivir con el menor en aras a discernir sobre su aptitud para aquello y el mayor beneficio que se obtendría para el desarrollo integral del niño.
- Al fallar deben ponderarse todas las probanzas allegadas al proceso, sin prescindir de ninguna de ellas, ocurriendo en la especie la omisión al considerar el mérito de los antecedentes por violencia intrafamiliar cometidos por la madre. Dicha omisión produjo inequívocamente la indebida evaluación conjunta de los medios de prueba y de otros elementos como informes médicos sobre la salud de la madre que pese a su antigua data y discordancia permiten establecer la existencia de alteraciones de conducta, lo que permite dudar de su aptitud para encargarse del niño. No es posible establecer inconsistencia en el parecer del niño de permanecer con su padre. Considerando 6º, 7º y 8º.
- Considerando 9º. No se detecta incapacidad del padre o impedimentos para su cuidado. El niño tiene desarrollo normal, lo que permite constatar que es beneficioso para su presente y futuro mantenerse bajo los cuidados de su padre.
- Considerando 10º: La Corte de Apelaciones al tomar la decisión de confirmar el fallo de primera instancia, omitió examinar ciertas pruebas, redundando en una imperfecta y deficiente valoración de los elementos de convicción existentes, vulneró principios

procesales y de fondo que gobiernan esta clase de juicios. Estas contravenciones constituyen falta o abuso reparable por el recurso de queja.

- El recurso se acogió manteniendo el cuidado personal del niño bajo responsabilidad de su padre y regulando el ejercicio de relación directa y regular para la madre. El fallo se acordó con dos votos en contra que estimaron que no existió falta o abuso en el fallo de la Corte de Apelaciones.

2.2

Rol: 645

Año: 2002

Recurso interpuesto contra ministros de Corte de Apelaciones de Rancagua.

Se interpone recurso de queja contra los ministros que dictaron sentencia en segunda instancia, revocando la de primera instancia en que se denegó la demanda del padre de un niño para ejercer él su cuidado personal que en esos momentos era ejercido por la madre.

La Corte tomó esta decisión principalmente teniendo a la vista el informe médico que daba cuenta de desnutrición, pediculosis y maltrato por omisión. Además el informe psicológico señalaba que el niño padecía síndrome de maltrato físico y psicológico por parte de su madre, ansiedad, baja autoestima y presentaba conflictos de lealtad hacia sus padres. La Corte estimó que la madre no entregaba la debida atención física ni psicológica, habiendo descuidado además su desarrollo, vida familiar y social.

Al presentar el recurso, la recurrente señala que:

- El niño tiene filiación matrimonial, pero con separación de hecho, y siempre vivió con su madre.
- Pese a que la demanda fue impetrada por estar el niño en situación de riesgo, desnutrición, vivir en un ambiente promiscuo y expuesto a castigos físicos, el padre en absolución de posiciones admitió desconocer la situación en que se encontraba su hijo y nunca haberse acercado a su colegio.
- Los informes considerados por la Corte son rebatidos por otros informes sociales, médicos, psicológicos y educacionales. El informe social de consultorio local y de la primera instancia señalan que junto a la madre el niño se encuentra en buenas condiciones y que ella no está inhabilitada para cuidar al niño. El pediatra del niño niega la existencia actual de desnutrición u otro problema de salud. Además en entrevista personal el niño expresó su voluntad de quedarse con su mamá.
- A su juicio los ministros utilizan criterios dispares para ponderar la prueba de las partes, no valora en conciencia ni estudia minuciosamente los antecedentes. La prueba de la

demandada habría sido tasada según la prueba legal y la prueba del demandante, en conciencia.

Al informar para el recurso, los ministros sostienen.

- Se realizó un análisis exhaustivo de los antecedentes y apreciando la prueba en conciencia se resolvió que el menor se encontraba en mejor situación con su padre, ya que con la madre el niño contrajo pediculosis, desnutrición crónica y padeció maltratos.
- Fundan además su decisión en el informe psicológico que dice: “Matías ha sido vulnerado en su derecho a la protección contra el maltrato físico, descuido o trato negligente y se encuentra altamente interferido emocionalmente, sintiendo conflictos de lealtad hacia sus padres”.

La Corte Suprema al resolver el recurso:

- Considerandos 2º, 3º y 4º. Se analizan los antecedentes y se recoge el razonamiento del voto de minoría de segunda instancia que señala estar por confirmar el fallo de primera instancia ya que “de los antecedentes probatorios no aparece suficientemente claro que existe un descuido de la entidad suficiente para desarraigar de su grupo nuclear a un niño de 8 años, que vive desde siempre con su madre; sobre todo teniendo en vista la propia opinión del actor, y además que en los últimos informes psicológicos solo realizan pronósticos hipotéticos de posibles futuros maltratos, puntos a los cuales no puede llegar la decisión judicial actual, sin perjuicio que los informes relativos al padre contenidos en causa sobre medida de protección, conducen a abrigar idénticos temores para el caso de que el menor quede a su cuidado.
- Considerando 5º. “Que esta Corte, previo análisis de los antecedentes reunidos en las causas que se trajeron a la vista, concuerda con la apreciación y razonamiento del disidente; más aún, teniendo en consideración lo dispuesto en los artículos 223 del Código Civil y 46 de la ley N° 16.618 –ley de Menores- que determinan, en términos generales, que en caso de separación de hecho, situación en que se encuentran los padres del infante Barzo López, corresponde a la madre el cuidado personal de los hijos menores; concluyen que los jueces del tribunal de alzada, al no confiar la cuidado personal de Matías Barzo López a su madre, han cometido falta que es preciso corregir por la presente vía”.

2.3

Rol: 1193

Año: 2004

Recurso contra ministros Corte de Apelaciones de Temuco.

Se interpone recurso de queja contra los ministros que confirmaron la sentencia de primera instancia que rechazó la demanda por la que el padre solicitaba para sí el cuidado personal de sus 3 hijas que vivían con la madre. Ambas instancias sostuvieron que la homosexualidad de la madre no constituía inhabilidad para el cuidado personal.

El recurrente sostiene que “la madre está inhabilitada para ejercer el rol materno, atento a sus carencias demostradas durante toda la vida de sus hijas la que se demostró con mayor fuerza, ya que al enfrentar a los 40 años de edad, el descubrimiento de su nueva opción sexual – lesbiana- la ejerce llevando al hogar común de sus hijas menores a su nueva pareja, intentando formar así una familia lésbica, alterando con ello la normalidad del hogar común”. La sentencia es contraria a derecho y que con ella se comete una notoria falta o abuso. La Convención de Derechos del Niño posee rango constitucional y dispone que el niño, el sujeto de protección y cuidados especiales como persona y sujeto de derechos que deben ser protegidos, garantizados y respetados. Los tribunales en esta materia deben apreciar la prueba en conciencia, lo que no significa libre arbitrio, sino un estudio razonado de toda la prueba y fallar sobre hechos demostrados.

