



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EJERCIDO POR LA CORTE SUPREMA:
ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE FAMILIA E INFANCIA.

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

INTEGRANTES:

Camila Philp Salgado

César Rivas Calderón

PROFESOR GUÍA:

Dra. Fabiola Lathrop

Santiago, Chile

2016

Tabla de contenido

Tabla de contenido	2
Tabla de abreviaturas	6
Resumen	7
Introducción	8
Capítulo Primero: El Control de Convencionalidad	10
1. Evolución conceptual.....	10
2. Fuente Formal del Control de Convencionalidad.....	12
2.1. Cortes regionales y su eficacia.....	12
2.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos.	15
2.3. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.....	16
2.4. Integración al derecho interno vía Constitución Política.....	17
3. Material controlante: Convención Americana sobre Derechos Humanos.	17
3.1. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como material controlante.....	18
3.2. Otros Instrumentos Internacionales como material controlante.	20
4. Material Controlado: Normas Jurídicas Internas.....	22
5. Clasificación del Control de Convencionalidad.....	22
6. Concepto de Control de Convencionalidad interno.	24
7. Efectos del Control de Convencionalidad.....	26
8. ¿Quiénes deben efectuar el Control de Convencionalidad?.....	30
9. Posición crítica al Control de Convencionalidad en Chile.....	34
10. Conclusiones y algunas consideraciones finales respecto al Control de Convencionalidad.....	36
Capítulo Segundo: Control de Convencionalidad Ejercido por la Corte Suprema. Análisis de Jurisprudencia en Materia de Familia e Infancia.	39
Metodología para el análisis de fallos	39
Análisis de Fallos.....	42
1. Filiación.....	42
1.1. Interés superior de los niños, niñas y adolescentes y falta de emplazamiento.....	42
a. Excepcionalidad del cambio de circunstancias respecto a los niños, niñas y adolescentes.	45

b.	Posesión notoria del estado civil de hija o hijo.....	48
1.2.	El Derecho a la Identidad y la prescripción de las acciones de filiación. 52	
1.3.	Interés ajeno en casos de filiación.	60
2.	Alimentos.....	65
2.1.	Rechazo por manifiesta falta de fundamento.	65
2.2.	Facultad de actuación de oficio de la Corte Suprema.....	66
2.3.	Derecho-deber de alimentos y su prescripción.....	68
2.4.	Naturaleza jurídica especial de los niños, niñas y adolescentes como alimentarios	73
2.5.	Suficiencia de los alimentos y obligación compartida por los progenitores.....	77
2.6.	Breve aproximación a la corresponsabilidad parental.	78
2.7.	Alimentos acordados voluntariamente versus declarados judicialmente.....	85
2.8.	Caso en que padres no pueden satisfacer su obligación alimentaria.	87
3.	Cuidado Personal y Relacion Directa y Regular	90
3.1.	Interpretación del artículo 225 del Código Civil con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.680. Relación entre el artículo y el principio del interés superior del niño.....	94
a.	El maltrato, y/o descuido, u otra causal calificada como manifestaciones particulares del principio del interés superior del niño.	95
b.	La invocación del principio del interés superior del niño como “otra causal calificada”.	95
c.	El principio del interés superior del NNA como motivo suficiente para alterar la hipótesis del inciso primero del artículo 225 del Código Civil ..	96
3.2.	Casos en los cuales se alude a las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.680.....	98
3.3.	Desarrollo del principio del interés superior del niño en distintas temáticas.....	100
a.	Disputas de cuidado personal en donde la madre padece de depresión o trastorno bipolar.	100
b.	Tolerancia de castigos corporales	106
c.	Derecho a ser oído	107
d.	Rechazo de demanda relación directa y regular	114

e. Relación directa y regular respecto a progenitores privados de libertad	115
4. Patria Potestad.....	118
4.1. Desarrollo del principio del interés superior del niño. Irregular tratamiento del mismo por parte de nuestra Corte Suprema.....	118
5. Medidas de protección.....	122
5.1. Medidas de protección cuyo objeto es radicar el cuidado personal de niños, niñas y/o adolescentes en un una institución o persona distinta a sus padres.....	128
a. Tratamiento de la excepcionalidad de la separación de los niños, niñas y adolescentes de sus padres. Escueta alusión a dicha característica y nulo desarrollo de la normativa internacional atingente por parte de la Corte Suprema.....	128
b. Desarrollo del principio del interés superior del niño como fundamento para adoptar la decisión de separar a los niños, niñas y adolescentes de sus padres; insuficiente tratamiento del principio.	129
5.2. Medidas de protección interpuestas por las madres para suspender el régimen comunicacional de los padres con sus hijos.....	131
a. Tratamiento de la excepcionalidad en la suspensión del régimen comunicacional entre los niños, niñas, adolescentes y su progenitor; carácter de <i>ultima ratio</i> de la medida asentado tácitamente por la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal.	132
b. Desarrollo del principio del interés superior del niño como fundamento para ordenar la suspensión del régimen comunicacional vigente entre los niños, niñas y adolescentes y sus padres; insuficiente e irregular desarrollo del mismo.....	133
5.3. Casos en que el padre solicita el cuidado personal de sus hijos como medida de protección	137
a. Desarrollo del principio del interés superior del niño al momento de conceder la medida. Tratamiento irregular del mismo.....	137
6. Autorización para salir del país de niños, niñas y adolescentes.....	141
6.1. Interpretación del artículo 49 inciso 3.....	142
6.2. Autonomía progresiva.....	145
7. Secuestro internacional de “menores”	148
7.1. Discusión respecto al procedimiento aplicable a restitución de “menores”.....	148

7.2. Discusión sobre la configuración de la hipótesis contenida en la letra b) del artículo 13 del Convenio de La Haya “sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”	152
8. Entrega inmediata	156
9. Violencia intrafamiliar	157
10. Bienes familiares	160
Conclusiones.....	162
Listado de Fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	165
Bibliografía.....	167
Material complementario	173

Tabla de abreviaturas

AAC	Auto acordado
CA	Corte de Apelaciones
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CC	Código Civil
CDN	Convención de los Derechos del Niño
CEDAW	Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer
CLH	Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores
Comisión IDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPC	Código de Procedimiento Civil
CPE	Constitución Política de la República
CS	Corte Suprema
DDHH	Derechos Humanos
NNA	Niños, niñas y adolescentes
RDR	Relación Directa y Regular
SAP	Síndrome de alienación parental
TC	Tribunal Constitucional
VIF	Violencia Intrafamiliar

Resumen

La presente memoria tiene por objeto analizar el eventual uso de la herramienta del Control de Convencionalidad por parte de la Corte Suprema respecto a la materia de Familia e Infancia, durante el periodo comprendido entre los años 2012 a octubre de 2014. Para estos efectos, este estudio se ha dividido en dos capítulos. El primero tiene por finalidad delimitar el concepto y alcance del Control de Convencionalidad, ahondando en sus fundamentos, material controlante y controlado, efectos y sujetos obligados. El segundo, corresponde al análisis de sentencias propiamente tal.

La forma de abordar la jurisprudencia en estudio correspondió a la agrupación de fallos según la materia discutida, a saber: filiación, alimentos, cuidado personal y relación directa y regular, patria potestad, medidas de protección, autorización para la salida del país, secuestro internacional de “menores”, entrega inmediata, violencia intrafamiliar y bienes familiares. A su vez, en cada uno de ellos se puso atención a la alusión de la normativa internacional pertinente, y su interpretación en relación a lo dictaminado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Acorde a nuestro estudio los resultados no son concluyentes. Nuestro máximo tribunal, en materia de Familia e Infancia, respecto al período 2012 a octubre de 2014, no sigue una tendencia jurisprudencial categórica en el sentido de posicionar el Control de Convencionalidad como una herramienta para asegurar la eficacia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Así, las conclusiones pertinentes de cada grupo de fallos no hacen más que denotar la necesidad de un mayor conocimiento de esta herramienta por parte de los magistrados locales.

Introducción

Dentro de las últimas décadas, la sociedad, y por consiguiente nuestro país, se ha visto envuelta en el fenómeno de la globalización. En consecuencia con ello, los Sistemas Regionales de protección de los Derechos Humanos revisten cada vez de mayor relevancia.

En un mundo caracterizado por el dinamismo y la velocidad de los cambios, los sistemas jurídicos actuales deben adecuarse a estándares supranacionales para brindar una mejor protección de los derechos de las personas.

En efecto, el pasado 24 de febrero de 2012 el Estado de Chile fue condenado por infringir el derecho a la igualdad y no discriminación en el Caso Karen Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Ello resultó ser una muestra irrefutable de la poca sincronía existente entre los magistrados nacionales y el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Asimismo, evidenció la desprotección bajo la cual se encuentran diversos grupos minoritarios en nuestra sociedad, y la tensión existente entre la jurisprudencia local y las resoluciones de la Corte IDH.

En virtud de ello nace nuestro interés por el estudio de la figura del “Control de Convencionalidad”. En el marco de la protección regional de los Derechos Humanos, este concepto surge como una herramienta para velar por el respeto de dichos derechos, por parte de los tribunales nacionales. Resulta interesante la incidencia que esta herramienta tendría en la *praxis* judicial interna, y el aporte que podría brindar en países en vías de desarrollo legislativo como el nuestro, marcado por el lento avance de las reformas en temas de Derechos Humanos.

La promulgación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), hace ya veintiséis años, significó un gran avance para nuestro país. No obstante, teniendo presentes las preocupantes estadísticas¹ en distintas materias, que afectan los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes del país, creemos que es el momento oportuno para analizar, a través del Control de Convencionalidad, la forma en que nuestra Corte Suprema reconoce los derechos de los NNA a la luz de los instrumentos internacionales.

Dicho esto, cabe mencionar que el objeto de estudio de la presente memoria no pretende ser un análisis doctrinal del Control de Convencionalidad, sino que por el contrario, persigue analizar la incidencia práctica de la misma herramienta en materias determinadas correspondientes a Familia e Infancia. Nos hemos propuesto explorar si, mediante la herramienta del Control de Convencionalidad,

¹Ministerio de Desarrollo Social. *Encuesta CASEN 2013. Niños, Niñas y Adolescentes. Síntesis de Resultados*. Informe de encuestas. Año 2015 [En línea].
<http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/documentos/Casen2013_ninos_adolescentes.pdf>
[consulta: 20 de febrero de 2016].

nuestra Corte Suprema realiza una correcta aplicación e interpretación de la legislación nacional e internacional, en atención a la Convención sobre los Derechos del Niño y los demás Tratados Internacionales atinentes.

A modo de advertencia, indicamos al lector, que en las siguientes páginas no encontrará datos sobre la cantidad de veces que se ha fallado en favor de determinada parte, el monto promedio de las indemnizaciones correspondientes, el porcentaje de demandas acogidas, recursos revocados, o cualquier otro dato estadístico. Nuestro estudio es eminentemente cualitativo, y reiteramos que tiene por finalidad explorar si nuestra Corte Suprema utiliza o no el Control de Convencionalidad en materia de Familia e Infancia.

Este trabajo ha sido concebido en dos capítulos; uno teórico y otro práctico. El primero tiene por objeto aclarar al lector el concepto y alcance de la figura del Control de Convencionalidad, y el segundo, evidenciar su uso o desuso por parte de nuestro máximo tribunal en materias de Familia e Infancia.

En la primera parte de este estudio se expondrá una descripción y delimitación del concepto Control de Convencionalidad. En primer lugar se ahondará sobre su aparición en la jurisprudencia de la Corte IDH, y posteriormente se delimitará el concepto, su fundamento, material controlante - controlado y efectos. Finalmente presentaremos algunas conclusiones y observaciones.

La segunda parte de este estudio, corresponde al análisis de fallos relativos a Familia e Infancia de la Corte Suprema, dentro de los años 2012 a octubre de 2014. En primer lugar, se enunciará el marco metodológico aplicado, y en segundo lugar, la organización de los fallos. Con posterioridad, se ahondará en el uso de la herramienta por parte de nuestra Corte Suprema, haciendo los comentarios pertinentes para contrastar lo fallado en sede nacional, con lo indicado por la Corte IDH.

Cabe mencionar que para facilitar la comprensión del lector acompañaremos, como material complementario, un CD, con un archivo en formato PDF, que contiene todos los fallos nacionales que fueron objeto de nuestro análisis, ordenado por materia y según el número identificador asignado.

Capítulo Primero:

El Control de Convencionalidad

1. Evolución conceptual.

La locución “Control de Convencionalidad” es un término jurídico de aparición moderna. Su delimitación se ha verificado dentro de las últimas décadas de forma casuística en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, o Corte, en adelante). Su aparición responde a la necesidad de cooperación y comunicación que debe darse entre la Corte IDH, en el ejercicio de su rol contencioso por aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención o CADH, en adelante), y los tribunales internos de un país.

La creación del término se atribuye al juez Sergio García Ramírez, quien lo utiliza por primera vez en un voto razonado, en el Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, del año 2003. En aquella época, el magistrado recurre a esta figura para aludir tanto a la labor que efectúa la Corte al momento de determinar la responsabilidad internacional de un Estado parte, como al alcance que ésta posee en distintos órganos estatales. En el párrafo 27 de su voto señala:

“Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho internacional. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o alguno de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio -sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte Internacional”².

Más tarde, el mismo magistrado ahondará en esta figura mediante su voto concurrente razonado en el Caso Tibi Vs. Ecuador, del año 2004. De esta manera, otorgará un concepto más doctrinario y acabado de lo que entiende por Control de Convencionalidad, asimilándolo al control de constitucionalidad.

“En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados -disposiciones de alcance general- a la luz de las

² Corte IDH. Caso Myrna Chang Vs. Guatemala. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de noviembre de 2003, párr. 27.

normas, los principios y valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos.”³.

Tras esta conceptualización más acabada del Control de Convencionalidad, el magistrado continuará con su aplicación en casos posteriores, tales como: Caso López Álvarez Vs. Honduras y Caso Vargas Areco Vs. Paraguay, ambos casos del año 2006.

Posteriormente, en el año 2006, se genera un hito importante en la jurisprudencia de la Corte: por primera vez se utiliza el término de forma plenaria. Dicho suceso se produce en el Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, donde la Corte alude a una “especie de Control de Convencionalidad” señalando que:

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”⁴.

En este punto, es importante destacar que la Corte no restringe el Control de Convencionalidad a una mera confrontación normativa entre la legislación nacional y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que también extiende este control a la interpretación que ella misma ha efectuado respecto a esta última, en consecuencia, se amplía el material “controlante”.

³ Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 7 de septiembre de 2004, párr. 3.

⁴ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

Un segundo hito relevante tuvo lugar en el Caso Trabajadores cesados del Congreso Vs. Perú, de 2006. En esta oportunidad la Corte señaló que el Control de Convencionalidad se debe ejercer *ex officio*.

“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex officio, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. (...)”⁵.

En definitiva, a través de esta multiplicidad de fallos, la Corte IDH ha perfilado el concepto del Control de Convencionalidad, dando algunas luces respecto a sus características y objeto. De esta manera, con el objetivo de asimilar mejor el concepto, se hace necesario comprender el fundamento jurídico que tiene la institución, cuestión que estudiaremos a continuación.

2. Fuente Formal del Control de Convencionalidad.

Una vez abordado lo concerniente a la aparición del término Control de Convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH, resulta necesario referirse al fundamento jurídico de dicho control. Dicho fundamento corresponde a la fuente de la obligación que tienen todos los Estados que han suscrito la CADH, entre los cuales se encuentra el Estado de Chile.

Dejamos para más adelante⁶ el estudio específico de su clasificación y objeto. A continuación, presentaremos un preámbulo sobre las Cortes regionales y su eficacia, centrándonos en la Corte IDH y su competencia respecto a nuestro país. Posteriormente, se analizarán las fuentes formales del Control de Convencionalidad y, finalmente, referiremos a una posición crítica acerca del mismo.

2.1. Cortes regionales y su eficacia.

Desde hace ya varias décadas, se han creado tribunales internacionales para la protección de los Derechos Humanos a nivel regional. Su carácter es subsidiario y complementario a la obligación de cada Estado de velar por la garantía, promoción y respeto de este tipo de derechos. Según relata Aguilar *“la jurisdicción*

⁵ Corte IDH. Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2006, párr. 128.

⁶ *Vid. infra* acápite 5. Clasificación del Control de Convencionalidad.

internacional tiene un carácter subsidiario de la jurisdicción estatal. El principal actor en el respeto y cumplimiento de los derechos humanos es el Estado, a través de sus diversos órganos. Por lo tanto, el juez nacional juega un rol fundamental en el respeto y garantía de los derechos humanos, incluyendo los derechos reconocidos en instrumentos internacionales”⁷. Cabe mencionar que el profesor Claudio Nash considera que tal subsidiariedad correspondería únicamente en lo que respecta a sede jurisdiccional, “la subsidiariedad se aplica solo a lo jurisdiccional. La labor del sistema interamericano tiene más aristas a explorar, donde su funcionamiento es prioritario, por ejemplo, formular recomendaciones a los Estados, elaborar estudios e informes o la realización de observaciones <in loco>”⁸.

En la actualidad existen tres tribunales regionales de Derechos Humanos, estos son: la Corte Europea de Derechos Humanos (Estrasburgo, Francia), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (San José, Costa Rica) y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Arusha, Tanzania).

La Corte IDH en razón de su trabajo, facultad interpretativa, y resolución de casos contenciosos, se ha convertido en el intérprete final de los Derechos Humanos en nuestra región. Es importante señalar que la Corte Interamericana también ejerce su facultad interpretativa al conocer casos concretos de violación de Derechos Humanos. En consecuencia, dichos casos serán sometidos a su juzgamiento, a través la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En virtud del conocimiento de los casos contenciosos de la Corte IDH, algunos autores señalan que su función, al imponer sanciones al Estado, es establecer parámetros de respeto y garantía de los Derechos Humanos; “*criterios generales de validez que deben respetar dichos sujetos (Estados), en la definición de los niveles y del contenido concreto de los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales respectivos*”⁹.

Ahora bien, la forma de hacer eficaces los Tratados Internacionales que regulan derechos fundamentales, puede variar según cada Estado, reconociéndose su soberanía en este ámbito. En palabras del constitucionalista mexicano Jorge Carpizo, esto se traduce en que:

“Los países han delegado y subordinado, en muy diversos grados, algunos aspectos de su soberanía, mediante todas o algunas de las

⁷ AGUILAR C., Gonzalo. *El control de convencionalidad: análisis en derecho comparado*. En: Revista Direito GV, Sao Paulo 9(2), julio - diciembre de 2013, pp. 721-754, p. 724.

⁸ NASH, Claudio. *Comentarios al trabajo de Víctor Bazán: El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas*. En su: BAZÁN, Víctor, NASH, Claudio (editores). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, El Control de Convencionalidad*. Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2011, pp. 57-69, p. 58.

⁹ FERRER M., Eduardo, SILVA G., Fernando. *El control de convencionalidad de la jurisprudencia constitucional*. En: Parlamento y Constitución. Anuario. Editores Cortes de Castilla-La Mancha, Universidad de Castilla-La Mancha, N° 12 España, 2009, pp. 45 - 72, p. 47.

*siguientes condiciones: i) ha sido voluntad propia; ii) la participación en el organismo supranacional es en plan de igualdad con los otros Estados; iii) se trata de alcanzar fines o desarrollar actividades que se realicen mejor por Estados asociados que solos; iv) se aceptan instancias jurisdiccionales supranacionales, porque se reconoce que los asuntos en cuestión son de interés de la comunidad internacional o regional; y v) se crean órganos regionales de carácter político, como el Parlamento Europeo*¹⁰.

Sin perjuicio de lo anterior, dicho respeto a la soberanía de cada Estado tiene un límite, y es que jamás podrá servir una remisión a la misma como una excusa válida para el incumplimiento de las obligaciones convencionales contraídas por el Estado parte del tratado. En efecto, se contempla expresamente la prohibición de invocar el derecho interno (existencia o inexistencia de regulación normativa) como una eximente de responsabilidad internacional, tal como veremos más adelante¹¹.

La subordinación de la soberanía nacional al suscribir y ratificar un Tratado Internacional, como el Pacto de San José de Costa Rica y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es un concepto ya reconocido por la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional, por lo tanto “*los tratados internacionales, una vez cumplidos sus requisitos materiales y formales de incorporación, constituyen normas internas de fuente internacional, lo que implica su obligatoriedad y aplicabilidad en el ámbito doméstico*”¹². Esto implica que los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos tienen eficacia directa en los territorios de los Estados miembros que los hayan adoptado. En este sentido, la Convención Americana constituye derecho interno para el Estado chileno. Una cuestión distinta, pero relacionada, será determinar qué jerarquía o prevalencia se le otorga en el ámbito doméstico, es decir, cuál será la norma que tendrá preferencia de aplicación en caso de discrepancia entre las normas de carácter constitucional y aquellas convencionales¹³.

A continuación analizaremos cuáles son las fuentes formales de la obligación del Estado de Chile de realizar el Control de Convencionalidad. De esta manera, profundizaremos en los instrumentos jurídicos vinculantes desde los cuales emana dicha obligación, desde su incorporación al derecho interno, hasta los actos internacionales por los cuales el Estado manifiesta su voluntad de obligarse.

¹⁰ CARPIZO, Jorge. *Los derechos humanos*. En: Protección internacional de los derechos humanos. La Plata, Librería Editora Platense, 2007, pp. 25 - 36, p. 29.

¹¹ *Vid. infra* acápite 2.3. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

¹² FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Protección jurídico constitucional de los derechos humanos de fuente internacional en los ordenamientos de Latinoamérica*. En: PÉREZ R., Javier, URÍAS M., Joaquín y CARRASCO D., Manuel (coords.). *Derecho Constitucional para el Siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Pamplona, Thomson Aranzadi, 2006, Tomo I, pp. 1727-1746, p. 1733.

¹³ *Vid. infra* acápite 4. Material Controlado: Normas Jurídicas Internas.

2.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El instrumento de la CADH o Pacto de San José de Costa Rica, suscrito el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Interamericana Especializada, en San José, Costa Rica, fue firmado por gran parte de los estados americanos¹⁴. El Estado de Chile firmó la Convención el día 22 de noviembre del año 1969, ratificándola el 10 de agosto de 1990. Acepta la competencia de la Corte IDH y de la Comisión IDH el día 21 de agosto de 1990. De esta manera, el día 5 de enero de 1991, entra en vigencia en nuestro país mediante publicación en el Diario Oficial, por el Decreto 873.

En su artículo 1.1, la Convención establece que: *“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*. De ello emergen obligaciones específicas para los Estados que suscriben el Pacto; estas son, respetar los derechos de la Convención y garantizarlos sin discriminación alguna.

En tanto, en el artículo 2 surge el ‘deber de adoptar disposiciones de derecho interno’ con el siguiente tenor: *“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”*.

Finalmente, respecto a las normas de interpretación del tratado, el artículo 29 de la Convención señala que:

“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que

¹⁴ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. CADH, Estado de firmas y ratificaciones. [En línea] <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm> [consulta: 22 diciembre de 2014].

puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

El texto de la Convención prescribe: “*Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes*”¹⁵. Por ende, se puede concluir que la eficacia de las sentencias regionales sobre Derechos Humanos, es una de las manifestaciones de la fuerza normativa de los derechos fundamentales de fuente internacional, “en otras palabras, al hablar de la efectividad de las decisiones supranacionales nos encontramos en el terreno más amplio relativo a la capacidad vinculante de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos”¹⁶.

2.3. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Otra de las fuentes de la obligación de efectuar el Control de Convencionalidad, está constituida por Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Ésta fue incorporada a la legislación nacional por el decreto 666, firmada el 18 de abril de 1961, y se encuentra vigente en nuestro país desde su publicación en el Diario Oficial del día 4 de marzo de 1968. La Convención recoge el principio de derecho internacional denominado *pacta sunt servanda*, que obliga a los Estados a cumplir sus Tratados Internacionales. Específicamente, en su artículo 26, señala que “*todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*”.

En relación con la observancia de los tratados, el artículo 27.1 nos indica que: “*Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado*”. Por ende, se deberá entender que los Tratados Internacionales adoptados válidamente por el Estado tienen eficacia directa en el territorio nacional, considerando que en la mayoría de los casos, “la exigencia de leyes (diversas) de desarrollo para su aplicabilidad vendría a constituir un obstáculo creado para su debida observancia”¹⁷. Este artículo reviste gran importancia, ya que en virtud de esta norma, un Estado no podría ratificar un tratado y luego hacer inoperantes sus disposiciones en la protección de los Derechos Humanos, al invocar, por ejemplo, la inconstitucionalidad del mismo. Por consiguiente, como veremos¹⁸ más adelante, un Tratado Internacional como la Convención prevalece por sobre todas las normas internas.

¹⁵ CADH, Artículo 68

1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

¹⁶ FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Eficacia de los instrumentos protectores de los derechos humanos*. En: Anuario Mexicano de Derecho Internacional, México, UNAM, año II, vol. II, 2002, pp. 11-50, p. 16.

¹⁷ FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Op. cit.*, 2006, p.53.

¹⁸ *Vid. infra* acápite 4. Material Controlado: Normas Jurídicas Internas.

2.4. Integración al derecho interno vía Constitución Política.

El Estado, a través de su Constitución, se obliga a respetar el ordenamiento jurídico interno y los Tratados Internacionales suscritos por el mismo. En efecto, una norma de rango constitucional encarga la incorporación al derecho interno de los Tratados Internacionales en materias de Derechos Humanos. Dicha remisión se efectúa a través del artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política de la República. *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*.

Sin perjuicio de lo anterior, el Estado debe respetar el principio del artículo 6°, inserto en las Bases de la Institucionalidad, que establece: *“Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”*. En consecuencia, el actuar del Estado en materias de Derechos Humanos, no deberá restringirse sólo al catálogo del artículo 19, sino además deberá considerar los Tratados Internacionales vigentes y ratificados por Chile.

En síntesis, podemos señalar que la fuente de la obligación de realizar el referido Control de Convencionalidad, reside en todos los principios, artículos, tratados y convenciones anteriormente analizados. Ello en virtud de la concordancia entre los artículos 1.1, 2, 29 de la Convención, el artículo 27.1 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y los artículos 1°, 5° inciso segundo y 6° de la CPE.

3. Material controlante: Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Con el propósito de entender mejor esta obligación del Estado, resulta necesario tener claridad respecto al material normativo que servirá como parámetro de la *convencionalidad*. Para esto, corresponde determinar cuál es el *material controlante* que los tribunales nacionales deben tener en consideración al momento de realizar el ejercicio hermenéutico sobre adecuación del derecho interno.

En la sentencia del Caso Arrellano Almonacid y otros Vs. Chile del año 2006 en su párrafo 124, la Corte señala que *“el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”*. De este

modo, se otorgan importantes luces respecto a cuál es el material que se deberá confrontar con el derecho interno al momento de realizar el Control de Convencionalidad.

En este punto, no queda duda respecto a la obligación del Estado de cumplir con las obligaciones internacionales contenidas en la Convención¹⁹. Además, es menester destacar que la propia Corte sostiene, respecto a su propia jurisprudencia, que esta debe servir de base para la aplicación del Pacto de San José, en conjunto con las disposiciones del mismo.

De lo anterior surgen principalmente dos interrogantes. La primera de ellas consiste en preguntarnos qué es lo que se entiende por jurisprudencia interamericana, y si ésta también comprende las opiniones consultivas. La segunda interrogante, abre la reflexión acerca de la posibilidad de incorporar otros Tratados Internacionales al catálogo del material controlante por parte de los jueces domésticos.

3.1. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como material controlante.

Respecto a la jurisprudencia emanada de la Corte, estamos de acuerdo en que se debe acoger la interpretación que la misma realiza a propósito de la revisión de los casos contenciosos que se someten a su conocimiento. Esto se vio reafirmado con la sentencia del Caso Boyce y otros Vs. Barbados del año 2007, donde se hizo referencia a la jurisprudencia precedente, y se explicitó que los jueces deben *“tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete última de la Convención”*²⁰.

El jurista Ferrer Mac-Gregor, en su voto razonado en la sentencia de la Corte IDH en el Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México del año 2010, argumentó que:

*“la jurisprudencia de la Corte IDH adquiere ‘eficacia directa’ en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como ‘parte material’. La anterior, debido a los efectos de la norma convencional interpretada, que produce ‘efectos expansivos’ de la jurisprudencia convencional y no solo eficacia subjetiva para la tutela del derecho y libertad en un caso particular sometido a su competencia”*²¹.

¹⁹ *Vid. supra* acápite 2.3. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

²⁰ Corte IDH. Caso Boyce y otros Vs. Barbados, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007, párr. 78.

²¹ Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 79.

Este efecto expansivo de las sentencias interamericanas pronunciadas por la Corte se relaciona también con la obligación del artículo 69 del Pacto. En él se establece que el fallo, además de notificarse al Estado parte objeto de la controversia, deberá también ser "*transmitido a los Estados parte de la Convención*". Esto con el objeto de que los Estados posean un conocimiento acabado del bloque convencional interpretado por la Corte IDH, como intérprete final del *corpus juris* interamericano.

Bajo esta hipótesis, de transmisión a los Estados parte ajenos a la decisión adoptada por la Corte la sentencia razonada, resulta evidente que la posición de la Corte es esperar que esos Estados tengan en consideración su interpretación. En este sentido, el Control de Convencionalidad funciona como una herramienta útil para ello. Así las cosas, la interpretación formulada por la Corte IDH debe entenderse incorporada a la norma interpretada de "*la misma manera como se entiende operativa la interpretación de la Corte Suprema o del Tribunal Constitucional respecto de la norma constitucional interpretada, en aquellos casos en que dicha interpretación es vinculante.*"²²

Respecto a la extensión del parámetro de control jurisprudencial no existe un consenso. Desde la perspectiva del profesor Zúñiga dicha interpretación de la Convención "*no distingue entre interpretaciones vertidas en sentencias (parte resolutive y fundamentos), o en opiniones consultivas*".²³ Debido a esto, será válido como parámetro convencional. Por el contrario, otra parte de la doctrina ha entendido que las opiniones consultivas solo son vinculantes para los Estados que las solicitaron, en consecuencia, aquellas no formarían parte del material controlante²⁴. Cabe mencionar que de todas formas reconocen que la función consultiva "*si bien no es vinculante en sentido propio, su fuerza—como vimos— se apoya en la autoridad científica y moral de la Corte, y tiene efectos jurídicos innegables para todo el modelo regional, y en particular para el Estado que lo solicitó*"²⁵.

En la opinión mayoritaria, a la que adherimos, Miguel Carbonell señala que las opiniones consultivas de la Corte constituyen *jurisprudencia interamericana*. Por lo tanto, y al igual que los criterios interpretativos contenidos en los pronunciamientos en sentencias de la Corte, son obligatorios para los Estados parte. "*Con la mayor amplitud posible, debemos reconocer plena eficacia a todos*

²² NOGUEIRA, Humberto. *Los desafíos del control de convencionalidad del corpus juris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales*. [En línea] <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27776.pdf>> [consulta: 25 de marzo de 2015], 2011, pp. 331-383, p. 350.

²³ ZÚÑIGA, Francisco. *Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Una aproximación crítica*. En: NOGUEIRA, Humberto (coord.). *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Santiago de Chile, Librotecnia, 2012, pp. 387 - 447, p. 439.

²⁴ HITTERS, Juan Carlos. *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)*. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, julio-diciembre 2008, pp. 131-156, p. 148.

²⁵ *Ibid.*, p. 150.

los pronunciamientos de la Corte IDH, con independencia del acto procesal del que emanen o del tipo de competencia que haya sido ejercida por la Corte”²⁶. Solo en virtud de esta interpretación podríamos afirmar que un Estado cumple con las obligaciones que ha contraído internacionalmente, garantizando el respeto de los Derechos Humanos de sus ciudadanos.

3.2. Otros Instrumentos Internacionales como material controlante.

El juez García Ramírez, en la sentencia del Caso Trabajadores cesados del Congreso Vs. Perú del año 2006, señaló que si bien el tribunal ha tenido a la vista la aplicabilidad y la aplicación de la Convención, tal función se despliega también “a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del corpus juris convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado”²⁷. Agrega entonces, al material de parámetro ya referido precedentemente, otros instrumentos de igual naturaleza que enumera; “Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera”²⁸.

Este tema ha resultado controvertido para la doctrina, por lo mismo, han surgido más interrogantes que respuestas categóricas al respecto. Sin embargo, por motivos de extensión y pertinencia, algunas de ellas no serán abordadas en el presente estudio.

En nuestra opinión, el Control de Convencionalidad no abarca solamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte IDH como material controlante, sino también otros Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, ratificados por el Estado y que han entrado en vigencia en su territorio.

Afirmamos que la obligación del Estado también puede extenderse a otros Tratados Internacionales que forman parte del derecho convencional, o *corpus iuris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Dicho *corpus* se encuentra formado “por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenciones, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último, para regular las

²⁶ CARBONELL, Miguel. *Introducción general al Control de Convencionalidad*. [En línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf>> [consulta: 21 de diciembre de 2014], 2011, pp. 67-95, p. 83.

²⁷ Corte IDH. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte IDH caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2006, párr. 2.

²⁸ *Ibid.*

*relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones*²⁹.

Concordamos con lo señalado por la autora Aylín Ordoñez:

“las obligaciones internacionales adquiridas lo son respecto de todos los instrumentos de tal carácter y por ende no podría pensarse que se verifique la conformidad de las normas internas únicamente frente a la CADH, por lo que la tarea de los juzgadores de conocer el derecho internacional y manejarlo de igual manera que el derecho interno, y aun con preeminencia frente a aquel, es fundamental. Tal afirmación deviene compatible con los mandatos del derecho internacional, pues no podría estimarse que si se ha aceptado la obligatoriedad de la Convención y de otros instrumentos internacionales del sistema interamericano, solo respecto de la primera se realice la verificación de adecuación del ordenamiento interno, ya que ello podría provocar incumplimiento de otras disposiciones de nivel internacional, y por ende ser por ello responsable el Estado”³⁰.

Asimismo, la Corte profundiza en la importancia de dichos tratados, señalando que:

“los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y en particular, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados Contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones no en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”³¹.

En cuanto al objeto de nuestro estudio, corresponde subrayar que la Convención sobre los Derechos del Niño³² (CDN) reviste especial importancia al momento de

²⁹ Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, párr. 115.

³⁰ ORDÓÑEZ, Aylín. *Apuntes a «El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas»*, de Víctor Bazán. En: BAZÁN, Víctor, NASH, Claudio (editores). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, El Control de Convencionalidad*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2011, pp. 71-82, p. 77.

³¹ Corte IDH. *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia en la Convención Americana*. Opinión Consultiva OC-2/82, de 24 de septiembre de 1982, párr. 29.

³² Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Fecha de entrada en vigor: 2 de septiembre de 1989. Fecha de ratificación: 26 de enero de 1990. Promulgada por Decreto N° 830, Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 27 de septiembre de 1990.

comparar la actividad de tutela efectiva por parte del Estado chileno con los niños, niñas y adolescentes (NNA). Por lo tanto, respecto a este grupo en particular, estudiaremos si el Control de Convencionalidad se realiza en forma correcta a la luz de los estándares internacionales de los cuales es parte la CDN, junto con la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH y de sus opiniones consultivas.

Es a causa de estas consideraciones que la CDN forma parte del *corpus juris* que se inserta como *material controlante* estableciendo, precisamente, Derechos Humanos en favor de los NNA. Más adelante examinaremos si esa protección es suficiente en cuanto al Poder Judicial, representado por determinados fallos pronunciados por la Corte Suprema, en los cuales se afecten directa o indirectamente NNA.

4. Material Controlado: Normas Jurídicas Internas.

En cuanto al material controlado, baste señalar que se considera como tal a *las normas jurídicas internas* del Estado, por lo cual, todas las normas domésticas quedan sometidas al escrutinio convencional. Esto incluye resoluciones, autos acordados, reglamentos, leyes, decretos, ordenanzas, sentencias, etc. Además se agregan, por supuesto, aquellas de rango constitucional, ya que forman parte de las normas jurídicas internas. Cabe señalar que en la práctica existe una supremacía convencional, toda vez que en caso de existir alguna discrepancia entre la CPE y la CADH, se debe preferir a la Convención. Concordamos con lo señalado por el autor Néstor Sagüés, quien señala; “*se parte tácitamente del supuesto de que el Pacto de San José de Costa Rica se encuentra por encima de todo el ordenamiento jurídico del Estado, sin omitir a la propia Constitución. El Pacto asume así, agrade o no esta conclusión, y por más que por algunos se la quiera edulcorar, condición de supraconstitucionalidad*”.³³

5. Clasificación del Control de Convencionalidad.

El Control de Convencionalidad se puede verificar en sede internacional y nacional. El primero es efectuado por la propia Corte IDH en sus fallos y opiniones consultivas, y ha sido denominado Control de Convencionalidad en sede internacional. Humberto Nogueira considera que desde un comienzo se ha configurado el ejercicio de esta actividad.

“La CIDH ejerce control de convencionalidad cada vez que determina que un Estado del sistema interamericano, a través de uno de sus órganos (cualquiera de ellos) o un agente de un órgano

³³ SAGÜÉS, Néstor. *Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad*. En: Revista Estudios Constitucionales, Año 8, N° 1, 2010. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, pp. 117-135, p. 124.

estatal, por acción u omisión, por aplicación de normas jurídicas internas o por conductas contrarias a los derechos asegurados en la Convención, no cumple con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos que son de carácter directo e inmediato, o no utiliza las competencias de las que está dotado para adecuar el ordenamiento jurídico a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención, en relación con un atributo de uno o más derechos específicos asegurados por la CADH. Puede sostenerse, por tanto, que desde su primera sentencia, la CIDH ha ejercido control de convencionalidad”³⁴.

En la misma línea, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, estima que sin él, la Corte no tendría mayor sentido; *“El control de convencionalidad constituye la razón de ser de la Corte Interamericana”³⁵.*

A este tipo de control también se le ha conocido como control concentrado de convencionalidad:

“Es necesario precisar inicialmente que el Control de Convencionalidad concentrado constituye un mecanismo que utiliza la CIDH, ya en sede contenciosa o consultiva, a través del cual determina la compatibilidad o incompatibilidad del derecho interno o los actos agentes de un Estado Parte, a través de una sentencia judicial, en que determina el sentido y alcance de las disposiciones convencionales y, en su caso, ordena al Estado Parte, como obligación de resultado, modificar, suprimir o derogar normas de Derecho Interno y prácticas de agentes estatales contrarias a los atributos y garantías de los derechos asegurados por la CADH y los tratados o convencionales complementarios del sistema, para garantizar efectivamente el ejercicio de los Derechos Humanos por las personas sujetas a la jurisdicción de dicho Estado Parte”³⁶.

El segundo tipo de Control de Convencionalidad, corresponde al efectuado por los magistrados nacionales. La misma Corte ha hecho referencia a él en los fallos anteriormente citados³⁷, denominándoselo como Control de Convencionalidad en sede nacional o interno. *“A partir de 2006, en Almonacid Arellano, la Corte Interamericana va a reclamar a los jueces nacionales que inapliquen, ellos mismos, las normas locales opuestas al Pacto San José de Costa Rica, y a su propia jurisprudencia. (...) Usualmente se le denomina control “nacional” de*

³⁴ NOGUEIRA, Humberto. *Op. cit.*, p. 344.

³⁵ FERRER, Eduardo. *El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional*. [En línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>> [consulta: 10 de abril 2015], 2010, pp. 151-188 p. 173.

³⁶ NOGUEIRA, Humberto. *Op. cit.*, p. 342.

³⁷ *Vid. supra* acápite I. Evolución conceptual.

convencionalidad, o “desde abajo”. Otros prefieren denominarlo “externo” (respecto del Estado Local)”³⁸.

Análogamente a lo que sucede con el Control de Convencionalidad en sede internacional, al control efectuado en sede nacional también se le ha conocido como difuso. *“El control de convencionalidad tiene dos manifestaciones: una de carácter “concentrada” por parte de la Corte Interamericana, en sede internacional; y otra de carácter “difusa” por los jueces nacionales, en sede interna.*³⁹

En este punto, resulta relevante señalar que nuestra exposición estará enmarcada en este último tipo de Control de Convencionalidad. Es por esta razón que a continuación trataremos de delimitar este concepto de una manera más acabada.

