



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE POSGRADO

¿Cómo atribuir judicialmente el cuidado personal con perspectiva de género?

Actividad formativa equivalente a tesis para optar al grado de Magíster en
Derecho de Familias, Derecho de la Infancia y de la Adolescencia.

CAMILA ANDREA ORELLANA LOYOLA

Profesor Guía: Dra. Laura Albornoz Pollmann

Santiago de Chile

2024

DEDICATORIA

*A quienes me enseñaron que la familia debe ser un espacio de afecto y desarrollo personal,
con quienes aprendí que la familia se conforma independiente de los lazos sanguíneos, a
quienes a través del afecto y la libertad de elegir, me permitieron habitar vínculos afectivos
que me acompañaron en la construcción de un hogar.*

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN	7
INTRODUCCIÓN.....	9
I. CONCEPTO DE CUIDADO PERSONAL.....	11
II. HISTORIA DE LA LEY.....	13
III. MARCO LEGAL ACTUAL.....	16
IV. REGLAS DE ATRIBUCIÓN.....	25
V. INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO-DEBER DE CUIDADO PERSONAL.....	41
VI. PRINCIPIOS RECTORES.....	44
VII. PERSPECTIVA DE GÉNERO Y DERECHO.....	55
VIII. ¿CÓMO FALLAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL CUIDADO PERSONAL?.....	65
IX. CASO PRÁCTICO: APLICACIÓN DE LA MATRIZ DE GÉNERO A UNA CONNOTADA SENTENCIA INTERNACIONAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.....	72
CONCLUSIONES.....	89
BIBLIOGRAFÍA.....	91

RESUMEN

El presente trabajo busca ser un aporte a la judicatura de familia que debe enfrentarse a diario en la difícil toma de decisión respecto de la atribución del cuidado personal de un niño, niña o adolescente a un adulto responsable. En particular, el trabajo propone la incorporación de la perspectiva de género en el razonamiento y la argumentación judicial al momento de dictar sentencias en esta materia, con la finalidad de erradicar estereotipos o roles de género que puedan afectar el derecho a la igualdad y el correcto acceso a la justicia.

INTRODUCCIÓN

El cuidado personal es uno de los efectos más importantes de la filiación y de los menos tratados en la doctrina de familia. La decisión de atribución de cuidado personal de un niño, niña o adolescente a un adulto responsable cambia la vida de una familia completa. Es por eso que, quienes participan en la judicatura, deben encontrarse preparados, con todas las herramientas posibles que les permitan tomar decisiones justas y que respeten plenamente los derechos humanos de todos los intervinientes.

El presente trabajo busca ser un aporte en la toma de decisiones de la judicatura respecto de la atribución de cuidado personal de un niño, niña o adolescente, considerando en esta decisión la variable género, a través del uso de la perspectiva de género como herramienta metodológica de análisis, con la finalidad de lograr fallos libres de estereotipos de género y hacer efectivo el derecho a la igualdad y no discriminación.

En la primera parte de esta actividad formativa equivalente a tesis, se analiza el concepto legal y doctrinario del cuidado personal, el desarrollo legislativo que ha tenido la institución, sus reglas de atribución, sus principios inspiradores y la hipótesis de incumplimiento.

En la segunda parte, se realiza un estudio del marco conceptual de la perspectiva de género, se revisan teorías ius feministas y se justifica la importancia de que las personas encargadas de impartir justicia se doten de herramientas prácticas que faciliten la comprensión sobre las implicaciones de la aplicación del enfoque de género en el derecho de familias como un mecanismo de justicia.

Finaliza este trabajo con la explicación de cómo incorporar la perspectiva de género en el razonamiento judicial y en la argumentación de las sentencias, haciendo aplicación práctica de una sentencia ejemplificadora en la temática, con la utilización de la matriz otorgada por la Secretaría Técnica de igualdad de género y no discriminación del Poder Judicial en su Cuaderno de Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias y por el Protocolo para juzgar con perspectiva de género.

I. CONCEPTO DE CUIDADO PERSONAL

El cuidado personal del niño, niña o adolescente¹ es el efecto más importante de la filiación. Antiguamente se le denominaba “tuición”, y hacía referencia a quién vivía en compañía de los hijos o compartía el mismo techo con ellos.

La doctrina, más recientemente, ha entendido el cuidado personal como la responsabilidad de los padres respecto de los cuidados diarios y la protección de sus hijos², o como la preocupación por su bienestar material, psicológico y espiritual³.

Otra forma de ver el cuidado personal es como un “derecho/deber” referido a los cuidados y atenciones diarios y habituales del hijo, que supone la convivencia con éste y que habilita al que ejerce el cuidado personal para tomar las decisiones corrientes y cotidianas que se refieran a aquél, al tiempo que le impone una serie de cargas o deberes⁴. También es posible definir esta institución como el conjunto de “obligaciones y facultades” derivadas de convivir o compartir la vida cotidiana con los hijos⁵. Estas dos categorías jurídicas, derecho/deber, obligaciones/facultades, que poseen una significación individual la una de la otra, tratándose de las relaciones paterno filiales, se unen con la intención de denotar que no se está solo frente a una prerrogativa de los padres para con sus hijos, sino que a la vez frente a obligaciones que estos tienen para con ellos⁶.

El legislador chileno no dota al cuidado personal de una definición específica, pero refiere cierto contenido, por ejemplo, en el artículo 224 del Código Civil que señala, “toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos”. Por

¹ NNA.

² GREEVEN, Nel y CARRETTA, Francesco. 2020. *Régimen de alimentos, cuidado personal y relación directa y regular aplicado a la decisión judicial*. Santiago de Chile: DER Ediciones, p. 5.

³ HERNANDEZ, Gabriel y Fabiola LATHROP. 2022. *Derecho de Familias*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 251.

⁴ ACUÑA, Marcela. 2018. *El cuidado personal de los hijos*. Santiago de Chile: Thomson Reuters. p. 60.

⁵ LEPIN, Cristian. 2013. Reformas a las relaciones paterno-filiales. Análisis de la Ley N° 20.680. *Revista de Derecho*. [En línea]. N° 3, julio 2013, p. 290. [Consulta: noviembre de 2024]. Disponible en: https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/126677/Reformas_a%20_las_relaciones.pdf?sequence=1&isAllowed=y

⁶ RAMOS PAZOS, René .1999. Derechos y obligaciones entre los padres e hijos de familia. *Pro Jure Revista De Derecho*. [En línea]. Valparaíso. Pontificia Universidad Católica De Valparaíso. N° 20, p. 24. [Consulta: noviembre de 2024]. Disponible en: <https://www.projurepucv.cl/index.php/rderecho/article/view/430/403>

su parte, el artículo 225 inciso segundo del Código Civil, define el cuidado personal compartido como “un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad”. Ambos artículos vienen a generar una ruptura en la antigua concepción del cuidado personal donde la madre tenía un papel primordial en el cuidado de los hijos, incluso por sobre el padre, lo cual fue modificado por ley como se observará en el siguiente apartado.

II. HISTORIA DE LA LEY

El cuidado personal es una institución que viene desde el derecho romano, ideológicamente patriarcal, el cual reservó el cuidado personal a la madre y la patria potestad al padre. En Chile, también se hizo esta separación, cuidado personal para hacer referencia a la preocupación material, psicológica y espiritual por el hijo, generalmente atribuible a la madre, y patria potestad para hacer referencia a la administración de los bienes del hijo y su representación legal, generalmente atribuible al padre⁷.

El Código Civil chileno de 1855, en sus orígenes estableció que el cuidado personal de las hijas correspondía a la madre y el cuidado personal de los hijos correspondía a la madre hasta que cumplieran cinco años, luego de lo cual pasaba al padre.

Posteriormente, en 1952, con la modificación introducida a diversos capítulos del Código Civil por la Ley N° 10.271, se estableció que correspondía a la madre el cuidado personal de las hijas y el cuidado personal de los hijos menores de 14 años; pasando al padre cuando superaban esta edad.

La siguiente modificación, en 1989, a través de la Ley N° 18.802, reconoció que si los padres vivían separados, el cuidado personal de los hijos menores de edad correspondía a la madre. Según se desprende de la historia fidedigna de su establecimiento, el legislador procedió así para no separar a los hermanos. No obstante, puede apreciarse de las normas expuestas, que el legislador siempre consideró que la madre estaba en mejores condiciones de ejercer el cuidado personal de los niños por un orden natural de las cosas, una máxima de la experiencia. Por muchos años, y hasta el día de hoy, esta situación ha generado sesgos, estereotipos y prejuicios respecto de las mujeres, el cuidado y la maternidad, considerando que el cuidado de los hijos descansa casi exclusivamente en la mujer. Es más, el Código Civil en sus orígenes, establecía que podía privarse a la madre del cuidado personal del hijo

⁷ HERNANDEZ, Gabriel y Fabiola LATHROP. *Derecho de Familias*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022. p. 251.

únicamente cuándo por la “depravación”⁸ de aquella hubiere de temerse que el hijo se pervirtiera. Se trataba de una causal extraordinariamente difícil de acreditar⁹.

Posteriormente, en 1998, la Ley N° 19.585, mantuvo la regla de que en caso de que los progenitores vivieran separados, fuera por divorcio (separación de cuerpos), nulidad o porque estaban separados de hecho, el cuidado personal del hijo correspondía a la madre. Pero dicha ley estableció que, en todo caso, cuando el interés del hijo lo hiciera indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podía entregar el cuidado personal al padre.

Finalmente, el año 2013 y a través de la Ley N° 20.680, el artículo 225 del Código Civil fue modificado, derogándose la preferencia de cuidado personal que tenía la madre. Es así como hoy puede observarse que el cuidado personal ya no se trata de una controversia donde se decide sobre el derecho de los progenitores sobre el hijo, sino que ahora se incorpora el análisis respecto de qué es lo más conveniente al interés superior del niño, niña o adolescente.

En un fallo emitido por la Corte Suprema el año 2017¹⁰ se ilustra lo que significó el cambio de legislación: *“(…) Cabe recordar que el legislador al modificar las normas que regulan el cuidado personal de los hijos durante la vida separada de sus padres, dio cabida legal al régimen de tuición compartida; corrigió la forma como se interpretaba la preferencia materna como regla legal de carácter supletoria; y eliminó el criterio de inhabilidad de uno o de ambos padres en la atribución judicial de la tuición, con la finalidad de privilegiar la aplicación del principio rector en materia de familia, esto es, el interés superior del niño, niña y adolescente; (..) desplazado el foco desde la inhabilidad como una forma de reprobación o sanción de los padres, hacia una interpretación centrada en el niño como sujeto de derechos, respecto de quién ambos padres deben tomar parte activa en las decisiones fundamentales*

⁸ Art. 223. A la madre divorciada, haya dado o no motivo al divorcio, toca el cuidar personalmente de los hijos menores. Sin embargo, no se le confiará el cuidado de los hijos, cuando por su depravación sea de temer que se perviertan. En estos casos, o en el de hallarse inhabilitada por otra causa, se confiará el cuidado personal de los hijos al padre.

⁹ HERNANDEZ, Gabriel y Fabiola LATHROP. *Derecho de Familias*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022. p. 252.

¹⁰ CORTE SUPREMA. Rol N° 4827-2017 (Familia). Recurso de Casación en el fondo, sentencia de 11 de julio de 2017, considerando sexto.

relativas a su crianza y desarrollo, con el interés superior del hijo como preocupación esencial”.

Hoy, más que antes, se manifiesta que el ejercicio del cuidado personal se encuentra condicionado, supeditado o puesto al servicio del bienestar del hijo o hija. Deriva de este aspecto la circunstancia de que la modalidad de cuidado personal es esencialmente modificable, cuando opere un cambio sustancial de las circunstancias consideradas al tiempo de su adopción y, muy especialmente, cada vez que así lo demande el interés superior del hijo¹¹.

¹¹ ACUÑA, Marcela. 2018. *El cuidado personal de los hijos*. Santiago de Chile: Thomson Reuters. Capítulo II. 4. Naturaleza jurídica y caracteres del cuidado personal.

III. MARCO LEGAL ACTUAL

Los siguientes cuerpos normativos contienen legislación atinente a la institución del cuidado personal, la cual se encuentra distribuida en diferentes compilados:

Convención de los Derechos del Niño: Artículos 3, 5 y 18.

Código Civil : Artículos 222, 224, 225, 225-2, 226, 227, 229, 234, 235, 236, 237, 238 y 242.

Ley N° Ley 16.618 de Menores: Artículos 16 bis, 42, 43, 48, 48 ter, 49 y 66.

Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil: En los juicios de separación y divorcio, el establecimiento del cuidado personal constituye contenido mínimo u obligatorio del acuerdo completo y suficiente (artículos 21, 27 y 55).

Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia: Artículos 8, 55 a 67.

Ley N° 20.680 que deroga la preferencia materna e incorpora el cuidado personal compartido: Hasta antes de la modificación de esta ley el año 2013, el antiguo artículo 225 inciso primero del Código Civil, otorgaba preferencia a la madre para el cuidado personal de los hijos si los padres vivían separados; salvo que, conforme al antiguo inciso tercero del artículo 225 del mencionado cuerpo legal, por maltrato, descuido u otra causa calificada, y siempre que el interés del hijo lo hiciera indispensable, el juez lo entregare al otro de los progenitores. Así, nuestra legislación discriminaba al padre y sin argumento determinado le daba a la madre el cuidado personal en caso de vivir separados. Claramente no se respetaba el principio de igualdad ante la ley y había un trato discriminatorio, ya que el sólo género no es un factor para hacer distinción alguna.

El actual artículo 225 del Código civil, por su parte, establece un sistema de radicación legal del cuidado personal de los hijos apoyado sobre la base de dos principios fundamentales: por un lado, el interés superior del niño, y por otro, el principio de la corresponsabilidad, en

virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, deben participar en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de los hijos.

De acuerdo a la actual normativa, ambos padres se estiman igualmente idóneos para ejercer la crianza de los hijos y se aspira al ejercicio de un cuidado compartido, por ser aquel que con más plenitud asegura la protección de sus derechos fundamentales al privilegiar el vínculo permanente del niño con ambos padres. Sin embargo, los jueces carecen de facultades para establecer un régimen de cuidado compartido en ausencia del acuerdo de los progenitores, y necesariamente deben atribuirlo a uno de ellos, teniendo a la vista los criterios orientadores instituidos por el legislador.

A continuación se analizará una sentencia de la Corte Suprema¹² que muestra cómo afectó el cambio de este paradigma a las decisiones jurisprudenciales, causando un importante revuelo social y jurídico. La sentencia contribuye sustancialmente a fijar el sentido y el alcance de algunas de las disposiciones sobre cuidado personal de los hijos reformadas en 2013 mediante Ley 20.680; y a derribar la creencia acerca de supuestas preponderancias de algunos criterios interpretativos por sobre otros mencionados en el artículo 225-2 del Código Civil.

El 23 de mayo de 2017, la Corte Suprema de Chile dictó un fallo¹³ que sería la primera vez que este tribunal otorga el cuidado personal de dos niños a un padre homosexual, conociendo la circunstancia de que este se encuentra viviendo con su cónyuge del mismo sexo (con quien ha contraído matrimonio en Argentina) sin realizar disquisiciones acerca de su orientación sexual. Los jueces del fondo “tuvieron presente que la orientación sexual de los padres no es una consideración relevante para decidir acerca del cuidado personal de los

¹² LATHROP, Fabiola. 2017. Cuidado personal y copaternidad: Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile, de 23 de mayo de 2017 (ROL N° 99.861-16). *Revista de Derecho (Coquimbo)*. [En línea]. Vol. 24, N°2, págs. 323-336. [Consulta: noviembre de 2024]. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532017000200323

¹³ CORTE SUPREMA. Rol N° 99.861-16 (Familia). Recurso de Casación en el Fondo, sentencia de 23 de mayo de 2017. La decisión fue adoptada por la Cuarta Sala del máximo tribunal, integrada por el señor ministro Carlos Cerda F., la señora ministra Andrea Muñoz S. y el abogado integrante señor Álvaro Quintanilla P., quienes constituyeron el voto de mayoría; y por el ministro señor Ricardo Blanco H. y la ministra señora Gloria Ana Chevesich R., que conformaron el voto de minoría.

hijos”¹⁴. La sentencia tiene como premisa la situación de igualdad en que se encuentran el padre y la madre, con independencia del sexo, género y orientación sexual que presentan; la determinación del interés superior de los hijos constituye la cuestión central de su análisis.

Los hechos

Una pareja conformada por dos ciudadanos extranjeros que mantienen una relación de más de 18 años, radicada en Chile desde 2006, contrae matrimonio, el año 2012, en la ciudad de Buenos Aires, Argentina. En vista del anhelo de la pareja de ser padres y del propio deseo de ser madre de una mujer amiga (también extranjera) a quien ambos conocen en Chile, deciden someterse a un proceso de reproducción asistida. La mujer deja en manos del matrimonio la decisión de determinar quién sería el padre genético; acordando que el niño o niña que naciera siempre tendría claro quién era tal progenitor, así como conocimiento de la orientación sexual del mismo. Estas personas están conformes, además, en que tendrían una familia no tradicional, con dos hogares, en la que todos participarían por igual en la crianza y educación del niño o niña que naciera. Sin embargo, una vez confirmado el embarazo de mellizos, la madre biológica comunica al padre que no permitiría en forma alguna que el cónyuge de éste participara en la crianza de los niños, porque no le reconocía calidad de “padre”, desconociendo así lo previamente acordado. De este modo, al momento del nacimiento de los mellizos, la mujer sólo permitió al padre biológico visitar a los niños, siempre y cuando continuara haciéndose cargo de la totalidad de los gastos ocasionados por ellos.

En 2014, luego de dos meses de nacidos los niños, la madre informa al padre que viajaría a Uruguay, junto a los niños, por un mes. Ante la negativa del padre, la madre presenta una solicitud de autorización de salida del país. A instancias del tribunal, el padre autoriza la

¹⁴ CORTE SUPREMA. Rol N° 99.861-16 (Familia). Recurso de Casación en el Fondo, sentencia de 23 de mayo de 2017, considerando segundo. Es de destacar que la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, citando el caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, comienza señalando que comparte con el juzgador de primera instancia que la orientación sexual de los padres no era una consideración relevante en el ordenamiento jurídico chileno a efectos de decidir sobre el cuidado personal de los hijos (considerando segundo). En efecto, ninguno de los fallos referidos a esa causa puso en duda las habilidades del padre varón para cuidar a sus hijos, teniéndose especialmente en cuenta que, en el caso de vivir con este, serían criados también por su pareja del mismo sexo, la que fue, además, escuchada como testigo en el juicio.

salida, mediando un acuerdo de régimen comunicacional, en el cual, entre otros aspectos, se señala que el cónyuge del padre participaría activamente de las “visitas” realizadas a los niños y de los viajes que se acordaba realizar a Uruguay. Pues bien, en uno de los viajes que se autorizaron, la madre no vuelve a Chile, ante lo cual se gatilla un juicio de sustracción internacional que finaliza ordenando el regreso al país de origen y residencia de los niños. Luego de una serie de conflictos respecto de los niños, el padre inicia un juicio de cuidado personal que termina resuelto a su favor por la Corte Suprema, el 23 de mayo de 2017. Esta Corte señala que los jueces de fondo tuvieron como hechos de la causa, los siguientes:

- “Ambos padres están interesados en mantener el cuidado de sus dos hijos menores de edad y no presentan inhabilidades para ejercerlo (...).
- La madre muestra un desempeño de competencias parentales en general competente, lo que facilitaría el enfrentamiento satisfactorio de las tareas básicas de cuidado y estimulación de los niños, propios de su carácter de madre, interferidas actualmente por la ansiedad en respuesta al estrés del conflicto existente. En sus competencias parentales vinculares y reflexivas se evalúa con un desarrollo básico; en las formativas y protectoras como competentes; y para la coparentalidad como insatisfactoria, pero con pronóstico positivo. Las vinculares están afectadas por ansiedad y depresión y muestra un estilo intrusivo, se adelanta a las necesidades, no logra discriminar sus necesidades versus las de sus hijos, pero tiene potencial.
- El padre aparece con sus competencias parentales vinculares con un desarrollo satisfactorio; las formativas, protectoras y reflexivas como competentes; y para el desarrollo de la coparentalidad como básica, pero con buen pronóstico, y desde un punto de vista técnico, garantizaría mejor la vinculación con el otro progenitor, si los niños estuvieran a su cargo; y tiene mejor evaluación en el área de habilidades parentales, de empatía, y de diferenciación de necesidades entre los niños. No tiene antecedentes de depresión, es más bien reflexivo, propone buenos acuerdos y está llano a alcanzar acuerdos en pro del buen término del juicio.
- El conflicto familiar afecta a ambos padres en sus competencias de coparentalidad y aparece uno generado por el padre, en su intención de homologar a la madre con su pareja, lo que es fuente, en parte, de las tensiones, junto con el temor de ella de ser

anulada en su calidad de tal cuando los niños están con el padre, sin saber muy bien cómo tolerar la angustia, a lo que se une su fuerte concepto de familia tradicional respecto a la no aceptación de la pareja del padre y la judicialización del conflicto familiar. Parte del proceso judicial ha generado en la madre confusión y ansiedad que le dificulta tener respuestas acertadas y empáticas en algunas ocasiones, lo que aparece afectándola, en parte, en las competencias calificadas como básicas, en particular, en las vinculares y reflexivas.