Faltas cometidas:

- Preferir el derecho de la madre por sobre los derechos de las niñas. De esta forma los ministros no protegieron la vulnerabilidad de las niñas y la apreciación de la prueba en conciencia. Las niñas se encuentran en peligro moral, ya que no han sido protegidas debidamente y se ha privilegiado el bienestar de la madre y su interés personal por sobre el de sus hijas. De esta manera se comete infracción a la debida protección de las niñas, considerando su interés superior.
- Declarar los ministros que el actor debe probar la inhabilidad de la madre, lo que convierte al cuidado personal en un derecho exclusivo de la madre. Ello producto de una errada interpretación de los artículos 225, 226 y 242 del Código Civil y 42 de la ley de

menores. En el parecer del recurrente, el art. 225 no establecería una presunción de derecho de idoneidad de la madre, ya que de ser así sería inconstitucional por atentar contra la igualdad ante la ley.

- Los ministros ignoraron pruebas que el lesbianismo de la madre produjo de manera directa e inmediata una confusión en los roles sexuales que interfirió en el desarrollo de una identidad sexual clara y definida. Además altera la normalidad de la rutina familiar. Las niñas presentarían perturbaciones psicológicas, carencias afectivas y dificultades de definición de estereotipos sexuales adultos.
- Existencia de error al apreciar la prueba en conciencia, a su solo arbitrio, sin consideración alguna de la prueba rendida y allegada al proceso, las ignora, las descontextualiza, tuerce su sentido, olvidando los razonamientos lógicos y máximas de la experiencia que deben primar en su análisis y fundamentación. No consideraron la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de la prueba y antecedentes del proceso.

La madre, al hacerse parte del recurso alega:

- El recurrente ha recurrido a una estrategia comunicacional para obtener un fallo favorable.
- Ha realizado una interpretación antojadiza de los informes de autos. Los ministros prefirieron el informe técnico del Servicio Médico Legal en que se da cuenta de la idoneidad de la madre y de la inculcación maliciosa por parte del padre respecto de la madre durante el proceso, lo que daña a las niñas, además de una exposición mediática de su vida privada y la de sus hijas.
- Las niñas declararon su intención de vivir con su madre.

Fallo del recurso:

- Considerando 4° y 5°: La pareja contrajo matrimonio el año 1993, separándose el año 2002. Luego la madre inició convivencia homosexual. De esta situación derivó una demanda por la cuidado personal de las niñas, porque según el padre, la homosexualidad de la madre provocaba daños al desarrollo integral, psíquico y social; y que el interés superior hace precaver las consecuencias negativas de criarse con una pareja

homosexual. Con el padre las niñas tendrían un ambiente en que psicológica y emocionalmente tendrán mayores seguridades en su desarrollo personal.

- Considerando 7, 8 y 9. Los artículos 224 y 225 del Código Civil establecen derechos deberes para los padres. El cuidado personal contiene especialmente obligaciones y responsabilidades para quienes tienen a su cargo a los hijos. El ejercicio de esta potestad y deber debe enmarcarse en el principio del interés superior. Pese a esto la asignación del deber de cuidado del inciso 1º del Art. 225 no es una regla absoluta ni definitiva, ya que al concurrir una causal calificada puede modificarse la cuidado personal.
- Considerando 13: Los ministros recurridos no consideraron debidamente los efectos que la situación puede acarrear en el cabal resguardo de los intereses de las hijas y cometieron grave falta o abuso al aplicar las normas legales y al apreciar los antecedentes de la causa.
- Considerando 14. En derecho de familia, las decisiones de los jueces son de resorte y responsabilidad propia e indelegable de los jueces respectivos. Los informes adjuntados al proceso por las partes o el tribunal son solo elementos de convicción que deben formarse personalmente los jueces al ponderar el conjunto de la prueba. Los informes psicológicos y sociales opinaron que la homosexualidad no vulnera los derechos de las hijas, no la priva de ejercer sus derechos de madre, pues como persona es normal.
- Considerando 15: Sin embargo, se ha prescindido de la prueba testimonial que señala un deterioro en el entorno social, familiar, educacional de las niñas desde la convivencia homosexual y posible discriminación social. Otros testigos dan cuenta de juegos y actitudes de las niñas que demuestran confusión sexual.
- La madre al asumir su condición homosexual, sin poder recibir reproche jurídico alguno, ha antepuesto su propio interés, postergando los de sus hijas, especialmente al decidir la convivencia. Los efectos que la convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, eventual confusión de roles sexuales por carencia en el hogar de padre de sexo masculino y su reemplazo por una mujer es una situación de riesgo para el desarrollo integral de los menores respecto de la cual deben ser protegidas. Considerando 16 y 17.
- Considerando 18: La situación actual deja a las niñas en estado de vulnerabilidad en su medio social, ya que su entorno familiar es significativamente distinto del de sus

compañeros o vecinos, exponiéndolas a aislamiento y discriminación que afectará su desarrollo personal.

- Considerando 19: Todo lo anterior constituye causal calificada del art. 225 que autoriza entregar la cuidado personal al padre en vez de la madre. Hay presencia de un cuadro riesgoso para los intereses de las niñas, cuya protección se debe preferir a toda otra consideración en los términos definidos imperativamente por la normativa que gobierna la materia.
- Considerando 20: Los ministros recurridos caen en falla al no haberlo estimado así. No haber apreciado estrictamente en conciencia los antecedentes probatorios y haber preterido el derecho de las niñas a desarrollarse en familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social.

Frente a la opinión mayoritaria hubo dos votos disidentes:

El recurso de hecho no permite resolver sobre las cuestiones de hecho y de derecho planteadas por las partes, por ser un recurso disciplinario con la finalidad exclusiva de corregir faltas o abusos graves al dictar una resolución. Debe ser descartado como tercera instancia para imponer opiniones o interpretaciones.

El artículo 225 establece una preferencia legal a la madre, haciendo primar el interés superior antes que la igualdad. Ante separación de los padres, la madre tiene la cuidado personal porque se estimó que ello constituye un hecho natural.

La modificación del art. 225 por el juez es facultativa (podrá) ante la concurrencia de causales que lo hagan indispensable. No procediendo fundamentos faltos de justificación, livianos o ambiguos.

En autos no hay antecedentes de maltrato o abandono por parte de la madre. La causa calificada que señala el mismo artículo no puede provenir de un capricho, prejuicio o arbitrio del juez.

El recurrente esgrime como causa calificada la homosexualidad de la madre y su convivencia en pareja. El artículo 226 se refiere a inhabilidad física o moral, concepto que esta luego definido en el artículo 42 de la ley de menores. Los informes de psicólogos y asistentes sociales dan cuenta que la homosexualidad no vulnera los derechos de las niñas ni priva a la madre de ejercer sus derechos de madre ya que desde una perspectiva psicológica o psiquiátrica se trata de una persona normal. De ello puede

desprenderse que está también habilitada, como sucede en la realidad, para ejercer como jueza, cargo para en cuyo desempeño no aparece cuestionada su moralidad.