6. Concepto de Control de Convencionalidad interno.

En un comienzo, tal como se analizó en el acápite evolución conceptual⁴⁰, el término Control de Convencionalidad emerge de la mano del control de constitucionalidad. En palabras de la autora Miriam Henríquez *“Algunas decisiones jurisprudenciales parecen haber solapado, en un primer momento de la definición del control de convencionalidad, el ámbito lógico y natural en que este y el control de constitucionalidad se desarrollan. Empero, en sentencias sucesivas la Corte Interamericana fue configurando el control de convencionalidad como uno diferente y autónomo respecto del control de constitucionalidad.”*⁴¹

Así las cosas, el concepto de Control de Convencionalidad se ha ido construyendo por parte de diferentes autores, en sentidos diversos. No obstante, consideramos que el autor Juan María Ibáñez, nos brinda una definición bastante amplia del concepto: *“El control de convencionalidad es definido como una herramienta jurídica de aplicación obligatoria ex officio por los órganos del Poder Judicial, complementaria al control de constitucionalidad, que permite garantizar que la actuación de dichos órganos resulte conforme a las obligaciones contraídas por el Estado respecto del tratado del cual es parte.”*⁴²

³⁸ SAGÜÉS, Néstor. *Control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo.* [En línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>> [consulta: 24 de mayo de 2015], 2011, pp. 381-417, p. 382.

³⁹ FERRER, Eduardo. *Op. cit.*, 2010, p. 173.

⁴⁰ *Vid. supra* acápite 1. Evolución conceptual.

⁴¹ HENRÍQUEZ, Miriam. *La polisemia del control de convencionalidad interno.* *En:* Revista Colombiana de Derecho Internacional, 24 International Law, 2014, pp. 115-141, p. 120.

⁴² IBÁÑEZ, Juana María. *Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* [En línea] <<http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/20555/21725>> [consulta: 21 de diciembre de 2014], 2012, pp. 103-113, p. 108.

Según el autor Víctor Bazán el Control de Convencionalidad “consiste en verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...) y a los estándares interpretativos forjados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...)”⁴³.

En el mismo sentido se pronuncia el profesor Claudio Nash quien señala:

*“En el ámbito interno, como señala Bazán, el control de convencionalidad es el realizado por los magistrados locales al analizar la compatibilidad de las normas internas con la CADH. Sin embargo, es importante recalcar que este control es un mecanismo de garantía interpretativo, similar al que realiza la Corte IDH, pero que las consecuencias de este análisis dependen de las funciones de cada operador de justicia y, por tanto, esto no necesariamente implica que los jueces tengan la facultad de expulsar normas del sistema interno (...) Teniendo claro esto, podemos afirmar que lo que sí están obligados a hacer los jueces y todos los funcionarios del Estado es interpretar las normas internas de forma tal que sean compatibles con las obligaciones internacionales del Estado y le den efectividad a los derechos consagrados interna e internacionalmente (...)”*⁴⁴.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor postula que “El ‘control difuso de convencionalidad’ consiste en el deber de los jueces nacionales de realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”⁴⁵.

El autor Miguel Carbonell sostiene que “el control de convencionalidad debe entenderse como una herramienta que permite a los jueces contrastar las normas generales internas frente a las normas del sistema convencional internacional (tratados internacionales, pero también derecho derivado de los mismos).”⁴⁶

En el mismo sentido, Roselia Bustillo señala que “el control de convencionalidad es el mecanismo que se ejerce para verificar que una ley, reglamento o acto de las autoridades del Estado, se ajustan a las normas, los principios y obligaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos principalmente, en la que funda la competencia contenciosa de la Corte IDH”⁴⁷.

⁴³ BAZÁN, Víctor. *El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas*. En su: BAZÁN, Víctor, NASH, Claudio (editores). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, El Control de Convencionalidad*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2011, pp. 17-54, p. 18.

⁴⁴ NASH, Claudio. *Op. cit.*, p. 60.

⁴⁵ FERRER, Eduardo. *Op. cit.*, 2010, p. 176.

⁴⁶ CARBONELL, Miguel. *Op. cit.*, p. 71.

⁴⁷ BUSTILLO, Roselia. *El control de convencionalidad: La idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral*. [En línea]

Humberto Nogueira postula que *“El ejercicio del control de convencionalidad que deben practicar los jueces domésticos implica confrontar, en las materias que son de su competencia y de acuerdo a los procedimientos previstos en el orden jurídico, que las normas internas no vulneran las reglas determinadas por el Derecho Convencional Internacional o supranacional en su caso.”*⁴⁸

Gonzalo Aguilar sostiene que *“Se puede definir el control de convencionalidad como el acto de control que efectúa el juez nacional en cuanto a la conformidad de la norma interna respecto de la norma internacional y, más específicamente, en cuanto a la conformidad de la ley a los tratados internacionales respecto de los cuales el Estado ha consentido en obligarse.”*⁴⁹

Por su parte, Francisco Zúñiga, principal detractor de darle cabida a esta herramienta en nuestro ordenamiento jurídico, señala:

*“El control de convencionalidad es un control o inspección de la regularidad de los actos del Estado parte del sistema de protección internacional-regional (sistema interamericano), actos emanados de sus poderes públicos en ejercicio de potestades constituyentes, legislativa, gubernativa, administrativa, judicial e inclusive de control. (...) se asemejan crecientemente al ejercicio de una suerte de inaplicación-invalidación de las decisiones emanadas de poderes públicos del Estado; una suerte de “pouvoir d’empêcher”, análogo al poder del “legislador negativo” encarnado en el Tribunal Constitucional”*⁵⁰.

La autora Miriam Henríquez identifica dos posturas preponderantes dentro de la doctrina existente en torno al Control de Convencionalidad. *“Parte de la doctrina sostiene que el control de convencionalidad es un control normativo, mientras otro sector opina que se trata de un ejercicio de interpretación entre normas que consagran derechos fundamentales.”*⁵¹ La relevancia de adoptar una u otra visión incide directamente en los efectos que se le atribuyan a esta herramienta, los que serán objeto de análisis a continuación.

7. Efectos del Control de Convencionalidad.

De la dicotomía recién expuesta surgirían dos efectos distintos. *“La diferencia entre una concepción y otra es relevante por los efectos que se deducen de su ejercicio. En el primer supuesto será la invalidez-inaplicabilidad, y en el segundo la*

http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/Control_de_Convencionalidad.pdf> [consulta: 21 de diciembre de 2014], pp. 4-74, p. 6.

⁴⁸ NOGUEIRA, Humberto. *Op. cit.*, p. 343.

⁴⁹ AGUILAR, Gonzalo. *Op. cit.*, p. 721.

⁵⁰ ZÚÑIGA, Francisco. *Op. cit.*, p. 388.

⁵¹ HENRÍQUEZ, Miriam. *Op. cit.*, p. 132.

responsabilidad internacional."⁵². La profesora Miriam Henríquez ubica dentro del primer grupo, es decir, dentro de quienes conciben el Control de Convencionalidad como un control normativo análogo en su estructura al control de constitucionalidad, a los académicos Francisco Zúñiga, Gonzalo Aguilar, Néstor Sagüés, entre otros, dentro del segundo grupo posiciona a los autores Claudio Nash, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Humberto Nogueira, Víctor Bazán, entre otros, quienes consideran que el control consiste en un ejercicio interpretativo cuyo metacriterio sería el principio *pro homine*.

En este momento, resulta preciso acotar que si bien estamos de acuerdo en la necesidad de distinguir entre estas concepciones, nos parece que la diferencia señalada respecto de los efectos que se producirían, no resulta ser tan radical como parece. Inmediatamente procederemos a abordar esta cuestión.

En primer lugar, según señala el profesor Francisco Zúñiga, si del juicio de convencionalidad efectuado por la Corte IDH la norma resulta inconvencional, de tal declaración, se debe desprender al menos la inaplicabilidad de la misma:

“declaración que navega en los extremos del binomio inaplicación-invalidación del acto estatal que importa responsabilidad del Estado e infringe el derecho material de la Corte. En el caso “Almonacid Arellano Vs. Chile”, la inconvencionalidad importaría la invalidez de la norma (autoamnistía), por carecer “desde un inicio” de efectos jurídicos, produciendo un deber judicial concreto de inaplicación de la norma invalidada. Queda en la penumbra los efectos temporales de la sentencia interamericana, pero todo indica que son efectos ex tunc o retroactivos”⁵³.

Es menester señalar que al autor le preocupa que a los tribunales de la nación, quienes no tienen permitido declarar la inconstitucionalidad de una norma, se les imponga ese deber⁵⁴. Este tema es abordado en el acápite posición crítica al Control de Convencionalidad en Chile⁵⁵. Considera, además, que todo lo anterior es sin perjuicio de que la cabida de esta herramienta sea un sinsentido en nuestra legislación.

Por su parte, Gonzalo Aguilar, quien también concibe el Control de Convencionalidad como una contrastación normativa, indica que *“creemos que es bueno que la forma de poner en práctica el control de convencionalidad dependa de las distintas soluciones nacionales, porque ello respeta la libertad y la diversidad jurídica constitucional nacional”⁵⁶.*

⁵² *Ibid.*, p. 134.

⁵³ ZÚÑIGA, Francisco. *Op. cit.*, p. 440.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Vid. infra* acápite 8. ¿Quiénes deben efectuar el Control de Convencionalidad?

⁵⁶ AGUILAR, Gonzalo. *Op. cit.*, p. 744.

Néstor Sagüés señala que:

“dicha “inconveniencia” (o, si se prefiere, “anticonveniencia”) importaría una causal de invalidez de la norma así descalificada, por carecer “desde un inicio” de “efectos jurídicos” (doctrina de “Almonacid Arellano”). La inconveniencia produce un deber judicial concreto de inaplicación del precepto objetado. Y si éste no tiene, desde su inicio, vigor jurídico, equivaldría a reputarlo, inexistente, ex tunc, con efectos retroactivos, para la solución del litigio donde es así enjuiciado”⁵⁷.

En esta oportunidad, Néstor Sagüés opta por un camino mesurado y postula que los efectos serían parecidos al resultado del control de constitucionalidad inter partes. Para este autor no existiría un deber de derogar, puesto que *“La norma es inaplicada, pero no derogada”⁵⁸*. Además de lo anterior, el autor Néstor Sagüés agrega otro efecto al Control de Convencionalidad, al que denomina “constructivo o positivo”, en oposición al primero denominado “represivo”.

“Después del caso Rosendo Radilla Pacheco (considerandos 338 a 340, ratificado por ejemplo en Comunidad indígena Xámok Kásek, considerando 311, y en Cabrera García-Montiel Flores, considerando 233), la Corte Interamericana dibuja otra función del control de convencionalidad, con un efecto positivo o constructivo. En esta etapa, los jueces deben aplicar y hacer funcionar el derecho local de acuerdo con las reglas del Pacto de San José de Costa Rica, y según, también, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”⁵⁹.

El profesor Claudio Nash sostiene una postura similar, haciendo hincapié en la importancia de respetar la configuración del sistema judicial en cuestión.

“Sin embargo, es importante recalcar que este control es un mecanismo de garantía interpretativo, similar al que realiza la Corte IDH, pero que las consecuencias de este análisis dependen de las funciones de cada operador de justicia y, por tanto, esto no necesariamente implica que los jueces tengan la facultad de expulsar normas del sistema interno (...) Teniendo claro esto, podemos afirmar que lo que sí están obligados a hacer los jueces y todos los funcionarios del Estado es interpretar las normas internas de forma tal que sean compatibles con las obligaciones del Estado y le den efectividad a los derechos consagrados interna e internacionalmente, sea por vía de preferencia de la norma

⁵⁷ SAGÜÉS, Néstor. *Op. cit.*, 2010, p. 128.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ SAGÜÉS, Néstor. *Op. cit.*, 2011, p. 385.

internacional, mediante un ejercicio hermenéutico o por otras vías que pudiera establecer el derecho interno”⁶⁰.

Asimismo, el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor y el académico Víctor Bazán concuerdan con el profesor Claudio Nash en el sentido de atribuir inmediatamente responsabilidad internacional a quienes apliquen una ley inconvencional.

“Lo anterior significa que los jueces no son simples aplicadores de la ley nacional, sino que tienen además, una obligación de realizar una “interpretación convencional”, verificando si dichas leyes que aplicarán a un caso particular, resultan “compatibles” con la CADH; de lo contrario su proceder sería contrario al artículo 1.1 de dicho tratado, produciendo una violación internacional, ya que la aplicación de una ley inconvencional produce por sí misma una responsabilidad internacional del Estado”⁶¹. “En la dinámica interactiva de los tribunales locales y la Corte IDH, el control de convencionalidad se vincula con el establecimiento por esta de patrones hermenéuticos generales que deben ser observados por aquella para pugnar porque los actos internos se conformen a los compromisos internacionalmente asumidos por el Estado, evitar que este incurra en responsabilidad internacional”⁶².

El profesor Nogueira es claro y específico en distinguir entre la responsabilidad internacional y el deber jurídico de inaplicar la norma interna que recae sobre el juez a la hora de efectuar el juicio de convencionalidad, consecuencias que según la profesora Miriam Henríquez serían disyuntivas a raíz de la dicotomía en la forma de concebir el concepto.

“Dicho control de convencionalidad en sede de jueces nacionales implica asumir por parte de éstos , que el derecho vigente y vinculante, no es solo el de fuente interna, sino también aquel emanado de fuente internacional el que debe ser asegurado y garantizado en la concreción de sus actos jurisdiccionales, de manera que la inobservancia de un juez de las normas convencionales o de la interpretación de las mismas hecha por el órgano encargado de su interpretación y aplicación, implica responsabilizar al Estado por dicho incumplimiento, al concretar un ilícito internacional.⁶³(...) Si en el control de convencionalidad se determina que una norma jurídica interna (ley, reglamento, decreto, resolución) es “inconvencional” se genera siempre el deber jurídico del juez ordinario o especial de inaplicar la norma jurídica interna que colisiona con los atributos o garantías del derecho asegurado por la CADH, constituyendo una situación análoga a la

⁶⁰ NASH, Claudio. *Op. cit.*, p. 60.

⁶¹ FERRER, Eduardo. *Op. cit.*, 2010, p. 177.

⁶² BAZÁN, Víctor. *Op. cit.*, p. 28.

⁶³ NOGUEIRA, Humberto. *Op. cit.*, p. 343.

*de un control de constitucionalidad concreto que solo inaplica la norma contraria en este caso a la norma convencional, sin que ello signifique anular, derogar o expulsar la norma jurídica interna del ordenamiento jurídico, ya que eventualmente podría tener efectos jurídicos en hipótesis de aplicación distintas que no entrarán en conflicto con los derechos asegurados convencionalmente*⁶⁴.

Luego de analizar la discusión, hemos podido apreciar que si bien se establecen matices entre los distintos autores mencionados, es posible identificar que existe un mínimo denominador común en todos; el deber de inaplicar la norma inconventional, al menos en el caso en cuestión. Dicho deber funcionaría independientemente de la concepción que se tenga acerca de la figura, ya sea como una herramienta jurídica hermenéutica, o un tipo de contrastación normativa, premisa que adoptaremos para efectos de este análisis.

8. ¿Quiénes deben efectuar el Control de Convencionalidad?

En cuanto al control internacional o concentrado de convencionalidad no cabe duda de que este es efectuado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La polémica se produce respecto al control interno o difuso de convencionalidad. Si bien la propia Corte IDH ha ido esbozando el espectro de sujetos obligados, sus palabras han sido objeto de debate en la doctrina, principalmente relacionado con la posibilidad de que en un sistema concentrado de control de constitucionalidad, jueces domésticos puedan utilizar esta herramienta.

En un comienzo, es posible observar lo señalado por la Corte en el Caso Almonacid Arellano con Chile del año 2006: “(...) *el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad*”⁶⁵. Emerge de esta manera el Poder Judicial como sujeto obligado.

Luego, en el Caso Trabajadores cesados del Congreso Vs. Perú del año 2007, el Tribunal Internacional amplió sus términos señalando que “*Los órganos del poder judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*”⁶⁶. Fallo trascendental debido a que a primera vista la Corte pondría en un mismo plano el control de constitucionalidad con el Control de Convencionalidad, cuestión que como ya se dijo, dificultaría la aplicación de

⁶⁴ *Ibid.*, p. 356.

⁶⁵ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otro Vs. Chile. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

⁶⁶ Corte IDH. Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2006, párr. 128.

esta herramienta por parte de los jueces domésticos en un sistema de control de constitucionalidad concentrado.

Más tarde, en la sentencia del Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México del año 2010, la Corte IDH sostuvo que: *“Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “Control de Convencionalidad”⁶⁷, ampliando el universo de sujetos encargados de efectuar el análisis. En palabras del autor Nogueira Alcalá “El control debe ser ejercido por todo órgano que ejerza jurisdicción dentro del Estado, lo que comprendería a los tribunales constitucionales, a los órganos que ejercen jurisdicción electoral, todo juez especial que determine el ordenamiento jurídico nacional, además de los jueces ordinarios de todas las instancias”⁶⁸.*

Finalmente, en el año 2011, en el fallo Gelman Vs. Uruguay, la Corte Interamericana de Derechos Humanos acrecentó de forma relevante la gama de sujetos obligados a velar por la coherencia convencional y la tutela de los derechos fundamentales, al señalar que *“(…) la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de las mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (...) que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial.”⁶⁹.*

Una perspectiva distinta es la planteada por la autora Miriam Henríquez, quien considera que esta evolución extensiva de sujetos obligados a efectuar el Control de Convencionalidad atentaría contra el principio de legalidad que rige en todo Estado de Derecho *“En mi opinión, la extensión progresiva impulsada por la Corte por medio de sus fallos desde los jueces -como aplicadores del Derecho y eventualmente con facultades para no aplicar una norma en ejercicio del control difuso de constitucionalidad- a toda autoridad pública plantea la ampliación de las facultades de todos los órganos del Estado, a los cuales, a partir de este control, tendrían atribuciones jurisdiccionales con competencias invalidatorias o de inaplicación. El efecto descrito contraviene el principio de legalidad que rige en todo Estado de Derecho, en el cual las competencias de los órganos del Estado - y fundamentalmente de aquellos que ejercen jurisdicción- solo pueden ser fijadas por la Constitución o la ley”⁷⁰.*

En un sentido similar se pronuncian los profesores Williams Valenzuela y Tomislav Bilicic:

⁶⁷ Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2012, párr. 225.

⁶⁸ HENRÍQUEZ, Miriam. *Op. cit.*, p. 122. Cfr. NOGUEIRA, Humberto. *Op. cit.*

⁶⁹ Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia de Fondo y Reparaciones. 24 de febrero de 2011, párr. 239.

⁷⁰ HENRÍQUEZ, Miriam. *Op. cit.*, p. 125.

“podríamos sostener que el control de convencionalidad de la forma en que se encuentra configurado nuestro ordenamiento jurídico es una inaplicabilidad encubierta, o a lo menos es la puerta de entrada al control difuso de constitucionalidad que podría ser ejercido por todos los tribunales de justicia. Con ello, revive la vieja discusión de que si los tribunales ordinarios de justicia, por aplicación del artículo 6° de la Constitución pueden efectuar o no control de constitucionalidad de la ley”⁷¹.

Más adelante concluyen categóricamente que lo relativo al Control de Convencionalidad se debe resolver de acuerdo a como se resolvería un control de constitucionalidad. Esta posición estaría justificada por el sistema concentrado de constitucionalidad existente en nuestro país: *“evidentemente, a nuestro juicio, creemos que el problema planteado no se soluciona facultando a todos los jueces a realizar un control de convencionalidad directo, es decir, a inaplicar la ley, dado el sistema de control de constitucionalidad existente en Chile y por lo expresado en la propia CADH y lo fallado por la CIDH”⁷².*

Por otra parte, y en el marco de la misma polémica, Néstor Sagüés señala que si bien la Corte Interamericana no resuelve explícitamente la interrogante, ésta se respondería a través del fallo Trabajadores cesados del Congreso Vs. Perú del año 2007 *“Cabría concluir, entonces, que en un Estado como el que aludimos, el juez del Poder Judicial incompetente para realizar el control de constitucionalidad, que considere que puede haber en un caso sometido a su decisión un problema de “convencionalidad”, deberá remitir los asuntos al tribunal habilitado para ejercer el control de constitucionalidad, mediante el conducto procesal adecuado, a fin de que sea éste quien realice eventualmente la simultánea revisión de convencionalidad”⁷³.*

Cabe tener presente que ante la eventualidad de que no exista mecanismo de remisión del asunto, el autor plantea diversas posibilidades, teniendo siempre como prioridad la efectiva realización de dicho control. *“Cabén estas alternativas (i) como ruta más preferible, consumir una reforma, constitucional o legislativa según el caso, para resolver el problema; (ii) mientras ella no se practique, reconocer pretorianamente a todos los jueces la aptitud para instrumentar el control de convencionalidad (solución del “control difuso”), o (iii) diseñar - pretorianamente también- un mecanismo de elevación”⁷⁴.*

⁷¹ BILICIC, Tomislav, VALENZUELA, Williams. *Control de Convencionalidad interno o difuso: Bases para una teoría adecuada desde la Constitución chilena*. 2012. [En línea] <<http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/control-de-convencionalidad-interno-o-difuso-bases-para-una-teoria-adecuada-desde-la-constitucion-chilena/#comments>> [consulta: 19 de abril de 2015].

⁷² *Ibid.*

⁷³ SAGÜÉS, Néstor. *Op. cit.*, 2010, p. 122.

⁷⁴ *Ibid.*

Francisco Zúñiga, uno de los principales opositores a darle cabida al Control de Convencionalidad en nuestro ordenamiento jurídico, también ha hecho hincapié en la ya citada resolución Trabajadores cesados del Congreso Vs. Perú del año 2007. Sin embargo, este autor la aborda desde otra perspectiva, señalando que *“de lo cual debemos concluir que en sistemas concentrados los tribunales del Poder Judicial son incompetentes para realizar control de constitucionalidad, cuando este opere como control de convencionalidad(...) Consecuencia de lo anterior, es que la obligación de los tribunales nacionales en orden a practicar directamente el control de convencionalidad sin habilitación constitucional o de fuente doméstica, de oficio, es un sinsentido”*⁷⁵. Preciso será mencionar que este punto de vista se condice en parte con lo postulado con anterioridad por el autor Néstor Sagüés, la diferencia entre ambos radicarán en que éste último propone soluciones a fin de que se pueda efectuar dicho control.

La postura de Claudio Nash al respecto, difiere de las dos anteriores, aunque no es totalmente opuesta a ellas. Su planteamiento dice relación con la forma, analizada ya en el acápite anterior⁷⁶, en que este concibe el Control de Convencionalidad *“(…) las consecuencias de este análisis dependen de las funciones de cada operador de justicia y, por tanto, esto no necesariamente implica que los jueces tengan la facultad de expulsar normas del sistema interno. Un modelo determinado de control de constitucionalidad o convencionalidad no podría ser impuesto por la Corte IDH.”*⁷⁷.

Gonzalo Aguirre sostiene un argumento opuesto al anterior.

*“En principio, la posibilidad de realización concreta del control de convencionalidad por parte del juez nacional no estaría sujeta a la existencia de uno u otro modelo de control de constitucionalidad. (...) Además esta clasificación distorsionaría más que facilitaría la aplicación práctica del control de convencionalidad.”*⁷⁸ *“A diferencia de lo planteado por algunos autores, no vemos inconvenientes insuperables en la aplicación práctica del control de convencionalidad ya sea que el sistema de control de constitucionalidad -que haya adoptado el país en cuanto al órgano que la ejerce-sea uno concentrado, difuso o mixto. Recordemos que el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad son procedimientos similares, que comparten elementos comunes, pero no idénticos”*⁷⁹.

⁷⁵ ZÚÑIGA, Francisco. *Op. cit.*, p. 439.

⁷⁶ *Vid supra* acápite 6. Concepto de Control de Convencionalidad interno.

⁷⁷ NASH, Claudio. *Op. cit.*, p. 60.

⁷⁸ AGUILAR, Gonzalo. *Op. cit.*, p. 723.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 744.

9. Posición crítica al Control de Convencionalidad en Chile.

La evolución y delimitación del concepto “Control de Convencionalidad”, tal como se hemos relatado anteriormente⁸⁰, ha logrado verificarse a través de un proceso de diálogo reflexivo entre distintos actores, a saber; la judicatura, funcionarios, abogados, miembros de los aparatos estatales, organismos no gubernamentales y, por supuesto, académicos. Sin embargo, y producto de este diálogo continuo, encontramos también oposición a su aplicación en nuestro país. Esto se refleja en una visión crítica que ha rechazado la competencia de la Corte IDH para realizar el Control de Convencionalidad por carecer de sustento en nuestra CPE. En relación a ello, el profesor Francisco Zúñiga Urbina afirma que el *“control de convencionalidad carece de soporte real en un sistema de protección internacional-regional, como el interamericano y carece de soporte constitucional en nuestro país, por lo que dicha doctrina no es de recibo”*⁸¹.

El profesor Zúñiga no otorga cabida al Control de Convencionalidad, ya que éste carecería de soporte constitucional. Según el autor, el artículo 5° inciso segundo de la Constitución contiene una regla de incorporación del derecho de los tratados, y no una regla de habilitación. Además de ello, señala que la aplicación preferente de los Tratados Internacionales, en efecto, requiere *“determinar si estos instrumentos necesitan o no de transformación en el derecho interno y también determinar si sus cláusulas son autoejecutivas o no”*⁸². Afirma que:

*“la norma iusfundamental del artículo 5° inciso segundo párrafo segundo de la Constitución es una norma de conducta y no una norma de organización. En cuanto norma iusfundamental de conducta, establece deberes negativos de respeto y positivo de promoción de derechos fundamentales y de derechos humanos, contenidos en tratados internacionales, ratificados y vigentes, dirigidas a los órganos del Estado, supremos y no supremos, pero que en sí, no configuran una cláusula atributiva de competencias a los poderes públicos, sino que queda supeditada al sistema de reparto de competencias que la Constitución hace junto con la ley”*⁸³.

Según el profesor Francisco Zúñiga, hay varias cuestiones que no han sido suficientemente argumentadas por la doctrina nacional. Muy por el contrario, el profesor considera que se ha comenzado desde una premisa, que a su modo de ver es insostenible; la *supraconstitucionalidad* del sistema internacional de Derechos Humanos, la Convención, y el *corpus iuris* convencional. Además, afirma

⁸⁰ Vid. *supra* acápite .1 Evolución conceptual.

⁸¹ ZÚÑIGA, Francisco. *Op. cit.*, p. 434.

⁸² *Ibid.*, p. 435.

⁸³ *Ibid.*

desconocer la *“precisa fuente positiva de tal supraconstitucionalidad, que no sea el recurso al eterno derecho natural o a las cadenas ideológicas”*⁸⁴.

Si bien es cierto que no existe norma constitucional que señale cuál es la jerarquía de los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, parte de la doctrina ha afirmado que dicha jerarquía es de rango constitucional o supraconstitucional, en virtud de una correcta interpretación de la Carta Fundamental, así como de la incidencia de los fallos pronunciados por la misma Corte IDH.

Específicamente, para reafirmar dicha categoría, se ha señalado que:

*“la enmienda al inciso segundo del artículo 5° (de la Constitución Política de la República) reafirmó la categoría constitucional de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales vigentes en Chile y agregó al rango constitucional a los derechos y obligaciones establecidos en los tratados internacionales ratificados por Chile en todo su acervo: catálogo de derechos con su acervo jurisprudencial, obligaciones generales, normas de resolución de conflictos (suspensión de derechos y restricciones legítimas), de forma tal que se haga efectivo el pleno goce y ejercicio de los mismos”*⁸⁵.

Por último, en cuanto es pertinente al estudio que realizamos, el profesor Zúñiga señala que la realización de un Control de Convencionalidad de oficio por parte de los tribunales nacionales sería un sinsentido toda vez que no existiría una habilitación constitucional, lo cual contravendría el principio de legalidad del artículo 6° de la Constitución Política.

Tal como mencionamos anteriormente, la Corte IDH es respetuosa de los procedimientos constitucionales para efectos de la adopción de las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por la Convención. En este sentido, una de estas medidas es precisamente el Control de Convencionalidad, el cual -como veremos- tiene como parámetro de control la CADH y la jurisprudencia de la Corte; de forma tal que si bien en ocasiones anteriores ésta ha determinado que el Control de Convencionalidad es *ex officio* y debe ser efectuado directamente por los órganos del Estado, ello es sin perjuicio -como lo dijo en el Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile del año 2012- *“de los procedimientos constitucionales internos, toda vez que los jueces nacionales se encuentran sometidos al imperio de la ley”*⁸⁶.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 439.

⁸⁵ NASH R., Claudio. *Op. cit.*, p. 22.

⁸⁶ BILICIC, Tomislav, VALENZUELA, Williams. *Op. cit.*

10. Conclusiones y algunas consideraciones finales respecto al Control de Convencionalidad.

Con el objeto de terminar este capítulo reforzaremos algunas ideas ya planteadas y además señalaremos algunos desafíos que aparecen en el horizonte del Control de Convencionalidad, y de su eficacia como herramienta en la protección de los Derechos Humanos a nivel nacional y regional.

A modo de conclusión, una vez delimitado claramente el concepto de *Control de Convencionalidad*, su aparición, fuente formal, contenido y efectos, es posible señalar que los derechos fundamentales expresados en los pactos internacionales ratificados y vigentes en Chile son un deber para el Estado. El mismo, por su propia voluntad, ha decidido obligarse ante la comunidad internacional al respeto, promoción y garantía de ellos.

Además del Pacto de San José de Costa Rica, se deben integrar al catálogo del material controlante; otros Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia e interpretaciones que ha realizado la Corte, ya sea en opiniones consultivas o en sus fallos, parámetros que tendrán preferencia sobre cualquier norma de rango constitucional que sea contraria a la Convención o a este otro material controlante⁸⁷.

Respecto a este punto, bastará señalar lo que sostuvo la Corte IDH en el caso conocido como “La última tentación de Cristo”⁸⁸, respecto a las obligaciones del Estado de Chile, fallo en que ordenó que “*el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película ‘La Última Tentación de Cristo’, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto*”⁸⁹. Como podemos ver la Corte ordena al Estado modificar la normativa interna que regula la materia respecto al derecho convencional que se encuentra mejor protegido en el Pacto de San José (libertad de pensamiento y expresión⁹⁰). En este caso, la reforma debía ser a la

⁸⁷ Como mencionamos respecto a la aplicación extensiva del material controlante para la realización del Control de Convencionalidad, la competencia de la Corte IDH se aplicaría también al Protocolo de San Salvador, Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, y a los demás tratados que sobre la materia puedan quedar comprendidos dentro de las atribuciones de la Corte Interamericana y especialmente La Convención sobre los Derechos del Niño, siendo el único límite de esta extensión el hecho de que el Estado haya ratificado y puesto en vigencia el Tratado Internacional que versa sobre Derechos Humanos. *Vid. supra* acápite 3.2. Otros Instrumentos internacionales como material controlante.

⁸⁸ Corte IDH. Caso Olmedo Bustos y otros (“La Última Tentación de Cristo”) Vs. Chile. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 5 de febrero de 2001.

⁸⁹ *Ibid.* Puntos Resolutivos, n° 4.

⁹⁰ CADH, Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

misma Constitución, cuestión que el Estado realizó posteriormente. Esta *supraconstitucionalidad* de los tratados de Derechos Humanos es para el profesor Sagüés una característica que se aprecia según el efecto del Control de Convencionalidad, concluyendo que “*según el control de convencionalidad, la constitución no puede válidamente lesionar al Pacto. Si ello no implica superioridad de la convención sobre la constitución, francamente no sabemos cómo denominar de otro modo a tal estado de cosas.*”⁹¹.

Afirmamos entonces, de acuerdo a lo señalado anteriormente⁹², que el principal efecto de la *inconveniencia* de una norma doméstica será como mínimo la inaplicabilidad de la misma por parte del juez que conoce del asunto.

El juez local tiene la obligación de efectuar el Control de Convencionalidad, no siendo necesaria la remisión a otros órganos jurisdiccionales para la decisión sobre la exclusión de la norma en la aplicación del caso concreto.

En palabras del jurista Miguel Carbonell, el Control de Convencionalidad como lo describimos en este estudio, entrega a los jueces de fondo la “*posibilidad de decretar la inaplicación de las normas generales, lo que tendría como efecto que tales normas no se apliquen a un caso concreto bajo conocimiento de las autoridades judiciales locales, sin que ello afecte a su vigencia ni limite la posibilidad del resto de autoridades para seguirlas aplicando a casos que se presenten más adelante*”⁹³.

Así las cosas, a través de estos pasajes hemos reseñado el concepto de Control de Convencionalidad, quedando varias interrogantes y desafíos pendientes que, en razón de la brevedad de nuestro estudio, no trataremos.

Dentro de las principales interrogantes y desafíos futuros del Control de Convencionalidad destacan la indefinición sobre el hecho de hacer exigible a los jueces de un Estado que *controlen convencionalmente* sus normas jurídicas internas con las de aquellos Tratados Internacionales que no han sido firmados y

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

⁹¹ SAGÜÉS, Néstor. *Op. cit.*, 2010, p. 284.

⁹² *Vid. supra* acápite 7. Efectos del Control de Convencionalidad.

⁹³ CARBONELL, Miguel. *Op. cit.*, p. 82.

ratificados por el mismo, lo cual para alguna parte de la doctrina sólo podría ser parámetro “*de control internacional o externo, es decir, aquel que realiza la Corte Interamericana; en este mismo sentido, no pueden ser del control de convencionalidad interno, pues de lo contrario afecta la ya señalada certeza jurídica-justicia formal y también la soberanía estatal, al pretender vincular al Estado por tratados que no ha decidido libremente suscribir ni incorporar al Derecho interno*”⁹⁴.

⁹⁴ HENRÍQUEZ, Miriam. *Op. cit.*, p. 130.

Capítulo Segundo:

Control de Convencionalidad Ejercido por la Corte Suprema. Análisis de Jurisprudencia en Materia de Familia e Infancia.

Metodología para el análisis de fallos

Tal como ya fue esbozado, este estudio tiene por objeto efectuar un análisis crítico de la jurisprudencia emanada de nuestra Corte Suprema en materias de Familia e Infancia dentro de los años 2012 y 2014 (hasta el mes de octubre inclusive)⁹⁵, con el fin de determinar si hubo o no una correcta aplicación del Control de Convencionalidad por parte de nuestro Tribunal Superior.

Los fallos considerados para efectos de este estudio fueron obtenidos a través de la base de datos del sitio web www.familiainfancia.cl⁹⁶. Nuestra investigación se limitó a la utilización de este buscador debido a que corresponde a la única base de datos que cuenta con todos los fallos de nuestro máximo Tribunal en el período de tiempo ya señalado en materias de Familia e Infancia. No incluimos sentencias de tribunales de base o todas las que corresponden a la Corte de Apelaciones⁹⁷ pues nos fue imposible acceder a la totalidad de ellas.

Cabe destacar que la Corte Suprema detenta la superintendencia directiva, correccional y económica respecto de todos los tribunales de la República, y con las excepciones establecidas por el constituyente, es el superior jerárquico directo de todas las Cortes de Apelaciones, y es a quien corresponde el conocimiento del recurso de casación en el fondo, procedente según el artículo 67 de la Ley N° 19.668, que Crea Los Tribunales de Familia.

El universo de fallos analizados en este estudio es lo suficientemente representativo en virtud de su extensión. Contamos con un total de 372 sentencias dictadas por la Corte Suprema de Chile, y ellas serán abordadas en el mismo orden del siguiente cuadro:

⁹⁵ Para acceder a los fallos en estudio, ver Material Complementario, un CD que contiene el archivo en formato PDF con todos los fallos del período ordenados cronológicamente y por materia.

⁹⁶ El portal sistematiza las resoluciones judiciales en razón de las materias referidas, y ofrece secciones sobre la doctrina emanada de cada fallo, la normativa que aplica, la reproducción de sus considerandos más relevantes, y, finalmente, despliega el texto completo de la sentencia analizada.

⁹⁷ Salvo en los casos en que la sentencia de la Corte Suprema contenga el fallo de la Corte de Apelaciones respectiva.

MATERIA	AÑO 2012	AÑO 2013	AÑO 2014 (OCTUBRE)	TOTAL
FILIACIÓN	20	9	9	38
DERECHO DE ALIMENTOS	74	48	52	174
CUIDADO PERSONAL - RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR	28	33	37	98
PATRIA POTESTAD	1	3	0	4
MEDIDAS DE PROTECCIÓN	7	6	6	19
AUTORIZACIÓN SALIDA DEL PAÍS	3	1	2	6
SECUESTRO INTERNACIONAL	8	4	2	14
ENTREGA INMEDIATA	0	0	5	5
VIOLENCIA INTRAFAMILIAR	1	2	1	4
DECLARACIÓN DE BIEN FAMILIAR	3	3	4	10

Tal como se puede apreciar, hemos agrupado los fallos a analizar en 10 materias, las cuales serán abordadas con distinta profundidad en virtud del contenido que las mismas nos brinden.

Dentro cada grupo se proporcionará una definición del concepto atingente, y se describirá el marco normativo aplicable. Posteriormente se procederá al análisis de los fallos, los cuales a su vez, en algunos casos fueron sub agrupados. Cabe mencionar que esta esquematización no aplica a entrega inmediata y bienes familiares, en donde no se efectuaron mayores consideraciones debido a la poca extensión de la Corte Suprema.

Por otra parte, no todos los fallos contabilizados en el cuadro anteriormente expuesto nos proporcionaron material próspero de análisis en torno al Control de Convencionalidad.

A cada fallo se le asignó un número identificador dentro del grupo al cual pertenece. Dicha asignación fue efectuada con un criterio temporal, siendo el número 1 el más antiguo. Así las cosas, en materia de filiación los fallos van desde el número 1 al número al 38, en alimentos del 1 al 178, en cuidado personal y relación directa y regular del 1 al 98, en patria potestad del 1 al 4, en medidas

de protección del 1 al 19, en autorización para la salida del país del 1 al 6, en secuestro internacional del 1 al 14, en entrega inmediata del 1 al 5, en violencia intrafamiliar del 1 al 4 y en bienes nacionales del 1 al 10.

Dicho esto, es menester señalar los parámetros que hemos establecidos como indicadores del Control de Convencionalidad:

1. Alusión a normativa internacional pertinente.
2. Conjugación de la normativa internacional y nacional.
3. Contenido del cual es dotado la norma. Interpretación y aplicación de la normativa en atención a los parámetros establecidos por la Corte IDH.
4. Valor atribuido en el fallo a la norma internacional.

Cada parámetro se ajustará al tema que se esté analizando. Así mismo, cada vez que sea pertinente se citarán fallos u opiniones consultivas de la Corte IDH con el objeto de verificar la concordancia entre los mismos y la jurisprudencia nacional.

Análisis de Fallos.

1. FILIACIÓN.

En doctrina se entiende por filiación, aquel “*vínculo jurídico que une a un hijo con su padre o madre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su inmediato descendiente, o sea, su descendiente en primer grado*”⁹⁸.

En materia de filiación encontramos 38 fallos comprendidos entre enero de 2012 y octubre de 2014, los cuales serán analizados a continuación siendo agrupados para su mejor estudio en diferentes párrafos. Comenzaremos revisando el principio del Interés Superior del Niño y su aplicación en casos de falta de emplazamiento, luego estudiaremos el derecho a la identidad y como incide la prescripción y finalmente veremos aquellos casos en que existe un interés que no es precisamente el del NNA.

1.1. Interés superior de los niños, niñas y adolescentes y falta de emplazamiento.

En cuanto al interés superior del niño, basta remitirnos a lo expresado por la Corte IDH, al establecer que:

*“[T]oda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o una niña, debe tomar en cuenta el principio del interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia. Respecto del interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de las niñas y los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”*⁹⁹.

Si bien este principio aparece en casi todas las materias estudiadas, anticipamos que en algunos fallos existe una remisión directa al mismo, en otros casos se le aborda indirectamente y en algunos casos ni siquiera aparece como tomado en cuenta para la decisión judicial.