- Los tiempos laborales del padre son más flexibles que los de la madre (...).
- No hay ningún factor de riesgo de los niños con la madre ni con el padre, ni existe inconveniente alguno que se queden al cuidado de uno u otro, tampoco se vislumbra alguno por ser criados por el padre biológico y su pareja del mismo sexo.
- Los niños se encuentran en un estado de salud física y mental normal, pero uno de los niños no presenta el mismo nivel de desarrollo que el otro y requeriría una atención especial de sus progenitores, donde la madre presenta competencias básicas, en especial por el tratamiento conjunto que da a ambos niños, sin diferenciar, todo frente a un padre más atento.
- El sistema de relación directa y regular existente consiste en que los niños viven con la madre durante la semana, y con el padre los viernes y sábados; pero este ha tenido dificultades para mantener las visitas con sus hijos, llegando al extremo el episodio que dio origen a la causa tramitada en Uruguay”.

La sentencia de primera instancia, concede el cuidado personal de los hijos al padre, a juicio del sentenciador el padre demandante se encontraba en mejores condiciones para ejercer el cuidado personal de los mellizos, respaldado así por los informes periciales y la opinión de los consejeros técnicos. Es más, la perito psicóloga que evaluó a los niños estimó que “no hay ningún riesgo en los niños, en ser criados, por la pareja homosexual”¹⁵.

¹⁵ TERCER JUZGADO DE FAMILIA DE SANTIAGO. RIT C-3713-2015. Demanda de Cuidado Personal, sentencia de 22 de junio de 2016, considerando decimocuarto.

Posteriormente, la causa es sometida a conocimiento de la Corte de apelaciones de Santiago¹⁶, la cual revoca el fallo de primera instancia otorgando el cuidado personal de los niños a su madre, sobre la base de una equívoca interpretación de las reglas y principios del Código Civil en materia de cuidado personal de NNA. La Corte afirma que ambos progenitores (padre genético y madre biológica) eran aptos para el cuidado de los niños: “por lo que lo mejor sería el régimen compartido de cuidado personal” y que, en la opción de tomar una decisión, no existía “una causal grave calificada para alterar el estándar legislativo priorizado para la tutela del interés superior del niño en la ponderación de criterios”¹⁷.

Así, esta sentencia fija, erradamente, una especie de regla supletoria para la falta de acuerdo de los padres sobre el cuidado personal de sus hijos. En primer lugar, al referirse al inciso tercero del artículo 225 del Código Civil, señala que la norma que reza “los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo”, mira a “la estabilidad de la situación del hijo, en vistas del apego y del arraigo de éste, pero proyectada en el tiempo”¹⁸. En segundo lugar, y más directamente aún, continúa afirmando que la conjugación de los artículos 225 inciso tercero y cuarto y 225-2 del Código Civil, conllevaba a observar que “el legislador nuevamente tenía prioridad de regulación” luego de la reforma de 2013. Es así que señala que “la ley interpreta y concretiza el principio de interés superior del niño, regulando directamente la situación de la titularidad y ejercicio del cuidado personal en el inciso tercero del artículo 225 del Código Civil, priorizando la estabilidad material y espiritual del hijo, por sobre otros criterios, para efectos de proteger el apego al padre con quien convive, y el arraigo a su hogar, y a afectos de su desarrollo de manera estable en el tiempo”¹⁹. La sentencia sostuvo que de los informes periciales se desprendía que ambos padres presentaban un “nivel relativamente similar” de habilidades parentales, insuficiente para “romper el estándar legalmente priorizado de estabilidad” referido. De esta forma, la sentencia sostiene que “las deficiencias en las competencias que nota la sentencia a quo y las pericias psicológicas atinente a la madre y en parte al padre, son mejorables mediante la

¹⁶ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 1889-2016 (Familia), sentencia de 22 de noviembre de 2016.

¹⁷ Ibid. considerando noveno.

¹⁸ Ibid. considerando quinto.

¹⁹ Ibid. considerando sexto.

terapia de fortalecimiento de habilidades parentales, por lo que no se ve una necesidad de afectar la estabilidad de la situación de los niños, cuestión privilegiada por el legislador”²⁰.

Como se puede apreciar, la Duodécima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago interpreta la nueva normativa del Código Civil en materia de cuidado personal, afirmando que existiría un “estándar legislativo priorizado” para la satisfacción del interés superior de los hijos, consistente en la “estabilidad material y espiritual” de los niños. En realidad, la sentencia de la Corte de Apelaciones, en vez de establecer qué padre o madre satisface de mejor manera el interés superior de los niños, intenta descartar la existencia de inhabilidades en la madre, reproduciendo, de esta forma, la normativa anterior a 2013. En efecto, no obstante citar los resultados de los informes presentados en primera instancia, en los que se señala que la madre tiene competencias parentales claramente inferiores al padre, la sentencia estima que las habilidades de ambos progenitores son similares y que, atendido este “estándar legal priorizado” constituido por la “estabilidad” de los niños, es mejor que estos continúen bajo el cuidado personal de la madre. La sentencia otorga preponderancia a la “estabilidad” de los niños, por sobre otros criterios y circunstancias que, conforme al inciso primero del artículo 225-2 del Código Civil, debe considerar y ponderar conjuntamente. A criterio de los sentenciadores, esta estabilidad se restringe, exclusivamente, a un elemento puramente fáctico y físico, cual es que ambos niños continúen viviendo con su madre. De esta forma, en vez de determinar cuál de los progenitores es el más apto para detentar el cuidado personal de los niños, atendiendo al interés superior de estos últimos, la sentencia busca detectar una inhabilidad en la madre para confirmar o revocar el fallo de primera instancia, reproduciendo, así, una regla de preferencia que ha sido derogada mediante Ley 20.680, de 21 junio de 2013. Sin embargo, el actual texto del artículo 225 del Código Civil, en observancia a los principios de interés superior del niño, de igualdad y de corresponsabilidad parental, permanece neutro frente al sexo y género de los progenitores, al no dar preferencia a ninguno de los dos para determinar quien ejerce el cuidado personal de sus hijos. De esta forma, asumiendo estándares internacionales, nuestra ley obliga al juez a decidir sobre la atribución y ejercicio del cuidado personal teniendo como criterio rector la satisfacción plena e integral del interés superior del niño. En este sentido, conforme al establecimiento fidedigno de la Ley 20.680, las

²⁰ Ibid. considerando octavo.

modificaciones introducidas en el año 2013 persiguieron fortalecer el acuerdo de los progenitores una vez producida la separación, abandonando criterios de preferencia no fundados en el interés de los hijos²¹. Así ha quedado claro en la doctrina especializada desarrollada sobre esta regla: “(...) la actual norma no prefiere a un progenitor en particular, sino que atiende a una situación de hecho, dado que en todo momento el cuidado personal de los hijos debe estar radicado en alguien”²².

En suma, la ley no ha priorizado la estabilidad material y espiritual del hijo por sobre otros criterios –como lo afirma erróneamente la sentencia de la Duodécima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, en su considerando sexto–, ya que la mejor garantía de dicha estabilidad debe emanar de los criterios y circunstancias que menciona el artículo 225-2 del Código Civil, en especial, sus letras d) y e), en atención a la consideración primordial que constituye el interés superior del niño(...). Así, los criterios contenidos en el actual artículo 225-2 del Código Civil no constituyen meras orientaciones para el juez, sino que deben ser confrontados con las circunstancias específicas del caso concreto que está llamado a decidir, en el entendido que, de esa forma, se satisface la directriz primordial vigente, esto es, el interés superior del niño²³.

Por su parte, la sentencia de la Corte Suprema²⁴ aclara que el interés superior del hijo es el criterio determinante, descartando cualquier priorización de criterios legales: “el interés superior del niño es el único elemento que ha de primar a la hora de decidir sobre el cuidado personal del hijo, con lo cual se pone fin al criterio que todavía solía invocarse –pese a las modificaciones introducidas por la ley 19.585– y que giraba en torno la inhabilidad de la madre o del padre para ejercer dicho cuidado. En consonancia con aquello, se establecieron en el artículo 225-2, determinados criterios y circunstancias que los jueces “considerarán y

²¹ LATHROP, Fabiola. 2017. Cuidado personal y copaternidad: Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile, de 23 de mayo de 2017 (ROL N° 99.861-16). *Revista de Derecho (Coquimbo)*. [En línea]. Vol. 24, N°2, págs. 330-331. [Consulta: noviembre de 2024]. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532017000200323

²² ACUÑA, Marcela. 2016. Efectos de la Filiación. En Del Picó Rubio, Jorge (Director): *Derecho de Familia*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, p. 490.

²³ LATHROP (2017). p. 332.

²⁴ CORTE SUPREMA. Rol N° 99.861-16 (Familia). Recurso de Casación en el Fondo, sentencia de 23 de mayo de 2017.

ponderarán conjuntamente” para decidir a cuál de los padres atribuir el cuidado personal del niño o niña, sin que ninguno de ellos tenga prioridad ni menos deban subordinarse a la regla provisoria del inciso 3° del artículo 225”, en consecuencia, “no existe tal priorización o preferencia legal, en la medida que lo único que interesa es desentrañar con quién los niños habrán de estar mejor”²⁵. A la luz del interés superior del niño, la Corte Suprema determina que el padre genético presenta mayores y mejores habilidades parentales en relación a la madre. La sentencia, sin referirse expresamente a principios y derechos –salvo el de interés superior–, reconoce, indirectamente, que dos personas del mismo sexo pueden cuidar de menores de edad. Más allá de que la filiación paterna está determinada a favor del demandante, la Corte Suprema favorece la crianza del menor de edad por dos personas del mismo sexo, en el entendido de que en ese hogar existen mejores garantías de corresponsabilidad parental conjuntamente con la madre y de favorecimiento de una relación directa y regular con esta.

²⁵ CORTE SUPREMA. Rol N° 99.861-16 (Familia). Recurso de Casación en el Fondo, sentencia de 23 de mayo de 2017, considerando cuarto.

IV. REGLAS DE ATRIBUCIÓN

Según el artículo 224 del Código Civil, si los progenitores viven juntos, el cuidado personal corresponderá a ambos. No obstante, si los progenitores viven separados, se debe distinguir entre las siguientes reglas de atribución:

A) Atribución Convencional

Los padres pueden pactar estos acuerdos sobre el cuidado personal de los hijos en tres oportunidades: en primer lugar, por mediación obligatoria, establecida por Ley N° 20.286 de 2008, que modifica la Ley N° 19.968 de Tribunales de Familia; en segundo lugar, mediante acuerdo solemne en los casos de separación de hecho, en cualquier momento, en base al artículo 225 inciso primero del Código Civil: “*Si los padres viven separados **podrán determinar de común acuerdo** que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida*”; y, en tercer lugar, en los juicios de separación y divorcio, mediante el denominado acuerdo completo y suficiente de los artículos 21, 27 y 55 de la Nueva Ley de Matrimonio Civil N° 19.947; este acuerdo es exigido como requisito de procedencia de la acción de separación judicial o de divorcio cuando es solicitado por mutuo acuerdo entre los cónyuges, esto quiere decir, que será necesario acompañar este acuerdo conjuntamente con la demanda o en caso contrario, esta será rechazada en el examen de admisibilidad.

B) Atribución Legal

El artículo 225 inciso tercero del Código Civil establece que “*a falta del acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo*”. Por tanto, si los padres viven separados y a falta de acuerdo, se privilegia la mantención del status quo, como regla provisoria y supletoria, pudiendo alterarse dicho estado fáctico acreditando la concurrencia de circunstancias que lo hagan necesario y la conveniencia para el interés superior del hijo.

Lo importante de la regla del artículo 225 inciso tercero es que no le da preferencia a ninguno de los progenitores por sobre el otro (como sí ocurría antes de la modificación introducida por Ley 20.680), y se inclina, en cambio, por mantener al hijo con aquel con quien estuviera conviviendo. En efecto, la Ley 20.680 estableció como regla de atribución principal de la titularidad en el cuidado personal, el acuerdo de los padres, quienes pueden, a partir de dicha reforma, no solo determinar que el cuidado quede entregado a uno de los dos, sino convenir una modalidad de cuidado compartido.

La eliminación de la regla legal supletoria de atribución preferente a la madre generó, sin embargo, durante la tramitación del proyecto que dio lugar a la ley aludida, la inquietud en algunos legisladores, respecto de definir qué ocurriría en caso de no existir acuerdo y mientras no se ejercieran acciones judiciales tendientes a obtener el cuidado personal por uno de los padres, alcanzándose una solución de compromiso que no le da preferencia a ninguno por sobre el otro y se inclina, en cambio, por mantener al hijo con aquel con quien estuviera conviviendo.

C) Atribución Judicial

i. Atribución a cualquiera de los progenitores

El artículo 225 inciso cuarto del Código Civil establece que “*En cualquiera de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 226*”.

De la lectura de este inciso, queda claro que el legislador dejó atrás la preferencia materna fundada en razones de género e incorporó el interés superior del niño como el elemento que ha de primar a la hora de decidir sobre el cuidado personal del hijo, sin que los

progenitores deban someterse a una controversia donde se busque acreditar la inhabilidad de alguno de los padres como ocurría con anterioridad a la Ley 20.680²⁶.

Entonces, la atribución judicial procede cuando no hay acuerdo entre los padres, estos quieren modificar el acuerdo pactado, o cuando uno de ellos no está de acuerdo con la atribución legal del inciso tercero. En estas situaciones, puede el padre o madre demandar ante el juez de familia, para que se atribuya el cuidado personal a uno de los padres; o se radique el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o en uno solo de ellos, si existiere un acuerdo compartido, y siempre cuando el interés del niño, niña o adolescente lo haga conveniente.

Por tanto, el legislador le impone al juez, adoptar la decisión basado en la conveniencia del interés superior del hijo, esto conforme a los parámetros que contempla el artículo 225-2 del Código Civil. En efecto, desde la reforma introducida por Ley 20.680, el artículo 225-2 señala los criterios y circunstancias no taxativas a considerar en el establecimiento del régimen y ejercicio de cuidado personal, en los juicios entre progenitores. Estos parámetros orientan al juez para determinar cuál de los progenitores está en mejores condiciones de ejecutar el cuidado de sus hijos y deben ponderarse conjuntamente.

Artículo 225-2: *“En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias:*

a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar;

Este punto permite al juez analizar la cercanía que existe entre el hijo y cada uno de sus padres o respecto de otra persona que viva en el mismo hogar, por ejemplo, abuela, tía u

²⁶ Con la modificación introducida por Ley 20.680 del año 2013, se cambia el término "causa calificada", por "circunstancias que lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente", ambos términos siguen siendo bastantes amplios y muchas veces difusos o vagos; frente a esto hay que establecer que las circunstancias que lo requieran deben ser en relación al interés superior del hijo; y es por eso que el juez debe construir este interés, de lo contrario las circunstancias solas no ameritarán el cambio de progenitor que tiene el cuidado personal. En definitiva, se debe poner el bienestar del NNA como centro, labor que tendrán los jueces al aplicar los parámetros que se han incorporado en la ley, los cuales servirán para construir el interés superior del niño y la fundamentación de las sentencias.

otra figura que sea o haya sido importante en la crianza del hijo, sea familiar directo o no y que se encuentre en el ambiente que habitualmente le rodea. A contrario sensu, permite analizar el desapego afectivo del hijo respecto de uno de sus padres o algún rechazo, problema significativo con alguna persona que conviva con el NNA o que sea parte de su entorno familiar más cercano. Mientras mayor sea el grado de afecto que el NNA siente por su progenitor, mayor será el grado de seguridad y protección que el NNA manifestará. A esto se refiere la vinculación efectiva pasada, presente y futura²⁷, lo que debe vincularse íntegramente con el segundo criterio que se analizará a continuación (letra b) y también con la letra f), es decir, la opinión expresada por el hijo.

b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad;

Este punto podemos vincularlo con distintas hipótesis y circunstancias que pueden suceder en el caso concreto. Por ejemplo, que el padre o madre comparta el hogar con alguna figura negativa para el hijo, lo que puede llegar a afectar el bienestar del mismo.

Puede vincularse este punto también con las competencias parentales, los cuales se refieren a los recursos de carácter emotivo, cognitivo y conductual de los progenitores, que les permiten vincularse adecuadamente con sus hijos, proporcionándoles una respuesta apropiada para sus necesidades²⁸.

Cabe hacer presente que este inciso no hace referencia a una aptitud económica de los progenitores, ya que el inciso 5° del artículo 225 del Código Civil, señala que el juez no puede fundar exclusivamente su decisión en la capacidad económica de los padres, y que se debe considerar también el aspecto afectivo, de seguridad y estabilidad del hijo.

²⁷ GREEVEN, Nel y CARRETTA, Francesco. 2020. *Régimen de alimentos, cuidado personal y relación directa y regular aplicado a la decisión judicial*. Santiago de Chile: DER Ediciones. p.26.

²⁸ LATHROP, Fabiola. 2024. *Perspectivas globales sobre el derecho de familias. Actas del congreso internacional de derecho de familias 2023*. Valencia: Tirant Lo Blanch. p. 208.

c) La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo;

Este artículo se pone en la situación de un progenitor que no contribuyó a la mantención de su hijo, pudiendo hacerlo, lo que claramente puso en riesgo la vida del NNA, sin tomar en consideración su bienestar. Es importante que el juez pondere esta circunstancia ya que no corresponde exigir un derecho si no se ha cumplido con su correlativo deber.

Además, se sugiere analizar este criterio de una manera más amplia que solamente vincularlo al incumplimiento de una pensión alimenticia decretada y observar otras contribuciones que se pueden entregar en formas diversas al pago mensual de dinero.

d) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular; para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el artículo 229 inciso quinto;

El general de los casos en que se discute la atribución del cuidado personal judicialmente es porque no hay acuerdo entre los padres y/o estos se encuentran en proceso de separación, es por ello que la colaboración entre ellos puede ser un aspecto difícil en este proceso pero el juez debe considerar al progenitor que tiene mayor disposición para enfocarse en lo que es mejor para el NNA, lo cual conlleva mantener una buena relación con el otro progenitor.

En este punto el juez debe analizar cuál de los progenitores tiene mayor compromiso y disposición a cumplir con el régimen de la relación directa y regular y promover la importancia de la relación del hijo con el otro progenitor. Al respecto, el juez podría determinar con las constancias de no cumplimiento que dentro de los parámetros que lo llevaron a fijar el cuidado personal, estaba justamente el hecho que iba a favorecer la relación con el padre o madre no custodio; si esto no se ha cumplido quiere decir que las circunstancias han cambiado y es posible entonces replantearse quién tendrá el cuidado personal.

Esta actitud de no cooperación, cuando no tiene fundamento que la antecede, solo hace daño al NNA, pero el juez debe considerar cuando hay un fundamento para la no cooperación como puede ser una situación de violencia intrafamiliar entre los progenitores.

e) La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades;

Este criterio busca atribuir el cuidado personal en proporción al tiempo que antes de la separación los progenitores dedicaban al cuidado de sus hijos, así se asegura la continuidad de la relación entre ellos.

Su finalidad es hacer una proyección desde la conducta pasada hacia el futuro, puesto que es intuitivo pensar que la fuerza de la costumbre haga que las conductas persistan a lo largo del tiempo. Así, si la dedicación que implica tiempo y atención permanente de los hijos no se ha manifestado persistentemente, es probable que dicha dejación continúe²⁹.