“En tal emergencia, restarle a la madre, sólo por su opción sexual, la cuidado personal de sus hijas menores de edad –como ha requerido el padre sobre la base de apreciaciones netamente subjetivas- involucra imponer tanto a aquellas como a la madre una sanción innominada y al margen de la ley, amén de discriminatoria”.

En este tipo de materias los jueces tienen la facultad de apreciar la prueba en conciencia.

En opinión de los disidentes, los jueces recurridos al dictar sentencia confirmando el fallo de primera instancia que entregaba la cuidado personal de sus hijas a la madre, no sólo no han cometido ninguna falta o abuso grave que los haga merecedores de ser castigados disciplinariamente, sino que por el contrario han dado correcta aplicación a la normativa vigente.

2.4

Rol: 1432

Año: 2004

Recurso interpuesto contra ministros Corte Apelaciones de Rancagua.

En este juicio existen un niño y una niña. Sus padres el año 2003 llegaron a acuerdo judicial en una causa anterior sobre cuidado personal en la que el padre solicitaba el cuidado de sus hijos debido a un cuadro depresivo de la madre. La transacción entregaba el cuidado de ambos niños al padre por un lapso de 1 año, prorrogable, salvo que alguna de las partes manifestare lo contrario. Transcurridos 3 meses desde el acuerdo el niño es entregado a su madre y en el mismo acto el padre le señala que al cabo de 2 meses también le entregaría a la hija. Transcurridos los 2 meses no cumple con su palabra sin dar explicación lógica, decidiendo finalmente asumir de manera definitiva el cuidado de la niña. Ante estos hechos la madre decide hacer valer el acuerdo judicial que limitaba a 1 año el cuidado de los niños, y alegando además que no le afectaba inhabilidad o impedimento. En esos momentos su vida se desenvolvía con normalidad y se encontraba estudiando una carrera universitaria. Tanto en primera como en segunda instancia su demanda no fue acogida.

Al recurrir de queja se alegó lo siguiente:

En el juicio no se estableció ninguna inhabilidad a la madre, sea física, moral o psicológica.

Así lo señala el fallo de primera instancia: “de los antecedentes probatorios no logra acreditarse que la madre se encuentre inhabilitada para cuidar a sus hijos”

La entrega de sus hijos al padre fue realizada voluntariamente, producto de una depresión, lo que no implica la existencia de inhabilidad.

Al no acoger su demanda se está contraviniendo el texto expreso del artículo 225 del Código Civil.

Los ministros recurridos en su informe defienden su fallo:

- La inhabilidad no constituye el único evento en que el juez se encuentra legalmente autorizado para entregar el cuidado personal de los hijos al padre en caso de separación. A saber, el interés superior y/o la existencia de una causal calificada.

- El inciso 1º, artículo 225 del Código Civil no es una norma absoluta y menos exclusiva, además se debe ponderar por ejemplo su mismo inciso 3º y el artículo 226 del mismo Código.
- Dados estos argumentos y los antecedentes acompañados al juicio, los ministros se encontraban plenamente facultados para mantener el status quo, habiendo estimado que el interés superior de los niños hacia indispensable resolver de esta manera, existiendo causas calificadas que lo aconsejaban, según el mérito de los antecedentes probatorios; informe psicológico, social y entrevista personal confidencial con la niña.

El recurso interpuesto fue rechazado sin mayor fundamentación, debido a no existir falta o abuso por parte de los ministros recurridos. Sin embargo nos parece interesante reproducir el razonamiento del voto disidente:

- El artículo 225 Código Civil, entrega el cuidado personal a la madre ante separación de los padres. Esta premisa básica puede ser modificada por acuerdo de los padres. La norma o el acuerdo puede ser modificado por interés superior, siempre que ello sea indispensable.
- El juicio no trataba sobre la validez o ineficacia del avenimiento, sino objetivar y resguardar el interés superior, concepto vinculado al normal y adecuado desarrollo integral de los niños. Desde tiempos inmemoriales el cuidado de los hijos ha pertenecido a la madre por razones naturales, situación que el legislador recoge en diversas disposiciones, aunque el cuidado ha evolucionado en aras del referido interés superior y en desmedro de los deseos de los padres sin atender a sus dificultades o desavenencias.
- Debe buscarse incapacidades que la madre padezca para ejercer el cuidado de los hijos, pues ella se encuentra naturalmente dotada para llevar a cabo esa función, y es de esa manera como se resguarda el interés superior del niño.
- En el caso, no se estableció inhabilidad, por lo que debe seguirse con la indicación natural o legal, la que solo fue alterada por acuerdo de los padres.
- El acuerdo anterior, debe revocarse, no por interés superior, descuido o abandono, sino por causa justificada, la que sería el estado natural de las cosas, que el cuidado lo ejerza la madre no inhabilitada, haciendo primar el interés superior del niño resguardado por el legislador en el artículo 225 del Código Civil.

- La entrega del hijo a la madre por parte del padre, repugna la lógica y las máximas de la experiencia, que hijos se críen separados con cada padre y que ella esté habilitada para criar al niño y que sin padecer inhabilidad no pueda criar a su hija.
- Por lo tanto, a su parecer, existe falta o abuso toda vez que se desatendió el interés superior al mantener a la hija lejos del cuidado personal de la madre no inhabilitada y dejando así de aplicar la norma perentoria del artículo 225.

2.5

Rol: 6333

Año: 2005

Recurso interpuesto contra ministros Corte Apelaciones de Iquique.

Se interpone recurso de queja contra el fallo de segunda instancia que revoca el de primera instancia, acogiendo la demanda de la madre para ejercer el cuidado personal de sus dos hijas (13 y 7 años). El cuidado personal lo ejercía el padre en virtud de escritura pública subinscrita en el Registro Civil.

El recurrente (padre) considera una falta o abuso la entrega del cuidado personal de las niñas a la madre, ya que de esta manera se vulnera la integridad psíquica de las niñas al desarraigarlas de su hogar bajo pretexto de cumplir el artículo 225 Código Civil. Con esta resolución además se vulneraría la Convención de Derechos del Niño y los artículos 222, 225 (en cuanto permite de común acuerdo establecer el cuidado personal) y 1545 (ya que se vulneraría la ley del contrato en que se determina el cuidado personal) del Código Civil.

El año 2002 fue firmada la escritura pública que le entregaba el cuidado personal al padre, ello debido a que la madre abandonó el hogar, dejando a las niñas con su padre. Ella se fue a vivir con otro hombre. El año 2004 la madre demandó el cuidado personal de sus hijas, obviando el acuerdo firmado y sin aducir casual para poner término a éste. En primera instancia la demanda fue rechazada teniendo a la vista entre otras consideraciones que “las menores han manifestado su interés de permanecer al cuidado de su padre” “considerando el interés superior de ellas en el sentido de procurar su estabilidad emocional y familiar, no se acogerá la demanda”, siendo revocado este fallo en segunda instancia por considerar que debía primar la aplicación del artículo 225. La Corte señaló: “al no existir impedimento alguno que afecte a los padres por imperativo legal corresponde aplicar la norma del art. 225”

El recurrente considera que en el fallo de segunda instancia fueron cometidas diversas faltas o abusos:

- Fue privilegiado el derecho de la madre por sobre los derechos de las niñas.