En el fallo número 16 de la Corte Suprema, del 22 de octubre de 2012, en cuanto a la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones que rechaza la apelación del

⁹⁸ ROSSEL S., Enrique. *Manual de Derecho de Familia*. 7ª edic. actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, N° 325, p. 314. Ver SOMARRIVA, U., Manuel. *Derecho de Familia*. Edit. Nascimento, Santiago, 1963, N° 3.

⁹⁹ Corte IDH. Caso Fornerón e Hija Vs. Argentina. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 27 de abril de 2012, párr. 48, 49.

recurrente de nulidad de reconocimiento voluntario de paternidad, encontramos varios elementos destacables, merecedores de algunos comentarios de nuestra parte, en palabras de la CA:

“Que atendido a la trascendencia de sus efectos de la filiación legítima, que son derechos y obligaciones inherentes a la calidad de hijo legítimo, estado civil que forma parte de su patrimonio, debe ser demandado el hijo, y tratándose de un menor debió demandarse a su madre en su representación, o conjuntamente a la madre y el hijo, la primera en virtud de la responsabilidad que se le atribuye en los vicios del consentimiento” (sic) (considerando octavo).

Primero, hacemos notar que la CA incurre en un error, al establecer que el estado civil *forma parte* del patrimonio del NNA. Es necesario precisar que tanto el patrimonio como el estado civil son atributos de la personalidad de todas las personas, pero que son independientes entre sí, no siendo contenido el estado civil dentro del patrimonio¹⁰⁰.

Continúa la CA y señala:

“Que finalmente y teniendo presente el principio que rige el procedimiento de familia y normas sustantivas del Código Civil relativo al interés superior del niño y adolescente establecidos en diversas normas del citado código (artículo 22 inc. 2°, 225 inc. 3°, 229 inc. 2° etc.) y artículo 16 de la ley 19.968, consagrados en tratados internacionales suscritos por Chile, entre otros, la Convención de los Derechos del Niño, debe preferirse oír el menor en calidad de legitimado pasivo de la acción cuando se trata de una demanda de nulidad de reconocimiento basado en vicios del consentimiento, donde sus efectos le serán oponibles” (sic) (considerando noveno).

Teniendo en cuenta lo anterior, aún estamos de acuerdo que en aplicación de las normas del debido proceso en relación con el Interés Superior del NNA, debe existir un trato diferenciado.

En este caso resulta necesario emplazar correctamente al niño a quien afectará inevitablemente lo resuelto en caso de acogerse su petición respecto a la nulidad del reconocimiento, quien quedará sin filiación paterna, por lo tanto la Corte de Apelaciones respectiva y la Corte Suprema realizan un correcto fallo de la causa y

¹⁰⁰ Ahora bien, esta forma de interpretar los derechos y deberes que emanan de la filiación, sustenta la doctrina de entender los derechos de los NNA, como aquellos que requieren exclusivamente un matiz económico para resultar merecedores de protección jurídica, cuestión que por supuesto reprochamos.

además agregan que debe *preferirse* oír al niño, tal como lo expresa la CDN en su artículo 12¹⁰¹, cuestión que tenemos que destacar.

En efecto la Corte IDH ha señalado que, en relación con el derecho a ser oído del NNA:

“De manera específica, la Observación General No. 12 de 2009 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas resaltó la relación entre el ‘interés superior del niño’ y el derecho a ser escuchado, al afirmar que “no es posible una aplicación correcta del artículo 3 [interés superior del niño] si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida”¹⁰².

En el mismo sentido que el fallo de la CS anterior, encontramos el fallo número 14 de la Corte Suprema, de fecha 27 de agosto de 2012, que rechazó el recurso de casación en el fondo interpuesto y adujo las mismas argumentaciones anteriores, en los siguientes términos:

“Que, conforme a lo anotado en el motivo primero precedente, aparece que el recurrente denuncia errores de derecho a propósito de argumentos que no constituyen los fundamentos que los sentenciadores han tenido en consideración para resolver como lo han hecho, pues tal como se ha dicho el rechazo de la acción se ha sustentado en la forma en que se planteó la demanda, al no haberse deducido en contra del menor como sujeto pasivo de la acción impetrada, cuestión de la cual el recurso de nulidad no se hace cargo” (sic) (considerando tercero).

Estamos de acuerdo con lo que resolvió nuestro máximo tribunal, pero discrepamos respecto a la fundamentación que permitió llegar a esa resolución.

Así como en tantas otras ocasiones, la Corte Suprema deja pasar una buena oportunidad de argumentar, cómo podría resultar más favorable al Interés Superior del Niño, la decisión que toma en cada uno de los casos.

En efecto, desde nuestro punto de vista, habría sido conveniente haber dedicado algunas líneas a explicar este principio, así como la forma en que incide al

¹⁰¹ CDN. Artículo 12.

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

¹⁰² Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 24 de febrero de 2012, párr. 197.

momento de resolver la litis, no simplemente reiterar un párrafo como cláusula de estilo y mencionar que en atención al carácter formal del recurso, a una cuestión netamente procedimental, se desecha el mismo sin mayor análisis.

Conclusiones.

1. En nuestra opinión, el emplazamiento respecto al presunto hijo o hija debe ser en extremo riguroso, porque lo decidido en el juicio podría afectar de forma radical la vida de un NNA, razón por lo cual es necesario emplazarlo correctamente, exigiendo un grado superior de diligencia en la actividad del demandante y además una labor activa de escrutinio por parte de los Jueces.
2. Generalmente no se realiza una comprobación del respeto cabal de los derechos de las niñas y niños involucrados, así como tampoco se realiza una argumentación positiva; la forma en que se afectarían los derechos de los NNA si se aceptara lo reclamado por el padre recurrente.
3. Lo que sí hace la CS es precisamente optar por el camino más sencillo y expedito en el fallo del recurso de casación, optando por la aplicación del carácter de derecho estricto del recurso, por la fijación de los hechos establecidos en el tribunal de base, para desestimar la intención del recurrente.
4. Por lo tanto, podemos sostener que desde la perspectiva del Control de Convencionalidad que hemos propuesto, si bien se cumple de forma tácita con un respeto por el Interés Superior del Niño, este respeto es incompleto toda vez que la fundamentación del fallo de casación debe ser concordante con ese mismo principio, haciendo referencia expresa al respeto de los derechos y la forma en que incide el fallo en cada uno de ellos en relación con los NNA, siempre teniendo en consideración su Interés preponderante.

a. Excepcionalidad del cambio de circunstancias respecto a los niños, niñas y adolescentes.

En otro aspecto del estudio de los fallos de filiación, podemos mencionar la excepcionalidad del cambio de circunstancias del NNA como una forma de resguardar su Interés. Los argumentos los encontramos en el fallo de la Corte Suprema número 18, del día 12 de noviembre de 2012, en el cual se decide mantener el estado civil de un niño en vez de modificarlo, dando preferencia a la filiación matrimonial que tiene el infante frente a la presunción por sanción que implica no asistir a la toma de muestras biológicas, en palabras de la Corte Suprema:

“Que sobre la base de los presupuestos fácticos reseñados precedentemente, los jueces del fondo resolvieron rechazar la

demanda intentada, desestimando aplicar la presunción de paternidad prevista en el artículo 199 del Código Civil, dada por la inasistencia injustificada de las partes a las pericias de ADN decretadas en autos, dando primacía a la presunción del artículo 184 del Código Civil, que contempla la de la filiación matrimonial que opera respecto del menor de autos y el cónyuge de su madre, por haber nacido y haber sido concebido durante el matrimonio de éstos. Estiman que en el caso sub- lite no se rindió prueba que permita desvirtuar los presupuestos en que se sustenta la presunción del referido artículo 184 del Código Civil, para hacer efectiva la impugnación de una filiación matrimonial ya determinada” (sic) (considerando tercero).

El argumento que utiliza la CS se basa en el principio de que mantener las condiciones actuales en que ha crecido el niño y amparando su sano desarrollo de niñez, precisamente se cautela el interés superior de éste, en vez de aplicar la presunción de paternidad respecto al tercero, considerando que un cambio repentino y abrupto de su situación debe ser justificado y excepcional, como cuando la Corte IDH en el Caso Fornerón Vs. Argentina (2012) señaló que:

“[E]l disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia. En este sentido, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia”¹⁰³.

En los mismos términos, la sentencia de la Corte de Apelaciones se remite al Interés Superior del Niño en el fallo número 11 de la CS, de fecha 6 de agosto de 2012, en que señala:

“Que, sin perjuicio de lo señalado precedentemente, dar valor a la presunción del artículo 199 del Código Civil, frente a la negativa de la madre, y consecuentemente la del menor, de practicarse dichos exámenes por sobre el reconocimiento voluntario realizado por el padre, limita el principio fundamental que informe todo el Derecho de Familia, esto es, el interés superior del niño. Ello por cuanto, de aceptarse la demanda en los términos planteados “tener un eventual interés patrimonial” significaría privar el menor de su derecho a la identidad. Además, el hecho de tener una filiación paterna determinada ayuda en la vida social del niño, aunque no sea la que verdaderamente le corresponde” (sic) (considerando sexto).

Lo contradictorio en este párrafo es que la Corte de Apelaciones de Arica realiza un acabado estudio sobre el fundamento jurídico del Interés Superior del Niño,

¹⁰³ Corte IDH. Caso Fornerón e Hija Vs. Argentina. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 27 de abril de 2012, párr. 45.

invocando las normas contenidas en Tratados Internacionales, Convenciones y también la incorporación a la legislación interna por vía del artículo 5° inciso segundo de la Constitución. Discurre su argumento sobre la aplicación directa de las normas internacionales en cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado de Chile, pero comete a nuestro parecer dos equivocaciones al momento de aplicar dichas normas, primero al afirmar que el interés debe ser únicamente de carácter patrimonial¹⁰⁴ y, segundo, que “*el hecho de tener una filiación paterna determinada ayuda en la vida social del niño, aunque no sea la que verdaderamente le corresponde*”¹⁰⁵.

Al respecto no queda claro cómo es que la CA arriba a la conclusión de que tener un padre, aunque no sea el biológicamente verdadero, es algo que “ayuda” en la vida social del niño, a mayor abundamiento, no se encuentran antecedentes, declaraciones de testigos, o peritajes en el proceso que permitan llegar a esa conclusión, así como tampoco se argumenta en base a principios o interpretaciones, o alguna remisión a doctrina nacional o internacional; simplemente se asume sin más que un niño con padre es preferible para la vida social que uno sin él.

Nos parece al menos lamentable el hecho de haber estudiado de tan buena forma el principio del Interés Superior del Niño, pero no haberlo dotado de contenido al caso en concreto y al momento de aplicar (y justificar) su decisión, además emitiendo un juicio de valor respecto a una situación sin causa justificada, cuestión que rechazamos totalmente.

En este ámbito la Corte IDH es enfática al señalar, como lo hizo en el Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile (2012), que no es admisible la emisión de juicios de valor basados en prejuicios o conceptos generales, bajo el pretexto de interpretar el Interés Superior del Niño, razón por lo cual los jueces deben fundamentar sus consideraciones .

Señala la Corte IDH que:

“Igualmente, la Corte [IDH] constata que 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

¹⁰⁴ Vid *infra* acápite 1.3. Interés ajeno en casos de filiación.

¹⁰⁵ ETCHEBERRY, Leonor. *Derecho de familia, sucesorio y regímenes matrimoniales*. Revista Chilena de Derecho Privado, N° 15, diciembre de 2010, pp. 225-232, p. 231.

*personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia*¹⁰⁶.

Conclusiones.

1. En atención a la jurisprudencia de la Corte IDH, podemos señalar que nuestra CS ha hecho una correcta interpretación del principio de unidad familiar, ya que ha resuelto en los casos en estudio, que los NNA deben permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función de su Interés Superior para ser separados de su núcleo familiar, siguiendo en estos razonamientos al criterio utilizado por la Corte IDH.
2. Según nuestra opinión, la CS incurre en un error al emitir un juicio de valor que parece injustificado, carente de sustento en antecedentes del proceso, y que responde más bien a un prejuicio sobre el concepto tradicional de familia, cuestión que como vimos, la Corte IDH ha rechazado categóricamente.

b. Posesión notoria del estado civil de hija o hijo.

Un tercer aspecto sobre la filiación como materia del Derecho de Familia, dice relación con los casos en que existe una remisión desde la posesión notoria del estado civil de hijo, al principio del Interés Superior del Niño.

En efecto, al estudiar el fallo número 17 de la CS, de 22 de octubre de 2012, respecto a la posesión notoria del estado civil de hijo o hija, la Corte Suprema señaló que:

“[S]obre la base de los presupuestos fácticos reseñados precedentemente, los jueces del fondo resolvieron acoger las acciones intentadas, desestimando aplicar a la resolución del caso la posesión notoria del estado civil invocada por el demandado, no obstante, estimar que se configuran los elementos de nombre, trato y fama que exige la ley, por existir razones graves para hacer prevalecer la verdad biológica dada por la pericia realizada, pues ello vulneraría su derecho a la identidad, desde que la menor ya sabe que el demandado no es su padre y que entre la misma y el actor ha ido surgiendo un vínculo de afecto de manera espontánea” (considerando tercero).

En particular, se aprecia la aplicación de una norma interna¹⁰⁷ que se encuentra en armonía con la legislación internacional respecto al Interés Superior de la Niña, ya

¹⁰⁶ Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 24 de febrero de 2012, párr. 109.

¹⁰⁷ Código Civil. Artículo 201.

La posesión notoria del estado civil de hijo, debidamente acreditada, preferirá a las pruebas

que la regla de preferencia de la prueba de la posesión notoria de la calidad de hija en comparación con la prueba pericial biológica, cede en beneficio de ella, al tomar en cuenta, precisamente como preponderante, su derecho al desarrollo pleno, pero deja también a salvo su derecho a la identidad.

En varias oportunidades la Corte IDH se ha referido a este derecho a la identidad, dando cada vez un mejor concepto y alcance del mismo, como lo hizo en el Caso Gelman Vs. Uruguay (2011) en el cual señaló:

“Así, la referida situación afectó lo que se ha denominado el derecho a la identidad, que si bien no se encuentra expresamente contemplado en la Convención, en las circunstancias del presente caso es posible determinarlo sobre la base de lo dispuesto por el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que tal derecho comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia. Asimismo, el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso”¹⁰⁸.

Del mismo modo, en el denominado Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala (2009), tuvo ocasión de referirse a la relación entre el Interés Superior del Niño y el derecho a la identidad, en esa oportunidad, la Corte IDH señaló que:

“En cuanto al derecho al nombre, la Corte hace notar que ha establecido en su jurisprudencia que ‘el derecho al nombre, reconocido en el artículo 18 de la Convención Americana, constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona’. En este sentido, el Tribunal ha señalado que “los Estados deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción al derecho ni interferencia en la decisión de escoger el nombre. Una vez registrada la persona, se debe garantizar la posibilidad de preservar y restablecer su nombre y su apellido. El nombre y los apellidos son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia”¹⁰⁹.

También, respecto del inciso final del artículo 201 del Código Civil, creemos que es importante destacar la correcta aplicación del principio del Interés Superior de

periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción entre una y otras.

Sin embargo, si hubiese graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar la regla anterior, prevalecerán las pruebas de carácter biológico.

¹⁰⁸ Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia de Fondo y Reparaciones. 24 de febrero de 2011, párr. 122.

¹⁰⁹ Corte IDH. Caso de la masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 24 de noviembre de 2009, párr. 192.

la Niña en el presente caso, ya que la forma de interpretar el mismo es concordante con los antecedentes del proceso, en el cual, a pesar de comprobarse el cumplimiento de los requisitos de la posesión notoria se privilegia la mantención de la unidad familiar y las condiciones sociales que rodean al NNA.

En el mismo sentido, encontramos el fallo número 2 de la CS, de 29 de febrero de 2012, en el cual señaló que:

“el conflicto de intereses que se plantea a propósito de la paternidad en disputa debe ser resuelto teniendo en consideración el interés superior de los menores, estimando que el cambio que experimentarían de acogerse las acciones impetradas podría ocasionar perjuicio en su vida tanto a nivel individual como social” (sic) (considerando tercero).

Nuevamente, compartimos con la Corte Suprema su reafirmación de la calidad de principio informante que posee el Interés Superior, y nuevamente discrepamos en la forma en que se arriba al fallo, sin señalar en detalle de qué forma se produce un perjuicio a los niños.

Estamos convencidos de que, en las materias relativas al Derecho de Familia, el Juez debe ser sumamente cuidadoso de evitar decisiones prejuiciosas o infundadas, entendiendo también que su obligación de fundamentar las sentencias en términos estrictos se relaciona también con otros Derechos Fundamentales como el Debido Proceso y la Igualdad ante la Ley, tanto de las partes directas del proceso como de los niños y niñas que actúan representados por adultos. Por lo tanto, esa labor de fundamentar la sentencia debe ser en estricto rigurosa con evitar las valoraciones basadas en prejuicios personales, que no tienen cabida según nuestra legislación.

También en relación con la posesión notoria del estado civil de hijo, encontramos el fallo número 27 de la Corte Suprema, del 21 de octubre de 2013, en el cual se rechazan las acciones de impugnación y reclamación respecto de la niña, posteriormente la Corte de Apelaciones de Puerto Montt confirma la sentencia, aunque con un voto en minoría del abogado integrante don Mauricio Cárdenas García, argumentando que por el Interés Superior de la Niña, que tenía una filiación paterna determinada tanto legal como biológicamente en la misma persona, se debería acoger la posesión notoria del estado civil de hija respecto a la persona que la ha cuidado y tratado como tal, con afecto y dedicación, señalando que la verdad biológica cede en beneficio de su interés, aún con mayor razón cuando el padre biológico y legal se ha allanado a la solicitud¹¹⁰.

¹¹⁰ Fallo número 27 de la Corte Suprema. Sentencia Corte de Apelaciones de Puerto Montt, treinta y uno de mayo de dos mil trece, que en lo pertinente señala:

Al respecto, según nuestra opinión resulta necesario argumentar de mejor forma la decisión a la cual arriban ambas Cortes, conociendo de la apelación y de la casación en el fondo respectivamente, ya que aparecen contraposiciones importantes entre el Interés Superior de la Niña y las normas perentorias que habilitan a la demandante para obtener su pretensión.

Conclusiones.

1. Creemos que el Juez, conociendo de un asunto de familia que involucre o pueda afectar directa o indirectamente a las niñas o niños respectivos, debe ser sumamente cuidadoso de evitar decisiones prejuiciosas o infundadas, fundamentando sus sentencias en términos estrictos, porque sólo de esta forma se resguarda el derecho al Debido Proceso y la Igualdad ante la Ley, tanto de las partes directas del proceso como de los niños y niñas que actúan representados por adultos.
2. En nuestra opinión, no es suficiente la aplicación de un criterio formalista al momento de la resolución de casos que involucran NNA, creemos que se debieron interpretar las disposiciones aplicables, de acuerdo a los principios que regulan la legislación filiación y la Jurisprudencia de la Corte IDH reseñada, cuestión que la Corte Suprema constantemente evita al aducir argumentos de forma para desechar los recursos que conoce.
3. Creemos que existen razones importantes para interpretar la norma que prohíbe transigir sobre el estado civil, toda vez que en virtud del Interés Superior del NNA (como en el fallo número 27) estas normas no pueden pasar a lesionar Derechos Humanos. Estimamos que la opción que respeta íntegramente los derechos de la infancia habría apuntado a una solución distinta, dejando incluso sin aplicación la norma en cuestión, a pesar de tratarse de una norma prohibitiva, utilizando la herramienta del Control de Convencionalidad como ya estudiamos.

Según lo estudiado sobre el Control de Convencionalidad, la situación de estabilidad de las relaciones de familia, así como evitar el incumplimiento de

“El legislador reconoce excepciones a dicha verdad, haciendo primar la posesión notoria de estado civil si ella es contradictoria con la realidad biológica, facultando al juez para decidir lo contrario para obtener y respetar el interés superior del niño, si existe grave inconveniente para este último.

IV. Que, de los artículos 200 y 201 del Código Civil se puede afirmar que el legislador prefiere la verdad social, por consiguiente no es efectivo que el factor biológico sea absoluto y determinantes para la determinación de la paternidad.

Se deben preferir los lazos de afecto, cariño y dedicación demostrado por quien ha ejercido de padre durante casi toda la vida de la menor, por sobre la verdad genética.

Para determinar estos afectos, amor y cariño, no resulta irrelevante, para este sentenciador, que el padre biológico se haya allanado sin observación u objeción alguna a la demanda de impugnación de paternidad interpuesta, y en contraposición el demandado [demandado de impugnación de paternidad], también lo haya hecho, demostrando con ello, el primero, el nulo compromiso afectivo con la menor ni intención de tenerlo, y el segundo por el contrario, la clara manifestación de voluntad de formalizar y legitimar una situación de cuidado, educación, cariño y amor mantenida desde hace más de 7 años.”

las obligaciones correlativas de la filiación, que intenta precaver la prohibición del artículo 2450 del Código Civil, cede en el fallo en favor del Interés Superior de la Niña, pero en general, nos permite cuestionar si se realizó realmente una ponderación particularizada de los derechos que se encuentran en juego en cada caso.

1.2. El Derecho a la Identidad y la prescripción de las acciones de filiación.

El Derecho a la Identidad constituye un elemento inherente al ser humano tanto en sus relaciones con el Estado como con la sociedad.

La Corte IDH ha concluido que *“el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso”*¹¹¹.

Si bien, el Derecho a la Identidad ha sido expresamente reconocido por varios instrumentos y estándares internacionales en relación con los Derecho del Niño, la Corte Interamericana ha precisado que:

*“[L]a identidad entraña una importancia especial durante la niñez, pues es esencial para el desarrollo de la persona, lo cierto es que el derecho a la identidad no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, pues se encuentra en constante construcción y el interés de las personas en conservar su identidad y preservarla no disminuye con el paso de los años”*¹¹².

Del mismo modo, la Asamblea General de la OEA señaló *“que el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios a través del cual se facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales como la Declaración Americana sobre derechos y deberes del hombre y la Convención Americana”*¹¹³.

¹¹¹ Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia de Fondo y Reparaciones. 24 de febrero de 2011, párr. 122, y Corte IDH. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 31 de agosto de 2011, párr. 113.

¹¹² COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. *Opinión “sobre el alcance del derecho a la identidad”*, 71º Período ordinario de sesiones, Río de Janeiro, Brasil, Documento CJI/doc. 276/07 Rev. 1, de 10 de agosto de 2007, párrs.11.2, 12 y 18.3.3, aprobado en el mismo período de sesiones mediante Resolución CJI/RES.137 (LXXI-O/07), de 10 de agosto de 2007, punto resolutivo segundo.

¹¹³ OEA. *Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y ‘Derecho a la Identidad’*, Resolución AG/RES. 2286 (XXXVII-O/07) de 5 de junio de 2007; resolución AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08) de 3 de junio de 2008 y resolución AG/RES. 2602 (XL-O/10), sobre seguimiento al programa, de 8 de junio de 2010. Sobre ese aspecto el Comité Jurídico Interamericano consideró que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, si bien no consagra el derecho a la identidad bajo ese nombre expresamente, sí incluye, como se ha visto, el derecho al nombre, el derecho a la nacionalidad y el derecho relativo a la protección de la familia.

En lo que respecta a los fallos analizados, encontramos diferentes opiniones respecto a la importancia de este Derecho a la Identidad, su regulación interna, la manera en que se complementa con las acciones de filiación y la forma en que nuestro máximo tribunal (y en algunos casos también la Corte de Apelaciones) aplican e interpretan este derecho a los casos sometidos a su conocimiento.

En el fallo número 12 de fecha 11 de agosto de 2011, la CS determinó que no se configuró la excepción de cosa juzgada respecto a la demanda de reclamación de paternidad para el padre quien ya había sido citado para reconocimiento del niño¹¹⁴. En este caso se prefiere una interpretación y resolución acorde con la normativa nacional e internacional cuando en la opción contraria se habría negado definitivamente la opción de un niño a conocer su identidad biológica.

Además, la Corte Suprema recalca la circunstancia de que la resolución del caso se ajuste plenamente a los estándares de la CIDN, en los siguientes términos del fallo número 12, ya mencionado:

“Que por su parte el artículo 2° transitorio de la ley N°19.585 establece que las personas que no tenían una filiación determinada conforme al régimen filiativo anterior, pueden reclamarla en la forma y de acuerdo a las reglas establecidas en la nueva normativa. De lo anterior se concluye que aun cuando se hubiere intentado una acción para obtener alimentos conforme al anterior artículo 280 numerales 1, 2, 3 ó 5 del Código Civil o se hubieren efectuado las citaciones que preveían los anteriores artículos 271 N°5 y 280 N°4, sin haberse obtenido la calidad de hijo natural o simplemente ilegítimo con derecho a alimentos, resulta posible reclamar la filiación de acuerdo al nuevo estatuto filiativo. El sentido así determinado de esta norma armoniza con los principios de libre investigación de la paternidad y de igualdad que inspiran la ley de filiación, garantizando el derecho a la identidad biológica, consagrado, también, en los artículos 7 y 8 de la Convención Sobre los derechos del Niño” (sic) (considerando sexto).

En el mismo sentido, aunque con circunstancias distintas, la CS rechazó el recurso de casación en el fondo conociendo del fallo número 6, de fecha 14 de mayo de

¹¹⁴ Considerando Quinto: Que, sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que en la especie no se configuran los presupuestos de la triple identidad que consagra el artículo 177 del Código de Enjuiciamiento Civil, entre el actual juicio y aquél que ha invocado el demandado. En efecto, la acción ejercida en autos corresponde-como se ha dicho- a la de reclamación de filiación no matrimonial, misma que ha dado origen a un proceso ‘destinado a obtener la verdad real, biológica, de una relación filiativa’ (‘La Filiación en el Nuevo derecho de Familia’, pág. 136, Claudia Schmidt-Paulina Veloso. Editorial Conosur Lexis Nexis Chile). En cambio la acción anterior, de citación para el reconocimiento de la calidad de hijo natural estaba dirigida a exteriorizar la existencia de una voluntad, en tal sentido. En este contexto las autoras citadas señalan: ‘No existía propiamente una acción de investigación destinada a conocer la verdad biológica, sino que era una acción destinada a averiguar si había existido de parte del demandado una voluntad de reconocer al hijo como suyo. La voluntad, no la verdad biológica, era el objeto de la investigación’. (obra citada, pág. 138)”.

2012. En el fallo de la Corte de Apelaciones de Talca, respecto a la apelación interpuesta por el padre demandado invocando la excepción de cosa juzgada por el desistimiento de la madre del niño en un juicio anterior, el tribunal ad quem sostiene la irrenunciabilidad de dicha acción de reclamación de filiación, toda vez que es un derecho inherente al ser humano, y que por lo tanto la excepción de cosa juzgada no puede fundarse en dicha renuncia, salvaguardando la opción de que el niño pueda conocer de todas formas quién es su padre biológico¹¹⁵.

En el mismo sentido, encontramos los fallos de la Corte Suprema números 26, de 9 de octubre de 2013, y el fallo número 25, de 24 de septiembre de 2013, que asentando este principio respecto a la Cosa Juzgada, establecen que:

“[S]e debe inferir que la institución de la cosa juzgada no tiene aplicación en un caso como el sub lite, en la medida que aparece erigiéndose como un verdadero obstáculo al ejercicio del derecho a la identidad, esto es, al derecho que le asiste a la parte demandante a conocer su origen biológico, y que, como se señaló, está reconocido en la Convención de los Derechos del Niño, instrumento internacional que forma parte de lo que la doctrina denomina “bloque de constitucionalidad”, atendido lo establecido en el artículo 5, inciso 2°, de la Constitución Política de la República; más aún si la sentencia que el recurrente invoca para alegar la cosa juzgada, y que se dictó en el proceso [previo] rol [...] seguido ante el [...] Juzgado de Letras de la [Región de Coquimbo], no resolvió el conflicto sometido a la consideración del tribunal” (sic) (fallo número 26 CS, considerando cuarto).

La relación entre la institución de la prescripción, la irrenunciabilidad de las acciones de filiación y el Derecho a la Identidad, también es tratada en la Sentencia de la Corte de Apelaciones de 24 de febrero de 2012, inserta en el fallo número 6 de la CS, que señaló:

“Que (...) la acción de reclamación de la filiación, matrimonial o no matrimonial, es irrenunciable, por ser un derecho de la personalidad, recogido en el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Del mismo modo, a nivel de la legislación interna, el artículo 195 del Código Civil en su inciso primero establece que la ley posibilita la investigación de la paternidad o maternidad en la forma y con los medios previstos en los artículos que siguen, mientras que en su inciso segundo preceptúa que el derecho de

¹¹⁵ En el mismo sentido: fallo número 35 de Filiación de la CS, de 26 de agosto de 2014, en el que se establece que no cabe renuncia o desistimiento de la acción por parte de la madre del niño cuando se intenta precisamente determinar su filiación paterna; considerandos segundo, tercero y sexto.

reclamar la filiación es imprescriptible e irrenunciable (considerando décimo tercero).

Que si bien es efectivo que la actora se desistió de la acción de filiación en contra del mismo demandado en la causa Rit [...], como se ha expresado en la resolución de 10 de mayo del año próximo pasado, tal desistimiento no es otra cosa que la renuncia de una acción de reclamación de filiación en un proceso en que ya se ha formado la relación procesal, pero no por eso deja de ser renuncia de tal acción, la que, según se ha dicho, se encuentra jurídicamente prohibida (considerando décimo cuarto).

Que entonces, si legalmente no se puede renunciar a la acción de reclamación de filiación, antes o después de promovida, el desistimiento de ella no produce el efecto extinción de la misma y, consecuentemente, la excepción de cosa juzgada, fundada en él, no puede prosperar” (considerando décimo quinto).

De la misma forma, en el fallo número 8 de la CS, de 11 de junio de 2012, nuestro Tribunal reafirmó el carácter imprescriptible de las acciones de reclamación de filiación y su relación con la acción de impugnación, en particular la Corte Suprema señaló:

“Que los jueces del fondo rechazaron las alegaciones en que el demandado fundó su oposición basados en que si bien la acción de impugnación de la paternidad tiene plazos de caducidad, al constituir un imperativo su ejercicio en forma conjunta con la de reclamación de otra distinta, no es posible extender su aplicación a esta última, pues se trata de una acción imprescriptible. Respecto del artículo 5° transitorio se considera que dicha norma no es aplicable al caso sub lite, en el cual es requisito necesario ejercer la acción de impugnación en forma conjunta con la de reclamación, teniendo en consideración los principios consagrados en la Convención de los Derechos del Niño y en el actual estatuto filiativo, como el derecho a la identidad y a la verdad biológica” (considerando tercero).

Luego, en el fallo número 23 de la CS, de 1° de julio de 2013, aparecen los tres aspectos en que hemos ordenado el estudio de los fallos en materia de filiación: se refiere en un aspecto al Interés Superior del NNA, a la prescripción de las acciones y al interés ajeno en casos de filiación.

En el caso en comento, la CS se pronunció respecto a la improcedencia de la acción de impugnación de la paternidad determinada por sentencia firme, pues el artículo 220 del Código Civil¹¹⁶ es una norma prohibitiva y de orden público, en

¹¹⁶ Código Civil. Artículo 220.

relación a la cosa juzgada en materia de filiación, y la aplicación perentoria del artículo ya referido.

También encontramos que existe una importante remisión al Interés Superior del Niño así como al interés de la madre en la presentación de las acciones. El fallo señala los motivos para el rechazo del recurso refiriéndose a cada uno de estos aspectos, en la siguiente forma:

“Que no procede impugnar la paternidad determinada por sentencia firme, por lo que de haber dado lugar a la demanda se habría infringido una norma expresa, prohibitiva y de orden público, que contempla la legislación civil en el artículo 220 del Código del ramo. Agrega el sentenciador que pudo apreciar que la actora no ejerció las acciones de reclamación e impugnación en ambos tribunales en el interés de su hija sino en el suyo propio, sin considerar el daño que sus acciones y decisiones de vida han generado en la niña, cambiando radicalmente y en forma abrupta toda la dinámica familiar existente en su exclusivo beneficio (...) y por la conducta desplegada por la madre para generar el rechazo de la niña a su padre el Sr. [demandado de impugnación de paternidad], según pudo apreciar el Juez en la audiencia privada tomada con la niña y, que también quedó asentado claramente en el fallo” (considerando tercero).

Estamos de acuerdo en que la actitud de la madre de la niña es pernicioso para su desarrollo pacífico¹¹⁷, ya que es ampliamente aceptado que el síndrome de alienación parental (SAP) es una forma de maltrato al NNA que consiste en aquél *“trastorno caracterizado por un conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, mediante distintas estrategias, con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor”*¹¹⁸.

Por lo anterior es que nos parece relevante que el tribunal califique las actuaciones del progenitor, que sin medir las repercusiones de sus actos, insiste en modificar una filiación que sea obtuvo por sentencia judicial. Precisamente se intenta cautelar el desarrollo pleno, así como la mantención de las condiciones y circunstancias que la rodean, en favor del Interés Superior de la Niña, impedir que su madre intente acciones que contradigan sus propias actuaciones y que

No procederá la impugnación de una filiación determinada por sentencia firme, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo 320.

¹¹⁷ El estudio del Síndrome de Alienación Parental (SAP) escapa al ámbito de nuestro trabajo, para mejores referencias ver: GONZÁLEZ N., MARÍA. *Modelos de Guarda y Custodia. Síndrome de Alienación Parental*. Editorial Bosch, 2010, Barcelona, España; PEDROSA, DELIA y BOUZA, JOSÉ. *(SAP) Síndrome de Alienación Parental*. Editorial García Alonso, 2008, Buenos Aires, Argentina; y AGUILAR, José Manuel. *S. A. P. Síndrome de Alienación Parental*. Editorial Almuzara, 2007, Madrid, España.

¹¹⁸ SEGURA, C., GIL, MJ. y SEPÚLVEDA, MA. *El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil*. En: Cuadernos de medicina forense N° 43-44, Sevilla, enero -abril 2006, pp. 117-128, p. 120.

afectarán posiblemente a la niña en cuanto a su relación con el padre legal y biológico.

Conjuntamente con estas actuaciones encontramos la creación artificiosa de este rechazo al progenitor, que se manifiesta al “*no garantizar y obstaculizar el derecho fundamental del menor de mantener sus afectos y vínculos emocionales con sus progenitores y familiares, es una forma de maltrato que le provoca un daño a su bienestar y desarrollo emocional*”¹¹⁹ (sic).

Continúa el fallo número 23, y señala:

“En razón de lo expuesto, estiman que resulta mejor rechazar la demanda y dejar que la propia M_X_A tome personalmente la decisión que su madre le ha intentado imponer de manera judicial, pues, estando determinada su filiación por reconocimiento, ésta puede repudiarlo una vez que alcance la plena capacidad, de conformidad con lo prevenido en los artículos 212 y 214 del Código Civil. Así, por considerar el interés superior de M_X_A, quien aún tiene lazos afectivos importantes con el Sr. [demandado de impugnación de paternidad] debe mantenerse su actual estado de filiación y se rechaza la demanda en todas sus partes” (considerando tercero).

Finalmente la CS estima, en atención al mismo Interés Superior, que el derecho interno ofrece alternativas razonables a la niña una vez que alcance la mayoría de edad para repudiar el reconocimiento en forma personal, así como la interposición de la acción de reclamación de paternidad pertinente, salvaguardando su Derecho a la Identidad, pues como señala la legislación y jurisprudencia nacional, esta acción es imprescriptible.

Otro fallo que nos gustaría destacar, en relación a la prescripción de las acciones y el Derecho a la Identidad, es el fallo número 22 de la CS, de 19 de junio de 2013, en el cual los demandantes interponen un recurso de casación en el fondo, denunciando la infracción del artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política de la República, sosteniendo que resolver la litis fundándose únicamente en el plazo del artículo 5 transitorio de la Ley N° 19.585¹²⁰, en relación con el artículo 206 del

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ Ley N° 19.585. Artículo 5° transitorio.

Los plazos para impugnar, desconocer o reclamar la filiación, paternidad o maternidad, o para repudiar un reconocimiento o legitimación por subsiguiente matrimonio, que hubieren comenzado a correr conforme a las disposiciones que esta ley deroga o modifica se sujetarán en su duración a aquellas disposiciones, pero la titularidad y la forma en que deben ejercerse esas acciones o derechos se regirá por la presente ley.

Los plazos a que se refiere el inciso anterior que no hubieren comenzado a correr, aunque digan relación con hijos nacidos con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, se ajustarán a la nueva legislación.

No obstante, no podrá reclamarse la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Pero podrán interponerse las acciones contempladas en los artículos 206 y 207 del Código Civil dentro del plazo de un año, contado desde la entrada en vigencia de la presente ley, siempre que no haya habido sentencia

Código Civil¹²¹, contraponen los derechos esenciales de la naturaleza humana garantizados por los Pactos Internacionales, debiendo preferirse la normativa de grado superior.

En síntesis lo que exponen los recurrentes no es más que se realice por el juez del caso la aplicación del Control de Convencionalidad, pasando por sobre una norma de rango de ley prefiriendo la aplicación e interpretación de la norma (faltando doctrina y jurisprudencia) consagrada por los Tratados Internacionales.

Al respecto tanto la Corte de Apelaciones de Santiago como la Corte Suprema mantuvieron lo señalado por el Juzgado de Familia, es decir se rechazaron las acciones tendientes a reclamar la verdad biológica respecto al padre ya fallecido.

Con todo, destacaremos el voto en minoría del Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, don Jorge Luis Zepeda Arancibia, en el cual aparece argumentada la posición a favor de la aplicación de un Control de Convencionalidad de la norma contenida en el artículo 5 transitorio ya referido en los mismos términos expresados por este estudio, es decir al menos inaplicando la norma al caso en cuestión directamente por el Juez de Familia o del superior jerárquico, sin necesidad de realizar la acción destinada a la inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional¹²².

En efecto, el Ministro Zepeda comienza con la remisión a las obligaciones contraídas por el Estado de Chile en el plano internacional, luego señala las normas internacionales que contemplan los derechos en cuestión, las normas de la CDN, Pacto San José de Costa Rica, Convención de Viena, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, promulgado mediante Decreto Supremo N° 326, entre otros instrumentos, para después pasar a argumentar la recepción de estas normas internacionales por el derecho interno y la solución acorde a los principios y tratados ya referidos, de la siguiente forma:

“[A]l tratarse del derecho fundamental a la identidad que tiene toda persona humana, en cuanto a las acciones de impugnación y de reclamación de paternidad, a este derecho se incorporan los

judicial ejecutoriada que rechaza la pretensión de paternidad o maternidad. En este caso, la declaración de paternidad o maternidad producirá efectos patrimoniales a futuro y no podrá perjudicar derechos adquiridos con anterioridad por terceros.

¹²¹Código Civil. Artículo 206.

Si el hijo es póstumo, o si alguno de los padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, la acción podrá dirigirse en contra de los herederos del padre o de la madre fallecidos, dentro del plazo de tres años, contados desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad.

¹²² Constitución Política de la República. Artículo 93.

Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

6° Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.

convenios o tratados internacionales que se refieren a la materia, los que han sido analizados precedentemente; los cuales en la dogmática jurídica que le es propia - derecho internacional de los derechos humanos - deben ser interpretados y aplicados de acuerdo con las reglas generales de cumplimiento del derecho internacional y de buena fe (*bonna fide*), (*pacta sunt servanda*), regla de derecho internacional que se considera *ius cogens*, y además derecho consuetudinario internacional, sin perjuicio de encontrarse también estipuladas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el que se encuentra vigente en nuestro país desde el veintisiete de enero de mil novecientos ochenta, y que en definitiva para este disidente resuelve el problema de la atinencia de la norma aplicable al caso, al establecer en su artículo 27, que el Estado no puede invocar su propio Derecho Interno para eludir sus obligaciones internacionales, de hacerlo comete un hecho ilícito que compromete la responsabilidad internacional del Estado.