No obstante, este criterio es debatido por algunos autores quienes señalan que la decisión sobre el cuidado personal debe ser enfocada hacia el futuro, hacia aquello que asegure de mejor forma el interés del menor y la aptitud de los padres, y no hacia un esquema pasado que necesariamente ya no se prolongará posterior a la separación de los padres: “luego de la ruptura, los papeles se alteran, y es natural que el padre que estaba a cargo del cuidado cotidiano pretenda acceder a un trabajo remunerado y que el padre que tenía un papel de proveedor deba y quiera tener una mayor participación en el cuidado del hijo”³⁰.

f) La opinión expresada por el hijo;

²⁹ GREEVEN, Nel y CARRETTA, Francesco. 2020. *Régimen de alimentos, cuidado personal y relación directa y regular aplicado a la decisión judicial*. Santiago de Chile: DER Ediciones. p. 26.

³⁰ TAPIA, Mauricio. 2013. Actualidad legislativa. *Revista chilena de derecho privado*. [En línea]. Santiago. N° 21, p. 488. [Consulta: noviembre de 2024]. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722013000200022

Ciertamente no es factible construir el interés superior del NNA, sin escuchar su opinión y tomarla en cuenta de acuerdo a su edad, madurez y capacidad de discernir, vinculando para estos efectos el principio de la autonomía progresiva, reconocido en el artículo 5 de la Convención de los Derechos del Niño, y en el artículo 11 de la Ley 21.430 sobre Garantías y Protección integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia.

Su consagración expresa en el artículo 225-2, representa una exigencia que no da espacio a interpretaciones en el sentido que la opinión del niño debe ser integrada y considerada en las decisiones de custodia³¹. Para cierta de la doctrina³², que lo considera trámite esencial, la exigencia normativa en comento, implica que no basta con que exista constancia que se recabó tal opinión, sino que es menester que esta esté integrada en el fallo, so pena de poder atacarse, no sólo por la vía de la casación en la forma sino que también por la vía del recurso de casación en el fondo por infracción de ley, concretamente del artículo 225-2, con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo.

Así lo ha resuelto la Corte Suprema (en sentencia reservada y anonimizada), acogiendo un recurso de casación en el fondo por infracción, entre otros, de los artículos 16 de la Ley 19.968 y 225-2 del Código Civil, al sostener que, “el artículo 16 de la ley recién mencionada, se refiere al interés superior del niño, niña o adolescente y el derecho a ser oído. Se trata de garantizarles el ejercicio, goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías (inciso primero). Este interés y el 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. Se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumple los dieciocho años de edad (incisos segundo y tercero respectivamente)”. En este caso, el menor de autos tenía 7 años a la fecha de interponerse la demanda de cuidado personal y fue oído en audiencia reservada por el

³¹ CARRETA, Francesco. 2019. El derecho del niño a ser oído en la justicia de familia: la esencialidad del derecho versus la esencialidad del trámite de la audiencia confidencial. *Revista Chilena de Derecho*. [En línea]. Vol. 45 N° 2, p. 419. [Consulta: noviembre de 2024]. Disponible en: <https://ojs.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/4346>

³² MONDACA, Alexis; ILLANES, Alejandra y RAVETLLAT, Isaac. 2023. *Lecciones de Derecho de la Infancia y Adolescencia II. El principio de autonomía progresiva*. Valencia: Tirant Lo Blanch. p. 286.

magistrado del Juzgado de Familia³³. Entonces bien, si es cierto que el niño fue oído en audiencia, la sentencia que falló el recurso de apelación del demandado no lo consideró en sus propias fundamentaciones en orden a decidir sobre la suerte de la demanda. En efecto, cuando se refirió al considerando aquel en que tribunal de primer grado resume el mérito de los antecedentes, no se refirió en absoluto a la opinión expresada por el hijo menor de las partes, enumerando en cambio aquellos medios que servirían de sustrato a la decisión. Ahora bien, el menor manifestó en la respectiva audiencia una opinión concordante con lo expuesto en el informe evacuado por el DAM Rucawe La pintana, en orden a la entrega de contenidos que aluden a ser víctima de malos tratos directos de parte de la pareja del padre y también de su progenitor (considerando noveno de la sentencia del Juzgado de Familia). Evidentemente, a juicio de esta Corte Suprema, el que el niño haya declarado reservadamente ante el Juez de Familia, más no haya sido ponderado como un criterio relevante para la decisión en el fallo materia del recurso, equivale a no ser oído, pues eso viene a significar ausencia de consideración. De manera que, se infringe el artículo en cuestión, como denuncia la recurrente. Lo anterior, vinculado al artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño”. Agrega, “Sobre la letra f) del mencionado artículo 225-2, no cabe duda que la sentencia incurre en infracción porque no ha relevado conforme la importancia que la ley le acuerda a la opinión expresada por el niño”.

g) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar;

³³ Aunque el factor etario no constituye una limitante per se para el cumplimiento de la obligación de oír al niño, no podemos negar que la barrera existe. Una muestra de ello es la sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema de 7 de agosto de 2019 (reservada y anonimizada), en el contexto de un juicio de cuidado personal, en que la madre objeta el fallo sosteniendo de manera principal, que la decisión impugnada se habría emitido sin tomar en cuenta la opinión del niño, al cual no se escuchó durante el juicio, en circunstancias que es uno de los criterios que, según el artículo 225-2 (no 252-2) del Código Civil, el tribunal debe ponderar para decidir sobre el cuidado personal de los hijos. Sostiene sobre este particular el fallo, en su considerando quinto, “Que, por otra parte, si bien es efectivo que en este caso no se escuchó al niño, debe tenerse presente que la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 12, establece que “Los Estados parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho a 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”. La legislación nacional, por su parte, ha recogido dicho mandato y consagrado el derecho del niño a ser oído, estableciendo en el inciso 2° del artículo 242 del Código Civil, reformado por la Ley 19.985, que “El juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez”. En la especie, el niño cuyo cuidado personal se discute en estos autos, tenía poco más de tres años cuando el juicio se inició, por lo que, dada su escasa edad, no estaba en condiciones de formarse un juicio propio sobre el asunto debatido, de manera que la sentencia no transgrede la normativa invocada al haber prescindido de su opinión, ni resulta aplicable, por esta misma razón, el criterio de “autonomía progresiva” consagrado en la citada Convención”.

Los informes periciales son fundamentales a la hora de exponer las condiciones psicológicas o conductuales del entorno familiar, del NNA y para analizar la aptitud de los progenitores, además de exponer las condiciones de localización, infraestructura e higiene del domicilio donde habita o podría habitar el NNA.

h) Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio;

Corresponden a antecedentes objetivos que pueden ser apreciados con mayor facilidad, y su verificación dependerá de las pruebas que las partes estén dispuestas a aportar. Por ejemplo, si los acuerdos son verbales, se puede probar por confesión o prueba de testigos; si son escritos, la incorporación de la prueba documental es el medio idóneo³⁴.

i) El domicilio de los padres;

Hay autores que identifican este criterio con dos circunstancias: una es la distancia entre el domicilio de los padres y el desarraigo que puede significar para un NNA irse a un lugar donde no está habituado y, dada la distancia, no esté en condiciones de visitar constantemente. Cuestión que también afectará el régimen de relación directa y regular. La otra es la condición material del domicilio donde el NNA vaya a vivir. Desde luego, esta última circunstancia no puede ser un factor determinante, porque dice relación con criterios socioeconómicos³⁵.

j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo.

Al respecto, es importante mencionar lo señalado en el artículo 7 de la Ley 21.430 sobre Garantía y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, la cual establece ejemplos de circunstancias específicas que deben considerarse al momento de definir

³⁴ GREEVEN, Nel y CARRETTA, Francesco. 2020. *Régimen de alimentos, cuidado personal y relación directa y regular aplicado a la decisión judicial*. Santiago de Chile: DER Ediciones. p. 26.

³⁵ Ibid. p.27.

el interés superior de un niño, niña o adolescente y que servirán de guía al juez en su proceso argumentativo. Estas circunstancias son:

- a) Los derechos actuales o futuros del niño, niña o adolescente que deban ser respetados, promovidos o protegidos por la decisión de la autoridad.
- b) La opinión que el niño, niña o adolescente exprese, cuando ello sea posible conforme a su edad, grado de desarrollo, madurez y/o su estado afectivo si no pudiere o no quisiere manifestarla.
- c) La opinión de los padres y/o madres, representantes legales o de quien lo tuviere legalmente a su cuidado, salvo que sea improcedente.
- d) El bienestar físico, mental, espiritual, moral, cultural y social del niño, niña o adolescente.
- e) La identidad del niño, niña o adolescente y las necesidades que de ella se derivan, sean éstas físicas, emocionales, sociales, culturales o de origen étnico.
- f) La autonomía del niño, niña o adolescente y su grado de desarrollo.
- g) Cualquier situación de especial desventaja en la que se encuentre el niño, niña o adolescente que haga necesaria una protección reforzada para el goce y ejercicio efectivos de sus derechos.
- h) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del niño, niña o adolescente considerando su entorno de vida.
- i) Otras circunstancias que resulten pertinentes en el caso concreto que se conoce, tales como los efectos probables que la decisión pueda causar en su desarrollo futuro.

Finalmente, cabe hacer énfasis en que los parámetros del artículo 225-2 no son taxativos, lo que queda claramente expresado en la letra j), cuando se señala que deben tomar en cuenta cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo. Asimismo, los parámetros no son unos más importantes que los otros, ya que el encabezado claramente señala que el juez los debe ponderar conjuntamente.

En conclusión, el juez deberá repasar cada uno de los parámetros al fundamentar su sentencia para que no quede duda de las razones por las cuales el juez decidió asignar el cuidado personal a uno de los progenitores. Una sentencia de la Corte Suprema de fecha 17 de diciembre de 2015, Causa Rol N° 6.320-2015, que acoge un recurso de casación en el fondo contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, refleja perfectamente la aplicación de cada uno de estos parámetros al caso concreto: *“DECIMOSEPTIMO: Que la Ley N° 20.680, ya citada, incorporó al Código Civil el artículo 225-2, que se hace imprescindible analizar y cotejar cada uno de los parámetros que allí se contienen, con lo constatado en este proceso. La norma citada expresa: En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias: a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar. Claramente en el proceso, Lorenzo sin duda tiene una mayor vinculación afectiva con su padre, lo que queda de manifiesto en el informe psicológico realizado, como en la entrevista privada sostenida con el niño. Se recordará que, de acuerdo a lo evaluado por la psicóloga, el padre ha construido un apego seguro. Lo expuesto, en caso alguno significa que el niño no quiera a su madre, pero el vínculo construido con ella es más débil, apareciendo que el vínculo de apego es ansioso-desorganizado. b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad. A la luz de los antecedentes, si bien la madre ha hecho intentos por procurar un entorno adecuado para el niño, sus proyectos en el año 2012 y 2014 se han desmoronado, toda vez que no ha logrado la ansiada independencia que ha expresado en el proceso, exponiendo nuevamente a su hijo a vivir en un domicilio cuya dinámica y condiciones se desconocen. A principios de este año en la ciudad de Santiago, la madre denunció por violencia intrafamiliar a quien era o es su pareja, debiendo salir de madrugada de ese domicilio, y regresar a Coyhaique, apareciendo que ante el Juzgado de Garantía de Santiago fijó como domicilio Barroso 742, ignorando sé quién es el propietario del mismo. La dinámica de la madre con su propia familia es calificada como cíclica, y a pesar de que en el domicilio de los abuelos maternos se han vivido circunstancias de suyo complejas, frente a falta de alternativas de la madre, ha regresado en innumerables ocasiones, vivenciándose episodios de violencia, que han afectado los niños. En relación al padre, si bien han existido causas por violencia intrafamiliar con la madre, evaluando su propio entorno familiar, no se*

reportan situaciones anómalas o riesgosas para el niño. c) La contribución a la mantención de hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo. Se ha referido por la consejera técnica y por la propia madre, que el padre cancela una pensión alimenticia, que actualmente es retenida por el empleador del demandado, mencionándose que en este trámite hubo una acción inapropiada para no ser cursada, situación que se estaría investigando según dichos de la demandada. En lo concreto, de los correos electrónicos, aparece una preocupación constante de la pensión alimenticia por parte de la madre, existiendo siempre una suerte de negociación, en circunstancias de que estando el niño con el padre, solicita que no se le suspenda la cancelación de la pensión. A la fecha no existe deuda por pensiones alimenticias, habiendo cumplido el padre a cabalidad. d) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo, y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229. Se ha visualizado en el proceso, que justamente por largas ausencias de la madre, ha quedado postergado el derecho de visitas, pasando a existir un cuidado de hecho, insistiendo que ello ha ocurrido por la propia petición de la madre. Se ha constatado que a propósito de la concurrencia del niño al colegio, cesado ya un cuidado provisorio otorgado al padre, a diario ha visto al niño por cuanto es quien le lleva el colegio y le regresa a su domicilio, permitiendo incluso la madre que el padre se quede un tiempo con el niño luego de sus obligaciones escolares. Curioso resulta lo expuesto, en cuánto claramente los padres no tienen ni cercanamente una comunicación fluida y efectiva, sino que reiteradamente existen desencuentros que se generan por todos los acuerdos que ellos mismo disponen y que luego no respetan, cuestión que afecta la estabilidad del menor. Cada vez que la madre ha tenido alguna dificultad para dejar a buen resguardo a su hijo, ha recurrido al padre, y éste ha asumido del mejor modo la responsabilidad del niño. e) La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades. Este criterio puede ser ponderado desde el nacimiento de Lorenzo, toda vez que según reportó la madre, la convivencia con el padre duró sólo hasta los dos meses de vida del niño. Tenidas en cuenta las medidas de protección relatadas por el consejo técnico y los informes de jardines infantiles y del colegio(...) se logra establecer que ambos padres han participado en todos los ámbitos de vida de Lorenzo. f) La opinión expresada por el niño. Cumplida la instancia del derecho del

niño a ser oído, su postura en la materia que nos ocupa coincide con las conclusiones a la que arriba la psicóloga del servicio médico legal, existiendo plena y cabal armonía entre lo que el niño expresa y lo que concluye la pericia realizada. g) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar. En la pericia psicológica y psiquiátrica de los padres, no se concluyen inhabilidades para ninguno de los dos padres, mencionándose que el grupo familiar debería seguir una orientación psicológica; en relación a la madre el psiquiatra recomienda que debe seguir un control permanente con el equipo tratante, por el diagnóstico de trastorno de la personalidad limítrofe que presenta. La pericia psicológica de Lorenzo concluye que el niño se siente más seguro y contenido emocionalmente con su padre, con quien ha desarrollado un apego seguro, a diferencia de la madre, con quien ha desarrollado un apego ansioso desorganizado. h) Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio. Históricamente y desde que se iniciaron las causas del niño en este Tribunal de Familia, han existido acuerdos entre los padres, que de una u otra manera han dejado testimonio en los distintos procesos. El último acuerdo dice relación de la permanencia de Lorenzo bajo la responsabilidad del padre desde febrero de 2014 y hasta julio de ese año, porque la madre no tenía estabilidad habitacional para tenerlo a su lado, y frente a la incertidumbre de cuánto más duraría la situación, el padre interponer la demanda de cuidado compartido (...). i) El domicilio de los padres. En la actualidad, el domicilio de ambos progenitores no es un obstáculo para establecer un cuidado compartido, por cuanto ambos viven en esta ciudad. j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del niño. En este punto, debe señalarse que en esta causa logró establecerse una verdad formal, en cuanto todos los antecedentes miran a decidir cómo más adelante se expresará, encontrando se convencida esta sentenciadora que el sistema que se decretará irá en directo beneficio de Lorenzo, reconociéndose que el padre ha dado vida de manera activa y cercana al principio de la corresponsabilidad, sin desmerecer el aporte que en la vida de Lorenzo hace su Madre. Desde ya tiempo, y de acuerdo a lo referido por la consejera técnica del tribunal, se le ha impuesto a la madre la necesidad de proseguir un control para evitar la inestabilidad emocional que ya ha presentado, advirtiéndose que ella ha hecho caso omiso a tal obligación. Mientras la madre no entienda que para fortalecer sus habilidades parentales y mejorar su rol materno, debe necesariamente adherir a las intervenciones sugeridas, pudiere tal actitud generar futuras causas referidas a su hijo, entendiendo que el niño es

visualizado desde distintas instancias, funcionando a cabalidad en la actualidad la Red de protección a la infancia”.

ii. atribución a terceros

El artículo 226 del Código Civil señala que 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, velando primordialmente por el interés superior del niño, niña o adolescente, conforme a los criterios establecidos en el artículo 225-2 del mismo cuerpo normativo. En la elección de tales personas, se preferirá a los consanguíneos más próximos, y, en especial, a los ascendientes y al cónyuge o al conviviente civil del padre o madre, según corresponda.

El artículo 226 del Código Civil debe ser concordado con el artículo 42 de la Ley de Menores N° 16.618 de 1967, que señala en qué supuestos existe inhabilidad física y moral de los progenitores:

- a) Cuando estuvieren incapacitados mentalmente;
- b) Cuando padecieren de alcoholismo crónico;
- c) Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo;
- d) Cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en los lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio;
- e) Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores;
- f) Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad;
- g) Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material.

Como puede observarse son criterios de extrema gravedad, no son taxativos y deben ser analizados caso a caso. Los jueces deben ponderar estas causales de manera expresa y

transparente en la sentencia “atendida la delicada entidad de los derechos en juego³⁶”, esto resulta fundamental dada la sanción de ultima ratio que acarrea.

La inhabilidad predicada del artículo 226 debe ser de carácter grave y permanente, como lo establece la jurisprudencia: “Que la constatación de concurrir una inhabilidad que impida a un adulto ejercer el cuidado de un niño, se debe relacionar, en consecuencia, con una alteración de carácter grave y permanente, constitutiva de una falencia física incapacitante o una enajenación o privación de sus facultades volitivas o psíquicas, referidas a aquellas cualidades que razonablemente se esperan en quien pretende asumir la protección de un menor, entre otras, las de estabilidad emocional y empatía que faciliten su crianza y que esta a su vez sea enriquecedora, que estarán ausentes si el interesado padece de una alteración física impediendo o una mental permanente y estructural; advirtiéndose que esta condición dista de la conducta evidenciada por los padres de la niña, respecto de los cuales no se advierte que el proceso interventivo haya concluido sin posibilidad de recuperar o reforzar sus habilidades para el cuidado de la pequeña³⁷”. De no tener este carácter, se preferirán medidas del tipo “terapias de fortalecimiento de sus habilidades y de competencias parentales³⁸”. La inhabilitación del ejercicio de este derecho es muy excepcional y debe ser expresa³⁹.

Para configurar la hipótesis del artículo 226 del Código Civil, no solo se debe declarar que ambos padres están inhabilitados para ejercer el cuidado personal de sus hijos e hijas⁴⁰,

³⁶ CORTE SUPREMA. Rol N° 36.584-2015 (Familia). Recurso de Casación en el Fondo, sentencia de 13 de abril de 2016, considerando octavo.

³⁷ CORTE SUPREMA. Rol N° 95.838-2021 (Familia). Recurso de Casación en el Fondo, sentencia de 22 de julio de 2022, considerando décimo tercero.

³⁸ ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela. 2018. *El cuidado personal de los hijos*. Santiago de Chile: Thomson Reuters. p. 278.

³⁹ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 1.356-2015 (Familia), sentencia de 14 de julio de 2016, considerando decimoséptimo: “Que, en el contexto anterior, únicamente puede tenerse por establecido que los padres del adolescente F.B.T.L. no han velado por su crianza y cuidado personal, puesto que lo dejaron bajo el cuidado de su abuela, la actora señora A.S.C., en términos tales que hoy la madre (única progenitora biológica) ha reconocido que no tiene contacto con él y desconoce su número de teléfono, con lo que corresponde tener por justificado que incurrieron en la causal de inhabilidad a que se refiere el ya transcrito número 3 del artículo 42 de la Ley 16.618”.