- Se vulneró el deber de los jueces de proteger la vulnerabilidad psíquica y física de las niñas.
- Se transgredió la apreciación en conciencia de la prueba.
- La aplicación del artículo 225 no es aislada sino a la luz del interés superior del niño como preocupación esencial de los padres. Los ministros no consideraron relevante que las partes habían determinado de común acuerdo que el cuidado quedaría a cargo del padre, por lo tanto el art. 225 inciso 1° no era la única norma a considerar al fallar el juicio. Dicho acuerdo solo pudo ser revocado siguiendo las mismas solemnidades o por causal calificada (que no fue alegada). Pese a que las partes en la escritura pública se comprometieron a revisar el acuerdo no puede considerarse esto como consentimiento suficiente para revocar o dejar sin efecto el acuerdo. Este acuerdo es ley para las partes, por lo que los ministros vulneraron la ley del contrato al modificar el “contrato” de forma distinta al acuerdo o causa legal. Los ministros consideraron como causa legal el inciso 1° art. 225, sin considerar lo dispuesto en el art. 222 y en la Convención sobre Derechos del Niño. La escritura tampoco fue impugnada de nulidad. Sólo quedaba la posibilidad de modificar el acuerdo por medio de abandono, maltrato u otra causal calificada, lo que no ocurrió, sin poder establecer respecto del padre inhabilidad alguna.
- Se vulneraría el inciso 3° del art. 225 que prohíbe confiar el cuidado al padre que no hubiere contribuido a la manutención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo. La madre señaló tener una situación económica estable, percibiendo ingresos suficientes para la manutención. Pese a esto ella jamás contribuyó a mantener a las niñas mientras vivían con su padre. Este hecho está considerado en el informe social que señala que la madre no proporciona asistencia ni alimentos.
- Los ministros no se atuvieron al mérito del proceso como lo ordena el artículo 160 del Código de Procedimiento Civil, al pasar por alto antecedentes como: el abandono de hogar de la madre para convivir con otro hombre y posteriormente volvió a cambiar de pareja. Esto lo señalan las propias hijas, testigos y los informes sociales y de calificación diagnóstica; la desatención de la madre sobre la crianza, educación de las hijas y su manutención material; padecer la madre depresión, inestabilidad emocional y de pareja según los informes social y de calificación diagnóstica; que el padre se encuentra plenamente calificado para ejercer el cuidado personal ya que no le afecta ninguna inhabilidad.

En el informe solicitado, los ministros ratifican que su decisión se debió a que la madre no se encuentra afectada a inhabilidad y que genera ingresos suficientes para mantener a sus hijas. Además con ellas mantiene un estrecho vínculo afectivo.

Al fallar el recurso de queja la mayoría de la sala lo rechaza por no existir falta o abuso por parte de los ministros recurridos.

Pese a esto, existe un voto disidente cuyo análisis resulta interesante:

- El recurso debe acogerse ya que el cuidado persona se encontraba regulado por escritura pública subinscrita en registro civil. Esta decisión de los padres solo puede dejarse sin efecto de común acuerdo por los concurrentes a ella o por decisión judicial fundada en el interés superior del niño que lo haga indispensable por causa calificada, situación que no se evidencia en autos, ya que no hay ningún antecedente que determine que el padre ha incurrido en algún hecho de esta naturaleza que permitirían modificar el acuerdo celebrado en 2002. Por el contrario, la decisión de la Corte de Apelaciones de Iquique se basa en la norma genérica del art. 225., decisión que constituye falta o abuso grave que permitiría dejar sin efecto la sentencia de alzada manteniendo la vigencia del fallo de primera instancia más aún si se considera que las menores han declarado su preferencia para vivir con el padre.

2.6

Rol: 1228

Año: 2006

Recurso interpuesto contra ministros de Corte de Apelaciones de Chillán.

Pareja contrajo matrimonio el año 1996 del cual nacieron un hombre y una mujer de ocho y cinco años respectivamente. El año 2003 el matrimonio comienza una crisis que lleva al marido a restringir la cantidad de dinero que entregaba a su mujer para que se hiciera cargo de la casa, llegando a no entregarle nada. De esta manera ella se veía impedida de realizar su función de dueña de casa. Finalmente deciden dormir en piezas separadas. El mismo año el marido demanda de violencia intrafamiliar argumentando que su mujer sufría problemas mentales, era descuidada en el manejo de la casa y los niños. Solicita medida precautoria que es acogida, consistente en prohibición que los niños salieran de Chillán.

Ante la crisis, una hermana de la mujer intenta hacerlos llegar a un acuerdo que se logra y consiste en que ella seguiría en evaluaciones psiquiátricas y realizaría las indicaciones que éste le realizara. Si las evaluaciones resultaban positivas el marido le arrendaría una casa para que viviera con los niños. Acordaron que todos seguirían viviendo en la misma ciudad.

Al día (22 mayo) siguiente de lograr este acuerdo, el marido (Notario) llevó a su mujer a firmar un acuerdo bajo el pretexto de ser necesario para ser presentado ante el juez. La mujer firmó sin saber de que se trataba, en el documento no se mencionaba la palabra cuidado personal, y disponía que ella siguiera viviendo en el mismo lugar con sus hijos. Esta transacción regulaba la vida en común mientras resolvían los conflictos o se separaban y ponía fin al juicio de violencia intrafamiliar obligándose el marido a entregar una suma de dinero.

Las evaluaciones psiquiátricas no demuestran desórdenes significativos, sino los propios de la situación de conflicto de pareja. En julio de 2003 el marido revela a su mujer el verdadero alcance de la transacción firmada, además le señala que ya no puede volver al hogar ya que él no se seguirá haciendo cargo de ella.

Ocurrido esto se reúnen ambos y sus abogados para llegar a un nuevo acuerdo. Nuevamente pactan que la mujer tendrá el cuidado personal viviendo en Chillán y él dará pensión de alimentos. Al volver a su casa la mujer se da cuenta que su marido se llevó a los niños. Ante esto la madre solicita una medida de protección que no es acogida por ser improcedente.

En febrero de 2004 la madre demanda el cuidado personal de sus hijos. La evaluación psicológica señala que pese a que ambos niños quieren mucho a su padre desean vivir más tiempo con su madre. A la niña le produce pena, rabia y angustia vivir lejos de su mamá. El niño afectivamente se siente más cercano a la madre y más aliado con ella. En el juicio se acredita que ella no está inhabilitada para ejercer el cuidado personal ya que la psicóloga del SENAME informa: “no presenta indicadores de desorden psicológico que pudieran constituir riesgo para el buen desarrollo de los hijos, por lo que se estima que está en condiciones de hacerse cargo de su cuidado”. En entrevista el niño dice que le gusta vivir con su papá y que no quiere vivir con su madre. La demanda en primera instancia fue rechazada ya que no se invocó causa legal para recuperar el cuidado personal y que se encontraba vigente el primer acuerdo concurriendo la excepción de transacción. El fallo fue confirmado en segunda instancia.