Y desde luego, por las razones expuestas, no se desconoce lo resuelto en su oportunidad en cuanto a la aplicabilidad para el derecho interno de las normas pertinentes del derecho de familia, puesto que se trata de razonar cual es la norma del sistema jurídico atinente al caso, esto es, qué es lo debido desde el punto de vista del conjunto de normas del derecho interno y del derecho internacional vigente en Chile y que es lo que éste exige, Y, en consecuencia, tal interrogante de qué es lo válido desde el punto de vista jurídico en este caso concreto, se resuelve mediante un juicio de primer orden, el cual es que lo que el derecho ordena en este caso concreto es el respeto del derecho inalienable, irrenunciable e imprescriptible del derecho a la identidad que poseen los demandantes como personas humanas” (considerando sexto del voto en minoría, fallo número 22 de la CS, Sentencia de la CA).

En este razonamiento del Ministro Zepeda, encontramos todos los elementos que mencionamos respecto al Control de Convencionalidad, en el entendido que el juez debe preferir la aplicación de una norma de carácter internacional antes que una interna, cuando la garantía de tutela efectiva del Derecho se encuentra mejor protegida por los Tratados Internacionales, no porque el Tratado tenga un rango superior a la Ley como fuente del derecho, sino porque precisamente establece Derechos Fundamentales respecto a todas las personas y que son oponibles al Estado, a sus actuaciones y a sus resoluciones judiciales.

Resulta lamentable que finalmente la Corte Suprema no se hiciera cargo de lo razonado en el voto en minoría conociendo del recurso de casación, rechazando la acción de los demandantes, respecto a quienes se denegó absolutamente su Derecho a la Identidad.

Conclusiones.

1. La institución de la cosa juzgada no tiene aplicación en los casos de filiación, si de la aplicación de sus normas resulta un impedimento al ejercicio del Derecho a la Identidad, que es un Derecho Humano inherente a todas las personas, pero que posee una especial importancia durante la infancia, así como lo reconoce expresamente la CDN.
2. El desistimiento del representante del NNA en un juicio anterior no puede ser invocado como excepción de cosa juzgada en otro posterior, debido a la irrenunciabilidad de la acción de reclamación de filiación, toda vez que es un Derecho Fundamental, de modo de que se salvaguarda la opción de que el NNA pueda conocer de todas formas sus orígenes.

1.3. Interés ajeno en casos de filiación.

A través de los párrafos anteriores, hicimos análisis del Interés Superior del NNA en casos de filiación y su tratamiento por parte de nuestra CS. Ahora bien, este Interés, no es el único en juego al momento de estudiar los antecedentes.

En lo que resulta relevante a nuestro breve estudio, encontramos una importante modificación del criterio seguido por la CS, abandonando el criterio patrimonial como requisito excluyente para la admisibilidad de la acción de impugnación.

Al respecto, el artículo 216 del Código Civil prescribe que: *“También podrá impugnar la paternidad determinada por reconocimiento toda persona que pruebe un interés actual en ello, en el plazo de un año desde que tuvo ese interés y pudo hacer valer su derecho”*.

En diversas oportunidades, la Corte Suprema había sostenido de manera uniforme que se requería un interés actual y pecuniario en un sentido estrictamente económico, como lo señalara en el fallo número 19 de filiación¹²³, del 19 de noviembre de 2012, (así como en el número 11, del 6 de agosto de 2012¹²⁴) en que la Corte de Apelaciones respectiva revocó la acción de impugnación de filiación

¹²³ Ver fallo número 19 de Filiación, sentencia de la Corte de Apelaciones, del 16 de mayo de 2012, respecto a la legitimación de los abuelos para impugnar la filiación, y el interés actual y económico que debe poseer el demandante, que en su considerando sexto señala:

“Que así, y tal como se resolvió por la Excma. Corte Suprema en los autos 5430-2007, es evidente que la actora abuela paterna- no está legitimada para ejercer la acción de impugnación en los términos que lo efectuó, pues a su respecto no resulta aplicable el inciso cuarto del artículo 216, ya citado”, respecto a la legitimación de los abuelos para impugnar la filiación, y el interés actual y económico que debe poseer el demandante.

¹²⁴ Ver fallo número 11 de Filiación de la CS, que en su considerando octavo señala:

“Que, de esta forma acoger la impugnación de paternidad interpuesta por la abuela del menor, sin haber acreditado ésta un interés actual en los términos del artículo 216 del Código Civil, y, haber aplicado la presunción establecida en el artículo 199 del Código Civil, en cuanto a una eventual exclusión de paternidad, tomando en cuenta la negativa de la madre a practicarse dicha pericia biológica, y consecencialmente, privar al menor de un padre, atenta contra el principio de interés superior del niño, y en especial, a su derecho a la identidad”.
En los mismos términos, Ingreso Corte Suprema 1953-2008.

impetrada por la abuela paterna de la niña y acogida por el juez de familia, pero que finalmente decide acoger la Corte Suprema fundando dicho interés en un criterio de autonomía, al señalar que:

“Es precisamente en razón de esta disposición que los ascendientes -cuyo es el caso de la actora- pueden ejercer una acción de esta naturaleza, en cuanto se encuentren ‘en la situación de cualquier tercero que tenga interés actual’ (René Abeliuk Manasevich. “La filiación y sus Efectos”. Tomo I. Editorial Jurídica. Pág.200). Así, en la medida que se pruebe tal interés, ellos tienen la legitimidad activa para impugnar la paternidad reconocida por el descendiente, esto es, para cuestionar el acto de reconocimiento. Dicho interés debe ser actual y de carácter patrimonial o pecuniario; el interés meramente moral no autoriza para accionar” (fallo número 19 considerando quinto).

La Corte Suprema, al resolver interpreta dicho interés de forma pecuniaria, toda vez que le causa perjuicio o menoscabo a la posición de heredera que posee esta abuela en relación con el nieto, excluyéndola de derechos hereditarios¹²⁵.

Ahora el tema no es del todo pacífico al comienzo, para la misma Corte Suprema ya que en un caso similar en que una tía paterna de dos niños, impugna la paternidad de su hermano, una vez declarado el divorcio por culpa, ya que la cónyuge de éste fue infiel, la acción fue rechazada por el Juez de Familia, confirmada por la Corte de Apelaciones respectiva, y ante el recurso de casación en el fondo, la CS en el fallo número 36, del 4 de septiembre de 2014, señaló que:

“Que, por consiguiente, resulta evidente que la actora -tía paterna- no está legitimada para ejercer la acción de impugnación en los términos que lo efectuó, pues a su respecto no resulta aplicable el inciso final del artículo 216 del Código Civil, toda vez que no se acreditó que tenga un interés patrimonial, que la faculte a impetrar la demanda que dedujo en estos autos, ya que, como se dijo, el mero “afán familiar” no constituye un fundamento plausible para dejar sin efecto las relaciones filiales de una persona, más aún si tenemos presente la edad de los demandados, y que se trata de hijos cuya filiación matrimonial quedó determinada por el matrimonio posterior de sus padres” (considerando décimo).

La CS, terminó desechando el recurso, aunque con votos en minoría de los Ministros Ricardo Blanco H. y Carlos Cerda F. argumentando que se debe superar el criterio patrimonial del interés, ya que existen normas y principios que tienen

¹²⁵ Del mismo modo que en el fallo número 15 de Filiación, del 1° de octubre de 2012, que a pesar de tener un voto en minoría, reafirma el carácter patrimonial del interés que debe tener el tercero según el artículo 216 del Código Civil.

primacía en materia de Derecho de Familia y en filiación en particular¹²⁶, si bien no pudieron en esa ocasión asentar el criterio, sus razonamientos sirvieron para preparar esta tendencia a reconsiderar el “interés”, como efectivamente ocurrió más adelante.

El cambio de criterio interpretativo aparece, propiamente tal, en el fallo número 38 de la CS, del 20 de octubre de 2014, en que conociendo de un caso similar el Juez de Familia rechazó la acción de impugnación, al estimar que los abuelos paternos carecen de legitimación activa al no acreditar el interés patrimonial y actual que exige la ley (en concordancia con la interpretación que había realizado la misma Corte Suprema hasta entonces).

La CS sorprende con una nueva interpretación del ya citado artículo 216 del Código Civil, resolviendo que los actores se encuentran legitimados para ejercer la acción de impugnación de la paternidad que dedujeron, fundándose en el Interés Superior del Niño como principio, haciendo una sistematización de normas internas que lo contemplan así y excluye el criterio económico en materias relativas al estado de las personas.

Por lo trascendental del párrafo se inserta íntegramente el argumento del fallo número 38 de Filiación de la CS:

“Que siguiendo el hilo conductor de las normas citadas, lo señalado en relación a los principios que informan el estatuto del Derecho de Filiación, **se debe entonces interpretar el “interés” que exige el legislador en el citado artículo 216, bajo la luz de los referidos principios precedentemente colacionados.** En ese contexto, el dato jurídico del interés se conforma por un componente sustancial que armoniza con las directrices fundamentales que inspiran a las acciones de filiación recientemente expresados y que, **en consecuencia, al ser exigido como habilitante para el ejercicio de la acción, no puede limitarse a lo meramente patrimonial o económico que así considerado es contradictorio con la propia normativa del Derecho de Familia** que en varios artículos (225 y 330 Código Civil, 12 N°2 Ley N°19.620), dejan en claro que el elemento patrimonial no es el preponderante al momento de decidir en estas materias como tampoco puede ser obstáculo para ejercer la presente acción debiendo aquilatarse y ponderarse en su justa

¹²⁶ Ver fallo número 36 de Filiación de la CS, del 4 de septiembre de 2014, voto en minoría de los Ministros Ricardo Blanco H. y Carlos Cerda F.:

“[S]e debe consignar que el “interés” que exige el legislador en el citado artículo 216, debe ser interpretado bajo la luz de los principios que informan el ordenamiento de la filiación. En ese contexto, el interés, necesariamente, tiene un componente sustancial y otro de admisibilidad procesal, el primero está compuesto, por las directrices fundamentales que inspiran a las acciones de filiación -expresados precedentemente- a los que el juez debe, estrictamente, ajustarse para resolver sobre el asunto sometido a su decisión, el segundo, obedece a criterios adjetivos meramente formulas”.

medida, en la oportunidad que ello proceda” (considerando sexto el destacado es nuestro).

Este cambio representa un pequeño avance en materia de protección de los Derechos Humanos, ya que resulta en una apertura a más hipótesis en que se permita realizar la impugnación de la filiación, y así conseguir la verdad biológica; principio que también se satisface con este criterio interpretativo respetuoso de la ley nacional, ya que no se ha modificado internamente ninguna norma, bastando una nueva aproximación a un asunto muchas veces tratado por el máximo Tribunal.

En este caso la aplicación de las Convenciones y Tratados Internacionales se realiza indirectamente, pero de todas formas a la decisión que toma el Tribunal subyace el Control de Convencionalidad, al aplicar dichos criterios y principios contenidos en la legislación internacional como doméstica, teniendo como principal foco la satisfacción plena de los Derechos de los NNA, como una extensión del Derecho a la Identidad que hemos estudiado.

Conclusiones

1. La CS modificó su interpretación del artículo 216 del Código Civil, respecto al interés exigido al tercero para interponer alguna acción de filiación. De esta manera queda atrás aquella interpretación exclusivamente económica que imposibilitaba a algunas personas solicitar la determinación de la verdad biológica respecto a otras.
2. La apertura a esta nueva interpretación no fue inmediata, sino que avanzó lentamente en el seno de la sala de Familia de la CS, apareciendo votos disidentes de un par de ministros al principio, para luego en octubre de 2014, acoger definitivamente el argumento sobre la interpretación del mencionado artículo.
3. Observamos que el cambio de criterio de la CS obedece a la mejor comprensión del principio del Interés Superior del Niño. Sin embargo, la CS indicó que el razonamiento para arribar a esta mejor interpretación, se debió al uso del criterio interpretativo sistemático de la legislación de Familia, además de la alusión del derecho a la no discriminación y el derecho a la identidad, criterios que ya se encontraban hace bastante tiempo a disposición del juzgador y que hasta ahora no había aplicado de esta forma.
4. Lo que omite la CS es precisamente la remisión al Derecho Internacional, así como esperábamos alguna indicación a la relevancia de la CDN para la mejor comprensión del Interés Superior del Niño o la doctrina internacional pertinente.

5. Como mencionamos, estamos de acuerdo con lo resuelto en el caso específico, pero creemos que es necesario que el razonamiento se haga cargo de un conjunto de normas, principios, doctrina y jurisprudencia que se encuentran a disposición del juzgador y que son vinculantes, y según nuestro planteamiento, de rango jerárquico superior a las normas internas.

2. ALIMENTOS.

En doctrina nacional¹²⁷, los Alimentos, desde un punto de vista jurídico, se han definido como las “*prestaciones a que está obligada una persona respecto de otra de todo aquello que resulte necesario para satisfacer las necesidades de la existencia*”¹²⁸, obligación que subsiste mientras el alimentante esté en condiciones de satisfacerla y el alimentario justifique su necesidad.

En materia de Alimentos, entre enero del 2012 y octubre de 2014, encontramos 174 fallos. Luego de haber revisado los fallos de la Corte Suprema hemos decidido tratarlos todos conjuntamente, debido a que se refieren siempre al establecimiento, aumento o rebaja de alimentos en favor de los NNA.

Con todo, encontramos fallos que se refieren accesoriamente al derecho de alimentos, cuando la acción principal busca establecer o modificar una relación directa y regular entre un progenitor y un NNA. Estos fallos los trataremos en el apartado referido al estudio de éstas sentencias¹²⁹ pues consideramos que la acción principal de RDR es la que merece agruparse con otras de su tipo para su mejor análisis.

En este acápite, ahondaremos en algunos criterios que ha tenido el máximo Tribunal al momento de razonar sus sentencias, que, en algunos casos hace referencia a la prescripción de la obligación alimentaria, así como el carácter de suficientes de los alimentos, también se ha referido al carácter de la obligación que traspasa a los progenitores y obliga al pago a otras personas que la ley determina, así como la transversal importancia del interés superior del niño en materia de alimentos con diversas consecuencias y observaciones.

2.1. Rechazo por manifiesta falta de fundamento.

Comenzaremos el estudio de los fallos de alimentos señalando que, en la gran mayoría de los casos, la Corte de Apelaciones respectiva ha confirmado lo resuelto por el Juzgado de Familia, y luego la Corte Suprema ha rechazado los recursos de casación interpuestos por la parte agraviada por adolecer de manifiesta falta de fundamento, aduciendo el carácter de derecho estricto que posee el recurso de casación.

¹²⁷ Ver ORREGO, Juan. *Los Alimentos en el Derecho Chileno*. Editorial Metropolitana, Santiago de Chile, año 2009, segunda edición ampliada; SOMARRIVA U., Manuel. *Derecho de familia*. Ediar Editores Ltda. Santiago de Chile, 1983, Tomo II; SCHMIDT H., Claudia. *Del Derecho Alimentario Familiar en la Filiación*. Editorial PuntoLex S.A., Santiago, Chile, 2008; y ABELIUK M., René. *La filiación y sus efectos*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2003, Tomo I.

¹²⁸ ORREGO, Juan. *Los Alimentos en el Derecho Chileno*. Santiago de Chile, Editorial Metropolitana, segunda edición ampliada, 2009, p. 14.

¹²⁹ Fallos números 18, 45, 122, 127 y 132 de Alimentos. *Vid. infra* acápite 3. Cuidado Personal y Relación Directa y Regular.

En este sentido basta citar los párrafos y explicaciones que utiliza la Corte para rechazar gran parte de los recursos presentados:

“Que el recurso en estudio pretende modificar los presupuestos fácticos y conclusiones a las que han arribado los sentenciadores, puesto que se desarrolla a partir de premisas distintas a las establecidas en la sentencia impugnada. Sin embargo, tal planteamiento desconoce que los hechos de la causa son sólo los fijados por los jueces de la instancia y que éstos pueden ser modificados únicamente si se denuncia y constata infracción de las normas reguladoras de la prueba. (Considerando tercero).

Que, en este contexto, cabe consignar que no se ha invocado la conculcación de las normas sobre apreciación de la prueba que rigen en esta materia, circunstancia que impide revisar lo resuelto. (Considerando cuarto).

Que lo razonado resulta suficiente para concluir que el recurso en análisis adolece de manifiesta falta de fundamento, lo que conduce a su rechazo en esta etapa de su tramitación” (Considerando quinto).

Los mismos considerandos se repiten en las sentencias números:

1, 3 al 5, 7, 8, 12 al 19, 21, 22, 26, 27, 29, 30, 38 al 40, 42, 47, 50 al 56 58 al 60, 65 al 69, 71, 72, 74, 76 al 79, 82 al 87, 89 al 91, 94 al 96, 99, 100, 103, 108, 110, 113, 114, 117, 147, 148, 150, 152 al 154, 156 al 158, 161, 162, 167, 168 y 170 al 174 inclusive.

Por consiguiente, al no existir un pronunciamiento respecto al fondo de los recursos, es que estas sentencias no serán objeto de mayor comentario al tenor del Control de Convencionalidad.

2.2. Facultad de actuación de oficio de la Corte Suprema.

Sin perjuicio de lo que señalamos antes, dedicaremos sólo un comentario respecto a los fallos que rechazan el recurso de casación por adolecer de manifiesta falta de fundamento.

El rechazo de las casaciones ante la CS, por el motivo de defectuosa interposición formal, está ligado a la forma en que nuestro máximo Tribunal extiende las normas de un recurso en materia de Derecho Civil a la materia de Derecho de Familia.

En efecto, permitir la aplicación de una lógica *Civilista* en la revisión de los recursos en materia de familia, resulta improcedente, porque no operan los mismos principios en ambos procedimientos. A saber, mientras que el

procedimiento civil está caracterizado por la pasividad del juez ante las actuaciones de las partes, en el procedimiento de familia, existe un amplio principio de actuación de oficio que obliga a tomar medidas directas para la protección de la infancia y adolescencia; una de esas medidas debe tender entonces a evitar el rechazo de los recursos por razones meramente formales, cuando pudiese estar en riesgo derechos de índole superior, en atención a la especial protección que merecen los NNA.

Con todo, en algunos casos estudiados, la CS ha actuado de oficio, haciendo uso de la facultad contenida en el artículo 775 del CPC, ello se verifica en los fallos números 31, 63, 64, 97 y 126. De estos fallos, estudiaremos el número 31 en cual una madre demanda a la conviviente del padre del niño, que no ha cancelado la pensión alimenticia, señalando que se encuentra solidariamente obligada a su pago por dificultar el fiel y oportuno cumplimiento de la obligación. Esta acción fue declarada “manifiestamente improcedente”, tanto por el tribunal de base, como por la respectiva CA, cuestión que casó en la forma de oficio la Corte Suprema y que terminó acogiendo en beneficio de la demandante de alimentos, ordenando se dé curso progresivo a la demanda y que sea materia de juicio discutir la procedencia o improcedencia de la acción.

En palabras de la CS:

“Que al respecto, cabe tener presente que el fundamento jurídico de la acción deducida es el artículo 18 de la Ley N°14.908, habiendo invocado la actora la responsabilidad solidaria que la disposición señalada contemplaba respecto de quien viviere en concubinato con el alimentante, en forma expresa antes de la modificación introducida por la Ley N°20.152, la que considera no se ve alterada por la circunstancia de haber suprimido la nueva normativa la referencia que la anterior hacía a la responsabilidad por el concubinato, pues entiende que el legislador ha ampliado la aplicación de la norma, permitiendo dirigirla en contra de todo aquél que dificulte o imposibilite el fiel y oportuno cumplimiento de la obligación alimenticia (considerando sexto).

Que como puede observarse la Ley N° 20.152 modificó el artículo 18 de la ley N°14.908, eliminando la frase “quien viviere en concubinato con el padre, madre o cónyuge alimentante, y...”, de la historia fidedigna del establecimiento de la ley en comento, es posible concluir que la intención de la misma ha sido terminar con una responsabilidad objetiva que tradicionalmente se le había asignado a quien vive en concubinato con el alimentante. Lo anterior, sin embargo, no excluye la posibilidad de accionar en contra del concubino que incurra en la conducta que la misma norma describe, pues de configurarse estos presupuestos rige por esto la solidaridad” (sic) (considerando séptimo).

Junto con la protección del niño, existe también una protección del derecho a accionar, por la consideración especial que tiene la persona del actor y la importancia de los derechos que se intentan proteger, haciendo una relación entre el derecho al debido proceso (ejercer acción) y el interés superior del NNA, en palabras de la Corte IDH, al hablar de las personas con discapacidades:

“[Los NNA] deben disfrutar de un verdadero acceso a la justicia y ser beneficiarios de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas. Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses”¹³⁰.

Conclusiones.

Nuestra opinión es que en atención a la protección especial de los NNA, los Jueces y Ministros que intervienen, podrían realizar una actuación de oficio más amplia, que permitiera subsanar los vicios formales que podría tener un recurso tendiente a resguardar los derechos fundamentales de esos NNA.

Para esto, proponemos, que la CS, aplique la facultad contenida en el artículo 775 del CPC, revisando el fondo de los recursos impetrados, aunque adolezcan de algún vicio formal, pues la protección íntegra de la infancia y sus derechos debe tener supremacía sobre las reglas del proceso civil.

2.3. Derecho-deber de alimentos y su prescripción.

Es reconocido en nuestro país¹³¹ que la imprescriptibilidad de los alimentos, se refiere al derecho mismo, es decir, a la facultad de pedir alimentos, pero no a las pensiones alimenticias decretadas y devengadas, las que de no cobrarse oportunamente, prescribirán en favor del deudor, conforme a las reglas generales del Derecho Civil¹³².

En los fallos analizados encontramos 6 casos referidos a la imprescriptibilidad de los alimentos, a saber, los fallos números: 26, 33, 57, 97, 115 y 120, que resultan importantes para el análisis que en este apartado realizamos.

¹³⁰ Corte IDH. Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 31 de agosto de 2012, párr. 268.

¹³¹ SOMARRIVA U., Manuel. *Derecho de familia*. Ediar Editores Ltda. Santiago de Chile, 1983, Tomo II; y RAMOS P., René. *Derecho de familia*. 7ª ed. Editorial Jurídica Santiago de Chile, 2010, Tomo II.

¹³² Código Civil. Artículo 336.

No obstante lo dispuesto en los dos artículos precedentes, las pensiones alimenticias atrasadas podrán renunciarse o compensarse; y el derecho de demandarlas transmitirse por causa de muerte, venderse y cederse; sin perjuicio de la prescripción que compete al deudor.

En el fallo número 26, el tribunal de base y la CA declaran y confirman, respectivamente, la prescripción de los alimentos en favor del deudor. Al respecto la CS señala sobre el recurso de casación en el fondo interpuesto por la demandante que:

“No puede admitirse que se viertan en él reflexiones contradictorias, eventuales o para el supuesto de no prosperar determinado capítulo de impugnación ni menos puede aceptarse que se hagan peticiones opcionales que lo dejan, así, desprovisto de la certeza necesaria” (considerando cuarto).

Como no existe un real pronunciamiento respecto al fondo del recurso que permita realizar un mayor análisis nos remitimos a lo ya comentado¹³³, y agregamos que este mismo criterio, sobre la forma de interposición del recurso, es utilizado para rechazar otros recursos de casación en materia de alimentos¹³⁴,

El fallo número 57 se refiere a los requisitos de procedencia de la institución, fundamentalmente sobre el reconocimiento y pago parcial realizado por el deudor de alimentos, cuestión por lo cual la CS estimó que existió una interrupción natural y por consiguiente no se configuraron todos los elementos de la prescripción.

En el mismo sentido encontramos el fallo número 115, en el que se rechaza el recurso de la demandante, por estimar la Corte Suprema que la recurrente no identificó la norma cuya interpretación denuncia.

En palabras de la Corte Suprema:

“[La recurrente ha] omitido la denuncia y desarrollo de la vulneración de la disposición decisorio litis que los sentenciadores han aplicado a la resolución de la controversia, esto es, del artículo 336 del Código Civil; circunstancia que deja a esta Corte en la imposibilidad de revisar lo decidido en los términos pretendidos por la recurrente” (considerando quinto).

Nuevamente no existe pronunciamiento respecto al fondo del recurso, bastando con señalar el carácter de derecho estricto en la interposición del mismo, criterio que ha mantenido la CS a través de los fallos ya revisados.

El último fallo es el número 120, que trata sobre el padre alimentante que opuso la excepción de prescripción extintiva de la acción destinada a obtener el pago de las pensiones alimenticias devengadas a favor de sus hijos entre el mes de noviembre de 2001 y el mes de mayo de 2010.

¹³³ Nos remitimos a lo expuesto sobre el formalismo en la interposición de los recursos antes visto. *Vid. supra*.

¹³⁴ En el mismo sentido: los fallos número 23 y número 33 de Alimentos en la cual se señala el mismo argumento respecto a las pretensiones subsidiarias o eventuales, que hacen imposible prosperar los intentos del recurrente.

El Juzgado de Familia y la CA respectiva rechazaron la excepción de prescripción de la acción ejecutiva, aunque, finalmente, la CS acogió el recurso de casación en el fondo interpuesto por el padre, declarando la prescripción extintiva de la acción en base al inciso segundo del artículo 2520 del Código Civil¹³⁵.

Para arribar a tal decisión, la CS tomó en consideración el argumento del recurrente, en razón de que el plazo máximo de exigencia del derecho de alimentos devengados es de diez años, respecto al cual no opera la suspensión en favor de los NNA. Para la Corte Suprema la prescripción de las acciones de alimentos devengados en favor de NNA, no se suspendió y por lo tanto, se extinguió irremediamente la acción para exigir el cumplimiento.

En palabras del máximo tribunal del país:

“Que, atendido lo expuesto, se debe concluir que los jueces del fondo al rechazar la excepción de prescripción de la acción ejecutiva por estimar que estaba suspendida, no obstante que había transcurrido en exceso el plazo de diez años, infringieron lo que dispone el inciso 2° del artículo 2520 y el inciso 1° del artículo 2515 del Código Civil; razón por la que corresponde acoger el recurso que se examina, en la medida que el yerro influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, por cuanto condujo a desestimar íntegramente la referida excepción; estimándose inoficioso pronunciarse respecto de las demás errores de derecho denunciados” (considerando séptimo).

Anticipamos que estamos en desacuerdo con lo razonado por la CS al acoger la prescripción de la acción ejecutiva por los alimentos devengados, en desmedro de los intereses de los NNA del caso, por los argumentos que señalaremos en los párrafos siguientes.

Este fallo tiene la particularidad de poseer un voto en minoría del ministro Ricardo Blanco Herrera, voto que pasaremos a analizar para luego hacer una síntesis crítica, una vez que establezcamos nuestra postura respecto a cada uno de sus argumentos.

El Ministro Blanco refiere que la prescripción de la acción ejecutiva no pudo comenzar a correr en contra de los hijos (menores de 18 años a la fecha de dictación del fallo), toda vez que no se les puede sancionar con la pérdida de sus derechos como alimentarios, cuando la persona que los representa ha sido negligente en su exigencia. Desde su punto de vista, aceptar la prescripción de la

¹³⁵ Código Civil. Artículo 2520.

La prescripción que extingue las obligaciones se suspende en favor de las personas enumeradas en los números 1° y 2° del artículo 2509.

Transcurridos diez años no se tomarán en cuenta las suspensiones mencionadas en el inciso precedente.

acción ejecutiva de alimentos, implica transgredir el principio del Interés Superior del NNA. Es de suma importancia analizar los fundamentos de su voto disidente, con el cual concordamos parcialmente, ya que compartimos su decisión, sin embargo creemos que requiere de un mejor fundamento de su voto razonado, que acá extractamos:

“Que en el ámbito del derecho de familia, que es el campo en que se sustancia y desarrolla esta causa, al estudiar la referida institución, resulta inevitable la alusión al principio relativo al interés superior del niño, postulado que contiene un fin legítimo, pero que, además, requiere una concreción real, que en el caso iúdice se materializa con la circunstancia específica, que el transcurso del plazo a que se refiere el inciso segundo del artículo 2520 del Código Civil, no puede iniciar su cómputo mientras los menores continúen con el impedimento legal, que constituye en realidad un beneficio del que gozan por expresa disposición legal y que ha sido debidamente resguardado por el ordenamiento jurídico” (considerando cuarto).

“Que tal criterio de interpretación resulta acorde con la naturaleza de protección que informa todo el derecho de familia y conforme al cual no puede desconocerse lo que prescribe la ley en el inciso segundo del artículo 2509 e inciso primero del artículo 2520 del Código del Ramo, en orden a que la prescripción se suspende en favor de los menores de edad. Tales disposiciones de índole sustantiva no pueden quedar sin aplicación por lo dispuesto en el inciso final de la última de las normas mencionadas, en cuanto establece que transcurridos diez años no se tomará en cuenta la referida suspensión, al tener este precepto un carácter meramente adjetivo, no siendo factible que por el mismo se prive o haga ilusorio un beneficio que la ley estableció precisamente en razón de proteger a los menores de edad” (sic) (considerando quinto).

Respecto a estos considerandos, reconocemos la reflexión por parte del Ministro, y en especial, la referencia al principio del interés superior del niño, pero afirmamos que el desarrollo que se hace de este principio es insuficiente, porque no señala el progreso que ha tenido en el ámbito internacional y cómo ha sido recogido su concepto por parte de nuestra legislación. Así por ejemplo, sería conveniente señalar cuál es el fundamento jurídico de la institución, sin pasar por alto los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en la materia, como también otros derechos que se ven afectados específicamente por la aplicación de la prescripción.

En efecto, relacionando el derecho a la vida, con el derecho a la supervivencia y al desarrollo pleno de los NNA¹³⁶, es posible dotar de un mejor contenido a este *interés superior del niño* al cual se hace referencia en el fallo. De esta forma se obtiene una fundamentación más prolija, moderna y acabada, acorde con los Tratados Internacionales, cuestión que habría significado una aplicación del Control de Convencionalidad y que en la especie no ocurrió, desaprovechando la CS una oportunidad inmejorable de progreso hacia el respeto íntegro de los derechos de los NNA¹³⁷.

Respecto al fallo en comento, finalmente el ministro Blanco consigna:

“Que así las cosas el plazo de prescripción de tres años, por tratarse de una acción ejecutiva la ejercida en autos, cuyo título ha sido el avenimiento aprobado judicialmente, como equivalente jurisdiccional, no puede contabilizarse aún, pues ha operado en la especie la suspensión de la prescripción, en razón de la minoría de edad de los alimentarios, situación que se mantiene incólume mientras exista esa condición, no siendo procedente, la afectación de sus derechos -con la aplicación del instituto de la prescripción- debido a una eventual negligencia de terceros en ejercer los derechos en representación de los menores, ya que éstos últimos se encuentran en indefensión producto del impedimento legal que los afecta” (sic) (considerando sexto).

Conclusiones

A modo de conclusión, podemos señalar que no compartimos la decisión de la CS que acogió la declaración de prescripción extintiva de la acción ejecutiva, no obstante, concordar parcialmente, con el ministro Blanco, respecto a su voto en minoría, con los reparos antes mencionados.

En efecto, concordamos con el Ministro Blanco porque no se puede aducir la negligencia de un tercero (en este caso la madre) y provocar la pérdida de los derechos que pretenden satisfacer las necesidades básicas de sus propios hijos, cuestión que dejaría a su arbitrio la subsistencia de los niños, contradiciendo todo el sentido de la obligación-deber de alimentos.

¹³⁶ Estos derechos logran subsumirse de mejor forma en los casos de Alimentos, cuando se trata de un NNA el alimentario, sin perjuicio de que son también derechos que deben respetarse cabalmente y que comprenden el principio del Interés Superior del Niño. Ver: UNICEF, Naciones Unidas. *The Convention on the rights of the Child, Survival and development rights: the basic rights to life, survival and development of one's full potential*. [En línea] <http://www.unicef.org/spanish/crc/images/Survival_Development.pdf> [consulta: 10 de noviembre de 2015].

¹³⁷ Corte IDH, Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Sentencia. 21 de septiembre de 2006, párr. 113. En esta sentencia se resolvió que respecto a los NNA, el Estado “*debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, y debe ofrecerles las condiciones necesarias para que el NNA viva y desarrolle sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades*”. Sin embargo, esto es muy difícil de lograr si la interpretación que hace la CS limita el acceso a esas condiciones mediante la declaración de prescripción de los alimentos devengados, pero no pagados.

A mayor abundamiento, hacer una aplicación del derecho común por sobre las normas referidas a los derechos fundamentales, como son el derecho a la vida, a la supervivencia y el desarrollo pleno, equivale a desconocer la existencia de la regulación especial de los NNA en la Ley 19.968, así como en los Tratados Internacionales, protocolos y convenciones del ramo.

La CS prefiere dar mayor importancia a la seguridad jurídica en las relaciones (económicas) entre los privados, en vez de salvaguardar los derechos fundamentales antes referidos, de paso transgrediendo la misma pirámide de las fuentes del derecho que tendría en su cima a las normas¹³⁸ que establecen derechos fundamentales en favor de las personas, dentro de las cuales los NNA tienen una importancia primordial que en el caso en comento no se aprecia.

Por lo tanto, esta forma de interpretación resulta *inconvenional*, contraria a la especial protección que merecen los NNA en nuestro país. Como apuntamos anteriormente¹³⁹, las normas internas deben acomodarse e interpretarse de acuerdo a los instrumentos internacionales, de lo contrario se permitiría al Estado oponer su derecho interno para desconocer los alcances de sus propios compromisos, cuestión que le está prohibido de realizar.

2.4. Naturaleza jurídica especial de los niños, niñas y adolescentes como alimentarios

Si bien, en varias oportunidades, las partes del juicio se han remitido a las normas de la Convención sobre los Derechos de los Niños para fundamentar sus pretensiones¹⁴⁰, en sólo algunas ocasiones la CS, ha tomado en consideración los instrumentos internacionales que inciden en la materia, con el fin de resolver un asunto de Derecho de Familia.

De los fallos en esta situación excepcional¹⁴¹, destacamos el número 68, de 3 de diciembre de 2012, en el que la CA respectiva acogió parcialmente el recurso de apelación deducido por la parte demandada, en contra de la sentencia dictada por el Juez de Familia que redujo la pensión de alimentos del hijo común. Con posterioridad la CS rechazó el recurso de casación deducido por la misma parte, confirmando la sentencia en lo restante.

Este fallo resulta interesante debido a que la CA, para argumentar la declaración de alimentos provisorios en favor del hijo de las partes, se refirió de una forma novedosa al Interés Superior del Niño y al principio de protección de la familia.

¹³⁸ Ya sean de rango constitucional o por incorporación de un Tratado, Convención o Pacto Internacional.

¹³⁹ *Vid. supra* acápite 7. Efectos de Control de Convencionalidad.

¹⁴⁰ Para fallos con fundamentos de las partes en la CDN, ver números: 13, 18, 26, 37, 43, 45, 50, 67, 68, 75, 82, 87, 97, 99, 106, 118, 127, 129, 131 y 171 de Alimentos.

¹⁴¹ Para fallos con remisión expresa de la Corte Suprema a la CDN, ver números: 37, 50, 68, 85, 106, 118 y 171 de Alimentos.

En la especie la CA hace referencia primero a tener presente lo importante de los alimentos provisorios en los siguientes términos:

“Que los alimentos provisorios constituyen una medida cautelar, en el supuesto de autos del niño, hijo de las partes, en tanto se dicte la sentencia definitiva que se encuentre firme, en consideración a que se trata de un derecho fundamental que asiste a ambos progenitores en relación a su hijo en común, que deriva de la filiación biológica, y dado que las partes se encuentran en la situación jurídica de concurrir ambos conforme a sus facultades económicas a la sustentación de los alimentos, comprendidos en ellos, todas las necesidades de M_Y_B, y en mérito de los antecedentes que obran en el proceso, se acogerá la apelación parcialmente, en lo resolutivo” (considerando tercero).

El carácter cautelar de los alimentos provisorios se fundamenta en el Interés Superior del Niño y el principio de protección de la familia, esto en relación a la proporcionalidad, según las facultades de los padres en la obligación alimentaria.

Ahora bien, el fallo se refiere a esos dos principios, expresados a través de diversas normas que la CA considera en el mismo fallo 54, indicando (al menos) normativa internacional, de la siguiente manera:

“Que, esta Corte tiene en consideración el principio del interés superior del niño consagrado constitucionalmente en el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del Niño, en base a lo preceptuado en el artículo 5 inciso 2° de la Carta Fundamental, entendiendo además que, el derecho alimentario familiar en la filiación emana del status de hijo biológico, que constituye un deber de ambos progenitores, en la máxima medida de lo posible, con miras a dar cumplimiento al precepto fundamental en la materia conceptualizado en el artículo 222 del Código Civil, y muy especialmente, teniendo presente que se trata de un deber ineludible, cuya única excepción respecto de ambos progenitores es su incapacidad física o psíquica que les impida realizar cualquier actividad remunerada en orden a cumplir con este deber, consagrado además en lo preceptuado en los artículos 2 N° 1, 23 N° 4, 24 N° 1 y 26 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos; 2 N° 2, 11 N°1, 12N° 1 y 13 N° 1 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales; 1, 2, 4 N° 1, 11 N° 17, 17 N°s 1,4 y 5, 19, 21 N° 1 y 24; 10, 11, 12, 13, 14 y 16 de la Convención sobre Eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer; y 2, 3, 6, 18, 24, 26, 27,28 y 31 de la Convención sobre los derechos del niño” (sic) (considerando séptimo, primer párrafo).

El criterio que usa la CA para la integración de los instrumentos internacionales, según el párrafo anterior, radica en el artículo 5° inciso segundo de la CPE¹⁴², citando expresamente las normas atinentes del *corpus juris internacional*.

Este tratamiento nos parece excepcional y digno de un comentario positivo, pues no agota dichos instrumentos a la CDN sino que extiende el *carácter convencional* a otros Tratados Internacionales Regionales¹⁴³ como al Pacto de Derechos Civiles y Políticos; Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en Contra de la Mujer.

A pesar de este punto excelente, el fallo se dedica a señalar cuáles son las normas que inciden en la materia, y que se tuvieron en consideración al momento de tomar una decisión respecto a los alimentos provisionales. Sin perjuicio de ello no se evalúan pormenorizadamente cada una de ellas y su impacto en el caso en cuestión, dejando de lado la fundamentación jurídica que ameritaba el caso.

Esta necesidad de argumentación no varía aunque el litigio sea favorable al NNA, si no se le considera en la decisión que se está tomando y que le afectará, no se respeta el interés que precisamente la Corte intenta cautelar. Aceptar la opción contraria equivaldría a tratar a los NNA como objetos de derecho, cosa que tanto la legislación doméstica como internacional proscriben.

Prosigue el fallo número 68 sobre el derecho a percibir los alimentos provisorios y aparece un nuevo elemento; la naturaleza jurídica especial del alimentario de filiación respecto de los demás alimentarios, en palabras de la CA:

[Esta Corte de Apelaciones] tiene además presente que, el derecho alimentario familiar en la filiación tiene una naturaleza jurídica diferente del derecho alimentario en favor de otros alimentarios, pues en la especie se configura un derecho esencial inexcusable, aun frente a un supuesto de cesantía, que además no distingue entre los progenitores padre y madre, en especial si entre ellos rige o ha regido el sistema de separación total de bienes, en aras a lo preceptuado en los artículos 134, 160, 230, 332 incisos 1° y muy particularmente en su inciso 2° del Código Civil, confirmará en lo resolutivo, la sentencia en alzada” (sic) (considerando séptimo, segundo párrafo).

Nuestra jurisprudencia ha señalado de manera uniforme que la obligación de proporcionar los alimentos respecto a los NNA, es inexcusable, toda vez que se trata de la subsistencia de esos alimentarios *especiales*, es decir es un derecho de primer orden, sin el cual se afectaría gravemente la salud y vida del alimentario, razón por lo cual los tribunales están llamados a realizar la tutela efectiva

¹⁴² Vid. *supra* acápite 2. Fuente Formal del Control de Convencionalidad.

¹⁴³ Vid. *supra* acápite 3.2. Otros Instrumentos Internacionales como material controlante.

especial. Para el autor Orrego, “la obligación de dar alimentos, salvo calificadas excepciones, tiene su origen en el parentesco (lo que demuestra que constituyen una manifestación del principio de protección a la familia y en especial del principio del interés superior de los *menores*”¹⁴⁴ (sic).