⁴⁰ Así lo ha determinado la jurisprudencia: «Como se observa, para confiar el cuidado personal de los hijos a un tercero, esto es, una persona diferente a los padres, es menester, primeramente, acreditar que ambos padres son inhábiles física o moralmente para encargarse del cuidado de sus hijos, pues la inhabilidad de solo uno, implicaría la atribución de este derecho deber, en el otro, y no en un tercero, de manera que es esencial para que la acción prospere la acreditación de la concurrencia de incapacidad de ambos padres, la que por la remisión expresa a los criterios del artículo 225-2 del Código Civil, debe relacionarse con las causales del artículo 42 de la Ley 16.618,

sino que, además, se debe determinar que el tercero que ostentará dicho derecho-deber⁴¹, será quien mejor lo ejercerá con miras a beneficiar el interés superior del niño o niña. Será la judicatura quien tendrá que valorar la competencia de este tercero y ponderar si será capaz de proporcionar al niño, niña o adolescente en cuestión un medio seguro donde desenvolverse y desarrollar al máximo sus capacidades. Así lo confirma nuestra jurisprudencia⁴²: “Noveno: Que, en segundo lugar, debe establecerse la competencia del tercero que pretende el cuidado principal, en el mismo sentido anterior, estableciéndose en el inciso segundo del artículo 226, una regla de preferencia en razón del parentesco con el niño, para proceder a la elección de la persona a quien le será atribuido su cuidado personal. Décimo: Que conforme lo expuesto, es claro que en nuestro ordenamiento jurídico la regla general y pauta de normalidad establecida por el legislador es que los padres ejerzan el cuidado personal de los hijos, de modo que en caso de pretenderse por un tercero, corresponderá a una carga procesal de este probar las circunstancias especiales que inhabilitan a ambos padres para ejercer dicho derecho deber, y de ese modo, deba atribuírsele, previa acreditación de su propia competencia para ello, velando primordialmente por el interés superior del niño conforme los criterios establecidos en el artículo 225-2.

que instituye un listado de causales y circunstancias en las cuales se debe entender la concurrencia de inhabilidad física o moral de los padres, casos a partir de los cuales el juez deberá fundamentar y explicar tal decisión, todo ello presidido, por el principio del interés superior del niño, y que atendida la delicada entidad de los derechos en juego, es un imperativo para el órgano jurisdiccional, no solo configurarlas con toda precisión, sino también ponderarlas de manera expresa y transparente», sentencia de la Corte Suprema, rol 16275-2016, 5 de septiembre de 2016, considerando noveno.

⁴¹ CORTE SUPREMA. Rol N° 36.584-2015 (Familia). Recurso de Casación en el Fondo, sentencia de 13 de abril de 2016, considerando octavo.

⁴² Ibid. considerando noveno y décimo.

V. INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO - DEBER DE CUIDADO PERSONAL

De las normas analizadas queda claro que el legislador ha reconocido que el cuidado personal es modificable por motivo justo y siempre en beneficio del interés superior del niño. En efecto, el artículo 242 del Código Civil establece que “Las resoluciones del juez bajo los respectos indicados en las reglas anteriores se revocarán por la cesación de la causa que haya dado motivo a ellas, y podrán también modificarse o revocarse, en todo caso y tiempo, si sobreviene motivo justo, y se cumple con los requisitos legales. En todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez”. Por tanto, el cuidado personal determinado puede ser modificado por un cambio en las circunstancias que dieron lugar a su fijación en cualquier momento, siempre que exista motivo justo. Así lo ilustra una sentencia de la Corte Suprema en la cual se disputaba quien debía ostentar el cuidado personal, a pesar de que ambos padres se encontraban aptos para ostentarlo, la Corte termina concluyendo que no existen razones justificadas para alterarlo y decide darle continuidad a su modo de vida: “Que en el debido análisis de los parámetros establecidos en el artículo 225-2 del Código Civil, y de los principios aplicables del interés superior del niño, su arraigo, y el derecho a ser oído, así como la necesidad de contribuir a su autonomía progresiva e integral, habida cuenta de los hechos establecidos en la sentencia impugnada, aun cuando ambos progenitores tienen aptitudes para la crianza de sus hijos, las circunstancias de vida de los niños, su entorno, figuras relacionales, estabilidad emocional e historia de vida, promueven que se mantenga el cuidado personal que ha ejercido casi permanentemente el padre, sin que existan razones justificadas para alterar dicha situación, so riesgo de afectarles en su continuidad vivencial”⁴³. Además, se exige que todas las decisiones del Tribunal tengan como consideración primordial el interés superior del hijo o hija (teniendo en cuenta su derecho a dar su opinión, según su edad y madurez). Así lo señala el inciso cuarto del artículo 225 del Código Civil: “En cualesquier de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si

⁴³ CORTE SUPREMA. Rol N° 69.668-2021 (Familia). Recurso de Casación en el Fondo, sentencia de 27 de enero de 2022, considerando primero.

por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido...”. Nuestra jurisprudencia también se ha pronunciado al respecto: “Así, solo cabe concluir que el niño, niña o adolescente es un sujeto de derechos, una persona, que por su minoría de edad es vulnerable y requiere atención especial. El resguardo de ese principio es el de su persona y del goce de sus derechos, desde una óptica integral. Por lo mismo, en estos casos las decisiones judiciales deben estar encaminadas a propiciar que el daño de la ruptura entre los padres sea el menor posible para el hijo, que no le cause perjuicios innecesarios, lo que supone ponderar la decisión que equilibra de mejor manera los intereses en juego. Por semejante razón, los derechos y deberes parentales de los padres deben ser reclamados y ejercidos con generosidad, con la mirada puesta en el beneficio del niño, facilitando la actuación del otro progenitor, separando el conflicto de pareja de la situación de los hijos⁴⁴”.

El cuidado personal es un derecho-deber cuyo ejercicio, por su especial contenido (cuidados y atenciones diarias, convivencia habitual), es de tracto sucesivo, esto es, su cumplimiento no es transitorio o instantáneo, sino que conlleva la repetición de actos y comportamientos sucesivos en el tiempo; ello supone mantener una actuación constante mientras se tenga atribuido el cuidado, en una función que no se detiene o suspende en el tiempo mientras los hijos sean menores de edad⁴⁵. En ese sentido, la obligación de los padres de procurar la mayor realización espiritual y material posible es permanente (no se suspende) y activa (debe realizar actos que impliquen buscar su mayor realización).

El incumplimiento de esta institución acarrea ciertas sanciones al padre o madre custodio, quien dentro de sus principales obligaciones tiene el no obstaculizar la relación directa y regular entre hijos y el padre o madre no custodio. Para la profesora Acuña San Martín⁴⁶: “Si el custodio daña injustificadamente la relación entre el otro progenitor y sus hijos, no solo incumple los deberes que la resolución judicial le impone respecto del régimen de visita, sino que, además pone en duda sus propias habilidades parentales, pues se muestra incapaz de separar el conflicto de pareja de la situación de los hijos y no observa con

⁴⁴ CORTE DE APELACIONES DE ARICA. Rol N° 31-2022 (Familia), sentencia de 6 de mayo de 2022, considerando séptimo.

⁴⁵ ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela. 2018. *El cuidado personal de los hijos*. Santiago de Chile: Thomson Reuters. p. 259.

⁴⁶ *Ibid.* p. 204.

neutralidad el mejor beneficio de los menores”. Según el artículo 48 de la Ley 16.618 “cuando, por razones imputables a la persona a cuyo cuidado se encuentre el menor, se frustre, retarde o entorpezca de cualquier manera la relación en los términos en que ha sido establecida, el padre o madre a quien le corresponde ejercerla podrá solicitar la recuperación del tiempo no utilizado, lo que el tribunal dispondrá prudencialmente”. El retardo, la frustración o el entorpecimiento del cumplimiento del régimen imputable al progenitor que tiene el cuidado personal faculta al afectado a solicitar la recuperación del tiempo no utilizado (llamado habitualmente tiempo extraordinario). La judicatura fijará la modalidad en horas o días y resguardará tanto el interés superior del niño, como el principio de corresponsabilidad de los padres⁴⁷. Además, es posible aplicar los apremios establecidos en el artículo 66 de la Ley de Menores (que nos remite al artículo 543 del Código de Procedimiento Civil).

En el caso de que ambos padres sean los que dejan de observar los deberes que derivan del cuidado, la judicatura debe determinar la medida que más favorecerá al niño, niña o adolescente, entre ellas, incluso, una de las sanciones más radicales del ordenamiento jurídico en esta materia, la cual implica la separación de los hijos de ambos padres, radicando el cuidado personal del hijo en una persona distinta a los padres, cuando ambos progenitores incumplen con su derecho-deber de cuidado y/o se encuentran inhabilitados para ostentarlo.

⁴⁷ SALINAS, Carolina y RETAMAL, Alejandra. 2024. *Cumplimiento en materia de familia*. Santiago de Chile: DER Ediciones. p. 112.

VI. PRINCIPIOS RECTORES

i. Interés Superior del NNA

Este principio, en nuestra legislación, se encuentra regulado de manera explícita en diversos cuerpos normativos desde hace décadas a la fecha. En la Ley N° 19.968, que crea los tribunales de familia, en el Título III, artículo 16, que dispone los principios del procedimiento. Asimismo, el artículo 225 del Código Civil hace mención al principio del interés superior del niño a propósito del establecimiento y ejercicio de cuidado personal cuando los padres viven separados. Recientemente, con la dictación de la Ley N° 21.302, en su artículo 4, se incorpora el interés superior del niño como principio rector de la acción del servicio de mejor niñez. Por su parte, con la creación de la Ley N° 21.430, este principio se incorpora en su artículo 2, resaltando el deber de observar siempre el interés superior del niño o niña o adolescente a propósito de los actores principales obligados a respetar la ley: familia, sociedad, y los órganos de la administración del Estado, y en su artículo 7, donde le da contenido y sustancia muy acorde a lo establecido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Este principio, es el resultado del reconocimiento progresivo de los derechos fundamentales en lo que atañe a los niños, niñas y adolescentes en cuanto sujetos que se entienden como especialmente vulnerables, y respecto de los cuales los Estados se comprometen, a nivel internacional, a fomentar la adopción de medidas que aseguren su bienestar integral.

Históricamente se ha sostenido que el concepto del interés superior del niño es vago y ambiguo y que provoca incerteza jurídica. No obstante, en nuestro país, se encuentra reconocido tanto por instrumentos internacionales como por medio de legislación interna, configurando una concepción del interés superior del niño que supera normativamente el status de una mera declaración de intenciones, pues se consagra por medio de normas vinculantes, de contenido específico, aplicables de manera concreta. Específicamente, el artículo 3° párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, señala que: “En todas las

medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. De este modo, el principio actúa como precepto “rector-guía” de las actuaciones del Estado, y como mínimo ético universal que los actores sociales deben asumir. En efecto, el interés superior del niño es mencionado en el artículo 16 inciso 2 de la Ley N° 19.968, como un principio rector que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución de la controversia específica sometida a su conocimiento, esto significa que su aplicación debe ser concreta a la situación juzgada. Al respecto, la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño⁴⁸, sugiere, primero, determinar los elementos pertinentes en el contexto de los hechos concretos, dotándolos de contenido y ponderando su importancia; y, segundo, seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho⁴⁹.

El Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas⁵⁰, en el numeral 6, de la letra A, de su Observación General N° 14 del año 2013, dota de triple contenido a este principio señalando que “el interés superior del niño se trata, al mismo tiempo, de un principio interpretativo, de un derecho sustantivo y una norma de procedimiento”, con lo cual queda claro que estamos frente a un concepto extenso, que excede los contornos de las normas jurídicas clásicas. En efecto, se le reconocen tres dimensiones prioritarias: una consideración sustantiva, en el sentido de que el niño tiene derecho a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. En segundo lugar, es un principio jurídico interpretativo fundamental, en el sentido de que si una disposición jurídica admite más de una

⁴⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE NACIONES UNIDAS. 2013. Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. [En línea]. Disponible en: <https://www.defensorianinez.cl/biblioteca/observacion-general-n-14-sobre-el-derecho-del-nino-a-que-su-interes-superior-sea-una-consideracion-primordial-articulo-3-parrafo-1/>

⁴⁹ CORTE SUPREMA. Rol N° 35.161-2016 (Familia). Recurso de Casación en el Fondo, sentencia de 18 de Octubre de 2016, considerando décimo.

⁵⁰ El Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, es el organismo facultado por la Convención de los Derechos del Niño para dictar observaciones generales basadas en la información que recibe de los informes periódicos que los Estados que son parte del tratado le suministran.

interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Y finalmente, se le considera una fórmula procesal o norma de procedimiento que obliga a estimar las posibles repercusiones de cada decisión, antes de ser adoptada, es decir, siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados⁵¹. Idéntica es la concepción que acoge la reciente Ley N° 21.430 Sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, en su artículo 7, donde señala que “El interés superior del niño, niña y adolescente es un derecho, un principio y una norma de procedimiento, que se basa en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta”, quedando de manifiesto que su redacción ha sido inspirada en la Observación General N° 14.

El artículo 222 del Código Civil dota igualmente de contenido a este principio al establecer que “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”. Al respecto, la Corte Suprema, referente a cuidado personal, ha señalado que “El punto central de esta norma y lo relevante para el asunto que aquí se resuelve es que el criterio que legislador le impone el juez para la definición de esta situación es la conveniencia del interés superior del niño que se materializa a la luz de las circunstancias concretas. Al respecto, se debe recordar, como se ha sostenido reiteradamente por esta Corte, que el interés superior del niño obedece a la categoría de aquellos conceptos indeterminados que los sentenciadores de fondo son los llamados a configurar y concretar en coherencia con los hechos y circunstancias establecidas. Desde dicha perspectiva, en este asunto preciso, el legislador le entrega al órgano jurisdiccional la calificación de la conveniencia radicada en el interés superior del hijo, para decidir la atribución de su cuidado personal conforme a los parámetros que contempla el artículo 225-2 del Código Civil. Esto significa que la decisión que resuelva tal controversia debe ser construida desde el punto de vista de lo ventajoso y

⁵¹ CORTE SUPREMA. Rol N° 35.161-2016 (Familia). Recurso de Casación en el Fondo, sentencia de 18 de Octubre de 2016, considerando séptimo.

beneficioso que será para el hijo el ejercicio de su cuidado por uno u otro padre, es decir, el argumento que dirime la contienda es aquel que permite discernir lo más conveniente para el niño y su interés”⁵².

En el sistema universal de protección de derechos, la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños señala: “Artículo 3. Todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración de su interés superior. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo”. Por su parte, la Corte Interamericana ha sostenido que: “en aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia⁵³”. Más recientemente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017) citando al Comité de los Derechos del Niño, sostuvo: “A fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar motivada, justificada y explicada. En la motivación se debe señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en ese caso en concreto, y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño. Si, excepcionalmente, la solución elegida no atiende al interés superior del niño, se deben indicar los motivos a los que obedece para demostrar que el interés superior del niño fue una consideración primordial, a pesar del resultado. No basta con afirmar en términos generales, que hubo otras consideraciones que prevalecieron frente al interés superior del niño; se deben detallar de forma explícita todas las consideraciones relacionadas con el caso en cuestión, y se deben explicar los motivos por los que tuvieron más peso en ese caso en particular. En la fundamentación también se debe explicar, de forma verosímil, el motivo por el que el interés superior del niño no era suficientemente importante como para

⁵² GREEVEN, Nel y CARRETTA, Francesco. 2020. *Régimen de alimentos, cuidado personal y relación directa y regular aplicado a la decisión judicial*. Santiago de Chile: DER Ediciones. p. 11.

⁵³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva 17/2002. [En línea]. Párrafo 65. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

imponerse a otras consideraciones. Es preciso tener en cuenta las circunstancias en que el interés superior del niño debe ser la consideración primordial”⁵⁴.

En consecuencia, todo niño, niña o adolescente tiene derecho a que en la toma de decisiones sobre cuestiones que le afecten se considere primordialmente su interés superior, cuando se evalúen y sopesen los distintos intereses involucrados en el asunto, sea que la decisión deban tomarla autoridades legislativas, judiciales o administrativas, organizaciones de la sociedad civil, instituciones privadas, padres y/o madres, representantes legales o personas que los tengan legalmente a su cuidado.

Todo lo aquí señalado, puede llevar a la siguiente conclusión: el interés superior del niño, niña o adolescente, para los casos de cuidado personal, se debe valorar conforme a cuatro factores 1) Las circunstancias del caso, 2) lo más ventajoso para el hijo 3) las circunstancias específicas del artículo 7 de la Ley 21.430 y, 4) el análisis yuxtapuesto e interrelacionado de todos los criterios establecidos en el artículo 225-2 del Código Civil.

ii. Corresponsabilidad

La Ley N° 20.680 de 2013 que reformó el Código Civil en materia de cuidado personal de los hijos, incorporó la noción de corresponsabilidad parental. Este principio fue parte de los argumentos que se esgrimieron para hacer posible la modificación del artículo 225 del Código Civil en cuanto establecía una regla legal de atribución materna preferente del cuidado personal de los hijos basada en estereotipos. Hoy, el principio de la corresponsabilidad parental cobra relevancia, porque padre y madre, hombre y mujer, están compartiendo progresivamente ámbitos que históricamente habían sido espacios exclusivos de uno u otro⁵⁵,

⁵⁴ COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2017. Informe garantía de derechos Niñas niños y adolescentes. [En línea]. Párrafo 336. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/NNA-GarantiaDerechos.pdf>, citando al Comité de Derechos del Niño, Observación general N° 14/2013 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párrafo 97.

⁵⁵ LATHROP, Fabiola. 2009. Custodia compartida y corresponsabilidad parental. *Diario La Ley*. [En línea]. N° 7206. [Consulta: noviembre de 2024]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3000048>. Sobre los cambios en las dinámicas internas de las familias latinoamericanas se puede ver el estudio: CERRUTTI, Marcela y BINSTOCK, Georgina. 2009. Familias Latinoamericanas en transformación: desafíos y demandas para la acción pública. *CEPAL - Serie Políticas Sociales*. [En línea]. Santiago: Naciones Unidas.

en el caso de los hombres, están aumentando su participación en labores de cuidado, y en el caso de las mujeres, ha aumentado su participación en el mercado laboral, por lo que es posible afirmar que la corresponsabilidad es un esfuerzo por alcanzar la igualdad material de derechos y deberes en la crianza y educación de los hijos, tanto cuando los progenitores viven juntos como luego de la separación.

La corresponsabilidad es un principio fundamental del derecho de la infancia, de hecho, es el único que, conjuntamente con el interés superior, tienen una consagración expresa en el Código Civil. En efecto, el artículo 224 del cuerpo normativo establece que “Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos”. Esto se complementa con el inciso 2° del artículo 225, que define el cuidado personal compartido como “un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad”.

Si bien corresponsabilidad y cuidado personal compartido están íntimamente relacionados, no deben confundirse, el primero es un principio cuya finalidad es mantener de forma permanente, activa y equitativa la participación del padre y de la madre en la vida del hijo, ya sea que vivan juntos o separados; mientras que el segundo corresponde a un régimen de vida, un sistema de organización familiar que trae aparejado derechos y deberes respecto del cuidado y protección de los hijos y es una de las tantas formas de ejercitar la corresponsabilidad parental⁵⁶.

La doctrina, por su parte, ha señalado que el principio de corresponsabilidad parental tendría una triple dimensión, 1) animar a los progenitores en el despliegue de energías físicas e intelectuales respecto del cuidado de sus hijos; 2) que esto se realice en proporciones similares

N°147. [Consulta: noviembre de 2024]. Disponible en: <https://repositorio.cepal.org/entities/publication/013844d2-76d6-4f8c-8524-48edf6f5ef13>

⁵⁶ CORTE SUPREMA. Rol N° 6320-2015 (Familia). Recurso de Casación en el Fondo, sentencia de 17 de diciembre de 2015.

por ambos padres y, 3) que todo lo anterior no se trate de un ejercicio emocional aislado o intermitente⁵⁷.

En cuanto al sistema interamericano de derechos humanos, el artículo 18.1 de la Convención de los Derechos del Niño, sin distinción de la existencia o no de relación jurídica familiar entre los padres, consagra la corresponsabilidad parental⁵⁸ al declarar que “los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño”. A su vez, este artículo está relacionado con lo señalado en la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), que requiere el reconocimiento por parte de los Estados de una “responsabilidad común de hombre y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos”. Por otra parte, su artículo 16 prescribe que “los Estados partes (...) asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres (..) los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial”.

Este principio, reconocido en la legislación nacional e internacional, obliga al juez a tomarlo en consideración al momento de fallar, sirviendo como elemento de interpretación ante situaciones conflictivas. No obstante, no hay una acción para hacerlo valer, por lo que no es posible obligar a alguien que no quiera participar en la crianza y educación de su hijo a hacerlo.

iii. Autonomía Progresiva y Derecho a ser oído

⁵⁷ GREEVEN, Nel y CARRETTA, Francesco. 2020. *Régimen de alimentos, cuidado personal y relación directa y regular aplicado a la decisión judicial*. Santiago de Chile: DER Ediciones. p. 14.