La madre al recurrir de queja considera que se cometen falta o abuso:

- Vulnerar la Convención de Derechos del Niño. Ya que pese a no haber causa legal, la madre no está inhabilitada por lo que se vulnera el interés superior de sus hijos que necesitan de su madre capaz de ejercer el cuidado. En los fallos no se consideran los informes evacuados sobre los niños.
- Falta de análisis de la prueba rendida en que se acredita que la madre no padece ninguna inhabilidad para ejercer su rol. Los ministros habrían obviado medios de prueba que acreditan que la madre puede tener el cuidado personal y ofrecer una vida más armoniosa, como el informe social, informe psicológico de los niños, de la madre. El tribunal no habría ponderado debidamente los antecedentes agregados.
- Carácter irrenunciable de los derechos de familia. La transacción fue aceptada como excepción, lo que es propio del ámbito civil, al tiempo que la doctrina y jurisprudencia consideran que los derechos de familia son irrenunciables. La demanda debió ser acogida en resguardo del interés superior de los niños y su idoneidad como madre.

Los ministros recurridos al evacuar su informe, fundamentan su decisión:

- La sentencia fue confirmada porque “hoy día la cuidado personal se rige por el art. 225, según el cual en primer lugar habrá que estarse al acuerdo de los padres, quienes de común acuerdo podrán determinar que el cuidado de los hijos corresponde al padre”.
- La transacción de mayo de 2003 se encuentra vigente y produce sus efectos, sin que la demandante haya señalado en forma concreta el interés que haga indispensable cambiar la cuidado personal de los menores ni se invocó causa calificada para alterar el cuidado de los niños.
- La actora señaló que la cuidado personal debe volver a ella por convenir a los intereses de los hijos, por no padecer impedimentos y la forma irregular de obtener la cuidado personal utilizada por el padre. Sin embargo el artículo 225 en su inciso 3º requiere que el interés de los hijos haga indispensable la entrega del cuidado al otro padre o concurra una causa calificada. La ley es bastante exigente cuando la madre ha entregado el cuidado de los hijos al padre, pues presume que ha sido por una causa importante, exigiendo para alterar dicha situación el ya mencionado interés indispensable o causa calificada. La actora no mencionó causa de tal entidad para alterar el común acuerdo, ya que no se menciona en la demanda que los niños puedan encontrarse en situación de falta de cuidado o atención por parte del padre.
- El artículo 242 ordena al juez atender al interés superior y tener debidamente en cuenta las opiniones de los niños. El informe social señala que los niños viven en excelentes condiciones materiales, de cuidado y protección. El informe psicológico dispone que el niño reconoce mayor estabilidad, seguridad y certezas en la relación paterna, por lo que se predice mejor desarrollo social, afectivo y emocional al cuidado del padre. En el informe evacuado por el Centro de Tránsito y Distribución AYUN, el psicólogo y asistente social creen conveniente no variar las regularidades sociales y educativas a las cuales se han adaptado favorablemente los menores. El niño en audiencia dice que vive y le gusta vivir con el padre, que le da cariño y ayuda a estudiar; no quiere estar con su mamá, ya que prefiere al padre. Además en la prueba testimonial la demandante no acreditó que los menores estén en mal situación con el padre. Dados estos antecedentes se concluye que el interés superior de los niños no hacía aconsejable variar la cuidado personal entregada al padre y concuerda con la primera instancia en que “no puede

alterarse un ambiente de tranquilidad que están gozando los menores por el pretexto de que no se desee perseverar en un acuerdo llegado por los propios padres respecto de su cuidado personal”.

El fallo sobre el recurso de queja:

- Considerando primero: La recurrente alega: a) la vulneración de la Convención de Derechos del Niño, pues se obvia prueba inequívoca que señala que la madre no está inhabilitada vulnerando el interés superior. b) el rechazo de la demanda se funda en una transacción fraudulenta y argumentando que no se invoca causal justificada para reclamar la cuidado personal. c) existiría falta de análisis de la prueba que acredita la no inhabilitación de la demandante ya que la apreciación de la prueba no es solo una facultad sino un deber de los magistrados. d) los derechos de familia son irrenunciables y los jueces se limitaron a acoger una transacción como excepción perentoria, como si se tratase de una materia civil.
- Considerando 4º: En la especie no se ha tratado de la validez o ineficacia de la transacción celebrada por los litigantes. Tampoco es dable razonar sobre la forma en que dicha transacción habría sido obtenida, sino que se trata de objetivar y resguardar el interés superior de los niños, concepto no definido pero que se vincula con el normal y adecuado desarrollo integral de esos niños. Sabido es que desde tiempos inmemoriales el cuidado de los hijos corresponde a la madre, por razones naturales, situación que el legislador recoge en las disposiciones pertinentes, aunque ese cuidado ha evolucionado en aras del referido interés superior y en desmedro de los deseos de los padres, sin atender a sus dificultades o desavenencias. “En esa línea de deducciones han de buscarse las incapacidades que la madre padezca para ejercer el cuidado personal, pues como se dijo ella se encuentra naturalmente dotada para llevar a cabo esa función y es de esa manera como se resguarda el interés superior, de lo contrario la regla general no sería la ya mencionada”.
- Considerando 5º: En el caso ninguna inhabilitación de la madre se ha tenido por probada así como tampoco al padre, debiendo seguirse la indicación natural y legal sobre el cuidado de los hijos, pues la única razón por la cual esa indicación fue alterada está constituida por el acuerdo de los padres. Este acuerdo puede revocarse por voluntad o interés superior, lo que no ocurre en este caso. Sin embargo, es dable como causa

justificada el estado natural de las cosas, que el cuidado lo ejerza la madre no inhabilitada a quien le resulta legítimo reclamar el cuidado personal de sus hijos, no obstante la transacción hecha valer, pues deber primar necesariamente el interés superior, resguardado por el legislador al entregar la cuidado personal a la madre no inhabilitada en el caso de separación.

- Considerando 6 y 7. Cabe tener presente que la celebración de la transacción no constituye motivo de inhabilidad que incapacite ilimitadamente en el tiempo a la madre ni conduce a impedirle la reclamación de que se trata, pues en la práctica quien ostenta la cuidado personal no habrá de incurrir en causal de pérdida de la misma, de manera que si la madre ha de esperar el concierto para revocar el acuerdo puede ello no acontecer y verse así imposibilitada de ejercer el cuidado que natural y legalmente se le ha entregado.
- Consiguientemente los jueces han incurrido en falta o abuso grave al desatender el interés superior de los niños en autos, manteniéndolos lejos del cuidado personal de la madre no inhabilitada, sin perjuicio que ese cuidado no merezca reproche en poder del padre y al otorgar inmutabilidad a la transacción que se hizo valer en el proceso, dejando de aplicar el artículo 3° de la Convención de Derechos del Niño y el artículo 225 del Código Civil, lo que justifica acoger el presente recurso y dejar sin efecto la sentencia que lo motiva. Considerando octavo.
- Se acoge el recurso y deja sin efecto la sentencia de segunda instancia, revocando la sentencia de primera instancia y acogiendo la demanda, concediendo la cuidado personal de los hijos a la madre.