Para la Corte IDH, la protección de la familia se relaciona con otros derechos también, particularmente, el asunto de la tutela efectiva especial para los NNA es una obligación inexcusable del Estado y según su jurisprudencia, en el Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú del 2004, es clara al sostener que:

“[En] la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”¹⁴⁵.

En otras oportunidades también se ha referido a la forma en que la ausencia de protección por parte del Estado puede generar consecuencias indeseadas, además de precisar dicho alcance de las medidas de protección que se deben asegurar, como en el Caso “Niños de la calle” Vs. Guatemala de 1999, en que advirtió que:

“Las normas transcritas permiten precisar, en variadas direcciones, los alcances de las ‘medidas de protección’ a que alude el artículo 19 de la Convención Americana. Entre ellas merecen ser destacadas las referentes a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación”¹⁴⁶.

Conclusiones.

1. En nuestra opinión es un acierto hacer referencia a un carácter especial del derecho de alimentos en favor de NNA, distinguiéndolos de otras personas que también pueden ser alimentarios, esto por la protección especial que merecen los NNA en atención a su supervivencia, aprovechamiento de su potencial y en cumplimiento del compromiso de garantía máxima de los derechos.
2. Nuestra propuesta en atención al Control de Convencionalidad, es que no basta con señalar cuáles son las normas internacionales que inciden en

¹⁴⁴ ORREGO, Juan. *Op. cit.*, p. 11.

¹⁴⁵ Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 8 de julio de 2004, párr. 163.

¹⁴⁶ Corte IDH. Caso Villagrán Morales y otros (“Niños de la Calle”) Vs. Guatemala. Sentencia de Fondo. 19 de noviembre de 1999, párr. 196.

determinada materia, si no se argumenta en detalle al caso, haciéndose cargo de los argumentos de las partes pero bajo el prisma del Interés Superior del Niño.

3. En efecto, para nosotros no es suficiente una remisión a la normativa internacional y sus artículos respectivos, si no se fundamenta de forma acabada cómo es posible aplicar dichas normas al caso en desarrollo y cuál es la interpretación que se le debe dar a esas normas internacionales.

2.5. Suficiencia de los alimentos y obligación compartida por los progenitores.

Una de las características del derecho de Alimentos es que éstos deben ser congruos; esto significa que deben ser adecuados¹⁴⁷ a las necesidades del NNA, y por tanto deben habilitar al alimentario para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su *posición social*¹⁴⁸ (artículo 323, inciso 1º y artículo 330 del Código Civil).

En este párrafo, haremos presente que para poder cumplir dicha obligación, ambos padres deben concurrir conjuntamente en proporción a sus facultades¹⁴⁹, como señala esto por supuesto, sin importar si se mantiene la unidad familiar o si existe algún cambio de circunstancias, el principio es que no se debe afectar al NNA por las decisiones personales de sus padres.

Respecto a este carácter congruo y la proporcionalidad, encontramos algunos fallos destacables, en algunos casos con aplicación del Control de Convencionalidad en forma expresa, remitiéndose a los Tratados Internacionales y demás Convenciones, en otros, la Corte Suprema ha resuelto acertadamente, aplicando (tácitamente) el mencionado Control de Convencionalidad para la determinación de un régimen de alimentos respecto a un NNA, como pasaremos a revisar.

¹⁴⁷ Ley N° 14.908. Artículo 3º.

Para los efectos de decretar los alimentos cuando un menor los solicitare de su padre o madre, se presumirá que el alimentante tiene los medios para otorgarlos.

En virtud de esta presunción, el monto mínimo de la pensión alimenticia que se decrete a favor de un menor alimentario no podrá ser inferior al cuarenta por ciento del ingreso mínimo remuneracional que corresponda según la edad del alimentante. Tratándose de dos o más menores, dicho monto no podrá ser inferior al 30% por cada uno de ellos.

Todo lo anterior es sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 7º de la presente ley.

Si el alimentante justificare ante el tribunal que carece de los medios para pagar el monto mínimo establecido en el inciso anterior, el juez podrá rebajarlo prudencialmente.

Cuando los alimentos decretados no fueren pagados o no fueren suficientes para solventar las necesidades del hijo, el alimentario podrá demandar a los abuelos, de conformidad con lo que establece el artículo 232 del Código Civil.

¹⁴⁸ En opinión de la profesora Claudia Schmidt, dicha *posición social* correspondería a establecer un factor no razonable de discriminación entre los niños, niñas y adolescentes, por lo que rechaza la utilización de tal concepto.

¹⁴⁹ Código Civil. Artículo 230

Que tanto el padre como la madre deben contribuir, en proporción a sus respectivas facultades económicas, con los gastos de crianza y educación de los hijos.

También comentaremos algunos casos en que para mantener el carácter congruo de los alimentos respecto al alimentario, la obligación se ha extendido a otras personas obligadas al pago, principalmente los abuelos y abuelas de los NNA, y en un caso particular, la CS señaló la admisibilidad de la acción contra la concubina del padre del alimentario y en otro caso extendió la obligación a los hermanos del niño¹⁵⁰.

2.6. Breve aproximación a la corresponsabilidad parental.

Hicimos referencia a la forma en que deben concurrir ambos padres, conjuntamente, al cumplimiento de la obligación de alimentos, esto no es más que la aplicación del principio de corresponsabilidad parental, al cual nos referiremos brevemente y sólo en cuanto es útil al análisis del derecho de alimentos que le asiste a los NNA respecto a sus padres¹⁵¹.

Por corresponsabilidad parental entendemos aquel principio que “*consiste en el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos*”¹⁵². El principio encuentra fundamentación internacional, tanto en el artículo 18.1 de la CDN¹⁵³, así como en el artículo 5^o¹⁵⁴ de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) del año 1979, y que enérgicamente además expresa en su preámbulo que: “*las disposiciones de la Convención que afirman la igualdad de responsabilidades de ambos sexos en la vida familiar e iguales derechos con respecto a la educación y al empleo atacan enérgicamente los patrones culturales que definen el ámbito público como un mundo masculino y la esfera doméstica como el dominio de la mujer. En*

¹⁵⁰ Ver fallo número 85 de Alimentos.

¹⁵¹ Entendemos que la corresponsabilidad parental es un tema de mucha importancia, pero que escapa en muchas aristas al objeto de este estudio. Sobre literatura en esta materia, Ver: LATHROP G., Fabiola. *Cuidado personal de los Hijos*. Editorial Puntotex, Santiago de Chile, año 2005, pp. 8 y ss.; NEGRONI V., Gloria. *Rol de los operadores del derecho en la resolución de conflictos jurídicos derivados de la Crisis de la Pareja*. En: Revista de Magister y Doctorado en Derecho, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de Graduados, Santiago, año 2011, n° 4, p. 145; LATHROP G., Fabiola. *Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Aproximaciones jurídicas y sociológicas*. Diario La Ley, España, año XX, núm. 7206; y MANONELLAS, Graciela, *La responsabilidad penal del padre obstaculizador, ley 24.270, Síndrome de alienación Parental*; Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, año 2007.

¹⁵² LATHROP G., Fabiola. *La corresponsabilidad parental*. En: Estudios de Derecho Civil IV, Sextas Jornadas de Derecho Civil de Olmué, Legalpublishing, Santiago de Chile, 2009, pp. 207 - 232, p. 209.

¹⁵³ CDN. Artículo 18

1. 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. Incumbirá a los padres, o en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

¹⁵⁴ CEDAW. Artículo 5.

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;

b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres 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.

suma, la Convención proporciona un marco global para hacer frente a las diversas fuerzas que han creado y mantenido la discriminación basada en el sexo”¹⁵⁵.

Este principio de corresponsabilidad juega un rol fundamental en algunos fallos que revisamos en esta materia, en algunos casos de forma implícita, en otros de forma expresa, lo claro es que la CS se ha referido a la igualdad que debe existir respecto a los padres de los NNA cuando se ventila un juicio de alimentos.

En particular, como el principio de corresponsabilidad y proporcionalidad en materia de alimentos la CS debe realizar una declaración respecto a las facultades de cada uno de los padres, pero tomando en cuenta las desiguales condiciones que se reproducen (entre varias otras) laboral y económicamente respecto a las mujeres¹⁵⁶ en nuestro país, porque son precisamente ellas quienes en todos los casos estudiados han ejercido las acciones en favor de sus hijas e hijos.

En el fallo número 37, la CA respectiva confirma la sentencia dictada por el Juez de Familia, que decretó una pensión de alimentos a favor de dos niñas, inferior a la legal. La demandante deduce recurso de casación en el fondo por estimar que resulta insuficiente dicha pensión en atención al carácter congruo de los alimentos, según lo dispone el artículo 3° inciso segundo de la Ley 14.908, la CS acogió el recurso señalando:

“Que de lo que se ha venido razonando, es necesario concluir que la pensión de alimentos decretada, resulta inferior a la mínima que establece la ley para el caso sub-lite y no se ajusta ni a los requerimientos y necesidades de las alimentarias ni a la propia capacidad del alimentante, quien puede y debe contribuir a su obligación alimenticia en un monto superior al fijado, de lo que se sigue que los jueces del fondo han incurrido en los yerros denunciados los que han tenido influencia sustancial en lo dispositivo del fallo impugnado, desde que se ha regulado la pensión de alimentos en una cantidad inferior a la que era procedente” (sic) (Considerando séptimo).

En el mismo sentido, en el fallo número 118 encontramos una remisión a este principio de corresponsabilidad parental, además de la proporcionalidad que debe existir en la repartición de la obligación alimentaria respecto a los padres. En detalle, el Juez de Familia acogió la demanda de aumento de pensión de alimentos deducida por una madre en representación de su hijo contra su padre. Luego el

¹⁵⁵ CEDAW. Preámbulo.

¹⁵⁶ Sobre desigualdad de género en estadísticas *vid.* [En línea] Instituto Nacional de Estadísticas (INE) Chile <http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/estadisticas_sociales_culturales/genero/genero.php>; Observatorio de Igualdad de Género, CEPAL. Base de Datos y Publicaciones Estadísticas <http://estadisticas.cepal.org/cepalstat/WEB_CEPALSTAT/Portada.asp> [En inglés] Gender Statics, Statics by country: Chile. United Nations (UN) <<http://genderstats.org/Browse-by-Countries/Country-Dashboard?ctry=152>> [consulta: 20 diciembre de 2015].

demandado apeló a la Corte de Apelaciones respectiva que confirmó la sentencia pero rebajando la pensión de alimentos fijada.

En contra de esta última decisión la demandante dedujo el recurso de casación en el fondo denunciando la infracción de los artículos 2°, 18, y 27 números 1 y 2 de la Convención Sobre los Derechos del Niño; y 326 inciso final, 329, 330 y 332 del Código Civil.

De los hechos establecidos en la instancia, la CS señala que se pueden dividir en dos los argumentos de la recurrente, en los siguientes términos:

“Que para los efectos de resolver el recurso cabe tener presente que de su lectura se desprende que las infracciones de derecho denunciadas se sustentan en la existencia de dos situaciones fácticas diversas. La primera dice relación con la imposibilidad de la demandante de hacerse cargo de las necesidades del menor en la proporción impuesta por la sentencia, lo que la lleva a denunciar la infracción de los artículos 2° y 27 de la Convención Sobre los Derechos del Niño y 330 del Código Civil; y la segunda, se relaciona con el hecho que, siendo los ingresos del padre mayores, se impone no obstante a la madre una carga superior, lo que fundamenta la infracción de los artículos 326, 329 y 332 del Código citado; y 18 de la Convención antes referida” (sic) (Considerando cuarto).

Respecto al primer argumento del recurso de casación en el fondo, la CS lo rechaza por referirse a hechos no establecidos en la sentencia del Juez de instancia, en palabras de la CS:

“Que en lo que respecta a la infracción de los artículos 2° y 27 de la Convención Sobre los Derechos del Niño y 330 del Código Civil, a la luz de lo razonado en el considerando segundo que antecede se concluye que este acápite del recurso se construye sobre la base de hechos no establecidos en el proceso; y como la demandante no denunció infracción de las normas reguladoras de la prueba, el recurso deberá ser rechazado en este punto. En efecto, los jueces del fondo tienen competencia exclusiva para establecer los hechos en la sentencia, por lo que este tribunal está inhibido de modificarlos, salvo cuando se denuncie de modo eficiente infracción a las reglas probatorias antes referidas. Así, si la sentencia no estableció la carencia de bienes de la demandante para los efectos de sostener la carga que le fue impuesta, no puede darse por establecida una infracción de derecho que se sustente en la errónea aplicación de la ley respecto de las señaladas circunstancias”. (Considerando quinto)

Al respecto, hemos de señalar que la CS se remite al establecimiento de los hechos que se efectuó en el tribunal de instancia, sin realizar ningún trabajo

interpretativo, aplicando el criterio antes citado¹⁵⁷, como también lo utilizó para rechazar las demás argumentaciones de la recurrente que aparecen en su segundo razonamiento.

Finalmente, la CS acogió el recurso interpuesto, fundamentando su decisión en la proporcionalidad en el cumplimiento de la obligación como alimentantes que les cabe a los padres, y que en este caso se gravaría de forma desproporcionada a la madre, según lo prescrito en los artículos 326 inciso segundo y 329 del Código Civil, en palabras del Tribunal:

“Que distinta es la situación relativa a la denuncia de infracción de los artículos 326 inciso segundo y 329 del Código Civil, toda vez que estas normas imponen a los jueces la obligación de fijar los alimentos que cubren las necesidades del niño de manera proporcional a las capacidades económicas de cada uno de los progenitores, teniendo en cuenta sus circunstancias personales. Así, en lo pertinente, el inciso segundo del artículo 326, relativo a la obligación de alimentos dispone: “Entre varios ascendientes o descendientes debe recurrirse a los de próximo grado. Entre los de un mismo grado, como también entre varios obligados por un mismo título, el juez distribuirá la obligación en proporción a sus facultades”. Por su parte el artículo 329 establece: “En la tasación de alimentos se deberá tomar siempre en consideración las facultades del deudor y sus circunstancias domésticas” (sic) (considerando séptimo).

Para arribar a su decisión la CS se refiere indirectamente a la corresponsabilidad parental, pero enfocada desde el punto de vista de los padres, no desde la perspectiva del interés superior del niño, que debe ser primordial preocupación en esta materia.

Para dar énfasis a esta afirmación sobre la exclusión del niño, el argumento de la CS es netamente enfocado en la repartición de la carga alimentaria, concluye el fallo número 118 señalando:

“Que de acuerdo a lo que se viene razonando y siendo indiscutible que el ingreso mensual del demandado es ostensiblemente superior al de la actora, ante una situación patrimonial y familiar similar; resulta contrario a derecho fijar respecto del cónyuge más débil económicamente, -en este caso doña [madre] -, una carga superior en cuanto a la manutención del hijo en común, y establecer consecuentemente una obligación menor respecto del padre quien goza de facultades patrimoniales superiores. En efecto, dentro de los obligados en un mismo grado a proporcionar alimentos, como es el caso de los padres en relación al hijo, atenta

¹⁵⁷ Vid. *supra* acápite 2.1. Rechazo por manifiesta falta de fundamento.

contra la proporcionalidad, establecida en los artículos 326 inciso segundo y 329 del Código Civil el determinar que a quien ostente una situación económica mejor se le exija una contribución menor respecto de las necesidades del alimentario, de tal forma que, a este respecto, el recurso de casación en el fondo deberá ser acogido” (sic) (considerando octavo).

Reiteramos que estamos de acuerdo con la decisión de nuestro máximo Tribunal, el problema que aparece es respecto a la fundamentación de la sentencia, que debiese al menos referirse, a la incidencia en el niño de la desproporción de la carga económica que intenta corregir anulando la sentencia. Lo que hace la CS al resolver este caso no es distinto al resolver sobre cualquier otra obligación simplemente conjunta de carácter civil, en que concurren obligados al pago una madre y un padre, con la particularidad que el acreedor es precisamente el hijo de ambos.

En el fallo número 116 la CS efectúa una declaración de la importancia de la presunción del artículo 3° de la Ley N° 14.908, para el establecimiento de pensiones de alimentos que sean suficientes para los NNA. Esta presunción se convierte en una herramienta procesal que permite se haga efectiva la protección de los Derechos de los NNA, y que por tanto, la destacamos como un elemento positivo de nuestra legislación, ampliamente utilizada en los casos estudiados.

En la especie, el Juez de Familia acogió una demanda de alimentos deducida por una madre en contra del padre de su hija edad, condenando al demandado a pagar una pensión alimenticia equivalente a un 11% de un Ingreso Mínimo Remuneracional Mensual.

Luego la demandante apeló y la Corte de Apelaciones respectiva confirmó la sentencia, razón por lo cual interpuso un recurso de casación en el fondo denunciando la infracción de los artículos 3° de la Ley N° 14.908 y 32 de la Ley N° 19.968.

La Corte Suprema acogió el recurso, dictando la correspondiente sentencia de reemplazo, toda vez que el fallo fijó como pensión alimenticia una inferior al mínimo legal y es insuficiente para cubrir las necesidades del alimentario.

Es atingente remitirnos brevemente a la norma procesal que permite declarar el derecho en favor de los alimentarios (especialmente respecto aquellos de menores recursos), que de otra forma verían en peligro su vida y supervivencia, por carecer de medios probatorios suficientes. El artículo 3° de la Ley N° 14.908, contiene la presunción de que el padre o madre del alimentante posee los medios para satisfacer su obligación, cuando el NNA es quien reclama el pago como

alimentario¹⁵⁸. Junto con esta presunción (simplemente legal), también se establecen los porcentajes mínimos en qué consistirá dicha pensión de alimentos, del 40% del ingreso mínimo remuneracional para el caso de un hijo o hija, y de un 30% en caso de ser dos o más alimentarios.

Volviendo al fallo 110, la CS relata la Historia de la Ley N° 14.908, y la modificación realizada al artículo 3° de la referida Ley, con el objeto de introducir la presunción de renta y los montos mínimos de las pensiones de alimentos en los términos antes anotados. Al respecto, se cita un párrafo con las indicaciones parlamentarias y la intención del legislador de hacer frente a una situación que ponía en riesgo la supervivencia de los NNA, actividad que destacamos del fallo y por supuesto revisamos antes de comentar, señala la CS que:

“Es un hecho que es dentro del entorno socioeconómico de menores recursos en donde con mayor frecuencia se producen litigios causados por la falta de cumplimiento de la obligación de concurrir al sustento familiar. La estructura social económica en los sectores mencionados, hace que en la práctica sea tremendamente difícil comprobar rentas a los alimentantes, por lo que los tribunales deben recurrir con frecuencia a la presunción a que hemos hecho mención, asunto de suyo complejo frente a las innumerables variables laborales que se producen en el sector, especialmente el desarrollo de la actividad conocida como economía informal.

Con el objeto de asegurar a los menores de escasos recursos la posibilidad de a lo menos sobrevivir en forma digna, hemos creído necesario introducir una modificación a la Ley sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones, la que al mismo tiempo de cumplir el objetivo mencionado, no resulte en casos extremos, imposible de aplicar.

Con esa finalidad se propone modificar el artículo 3° de la Ley N° 14.908 el que dispone en su inciso 5° que, "para los efectos de decretar los alimentos cuando un menor lo solicite de su padre o madre legítimo, natural, ilegítimo o adoptivo, se presumirá que el alimentante tiene los medios para otorgar los alimentos necesarios".

La modificación que se introduce determina que esos alimentos no podrán ser de un monto inferior al 40% del ingreso mínimo, y para el caso que el alimentante justificaré que carece aún de esos ingresos, se faculta al Tribunal, previo informe social, para rebajar la pensión decretada”. (Historia de la Ley N°19.741.1.Primer Trámite Constitucional: Cámara de Parlamentarios. Moción

¹⁵⁸ Vid. *supra* acápite 2.4 Naturaleza jurídica especial del NNA como alimentario. Cfr. Fallo 54 de Alimentos, considerando séptimo, segundo párrafo.

Parlamentaria, página 4. Biblioteca del Congreso Nacional) (sic) (considerando quinto).

Luego, para decidir la controversia respecto al monto de los alimentos, se refiere a la circunstancia de que la presunción de renta antes citada opera invirtiendo la carga probatoria¹⁵⁹, cuestión que no fue suficientemente probada por el demandado, y por lo cual se acoge el recurso, declarando en sentencia de reemplazo que se fija el monto de los alimentos en el 40% del ingreso mínimo mensual, según la CS:

“Que en el caso sub-lite no se aprecia actividad probatoria del demandado en orden a demostrar la carencia de medios que el mismo ha invocado y bajo cuyo amparo pretende justificar que la pensión alimenticia no respeta el mínimo que la ley establece, como era de su cargo hacerlo. En efecto, en el proceso y con el fin de acreditar los ingresos percibidos por el alimentante sólo constan como antecedentes su propia declaración y la declaración jurada del mismo, elementos que al no contar con la idoneidad probatoria que para estos efectos las máximas de la experiencia, las reglas de la lógica y los conocimientos científicamente afianzados requieren, no permiten tener por configurada la hipótesis bajo cuyo amparo la ley autoriza a que pueda eximirse al alimentante de contribuir con la obligación alimenticia, bajo el mínimo legal y desvirtuar, así la presunción establecida por el legislador como mecanismo de protección a la institución en estudio”(sic) (considerando séptimo).

Compartimos con la CS su visión respecto al considerable avance que importó la modificación a la Ley N° 14.908, sin duda la inversión de la carga probatoria ha permitido a muchos NNA, a través de la presunción de renta, obtener pensiones mínimas que de otra forma no hubiesen obtenido, una forma en que tanto el legislador como el Poder Judicial han actuado de forma conjunta para dar una solución con carácter permanente a un problema social muchísimo mayor.

También podemos anotar que, como en la mayoría de los fallos, sin perjuicio de atender al cumplimiento de normas de carácter regional o internacional en forma tácita, haciendo aplicación de la normativa interna, se requiere que nuestro máximo Tribunal haga una remisión expresa a esas normas, tratados e instrumentos internacionales que obligan al Estado chileno.

¹⁵⁹ Ya que el padre aún podría acreditar que no posee los medios para satisfacer la obligación del alimentario, caso en el cual la pensión podría ser inferior a los mínimos que estableció la modificación del artículo 3° de la Ley N° 14.908.

Conclusiones.

1. Reprochamos que la CS no realice un trabajo más acabado para fundamentar sus razonamientos y se remita exclusivamente a la proporcionalidad en la repartición de las cargas como alimentantes que les corresponde a los padres. Dejar de lado la remisión a la corresponsabilidad parental o el carácter congruo de los alimentos, centrando su preocupación en un aspecto civil y no integral en relación al Interés Superior del Niño para satisfacer sus necesidades y permitir su desarrollo pleno, reproduce el menoscabo que significa tratar al NNA como un objeto merecedor de protección en vez de ser una persona con plenos derechos y con una regulación basada en su preponderante interés y desarrollo.
2. En nuestra opinión, la CS debe realizar una declaración fundada respecto a las facultades de cada uno de los padres, pero siempre tomando en cuenta las desiguales condiciones que se reproducen (entre varias otras) laboral y económicamente respecto a las mujeres en nuestro país, porque son precisamente ellas quienes en todos los casos estudiados han ejercido las acciones en favor de sus hijas e hijos, en contra de sus padres.
3. No resulta redundante o innecesaria la referencia expresa que se echa en falta, toda vez que las sentencias de la CS terminan incidiendo de una forma u otra en la actividad de los demás Jueces de la República, funcionarios del Estado, actos del gobierno, de la Contraloría, Municipios, operadores del Derecho en general, que utilizamos sus razonamientos y decisiones para fundamentar nuestras peticiones ante diversos organismos e instituciones de diversa índole, y muy especialmente ante el Poder Judicial.

2.7. Alimentos acordados voluntariamente versus declarados judicialmente.

El último fallo que analizaremos en atención al carácter congruo de los alimentos, es el número 129 que establece un principio de *inoponibilidad de los alimentos acordados respecto a los declarados judicialmente*, cuando el alimentante se encuentra obligado por diferentes instrumentos al pago de los mismos.

En particular, el fallo 136 discurre sobre una pensión de alimentos, acción deducida por la madre de una niña en contra del padre alimentante, que el Juez de Familia declaró y fijó en 15% de las remuneraciones líquidas del demandado.

Apelada la sentencia por el padre, la Corte de Apelaciones respectiva confirmó el fallo con declaración que rebaja el porcentaje de la pensión alimenticia a un 5%.

Se alzó la demandante deduciendo recurso de casación en el fondo por la vulneración del artículo 7° de la Ley N° 14.908 y consecencialmente del artículo 323 del Código Civil.

La Corte Suprema acogió el recurso, destacando nuevamente el carácter congruo de los alimentos y estableciendo un principio de *inoponibilidad de los alimentos acordados respecto a los declarados judicialmente*, principio que protege al hijo o hija alimentario, frente a otros hijos del padre, que en un proceso de mediación acordó el pago de una pensión de alimentos determinada.

En palabras de la CS, no se puede imputar el acuerdo convenido en el acta de mediación familiar, para efectos de perjudicar el monto de la pensión que recibirá la hija, porque esto implicaría aprovechar sus propios actos en beneficio de una alimentaria para perjudicar a otra.

A mayor abundamiento, acompañamos un extracto del fallo número 129:

“Que la Ley N°14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, en su artículo 7° inciso 1°, estipula: “El Tribunal no podrá fijar como monto de la pensión una suma o porcentaje que exceda del cincuenta por ciento de las rentas del alimentante” (considerando cuarto).

Que, en este sentido, cabe consignar que del examen de la sentencia impugnada se desprende que en la determinación de la pensión de alimentos, los jueces del fondo han incurrido en una errada aplicación del artículo 7° de la Ley N°14.908, ya que el quantum de la pensión fijada por el tribunal de primera instancia, no supera el límite o tope legal que dicha disposición establece. En efecto, la citada limitación se refiere a que el monto de una pensión alimenticia fijada por sentencia no puede exceder de un 50%, que no es el caso, ya que aquí, las tres pensiones alimenticias a las que está obligado el demandado, constan en instrumentos distintos, por lo que la fijada en estos autos no supera el 50% de los ingresos que éste percibe. Tal circunstancia emana del propio mérito de los antecedentes y de los hechos asentados en el juicio” (considerando quinto)

La CS deja bastante claro que existe, en el artículo 7° de la Ley N° 14.908, un límite legal a los alimentos que puede pagar el padre alimentante, equivalente al 50% de sus rentas líquidas. Luego argumenta el error de derecho en el cálculo de ese porcentaje al incluir aquella pensión de alimentos que se acordó de forma voluntaria y que le es inoponible al otro alimentario para poder calcular una pensión dentro de dicho margen, razón por lo cual la CS acoge el recurso impetrado, anulando la sentencia y dictando otra, declarando el derecho de alimentos y fijándolo, en definitiva, en 15% de las rentas líquidas, de paso calificando de dolosa la actitud del padre en términos de limitar su responsabilidad privilegiando a un hijo en desmedro de otro, como lo describe la CS:

“Que debe tenerse en consideración, además, que la segunda de las pensiones alimenticias a la que está obligado el demandado, fue acordada convencionalmente y no es el resultado de una sentencia dictada en un proceso legalmente tramitado en el que se haya discutido su capacidad económica o la existencia de otras cargas de familia a las que pudiese afectar dicho acuerdo, de lo que podría resultar que éste ha asumido obligaciones por un monto mayor, a fin de eludir la carga alimentaria que la ley le impone respecto de la alimentaria de estos antecedentes” (considerando séptimo).

Conclusiones.

1. Estamos de acuerdo con la CS, al afirmar que no es posible imputar el acuerdo convenido en el acta de mediación familiar, para efectos de perjudicar el monto de la pensión que recibirá la hija, porque esto implicaría aprovechar sus propios actos en beneficio de una alimentaria para perjudicar a otra. Debiendo primar entonces el Interés Superior de la Niña que se podría ver perjudicada por un acuerdo así, considerando a todos los hijos e hijas en condición de igualdad.

2.8. Caso en que padres no pueden satisfacer su obligación alimentaria.

En algunas oportunidades los padres son incapaces de satisfacer la obligación alimentaria, ya sea de forma parcial o total. Debido al carácter asistencial y de subsistencia que tiene el derecho de alimentos, no se puede extinguir dicha obligación sin más, cuando el alimentante no está en condiciones de cumplir dejando a su suerte al NNA. Es por ello que nuestra legislación contempla la extensión de la obligación alimentaria a otras personas distintas de los progenitores.

El caso más común que encontramos, es el de extender esta obligación hasta los abuelos y abuelas de los hijos, quienes deberán soportar su pago mientras un padre o madre no pueda aportar suficientemente a la mantención del NNA o se encuentre ausente como veremos.

Entre los fallos estudiados encontramos varios que se refieren a esta materia, a saber los fallos número 9, 11, 20, 24, 50, 63, 85, 93, 95, 98, 100, 80, 151 y 131. En razón de la brevedad de este estudio es que resaltaremos algunos elementos que nos llamaron la atención, reiterando que el lector puede ir directamente al archivo en formato PDF contenido en el CD, acompañado como material complementario, para revisar cada uno de ellos si así lo desea y encontrar otros aspectos destacables.

En el fallo número 11, el Juez de Familia obligó al pago de pensión alimenticia a la abuela paterna de la niña del caso, en razón de que el padre había fallecido y era

quien aportaba a la mantención de la familia. La abuela señala que su obligación es subsidiaria a la de los demás obligados y que sería necesaria una sentencia previa estableciendo la imposibilidad de los demás obligados al pago, para luego proceder en su contra. Al respecto, señala en forma categórica nuestro máximo Tribunal:

“Que, por otra parte, si bien la obligación legal de los abuelos es subsidiaria a la de los padres, pues opera sólo ante la falta o insuficiencia de éstos y que entre varios obligados en un mismo orden todos deben contribuir, lo cierto es que tal carácter no impone la obligación de entablar demandas sucesivas en contra de cada uno de éstos y que exista una sentencia previa que establezca su imposibilidad total o parcial de contribuir, como requisito previo para reclamar alimentos respecto de una persona legalmente obligada a ello. En efecto, tal exigencia no ha sido establecida por la ley y es contraria por lo demás a la naturaleza asistencial y de subsistencia del derecho de alimentos y a los principios que regulan el procedimiento en juicio para hacerlo procedente, como el de la concentración, desformalización, colaboración, actuación de oficio y el propio principio del interés superior del niño, base sustancial y procesal de toda la legislación de menores y de familia. La interpretación que armoniza con dichos principios y con las características antes anotadas del derecho de alimentos plantea que lo realmente importante y concluyente para resolver sobre la materia es que se determine si los demás obligados preferentes o del mismo orden se encuentran capacitados para satisfacer la exigencia de alimentos y que los padres carecen de recursos para estos efectos o ellos no son suficientes, lo que puede acreditarse en el mismo juicio, como ocurre en el caso sub-lite al haberse demostrado la falta e insuficiencia de la madre y también de la abuela por línea materna, para satisfacer las reales necesidades de la menor”(sic) (considerando décimo).

A diferencia de lo destacado en el caso de la prescripción, acá podemos notar el acento puesto en los principios que inspiran el derecho de familia y que son aplicables en este caso. El fallo hace referencia a la desformalización y actuación de oficio como principios cardinales en materia de alimentos, cuestión que pone al proceso en servicio del interés superior del niño. La misma Corte señala que debe preferirse la protección de los derechos con carácter urgente de los NNA por sobre un exacerbado formalismo, acompañado de la libertad probatoria, en atención a ese carácter asistencial y de subsistencia que posee el derecho de alimentos.

En un sentido similar se pronuncia el fallo número 50 al señalar la CA respectiva el fundamento para confirmar la sentencia recurrida, obligando al pago al abuelo paterno, pero esta vez haciendo alusión expresa a la CDN:

“Que la Convención de los Derechos del Niño, ratificada por Chile, que entró en vigencia el 27 de septiembre de 1990, consagra en el artículo 3° N° 1 el denominado “ interés superior del niño” y en el artículo 27 N° 4 indica que los “ Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en Estado Parte como si viven en extranjero” (sic) (considerando tercero).

Para terminar con este punto referente a la extensión a otras personas que determina la ley, mencionamos el fallo número 85, en el cual el Juez de Familia acogió la demanda de pensión de alimentos contra los hermanos paternos de simple conjunción de un menor de edad, quienes interpusieron recursos de casación que fueron rechazados por manifiesta falta de fundamento, quedando obligados al pago conjuntamente.

Conclusiones.

1. Destacamos el razonamiento de nuestra CS al señalar que no es necesaria la existencia de sentencias definitivas previas que sean imposibles de cumplimiento para que sea procedente la acción del alimentario contra los abuelos y abuelas. Esta forma de interpretar la Ley, resulta un avance respecto a una anterior jurisprudencia, ampliamente acogida por nuestros juzgados, y que hoy se encuentra en retirada¹⁶⁰.

¹⁶⁰ Sobre la interpretación anterior de la procedencia de la acción alimenticia respecto a los abuelos y abuelas como alimentantes, ver fallos: Corte de Apelaciones de Santiago, Ingreso Rol 7393-2005, de 10 de Abril de 2006; Corte de Apelaciones de Santiago, Ingreso Rol 2309-2009, de 30 de Octubre de 2009; y Corte de Apelaciones de Concepción, Ingreso Rol 33-2009, de 15 de Abril de 2009.

3. CUIDADO PERSONAL Y RELACION DIRECTA Y REGULAR¹⁶¹

El cuidado personal y la relación directa y regular son derechos-deberes que surgen de la filiación. Ellos se encuentran regulados en el Título IX del Libro I del Código Civil. El primero no se encuentra definido por el legislador, no obstante el profesor Cristián Lepin lo define como el “conjunto de obligaciones y facultades derivadas de convivir o compartir la vida cotidiana de los hijos”¹⁶².

Por otra parte, la relación directa y regular sí se encuentra definida en el inciso segundo del artículo 229 del Código de la siguiente manera: “Se entiende por relación directa y regular aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable.”

Antes de comenzar con el análisis correspondiente a esta materia, es preciso referirnos a un hito legislativo ocurrido en el año 2013; la dictación de la Ley N° 20.680¹⁶³. Tal como su nombre lo indica, la normativa en cuestión modificó normas relativas al cuidado personal de los hijos, la relación directa y regular, y la patria potestad.

“Esta ley constituye la transformación más importante en materia de efectos de la filiación desde la dictación de nuestro Código Civil, modificando las normas sobre el cuidado personal de los hijos, la relación directa y regular y la patria potestad. En materia de cuidado personal establece cambios en las formas de atribución del cuidado personal y en el ejercicio de este derecho-deber, inspirados en los principios de autonomía de la voluntad, igualdad de los padres y en el principio rector del interés superior del niño.”¹⁶⁴

Los cambios introducidos por esta ley son numerosos, y un análisis exhaustivo de cada uno de ellos escapa de los objetivos de este estudio. Sin perjuicio de ello, resulta provechoso ahondar en la evolución del artículo 225 del Código Civil (encargado de regular el cuidado personal de los hijos en los casos en que los padres estén separados).

¹⁶¹ Cuidado personal y Relación directa y regular (RDR) serán abordados de forma conjunta o debido a su ineludible vinculación. El contenido relevante para este estudio se encontró en su gran mayoría en la discusión verificada respecto a la titularidad del primero, toda vez que los tribunales agotaban su argumentación en la determinación del cuidado personal, limitándose a fijar el régimen comunicacional en favor del otro progenitor sin mayor argumentación.

¹⁶² LEPIN, Cristian. *Reformas a las Relaciones Paterno-Filiales*. Análisis de la Ley N° 20.680, Revista de Derecho - Escuela de Postgrado N° 3, 2013, pp. 285-308 , p. 290

¹⁶³ Ley N° 20.680, Introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados, publicada en el Diario oficial de 21 de junio de 2013.

¹⁶⁴ LEPIN, Cristian. *Op. cit.*, p. 285.

Antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.680, el legislador establecía una arbitraria preferencia por la madre. El anterior artículo 225 del Código Civil¹⁶⁵ establecía que si los padres vivían separados, el cuidado personal correspondía a la madre, salvo ciertas causales que implicaban un alto estándar probatorio.

Es manifiesto que dicha disposición era discriminatoria, y contravenía principalmente los artículos 1¹⁶⁶ y 24¹⁶⁷ de la CADH. Es menester señalar lo dictaminado por la Corte IDH en el caso Yatama vs. Nicaragua del año 2005 a propósito de la igualdad ante la ley.

“Ese principio posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno; se trata de un principio de derecho imperativo. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas. Es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable”¹⁶⁸

El actual artículo 225¹⁶⁹ del Código Civil, establece tres fuentes de atribución del cuidado personal de los hijos; convencional, legal y judicial. En primer lugar, el

¹⁶⁵ Código Civil. Artículo 225

Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos.

No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades.

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

Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.

¹⁶⁶ CADH. Artículo 1.

Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

¹⁶⁷ CADH. Artículo 24.

Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

¹⁶⁸ Corte IDH. Caso Yatama vs. Nicaragua, Sentencia 23 de junio de 2005, párr. 185

¹⁶⁹ Código Civil. Artículo 225.

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. El acuerdo se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil y deberá ser subinscrito al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. Este acuerdo establecerá la frecuencia y libertad con que el padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos y podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades.

artículo 225 en su inciso primero consagra como fuente a la autonomía de la voluntad, permitiendo a los padres pactar la atribución y forma de ejercer el cuidado personal sin necesidad de aprobación judicial. En segundo lugar, y de manera supletoria al acuerdo, el artículo 225 en su inciso tercero señala el mantenimiento del cuidado personal por parte del progenitor con el cual el NNA se encuentra viviendo. Por último, en su inciso cuarto señala la posibilidad de que el juez atribuya el cuidado personal al otro de los padres cuando las circunstancias y el interés superior del hijo lo haga conveniente.

Según el profesor Cristián Lepin, el actual artículo 225 presenta importantes beneficios.

“Es una norma de atribución supletoria, que deja en igualdad de condiciones a los padres, eliminando la preferencia materna, y que protege el interés superior de los hijos al mantener su situación, priorizando su estabilidad material y espiritual. Esta regla supletoria presenta importantes beneficios; por una parte, permite una continuidad en la vida del menor, en aquellos casos en que los padres estén separados y uno de ellos se hace cargo de los hijos y el otro desaparece o se desentiende de sus responsabilidades; o en aquellos casos en que ambos padres se encuentran presentes en la vida de su hijo, pero no han firmado un acuerdo. Por otro lado, evita tener que judicializar todos los casos a efectos de que el Tribunal de Familia atribuya el cuidado personal, reconociendo la situación de hecho existente.”¹⁷⁰

Así las cosas, la actual redacción del artículo 225 resulta *ad hoc* a la normativa internacional, mientras que la antigua normativa resultaba contraria a lo establecido por los diversos pactos internacionales, tal como lo señaló nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia de 30 de mayo de 2013¹⁷¹.

Los fallos emanados de la Corte Suprema comprendidos en este estudio corresponden al periodo de enero de 2012 a octubre de 2014, por lo cual nos

El cuidado personal compartido es 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.

A falta del acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo.

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 por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 226.

En ningún caso el juez podrá fundar exclusivamente su decisión en la capacidad económica de los padres.

Siempre que el juez atribuya el cuidado personal del hijo a uno de los padres, deberá establecer, de oficio o a petición de parte, en la misma resolución, la frecuencia y libertad con que el otro padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos, considerando su interés superior, siempre que se cumplan los criterios dispuestos en el artículo 229.

Mientras una nueva subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.

¹⁷⁰ LEPIN, Cristian. *Op. cit.* p. 291.

¹⁷¹ Tribunal Constitucional, 30 de mayo de 2013. Causa Rol 2306-2012.

encontraremos con ambas versiones del artículo. Además, se debe tener en consideración que el objetivo de este trabajo corresponde al análisis del control de convencionalidad efectuado por la Corte Suprema, la cual pudo, o no, realizarlo adecuadamente, en ambas hipótesis normativas. La dictación de una ley modificatoria adecuada a los estándares internacionales no implica necesariamente que nuestro máximo tribunal efectúe un adecuado control de convencionalidad, ni viceversa.