⁵⁸ Así lo afirman, entre otros: TORRES PEREA, José Manuel. 2011. Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social. *Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, p. 15; MUÑOZ SEGUÉL, Susana y otros. 2011. La mediación como instancia para la revalorización del rol paterno. Estudio exploratorio-documental. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*. Santiago. Vol. 2 N° 2, p. 159.

Estos principios, a nivel internacional, han sido reconocidos en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, que señala que: “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 afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de la edad y madurez del niño. 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”.

A nivel nacional, la reciente Ley sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia N° 21.430, reconoce explícitamente estos derechos en su artículo 28 inciso primero, al indicar que: “Todo niño, niña o adolescente tiene derecho a que sus opiniones sean oídas y debidamente consideradas, de acuerdo a su edad, madurez y grado de desarrollo, en los procedimientos o actuaciones administrativas o judiciales en que se decida sobre alguna cuestión particular cuya determinación puede afectar sus derechos o intereses, especialmente en el ámbito familiar, escolar, sanitario, comunitario, administrativo y/o judicial. En el ejercicio del derecho se resguardarán las condiciones de discreción, intimidad, seguridad, recepción de apoyo, libertad y adecuación de la situación”.

En estas redacciones, es posible observar como ambos principios se interrelacionan en el sentido de que la mejor manera de apreciar la edad, madurez y grado de desarrollo de un NNA, es decir, el nivel de autonomía progresiva, es precisamente haciendo valer su derecho a ser oído. A la vez, es axiomático pensar que, para que el juez defina el interés superior del niño, debe partir por indagar aquello que este quiere o le afecta. Y no hay mejor forma de hacerlo que consultándole, si ello es posible⁵⁹. Correlativo a esto es lo señalado en el inciso segundo del artículo 16 de la Ley de Tribales de Familia N° 19.968 que señala “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”. Esta norma quiere decir, en términos prácticos, que el o la juez

⁵⁹ GREEVEN, Nel y CARRETTA, Francesco. 2020. *Régimen de alimentos, cuidado personal y relación directa y regular aplicado a la decisión judicial*. Santiago de Chile: DER Ediciones. p. 20.

de familia no puede en ningún caso pasar por alto la posibilidad de escuchar a un niño, como tampoco puede dejar de considerar su interés superior⁶⁰. Siempre debe dejar constancia, en toda resolución, de que cumplió con dicha exigencia, incluso cuando haya decidido no entrevistar al niño por causas justificadas⁶¹.

Del análisis del mencionado artículo 28 de la Ley 21.430, es posible apreciar la frase “Todo niño, niña o adolescente tiene derecho a(...)”, lo que implica una gran responsabilidad para el Estado, lo cual en la doctrina no ha estado exento de discusiones. Por una parte, existe una tendencia a justificar que se puede oír a ciertos niños y a otros no, entendiendo como limitaciones el juicio propio la edad y la madurez del niño⁶². Por otra parte, se indica que correspondería escuchar a todo niño que tenga algo que comunicar inclusive a través de formas no verbales, relacionando directamente este principio con el debido proceso y el interés superior del niño; desatenderlos implicaría afectación a la calidad de sujetos de derechos que tienen los NNA. Sostiene esta última teoría una sentencia de la Corte Suprema del año 2016 que invalidó de oficio una sentencia del Primer Juzgado de Familia de Santiago por no haber oído al niño en juicio de reclamación e impugnación de filiación, estimando que se infringió la debida tramitación del juicio al no oírle y al no permitir su correcta defensa en juicio. Esto reafirma la importancia de que el juez dé cumplimiento a lo indicado en el artículo 16 inciso segundo de la Ley 19.968, ya analizado.

Según la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño, la Convención de los Derechos del Niño no señala cuándo se entenderá que los niños pueden formarse un juicio propio para expresar su opinión, ya que los niveles de comprensión de los

⁶⁰RAVETLLAT, Isaac y PINOCHET, Ruperto. 2015. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el derecho civil chileno. *Revista Chilena de Derecho*. [En línea]. Vol. 42, N° 3, p. 926. [Consulta: noviembre de 2024]. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372015000300007&script=sci_abstract

⁶¹ CARRETTA, Francesco y GREEVEN, Nel. 2020. Régimen de alimentos, cuidado personal y relación directa y regular en la decisión judicial. [En línea]. Material docente N° 14. Santiago: Academia Judicial de Chile. p.20. [Consulta: noviembre de 2024]. Disponible en: https://academiajudicial.cl/wp-content/uploads/2021/10/13_Regimen-de-alimentos_Pub.-14.pdf

⁶² IBAÑEZ, Nicolas. 2023. Hacia una nueva lectura y aplicación del derecho del niño a ser oído en Chile. En: LÓPEZ, Patricia. *Estudios de Derecho de Familia VI, Actas de las Sextas Jornadas Nacionales, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales*. Thomson Reuters, p.22.

menores no van ligados de manera uniforme a su edad biológica⁶³. Por ello, el Estado no ha de partir de la premisa que los niños son incapaces de expresar sus opiniones o que tengan que probar dicha capacidad⁶⁴ antes de ejecutar este derecho. Bajo este planteamiento, todos los niños, incluidos los más pequeños, son capaces de formarse opiniones con base en sus visiones, incluso cuando no pueda expresarlas verbalmente en palabras. De ahí que este derecho exija el reconocimiento del respeto de formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias⁶⁵.

Referente a la materia de cuidado personal, el artículo 225-2 letra f) del Código Civil, establece que un criterio a considerar para el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, es la opinión expresada por el hijo, por lo que el derecho a ser oído acorde a su edad, madurez y grado de desarrollo es, sin duda, una garantía importante que permitirá tomar la decisión más acertada para su interés superior. Así se refleja en sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 8023-2018, del 11 de marzo de 2019, “Qué, atendido la edad del adolescente, es inconcuso que ya goza de cierto nivel de autonomía y de capacidad para opinar respecto de aquellos asuntos que le conciernen de manera directa, con un fundamento psicológico y moral que debe ser atendido, máxime si constituye uno de los criterios a considerar según lo estipulado en la letra F) del artículo 225-2 del Código Civil, máxime si los informes periciales dan cuenta que tiene un criterio formado, entendiendo plenamente las consecuencias de cambiar de lugar de residencia, desarrollando argumentos para ello a partir de su propia experiencia de vida, lo que obliga a considerar su parecer para efectos de configurar su interés superior. Tercero: Que, por lo anterior, tomando especialmente en consideración los dichos de xxxxx en las evaluaciones periciales y audiencia reservada, unido

⁶³ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2018. Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos. *Revista de derecho*. [En línea]. 2018, N° 18, p. 130. [Consulta: noviembre de 2024]. Disponible en: http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2393-61932018000200117

⁶⁴ KRAUSZ, Alejandro. 2021. *Tutela efectiva del derecho del niño a ser oído en la justicia de familia de Chile*. [En línea]. Tesis para obtención del grado académico de Magíster en Derecho de Familia (s), Derecho de la Infancia y Adolescencia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago de Chile. p. 23 [Consulta: noviembre de 2024]. Disponible en: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/183119>

⁶⁵ CARRETA, Francesco. 2018. Algunas precisiones adjetivas sobre el derecho del niño a ser oído, a propósito de un estudio empírico. *Revista de derecho*. [En línea]. Concepción: Universidad de Concepción. N° 243 (enero – junio), págs. 103-104. [Consulta: noviembre de 2024]. Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/revderudec/v86n243/0718-591X-revderudec-86-243-00093.pdf>

al principio de autonomía progresiva, procede que su cuidado personal lo ejerce el padre, ya que lo anterior permite garantizar su interés superior, atendido que con él se encuentra en un ambiente protegido, con arraigo familiar, debiendo, por tanto, permanecer el régimen de relación directa y regular con el progenitor no custodio”.

Finalmente, cabe hacer presente que, en los casos del acuerdo completo y suficiente, en juicio de separación o divorcio de mutuo acuerdo, si se presenta para aprobación del tribunal una propuesta de régimen de custodia compartida, será necesario oír a los hijos, en virtud de lo dispuesto en los artículos 3, 27, 55 y 85 inciso segundo de la Nueva Ley de Matrimonio Civil, el artículo 16 de la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, y los artículos 225-2 letra f), 227 y 242 inciso 2o del Código Civil.

VII. PERSPECTIVA DE GÉNERO Y DERECHO

Género

Antes de entrar a analizar el concepto de perspectiva de género se hace necesario definir el género. El concepto de género, para Alda Facio, alude tanto al conjunto de características y comportamientos, como a los roles, funciones y valoraciones, impuestas dicotómicamente a cada sexo, a través de procesos de socialización, mantenidos y reforzados por la ideología e instituciones patriarcales⁶⁶. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido el concepto de género como una categoría de análisis, que “refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas⁶⁷”.

Perspectiva de Género

El concepto de perspectiva de género comenzó a emplearse en la época de los setenta, con la finalidad de evidenciar la existencia de políticas y normas que, siendo aparentemente neutrales, podían tener un impacto negativo en las mujeres,⁶⁸ generando una situación de desventaja que impedía la consecuente igualdad de facto/material o sustantiva con los hombres.

⁶⁶ FACIO, Alda y FRIES, Lorena. 2005. Feminismo, género y patriarcado. Academia. *Revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*. [En línea]. Vol 3. N° 6, p. 271. [Consulta: noviembre de 2024]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3741767>

⁶⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2017. *Identidad de Género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. Opinión Consultiva 24/17. [En línea]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

⁶⁸ ARENAS, Jessica. 2024. Enfoque de género en las resoluciones judiciales. En: LEPIN, Cristian y MATURANA, Cristian. *Tratado de Derecho Procesal de Familia*. Agosto 2024. Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 127.

La perspectiva de género, denominada indistintamente como técnica⁶⁹, herramienta⁷⁰ o metodología⁷¹, es aquella que permite mirar los fenómenos sociales de una forma más profunda y compleja a partir del uso de la categoría analítica género⁷².

La perspectiva de género se considera una herramienta metodológica que permite visibilizar los distintos efectos de la construcción social de los géneros, poner al descubierto como el hombre y lo masculino son el referente de la mayoría de las explicaciones de la realidad en detrimento de las mujeres y de los valores asociados con lo femenino, y sugerir nuevas formas de construir los géneros que no esten basadas en la discriminación⁷³.

Perspectiva de Género y Derecho

Desde la década de los 90's comenzó a discutirse sobre Género y Derechos Humanos, marcado por el explosivo aumento de legislaciones que reconocieron derechos específicos de las mujeres, como la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la cual fue firmada y ratificada por Chile en 1989 y la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, más conocida como Belem do Pará, la cual fue firmada y ratificada por Chile en 1996.

La perspectiva y/o enfoque de género aplicada al derecho, es una herramienta metodológica que, bajo un esquema de interseccionalidad, detecta la presencia de tratos diferenciados, basados en el sexo, el género o las preferencias/orientaciones sexuales;

⁶⁹ CARMONA, Encarnación. 2015. La perspectiva de género y los derechos humanos. En: CARMONA, Encarnación. *La perspectiva de género en los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, págs. 25-42.

⁷⁰ COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2018. Informe reconocimiento de derechos de personas LGBTI. [En línea]. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf>

⁷¹ FACIO, Alda. 1999. *Hacia otra teoría crítica del Derecho*. Santiago. LOM Ediciones.

⁷² MATURANA, Pilar. 2024. Argumentación con perspectiva de género: propuestas contra la estereotipación judicial. *UNIVERSITAS. Revista de Filosofía, Derecho y Política*. N° 45, p. 32. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/UNIV/article/view/8689/6644>

⁷³ FACIO, Alda y FRIES, Lorena. 2005. Feminismo, género y patriarcado. Academia. *Revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*. [En línea]. Vol 3 N° 6, p. 275. [Consulta: noviembre de 2024]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3741767>

determina si dicho trato es necesario y por lo tanto, legítimo, o si, por el contrario, es arbitrario y desproporcionado, y por lo tanto, discriminatorio.

Así entendida, la finalidad de la perspectiva de género es detectar relaciones asimétricas de poder o contextos estructurales de desigualdad y, en el ámbito judicial, resolver asuntos de relevancia jurídica mediante una resolución ajustada a derecho. Los lentes de género, aplicados a la administración de justicia,⁷⁴ buscan ser una herramienta de apoyo para las personas juzgadoras, con el principal objetivo de hacer efectivos los derechos humanos de mujeres y niñas, en especial, el derecho de igualdad y no discriminación, junto con combatir la discriminación y violencia que se ejerce contra las mujeres, lo que supone un obstáculo para el acceso a la justicia.⁷⁵

Esta mirada no supone apelar a la arbitrariedad ni la parcialidad del juez/a, simplemente se constituye en una herramienta conceptual para hacer visibles⁷⁶ las diferencias de estatus entre hombres y mujeres, que se dan más que por su determinación biológica por las diferencias culturales que asignan a la mujer una situación de subordinación y que, además, a través de roles y estereotipos atávicamente construidos y férreamente asignados a cada uno, invisibilizan y mantienen esta situación desventajada de la mujer en variados ámbitos de la vida⁷⁷.

Juzgar con perspectiva de género tiene variadas dimensiones, que implican, interpretar, argumentar y razonar sobre la prueba con perspectiva de género. Esto trae una serie de desafíos ineludibles para quienes administran justicia, al ser una tarea aplicable a

⁷⁴ MATORANA, Pilar. 2024. Argumentación con perspectiva de género: propuestas contra la estereotipación judicial. *UNIVERSITAS. Revista de Filosofía, Derecho y Política*. N° 45, págs. 32-33. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/UNIV/article/view/8689/6644>

⁷⁵ Lo reconocen así diversos protocolos publicados por poderes judiciales de América Latina. En tal sentido véase: Órgano Judicial de Bolivia-Comité de Género. Protocolo para Juzgar con Perspectiva de género, 2017, <https://obs.organojudicial.gob.bo/documento/protocolo-para-juzgar-con-perspectiva-de-genero/>; Poder Judicial de Chile. Cuaderno de Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias, 2018, <https://secretariadegenero.pjud.cl/index.php/9-proyectos/24-eurosocialmas>; Suprema Corte de Justicia de la Nación. Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad. México D.F.:2020. <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20%28191120%29.pdf>

⁷⁶ «Con los lentes del género se ve otra justicia», se titula muy gráficamente el artículo de Alda Facio que gira en torno a este tema.

⁷⁷ GONZÁLEZ, María de los Ángeles. 2024. *Género, justicia y proceso*. Valencia: Tirant Lo Blanch. p.385.

todas las materias sometidas a conocimiento de los tribunales y en todas las etapas del juzgamiento (conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado).

Una argumentación con perspectiva de género conlleva el uso de los instrumentos nacionales e internacionales de garantía de los derechos humanos, en especial, el derecho a la igualdad y no discriminación; reconocer la afectación diferenciada en casos de violación a los derechos humanos, junto con analizar de un modo más preciso el carácter, gravedad e implicancias de la violación de los derechos humanos de las mujeres y su relación con pautas discriminatorias; reparar en el impacto diferenciado de las violaciones de los derechos de las mujeres y su especificidad; evidenciar la histórica posición de desigualdad entre hombre y mujeres, influenciada por una cultura de discriminación contra la mujer; identificar los estereotipos de género que han entrado en el proceso judicial; y, finalmente, incorporar el paradigma de la interseccionalidad, lo que le permite considerar las circunstancias de especial vulnerabilidad en la que se encuentran ciertos grupos de mujeres y el contexto en el que ocurre la violación de derechos.⁷⁸.

En este sentido, la perspectiva de género refuerza la racionalidad de la decisión judicial, siendo un ejercicio complejo, que exige conocimientos en la materia.⁷⁹

A nivel nacional, cabe destacar la reciente obligación legal de introducir la perspectiva de género en todas las medidas que el Estado adopte en relación a niños, niñas y adolescentes, incorporada en la Ley 21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia en su artículo 13, así como la nueva Ley 21.675 que Estatuye medidas para

⁷⁸ MATURANA, Pilar. 2024. Argumentación con perspectiva de género: propuestas contra la estereotipación judicial. *UNIVERSITAS. Revista de Filosofía, Derecho y Política*. N° 45, p. 34. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/UNIV/article/view/8689/6644>

⁷⁹ Con relación a su importancia se puede consultar Laura Pautassi, “Prólogo. El enfoque de género en la enseñanza del derecho: el valor de la palabra y la palabra como herramienta de transformación», en *La enseñanza del derecho con perspectiva de género. Herramientas para su profundización*, editado por Liliana Ronconi y María de los Ángeles Ramallo, 8-12 (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Secretaría de Investigación, 2020); y, Liliana Ronconi y Leticia Vita, “La perspectiva de género en la formación de jueces y juezas”, *Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, 11 (2013):115 -155 . Respecto de los estándares en materia de formación y capacitación en materia de género a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos véase Pilar Maturana Cabezas, “ Formación y capacitación en materia de género para Jueces y Juezas: Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Educación en Derechos Humanos y Democracia en América Latina y el Caribe*, compilado por Victoria Flores Roa, 592-609 (Antofagasta: Universidad de Antofagasta, 2022).

prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género, la cual igualmente instruye a diferentes organismos estatales a incorporar la perspectiva de género en sus capacitaciones, normativas, programas, políticas y prácticas⁸⁰.

Interseccionalidad

La definición de enfoque o perspectiva de género alude a la interseccionalidad como herramienta que permite detectar desigualdades, lo que explica que sea definida como “aquella herramienta metodológica que permite entender cómo se cruzan y concurren en una persona o en un colectivo, diferentes categorías sospechosas de discriminación (ejemplo: mujer, mapuche, adolescente, pobre, embarazada, etc.) tornando más grave la experiencia de desventaja”⁸¹. Lo anterior parte de la base que el ser humano construye múltiples identidades que son determinadas por diversos factores como los procesos de socialización, la historia de vida y las estructuras de poder, identidades que pueden favorecer o interferir simultáneamente en el ejercicio de derechos o acceso a oportunidades⁸². De este modo, las personas no experimentan la discriminación en un vacío, sino dentro de un contexto social, económico y cultural determinado, en donde se construyen y reproducen los privilegios y las desventaja.

Uno de los aspectos más relevantes de la interseccionalidad y que complejiza aún más el análisis, es su relación con los estereotipos, ya que la experiencia de desventaja no se experimenta en consideración a lo que la persona es, sino por lo que se cree que es o lo que representa, es decir por la asignación de estereotipos.

Roles de género, sesgos, estereotipos y prejuicios en el Derecho

Alda Facio, sostiene que el uso de la perspectiva de género en el ámbito jurídico implica reconceptualizar lo que se entiende por derecho para lograr advertir las normas, las

⁸⁰ Ley 21.675 artículos 9, 11, 13, 14.

⁸¹ ARBELÁEZ DE TOBÓN, Lucía y RUIZ GONZALEZ, Esmeralda. 2019. *Cuaderno de Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias*. Santiago. Poder Judicial de Chile. p. 36.

⁸² EZURMENDIA, Jesús. 2021. *Familia, Justicia y Proceso*. Chile: RUBICON Editores. p. 139.

prácticas y costumbres que excluyen a las mujeres⁸³ y que constituyen roles femeninos estereotipados de ellas.

Los roles de género han afectado a la forma en que se entienden diversas instituciones y entidades de la vida en sociedad como es el caso de la familia, y en los casos en que los jueces de familia deben resolver distintas controversias sometidas a su conocimiento, pueden verse “influenciados” por estos roles de género, estereotipos y prejuicios, lo cual genera un sesgo cognitivo que puede implicar riesgos de error en la decisión o contradicciones en la jurisprudencia de los Tribunales de Familia⁸⁴. El objetivo del proceso y de la prueba es la búsqueda de la verdad sobre los hechos a fin de lograr que la decisión que se adopte por el juez/a sea justa, la que por cierto no lo será si tal decisión está contagiada o determinada por roles, sesgos, estereotipos o preconcepciones de género.

Detectar estereotipos de género y desactivarlos es una de las principales aristas de esta herramienta conceptual de interpretación que representa la perspectiva de género y constituye una obligación para el Estado y, por cierto, igualmente para el Estado-juez, debiendo ser integrada cada vez que se produzca una lesión al principio de igualdad⁸⁵.