CONCLUSIONES.

1. Los derechos fundamentales de los niños y adolescentes se encuentran reconocidos en la Convención Internacional de Derechos del Niño de 1989. Esta Convención presenta un conjunto de derechos que deben ser respetados por el Estado, la sociedad, la familia y ser exigidos a estos mismos. Cabe destacar que la Convención fue promulgada en Chile por el Presidente don Patricio Aylwin A., al regreso de la democracia a nuestro país, lo que le da un significado especial y sobre todo resalta la importancia que a partir de entonces adquirieron los derechos de los niños y la infancia, etapa que debe ser concebida como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía, personal, social y jurídica.

2. La Convención establece un extenso catálogo de derechos que tiene aplicación delimitada para niños y adolescentes. Los Estados que la ratifican deben a continuación incorporar normas de fuente nacional que adecuan la norma internacional a las realidades internas. Esta obligación ha sido cumplida por nuestro país de manera lenta, pero progresiva. Así se han regulado materias como igualdad de los hijos, adopción, violencia intrafamiliar, y últimamente estableciendo los Juzgados de la Familia y nuevos procedimientos que incorporan importantes reglas procesales sobre la niñez y adolescencia.

3. La Convención establece dos principios especialmente trascendentales para comprender el deber de cuidado personal. Uno es el interés superior del niño. Consagrado en el artículo 3º, el que se relaciona directamente con el artículo 242 del Código Civil chileno, y con el artículo 16 de la ley de tribunales de familia. Nos encontramos ante un caso de norma internacional recogida y desarrollada en el ordenamiento jurídico interno. Luego, los artículos 9 y 18 de la Convención vinculan el interés superior a los padres, misma idea contenida en nuestro artículo 222 del Código Civil.

4. El otro principio, es el derecho a ser oído. La Convención en su artículo 12 plasma este principio desde una doble óptica. Primero como el derecho de los niños a expresar su opinión libremente en los asuntos que les afecten, y luego el derecho a ser oído en sede judicial o administrativa, debiendo existir procesalmente hablando una oportunidad para que este derecho se pueda efectivamente ejercer y ser considerada la opinión del niño. El ya señalado artículo 16 de la ley de tribunales de familia dispone que el derecho a ser oído, sea uno de los principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución

del asunto sometido a su conocimiento. Es obligación del tribunal velar porque este principio se aplique en el procedimiento de familia. Los jueces de familia son garantes de la norma contenida en los artículos 3 y 12 de la Convención.

5. La determinación de la filiación consiste en la forma legal en que se establece el vínculo de parentesco entre una persona y su inmediato descendiente y viceversa. La filiación es un hecho biológico innegable, pero este hecho no siempre coincide con la realidad jurídica. Sin importar si la filiación es por naturaleza, adopción o técnicas de reproducción asistida, surte sus efectos de igual manera, existiendo diferencias en la forma en que se determina en cada caso. En cuanto a los efectos, toda filiación determinada producirá: Relaciones personales/potestad parental, patria potestad, derecho de alimentos y derechos hereditarios. Se exceptúa de esta regla el caso en que la filiación se determina contra la voluntad del padre/madre.

6. La patria potestad existe como tal desde el Derecho Romano. En el derecho hispano e indiano la patria potestad correspondía a los padres legítimos, así lo establece las *Partidas* que es la fuente de la representación judicial y extrajudicial que correspondía al padre. Históricamente los efectos de la filiación se englobaron en el concepto de patria potestad, así lo recogen las legislaciones española y argentina.

7. Nuestro sistema jurídico actual dispone que la patria potestad es una institución exclusivamente dedicada a la administración de bienes y representación del hijo. Su ejercicio generalmente lo lleva a cabo el padre, pese a que puede ser ejercido conjuntamente por ambos padres o exclusivamente por la madre si así se establece. En el caso de parejas que no viven juntas, el ejercicio de la patria potestad corresponde, por regla general, a aquél padre titular del deber de cuidado personal.

8. Los efectos personales que produce la filiación son tratados en Chile por la potestad parental, denominación que busca evitar la discriminación de la voz autoridad paterna, que predomina en la legislación a partir de la obligación de los hijos a guardar respeto y obediencia a sus padres. Los efectos personales nacen a partir de fuertes vínculos naturales que genera la filiación.

9. El contenido de las relaciones personales es la obtención del desarrollo integral de los niños como personas, de manera tal que al momento de lograr total autonomía los hijos se integren adecuadamente a su medio social, superando la marginación, prejuicios, e incluso sus propios límites. Se trata de normas de un contenido eminentemente ético, los derechos-funciones no pueden ser solicitados compulsivamente, salvo el derecho a socorro. La potestad parental, pese a

que su denominación original de *autoridad* nos haga pensar en un derecho subjetivo, no es tal, sino una responsabilidad, un deber de los padres.

10. Dentro de la potestad parental, se encuentra el cuidado personal, que consiste en el derecho de los padres de tener a sus hijos en su compañía. Su naturaleza jurídica es la de una potestad, ejercida con miras a cautelar el mayor interés de los hijos, que se concretiza en la más sana, completa, eficiente, formación espiritual, psicofísica y económica.

11. Para determinar a quién le corresponde la titularidad del ejercicio del cuidado personal, primero debemos atender a si ambos padres viven juntos o no. Un segundo elemento de análisis es la existencia o no de matrimonio. Las soluciones las entrega tanto el Código Civil como la Nueva ley de Matrimonio Civil.

12. A partir del año 1952 el Código Civil de manera progresiva favoreció a la madre en el ejercicio del deber de cuidado. La atribución que contempla el Código Civil actualmente es sin duda favorable a la madre, sin límite de edad y sin análisis previo, la mujer tiene el derecho al cuidado personal del niño por el solo hecho de ser su madre, ya que ella sería la persona idónea para llevar a cabo la función que *la naturaleza le encomendó*. La posibilidad de acordar por la autonomía de la voluntad que el padre o ambos ejerzan el cuidado personal de los hijos viene a atenuar esta norma. Pareciera que hoy en día el cuidado personal es un derecho de la madre, del cual sólo puede ser privada excepcionalmente por una causa calificada, la que dado los ejemplos de maltrato y descuido que utiliza el artículo 225, figuran como sanciones atenuadas que se aplican a la mujer. La solución a este problema, obviando una improbable modificación legislativa, es que el enfoque jurisprudencial respecto a la atribución legal se acerque a una presunción de interés del niño y no un derecho subjetivo de la madre.