Entre enero de 2012 y octubre de 2014 la Corte Suprema emitió 98 fallos relativos a cuidado personal y relación directa y regular. No analizaremos la totalidad de ellos, debido a que 7 centran la discusión relevante en la determinación de alimentos, y los 31 restantes corresponden a recursos que pretendían modificar los hechos ya fijados, y/o la valoración de la prueba, los cuales fueron desestimados por la Corte Suprema sin que hubiese algún pronunciamiento relevante. A su vez, dentro de los 60 fallos restantes, solamente se aludirá a una selección según se explica en las próximas líneas.

Como panorama general hemos de señalar que en 26 de los fallos en análisis se denunció la infracción a alguna normativa internacional. En 19 de los casos en estudio la Corte Suprema, o alguna de las respectivas Cortes de Apelaciones, aludió a alguna Convención Internacional. En casi la totalidad de sus resoluciones la Corte Suprema o alguno de los tribunales de alzada alude al interés superior del niño dentro de su fallo, no obstante, solo en 24 casos se esfuerza por desarrollar de algún modo el concepto.

Así las cosas, y en atención a la extensión de este grupo de fallos, acotaremos el análisis de este trabajo a las artistas que nos parecen más relevantes. Ellas son:

1. Análisis de la conjugación entre el principio del interés superior del niño y el artículo 225 del CC con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.680.
2. Convencionalidad de los fallos que se hacen cargo expresamente de las modificaciones introducidas por las Ley N° 20.680 para ilustrar el eventual cambio provocado por la nueva normativa.
3. Tratamiento del principio del interés superior del niño en temas específicos
 - a. Disputas de cuidado personal en donde las madres sufren de depresión o algún trastorno psiquiátrico.
 - b. Tolerancia de los castigos corporales.
 - c. Relación con el derecho de los NNA a ser oídos.
 - d. Suspensión del régimen comunicacional con un progenitor.
 - e. Ejercicio del derecho-deber de la relación directa y regular respecto a un padre o madre privado de libertad.

3.1. Interpretación del artículo 225 del Código Civil con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.680. Relación entre el artículo y el principio del interés superior del niño.

El anterior inciso tercero del artículo 225 del Código Civil establecía las causales para alterar la preferencia materna respecto al cuidado personal consagrada en el inciso primero del mismo artículo.

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

De la misma forma, el artículo 226 del CC¹⁷² añadía la inhabilidad física o moral de los padres como motivo de cambio en la titularidad del derecho-deber, y el artículo 42¹⁷³ de la Ley de Menores lo complementaba señalando cuándo se entendía que uno de los padres se encontraba bajo esta situación¹⁷⁴.

La jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema está conteste en considerar que la interpretación del artículo 225 debe efectuarse en conformidad a los principios que integran el derecho de familia. Así lo señaló de manera expresa nuestro máximo tribunal en su fallo número 3 de fecha 22 de marzo de 2012:

“Que si bien el cuidado personal de los hijos corresponde a la madre cuando los padres viven separados, una interpretación armónica de las normas citadas permite concluir que el juez de la causa puede modificar la regla del artículo 225 del Código Civil y privar a la madre de dicho cuidado y entregarlo al otro padre o a un tercero (debiendo preferirse para estos efectos a los

¹⁷² Código Civil. Artículo 226.

Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes.

En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos, y sobre todo, a los ascendientes.

¹⁷³ DFL 1. Artículo 42.

Para los efectos del artículo 226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral:

1.º Cuando estuvieren incapacitados mentalmente;

2.º Cuando padecieren de alcoholismo crónico;

3.º Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo;

4.º 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;

5.º Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores; 6.º Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad;

7.º Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material.

¹⁷⁴ El encabezado de este artículo fue modificado por el artículo 2 de la Ley N° 20.680, publicada en el Diario Oficial de 21 de junio de 2013, en el sentido de reemplazar la frase inicial “Para los efectos” por “Para el solo efecto”.

consanguíneos más próximos y sobre todo a los ascendientes), al configurarse algunas de las situaciones descritas en los motivos anteriores que los inhabilitan para ello o porque el interés superior del menor así lo aconseje” (considerando sexto).¹⁷⁵

No obstante, no existe uniformidad en la interpretación respecto a la relación existente entre el principio del interés superior del niño y el maltrato o descuido, u otra causa calificada exigida por el artículo 225.

Respecto al tema, la Corte Suprema ha sostenido tres posturas de forma paralela:

a. El maltrato, y/o descuido, u otra causal calificada como manifestaciones particulares del principio del interés superior del niño

En algunas ocasiones la CS ha considerado que el maltrato, y/o descuido, u otra causal calificada, son manifestaciones del principio del interés superior del niño. Ello implicaría que para alterar la hipótesis del artículo 225 no bastaría con invocar el principio, sino que además sería necesario configurar alguna de las hipótesis anteriormente descritas. Este criterio se aprecia en el siguiente considerando del fallo número 42 de la Corte Suprema de fecha 1 de abril de 2013:

“Que la resolución del presente conflicto, ha debido adoptarse considerando especialmente el interés superior del menor aun cuando ello signifique alterar la atribución legal del cuidado personal si se verifica alguna de las hipótesis que el legislador ha contemplado para dichos efectos, esto es, cuando en aras del principio indicado así se requiera, pero de un modo particular si se comprueba maltrato, descuido u otro motivo calificado. Tal determinación queda entregada a los sentenciadores quienes al efectuar el proceso racional lógico que se les demanda deben asignar contenido concreto a los elementos que la ley refiere. En efecto, el artículo 225 impone al juez el proveer de sustancia a los conceptos abiertos e indeterminados enunciados por el legislador, en un proceso en el que se los llama a integrar los supuestos fácticos y normativos” (considerando sexto).¹⁷⁶

b. La invocación del principio del interés superior del niño como “otra causal calificada”.

¹⁷⁵ En el mismo sentido: Fallo número 17, 23 de julio de 2012; fallo número 30, 14 de enero de 2013; fallo número 38, 25 de marzo de 2013; fallo número 39, 25 de marzo de 2013; fallo número 41, 25 de marzo de 2013; fallo número 42, 1 de abril de 2013; y fallo número 51, 18 de junio de 2013, todos de Cuidado Personal y RDR.

¹⁷⁶ Fallo en el mismo sentido: Fallo número 41, 25 de marzo de 2013, considerando quinto; fallo número 39, 25 de marzo de 2013; fallo número 38, 25 de marzo de 2013; fallo número 30, 14 de enero de 2013; fallo número 14, 11 de junio de 2012; fallo número 6, 28 de marzo de 2012; fallo número 35, 18 de marzo de 2013; y fallo número 7, 2 de abril de 2012, todos de Cuidado Personal y RDR.

En otra oportunidad, y en un fallo de la misma fecha (fallo número 44 del 1° de abril de 2013), nuestra Corte Suprema señaló como “otra causal calificada”, la sola invocación del principio del interés superior del niño.

“De esta manera, se altera la regla establecida en el artículo 225 del Código Civil en cuanto dispone que cuando los padres viven separados, corresponderá su cuidado personal a la madre, salvo que el interés de los hijos haga indispensable alterarla judicialmente por existir maltrato, descuido u otra causa calificada (considerando tercero).

Que conforme a lo razonado, se establece que el interés superior de los menores L_X_A y G_Y_B, está conformado por brindar a dichos niños un espacio de protección y apego, estabilidad emocional y seguridad física, para el óptimo desarrollo de su personalidad, por sobre los riesgos a los cuales se han visto expuestos bajo el cuidado personal de la madre, razones todas las cuales constituyen causa calificada y suficiente de conformidad a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 225 del Código Civil, para alterar el cuidado personal que ejercía la madre por el sólo ministerio de la Ley” (fundamento undécimo del fallo de primera instancia).¹⁷⁷

c. El principio del interés superior del NNA como motivo suficiente para alterar la hipótesis del inciso primero del artículo 225 del Código Civil

Por último, la Corte Suprema sostuvo en una oportunidad, en su fallo número 51 de fecha 18 de junio de 2013, que la pura invocación al principio en cuestión sería motivo suficiente e independiente, para alterar la regla de atribución establecida en el artículo 225 del CC.

“Que si bien el cuidado personal de los hijos corresponde a sus padres, la interpretación armónica de las normas citadas permite concluir que el juez de la causa puede modificar la regla del artículo 225 del Código Civil y privar a los progenitores de dicho cuidado y entregarlo a un tercero (debiendo preferirse para estos efectos a los consanguíneos más próximos y sobre todo a los ascendientes), al configurarse algunas de las situaciones descritas en los motivos anteriores que los inhabilitan para ello **o porque el interés superior del menor así lo aconseje**” (Lo destacado es nuestro, considerando sexto).

¹⁷⁷ En el mismo sentido: Fallo número 15, 18 de junio de 2012, considerando tercero; fallo número 46, 22 de abril de 2013; y fallo número 3, 22 de marzo de 2012, todos de Cuidado Personal y RDR.

Conclusiones

1. La norma nacional (Artículo 225 del Código Civil) utilizada por los jueces al momento de resolver el conflicto es *per se* inconvencional, pues establece una preferencia materna en desmedro del padre, sin asidero alguno. Ello contraviene lo señalado por la Corte IDH en el Caso Yatama vs. Nicaragua del año 2005, señalado con anterioridad.
2. Cobra especial importancia el control de convencionalidad, debido a que ésta es precisamente la herramienta con la cual nuestros tribunales podrían haber subsanado el error del legislador, y además no comprometer la responsabilidad internacional del Estado. Al haber hecho el debido énfasis en el principio del interés superior del niño por sobre la discriminatoria preferencia materna adoptada por el legislador.
3. La primera interpretación efectuada por la CS resulta inconvencional, toda vez que no dota al principio del interés superior del niño del verdadero valor que le corresponde al ser una norma. Si bien nuestro máximo tribunal señala la posibilidad de alterar la hipótesis configurada en el inciso primero del artículo 225 en atención al principio, ello sería posible únicamente en caso de comprobarse el maltrato, descuido u otro motivo calificado. Ello conlleva un estándar probatorio demasiado alto en desmedro del padre.
4. La segunda interpretación no resulta absolutamente inconvencional. Si bien, presenta el mismo problema que la anterior, no reconocimiento del estatus del principio del interés superior del niño, al menos permite invocar dicho principio a través de “otra causal calificada”, lo cual en cierta medida facilitaría el tener que lidiar con la desigualdad planteada.
5. Respecto a la tercera interpretación, ésta es la que más se ajusta a los estándares internacionales, pues permite invocar el principio del interés superior del niño sin que tener que forzar alguna de las hipótesis anteriores. No obstante, mantiene el error legislativo al dejar la carga de la prueba en manos del padre.
6. Cabe destacar el razonamiento efectuado por la Corte de Apelaciones de Arica, contenido en el fallo número 17 de fecha 25 de enero de 2012. Allí, el tribunal de alzada señaló expresamente la preponderancia del principio del interés superior del niño ante el artículo 225 del CC.

“Sin perjuicio de ello, y aún en el caso que no se hubiese estimado la inhabilidad ya señalada, el principio del interés superior del niño se encuentra por sobre la norma referida, ello porque se encuentra inserto dentro de la Convención Internacional de Derechos del Niño, la cual se entiende incorporada a nuestra

Constitución por disposición del artículo 5° de la Carta Fundamental de suerte tal, que jerárquicamente tiene un rango superior al estatuto contenido en el artículo 225 del Código Civil, de modo que es razón suficiente para otorgarle el cuidado personal al padre, toda vez que el interés superior del niño apreciado como se ha efectuado por esta Corte, así lo indica” (considerando noveno).

3.2. Casos en los cuales se alude a las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.680

Dentro del periodo en estudio, existen dos fallos de la Corte Suprema que aluden expresamente al impacto producido por la publicación de la Ley N° 20.680.

El primero de ellos corresponde al fallo número 94 de fecha 6 de octubre de 2014, y resulta sumamente ilustrativo del espíritu de esta nueva ley. La Corte Suprema, en el considerando tercero de su sentencia, reconoce como principios inspiradores de la nueva ley la autonomía de la voluntad, igualdad de las partes y el principio del interés superior del niño, siendo éste último su principio rector.

“En materia de cuidado personal estableció cambios en las formas de atribución y en el ejercicio de este derecho-deber, inspirados en los principios de autonomía de la voluntad, igualdad de los padres y en el principio rector del interés superior del niño, mantuvo las fuentes de atribución del cuidado personal, esto es, convencional, legal y judicial, esta última, también denominada supletoria, es aquella que opera a falta de acuerdo de los padres: “el hijo continuará bajo el cuidado del padre o madre con quien estén conviviendo”, consagrando con ello la igualdad de condiciones de los padres para el ejercicio del cuidado personal de los hijos y protegiendo con ello, su interés superior, al mantener su situación fáctica, priorizando su estabilidad material y espiritual” (considerando tercero).

Por otra parte, este fallo además de reconocer expresamente el cambio de paradigma, presenta un cambio concreto respecto de un caso similar resuelto bajo el amparo de la ley anterior, esto es, no permitir “diferir provisoriamente” el cuidado personal de los hijos, cuestión que sí había sido permitida por nuestro máximo tribunal, tal como se señala en el fallo número 11:

“Que son supuestos fácticos no discutidos por las partes, que L_Y_A desde el mes de agosto del año 2013, vive junto a su progenitor en la casa de los abuelos paternos siendo el padre quien se hace cargo de los diversos quehaceres domésticos y emocionales del adolescente, como también, el que ninguno de los litigantes se encuentra inhabilitado para el ejercicio del referido derecho-deber. En este contexto, el cuidado personal de los hijos, como ya se explicó, no puede ser “diferido provisoriamente” por

uno de los progenitores a otras personas, es decir, la madre de mutuo propio no tiene la facultad de determinar que el cuidado personal de L_Y_A quedara en manos de sus abuelos, por el período que establecía en su escrito, puesto que aquello vulnera el régimen normativo que al efecto contempla el ordenamiento jurídico, discriminando indebidamente al padre, quien es el primero en ser llamado a ejercer el cuidado personal de su hijo, más aún si se tiene presente, que no se encuentra inhabilitado para su cumplimiento. En consecuencia, pierde sustento fáctico y legal el fundamento vertido en el fallo impugnado, en cuanto que la “madre dejó transitoriamente a su hijo en casa de los abuelos paternos”, y que por ello nunca salió de su custodia, puesto que dicho argumento es improcedente con relación al mérito de estos autos (considerando cuarto).

Que entonces, lo cierto es que el adolescente desde agosto de 2013 vive con su padre, en casa de los abuelos paternos, lo que se encuadra dentro de la hipótesis que al efecto contempla el artículo 225 del Código Civil: “...a falta de acuerdo entre los padres sobre el cuidado personal de los hijos, éstos continuaran bajo el cuidado personal del padre o madre con el que estén conviviendo”, de manera que al haber resuelto los jueces del grado, rechazar la demanda -en el primer grado- y confirmar dicha decisión -en segunda instancia-, sobre la base de un supuesto “cuidado provisorio” delegado por la madre -que por lo demás igualmente en los hechos era ejercido por el padre -, permite concluir que lo hicieron vulnerando el citado artículo 225 y, en especial, quebrantando el principio orientador de la Ley 20.680, como es, el de la igualdad de los padres para ejercer el cuidado personal de los hijos” (considerando quinto).

Por último, cabe mencionar que la sentencia de nuestro máximo tribunal brinda una definición del principio concordante con lo señalado por la Corte IDH, y además explicita los factores que los magistrados han ponderado a la hora de determinarlo.

El segundo fallo en cuestión (fallo número 98), al igual que el anterior, señala como consecuencia de la dictación de la Ley N° 20.780 la priorización del principio del interés superior del niño.

“Que, respecto a que la juez se habría excedido en sus facultades al resolver como lo hizo, del análisis de los antecedentes aparece claro que se demandó por el padre el cuidado personal de sus hijos J_Y_A y J_Y_B, cuidado que a esa fecha tenía la madre, aduciendo la hipótesis de descuido de la misma y en virtud de lo que establecía el artículo 225 inciso tercero del Código Civil y la juez a quo resolvió lo pedido, es decir, determinó circunstanciada y razonadamente la litis en cuanto a quien corresponde, por los fundamentos que da en la sentencia, el cuidado personal de los

niños, teniendo además presente lo dispuesto en la Ley 20.680 de fecha 21 de junio de 2013, la que modifica el Código Civil en cuanto a las relaciones parentales, entre otros, y en específico la materia sometida a su decisión, haciendo presente la priorización del interés superior del niño al resolver, de lo cual se hace cargo adecuadamente en el motivo décimo tercero del fallo en revisión, por lo que de modo alguno se excede en sus facultades, aún más, tenía la obligación legal de resolver el conflicto de acuerdo a la legislación vigente” (sic) (considerando cuarto).

La CS brinda una definición del principio y además cita la Observación General N° 14 del año 2013 del Comité de Derechos del Niño.

Conclusiones

1. El fallo número 94 refleja perfectamente el cambio que implicó la dictación de la Ley N° 20.780. Por otra parte, si bien el fallo en cuestión no citó ninguna normativa internacional, su razonamiento sí se ajusta a los estándares internacionales, es convencional, y representa un cambio concreto en relación a una situación similar bajo el amparo de la ley anterior (fallo número 11).
2. El fallo número 98 sigue el lineamiento anterior destacando la prevalencia del principio del interés superior del niño.
3. Ambos fallos son convencionales.

3.3. Desarrollo del principio del interés superior del niño en distintas temáticas.

a. Disputas de cuidado personal en donde la madre padece de depresión o trastorno bipolar.

Hemos decidido abordar éste tema en particular para tener una muestra en donde existan circunstancias que, *a priori* parecen ser más determinantes para alterar la regla del artículo 225 bajo el amparo de la ley anterior, de forma que la exposición resulte más interesante. Dentro del periodo comprendido en este trabajo, llegaron a sede de casación 5 casos en los cuales los padres solicitaban el cuidado personal de sus hijos e hijas fundado en un trastorno psiquiátrico de la madre, sólo uno de ellos fue interpuesto con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.680.

El primer fallo emitido por la Corte Suprema, corresponde al fallo número 8 de fecha 2 de abril de 2012. En él La CS reafirma la decisión de otorgar el cuidado personal al padre, toda vez que no estima infringido el artículo 225 ni el principio

del interés superior del niño ya que la estabilidad emocional y física de los hijos estaría con su progenitor.

“Que respecto del principio del interés superior del menor, cabe señalar que los jueces del fondo ven garantizado dicho principio con la permanencia de los menores al cuidado de su padre, conforme a las razones que consignan en el fallo impugnado y que se han referido en el motivo tercero. Dicha conclusión ha sido establecida sobre la base de los presupuestos surgidos del proceso de apreciación; de modo que no es posible entender que en la especie se haya vulnerado el artículo 225 del Código Civil” (considerando sexto).

En virtud de las dificultades planteadas en la metodología de este trabajo, no podemos tener acceso al fallo del tribunal de base. Sin embargo, según los hechos recopilados por nuestro máximo tribunal, en el considerando segundo de su sentencia, ambos padres presentan perfiles generales de competencias parentales, y si bien al parecer los NNA habrían consolidado una situación de estabilidad con el progenitor, no se señala por qué esta situación no habría de continuar con la madre. Cabe mencionar que se pone énfasis en este punto, con el solo objeto de ilustrar la falta de tendencia de nuestro máximo tribunal, sin que ello nos parezca *a priori* correcto o incorrecto.

Por otra parte, la Corte Suprema solamente se refiere al principio del interés superior del niño en el considerando sexto de su sentencia recientemente expuesto. Nuestro máximo tribunal no brinda una definición del mismo, ni desarrolla correctamente el principio, tampoco se hace cargo de la normativa internacional cuya infracción se denuncia. Tampoco el tribunal de alzada.

Posteriormente, en el fallo número 9 de fecha 9 de abril de 2012, la CS corrigió lo confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago. El tribunal de alzada había hecho suyo el error del tribunal de base correspondiente a no haber dado la óptima relevancia al principio del interés superior del niño al momento de resolver el conflicto, limitándose a descartar la inhabilidad de la progenitora como motivo suficiente para otorgarle el cuidado personal de los hijos.

“Que no obstante la trascendencia antes anotada del principio en estudio, los jueces del fondo no le han dado la relevancia pertinente, pues se han limitado en sus consideraciones a preferir determinadas probanzas para reconocer, por sobre toda otra motivación, el derecho legal de la madre a ejercer el cuidado de los hijos en caso de separación, reduciendo la cuestión a descartar existencia de inhabilidad por parte de la progenitora o de causa calificada para privarla del cuidado personal de sus hijos, sin atender a la condición de los niños, como sujetos de derechos de especial protección por el legislador” (considerando undécimo).

Al igual que en el fallo anterior, la CS sostiene que el hecho de que la madre no se encuentre inhabilitada para detentar el cuidado personal de los NNA, no es motivo suficiente para otorgárselo. Por el contrario, el principio del interés superior del niño ordenaría que el titular de dicho derecho-deber sea el padre.

Cabe destacar que ésta vez la CS sí brindó una definición del mismo, en el considerando décimo de su sentencia, la cual resulta concordante con lo dispuesto por la Corte IDH en el Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana¹⁷⁸ y en el Caso González y otras (“Campo Algodonero”)¹⁷⁹ Vs. México. Por otra parte, también esgrimió los motivos concretos por los cuales el cuidado personal del padre resulta conforme al interés superior del niño, respetando lo dictaminado por la Corte IDH en el Caso Karen Atala e hijas vs. Chile, en el sentido de no formular un juicio con la sola referencia al principio del interés superior del niño¹⁸⁰.

“Que como esta Corte lo ha dicho en otras ocasiones, en estas materias debe tenerse siempre en consideración el interés del niño, como principio fundamental e inspirador del ordenamiento jurídico nacional, de relevancia transversal en la legislación de familia y de menores. Así lo dispone, por lo demás, el artículo 16 de la Ley N°19.968 y aún cuando constituya un concepto indeterminado, cuyo alcance se aprecia cuando es aplicado al caso concreto, puede afirmarse que consiste en el pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, para procurar el cabal ejercicio y protección de sus derechos esenciales” (considerando décimo).

Dicho principio se identifica con la satisfacción plena de los derechos de los menores, en su calidad de personas y sujetos de derechos, identificándose de esta manera “interés superior” con los derechos del niño y adolescente.

A su vez, hemos de mencionar que esta resolución corresponde a una de las pocas en las cuales la Corte Suprema alude al derecho de los NNA a ser oídos, ponderando también la opinión de los niños involucrados, y desarrollando el concepto de autonomía progresiva¹⁸¹. Así las cosas, este fallo sí resulta convencional.

De forma casi paralela, la Corte Suprema, en el fallo número 11 de fecha 16 de abril de 2012, desestimó un recurso de casación debido a que los recurrentes no denunciaron la normativa infringida pertinente. Sin perjuicio de ello, nos parece

¹⁷⁸ Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia, 8 de septiembre de 2005.

¹⁷⁹ Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 16 de noviembre de 2009, párr. 408.

¹⁸⁰ Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 24 de febrero de 2012, párr. 110.

¹⁸¹ *Vid. infra* acápite c. Derecho a ser oído.

interesante reproducir la decisión adoptada por la Corte de Apelaciones de Copiapó, en cuanto a otorgar el cuidado personal a la madre, debido a que resulta ilustrativo del espíritu de la antigua legislación.

El tribunal de alzada comienza su argumentación con el artículo 225 del Código Civil, el cual consagra la preferencia de la madre, dicho considerando es inconventional toda vez que se fundamenta en una norma que es en sí misma contraria a los derechos consagrados en la CADH, precisamente respecto a la garantía de no discriminación consagrada en el artículo 1.

“Que, conforme a lo anterior, encontrándose ambas partes habilitadas para detentar el cuidado personal de su hijo, cobra vigencia la norma contenida en el inciso 1° del artículo 225 del Código Civil, que prescribe que, si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos, lo que necesariamente conduce al rechazo de la demanda de autos” (considerando décimo).

Sin perjuicio de lo anterior, en el siguiente considerando el tribunal de alzada se hace cargo del resto de la normativa atingente, nacional e internacional, justificando su decisión desde la óptica del principio del interés del niño.

“Que a igual conclusión se llega al analizar la conveniencia de mantener la actual situación a la luz del principio rector del ordenamiento jurídico de familia, cual es el interés superior del niño, consagrado en el artículo 16 de la Ley N° 19.968 y 3 numeral 1 de la Convención de los Derechos del Niño, el cual, si bien constituye un concepto indeterminado, importa siempre el pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, en la búsqueda de asegurar el ejercicio y protección de sus derechos fundamentales y propender a la mayor satisfacción de todas las esferas de la vida.

En este contexto, cabe hacer presente que aún cuando resulta un elemento importante a considerar el extenso periodo que el niño ha permanecido al cuidado de su padre y abuela paterna, tal circunstancia no impide ponderar otros factores igualmente relevantes, entre ellos, el que dicha situación siempre fue concebida para todos los intervinientes como transitoria, en tanto la madre se restablecía de la depresión que le afectaba, como también que esta última -como ya se dijo-, jamás ha estado ausente de la vida de su hijo, presencia que además resulta indispensable para su adecuado desarrollo emocional, como también lo es el que desarrolle una vinculación más cercana con su hermano mayor, a quien ve sólo en las oportunidades en que es llevado a la ciudad de [Región de Coquimbo], con motivo del régimen comunicacional consensuado entre las partes. De esta manera, habiéndose superado el obstáculo que impedía a la

madre ejercer el cuidado personal de su hijo, habiendo manifestado ésta su deseo y disposición a ejercerlo, contando con la aptitud para ello, no cabe sino razonar que el tiempo transcurrido no tiene la entidad suficiente como para concluir que el interés superior de J_Y_A imponga que debe continuar creciendo alejado de su madre, sino al contrario, junto a ella, especialmente habida consideración de su edad, tres años recién cumplidos” (considerando undécimo).

La Corte de Apelaciones de Copiapó sostiene que en virtud de la edad del niño, lo más adecuado considerando su interés superior, es otorgar el cuidado personal a la madre, reconociendo así un especial apego entre ambos por la mera circunstancia etaria. Ello resulta contrario a la proscripción de especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres establecida por la Corte IDH en el Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile.¹⁸²

Por otra parte, no podemos dejar de mencionar que la supuesta transitoriedad con la cual el padre ejercía el cuidado personal, fue justamente proscribida por nuestro máximo tribunal en el fallo número 94 de fecha 6 de octubre de 2014 en virtud del principio del interés superior del niño.¹⁸³

Así las cosas, si bien este fallo se hace cargo de la normativa internacional relevante, que podría subsanar la discriminación contenida en el artículo 225 del CC de la época, y se esfuerza por dar contenido al principio del interés superior del niño, la sentencia resulta inconvencional.

En el fallo número 35 de fecha 18 de marzo de 2013, la Corte Suprema mantiene la decisión confirmada por el tribunal de alzada en cuanto a mantener el cuidado personal de la niña con su madre. Cabe mencionar que según lo expuesto por el fallo de la Corte de Apelaciones de San Miguel, es un hecho que la madre de la niña presenta un trastorno de personalidad. No obstante, éste no tendría el peso suficiente para alterar la hipótesis del artículo 225, principalmente porque es superable mediante terapia, lo cual fue avalado por nuestra Corte Suprema, debido a que al tratarse de una potestad discrecional de los jueces, nuestro máximo tribunal solo podría limitarse a verificar si se han respetado o no las obligaciones del ejercicio racional de la misma, lo cual sí ocurre en este caso.

“Que, por consiguiente, tratándose de una potestad discrecional la encaminada a alterar la titularidad del cuidado personal de la menor, la revisión de esa situación por esta Corte queda limitada a determinar si se han respetado o no las obligaciones que el

¹⁸² Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 24 de febrero de 2012, párr. 109.

¹⁸³ *Vid. supra* acápite 3.2. Casos en los cuales se alude a las modificaciones introducidas por la Ley 20.680.

ejercicio racional de la misma impone a los jueces del mérito y, en este caso, no puede desconocerse que la decisión a la que se ha arribado se encuentra plenamente fundamentada y justificada en el análisis y valoración de los elementos de prueba allegados al juicio y con las conclusiones que soberanamente de ella han extraído, en aplicación del principio rector del interés superior de la menor” (considerando décimo).

Al igual que en los casos anteriores, la Corte de Apelaciones podría haber subsanado la desigualdad planteada en el artículo 225 del CC, no obstante, el tribunal de alzada hace suya la inconventionalidad de la norma al mantener el alto estándar probatorio requerido para depositar el cuidado personal de la niña en el padre.

Por otra parte, hemos de señalar que en ninguno de los dos fallos (Corte Suprema y Corte de Apelaciones de San Miguel) brinda alguna definición del principio del interés superior del niño, ni efectúa una real determinación del mismo. Únicamente el tribunal de alzada señala que las necesidades de la “menor” son objetivas, y ellas se encontrarían satisfechas. Ello no se condice con los estándares internacionales dispuestos en el caso Karen Atala Riffo y niñas vs. Chile en cuanto a la obligación de la Corte de constatar que la determinación del interés superior del niño, se haga a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos.

Así las cosas, este fallo al igual que el anterior resulta inconventional.

Por último, en el fallo 87 de fecha 10 de septiembre de 2014, la Corte Suprema emitió se pronunció en relación al cuidado personal de una niña cuya madre padecía un trastorno bipolar. Si bien este fallo, y el del respectivo tribunal de alzada, se dictaron bajo el alero de la Ley N°. 20.680, no se diferencian sustancialmente de las sentencias señaladas con anterioridad.

“Que, sobre la base de los hechos reseñados en el motivo anterior, los sentenciadores resolvieron que “en relación al segundo y tercero hechos a probar, esto es, Existencia de descuido, maltrato psicológico, peligro moral o material ejercida por doña [...] en contra de su hija M_X_A y la Existencia de causa calificada que en el interés superior de M_X_A haga indispensable entregar su cuidado al demandante, de los elementos incorporados en la presente causa esta sentenciadora considera que no se logra establecer la existencia de los elementos antes descritos”, desarrollando los fundamentos a través de los cuales se sustentó su decisión y haciéndose cargo latamente de la prueba rendida, en la forma que explicita en el considerando décimo tercero de la sentencia de primera instancia y que fuere reproducida por la de segundo grado” (considerando tercero).

b. Tolerancia de castigos corporales

El fallo número 7, de fecha 2 de abril de 2012, corresponde a un recurso de casación impetrado en virtud de una demanda de cuidado personal y relación directa y regular en donde el recurrente señala como infringidos, los artículos 16 y 32 de la Ley N° 19.968 y los artículos 3 y 12 de la CDN.

El tribunal de alzada comienza su razonamiento reconociendo la preferencia materna consagrada en el artículo 225, y señalando que para privar a la madre del cuidado personal no es pertinente comenzar a tasar las habilidades parentales como si fuesen bienes mesurables. A su vez, la Corte Suprema hace suyo el razonamiento recientemente expuesto en el considerando tercero de su sentencia.

Para efectos de este trabajo resulta interesante atender al valor que el tribunal de alzada le brindó a los maltratos de la madre para con su hijo, naturalizando el fenómeno de los castigos corporales.

“Que los informes del Programa de Diagnóstico Ambulatorio de [Región del Libertador Bernardo O´Higgins] e informe de atención psicológica, tampoco aportan mucho al respecto, pues aunque los primeros hablan de maltrato físico y psicológico, no abundan en ninguno de ellos ni mencionan hechos graves cometidos por la madre, que permitan seguir su tesis. Por lo demás el menor, en la audiencia reservada, tampoco se expuso sobre este presunto maltrato, reclamando sólo que la madre lo reta mucho. No sabemos, claro está, por qué ni en qué circunstancias. Agrega, es cierto “me pega” pero no se explica ni se le pregunta si ello ha ocurrido con frecuencia ni a qué se refiere concretamente, pues sabemos que sea o no lo aconsejable por la psicología actual, es todavía un hecho que en determinados casos algunos padres aplican castigos corporales que, si son leves y dependiendo de las circunstancias, aunque nos parezcan o sean efectivamente inconvenientes, no necesariamente importan un maltrato que amerite privarlos del cuidado personal del hijo” (considerando cuarto).

En consecuencia con lo señalado con anterioridad, el principio del interés superior del niño debe ser determinado teniendo en consideración los comportamientos parentales específicos, y como éstos pueden influir en ellos. Respecto al caso en cuestión, el padre también cuenta con comportamientos que pueden influir negativamente en sus hijos, a saber, el no pago de alimentos, no obstante, en virtud de las dificultades planteadas en la metodología de este trabajo no podemos determinar quién en definitiva debe detentar el cuidado personal de los niños. Sí podemos afirmar, que la naturalización de los castigos corporales efectuada por el tribunal de alzada en el considerando recientemente citado, es

contrario al artículo 19 de la CDN¹⁸⁴. Además, contraría la obligación “reforzada” que tiene el Estado de Chile de proteger la vida de los NNA, así lo señaló la Corte IDH en el Caso Bulacio del 18 de septiembre de 2003¹⁸⁵.

El Estado debe respetar el derecho a la vida de toda persona bajo su jurisdicción, consagrado en el artículo 4 de la Convención Americana. Esta obligación presenta modalidades especiales en el caso de los menores de edad, teniendo en cuenta como se desprende de las normas sobre protección a los niños establecidos en la Convención Americana y en la Convención de Derechos del Niño. La condición de garante del Estado con respecto a este derecho, le obliga a prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión, a la afectación de aquél.

Cabe mencionar que en ningún momento ni el Tribunal de Alzada ni la excelentísima Corte Suprema se hacen cargo de la normativa internacional atingente.

c. Derecho a ser oído

El derecho de los NNA a ser oídos, y a que su opinión sea considerada, se encuentra consagrado específicamente en el artículo 12 de la CDN¹⁸⁶, y 8.1¹⁸⁷ de la CADH, como parte del derecho a un debido proceso. Dentro de la legislación nacional, dicho derecho se supone resguardado por la Ley N° 19.968 que creó los Tribunales de Familia. En el mismo sentido se encontraría la reforma introducida por la Ley N° 20.680¹⁸⁸.

¹⁸⁴ Artículo 19

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. 2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial

¹⁸⁵ Corte IDH. Caso Bulacio. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 18 de septiembre de 2003, párr. 138.

1.1. ¹⁸⁶ CDN. Artículo 12

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

¹⁸⁷ CADH. Artículo 8.

Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

¹⁸⁸ En particular y atingente a esta materia resulta el artículo 225-2 f) de Código Civil.

A su vez, resulta preciso señalar que dentro del marco del cambio de paradigma en cuanto a la concepción de los NNA como sujetos de derecho, y en virtud de los mismos artículos anteriormente citados, en conjunto con el artículo 5 de la CDN dentro de la doctrina se ha esgrimido el concepto de autonomía progresiva. En palabras del académico Jaime Couso.

“Los niños aparecen en esa disposición como titulares de derechos, con la facultad de ejercerlos por sí mismos (no existe una facultad de los padres u otros adultos de representar a los niños en el ejercicio de derechos fundamentales, como sí ocurre, en cambio, en relación con ciertos derechos del ámbito civil). (...) Tras esta facultad de ejercer derechos autónomamente, que va haciéndose cada vez más amplia a medida que las competencias del niño se desarrollan, se encuentra una garantía muy importante, que se dirige a evitar que en el nombre de los derechos de los niños se les prive de la posibilidad de intervenir efectivamente en la configuración de sus vidas.”¹⁸⁹.

Si bien el estudio de esta figura excede los propósitos de este trabajo, es preciso señalar que ella se desprendería de la misma CDN, y consistiría en la capacidad de los niños para ejercer con independencia sus derechos a medida que su madurez se lo permita.

El objeto de este estudio no es ahondar a fondo en el procedimiento utilizado para garantizar dicho derecho, sino que observar como tal garantía fue ponderada al momento de dotar de contenido el principio del interés superior del niño, y determinar, si existe concordancia con los parámetros dispuesto por la Corte IDH. En particular, es menester tener presente lo señalado por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas en su Observación General No. 12 de 2009, recogido por la Corte internacional en el Caso Karen Atala Riffo y Niñas vs. Chile:

“De manera específica, la Observación General No. 12 de 2009 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas resaltó la relación entre el “interés superior del niño” y el derecho a ser escuchado, al afirmar que “no es posible una aplicación correcta del artículo 3 [(interés superior del niño)] si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3

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

f) La opinión expresada por el hijo.

¹⁸⁹ COUSO, Jaime. *El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés Superior del niño, Autonomía Progresiva y Derecho a ser oído*. En: Revista de Derechos del Niño, números tres y cuatro, Editores: CILLERO, Miguel, COUSO, Jaime, 2006, Santiago de Chile. [En línea] <http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/revista%20derechos%203_4.pdf> [consulta: 10 de agosto de 2015], p. 151.

*refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida*¹⁹⁰

Dentro de los fallos en análisis, 7 de ellos aluden al derecho de los NNA a ser oídos. La profundidad con la cual es abordada dicha garantía varía de un caso a otro. Ahora bien, a partir del 12 de abril de 2012 es posible apreciar una constante en la Corte Suprema; el reconocimiento de la importancia del respeto a ese derecho al momento de determinar el principio del interés superior del niño.

La Corte de Apelaciones de San Miguel, en el considerando séptimo de la sentencia de fecha 11 de julio de 2011, contenido en el fallo número 6 del 28 de marzo de 2012, alude a la opinión de los niños manifestada en audiencia reservada. El tribunal de alzada señala haber valorado la opinión de los niños en atención a su edad y madurez.

“Que del mérito de los informes periciales psicológicos de E_Y_B de 14 años y de V_X_C de 15 años, de la audiencia reservada con estos menores, de los informes elaborados por el DAM [Región Metropolitana] sobre competencias parentales y teniendo presente lo establecido en los artículos 3º. 1.- y 12 de la Convención Internacional sobre de derechos del niño, esto es, el interés superior del niño y la opinión vertida por los menores en la audiencia reservada, que atendida su edad y grado de madurez debe ser considerada, por estar capacitados para dar a conocer su parecer en este juicio, este Tribunal estima conveniente que tales menores permanezcan con su padre, como se decidió en la sentencia impugnada, con quien tienen un arraigo y un lazo afectivo bien estructurado y comprometido, por lo que un cambio en esta situación puede afectar su adecuado desarrollo emocional” (considerando séptimo)

Es menester considerar lo mencionado por la Corte IDH en el Caso Karen Atala y niñas vs Chile, en donde el tribunal internacional enfatizó en la importancia de no valorar la opinión de los NNA en torno su edad biológica, sino que en atención a su capacidad para expresar sus opiniones de forma razonable e independiente:

“Con el fin de determinar los alcances de los términos descritos en el artículo 12 de dicha Convención, el Comité realizó una serie de especificaciones, a saber: i) “no puede partir[se] de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones”; ii) “el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto”; iii) el niño puede expresar sus opiniones sin

¹⁹⁰ Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 24 de febrero de 2012, párr. 197.

presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado; iv) “la realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias”; v) “la capacidad del niño [...] debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso”, y vi) “los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica”, por lo que la madurez de los niños o niñas debe medirse a partir de “la capacidad [...] para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente”¹⁹¹.

Llama la atención que la CA de San Miguel, al momento de ponderar la opinión del niño, se conforme con considerar la capacidad de parecer en juicio del mismo como criterio suficiente. Por otra parte, cabe mencionar que respecto al hijo menor de la ex pareja, el tribunal de alzada decide otorgar el cuidado personal a la madre en atención únicamente a su edad. Tal, como ya se analizó con anterioridad, la Corte IDH ha señalado en el caso Karen Atala y niña vs. Chile que el interés superior del niño debe determinarse a través de la evaluación de comportamientos parentales específicos¹⁹².

Así las cosas, si bien la Corte de Apelaciones de San Miguel alude a la normativa internacional atingente, no se apega a los parámetros establecidos por la Corte IDH al momento de aplicar la garantía.

La Corte Suprema avala todo el razonamiento anterior, señalando que no se han transgredido los artículos 2, 3, 8, 12 y 27 de la CDN toda vez que los jueces no han vulnerado el principio del interés superior del niño, ya que consta en el procedimiento que “el menor” fue oído en audiencia, por lo cual se habría respetado su derecho.