Estos roles de género, estereotipos o prejuicios generalmente se manifiestan en las máximas de la experiencia. Las máximas de la experiencia son definidas por la doctrina como “enunciados que constituyen una generalización empírica⁸⁶” o “juicios hipotéticos, de contenido general, independientes del caso concreto a decidir en el proceso y de sus circunstancias singulares, adquiridas mediante la experiencia, pero autónomas respecto de los casos singulares de cuya observación se infieren y fuera de los cuales presentan valor para otros casos⁸⁷”. Según estas definiciones doctrinarias, las máximas de la experiencia constituyen una generalización acerca de hechos que suelen ocurrir con regularidad. Al ser

⁸³ FACIO, Alda. 2002. Con los lentes del género se ve otra justicia. *El otro Derecho*. [En línea]. Bogotá, Colombia. N° 28, págs. 85-86. [Consulta: noviembre de 2024]. Disponible en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ea00b98043f84b9b9bb8bf009dcdcf12/15.+Con+los+lentes+del+g%C3%A9nero+se+ve+otra+justicia.pdf?MOD=AJPERES>

⁸⁴ EZURMENDIA, Jesús. 2021. *Familia, Justicia y Proceso*. Chile: RUBICON Editores. p. 160.

⁸⁵ GONZÁLEZ, María de los Ángeles. 2024. *Género, justicia y proceso*. Valencia: Tirant Lo Blanch. p.386.

⁸⁶ EZURMENDIA (2021) p. 160.

⁸⁷ STEIN, Friedrich. 1988. *El conocimiento privado del juez*. 2a. edición. Colombia: Editorial Temis. p. 27.

generalizaciones sobre hechos que ocurren de forma reiterada se entiende que es posible que no en todos los casos estas inferencias sean correctas y que en su aplicación incurran en algún error, pues si bien nos pueden ofrecer una idea aproximada de los hechos ocurridos, no nos pueden ofrecer certeza absoluta acerca de qué tan adecuada puede ser su aplicación en el caso concreto.

Los estereotipos, por su parte, pueden definirse como “una visión generalizada o una preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que tales miembros deben cumplir⁸⁸”, y en principio, podrían ser de gran ayuda al momento de defender la existencia de una máxima de la experiencia, debido a que implican una generalización. El problema de su aplicación en el razonamiento jurídico surge cuando se acude a estereotipos que se justifican a partir de una discriminación, un enunciado falso o constituyen una generalización incorrecta acerca de determinado grupo⁸⁹, pasando a ser un prejuicio injustificado.

Cuando hablamos de prejuicios, nos referimos a las “creencias infundadas respecto a una persona normalmente basadas en generalizaciones estadísticamente febles”⁹⁰.

Los estereotipos de género, por su parte, son definidos como “la construcción social y cultural de hombres y mujeres, en razón de sus diferentes funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales⁹¹”. Los estereotipos de género si bien afectan a hombres y mujeres, son estas últimas quienes se han visto impactadas de manera más negativa, pues se ha generado un trato diferenciado e ilegítimo que es aceptado y naturalizado en el cumplimiento del rol asignado, el que se reviste con la institucionalidad de las políticas públicas y las normas jurídicas que tienen por sustrato estos constructos sociales, operando de este modo como

⁸⁸ COOK, Rebecca y CUSACK, Simone. 2010. *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*. [En línea]. University of Pennsylvania. p. 11. [Consulta: noviembre de 2024]. Disponible en: <https://clacaidigital.info/handle/123456789/1972>

⁸⁹ EZURMENDIA, Jesús. 2021. *Familia, Justicia y Proceso*. Chile: RUBICON Editores. p. 168.

⁹⁰ EZURMENDIA, Jesús; GONZÁLEZ, María de los Ángeles y VALENZUELA, Jonathan. 2021. La defensa de género: Algunos problemas probatorios en materia de legítima defensa. *Política Criminal*. [En línea]. Vol. 16 N° 32. Art. 14, p. 888. [Consulta: noviembre de 2024]. Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v16n32/0718-3399-politcrim-16-32-875.pdf>

⁹¹ COOK, Rebecca y CUSACK, Simone. (2010) p. 23.

mecanismos de legitimación y perpetuación de los estereotipos de género⁹². Por ejemplo, hasta antes de la modificación por Ley 20.680 del año 2013, el antiguo artículo 225 inciso primero del Código Civil, otorgaba preferencia a la madre para el cuidado personal de los hijos si los padres vivían separados; sin otro argumento para hacer esa distinción que el estereotipo de que las mujeres deben asumir el rol de cuidado de los hijos solo por su género. Otro ejemplo es la sociedad conyugal, que entrega al hombre la administración de los bienes de la mujer y del matrimonio, sin posibilidad de que sea la mujer quien los administre, basado en el estereotipo de género de que el hombre es el administrador y proveedor del hogar común, teniendo mejores habilidades para ello por sobre la mujer solo por su género.

Los instrumentos internacionales reconocen que estas situaciones pueden constituir violencia. Así, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belem do Pará), señala en su artículo 6 que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye entre otros: el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y; el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación. Por su parte, la ONU, a través del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (Comité CEDAW), en su Recomendación General N°19⁹³ señala que “las actitudes tradicionales, según las cuales se considera a la mujer como subordinada o se le atribuyen funciones estereotipadas, perpetúan la difusión de prácticas que entrañan violencia o coacción, como la violencia y los malos tratos en la familia”. Asimismo, la Declaración sobre la violencia contra la mujer, niñas y adolescentes y sus derechos sexuales y reproductivos, de los Mecanismos de seguimiento de la Convención Belem do Pará (MESECVI)⁹⁴, señala que “la prevalencia de estereotipos culturales discriminatorios por razones de género sigue constituyendo un obstáculo al ejercicio de los derechos de las mujeres y niñas, impide su acceso a la administración de justicia y contradice la obligación de debida

⁹² LEPIN, Cristian y MATURANA Cristian. 2024. *Tratado de Derecho Procesal de Familia*. Valencia: Tirant Lo Blanch. p. 137.

⁹³ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. 1992. *Recomendación General N° 19: La violencia contra la mujer*. [En línea]. Párrafo 11. Disponible en: http://archive.ipu.org/splz-e/cuenca10/cedaw_19.pdf

⁹⁴ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. 2014. *Declaración sobre la violencia contra las mujeres, niñas y adolescentes y sus derechos sexuales y reproductivos*. [En línea]. Uruguay, p. 3. [Consulta: noviembre de 2024]. Disponible en: <https://www.oas.org/en/mesecevi/docs/declaracionderechos-es.pdf>

diligencia de los estados que deben modificar patrones sociales y culturales de hombres y mujeres y eliminar prejuicios y prácticas consuetudinarias basadas en ideas estereotipadas de inferioridad o superioridad de algunos sexos”.

Como puede apreciarse, existe una relación directa entre estereotipo y norma jurídica o entre estereotipo y labor judicial, toda vez que aún en normas aparentemente neutrales pueden subyacer estereotipos que acentúan la desigualdad y se ejerzan conductas discriminatorias, razón suficiente para entregar herramientas al poder judicial que les permitan identificar estos estereotipos y evitar su reproducción y preservación mediante las resoluciones judiciales.

Perspectiva de Género y Derecho a la igualdad

La perspectiva de género, en cuanto constituye un enfoque diferencial, permite visibilizar aquellos aspectos que alejan a una persona o grupo de personas del paradigma del ser humano único, neutral y universal, constituyendo un método que permite hacer efectivo el derecho a la igualdad y, en cuanto tiende a la efectivización del derecho a la igualdad, el juzgamiento con perspectiva de género puede considerarse un deber impuesto por los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por Chile.

Al respecto, la Convención sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) señala en su artículo 15 “Los Estados Partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley”. Idéntica prerrogativa se reconoce en nuestro derecho interno, en el artículo 19 n°2 de la Constitución Política. La Recomendación General N° 25⁹⁵ del Comité CEDAW complementa señalando “Los estados partes tienen la obligación, en virtud de la Convención, de mejorar la situación de la mujer para transformarla en una situación de igualdad sustantiva o de facto con el hombre”. Finalmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “el sistema interamericano no sólo

⁹⁵ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. 2007. *Recomendación General N° 25 sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal.* [En línea]. Párrafo 18. Disponible en: [https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(Spanish\).pdf](https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(Spanish).pdf)

recoge una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y, por lo tanto, a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas especiales de equiparación. Ello implica la necesidad de trato diferenciado cuando, debido a las circunstancias que afectan a un grupo desaventajado, la igualdad de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio, bien o el ejercicio de un derecho”⁹⁶.

⁹⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2007. *Informe acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*. [En línea]. Párrafos 3, 86 y 99. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/women/acceso07/indiceacceso.htm>

VIII. ¿CÓMO FALLAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL CUIDADO PERSONAL?

El presente capítulo abordará dos valiosas herramientas de análisis que buscan facilitar la labor judicial en el proceso de juzgar e incorporar la perspectiva de género en las sentencias.

La primera es el *Protocolo para juzgar con Perspectiva de Género*⁹⁷ elaborado el año 2013 por la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, cuya finalidad fue materializar un método analítico estructurado en diversas fases, que incorporó la categoría del género al análisis de la cuestión litigiosa, por intermedio de una guía práctica para juzgar con perspectiva de género, que identifica tres niveles en los que impacta esta obligación al momento de impartir justicia. Un primer nivel relacionado con las obligaciones previas al estudio de la cuestión debatida, otro que tiene que ver con aquellas que surgen al analizar el fondo de la controversia, y uno más relacionado con una obligación genérica, es decir, que permea el dictado de la sentencia en su integridad⁹⁸.

La segunda herramienta de análisis es el *Cuaderno de buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias*⁹⁹ elaborado por la Secretaría Técnica de Género y No Discriminación del Poder Judicial de Chile, el cual cuenta con un marco conceptual, un marco normativo y una matriz metodológica que contribuye a analizar y visibilizar los estereotipos de género que obstaculizan la aplicación del principio de igualdad, que se corresponde con el método propuesto por el protocolo, precisándolo en diversos puntos.

<i>Protocolo para juzgar con Perspectiva de Género</i>	<i>Cuaderno de buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias</i>
--	--

⁹⁷ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. 2020. *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*. [En línea]. México. [Consulta: noviembre de 2024]. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2022-01/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20genero_2022.pdf

⁹⁸ Ibid. p. 18.

⁹⁹ ARBELÁEZ DE TOBÓN, Lucía y RUIZ GONZALEZ, Esmeralda. 2019. *Cuaderno de Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias*. Santiago. Poder Judicial de Chile. págs. 92-97.

CUESTIONES PREVIAS AL PROCESO	PASO 1: IDENTIFICACIÓN DEL CASO
<p>Esta primera etapa implica el enfrentamiento del juez con los hechos que se ponen en su conocimiento, lo que implica su lectura, análisis y comprensión en el contexto en que estos hechos se plantean, es decir, considerando los sujetos procesales, sus particularidades, en orden a determinar si pertenecen a grupos históricamente discriminados o en situación de desventaja, el medio en el que se encuentran insertos y los derechos eventualmente vulnerados¹⁰⁰. Se debe revisar la pertinencia de medidas de protección cuando la situación lo amerite.</p>	
<p>Cuestiones previas al proceso.</p> <ul style="list-style-type: none"> a. Medidas de protección: revisar si procede otorgar medidas especiales de protección. b. Admisibilidad del caso: analizar la admisibilidad de los asuntos de acuerdo con los postulados de la perspectiva de género y el control de convencionalidad. 	<p>PASO 1: Identificación del caso.</p> <ul style="list-style-type: none"> a. Analizar el contexto en que se desarrollan los hechos. b. Identificar las partes o sujetos procesales, desde las “categorías sospechosas”. c. Identificar los derechos reclamados o vulnerados. d. Revisar la necesidad de disponer o no, de medidas de protección.
<p>DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS E INTERPRETACIÓN DE LA PRUEBA</p>	<p>PASO 2: ANÁLISIS Y DESARROLLO DEL CASO.</p> <p>PASO 3: REVISIÓN DE LAS PRUEBAS</p>
<p>Esta etapa del proceso es fundamental, ya que en ella se analizan a fondo los hechos que sustentan la controversia jurídica y, particularmente, los sujetos procesales. En efecto, independiente que no haya sido invocado en las alegaciones de las partes, se requiere analizar a los sujetos procesales en cuanto a su pertenencia a grupos históricamente discriminados o en situación de desventaja, los estereotipos que asociados a sus particulares</p>	

¹⁰⁰ LEPIN, Cristian y MATURANA Cristian. 2024. *Tratado de Derecho Procesal de Familia*. Valencia: Tirant Lo Blanch. p. 157.

circunstancias y que puedan contaminar el análisis de las partes y los operadores jurídicos y judiciales, la existencia de interseccionalidades que hagan más gravosa la desventaja de los sujetos procesales, y en especial, las relaciones asimétricas de poder que pueden darse en atención a todas esas circunstancias¹⁰¹.

Todo esto influye directamente en los hechos que el tribunal establecerá como controvertidos o que requieren ser probados en juicio. Los hechos fijados por el tribunal incidirán, a su vez, en los medios de prueba admisibles para acreditarlos, y especialmente, la valoración de estos medios probatorios, proceso en el que cobra especial relevancia el principio de inmediación, debiendo el juez estar particularmente atento a los sesgos, prejuicios y estereotipos que puedan teñir e interferir la prueba rendida en juicio y en su valoración¹⁰².

Determinación de los hechos e interpretación de la prueba.

A. Respecto a los sujetos

- i. identificar la existencia de una relación desequilibrada de poder y a la persona que se encuentra en situación de vulnerabilidad formal material y/o estructural.
- ii. aplicar un escrutinio estricto en casos en los que estén involucradas categorías sospechosas como sexo genero y/o preferencia orientación sexual.
- iii. prestar particular atención a los casos en donde confluyen dos categorías sospechosas como sexo y raza, sumados a ciertos contextos

PASO 2: Análisis y desarrollo del caso.

- a. Actuar con observancia de la debida diligencia judicial para garantizar el acceso a la justicia.
- b. Identificar las relaciones de poder en la situación bajo estudio.
- c. Identificar y tener en cuenta los roles, estereotipos, mitos y prejuicios que puedan surgir tanto desde la visión de los jueces y juezas, como de las intervenciones de las partes.
- d. Identificar las manifestaciones sexistas que se presentan en el caso.
- e. Establecer si en el caso concurren dos o más discriminaciones (género, raza, sexo, etnia, edad) por lo que se

¹⁰¹ Ídem

¹⁰² Ibid. p. 159.

<p>como, por ejemplo, pobreza situación de calle y migración.</p> <p>B. Respecto de los hechos que originan la resolución o sentencia</p> <p>i. leer e interpretar los hechos sin estereotipos discriminatorios y de acuerdo al contexto de desigualdad verificado.</p>	<p>requiere el análisis de la interseccionalidad.</p> <p>PASO 3: Revisión de las pruebas.</p> <p>a. Examinar las pruebas bajo el esquema propio de valoración, en especial las relacionadas con la discriminación o la violencia, dado que a veces no se logra la prueba directa.</p>
<p>DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE</p>	<p>PASO 4: EXÁMEN NORMATIVO</p> <p>PASO 5: REVISIÓN DE JURISPRUDENCIA Y FUENTES DEL DERECHO</p>
<p>El análisis de las normas aplicables al caso debe efectuarse en función de los principios básicos de igualdad y no discriminación, cuestionando la aparente neutralidad de una norma que, al ser aplicada, puede importar un impacto diferenciado. En el mismo sentido, se deben identificar los sesgos o estereotipos contenidos en las normas y hacerse cargo de ellos a fin de no perpetuar las desigualdades detectadas¹⁰³.</p>	
<p>Determinación del derecho aplicable: implica determinar el marco normativo aplicable a los derechos, a cuyos efectos corresponderá:</p> <p>a. Aplica los estándares de derechos humanos, así como los principios constitucionales de universalidad, indivisibilidad, interdependencia, progresividad, y pro personas.</p>	<p>PASO 4: Examen Normativo.</p> <p>a. Revisar y aplicar las normas que concierne al caso, teniendo en cuenta que en materia de derechos humanos, discriminación y acceso a la justicia, el marco normativo para el país es amplio.</p> <p>b. Analizar la aparente neutralidad de la norma a fin de determinar su alcance</p>

¹⁰³ Ídem

<ul style="list-style-type: none"> b. Cuestionar la pretendida neutralidad de la norma a fin de evaluar los impactos diferenciados en su aplicación. c. Verificar la existencia de estereotipos en la norma o en el actuar de las autoridades y determinar la manera de combatirlos por medio de la resolución o sentencia. d. Establecer el marco normativo aplicable conforme al control de constitucionalidad y convencionalidad. 	<p>discriminatorio y evaluar el impacto diferenciado en su aplicación.</p> <p>PASO 5: Revisión de jurisprudencia y fuentes del derecho.</p> <ul style="list-style-type: none"> a. Revisar y usar la jurisprudencia, la doctrina jurídica, los principios generales del derecho y los criterios de interpretación jurídica.
<p>ARGUMENTACIÓN</p>	<p>PASO 6: LA SENTENCIA</p>
<p>La observancia de las fases precedentes no tiene mucho sentido si la sentencia argumentativamente no se hace cargo de las desigualdades detectadas, es pronunciada tardíamente, emplea un lenguaje invisibilizador y excluyente, o bien razonada de un modo orientado a la continuidad más que a la transformación¹⁰⁴. Por esta razón se requiere que el enfoque de género quede plasmado en la fase argumentativa, sirviendo de referencia para casos similares, transformándose en un aporte a la Academia.</p>	
<p>Argumentación</p> <ul style="list-style-type: none"> a. Argumentar de tal manera que la sentencia se haga cargo de las desigualdades detectadas. b. Usar lenguaje incluyente y no invisibilizador. 	<p>PASO 6: La sentencia.</p> <ul style="list-style-type: none"> a. Elaborar una decisión (sentencia) en un plazo razonable, con prioridad, dirigida a asegurar la igualdad, la no discriminación y el acceso a la justicia.

¹⁰⁴ Ídem

<p>c. En la medida de lo posible fijar precedentes y aportes en materia de género con la argumentación y el sentido de la sentencia.</p>	<p>b. Elaborar la decisión con tal rigor, que conlleve un efecto pedagógico orientado a la transformación cultural y a la no continuidad de conductas discriminatorias y violentas asegurando el acceso a la justicia.</p>
<p>REPARACIÓN DEL DAÑO</p>	<p>PASO 6: LA SENTENCIA</p>
<p>Si bien la resolución en sí misma puede satisfacer en gran parte los requerimientos de los intervinientes en el proceso, hay materias en las que además se hace imprescindible contar con mecanismos de reparación del daño ocasionado por la experiencia de desigualdad o desventaja¹⁰⁵. El deber de reparación está contenido en la Convención Belem do Pará y en la nueva Ley N° 21.675 que estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra las mujeres, en razón de su género.</p>	
<p>Reparación del daño</p> <p>a. Determinar medidas de reparación integral del daño que tiendan a la afectación del proyecto de vida de la persona involucrada y que se hagan cargo del poder simbólico de las sentencias en su caso establecer medidas de reparación transformativas.</p> <p>b. Asegurar que la etapa de ejecución y seguimiento de la resolución o sentencia dé continuidad a la aplicación de la perspectiva de</p>	<p>PASO 6: La sentencia.</p> <p>a. Dictar medidas de reparación integral.</p>

¹⁰⁵ Ídem

género realizada en etapas anteriores del proceso judicial.	
---	--

IX. CASO PRÁCTICO: APLICACIÓN DE LA MATRIZ DE GÉNERO A UNA CONNOTADA SENTENCIA INTERNACIONAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y niñas vs Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012.

El caso “Atala Riffo y niñas v/s Chile” es la demanda que la jueza chilena Karen Atala Riffo interpuso en contra del Estado de Chile, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, luego de que en 2004 la Corte Suprema de Chile, decidiera quitarle la tuición de sus hijas, basándose únicamente en su orientación sexual, ya que ésta “pondría a las menores en un estado de vulnerabilidad¹⁰⁶” según el tribunal.

Esta sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos marca un hito en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, ya que es la primera vez que la Corte condena al Estado de Chile por discriminación con motivo de orientación sexual e injerencia arbitraria en la vida privada.