13. Existe una institución que busca obtener el mayor beneficio de los niños y permitir que ambos padres que no viven juntos participen de su cuidado personal. Se trata del cuidado personal compartido, en que la titularidad del deber de cuidado es ostentada por más de un sujeto, ejerciéndolo cada uno de forma alternada o sucesiva. Idealmente esta modalidad debe ser pactada de común acuerdo, homologada por el juez de familia o propuesta por éste. Existen ciertos criterios aplicables a la procedencia del cuidado personal compartido, por ejemplo: atender al interés superior del niño, el interés moral y material, la opinión del niño. En nuestro país no existe una normativa que se ocupe de este tema. Pese a este vacío legal, esta modalidad es aplicable basándose en la posibilidad de establecer un acuerdo regulatorio, en virtud de la autonomía de la voluntad, el imperativo judicial de fallar teniendo como principal consideración

el interés superior, y el imperativo constitucional de buscar una posición de igualdad entre el padre y la madre del niño.

14. El establecimiento de los Tribunales de Familia fue un paso en la modernización de la justicia en Chile. Pese a ello, el funcionamiento inicial ha sido criticado. Probablemente hubiera sido preferible implementar el nuevo sistema de manera progresiva, además, se produjo un enorme ingreso de demandas, las que superaron las expectativas del diseño del sistema, lo que se suma a la carencia de filtros de admisibilidad. Otro problema se produce al permitir la litigación sin patrocinio de abogado, ya que las audiencias se prolongan por más tiempo y requiere que los jueces se involucren más en los asuntos que conocen. Por otro lado, la posibilidad de recurrir de casación, debido a la sobrecarga de trabajo que adolece la Corte Suprema, impide la pronta culminación de los procesos. Pese a las críticas anteriores, nos encontramos ante un mejor sistema de justicia para los asuntos de familia, niñez y adolescencia. Se ha ganado en transparencia como consecuencia de la oralidad, y pese a todo en celeridad debido a la concentración e inmediación con que se tramitan los procesos. Existen además vías alternativas para la solución del conflicto, como la mediación, que no ha tenido la incidencia que se esperaba, ya que al parecer no existe conciencia de sus ventajas, y los usuarios en general prefieren tratar de imponer sus puntos de vista y esperar la resolución de los jueces.

15. Los fallos de recursos de queja sobre la determinación del cuidado personal dejan constancia de una constante discriminación positiva para las mujeres. Hace excepción a esto el caso de las niñas López Atala. En este proceso se consideró que el interés superior de ellas estaría resguardado de mejor manera si viven con el padre, ya que la madre prefería su propio interés al de sus hijas al llevar una convivencia homosexual viviendo además las niñas en la misma casa, lo que conllevaría peligro moral. Otro caso en que se prefirió al padre para ejercer el deber de cuidado se debió a que la madre abandonó a su hijo a los 11 meses. Evidentemente en este caso concurría una causal calificada imposible de soslayar.

16. La segunda parte de la recopilación de recursos de queja recae sobre la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños. Su finalidad es resguardar el entorno afectivo-social de los niños, protegiéndolos contra un traslado o retención a un país distinto del de su residencia habitual que infrinja así la titularidad del cuidado personal determinado. La función de los jueces es analizar si se cumplen con los presupuestos de la Convención, y ordenar en consecuencia el retorno inmediato. Está prohibido discutir en este proceso sobre la titularidad del cuidado personal. Pese a esta prohibición la misma Convención

contempla la posibilidad de oponerse al retorno inmediato, estableciendo una serie de causales de oposición, las que finalmente pese a no involucrar directamente el cuidado personal, en caso de ser acogidas se producirá un cambio en la titularidad del deber de cuidado de facto, el que luego deberá ser regularizado en el país al que el niño fue trasladado o en el que es retenido. Hemos visto que en muchos casos los hechos permitirían la aplicación directa de la Convención, y de hecho así se falló en primera e incluso en segunda instancia. Pese a ello, esta aplicación directa habría perjudicado a él o los niños involucrados. En otros fallos la madre ha debido dejar su país de residencia habitual para regresar a Chile como medida última para proteger a sus hijos de ambientes hostiles. Pese a la noble finalidad que persiguen nos extraña que esas mismas madres no hayan acudido a los tribunales de justicia de su residencia habitual. En nuestro país, los tribunales de justicia han preferido la aplicación de las normas internas contenidas en el artículo 15 del Código Civil chileno a las norma de la referida Convención. A nuestro parecer de esta manera se contraviene flagrantemente el principio de especialidad contenido en el artículo 4° del mismo Código. La Convención busca junto con el mayor beneficio de los niños, que se respeten las decisiones adoptadas por tribunales competentes sobre el cuidado personal de los niños. En los fallos revisados de manera directa o indirecta se discute y se resuelve sobre a qué padre corresponde ejercer el cuidado personal del hijo.

BIBLIOGRAFIA.

ABELIUK MANASEVICH, RENE. La filiación y sus efectos. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2000.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL y VODANOVIC H., ANTONIO. Tratado de derecho civil: partes preliminar y general. Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998.

ALVAREZ ALARCÓN, RODRIGO AMBROSIO. La autonomía de la voluntad en relación con la atribución de la tuición y de la patria potestad. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Prof. guía: Claudia Schmidt Hott. Santiago, 2003.

ARAVENA ARREDONDO, LEONARDO. Tribunales de familia: aspectos orgánicos, mediación, consejo técnico. Ed. LexisNexis, Santiago, Chile, 2005.

ARGÜELLO, LUIS RODOLFO. Manual de Derecho romano: historia e instituciones. Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires, 1998.

ASCENCIO HERNÁNDEZ, ALICIA LEONOR. El cuidado de los hijos en la familia disociada: criterios de atribución. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Prof. guía: Fabián Elorriaga de Bonis. Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de Derecho, Valparaíso, 2000.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA; [jefe de redacción Cristina de Andrés Irazazábal]. Diez años de abogados de familia. Ed. La Ley, Las Rozas, Madrid, 2003.

Auto Acordado sobre procedimiento aplicable al Convenio de la Haya relativo a los efectos civiles del secuestro internacional de menores, de fecha 3 de noviembre de 1998, y Modificación al Auto Acordado sobre secuestro internacional de menores, de fecha 3 de mayo de 2002. Recurso electrónico en:
<<http://www.poderjudicial.cl/index.php?pagina1=blank.php&pagina2=autoacordados.php>>

BAEZA CONCHA, GLORIA y PÉREZ CABRERA, JAIME. Los nuevos tribunales de familia: procedimiento ordinario. Ed. LexisNexis, Santiago, Chile, 2005.

BAEZA CONCHA, GLORIA. El interés superior del niño: derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia. Revista Chilena de Derecho. Vol. 28, n° 2 Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. (abr./jun. 2001)

BAVESTRELLO BONTA, IRMA. Derecho de menores. Ed. LexisNexis, Santiago, Chile, 2003.

CILLERO BRUÑOL, MIGUEL y MADARIAGA DÍAZ, HUGO. Infancia, derecho y justicia. UNICEF. Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Sociología, Santiago, Chile, 1999.