Resulta reiterativo señalar que la labor efectuada por nuestro máximo tribunal no es suficiente resguardo de dicha garantía. Es más, la CS sólo efectúa una alusión genérica a la Convención de los Derechos del Niño, por lo mismo, no se puede señalar que su dictamen se haya ajustado a los estándares internacionales. Por el contrario, la mera alusión al derecho, sin reconocer la importancia del mismo al momento de determinar el interés superior de los niños, resulta contrario a lo dispuesto por la Corte IDH.

¹⁹¹ Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 24 de febrero de 2012, párr. 198.

¹⁹² Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 24 de febrero de 2012, párr. 109.

El fallo número 7 de la Corte Suprema de fecha 2 de abril de 2012 ya fue analizado en el tema anterior. No obstante, nos parece pertinente destacar de manera positiva el considerando tercero del respectivo tribunal de alzada, debido a que el mismo se encarga de poner en cumplimiento lo dispuesto por la Corte IDH en el Caso Rosendo Cantú vs México del año 2010 restándole mérito a la opinión manifestada por el niño¹⁹³, toda vez que esta aparentaba ser inducida.

“Que respecto a esto último, oído el audio de la audiencia reservada en que se escucha al menor, es claro que el juez dirige su declaración, preguntándole derechamente, como primera cuestión, si quiere vivir con el padre y tener un régimen amplio de visitas con la madre, sin que se le permitiera de antemano señalar espontáneamente su opinión. Sólo después de proponerle esa solución, induciéndolo claramente a la aceptación, se le pregunta por qué desea vivir con el padre y entonces el niño, que ya ha comprometido su parecer ante la insinuación del juez, habla de que la madre lo maltrata, sin ninguna especificación, pareciendo que de lo que reclama es de la relación disciplinaria que la madre mantiene, que le parece exagerada, parecer por lo demás común a todo adolescente. Indica, luego, refiriéndose a la relación con su padre que con él lo pasa bien, lo que nada aporta, si el menor no vive con el progenitor y por ende es obvio que éste no es el encargado de fijar límites ni reglas de conducta” (considerando tercero)

Posteriormente, en el fallo número 9 de fecha 9 de abril de 2012, la Corte Suprema emite un fallo totalmente adecuado a los estándares internacionales. En esta oportunidad, nuestro máximo tribunal alude a la normativa internacional atingente y la interpreta correctamente. Nuestro máximo tribunal reconoce la importancia del derecho a ser oído al momento de la determinación del principio del interés superior del niño, incluso va un paso más allá al proteger la denominada “autonomía progresiva”

“Que lo anterior se ve reforzado por lo expresado por los propios niños en audiencia reservada y aún cuando esta Corte comparte que tales declaraciones no implican en modo alguno que la decisión de los sentenciadores se vea subordinada o limitada a dicha manifestación, no es menos cierto que al ser coincidentes con otros antecedentes que emanan del proceso, y a los que se ha hecho referencia precedentemente, constituyen una prueba suficiente de que existe una causa calificada, en razón del principio de interés superior del niño, para concluir que los menores deben quedar al cuidado de su padre. Para lo anterior se tiene presente, además, el principio de autonomía progresiva que emana del artículo 12 N°1 de la Convención Internacional de

¹⁹³ Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 201.

Derechos del Niño cuando 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 afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”. En la especie, los menores de autos tienen edades entre 11 y 15 años, lo que permite presumir según las máximas de la experiencia, que se trata de niños que tienen la madurez suficiente para opinar sobre los asuntos que les conciernen” (considerando duodécimo)

En el mismo sentido de la sentencia anterior se encuentra el fallo número 52 de la Corte Suprema de fecha 11 de julio de 2013, en donde nuevamente nuestro máximo tribunal reconoce la vinculación entre el principio del interés superior del niño y el derecho a ser oído, ajustándose a lo señalado por la Corte IDH en el caso Karen Atala Riffo y niñas vs. Chile, ya señalado¹⁹⁴. Si bien en esta oportunidad no se alude a la normativa internacional, ello no resulta perjudicial desde la perspectiva del control de convencionalidad debido a que se aplicó la normativa interna en atención a los parámetros establecidos por la Corte IDH.

“Que en íntima relación y como manifestación del principio del interés superior del niño, se encuentra el derecho de éste a ser oído, el que en el caso sub-lite se cumplió plenamente toda vez que el joven de autos fue escuchado personalmente por el juez, en la audiencia reservada decretada para estos efectos. Si bien esta obligación legal no es necesariamente equivalente a la de aceptar su deseo, las expresiones que el mismo emita durante el proceso aportan elementos importantes para desentrañar la conveniencia para el menor y “lograr la máxima congruencia entre lo que éste expresa y lo que el mismo requiere para su adecuado proceso de socialización, teniendo siempre en cuenta el mejor interés del niño”. (“Instituciones de Derecho de Familia”. “El Derecho del Niño a ser oído”. Fabiola Lathrop Gómez. Editorial Lexis Nexis.1994 Página 167). En este sentido, no puede dejar de destacarse que la voluntad del menor -en cuanto a querer vivir bajo el cuidado de su padre, con quien se siente protegido y cómodo, a diferencia de lo que ocurre con su estadía al lado de la progenitora, calificada negativamente por la presencia de su actual pareja, a quién el joven no acepta-, armoniza con los demás antecedentes allegados al proceso, que dan cuenta de la cercana vinculación que tiene con su padre y el hecho de brindarle éste las condiciones afectivas adecuadas para su estabilidad y desarrollo” (considerando tercero)

¹⁹⁴ Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 24 de febrero de 2012, párr. 107.

En la misma línea, se encuentra el fallo número 72 de la CS de fecha 28 de mayo de 2014, en donde nuestro máximo tribunal se explaya respecto a la consideración que se debe tener sobre la opinión manifestada por el niño, en audiencia decretada como medida para mejor resolver por parte del tribunal de alzada. Nuestro máximo tribunal comprueba que los jueces hayan efectuado la debida aplicación del artículo 12 de la CDN, y además, reconoce el derecho que tienen los NNA a participar en la determinación de su interés.

“Que, además, la decisión recurrida también aparece fundada en el mérito que surge de la audiencia confidencial de los niños, dispuesta en segunda instancia como medida para mejor resolver, diligencia de la que fluye de forma inequívoca el deseo de los niños de continuar al cuidado de su madre, tal como ha ocurrido desde siempre. Con ello, además, los sentenciadores dieron estricta aplicación a lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en cuanto establece el derecho de todo menor a expresar su opinión en todas las decisiones que le afectan y a que el tribunal tome en cuenta su punto de vista, dándole la importancia que merece de acuerdo con su edad y madurez, a objeto de respetar la posibilidad que los niños participen en la determinación de su propio interés superior” (considerando sexto)

Más escueto resulta el pronunciamiento efectuado en el fallo número 86 de fecha 10 de septiembre de 2014, en donde nuestro máximo tribunal aludió a la vital consideración que se tuvo de la opinión de la niña. También se aludió al principio de autonomía progresiva.

“Que sobre la base de lo expuesto, pierden vigencia las demás infracciones alegadas, porque se sustentan en un presupuesto fáctico distinto al establecido en la sentencia, razón suficiente para rechazar el presente recurso. Sin embargo cabe profundizar sobre algunas cuestiones relativas a las infracciones denunciadas, las que se centraron en que los jueces de la instancia no valoraron debidamente el contenido de la prueba que indica y, en ese escenario, se habría quebrantado el interés superior de la niña, “al dejarla con alguien que siempre ha vulnerado sus derechos”, hipótesis que no es efectiva, ya que, por el contrario la sentencia priorizó el resguardo del referido principio, a través de dos aspectos, por un lado se tuvo presente la vinculación afectiva que existe entre la madre y la niña, quienes han construido su dinámica de vida sobre la base de esa vinculación que es conocida y aceptada por M_X_A y, por otro, segundo, porque se consideró la opinión de la niña, manifestada en audiencia convocada para escucharla, lo cual, atendido el principio de autonomía progresiva, resulta de vital importancia a la hora de tomar una decisión que afecta su vida significativamente” (considerando noveno).

Por último, en el fallo número 94 de la Corte Suprema de fecha 6 de octubre de 2014 no encontramos mención a la normativa internacional pertinente, ni un desarrollo doctrinario del derecho en estudio. No obstante, la parte resolutive de la sentencia se sustentó en la consideración de los deseos expresados por el adolescente, aludiendo a la importancia de su “autonomía progresiva”.

“Que en la especie, el referido interés se relaciona con dos aspectos, por un lado, con el permitir que L_Y_A se desarrolle dentro de un entorno conocido y aceptado por él y, por otro, -muy ligado a lo anterior-, se refiere al respeto de su autonomía progresiva. En este contexto, resulta que ninguno de dichos aspectos fue debidamente considerado por los jueces del grado, puesto que su decisión desatendió la situación actual en la que se encuentra L_Y_A, esto es, que su vida hasta ahora, se ha desarrollado en la ciudad de [Región de Valparaíso], lugar donde concurre al colegio y tiene su red social, por lo que resolver entregar su cuidado personal a su madre, significaría disponer de un cambio sustancial en su vida, que involucra incluso radicarse en otra ciudad, todo lo cual trae consigo necesariamente alteraciones y adaptaciones, que sí ya para un adulto son difíciles de sobrellevar, con mayor razón lo será para un adolescente, más aún si se tiene presente su resistencia al cambio, tal como lo manifestó en su oportunidad y que atendida su edad, no es posible de pasar por alto, salvo que existan antecedentes que permitan concluir que con ello no se resguarda debidamente su interés superior, lo que, conforme al mérito de los antecedentes no se advierte, más si tiene presente que se estableció que no existe inhabilidad alguna de los progenitores para ejercer el cuidado personal de su hijo” (considerando séptimo)

d. Rechazo de demanda relación directa y regular

En concordancia con el espíritu de protección a la familia existente en la CADH, el artículo 17 admite como único motivo para restringir o prohibir la relación directa y regular entre los NNA y sus padres, el principio del interés superior del niño.

Así las cosas, resulta merecedor de comentarios el fallo número 10 de fecha 16 de abril de 2012, en donde la Corte Suprema acoge el recurso de casación interpuesto, confirmando la resolución del tribunal de base, en la cual se había rechazado la demanda de relación directa y regular interpuesta por un padre.

Nuestro máximo tribunal acoge el recurso de casación en el fondo, toda vez que estima que la Corte de Apelaciones infringió el principio del interés superior del niño

“Que en el caso de autos se establece, además que el interés superior del niño no ha sido considerado debidamente, puesto

que si bien se hace mención al mismo en el fallo recurrido, los sentenciadores desatienden la información que sobre la menor se ha recabado en los informes psicológicos de autos y en la propia audiencia reservada, y no vierten razones algunas que desvirtúen dichos antecedentes, de los cuales se concluye inequívocamente que el régimen de relación directa y regular entre el demandante y su hija es altamente riesgoso para el bienestar psicológico y la estabilidad emocional de la niña” (considerando décimo)

Si bien la Corte Suprema no alude a ninguna normativa internacional, lo decidido por nuestro máximo tribunal se adecúa al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La CS corrige lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, quien únicamente hizo referencia al principio del interés superior del niño, sin ahondar en su contenido. Por el contrario, nuestro máximo tribunal boga porque los comportamientos parentales específicos del padre sean ponderados, tal como se exigió en el caso *Karen Atala Riffo y niñas vs. Chile*¹⁹⁵.

e. Relación directa y regular respecto a progenitores privados de libertad

En el fallo número 44 de fecha 1 de abril de 2013, la Corte Suprema tomó conocimiento a través de un recurso de casación de la suspensión del régimen de relación directa y regular de una madre y sus hijos.

La recurrente denuncia como infringidos los artículos 229 del CC, los artículos 8 y 9 de la CDN y el artículo 6 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Señala que se le ha discriminado por su relación sentimental con un sujeto acusado de asaltar un banco, y por encontrarse privada de libertad.

Nuestro máximo tribunal rechaza el recurso interpuesto, señalando que lo que debe predominar en el caso es el principio del interés superior del niño, concepto adecuadamente interpretado por el tribunal de base.

“Que sin perjuicio de lo señalado, y sin que constituya una incursión a las bases del recurso, no se puede soslayar el “interés del niño” como principio fundamental e inspirador de nuestro ordenamiento jurídico, de relevancia transversal en la legislación de familia y de menores. Así lo dispone por lo demás, el artículo 16 de la Ley N°19.968 y, aun cuando su definición se encuentra en desarrollo o constituya un concepto indeterminado, cuya magnitud se aprecia cuando es aplicado al caso concreto, puede afirmarse que el mismo alude al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, buscándose a través del mismo, el asegurar el ejercicio y protección de los derechos

¹⁹⁵ Corte IDH, *Karen Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 24 de febrero de 2012, párr. 109.

fundamentales de los menores y posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida, orientados al desarrollo de su personalidad.

Tal máxima, es invocada como fundamento al momento de resolver por los jueces del fondo de acuerdo a las reglas de la sana crítica, según se desprende de las motivaciones del fallo de primera instancia, reproducido por el de segunda (considerando octavo).

Que, en estas circunstancias, el recurso de casación en el fondo deberá ser desestimado” (considerando noveno)

Estos escuetos considerandos del fallo de la Corte Suprema nos parecen desacertados desde la perspectiva del Control de Convencionalidad ya que rechazan el recurso y avalan el tratamiento otorgado al principio por parte de los tribunales inferiores. No se comprende por qué no se estima vulnerado el principio, toda vez que precisamente nuestro máximo tribunal, en su considerando segundo, recopiló como hechos de la causa que la madre no presenta elementos psicopatológicos que puedan incidir en sus hijos, y que los niños presentan displacer y ansiedad en virtud del poco contacto con la madre.

Por el contrario, una adecuada interpretación de la legislación internacional, se encuentra en el voto en contra de la ministra señora Chevesich, quien señaló que, en virtud del artículo 3 de la CDN y 229 del Código Civil el, el único motivo plausible para suspender el ejercicio de la relación directa y regular es el principio del interés superior del niño, y que siendo la madre una figura significativa para aquellos según los informes psicológicos, se debe mantener el régimen de relación directa y regular, no obstante la madre este privada de libertad.

Conclusiones

1. El antiguo artículo 225 CC es en sí mismo inconvencional toda vez que vulnera el artículo 1 de la CADH. Así las cosas, una vez más el control de convencionalidad resulta ser una herramienta imprescindible para no comprometer la responsabilidad internacional del Estado de Chile.
2. Concretamente, los tribunales de nuestro país pudieron haber salvaguardado el error de la norma nacional en virtud de los artículos 1, 19 de la CADH y 3 de la CDN, y de la consideración de los estándares establecidos en el caso Karen Atala Riffo y niñas vs. Chile.
3. La obligación de evaluar de los comportamientos parentales específicos para determinar el interés superior de los NNA, impuesta a nuestros tribunales por la Corte IDH, en el caso Karen Atala Riffo y niñas vs. Chile, no es posible de ser apreciada en plenitud en segunda instancia, ni en sede de casación.

Sin perjuicio de ello, en al menos 3 de los casos analizados los tribunales superiores de justicia hicieron suyas las contravenciones cometidas por los tribunales de base en dicho sentido.

4. Resulta imposible verificar si la aplicación del derecho de los NNA a ser oídos fue efectuada de manera convencional, debido a que dicha información se encuentra mayormente en la sentencia de los tribunales de base. Sin perjuicio de ello, es llamativo que en solo 7 de los 98 fallos en estudio haya mención a la garantía.
5. Sin perjuicio de lo anterior, el fallo N° 6 analizado resulta inconvencional, toda vez que se conformó con que el “menor” fuese oído en audiencia, sin señalar si su opinión fue un factor a considerar al momento de determinar su interés superior.

4. PATRIA POTESTAD.

La patria potestad se encuentra definida en el inciso primero del artículo 243 del Código Civil: *“El conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados.”*

A su vez, las causales de emancipación legal y judicial, hechos que le ponen fin, se encuentran consagradas en los artículos 270¹⁹⁶ y 271¹⁹⁷ respectivamente.

A continuación se analizará el tratamiento que efectúa la Corte Suprema del principio del interés superior del niño en sentencias sobre patria potestad. No nos referiremos al fallo número 1 (10 de septiembre de 2012) debido a que el recurso interpuesto pretendía modificar los presupuestos fácticos y conclusiones a las cuales habían arribado los sentenciadores. Respecto al resto de los fallos en estudio, todos ellos corresponden a demandas que tenían por objetivo suspender de la patria potestad ejercida por los respectivos padres en relación a sus hijas.

4.1. Desarrollo del principio del interés superior del niño. Irregular tratamiento del mismo por parte de nuestra Corte Suprema.

El tratamiento brindado al principio del interés superior del niño por parte de nuestra Corte Suprema, en este grupo de fallos, es irregular. En una ocasión omite su existencia, y en otras sí lo considera.

En el fallo número 3 de fecha 15 de julio de 2013, la demandante pretende hacer valer los apremios dispuestos en los artículos 14¹⁹⁸ y 16¹⁹⁹ de la Ley N° 14.908²⁰⁰

¹⁹⁶ Código Civil. Artículo 270.

La emancipación legal se efectúa:

1º. Por la muerte del padre o madre, salvo que corresponda ejercitar la patria potestad al otro;

2º. Por el decreto que da la posesión provisoria, o la posesión definitiva en su caso, de los bienes del padre o madre desaparecido, salvo que corresponda al otro ejercitar la patria potestad;

3º. Por el matrimonio del hijo, y

4º. Por haber cumplido el hijo la edad de dieciocho años.

¹⁹⁷ Código Civil. Artículo 271.

La emancipación judicial se efectúa por decreto del juez:

1º. Cuando el padre o la madre maltrata habitualmente al hijo, salvo que corresponda ejercer la patria potestad al otro;

2º. Cuando el padre o la madre ha abandonado al hijo, salvo el caso de excepción del número precedente;

3º. Cuando por sentencia ejecutoriada el padre o la madre ha sido condenado por delito que merezca pena aflictiva, aunque recaiga indulto sobre la pena, a menos que, atendida la naturaleza del delito, el juez estime que no existe riesgo para el interés del hijo, o de asumir el otro padre la patria potestad, y

4º. En caso de inhabilidad física o moral del padre o madre, si no le corresponde al otro ejercer la patria potestad.

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

¹⁹⁸ Ley N° 14.908, Artículo 14.

Si decretados los alimentos por resolución que cause ejecutoria en favor del cónyuge, de los padres, de los hijos o del adoptado, el alimentante no hubiere cumplido su obligación en la forma pactada u ordenada o hubiere dejado de pagar una o más de las pensiones decretadas, el tribunal que dictó la resolución deberá, a petición de parte o de oficio y sin necesidad de audiencia, imponer al deudor como medida de apremio, el arresto nocturno entre las veintidós horas de cada día hasta las seis horas del día siguiente, hasta por quince días. El juez podrá repetir esta medida hasta obtener el íntegro pago de la obligación.

como una regla imperativa para conceder la emancipación judicial. Esta norma constituye una circunstancia a considerar para resolver sobre la emancipación judicial, mas no una regla del carácter imperativa para el juez. Finalmente, nuestra Corte Suprema ratifica la decisión de no suspender la patria potestad sin aludir en ningún momento al interés superior del niño, lo cual nos parece criticable por la importancia de este principio. No se debe olvidar lo señalado por la Corte IDH en el Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México del año 2009.

“(…) La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad (...)”²⁰¹.

Si el alimentante infringiere el arresto nocturno o persistiere en el incumplimiento de la obligación alimenticia después de dos periodos de arresto nocturno, el juez podrá apremiarlo con arresto hasta por quince días. En caso de que procedan nuevos apremios, podrá ampliar el arresto hasta por 30 días.

Para los efectos de los incisos anteriores, el tribunal que dicte el apremio, si lo estima estrictamente necesario, podrá facultar a la policía para allanar y descerrajar el domicilio del demandado y ordenará que éste sea conducido directamente ante Gendarmería de Chile. La policía deberá intimar previamente la actuación a los moradores, entregándoles una comunicación escrita o fijándola en lugar visible del domicilio. Si el alimentante no es habido en el domicilio que consta en el proceso, el juez ordenará a la fuerza pública investigar su paradero y adoptará todas las medidas necesarias para hacer efectivo el apremio.

En todo caso, la policía podrá arrestar al demandado en cualquier lugar en que éste se encuentre.

En caso de que fuere necesario decretar dos o más apremios por la falta de pago de unas mismas cuotas, las pensiones alimenticias atrasadas devengarán el interés corriente entre la fecha de vencimiento de la respectiva cuota y la del pago efectivo.

En las situaciones contempladas en este artículo, el juez dictará también orden de arraigo en contra del alimentante, la que permanecerá vigente hasta que se efectúe el pago de lo adeudado. Para estos efectos, los órdenes de apremio y de arraigo expresarán el monto de la deuda, y podrá recibir válidamente el pago la unidad policial que les dé cumplimiento, debiendo entregar comprobante al deudor. Esta disposición se aplicará asimismo en el caso del arraigo a que se refiere el artículo 10.

Si el alimentante justificare ante el tribunal que carece de los medios necesarios para el pago de su obligación alimenticia, podrá suspenderse el apremio y el arraigo, y no tendrá aplicación lo dispuesto en el inciso cuarto. Igual decisión podrá adoptar el tribunal, de oficio, a petición de parte o de Gendarmería de Chile, en caso de enfermedad, invalidez, embarazo y puerperio que tengan lugar entre las seis semanas antes del parto y doce semanas después de él, o de circunstancias extraordinarias que impidieren el cumplimiento del apremio o lo transformaren en extremadamente grave.

¹⁹⁹ Ley N° 14.908, Artículo 16.

Sin perjuicio de los demás apremios y sanciones previstos en la ley, existiendo una o más pensiones insolutas, el juez adoptará, a petición de parte, las siguientes medidas:

1. Ordenará, en el mes de marzo de cada año, a la Tesorería General de la República, que retenga de la devolución anual de impuestos a la renta que corresponda percibir a deudores de pensiones alimenticias, los montos insolutos y las pensiones que se devenguen hasta la fecha en que debió haberse verificado la devolución. La Tesorería deberá comunicar al tribunal respectivo el hecho de la retención y el monto de la misma.

2. Suspenderá la licencia para conducir vehículos motorizados por un plazo de hasta seis meses, prorrogables hasta por igual período, si el alimentante persiste en el incumplimiento de su obligación. Dicho término se contará desde que se ponga a disposición del administrador del Tribunal la licencia respectiva.

En el evento de que la licencia de conducir sea necesaria para el ejercicio de la actividad o empleo que genera ingresos al alimentante, éste podrá solicitar la interrupción de este apremio, siempre que garantice el pago de lo adeudado y se obligue a solucionar, dentro de un plazo que no podrá exceder de quince días corridos, la cantidad que fije el juez, en relación con los ingresos mensuales ordinarios y extraordinarios que perciba el alimentante.

Las medidas establecidas en este artículo procederán también respecto del alimentante que se encuentre en la situación prevista en el artículo anterior.

²⁰⁰ Refundida por el DFL N° 1, publicado en el Diario Oficial de 30 de mayo de 2000.

²⁰¹ Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 16 de noviembre de 2009, párr. 408.

Respecto al fallo número 2 de fecha 5 de marzo de 2013, en él se denuncia la infracción, entre otras normas, al artículo 16 de la Ley N° 19.968, que consagra el interés superior del niño. La Corte Suprema en su considerando octavo señaló lo siguiente:

“Que lo resuelto por los jueces del fondo no afecta el interés superior del niño -en cuanto principio rector que el juez de familia debe tener siempre en consideración, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley N°19.968- ya que lo decidido se ajusta a la ley y, por lo demás, impide la tramitación de un juicio cuya demanda, por defectos de formulación, no puede tener destino” (considerando octavo).

Nuestro máximo tribunal reconoce el principio del interés superior del niño como principio informador del derecho de familia, no obstante, no efectúa una determinación en concreto del mismo. Si bien, en este caso la demanda no podía prosperar debido a que los recurrentes se equivocan al considerar como razón suficiente para terminar con la patria potestad del padre el tener el cuidado personal del niño, la Corte Suprema podría haber efectuado un trabajo más exhaustivo en torno al principio.²⁰²

En cuanto al fallo número 4 de fecha 1 de abril de 2014, la parte recurrente además de denunciar la infracción del artículo 16 de la Ley N° 19.968 denuncia la infracción al artículo 9 N°1 de la CDN. Al respecto la CS señala:

“Que, en cuanto a la conculcación del artículo 16 de la Ley N° 19.968 en relación al artículo 9 N° 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ha de tenerse en consideración que el interés superior del niño, como principio fundamental e inspirador del ordenamiento jurídico en asuntos de familia y de menores, que se encuentra consagrado en las referidas normas, aun cuando su definición se encuentra en desarrollo o constituya un concepto indeterminado, cuya magnitud se aprecia cuando es aplicado al caso concreto, puede afirmarse que el mismo alude al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, buscándose a través del mismo el asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los menores y posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida, orientados al desarrollo de su personalidad.(...).

Tampoco ha indicado el impugnante en qué términos se han afectado los derechos sobre los bienes de la niña. Por el contrario, los jueces del fondo al decidir como lo han hecho, permiten que

²⁰² Puede que dicho desarrollo se haya efectuado por los tribunales de base, cuestión que ignoramos por las dificultades planteadas en la metodología de este estudio. Sin perjuicio de ello consideramos atingente que nuestro máximo tribunal en su calidad de tal también lo hubiese efectuado y no se hubiese utilizado una mera remisión al mismo.

tanto el padre como los abuelos concurren con su acuerdo a las decisiones que puedan tomarse en torno a la niña, velando en conjunto por su bienestar y la buena administración de sus bienes” (Considerando décimo tercero).

De los tres fallos en análisis, este último es el más completo en cuanto al principio del interés superior del niño se trata. A diferencia del fallo número 3, en este caso la Corte Suprema además de citar la normativa atingente, efectúa un desarrollo del concepto. En un primer momento, alude a la indeterminación del principio, pero luego se hace cargo de él brindando una definición *ad hoc* a lo que ha señalado la Corte IDH en el Caso Bulacio Vs. Argentina del año 2003.

“Cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda “en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”²⁰³.

Conclusiones

1. Nuestra Corte Suprema no efectúa el mismo desarrollo del principio del interés superior del niño en todos los fallos correspondientes a esta materia. Ello resulta lógico en atención a que las circunstancias varían de un caso en otro, por ejemplo, en el fallo número 2, la discusión jurídica se centra en la relación entre el cuidado personal y la patria potestad. Sin perjuicio de ello, no se debe olvidar que el principio del interés superior del niño es un principio informador en nuestro Derecho. Si bien no es posible señalar que la Corte Suprema haya incurrido en una inconventionalidad en alguno de estos tres fallos, sí podemos señalar que la CS solamente en uno de los tres fallos (fallo número 4) cita normativa internacional y ahonda en el concepto del interés superior del niño, concordando con los parámetros establecidos por la Corte IDH ya citados.
2. La actividad de nuestro máximo tribunal resulta insatisfactoria desde la perspectiva del Control de Conventionalidad. Si bien no contradice lo establecido por el *ius cogens internacional*, lo óptimo hubiese sido, al menos, reconocer la consagración internacional del principio.

²⁰³ Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 18 de septiembre de 2003, párr. 134.

5. MEDIDAS DE PROTECCIÓN

Las medidas de protección en favor de niños, niñas y adolescentes surgen en nuestro ordenamiento jurídico como respuesta a la suscripción de la Convención de los Derechos de los Niños. Tal como se mencionó, nuestro país ratificó la CDN en el año 1990, la cual en su artículo 4 dispone:

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.”.

En virtud de lo anterior, la Ley N° 19.698²⁰⁴, en su artículo 8 N° 7, determina como una de las materias dentro de la competencia de los tribunales de familia: *“Todos los asuntos en que Aparezcan niños, niñas o adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección conforme al artículo 30 de la Ley de Menores;”.*

A su vez, los incisos 1, 2 y 3 del artículo 30 del DFL N°1²⁰⁵, señalan:

“Art. 30. En los casos previstos en el artículo 8°, números 7) y 8), de la ley que crea los juzgados de familia, el juez de letras de menores, mediante resolución fundada, podrá decretar las medidas que sean necesarias para proteger a los menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos.

En particular, el juez podrá:

1) disponer la concurrencia a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación a los menores de edad, a sus padres o a las personas que lo tengan bajo su cuidado, para enfrentar y superar la situación de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes, y

2) disponer el ingreso del menor de edad en un Centro de Tránsito o Distribución, hogar sustituto o en un establecimiento residencial.

Si adoptare la medida a que se refiere el número 2), el juez preferirá, para que asuman provisoriamente el cuidado del menor,

²⁰⁴ Ley N° 19.968, que Crea los Tribunales de Familia, publicada en el Diario Oficial de 30 de agosto de 2004.

²⁰⁵ DFL N° 1, que Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley N°4.808, sobre Registro Civil, de la Ley N°17.344, que Autoriza Cambio de Nombres y Apellidos, de la Ley n° 16.618, Ley de Menores, de la ley N° 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, y de la Ley N°16.271, de Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones, publicado en el Diario Oficial de 30 de Mayo de 2000.

a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que aquél tenga una relación de confianza.”

Por otro lado la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, en su artículo 71 establece un catálogo no taxativo de medidas cautelares que podrá utilizar el juez, en cualquier etapa del procedimiento, cuando aquello sea necesario para proteger los derechos del niño, niña o adolescente.

“Art. 71.- Medidas cautelares especiales. En cualquier momento del procedimiento, y aun antes de su inicio, de oficio, a solicitud de la autoridad pública o de cualquier persona, cuando ello sea necesario para proteger los derechos del niño, niña o adolescente, el juez podrá adoptar las siguientes medidas cautelares:

a) Su entrega inmediata a los padres o a quienes tengan legalmente su cuidado;

b) Confiarlo al cuidado de una persona o familia en casos de urgencia. El juez preferirá, para que asuman provisoriamente el cuidado, a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que tenga relación de confianza;

c) El ingreso a un programa de familias de acogida o centro de diagnóstico o residencia, por el tiempo que sea estrictamente indispensable. En este caso, de adoptarse la medida sin la comparecencia del niño, niña o adolescente ante el juez, deberá asegurarse que ésta se verifique a primera hora de la audiencia más próxima;

d) Disponer la concurrencia de niños, niñas o adolescentes, sus padres, o las personas que los tengan bajo su cuidado, a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación, para enfrentar y superar las situaciones de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes;

e) Suspender el derecho de una o más personas determinadas a mantener relaciones directas o regulares con el niño, niña o adolescente, ya sea que éstas hayan sido establecidas por resolución judicial o no lo hayan sido;

f) Prohibir o limitar la presencia del ofensor en el hogar común;

g) Prohibir o limitar la concurrencia del ofensor al lugar de estudio del niño, niña o adolescente, así como a cualquier otro lugar donde éste o ésta permanezca, visite o concurra habitualmente. En caso de que concurran al mismo establecimiento, el juez adoptará medidas específicas tendientes a resguardar los derechos de aquéllos.

h) La internación en un establecimiento hospitalario, psiquiátrico o de tratamiento especializado, según corresponda, en la medida que se requiera de los servicios que éstos ofrecen y ello sea indispensable frente a una amenaza a su vida o salud, e

i) La prohibición de salir del país para el niño, niña o adolescente sujeto de la petición de protección.”

Dicho esto, a continuación se analizarán las sentencias correspondientes a la materia con excepción del fallo número 3 de fecha 12 de marzo de 2012, fallo número 4 de fecha 26 de marzo de 2012, fallo número 5 de fecha 25 de junio de 2013, fallo número 11 de fecha 29 de agosto de 2013, fallo número 15 de fecha 19 de marzo de 2014 y fallo número 19 de fecha 13 de marzo de 2014, debido a que los cuatro primeros no ofrecen material para efectos de este análisis, y los dos últimos serán reservados para el acápite de cuidado personal y relación directa y regular²⁰⁶.

Para una mejor comprensión de la materia, hemos clasificado los fallos de este tema en atención al objeto de la medida de protección, y/o sujeto activo de la misma. Así las cosas, dentro de esta unidad se analizarán tres grupos:

1. Medidas de protección cuyo objeto es radicar el cuidado personal de niños, niñas y/o adolescentes en un una institución o persona distinta a sus padres.
2. Medidas de protección interpuestas por madres con el objetivo de suspender la relación directa y regular existente entre niños, niñas y/o adolescentes y sus padres.
3. Medidas de protección interpuestas por padres con el objetivo de conseguir el cuidado personal provisorio de sus hijos e hijas menores de edad.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir en familia. Ello se encuentra consagrado en los artículos 5²⁰⁷, 9²⁰⁸, 18²⁰⁹, 19²¹⁰ y 27²¹¹ de la CDN; 17²¹² y 19²¹³ CADH y artículo 15²¹⁴ del Protocolo de San Salvador.

²⁰⁶ *Vid. supra.* acápite 3. Cuidado Personal y Relación Directa y Regular.

²⁰⁷ CDN. Artículo 5

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de su facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

²⁰⁸ CDN. Artículo 9

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. 4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

²⁰⁹ CDN. Artículo 18

1. 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. Incumbirá a los padres, o en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño Protección de la vida privada Todo niño tiene derecho a no ser objeto de injerencias en su vida privada, su familia, su domicilio y su correspondencia, y a no ser atacado en su honor.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

²¹⁰ CDN. Artículo 19

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

²¹¹ CDN. Artículo 27

Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.

²¹² CADH. Artículo 17.

Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

²¹³ CADH. Artículo 19.

Derechos del Niño

Para efectos de este análisis es preciso poner especial atención en dos artículos que se encuentran en distintos instrumentos internacionales. En primer lugar, el artículo 17 CADH, que establece el mandato de protección a la familia:

“Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo. “

En segundo lugar, el artículo 9 de la CDN que contempla de forma específica el estándar que deben cumplir los tribunales al momento de decretar la separación de los niños, niñas y adolescentes de sus padres.

“Artículo 9.

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

²¹⁴ Protocolo de San Salvador. Artículo 15

Derecho a la Constitución y Protección de la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material.

2. Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna.

3. Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a:

a. conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto;

b. garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar;

c. adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral;

d. ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad.

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.”

Según la profesora Fabiola Lathrop, el conjunto de normas señalado inicialmente establece como medio prioritario para el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes la familia:

*“Estas normas reconocen a la familia como el medio prioritario en que debe desarrollarse el NNA; afirman que el Estado debe propender a que la familia cumpla la función de cuidado del NNA y que, por ende, debe intervenir sólo cuando ella falle en ese cometido; y establecen, por último, que **la separación del NNA de su familia debe ser la última medida a adoptar y siempre que su interés superior lo autorice.**”²¹⁵. (El destacado es nuestro)*

²¹⁵ LATRHOP, Fabiola. *La Protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en el derecho chileno*. Revista Chilena de Derecho Privado, N° 22. Santiago, Chile, pp. 197-229, p. 202.

Antes de abordar los fallos de esta materia, es preciso efectuar una consideración. Según la esquematización ya expuesta, el primer aspecto a analizar en los grupos uno y dos de fallos corresponde al reconocimiento que nuestros tribunales realizan, o no, de la excepcionalidad en la separación de los niños, niñas y adolescentes de sus padres. No obstante, ésta no fue considerada como un indicador del Control de Convencionalidad en el tercer grupo de fallos analizados. Ello se debe a que las peticiones efectuadas por los requirentes no implican la separación total de los niños, niñas y adolescentes de sus madres, ni la radicación de su cuidado personal en alguien ajeno a su familia nuclear. Así las cosas, en este último grupo de sentencias no resulta imperioso para nuestros tribunales aludir a dicha característica.

Cabe mencionar que el énfasis puesto en este aspecto se debe a lo señalado por la Corte IDH en el Caso Gelman Vs. Uruguay, del año 2011. En dicha ocasión el tribunal internacional, al interpretar el artículo 17 de la CADH manifestó que la separación de los niños, niñas y adolescentes de su familia debía ser excepcional y temporal.

*“Por otro lado, el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, conlleva que el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Por ende, la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son **excepcionales** y, en lo posible, **temporales**”²¹⁶ (Lo destacado es nuestro)*

5.1. Medidas de protección cuyo objeto es radicar el cuidado personal de niños, niñas y/o adolescentes en un una institución o persona distinta a sus padres

a. Tratamiento de la excepcionalidad de la separación de los niños, niñas y adolescentes de sus padres. Escueta alusión a dicha característica y nulo desarrollo de la normativa internacional atingente por parte de la Corte Suprema.

La Corte Suprema en ninguno de los fallos en análisis desarrolló el carácter excepcional que presenta la separación de los niños, niñas y adolescentes de sus padres. Solamente la Corte de Apelaciones de Valdivia se refirió a dicho punto en la sentencia de fecha 23 de febrero de 2012, contenida en el fallo número 7 de

²¹⁶ Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia de Fondo y Reparaciones, 24 de febrero de 2011, párr. 125.

fecha 2 de abril de 2012, al señalar que la separación de los niños, niñas y adolescentes de sus padres -en este caso por la internación en un establecimiento de protección- debe tener el carácter de “indispensable” para la integridad del niño, niña o adolescente.

“Que la medida de internación en un establecimiento de protección sólo procederá en aquellos casos en que, para cautelar la integridad física o psíquica del menor de edad, resulte indispensable separarlo de su medio familiar, en este caso sus padres, medida que debe tener un carácter esencialmente temporal y que, en todo caso, se puede morigerar si cambian las circunstancias que la motivaron. Esto se relaciona, precisamente, con uno de los hechos a probar, como quedó determinado en la audiencia preparatoria, pues las medidas decretadas con anterioridad pueden resultar actualmente excesivas” (considerando primero)

b. Desarrollo del principio del interés superior del niño como fundamento para adoptar la decisión de separar a los niños, niñas y adolescentes de sus padres; insuficiente tratamiento del principio.

En cuanto al desarrollo del principio del interés superior del niño como fundamento para decretar la separación de los niños, niñas, y adolescentes de sus padres, se ha de señalar que el tratamiento brindado por la Corte Suprema no es suficiente ni se condice con las exigencias impuestas por la Corte IDH. Es menester reiterar lo señalado por la Corte IDH en el Caso Gelman Vs. Uruguay²¹⁷ del año 2011; la separación de los niños, niñas y adolescentes de sus padres solo puede proceder si se encuentra “debidamente justificada” en su interés superior. Así las cosas, es evidente que no basta una mera enunciación del principio.

Nuestro máximo tribunal en el fallo número 2 de fecha 23 de febrero de 2012 incurre en dos equivocaciones. En primer lugar, omite señalar una definición del principio del interés superior del niño -o al menos acotar el concepto- y, en segundo lugar, se limita a mencionar vagamente las razones concretas por las cuales el tribunal de base, y consecuentemente la Corte de Apelaciones de San Miguel, estimaron que la decisión adoptada no infringía el interés de la niña. Ello se puede apreciar en el considerando cuarto de su resolución.

“Que la decisión de los sentenciadores del grado de aplicar la medida de protección por la que se le confiere al padre el cuidado personal de la menor, por el término fijado, se apoya en lo que dichos jueces del fondo consideran satisface su interés superior, pues estiman que junto a éste se ve resguardado y asegurado su

²¹⁷ Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia de Fondo y Reparaciones. 24 de febrero de 2011, párr. 125.

derecho a desarrollarse en un hogar que le brinde seguridad y protección” (considerando cuarto)

Igualmente rudimentario fue el tratamiento que la Corte de Apelaciones de Concepción efectuó del principio en la sentencia de fecha 9 de noviembre de 2011, contenida en el fallo número 1 de fecha 9 de enero de 2012. Allí, el tribunal de alzada decide entregar el cuidado personal de dos niños a su abuela, en perjuicio de su madre. En dicha resolución la Corte de Apelaciones de Concepción cita informes psicosociales como motivo suficiente para adoptar su decisión, sin embargo, no argumenta por qué el alejamiento de los niños de sus padres resulta más beneficioso desde de la perspectiva del interés superior de los mismos versus la aplicación de otra medida menos gravosa. No olvidemos lo señalado por la Corte IDH en el Caso Gelman Vs. Uruguay²¹⁸ del año 2011; la separación de los niños, niñas y adolescentes de sus padres debe ser excepcional y debidamente justificada en su interés superior.