<i>Protocolo para juzgar con Perspectiva de Género</i>	<i>Cuaderno de buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias</i>
CUESTIONES PREVIAS AL PROCESO	PASO 1: IDENTIFICACIÓN DEL CASO
Karen Atala Riffo, contrajo matrimonio con Jaime Lopez Allendes, el 29 de marzo de 1993. De esta relación nacieron sus hijas M., V. y R., en los años 1994, 1998 y 1999 respectivamente. El año 2022 la pareja se separa de hecho, sosteniendo el acuerdo que Atala Riffo sería quien mantendría el cuidado personal de sus hijas.	

¹⁰⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Atala Riffo y niñas vs Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012. Párrafo 57.

En noviembre de 2022, Atala Riffo empieza a convivir con su nueva pareja, Emma de Ramón, en conjunto a las niñas M., V. y R.

DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS E INTERPRETACIÓN DE LA PRUEBA

PASO 2: ANÁLISIS Y DESARROLLO DEL CASO.

PASO 3: REVISIÓN DE LAS PRUEBAS

Al enterarse de la convivencia de Atala Riffo con otra mujer, Lopez Allendes presenta una demanda de cuidado personal ante el Juzgado de Menores de Villarrica el 14 de enero de 2003 por considerar que “el desarrollo físico y emocional de las niñas M., V. y R., estaría en serio peligro¹⁰⁷”. Agrega, que Atala Riffo no se encontraría capacitada para velar y cuidar de las tres niñas, dado que su nueva opción de vida sexual, sumada a una convivencia lésbica con otra mujer, estaba produciendo consecuencias dañinas al desarrollo de sus hijas, incluso en el plano biológico, ya que vivir con una pareja lésbica, respecto de las enfermedades, por sus prácticas sexuales, estarían expuestas en forma permanente al surgimiento de herpes y sida. Lopez Allendes, argumenta que, “la inducción a darle normalidad dentro del ordenamiento jurídico a parejas del mismo sexo, conlleva a desnaturalizar el sentido de pareja humana (...) pues afecta los valores fundamentales de la familia”¹⁰⁸.

El 28 de enero de 2003, Atala Riffo presenta su contestación de demanda donde manifiesta que los alegatos de la contraparte la conmovieron por su agresividad, el prejuicio, la discriminación, el desconocimiento del derecho a la identidad homosexual, agregando que, las alegaciones que se hicieron de su identidad sexual, nada tienen que ver con su función y rol como madre, y en consecuencia, debieran quedar fuera de la litis¹⁰⁹.

No obstante, el 2 de mayo de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica concedió el cuidado personal provisorio al padre, argumentando que “la demandada ha privilegiado su bienestar e interés personal por sobre el cumplimiento de su rol materno, en condiciones, que pueden afectar el desarrollo posterior de las menores de edad, y de lo cual no cabe sino concluir, que

¹⁰⁷ Ibid. párrafo 31.

¹⁰⁸ Ídem

¹⁰⁹ Ibid. párrafo 32.

el actor presenta argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas, argumentos que, en una sociedad heterosexuada y tradicional cobran gran importancia”¹¹⁰.

Finalmente, en sentencia de 29 de octubre de 2003, el Juzgado rechaza la demanda de cuidado personal de Lopez Allendes, considerando que, “con base en la prueba existente, había quedado establecido que la orientación sexual de la demandada no representaba un impedimento para desarrollar una maternidad responsable, que no presentaba ninguna patología psiquiátrica que le impidiera ejercer su rol de madre y que no existían indicadores que permitieran presumir la existencia de causales de inhabilidad materna para asumir el cuidado personal de las menores de edad”¹¹¹.

Con fecha 11 de noviembre de 2003, Lopez Allendes presenta un recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones de Temuco, el cual es rechazado.

No conforme, con fecha 5 de abril de 2004, Lopez Allendes presenta un recurso de queja ante la Corte Suprema, argumentando que los jueces de la Corte de Apelaciones de Temuco habían ignorado toda la evidencia probatoria que demostraría que la “exteriorización del comportamiento lésbico, produjo en forma directa e inmediata en las niñas M., V. y R., una confusión en los roles sexuales que interfirió y va a interferir posteriormente en el desarrollo de una identidad sexual clara y definida”¹¹².

Con fecha 31 de mayo de 2004, la Cuarta Sala de la Corte Suprema, en un fallo dividido de 3 votos contra 2, acogió el recurso de queja, concediendo el cuidado personal definitivo al padre. En particular, la Corte Suprema concluyó que¹¹³: i) “se había prescindido de la prueba testimonial, producida tanto en el expediente de tuición definitiva como del cuaderno de tuición provisoria, (...) respecto al deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores, desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho, pues las visitas de sus amigas al hogar común han disminuido y casi han cesado de un año a otro”; ii) “el testimonio de las personas cercanas a las menores, como son las empleadas de la casa, hacen referencia a juegos y

¹¹⁰ Ibid. párrafo 41.

¹¹¹ Ibid. párrafo 44.

¹¹² Ibid. párrafo 53.

¹¹³ Ibid. párrafo 56.

actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna que no han podido menos que percibir en la convivencia en el hogar con su nueva pareja”; iii) “no era posible desconocer que la madre de las menores, al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual, como puede hacerlo libremente toda persona en el ámbito de sus derechos personalísimos en el género sexual, sin merecer por ello reprobación o reproche jurídico alguno (...) había antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que llevaba a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas”, y iv) “aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, atendida sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto de la cual deben ser protegidas”.

La Corte Suprema, además, estimó que las niñas se encontraban en una “situación de riesgo” que las ubicaba en un “estado de vulnerabilidad en su medio social, pues es evidente que su entorno familiar excepcional se diferenciaba significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal”¹¹⁴. Por tanto, la Corte consideró que las condiciones descritas constituyen “causa calificada” de conformidad con el artículo 225 del Código Civil, para justificar la entrega de la tuición al padre, dado que la situación actual configuraba “un cuadro que irroga el riesgo de daños, los que podrían tornarse irreversibles, para los intereses de las menores, cuya protección debe preferir a toda otra consideración¹¹⁵”. La Corte concluyó que los jueces recurridos fallaron en “no haber apreciado estrictamente en conciencia los antecedentes probatorios del proceso¹¹⁶” y al “haber preterido el derecho preferente de las menores a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el

¹¹⁴ Ibid. párrafo 57.

¹¹⁵ Idem.

¹¹⁶ Idem.

modelo tradicional que le es propio, habían incurrido en falta o abuso grave, que debe ser corregido por la vía de acoger el presente recurso de queja¹¹⁷”.

Dado lo anterior, con fecha 24 de noviembre de 2004, Atala Riffo realizó una petición a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Con fecha 17 de septiembre de 2010, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó una demanda contra el Estado de Chile, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De acuerdo a la Comisión, el presente caso se relaciona con la alegada responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido Atala Riffo debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R. y también con la alegada inobservancia del interés superior de las niñas cuya custodia y cuidado fueron determinados en incumplimiento de sus derechos y sobre la base de supuestos prejuicios discriminatorios.

PRUEBAS

En cuanto a la prueba pericial, rindieron declaración los siguientes peritos:

- Stefano Fabeni, perito propuesto por la Comisión, Director del programa acerca de la comunidad LGTBI (Lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales) de la Organización Global Rights, quien rindió dictamen sobre: i) las medidas legislativas y de otra índole que debe adoptar un Estado para prevenir las manifestaciones de la discriminación con base en la orientación sexual en el ejercicio del poder público, y particularmente, en el poder judicial, y ii) los distintos elementos que deben tomarse en cuenta al momento de diseñar y aplicar políticas efectivas para erradicar y prevenir el uso de prejuicios discriminatorios basados en la orientación sexual en dicho ámbito;
- Leonor Etcheberry, perito propuesta por los representantes, Abogada y profesora de derecho de familia de la Universidad Diego Portales en Chile, quien rindió dictamen sobre: “la forma en que se revisan y fallan las causas de tuición en el derecho chileno

¹¹⁷ Idem.

y su relación con la forma en que se llevó a cabo el proceso [...] de la Jueza Atala Riffo”;

- Fabiola Lathrop, perito propuesta por los representantes, Abogada y profesora de derecho de familia de la Universidad de Chile, quien rindió dictamen sobre: los conceptos relativos a tuición en Chile y en el derecho comparado, con énfasis en la discriminación por orientación sexual;
- Miguel Cillero, perito propuesto por los representantes, profesor de derecho de la Universidad Diego Portales en Chile, quien rindió dictamen sobre: el tratamiento del principio del interés superior del niño en el derecho internacional;
- Mónica Pinto, perito propuesta por los representantes, profesora de derechos y decana de la facultad de derecho de la Universidad de Buenos Aires, quien rindió dictamen sobre: el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos en materia de no discriminación y del tratamiento de la orientación sexual como categoría sospechosa;
- María Alicia Espinoza Abarzúa, perito propuesta por los representantes, psiquiatra infanto-juvenil, quien rindió dictamen sobre: el presunto daño psicológico causado y la alegada necesidad de terapia de las hijas de la señora Atala Riffo;
- Claudia Figueroa Morales, perito propuesta por los representantes, psiquiatra de adultos, quien rindió dictamen sobre: i) el estado de salud mental y el presunto impacto en el proyecto de vida de la señora Atala Riffo a raíz del proceso de custodia, y ii) las alegadas necesidades de apoyo psiquiátrico que requiere la señora Atala Riffo en el futuro;
- Juan Carlos Marín, perito propuesto por los representantes, Abogado chileno y profesor de derecho civil en el Instituto Tecnológico Autónomo de México, quien rindió dictamen sobre: el uso del recurso de queja en Chile y el uso excepcional del mismo;
- Robert Warren Wintemute, perito propuesto por los representantes, Profesor de Derechos Humanos del King's College London, quien rindió dictamen sobre: el estado del derecho internacional en cuanto a la discriminación por orientación sexual, con énfasis en el Sistema Europeo de Derechos Humanos;

- Rodrigo Uprimny, perito propuesto por la Comisión, experto en el derecho a la igualdad y no discriminación, quien rindió dictamen sobre: i) los estándares internacionales de derechos humanos en materia de orientación sexual y su relación con los derechos a la igualdad, no discriminación y vida privada, y ii) el tratamiento que el derecho internacional ha dado a la orientación sexual como un criterio prohibido de distinción, así como un aspecto de la vida privada de las personas y la jurisprudencia relevante en el sistema universal, en otros sistemas regionales de derechos humanos y en el derecho comparado;
- Allison Jernow, perito propuesta por la Comisión, Abogada de la Comisión Internacional de Juristas y encargada del proyecto sobre orientación sexual e identidad de género, quien rindió dictamen sobre: i) el uso de la orientación sexual como un factor en las decisiones judiciales de custodia, a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos en materia de igualdad, no discriminación y vida privada y familiar, y ii) la relación entre los estándares del derecho internacional de los derechos humanos y los temas de custodia en el presente caso, y
- Emilio García Méndez, perito propuesto por la Comisión, consultor internacional respecto a los derechos de los niños y las niñas, quien rindió dictamen sobre: i) los estándares internacionales sobre derechos humanos de los niños y niñas aplicables en casos relacionados con su custodia y cuidado; ii) la forma en que el interés superior de los niños y niñas y el derecho a participar y ser escuchados en los asuntos que les conciernen, deben verse reflejados en la actuación de las autoridades judiciales que deciden dichos casos, y iii) las consecuencias nocivas en el interés superior de los niños y niñas cuando se aplican prejuicios discriminatorios en tales decisiones.

Respecto a la prueba testimonial, rindieron declaración los siguientes testigos:

- Juan Pablo Olmedo, testigo propuesto por los representantes, quien declaró sobre: la alegada intervención en la vida privada de la señora Atala durante el proceso de tuición en el que él fue abogado;

- Sergio Vera Atala, testigo propuesto por los representantes, quien declaró sobre: el alegado impacto en su vida familiar, la de su madre, la señora Atala Riffo y sus hermanas como resultado del proceso judicial en Chile;
- María del Carmen Riffo Véjar, testigo propuesta por los representantes, quien declaró sobre: el presunto impacto que tuvo el fallo de la Corte Suprema de Chile en su vida familiar, en el de su hija la señora Atala Riffo, y sus nietas;
- Judith Riffo Véjar, testigo propuesta por los representantes, quien declaró sobre: el impacto que tuvo el fallo de la Corte Suprema de Chile en su vida familiar, en el de su sobrina, la señora Atala Riffo y sus sobrinas nietas;
- Elías Atala Riffo, testigo propuesto por los representantes, quien declaró sobre: el presunto impacto que tuvo el fallo de la Corte Suprema de Chile en su vida familiar, en el de su hermana, la señora Atala Riffo y sus sobrinas, y
- Emma De Ramón, testigo propuesta por los representantes, quien declaró sobre: el proceso vivido por la familia de la señora Atala durante el juicio de tuición y luego de la sentencia de la Corte Suprema de Chile.

También rindió declaración la víctima:

- Karen Atala Riffo, presunta víctima propuesta por los representantes, quien declaró sobre: i) la alegada violación a sus derechos desde el comienzo del juicio de tuición de sus hijas, y ii) el presunto impacto de la decisión de la Corte Suprema de Chile en su proyecto de vida personal y familiar.

En cuanto a las notas de prensa, fueron apreciadas aquellas que recogieron hechos públicos y notorios o declaraciones de funcionarios del Estado, o que corroboraron aspectos relacionados con el caso.

Se incorporó diversa prueba documental.

Se realizaron peritajes.

Se tuvo audiencia reservada con las niñas M., V. y R.

<p>DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE</p>	<p>PASO 4: EXÁMEN NORMATIVO PASO 5: REVISIÓN DE JURISPRUDENCIA Y FUENTES DEL DERECHO</p>
--	--

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Artículo 12 (Derecho a la honra y la vida privada).

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre

Artículo V (Derecho a la honra y la vida privada).

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículos 1.1 (Obligación Estatal de no discriminar); 11 (Protección de la Honra y de la Dignidad); 17.1 y 17.4 (Protección a la Familia); 19 (Derechos del Niño); 24 (Igualdad ante la Ley); 8 (Garantías Judiciales) y 25.1 y 25.2 (Protección Judicial).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículos 2.1 (Prohibición de Discriminación); 17 (Protección de la Honra y de la Vida privada).

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Artículo 2.2 (Prohibición de Discriminación).

Convención Derechos del Niño

Artículos 2 (Prohibición de Discriminación); 3 (Interés Superior del Niño); 12 (Derecho a ser oído y Autonomía Progresiva).

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

Artículo 1 (Derecho a no discriminación).

Constitución Política de Chile

Articulos 19 n°2 (Derecho a la igualdad y no discriminación); 19 n°4 (Derecho a la honra y la vida privada).

ARGUMENTACIÓN

PASO 6: LA SENTENCIA

Los principales argumentos esgrimidos por la Corte son los siguientes:

Respecto a la orientación sexual de la señora Atala Riffo:

- Existe un amplio reconocimiento en los Estados americanos en el sentido de que la discriminación con base en la orientación sexual se encuentra prohibida¹¹⁸.

¹¹⁸ Ibid. párrafo 72.

- En el derecho constitucional comparado se ha acudido a la figura de “categoría sospechosa” y, consecuentemente, se ha aplicado un escrutinio estricto a casos relacionados con la orientación sexual¹¹⁹.
- En el marco del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han calificado la orientación sexual como una de las categorías de discriminación prohibida consideradas en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹²⁰.
- En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual¹²¹.
- Tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio¹²².
- Es el Estado el que tiene la carga de la prueba para mostrar que la decisión judicial objeto del debate se ha basado en la existencia de un daño concreto, específico y real en el desarrollo de las niñas¹²³.

Respecto al derecho a la igualdad y no discriminación:

- El artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”¹²⁴.

¹¹⁹ Idem.

¹²⁰ Ibid. párrafo 88.

¹²¹ Ibid. párrafo 91.

¹²² Ibid. párrafo 124.

¹²³ Ibid. párrafo 125.

¹²⁴ Ibid. párrafo 78.

- Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto¹²⁵.
- El artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación¹²⁶.

Respecto a la causalidad entre la orientación sexual de Atala Riffo y la decisión de la Corte Suprema:

- Para determinar si existió un vínculo o nexo causal o decisivo entre la orientación sexual de la señora Atala y las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de Chile, es necesario analizar los argumentos expuestos por las autoridades judiciales nacionales, sus conductas, el lenguaje utilizado y el contexto en que se han producido las decisiones judiciales, con el fin de establecer si la diferencia de trato se fundamentó en la orientación sexual¹²⁷.
- La Corte Suprema de Justicia de Chile invocó las siguientes razones¹²⁸ para fundamentar su sentencia: i) el presunto “deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvolvía la existencia de las menores, desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual” y los “efectos que esa convivencia podía causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas”; ii) la alegada existencia de una “situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores de edad respecto de la cual debían ser protegidas” por “la eventual confusión de roles sexuales que podía producirseles por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino”; iii) la supuesta existencia de “un estado de vulnerabilidad en su medio social” por el presunto riesgo de una estigmatización social, y iv) la priorización de los intereses de la señora Atala a los de las menores de edad “al

¹²⁵ Ibid. párrafo 80.

¹²⁶ Ibid. párrafo 82.

¹²⁷ Ibid. párrafo 95.

¹²⁸ Ibid. párrafo 97.

tomar la decisión de explicitar su condición homosexual”. Estos argumentos y el lenguaje utilizado muestran un vínculo entre la sentencia y el hecho que la señora Atala vivía con una pareja del mismo sexo, lo cual indica que la Corte Suprema otorgó relevancia significativa a su orientación sexual.

- La Corte Suprema afirmó la existencia de un “deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvolvía la existencia de las menores de edad, como consecuencia de la convivencia de la madre con su pareja”, sin especificar en qué consistía la relación de causalidad entre dicha convivencia y el supuesto deterioro¹²⁹.
- Si bien existía prueba dentro del expediente de personas que manifestaban que las niñas podrían estar siendo discriminadas en su entorno social por la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo, también se evidencia prueba en contrario respecto a este punto¹³⁰.
- Para justificar una diferencia de trato y la restricción de un derecho, no puede servir de sustento jurídico la alegada posibilidad de discriminación social, probada o no, a la que se podrían enfrentar los menores de edad por condiciones de la madre o el padre. Si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios¹³¹.
- Al haber tomado como fundamento para su decisión la orientación sexual de la madre, la decisión de la Corte Suprema discriminó, a su vez, a las tres niñas, puesto que tomó en cuenta consideraciones que no habría utilizado si el proceso de tuición hubiera sido entre dos padres heterosexuales¹³².
- Además, el trato discriminatorio en contra de la madre tuvo repercusión en las niñas, pues fue el fundamento para decidir no continuarían viviendo con ella. De manera

¹²⁹ Ibid. párrafo 130.

¹³⁰ Ibid. párrafo 118.

¹³¹ Ibid. párrafo 119.

¹³² Ibid. párrafo 154.

que dicha decisión irradió sus efectos al ser ellas separadas de su madre como consecuencia de la orientación sexual de la misma¹³³.

- La Corte Suprema de Justicia tampoco se ocupó de exponer argumentos específicos para sustentar la situación familiar del padre como más favorable¹³⁴.
- Los peritos Uprimny y Jernow¹³⁵ citaron y aportaron una serie de informes científicos, considerados como representativos y autorizados en las ciencias sociales, para concluir que la convivencia de menores de edad con padres homosexuales no afecta per se su desarrollo emocional y psicológico. Dichos estudios concuerdan en que: i) las aptitudes de madres o padres homosexuales son equivalentes a las de madres o padres heterosexuales; ii) el desarrollo psicológico y el bienestar emocional de los niños o niñas criados por padres gays o madres lesbianas son comparables a los de las niñas o los niños criados por padres heterosexuales; iii) la orientación sexual es irrelevante para la formación de vínculos afectivos de los niños o las niñas con sus padres; iv) la orientación sexual de la madre o el padre no afecta el desarrollo de los niños en materia de género respecto a su sentido de sí mismos como hombres o mujeres, su comportamiento de rol de género y/o su orientación sexual, y v) los niños y las niñas de padres homosexuales no son más afectados por el estigma social que otros niños.

Respecto del interés superior de las niñas:

- La determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los

¹³³ Ibid. párrafo 155.

¹³⁴ Ibid. párrafo 130.

¹³⁵ Ibid. párrafo 128.

padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia¹³⁶.