Convención Internacional de Derechos del Niño. Publicada en el Diario Oficial, 27 de septiembre de 1990. Recurso electrónico en:

<<http://www.anfitrion.cl/actualidad/relacion/alegisla/tratados/b00021.htm>>

Convención Internacional sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de menores. Publicada en el Diario Oficial, 17 de junio de 1994. Recurso electrónico en:

<<http://www.anfitrion.cl/actualidad/relacion/alegisla/tratados/b00053.htm>>

Convención de la Haya sobre protección y cooperación internacional en materia de adopción. Recurso electrónico en:

<<http://www.sename.cl/SenameWebNeo/transparencia/transparencia/normativo/ConveniodeProt eccionalNinoyCooperacionenAdopcionInternacional.pdf>>

CORRAL TALCIANI, HERNÁN FELIPE. Familia y derecho: estudios sobre la realidad jurídica de la familia. Universidad de los Andes, Santiago, 1994.

CORRAL TALCIANI, HERNÁN FELIPE. Derecho y derechos de la familia. Ed. Grijley, Lima, Perú, 2005.

Curso Internacional de Especialización para Jueces de Menores y de Familia, organizado por la Facultad de Derecho, Universidad de Chile e Instituto Interamericano del Niño. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1983.

DÍAZ CRUZAT, ANDRÉS. La jurisprudencia en el Derecho de Menores. En: Gaceta Jurídica N° 160. Ed. ConoSur, Santiago, Chile. 1993

DIEZ-PICAZO, LUIS y GULLÓN, ANTONIO. Sistema de derecho civil. Volumen 4. Ed. Tecnos, Madrid, 1999

DOUGNAC RODRÍGUEZ, ANTONIO. Esquema del derecho de familia indiano. Ediciones del Instituto de Historia del Derecho Juan Solórzano y Pereyra, Santiago, Chile, 2003.

ETCHEBERRY COURT, LEONOR. Los derechos y obligaciones entre padres e hijos y la patria potestad. EN: *El nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al derecho sucesorio, a la luz de las normas y principios de la ley N° 19.585*. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile; Servicio Nacional de la Mujer, LOM Eds. Ltda., Santiago, Chile, 1999.

FIGUEROA YÁÑEZ, GONZALO. “Derecho Civil de la persona”, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2001.

FIGUEROA YÁÑEZ, GONZALO. Persona, pareja y familia. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1995.

FUCHSLOCHER PETERSEN, EDMUNDO. Derecho de menores: de la tuición. Ed. Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 1983.

GLENDON, MARY ANN. Derecho y familia. Estudios Públicos N° 76, 1999. www.cepchile.cl

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ. El interés superior del niño. En: Gaceta Jurídica N° 238. Ed. ConoSur, Santiago, Chile. 2000

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ. Diversas formas de familia: (varios artículos): [apuntes de la cátedra de derecho civil ii].

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ. El nuevo sistema filiativo chileno. Editorial Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2007.

GUENDELMAN BACALU, ANDREA y TRUCCO HORWITZ, CAROLA. Tuición de menores un enfoque jurisprudencial. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Prof. guía: Enrique Barros Bourie. Universidad de Chile, Santiago, 1997.

KEMELMAJER DE C., AIDA, “El derecho constitucional del menor a ser oído”, Ed. Rubinzal-Culziani, Buenos Aires, 1996.

KEMELMAJER DE C., AIDA, “El derecho de familia y los nuevos paradigmas”, Ed. Rubinzal-Culziani, Buenos Aires, 1998.

LATHROP GÓMEZ, FABIOLA ESTHER. Cuidado personal de los hijos: análisis de ley de matrimonio civil y tribunales de familia. Ed. PuntoLex, Santiago, Chile, 2005.

LATHROP GÓMEZ, FABIOLA ESTHER. El derecho del niño a ser oído. *Nuevas tendencias del derecho*. Varios autores; coordinadora: María Dora Martinic. Ed. LexisNexis. Santiago, Chile, 2004.

LATHROP GÓMEZ, FABIOLA ESTHER. El derecho del niño a ser oído en el nuevo derecho de familia. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Prof. guía: Claudia Schmidt Hott. Universidad de Chile, Santiago, 2002.

MATURANA MIQUEL, CRISTIÁN. Aspectos generales de la prueba: Apuntes de la cátedra de derecho procesal II, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1999.

MINISTERIO DE JUSTICIA, Gobierno de Chile. Justicia y derechos del niño. Ed. UNICEF, Santiago de Chile, 1999.

MIZRAHI, MAURICIO LUIS. Familia, matrimonio y divorcio. Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001.

Ponencias del XI Congreso Internacional de Derecho de Familia: “Familia de hoy y familia del futuro. Individuo, familia, comunidad y Estado”. Universidad de Externado, Departamento de Derecho Civil. Bogotá de Santa Fe, Colombia, 2000.

RAMOS PAZOS, RENÉ. Derecho de Familia. 3ª ed. Ed. Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 2000.

Revista Chilena de Derecho vol. 21 N° 2 Mayo/Agosto, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1994.

Revista Chilena de Derecho vol. 29 N° 1 Enero/Abril, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2002.

Revista de Derecho de Familia N° 23, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2002.

RODRÍGUEZ PINTO, MARÍA SARA. El derecho a mantener una relación directa y regular con el hijo (ex derecho de visitas). Gaceta Jurídica N° 232, Ed. ConoSur, Santiago, Chile. 1999.

ROSSEL SAAVEDRA, ENRIQUE. Manual de Derecho de Familia. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 7ª ed. actualizada y corregida por María Dora Martinic y Graciela Weinstein. 1993.

SAJÓN, RAFAEL. Derecho de menores. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.

SCHMIDT H., CLAUDIA y VELOSO V., PAULINA. La filiación en el nuevo derecho de familia. Cono Sur: Ed. LexisNexis, Santiago, Chile, 2001.

SCHUDECK DÍAZ, ASTRID CAROLINA. El interés superior de niño. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Prof. guía: Paulina Veloso Valenzuela. Universidad de Chile, Santiago, 2002.

TURNER SAELZER, SUSAN. Los tribunales de familia. *Ius et Praxis*, 2002, vol. 8, n° 2, p. 413-443. ISSN 0718-0012.

UNDURRAGA VALDÉS, VERÓNICA. Informe en derecho para recurso de queja rol 1193-2004

VALPUESTA FERNÁNDEZ, Ma. R. ...[et al.]; E. Roca i Trías (coord). Derecho de familia. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

VARIOS AUTORES. El nuevo estatuto de filiación en el código civil chileno. Ed. Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago. 1999.

VELOSO VALENZUELA, PAULINA. La determinación de la filiación. EN: *El nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al derecho sucesorio, a la luz de las normas y principios de la ley N° 19.585*. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile; Servicio Nacional de la Mujer, LOM Eds. Ltda., Santiago, Chile, 1999.

VELOSO VALENZUELA, PAULINA. Principios recogidos en el nuevo estatuto filiativo. EN: *El nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al derecho sucesorio, a la luz de las normas y principios de la ley N° 19.585*. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile; Servicio Nacional de la Mujer, LOM Eds. Ltda., Santiago, Chile, 1999.

ZANNONI, EDUARDO A. Derecho Civil: Derecho de Familia. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998.

ZANÓN MASDEU, LUIS. Guarda y custodia de los hijos. Ed. Bosch, Barcelona, 1996.