- El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos¹³⁷.
- El perito Cillero Bruñol señaló que: “una decisión justificada en el interés superior del niño, entendido como la protección de sus derechos, no puede al mismo tiempo pretender legitimar una decisión prima facie, o en abstracto, discriminatoria, que afecta el derecho del niño a ser cuidado por su madre¹³⁸”.

Respecto de la definición de familia:

- En la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma¹³⁹.
- Exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción “tradicional” sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de las niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad¹⁴⁰.
- El lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una “familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social”, y no en una “familia excepcional”, refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia¹⁴¹.

Del derecho a la honra y la vida privada:

¹³⁶ Ibid. párrafo 109.

¹³⁷ Ibid. párrafo 110.

¹³⁸ Ibid. párrafo 152.

¹³⁹ Ibid. párrafo 142.

¹⁴⁰ Ibid. párrafo 140.

¹⁴¹ Ibid. párrafo 145.

- Dado que los tribunales chilenos tuvieron como referente de peso la orientación sexual de la señora Atala al momento de decidir sobre la tuición, expusieron diversos aspectos de su vida privada a lo largo de los procesos¹⁴².
- La interferencia del Estado en la vida privada de Karen Atala fue arbitraria, dado que la decisión de tuición fue fundada en prejuicios discriminatorios por su orientación sexual y también interfirió en su autonomía para tomar decisiones sobre su vida personal de acuerdo a dicha orientación. Esto último, sin que existieran razones objetivas para ello, la Corte Suprema de Justicia, basándose en la expresión de su orientación sexual, la privó de la custodia de sus hijas y la vida en común con ellas, aspecto fundamental de su plan de vida¹⁴³.
- Durante el proceso de tuición, a partir de una visión estereotipada sobre los alcances de la orientación sexual de la señora Atala, se generó una injerencia arbitraria en su vida privada, dado que la orientación sexual es parte de la intimidad de una persona y no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad¹⁴⁴.
- El derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias. Por ello, las mismas deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática¹⁴⁵.

Conclusiones

- Se concluye que el Estado de Chile vulneró el artículo 11.2 (derecho a la vida privada), en relación con el artículo 1.1 (derecho a no discriminación) de la Convención Americana de Derechos Humanos, en perjuicio de Karen Atala Riffo. En lo concerniente a los artículos 11.2 y 17.1. de la Convención Americana, el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales

¹⁴² Ibid. párrafo 166.

¹⁴³ Ibid. párrafo 156.

¹⁴⁴ Ibid. párrafo 167.

¹⁴⁵ Ibid. párrafo 164.

en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia, y además está expresamente reconocido por los artículos 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8 del Convenio Europeo. Estas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de su familia¹⁴⁶.

- Se vulneró el artículo 24 (derecho a la igualdad), en relación con los artículos 19 (derechos del niño) y 1.1 (derecho a no discriminación) de la Convención Americana, en perjuicio de las niñas M., V. y R.¹⁴⁷.

REPARACIÓN DEL DAÑO

PASO 6: LA SENTENCIA

1. Esta Sentencia constituye per se una forma de reparación¹⁴⁸.
2. El Estado debe brindar atención médica y psicológica o psiquiátrica gratuita y de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de sus instituciones públicas de salud especializadas a las víctimas que así lo soliciten.
3. El Estado, deberá publicar, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia: el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en el Diario Oficial; el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en un diario de amplia circulación nacional; y la presente Sentencia en su integridad, disponible por un período de un año, en un sitio web oficial.
4. El Estado debe realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso.
5. El Estado debe continuar implementando, en un plazo razonable, programas y cursos permanentes de educación y capacitación dirigidos a funcionarios públicos a nivel regional y nacional y particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial.
6. El Estado debe pagar indemnización por daño material e inmaterial y por el reintegro de costas y gastos.

¹⁴⁶ Ibid. párrafo 170.

¹⁴⁷ Ibid. párrafo 146.

¹⁴⁸ Ibid. Capítulo VII Reparaciones. .

7. El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendir al Tribunal un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.

8. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma

CONCLUSIONES

El Derecho de Familia es la rama del Derecho Civil que más transformaciones ha experimentado desde la promulgación del Código Civil en el año 1855. El modelo considerado digno de protección por el codificador de 1855, en el contexto de una sociedad tradicional, era la familia donde la madre se dedicaba a los cuidados y a las labores del hogar común, mientras que el padre se encargaba de administrar los bienes y ser el proveedor del hogar común. Dentro de las expresiones normativas de esta división sexual del trabajo, se encontraba la antigua redacción del artículo 225 que establecía que si los padres vivían separados, el cuidado personal de los hijos menores de edad correspondía a la madre. Es decir, se entendía que la madre, solo por el hecho de ser mujer, estaba en mejores condiciones de sostener el cuidado personal de los hijos, por lo cual se le otorgaba preferencia a ella, sin justificar esta diferencia respecto del padre. Si el padre hubiese querido sostener el cuidado personal de los hijos, tendría que haber probado la causal de inhabilidad de la madre en los Tribunales. Esta situación sin duda afectaba el principio de igualdad ante la ley al considerarse una situación discriminatoria arbitrariamente.

En el año 2013, la Ley N° 20.680 derogó la preferencia materna e incorporó el interés superior del niño como elemento fundamental en la dedicación de atribución judicial del cuidado personal. No obstante, siguieron existiendo fallos que priorizaban que el cuidado personal se mantuviera en la madre sin entrar a analizar si eso era favorable o no para el interés superior del niño, basando su decisión en estereotipos y roles de género.

Para subsanar esta situación, el presente trabajo propuso la incorporación de la perspectiva de género como una herramienta metodológica de análisis que permite hacer efectivo el derecho a la igualdad y no discriminación y propender a la emisión de fallos libres de estereotipos de género que puedan observar a las personas en su diversidad de contextos, necesidades y autonomías, desprovistos de prejuicios o sesgos.

La perspectiva de género en el razonamiento judicial, es por tanto una herramienta que dispone a cumplir con el deber de fallar conforme a derecho. Su uso permite a la magistratura

conocer y juzgar con una mirada que entiende y visibiliza las barreras de acceso a la justicia que dificultan o imposibilitan el goce o ejercicio de los derechos de mujeres y niñas¹⁴⁹, además de comprender y dar visibilidad a las diferencias estructurales que ubican a las mujeres en un lugar de subordinación en una sociedad patriarcal.

Para dictar fallos con perspectiva de género se propuso la aplicación del *Protocolo para juzgar con Perspectiva de Género* elaborado el año 2013 por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, cuya finalidad fue materializar un método analítico estructurado en diversas fases, que incorporó la categoría del género al análisis de la cuestión litigiosa. Se realizó el estudio también del *Cuaderno de buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias*, elaborado por la Secretaría Técnica de Género y No Discriminación del Poder Judicial de Chile, el cual cuenta con un marco conceptual, un marco normativo y una matriz metodológica, que contribuyen a analizar y visibilizar los estereotipos de género que obstaculizan la aplicación del principio de igualdad en la práctica de la judicatura.

Finalmente se analizó la sentencia “Atala Riffo y niñas v/s Chile”, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la cual se aplica la metodología del Protocolo y el Cuaderno y es una sentencia ilustradora de cómo fallar con perspectiva de género al momento de atribuir el cuidado personal.

Se espera que el presente trabajo haya servido de hoja de ruta y análisis para la judicatura que busca seguir perfeccionándose en temáticas de género, como respuesta a una obligación estatal de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres.

¹⁴⁹ MUÑOZ, Andrea. 2023. ¿Por qué tenemos que hablar de perspectiva de género en el sistema de justicia?. *La Tercera*. [En línea]. 17 de mayo. [Consulta: noviembre de 2024]. Disponible en: <https://www.latercera.com/opinion/noticia/columna-andrea-munoz-por-que-tenemos-que-hablar-de-perspectiva-de-genero-en-el-sistema-de-justicia/L3LSSBM3ONF63LRZWMPLFUIF44/>

BIBLIOGRAFÍA

ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela. 2016. Efectos de la Filiación. En: DEL PICÓ, Jorge. *Derecho de Familia*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, págs. 475-538.

ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela. 2018. *El cuidado personal de los hijos*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.

ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela. 2020. Contenido esencial del derecho-deber de cuidado personal de los hijos. *Revista de derecho*. [En línea]. Valdivia. Vol. 33 N°1, págs. 75-95. [Consulta: noviembre de 2024]. Disponible en: [0718-0950-revider-33-01-75.pdf](https://www.ley.cl/revistas/0718-0950-revider-33-01-75.pdf)

ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela. 2020. *Derecho de relación directa y regular*. 2° ed. Santiago: Thomson Reuters.

ARBELÁEZ DE TOBÓN, Lucía y RUIZ GONZÁLEZ, Esmeralda. 2019. *Cuaderno de Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias*. Santiago: Poder Judicial de Chile.

ARENAS, Jessica. 2024. Enfoque de género en las resoluciones judiciales. En: LEPIN, Cristian y MATURANA, Cristian. *Tratado de Derecho Procesal de Familia*. Agosto 2024. Valencia: Tirant Lo Blanch, págs. 127-160.

CARBONELL, Flavia. 2021. Informe en Derecho. Teoría y método para el estudio del razonamiento y comportamiento judicial con perspectiva de género. *Justicia con Perspectiva de Género*. [En línea]. Santiago: Poder Judicial de Chile. N° 1, págs. 117-184. [Consulta: noviembre de 2024]. Disponible en: <https://secretariadegenero.pjud.cl/images/stignd/proyectos/revistaJusticiaPerspectiva/RevistaJusticiaconPerspectivadeGenero.pdf>

CARMONA, Encarnación. 2015. La perspectiva de género y los derechos humanos. En: CARMONA, Encarnación. *La perspectiva de género en los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, págs. 25-42.

CARRETA, Francesco. 2018. Algunas precisiones adjetivas sobre el derecho del niño a ser oído, a propósito de un estudio empírico. *Revista de derecho*. [En línea]. Concepción: Universidad de Concepción. N° 243 (enero – junio), págs. 93-119. [Consulta: noviembre de 2024]. Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/revderudec/v86n243/0718-591X-revderudec-86-243-00093.pdf>

CARRETA, Francesco. 2019. El derecho del niño a ser oído en la justicia de familia: la esencialidad del derecho versus la esencialidad del trámite de la audiencia confidencial. *Revista Chilena de Derecho*. [En línea]. Vol. 45 N° 2, págs. 407–426. [Consulta: noviembre de 2024]. Disponible en: <https://ojs.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/4346>

CARRETTA, Francesco y GREEVEN, Nel. 2020. *Régimen de alimentos, cuidado personal y relación directa y regular en la decisión judicial*. [En línea]. Material docente N° 14. Santiago: Academia Judicial de Chile. [Consulta: noviembre de 2024]. Disponible en: https://academiajudicial.cl/wp-content/uploads/2021/10/13_Regimen-de-alimentos_Pub.-14.pdf

CERRUTTI, Marcela y BINSTOCK, Georgina. 2009. Familias Latinoamericanas en transformación: desafíos y demandas para la acción pública. *CEPAL - Serie Políticas Sociales*. [En línea]. Santiago: Naciones Unidas. N°147. [Consulta: noviembre de 2024]. Disponible en: <https://repositorio.cepal.org/entities/publication/013844d2-76d6-4f8c-8524-48edf6f5ef13>

COOK, Rebecca y CUSACK, Simone. 2010. *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*. [En línea]. University of Pennsylvania. [Consulta: noviembre de 2024]. Disponible en: <https://clacaidigital.info/handle/123456789/1972>

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2007. *Informe acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*. [En línea]. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/women/acceso07/indiceacceso.htm>

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2017. *Informe garantía de derechos Niñas niños y adolescentes*. [En línea]. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/NNA-GarantiaDerechos.pdf>

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2018. *Informe reconocimiento de derechos de personas LGBTI*. [En línea]. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf>

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE NACIONES UNIDAS. 2013. *Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. [En línea]. Disponible en: <https://www.defensorianez.cl/biblioteca/observacion-general-n-14-sobre-el-derecho-del-nino-a-que-su-interes-superior-sea-una-consideracion-primordial-articulo-3-parrafo-1/>

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. 1992. *Recomendación General N° 19: La violencia contra la mujer*. [En línea]. Disponible en: http://archive.ipu.org/splz-e/cuenca10/cedaw_19.pdf

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. 2007. *Recomendación General N°25 sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal*. [En línea]. Disponible en: [https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(Spanish\).pdf](https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(Spanish).pdf)

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 1.356-2015 (Familia), sentencia de 14 de julio de 2016.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 1889-2016 (Familia), sentencia de 22 de noviembre de 2016.

CORTE DE APELACIONES DE ARICA. Rol N° 31-2022 (Familia), sentencia de 6 de mayo de 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva 17/2002. [En línea]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2017. *Identidad de Género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. Opinión Consultiva 24/17. [En línea]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Atala Riffo y niñas vs Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012.

CORTE SUPREMA. Rol N° 6320-2015 (Familia). Recurso de Casación en el Fondo, sentencia de 17 de diciembre de 2015.

CORTE SUPREMA. Rol N° 36.584-2015 (Familia). Recurso de Casación en el Fondo, sentencia de 13 de abril de 2016.

CORTE SUPREMA. Rol N° 35.161-2016 (Familia). Recurso de Casación en el Fondo, sentencia de 18 de Octubre de 2016.

CORTE SUPREMA. Rol N° 99.861-2016 (Familia). Recurso de Casación en el Fondo, sentencia de 23 de mayo de 2017.

CORTE SUPREMA. Rol N° 4827-2017 (Familia). Recurso de Casación en el fondo, sentencia de 11 de julio de 2017.

CORTE SUPREMA. Rol N° 8023-2018 (Familia). Recurso de Casación en el fondo, sentencia de 11 de marzo de 2019.

CORTE SUPREMA. Rol N° 69.668-2021 (Familia). Recurso de Casación en el Fondo, sentencia de 27 de enero de 2022.

CORTE SUPREMA. Rol N° 95.838-2021 (Familia). Recurso de Casación en el Fondo, sentencia de 22 de julio de 2022.

EZURMENDIA, Jesús. 2021. *Familia, Justicia y Proceso*. Santiago de Chile: RUBICON Editores.

EZURMENDIA, Jesús; GONZÁLEZ, María de los Ángeles y VALENZUELA, Jonathan. 2021. La defensa de género: Algunos problemas probatorios en materia de legítima defensa. *Política Criminal*. [En línea]. Vol. 16 N° 32. Art. 14, págs. 875-897. [Consulta: noviembre de 2024]. Disponible en:

<https://www.scielo.cl/pdf/politerim/v16n32/0718-3399-politerim-16-32-875.pdf>

FACIO, Alda. 1999. *Hacia otra teoría crítica del Derecho*. Santiago de Chile: LOM Ediciones.

FACIA, Alda. 2002. Con los lentes del género se ve otra justicia. *El otro Derecho*. [En línea]. Colombia. N° 28, págs. 85-102. [Consulta: noviembre de 2024]. Disponible en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ea00b98043f84b9b9bb8bf009dcddef12/15.+Con+los+lentes+del+g%C3%A9nero+se+ve+otra+justicia.pdf?MOD=AJPERES>

FACIO, Alda y FRIES, Lorena. 2005. Feminismo, género y patriarcado. *Revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*. [En línea]. Argentina. Vol. 3 N° 6, págs. 259-294.

[Consulta: noviembre de 2024]. Disponible en:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3741767>

GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. 2018. Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos. *Revista de derecho*. [En línea]. Montevideo. N° 18, págs. 117-137. [Consulta: noviembre de 2024]. Disponible en:
http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2393-61932018000200117

GONZÁLEZ, María de los Ángeles. 2024. *Género, justicia y proceso*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

GREEVEN, Nel y CARRETTA, Francesco. 2020. *Régimen de alimentos, cuidado personal y relación directa y regular aplicado a la decisión judicial*. Santiago de Chile: DER Ediciones.

HERNANDEZ, Gabriel y LATHROP, Fabiola. 2022. *Derecho de Familias*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

IBAÑEZ, Nicolas. 2023. Hacia una nueva lectura y aplicación del derecho del niño a ser oído en Chile. En: LÓPEZ, Patricia. *Estudios de Derecho de Familia VI, Actas de las Sextas Jornadas Nacionales, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, págs. 17-45.

KRAUSZ, Alejandro. 2021. *Tutela efectiva del derecho del niño a ser oído en la justicia de familia de Chile*. [En línea]. Tesis para obtención del grado académico de Magíster en Derecho de Familia (s), Derecho de la Infancia y Adolescencia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago de Chile. [Consulta: noviembre de 2024]. Disponible en:
<https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/183119>

LATHROP, Fabiola. 2009. Custodia compartida y corresponsabilidad parental. *Diario La Ley*. [En línea]. N° 7206. [Consulta: noviembre de 2024]. Disponible en:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3000048>

LATHROP, Fabiola. 2017. Cuidado personal y copaternidad: Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile, de 23 de mayo de 2017 (ROL N° 99.861-16). *Revista de Derecho*. [En línea]. Coquimbo. Vol. 24 N°2, págs. 323-336. [Consulta: noviembre de 2024]. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532017000200323

LATHROP, Fabiola. 2024. *Perspectivas globales sobre el derecho de familias. Actas del congreso internacional de derecho de familias 2023*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

LEPIN, Cristian. 2013. Reformas a las relaciones paterno-filiales. Análisis de la Ley N° 20.680. *Revista de Derecho*. [En línea]. N° 3, julio 2013, págs. 285-308. [Consulta: noviembre de 2024]. Disponible en: https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/126677/Reformas_a%20las_relaciones.pdf?sequence=1&isAllowed=y

LEPIN, Cristian y MATURANA Cristian. 2024. *Tratado de Derecho Procesal de Familia*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

MATURANA, Pilar. 2024. Argumentación con perspectiva de género: propuestas contra la estereotipación judicial. *UNIVERSITAS. Revista de Filosofía, Derecho y Política*. N° 45, págs. 29-56. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/UNIV/article/view/8689/6644>

MONDACA, Alexis; ILLANES, Alejandra y RAVETLLAT, Isaac. 2023. *Lecciones de Derecho de la Infancia y Adolescencia II. El principio de autonomía progresiva*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

MUÑOZ, Andrea. 2023. ¿Por qué tenemos que hablar de perspectiva de género en el sistema de justicia?. *La Tercera*. [En línea]. 17 de mayo. [Consulta: noviembre de 2024]. Disponible en: <https://www.latercera.com/opinion/noticia/columna-andrea-munoz-por-que-tenemos-que-h>

[ablar-de-perspectiva-de-genero-en-el-sistema-de-justicia/L3LSSBM3ONF63LRZWMPLFUIF44/](https://www.oas.org/en/mesecvi/docs/declaracionderechos-es.pdf)

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. 2014. *Declaración sobre la violencia contra las mujeres, niñas y adolescentes y sus derechos sexuales y reproductivos*. [En línea]. Uruguay. [Consulta: noviembre de 2024]. Disponible en: <https://www.oas.org/en/mesecvi/docs/declaracionderechos-es.pdf>

RAMOS PAZOS, René .1999. Derechos y obligaciones entre los padres e hijos de familia. *Pro Jure Revista De Derecho*. [En línea]. Valparaíso: Pontificia Universidad Católica De Valparaíso. N° 20, págs. 23-37. [Consulta: noviembre de 2024]. Disponible en: <https://www.projurepucv.cl/index.php/rderecho/article/view/430/403>

RAVETLLAT, Isaac y PINOCHET, Ruperto. 2015. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el derecho civil chileno. *Revista Chilena de Derecho*. [En línea]. Vol. 42 N° 3, págs. 903-934. [Consulta: noviembre de 2024]. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372015000300007&script=sci_abstract

SALINAS, Carolina y RETAMAL, Alejandra. 2024. *Cumplimiento en materia de familia*. Santiago de Chile: DER Ediciones.

STEIN, Friedrich. 1988. *El conocimiento privado del juez*. 2a. edición. Colombia: Editorial Temis.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. 2020. *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*. [En línea]. México. [Consulta: noviembre de 2024]. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2022-01/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20genero_2022.pdf

TAPIA, Mauricio. 2013. Actualidad legislativa. *Revista chilena de derecho privado*. [En línea]. Santiago. N° 21, págs. 477-491. [Consulta: noviembre de 2024]. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722013000200022

TERCER JUZGADO DE FAMILIA DE SANTIAGO. RIT C-3713-2015. Demanda de Cuidado Personal, sentencia de 22 de junio de 2016.