“Que lo expuesto en los informes psicosociales de los padres de los menores hacen aconsejable entregar el cuidado de éstos a su abuela materna, la requirente (...), quien de acuerdo al informe psicosocial de 29 de agosto de 2011 aparece más apta para el efecto que se dirá, y teniendo presente, además, el interés superior del niño, SE REVOCA la sentencia de trece de septiembre de dos mil once en la parte que ordena el ingreso de los menores A_X_A y M_Y_B, ambos de apellido (...), a un programa de intervención familiar de la red pública correspondiente al domicilio de la madre, decidiéndose que dichos menores deberán ser entregados al cuidado de la abuela materna (...), debiendo ambos quedar sujetos a un programa de intervención familiar de la red pública correspondiente al domicilio de la mencionada señora (...), por el plazo de un año, cuya coordinación quedará a cargo de la consejera técnica (...).”

Además de lo ya expuesto, la CS en el fallo número 7 de fecha 27 de agosto de 2012 incurre en un error garrafal. Nuestro máximo tribunal, en el considerando tercero de su resolución, subestima el valor que tiene el principio del interés superior del niño, fundamentando que al no ser una norma “sustantiva” que regule el derecho-función en cuestión, no es posible recurrir de casación por su infracción.

“Que el recurrente denuncia la vulneración de los artículos 3 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en relación con el artículo 5° de la Constitución Política de la República, al desconocer los sentenciadores el principio del interés superior de los menores de autos, al resolver como lo han hecho, permitiendo

²¹⁸ Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia de Fondo y Reparaciones. 24 de febrero de 2011, párr. 125.

un régimen de relación directa y regular con su padre, en circunstancias que conforme a los antecedentes allegados al juicio, se han acreditado una serie de hechos que demuestran la vulneración de derecho de que han sido víctimas y que derivan principalmente de la conducta de éste (considerando primero).

Que según se advierte del texto del recurso, en éste sólo se denuncian como vulneradas las disposiciones legales que en el mismo se consignan y que han sido referidas en el motivo primero de esta sentencia, pero no se acusa el quebrantamiento por falta o indebida aplicación de las normas sustantivas que consagran y regulan el derecho-función en cuestión, ni de las propias del estatuto proteccional” (considerando tercero).

Conclusiones

1. En ninguno de los fallos existe remisión a normativa internacional atingente.
2. En ninguno de los fallos la Corte Suprema reconoce expresamente el mandato de protección a la familia que la constriñe.
3. El desarrollo del interés superior del niño efectuado por nuestra Corte Suprema es paupérrimo. En ninguno de los casos estudiados nuestros tribunales proporcionan una definición del concepto, ni exponen las circunstancias que ponderaron al momento aplicar el principio en cuestión.
4. En ninguno de los tres casos en estudio la Corte Suprema efectúa un acabado Control de Convencionalidad. En primer lugar, nuestro máximo tribunal jamás mencionó el deber de proteger a la familia como una de las directrices en su decisión. Si bien, puede que sus resoluciones tiendan a aquello, hubiese sido más adecuado hacer eco de manera expresa de la obligación internacional.

Por otra parte, el desarrollo efectuado por nuestros tribunales del principio del interés superior del niño es tan paupérrimo que ni siquiera podemos determinar si su forma de concebirlo se adecúa a las interpretaciones realizadas por la Corte IDH.

5.2. Medidas de protección interpuestas por las madres para suspender el régimen comunicacional de los padres con sus hijos

Los casos que se analizarán a continuación corresponden a las medidas de protección solicitada por madres al tribunal. Dichas medidas son motivadas por un supuesto abuso sexual de los padres en contra de sus hijos o hijas. Para efectos de orden, también hemos incluido en este grupo un único caso en que

ambos padres solicitan al tribunal que prohíba el acercamiento del abuelo a su nieta también por un supuesto abuso sexual del primero.

a. Tratamiento de la excepcionalidad en la suspensión del régimen comunicacional entre los niños, niñas, adolescentes y su progenitor; carácter de *ultima ratio* de la medida asentado tácitamente por la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal.

De los siete fallos en comento, la Corte Suprema únicamente en el fallo número 14 cita el artículo 9 de la CDN. Sin perjuicio de ello, la excepcionalidad de la cual debe estar dotada la suspensión del régimen comunicacional de los padres respecto a sus hijos, aparece incorporada como un criterio tácito a la hora de decretar dicha medida de protección.

“Que, en ese contexto, y considerando que el artículo 9 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño establece que los Estados Partes deben respetar el derecho del niño que está separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si resulta contrario al interés superior del niño, y, como se consignó, no se probó el fundamento del requerimiento destinado precisamente a suspender el régimen de relación directa y regular entre el requerido y su hija, unido al hecho que los sentenciadores adoptaron también diversas medidas tendientes a reparar los efectos negativos que la conducta de la madre provoca en la menor S_X_A, constitutivas de vulneración de sus derechos, y una para evitar que el régimen de relación directa y regular se torne conflictivo por la actitud que asumen los padres, lo que, en definitiva, afecta a dicha menor, se debe concluir que no han incurrido en los yerros que se denuncian” (considerando cuarto)

La Corte Suprema adopta el criterio de excepcionalidad en la aplicación de esta medida, toda vez, que rechaza suspender el régimen comunicacional entre los niños, niñas y adolescentes y sus padres en todos los casos en que la investigación penal en contra de los progenitores fue archivada u objeto de una decisión de no perseverar por parte del Ministerio Público²¹⁹. Pese a que en la mayoría de las oportunidades se acreditó algún tipo de daño en la esfera sexual de los niños, niñas y adolescentes, nuestro máximo tribunal prefirió la aplicación de otro tipo de medidas, lo cual denota el carácter de *ultima ratio* de esta medida. Así se puede apreciar en el fallo número 12 de fecha 10 de septiembre de 2013 de nuestro máximo tribunal, en donde la CS se adecúa a lo señalado en el Caso

²¹⁹ En ese sentido: Fallo número 8, 10 de diciembre de 2012; fallo número 12, 10 de septiembre de 2013; fallo número 14, 12 de marzo de 2014; fallo número 15, 19 de marzo de 2014; fallo número 17, 28 de julio de 2014, todos de Medidas de Protección.

Gelman Vs. Uruguay²²⁰, en el sentido de que la separación de un niño de su padre o madre debe ser excepcional, y por consiguiente una medida *ultima ratio*.

“Que, sobre la base de los hechos reseñados en el motivo anterior, los sentenciadores concluyeron que en el caso sub lite, no se configuran los presupuestos para aplicar la principal medida de protección solicitada por la madre de la menor, consistente en la suspensión o término de la relación directa y regular determinada entre el padre y su hija -la menor de autos- al no haberse acreditado el hecho que fue abusada sexualmente y, por ende, vulnerada en ese ámbito, ni menos que hechos de esa naturaleza fueron cometidos por el padre. Sin embargo, consideraron que, no obstante lo anterior, la menor sí se encuentra dañada y vulnerada en su derecho a tener un desarrollo en el que los adultos responsables se constituyan en garantes de su crecimiento adecuado, presentando afectación en su esfera sexual, sin que, en sede de familia, pueda atribuirse a un abuso o al manejo inadecuado de la situación por su madre, que afectó, en todo caso su derecho a la intimidad. Por lo anterior, aplicaron las medidas de protección consistentes en asistencia a terapias tanto por parte de la niña como de los progenitores, bajo las condiciones de tiempo y lugar ya referidas, a fin de reparar el daño que presenta la menor y restablecer, en su oportunidad, la relación paterno filial” (considerando tercero)

b. Desarrollo del principio del interés superior del niño como fundamento para ordenar la suspensión del régimen comunicacional vigente entre los niños, niñas y adolescentes y sus padres; insuficiente e irregular desarrollo del mismo.

Tal como ya se ha enunciado, el artículo 9 de la CDN consagra al interés superior del niño como único motivo para ordenar la suspensión del régimen comunicacional de los niños, niñas y adolescentes y uno de sus padres. Así las cosas, es necesario que cada vez que nuestros tribunales se vean en la disyuntiva de conceder o no dicha medida, efectúen un amplio desarrollo de este principio.

De los siete fallos revisados en esta sección, en todos ellos la Corte Suprema alude al interés superior del niño, sin embargo, no en todos ellos efectúa el desarrollo deseado. La Corte Suprema únicamente en el fallo número 14²²¹ de fecha 12 de marzo de 2014 reconoce expresamente, al citar el artículo 9 de la CDN, el valor del principio del interés superior del niño como fundamento directo en la decisión de la suspensión del régimen comunicacional. En el resto de los casos el

²²⁰ Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia de Fondo y Reparaciones. 24 de febrero de 2011, párr. 125.

²²¹ *Vid. supra* acápite a. Tratamiento de la excepcionalidad en la suspensión del régimen comunicacional entre los niños, niñas, adolescentes y su progenitor; carácter de *ultima ratio* de la medida asentado tácitamente por la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal.

interés superior del niño es abordado como un principio informador del derecho de familia e infancia sin expresar el verdadero valor que conlleva.

En el fallo número 8 de fecha 10 de diciembre de 2012, la Corte Suprema define el principio a través de la siguiente cláusula:

“Que por otro lado, ha de tenerse también en consideración el interés del niño, como principio fundamental e inspirador de nuestro ordenamiento jurídico, de relevancia transversal en la legislación de familia y de menores. Así lo dispone por lo demás, el artículo 16 de la Ley N° 19.968 y, aun cuando su definición se encuentra en desarrollo o constituya un concepto indeterminado, cuya magnitud se aprecia cuando es aplicado al caso concreto, puede afirmarse que el mismo, alude al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, buscándose a través del mismo, el asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los menores y posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida, orientados al desarrollo de su personalidad” (considerando quinto)²²²

Se puede apreciar, que tanto en el fallo número 14, como en el fallo número 8 y en el fallo número 18, la Corte Suprema define sólo define el principio de interés superior del niño a través de la utilización de una cláusula estilo.

Resulta insatisfactorio que en estas decisiones la Corte Suprema no señale concretamente por qué el suspender o no, el régimen comunicacional de los niños, niñas y adolescentes y sus padres vulneraría el interés superior de los mismos. Si bien, nuestro máximo tribunal proporcionó una definición del principio, lo correcto hubiese sido que el mismo señalara cuáles derechos fundamentales, y/o aspectos del desarrollo de la personalidad de los niños, niñas y adolescentes se ven afectados con la medida, así lo exigió la Corte IDH en el Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile del año 2012.

“En conclusión, la Corte Interamericana observa que al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. (...)”²²³

²²² En el mismo sentido: Fallo número 14, de 12 de marzo de 2014 y fallo número 18, de 17 de septiembre de 2014, de Medidas de Protección.

²²³ Corte IDH. Caso Atala Riffo Vs. Chile. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de febrero de 2012, párr. 110.

Por último, y apartándonos del orden dado a esta sección, es relevante destacar la perspectiva adoptada por la Corte de Apelaciones de Santiago en el fallo de fecha 29 de abril de 2013, contenido en el fallo número 12 de fecha 10 de septiembre de 2013. En el caso en cuestión, la madre de una niña recurre de casación en la forma por haber faltado una diligencia esencial en el procedimiento, dicha diligencia corresponde a la rendición de prueba documental. La parte recurrente pretendía que se considerara la transcripción de un video en el cual constaban declaraciones de la niña en que señala haber sido vulnerada sexualmente por el demandado como una prueba instrumental.

Si se hubiese seguido el tenor de los argumentos de la recurrente, la Corte de Apelaciones de Santiago debería haber resuelto si es asimilable o no, la transcripción de un video a una prueba instrumental. No obstante, el tribunal de alzada no entra en tal discusión, y avala el razonamiento efectuado por el tribunal de base, quien decidió desestimar el medio de prueba en consideración a la integridad de la niña y al principio del interés superior del niño. Cabe mencionar que según consta en el procedimiento, las declaraciones del video fueron obtenidas mediante la inducción de la madre.

“No puede, entonces, sostenerse que, lisa y llanamente, el tribunal de la instancia haya hecho total abstracción de un medio de prueba ofrecido por la impugnante.

Ha habido una atención especial al video de marras, cuya proyección o constancia visual en audiencia no fue dejado de lado, sin más, si no descartada por una razón superior a la puramente formal, cual la del interés superior de A_X_A, arrastrada, según el fallo lo da a entender claramente, a sesiones en las que se la sometió a prácticas en mayor o menor grado influidas que no dan cuenta, de manera legítima y fiable, de los aspectos íntimos de conformación psicológica conducentes al mejor acierto de la decisión” (considerando undécimo de sentencia de tribunal de alzada)

El razonamiento de la Corte de Apelaciones de Santiago se condice perfectamente con lo señalado por la Corte IDH en el Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México del año 2010. Allí, el tribunal internacional señaló que la obligación de proteger el interés superior del niño implicaba, entre otras cosas, asegurar que el derecho de los NNA a ser escuchados, se ejerza garantizando su plena protección.

“La obligación de proteger el interés superior de los niños y niñas durante cualquier procedimiento en el cual estén involucrados puede implicar, inter alia, lo siguiente: i) suministrar la información e implementar los procedimientos adecuados adaptándolos a sus necesidades particulares, garantizando que cuenten con asistencia letrada y de otra índole en todo momento, de acuerdo con sus necesidades²⁶⁴; ii) asegurar especialmente en

*casos en los cuales niños o niñas hayan sido víctimas de delitos como abusos sexuales u otras formas de maltrato, su derecho a ser escuchados se ejerza garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para atenderlos y que las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado, y iii) procurar que los niños y niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, la revictimización o un impacto traumático en el niño”.*²²⁴

Este estándar también fue respetado por la Corte de Apelaciones de Antofagasta en su fallo de fecha 3 de septiembre de 2013, contenido en el fallo número 16 de fecha 9 de junio de 2014. En dicho caso se discutían los términos en los cuales la relación entre un abuelo y su nieta se podía reestablecer luego de haber sido suspendida producto de una medida de protección por un supuesto abuso sexual del mismo. Allí, los padres de la niña exigían una nueva terapia que implicaría una revictimización de la misma, lo cual justamente se debe evitar según lo establecido por la Corte IDH en el punto iii) del párrafo 201 de la sentencia Rosendo Cantú y otras Vs. México del año 2010. El tribunal de manera acertada rechaza dicha solicitud.

“Que no obstante la conclusión anterior, en los hechos la juez de la causa mantiene la medida so pretexto de tener que determinar hasta cuándo estará vigente, decidiendo en este sentido que ello se mantendría “hasta la fecha en que se produzca la re-vinculación en los términos expuestos”, sometiendo a la menor a una nueva psicoterapia, esta vez entre ella y el abuelo, con intervención de los padres, sin considerar que ello implica enfrentar a la menor nuevamente a una revisión de hechos que ocurrieron hace ya cinco años, cuando ésta, según los informes psicológicos que rolan en autos, por su edad, no les daba una significación de abuso, sino de juego, que por lo demás no se logró acreditar en el proceso respectivo, enfrentarla nuevamente a tales hechos, actualmente teniendo ya diez años, no dice relación con el interés superior de la menor, sino más bien de los adultos que con ella se relacionan” (considerando cuarto)

Conclusiones

1. Si bien, la Corte Suprema solamente en el fallo número 14 citó el artículo 9 de la CDN, es preciso señalar que en todos los casos revisados aplicó la medida de protección de suspensión del régimen comunicacional como alternativa *ultima ratio*. Ello se condice con el *corpus juris internacional* y

²²⁴ Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Sentencia Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 31 de agosto de 2010, párr. 201.

particularmente con los estándares establecidos en el Caso Gelman Vs. Uruguay.

2. Respecto al principio del interés superior del niño, la Corte Suprema solo se remite a él o lo desarrolla utilizando cláusulas de estilo.
3. La Corte Suprema no ha cumplido de la mejor manera con la obligación de realizar el Control de Convencionalidad, sin embargo, cumplió de manera instintiva con dicha labor, toda vez, que sus decisiones sí se adecuaron a los estándares del *ius cogens internacional*.
4. No se puede sostener que el paupérrimo desarrollo del interés superior del niño por parte de la Corte Suprema torne sus fallos “inconvenientes”. Si bien, como ya fue expuesto, nuestro máximo tribunal no realiza una verdadera determinación del principio en concreto, ello no resulta del todo gravoso, ya que, que en aquellas decisiones los magistrados optaron por no privar a los padres y niños, niñas y adolescentes del legítimo derecho a mantener una relación directa y regular.
5. A diferencia de lo ocurrido en el Caso Karen Atala Riffo y niñas Vs. Chile del año 2012, en donde la Corte Suprema privó a la madre de ejercer el cuidado personal de sus hijas, en los casos en estudio se mantuvo el régimen comunicacional entre los NNA y sus padres. Mediante una interpretación a *contrario sensu* podríamos señalar que no es imperioso para nuestro máximo tribunal explayarse acerca de por qué el mantener el régimen comunicacional vigente no atentaría contra el interés superior del niño, sin perjuicio de que deba hacerse cargo de las alegaciones de las partes. En definitiva, creemos que la carga argumentativa para el tribunal es mucho más rigurosa en uno que en otro caso.

5.3. Casos en que el padre solicita el cuidado personal de sus hijos como medida de protección

a. Desarrollo del principio del interés superior del niño al momento de conceder la medida. Tratamiento irregular del mismo.

El tratamiento brindado por la Corte Suprema al principio del interés superior del niño en este grupo de fallos no es uniforme. La profundidad con la cual se aborda varía de un caso a otro.

En la sentencia de 22 de junio de 2012, contenido en el fallo número 6 de fecha 20 de agosto de 2012, la Corte de Apelaciones de Valparaíso decide revocar la suspensión del régimen comunicacional de la madre y sus hijas. Para arribar a esta decisión, el tribunal de alzada citó el artículo 9 de la CDN, en el cual se menciona el principio del interés superior del niño como único motivo para

ordenar la separación de los niños, niñas y adolescentes de sus padres. Sin perjuicio de la adecuada mención a la normativa, la CA de Valparaíso no desarrolla el principio en cuestión, limitándose únicamente a señalar el tratamiento para el trastorno de personalidad de la madre como motivo suficiente para reanudar la relación entre ella y sus hijas.

Aún más acotado es el razonamiento expuesto por la Corte de Apelaciones de San Miguel, en su sentencia de fecha 24 de enero de 2013, contenido en el fallo número 9 de fecha 10 de junio de 2013. Allí, el tribunal de alzada decidió restituir el cuidado personal de un niño a su madre, señalando como único motivo a considerar, el impedimento que el padre ha puesto para que la relación directa y regular entre la madre y el niño, establecida por el tribunal, se lleve a cabo. La CA de San Miguel en ningún momento se refirió de forma expresa al principio del interés superior del niño, ni citó ninguna normativa que lo consagre. Por su parte la CS tampoco desarrolla el concepto al momento de conocer la casación.

Distinto es lo que ocurre en la sentencia de 19 de agosto de 2013, contenido en el fallo número 13 de fecha 9 de octubre de 2013. Allí la Corte de Apelaciones de Valparaíso citó la Convención de los Derechos del Niño y señaló los motivos para considerar que lo mejor, en relación al principio de interés superior de la niña, es radicar el cuidado personal en su padre.

“Que, tanto la legislación nacional, principalmente la Ley N° 19.968 (Art. 16); Ley de Menores (Art. 30) y Código Civil (Art. 222) y la internacional como es la Convención de los Derechos del Niño, ratificada por Chile, destacan que tanto los padres como las instituciones con competencia en la materia debatida, deben privilegiar el interés superior de la niña por sobre cualquier otra consideración (considerando noveno)

Que, con los antecedentes reunidos, en un procedimiento que está dirigido a otorgar protección a los menores que vean vulnerados o en riesgo sus derechos, es posible dar por acreditado que la infante presentaba diversos problemas de salud al momento de ser trasladada por su padre a la ciudad de [Región de Antofagasta], que han sido tratados convenientemente con los tratamientos de especialistas, como son el de la neuróloga, (...) que da cuenta de la posología inconveniente del medicamento ácido valproico para tratar una supuesta epilepsia de la menor que, en el período observado (dos semanas antes del 5 de febrero pasado), no ha presentado crisis convulsiva y sin que presente, además, Apnea emotiva que tendría, según su historia clínica, acompañándose a los autos un informe Electroencefalograma digital de fecha 1 de febrero de 2013; y el informe odontológico, emanado de la cirujano dentista, (...) que da cuenta que la menor D_X_A presenta caries múltiples, enfermedad periodontal generalizada, anomalía dentomaxilar y mordida abierta anterior,

por mal hábito de succión de chupete, que por su gravedad y extensión se hace necesario ingresarla de inmediato a tratamiento. Consultas médicas, exámenes y atenciones dispensados por su padre, cónyuge de éste, (...) que permiten concluir que debe mantenerse el cuidado de la niña D_X_A en este entorno, más la debida escolarización, sin perjuicio que, con nuevos antecedentes, pueda volver con su madre, al término de los seis meses dispuestos en la impugnada sentencia” (considerando décimo).

La CS utilizó el mismo razonamiento para fundamentar el fallo número 10 de fecha de 12 de junio de 2013, toda vez, que hizo prevalecer el interés superior del “menor”.

“Que, por otra parte, si bien el artículo 74 de la Ley N° 19.868, establece que la resolución que disponga la medida que implique la separación del niño, niña o adolescente de sus padres debe ser fundada, cabe consignar que a la luz de los antecedentes tenidos en consideración por los sentenciadores, su decisión aparece ajustada a las exigencias que la referida disposición contempla, toda vez que no puede desconocerse que la decisión a que se ha arribado se encuentra fundada y justificada en el análisis y valoración de los elementos de prueba allegados al juicio y en concordancia con las conclusiones que soberanamente de aquéllas se han extraído, en aplicación del principio rector del interés superior del menor” (considerando sexto).

Conclusiones

1. Al igual que en el grupo anterior, la profundidad con la cual se aborda el principio varía de un fallo a otro, no siendo la óptima en algunos casos.
2. En efecto, antes de determinar si la Corte efectuó un correcto Control de Convencionalidad es menester tener una consideración. Todos los fallos analizados en este grupo corresponden a resoluciones obtenidas de audiencias de revisión de medidas de protección. El inciso primero del artículo 80 de la Ley N° 19.968 dispone que:

“Art. 80.- Suspensión, modificación y cesación de medidas. En cualquier momento en que las circunstancias lo justifiquen, el juez podrá suspender, modificar o dejar sin efecto la medida adoptada, de oficio, a solicitud del niño, niña o adolescente, de uno o de ambos padres, de las personas que lo tengan bajo su cuidado o del director del establecimiento o responsable del programa en que se cumple la medida.”.

Así las cosas, es comprensible que en esta oportunidad procesal la discusión jurídica se centre en el cambio de las circunstancias que llevaron a decretar

de la medida. Ello nos restringe a la hora de determinar si nuestra Corte efectuó o no un adecuado Control de Convencionalidad.

6. AUTORIZACIÓN PARA SALIR DEL PAÍS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

La autorización para salir del país de los niños, niñas y adolescentes se encuentra regulada en la Ley N° 16.618, “Ley de Menores” (DFL N°1)²²⁵. En palabras de los propios legisladores²²⁶, el artículo 49²²⁷ de la mencionada ley, tiene por objeto resguardar el derecho de todos los niños, niñas y adolescentes establecido en el artículo 9 de la CDN²²⁸, a mantener una relación directa y personal con sus padres de forma regular. De la misma manera, la reforma introducida por la Ley N° 20.383 del 24 de septiembre de 2009 vela por el respeto a dicho derecho²²⁹. Desde ya resulta oportuna la referencia efectuada por los legisladores a la normativa internacional como un indicador de que están efectuando un adecuado Control de Convencionalidad, no obstante este estudio tiene por objeto analizar la labor de nuestro máximo tribunal.

²²⁵ Refundida por el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, publicado en el Diario Oficial de 20 de mayo del 2000. (DFL N°1).

²²⁶ Cfr. CAMARA DE DIPUTADOS DE CHILE. Noticias, Ley permite que menores de edad sin contacto regular con uno de sus padres puedan salir del país sólo con permiso de quien lo tiene a su cuidado. [En línea] http://www.camara.cl/prensa/noticias_detalle.aspx?prmId=36834, [consulta: 20 de agosto de 2015].

²²⁷ Ley N° 16.618. Artículo 49.

La salida de menores desde Chile deberá sujetarse a las normas que en este artículo se señalan, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley N° 18.703. Si la tuición del hijo no ha sido confiada por el juez a alguno de sus padres ni a un tercero, aquél no podrá salir sin la autorización de ambos padres, o de aquel que lo hubiere reconocido, en su caso. Confiada por el juez la tuición a uno de los padres o a un tercero, el hijo no podrá salir sino con la autorización de aquel a quien se hubiere confiado. Regulado el derecho a que se refiere el artículo 229 del Código Civil por sentencia judicial o avenimiento aprobado por el tribunal, se requerirá también la autorización del padre o madre a cuyo favor se estableció.

El permiso a que se refieren los incisos anteriores deberá prestarse por escritura pública o por escritura privada autorizada por un Notario Público. Dicho permiso no será necesario si el menor sale del país en compañía de la persona o personas que deben prestarlo.

En caso de que no pudiese otorgarse o sin motivo plausible se negare la autorización por uno de aquellos que en virtud de este artículo debe prestarla, podrá ser otorgada por el juez de letras de menores del lugar en que tenga su residencia el menor. El juez, para autorizar la salida del menor en estos casos, tomará en consideración el beneficio que le pudiese reportar y señalará el tiempo por el que concede la autorización.

Expirado el plazo a que se refiere el inciso anterior sin que el menor, injustificadamente, vuelva al país, podrá el juez decretar la suspensión de las pensiones alimenticias que se hubieren decretado.

En los demás casos para que un menor se ausente del país requerirá la autorización del juzgado de letras de menores de su residencia.

²²⁸ CDN. Artículo 9.

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. 4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

²²⁹ Cfr. Historia de la Ley N° 20.383 sobre salida de menores desde Chile. [En línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1006475>> [consulta: 21 de agosto de 2015].

En el periodo comprendido entre los años 2012 a octubre de 2014, seis casos de autorización para salir del país llegaron a conocimiento de la Corte Suprema. Tres de ellos no se analizarán en este acápite debido a que no brindan un pronunciamiento sustancial de nuestro máximo tribunal, o serán abordados en el acápite de cuidado personal y relación directa y regular. Respecto a los tres fallos restantes se analizarán dos cosas. En primer lugar, en los fallos número 4 y número 5 de 15 de julio de 2013 y 10 de septiembre de 2014, respectivamente, se analizará cómo el juez ha interpretado el inciso tercero del artículo 49 del DFL N°1, y en segundo lugar se analizará, a raíz del fallo número 2 de fecha 7 de mayo de 2012, cómo nuestro máximo tribunal ha entendido el principio de autonomía progresiva. Cabe mencionar que ahondaremos en dicho principio debido a que los propios jueces lo mencionan en su resolución, no así en otras materias.

6.1. Interpretación del artículo 49 inciso 3.

Nuestros tribunales, al momento de conceder la autorización para la salida del país de algún niño, niña, o adolescente, deben atenerse a lo dispuesto por el inciso tercero del artículo 49 del DFL 1, éste señala:

*“En caso de que no pudiere otorgarse o sin motivo plausible se negare la autorización por uno de aquellos que en virtud de este artículo debe prestarla, podrá ser otorgada por el juez de letras de menores del lugar en que tenga su residencia el menor. El juez, para autorizar la salida del menor en estos casos, tomará en consideración el **beneficio que le pudiere reportar** y señalará el **tiempo** por el que concede la autorización.” (Lo destacado es nuestro).*

Tal como se puede apreciar, el artículo citado establece como requisitos de la autorización judicial para la salida del país de un “menor”, la consideración del beneficio que dicha salida le pudiere reportar y el establecimiento de un plazo por el cual se concede la misma. Respecto a la temporalidad de la autorización, es pertinente comentar el fallo número 4 de fecha 15 de julio de 2013, el cual corresponde a un recurso de casación impetrado por un padre luego de que los jueces de fondo autorizaran indefinidamente la salida de su hijo menor de edad.

Es manifiesto que la decisión contradice lo establecido por el artículo 49 inciso 3 de la Ley N° 16.618. Sin perjuicio de ello, resulta interesante la vinculación que efectúa la Corte Suprema entre la temporalidad de la autorización y el principio del interés superior del niño.

“Tal determinación, sin embargo, no cumple con la exigencia legal de establecer un plazo para que se verifique el regreso del niño, a fin de respetar la vinculación paterna y con ello también el principio del interés superior del menor” (considerando quinto).

La vinculación entre la temporalidad de la autorización y el principio del interés superior del niño efectuada por la CS nos parece adecuada desde la perspectiva del Control de Convencionalidad. Más allá de la existencia del artículo 49 del DFL 1, la obligación de establecer un plazo a la autorización para salir del país de un “menor” tiene su asidero en los artículos 3²³⁰, 9²³¹ y 10²³² de la CDN. Si bien la Corte Suprema no alude a ellos, sí reconoce el principio del interés superior del niño como fundamento de la temporalidad de la autorización. Además, cabe mencionar que su interpretación se ajusta a lo establecido por la Corte IDH en el Caso Gelman Vs. Uruguay del año 2011, en donde el tribunal internacional señaló que la separación debe ser en lo posible temporal.

“(…) Por ende, la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia sólo pueden

²³⁰ CDN. Artículo 3

1. 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.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

²³¹ CDN. Artículo 9

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. 4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

²³² CDN. Artículo 10

1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 2 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.

proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales.”²³³

Por otra parte, en el fallo número 5 de fecha 10 de septiembre de 2014, la parte recurrente denuncia la infracción a normas nacionales e internacionales y especialmente al interés superior del niño. La Corte Suprema resuelve a la luz del principio concediendo la autorización para el traslado de la niña arguyendo lo beneficioso que es para ella el ambiente del país al cual será trasladada en consideración a las condiciones de educación, salud, cultura, entre otros, que dicho país presenta. Desde la perspectiva del Control de Convencionalidad, no podemos sostener que dicha decisión contravenga en si misma los parámetros que ha establecido la Corte IDH en relación a la materia. Sin embargo, hubiese sido óptimo que la Corte Suprema efectuara un desarrollo respecto a la normativa internacional supuestamente infringida.

“Que, sin perjuicio de lo anterior, el examen del libelo conduce a la conclusión que no puede prosperar, porque en lo que concierne a las normas contenidas en la Carta Fundamental y en la Convención de los Derechos del Niño, simplemente se transcriben, ergo, no se explica cómo se habrían conculcado; porque tratándose de lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley N° 19.968 sólo se copian determinados pasajes de los informes periciales aportados en la audiencia respectiva y que favorecerían la postura asumida por el recurrente, y, en definitiva, se impugna la ponderación que los sentenciadores del fondo hicieron de los informes psicológicos practicados a las partes, como de la prueba testifical y declaración prestada por la madre de la niña, lo que importa discrepar del proceso racional que llevaron a cabo por no compartir la conclusión a la que arribaron, esto es, no se plantea la infracción a dicha norma de manera eficiente, y, sobre la materia, esta Corte ha sostenido, de manera reiterada, que ese proceso intelectual, en un caso como el indicado, escapa al control que debe efectuarse en sede de casación; y, por último, porque en lo que atañe a lo previsto en los artículos 229 del Código Civil y 49 de la Ley N° 16.618, se estableció como hecho de la causa que entre el padre y la niña no se ha regulado un régimen de relación directa regular, judicial o convencionalmente, debido precisamente a la nula actuación del progenitor en ese aspecto” (considerando sexto).

Conclusiones

1. En ninguno de los dos fallos pertenecientes a este ítem la Corte Suprema alude a las normas internacionales pertinentes.

²³³ Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia de Fondo y Reparaciones. 24 de febrero de 2011, párr. 125.

2. Sin perjuicio de lo anterior, en el primer caso en comento (fallo N°4) el razonamiento de nuestro máximo tribunal se ajusta a los lineamientos establecidos por la Corte IDH, es decir, efectúa un adecuado Control de Convencionalidad. En el fallo N° 4 la CS decide fijar un plazo a la autorización de la salida del país de un niño en atención al interés superior del mismo, cumpliendo con la temporalidad de la separación del niño y su progenitor según lo establecido en el Caso Gelman Vs. Uruguay. Del año 2011.
3. Respecto al fallo N° 5 hemos de señalar que el pronunciamiento de la CS fue escueto debido a que el recurrente pretendía modificar la ponderación de los hechos efectuadas por el tribunal. Así las cosas, no se cuenta con información suficiente para calificar el Control de Convencionalidad efectuado por nuestro máximo tribunal. Cabe mencionar que se decidió incluir esta resolución como parte de las consideraciones debido a que el recurrente denuncia la infracción a la CDN sin que la CS se haga cargo.

6.2. Autonomía progresiva

En el fallo número 2 de fecha 7 de mayo de 2012, la Corte Suprema consideró expresamente el principio de autonomía progresiva, consagrado en el artículo 5 de la CDN²³⁴ al momento de resolver sobre la autorización para la salida de un niño. Si bien dentro de los objetivos planteados en este estudio no se estableció el análisis de este principio en particular, no podemos omitir la alusión efectuada por nuestro máximo tribunal, siendo ella un acierto desde la perspectiva del Control de Convencionalidad.

Tal como se mencionó, el principio de autonomía progresiva se encuentra consagrado en el artículo 5 de la CDN. En palabras del académico Jaime Couso:

“Los niños aparecen en esa disposición como titulares de derechos, con la facultad de ejercerlos por sí mismos (no existe una facultad de los padres u otros adultos de representar a los niños en el ejercicio de derechos fundamentales, como sí ocurre, en cambio, en relación con ciertos derechos del ámbito civil). (...)Tras esta facultad de ejercer derechos autónomamente, que va haciéndose cada vez más amplia a medida que las competencias del niño se desarrollan, se encuentra una garantía muy importante, que se dirige a evitar que en el nombre de los derechos de los niños se les

²³⁴ CDN. Artículo 5.

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de su facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

prive de la posibilidad de intervenir efectivamente en la configuración de sus vidas.”²³⁵.

Así las cosas, el principio de autonomía progresiva correspondería a la titularidad que todos los niños, niñas y adolescentes tienen sobre sus derechos fundamentales, los cuales ejercerán de forma directa en la medida que sus capacidades se lo permitan.

“La autonomía progresiva supone que en la medida que la persona avanza en el desarrollo de sus capacidades de acuerdo a su edad toma control sobre ámbitos competenciales de representación o sustitución delegados a sus padres o al Estado bajo un concepto paternalista, operando como límite a la autoridad sin importar quien pretenda ejercerla.”²³⁶

En el fallo número 2, nuestra Corte Suprema resuelve mantener la autorización concedida por el respectivo tribunal de alzada para que un niño se traslade a vivir con su padre. La Corte Suprema estimó que dicha decisión era adecuada toda vez que se tomó en consideración la preferencia manifestada por el menor de edad, que contaba con la suficiente madurez para expresarla. Según nuestro máximo tribunal fundamentaría satisfactoriamente la decisión debido a que se apegaría al principio de autonomía progresiva.

“Que como puede apreciarse en el fallo impugnado los jueces del fondo integran el principio del “interés superior del niño” con el beneficio que para el menor le reportaría de vivir con su padre y familia extensa en [país de Norteamérica] y evalúan una serie de factores relevantes para estos efectos que se evidencian en sus razonamientos y que dicen relación con las preferencias del niño, considerando que tiene la suficiente madurez para expresarlas, que el padre ha estado a cargo de su cuidado, la cercanía y apego que tiene la relación de cada uno de los progenitores con el niño, la forma en que el niño interactúa y se relaciona con su padre, madre y otros parientes que pueden afectar significativamente su vida, la adaptación del niño en su hogar, en su escuela y en su comunidad actual y la que se proyecta con el cambio de residencia, el tiempo que el niño ha vivido en un ambiente estable y satisfactorio y el interés en mantener una continuidad en su vida y la estabilidad, como familia, que le ha proporcionado su progenitor, la capacidad de las partes de proporcionar al niño dirección y continuidad en su crianza y educación y su ambiente cultural del niño. De modo tal que la decisión de los sentenciadores aparece suficientemente fundamentada en el

²³⁵ COUSO, Jaime. *Op. cit.*, p. 151.

²³⁶ UNICEF. *Manual para la defensa jurídica de los derechos humanos de la infancia*. [En línea] <http://www.unicef.org/uruguay/spanish/Manual_Defensa_derechos.pdf> [consulta: 10 de Agosto de 2015] p. 22.

principio en estudio, así como también en el de la autonomía progresiva, pues se sustenta en argumentos de relevancia jurídica que integran estos conceptos indeterminados y aportan las directrices para su debida comprensión y aplicación” (considerando octavo).

La Corte Suprema de nuestro país, además de enunciar la normativa internacional pertinente (Considerandos primero y segundo del fallo en comentario), veló porque se dotaran de contenido los artículos 3 y 5 de la Convención de los derechos del niño. Dichos artículos consagran el principio del interés superior del niño, y el de autonomía progresiva respectivamente. Por otra parte, cabe mencionar que nuestro máximo tribunal aplicó las normas respetando el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oído para determinar su interés superior considerando la madurez de éste, tal como lo ordenó en el Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile del año 2012.

“De manera específica, la Observación General N°12 de 2009 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas resaltó la relación entre el “interés superior del niño” y el derecho a ser escuchado, al afirmar que “no es posible una correcta aplicación del artículo 3 [(interés superior del niño)] si no se respetan los componentes del artículo 12. (...) No basta con escuchar al niño, las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso. Si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión”²³⁷.

Conclusiones

1. En este caso en particular la Corte Suprema efectuó un adecuado Control de Convencionalidad. Nuestro máximo tribunal aplicó la normativa nacional teniendo en consideración la normativa internacional atingente.
2. Además, nuestra CS manifestó una perfecta comprensión de la relación entre el principio del interés superior del niño y el derecho de los mismos a ser escuchados, toda vez que ponderó la opinión del niño en atención a su madurez, tal como lo estableció la Corte IDH en el Caso Karen Atala y niñas Vs. Chile del año 2012.

²³⁷ Corte IDH. Caso Atala Riffo Vs. Chile. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de febrero de 2012, párr. 197 y 200.

7. SECUESTRO INTERNACIONAL DE “MENORES”

El secuestro internacional de “menores” es una figura que ha proliferado producto de la globalización en que nos encontramos, y de la innumerable constitución de familias binacionales. Según el estudio realizado por la académica Leonor Etcheberry, “*una buena cantidad de los casos sometidos a nuestros tribunales, se produce cuando el padre o la madre otorga el permiso para que el menor viaje por un tiempo limitado al país del no custodio y éste lo retiene; por lo cual no se hace propiamente de un traslado ilícito, sino de una retención ilícita*”²³⁸

Al hablar de secuestro internacional debemos tener en consideración el Convenio de la Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (CLH)²³⁹, como parte integrante del *ius cogens internacional*²⁴⁰ y, por consiguiente, como parámetro a la hora de efectuar el Control de Convencionalidad.

Para efectos de este análisis, los fallos correspondientes a la materia serán divididos en dos grupos. En primer lugar, se analizarán aquellos en donde la discusión jurídica radica en el procedimiento aplicable (Fallos número 5, 7, 8, 10 y 11), y en segundo lugar, se analizarán aquellos en donde se discute la aplicación de la letra b) del artículo 13 de la CLH²⁴¹ (Fallos número 2, 3, 4, 9, 12, 13 y 14). No todos los fallos de la materia fueron objeto de nuestras consideraciones debido a que parte de ellos no presentaban material relevante para este estudio.

7.1. Discusión respecto al procedimiento aplicable a restitución de “menores”.

Derogación del Auto Acordado sobre procedimiento aplicable a la CLH por parte de nuestra CS

Los artículos 22 al 30²⁴² del CLH corresponden a normas de carácter procedimental. Todos ellos tienden a facilitar la celeridad del procedimiento de la

²³⁸ ETCHEBERRY, Leonor. *El Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y su aplicación por Tribunales Chilenos*. En: Estudios de Derecho Civil X, Valparaíso, Chile, 2014, pp. 309 - 320, p. 310.

²³⁹ Promulgado por el Decreto N° 386, publicado en el Diario Oficial de 17 de junio de 1994.

²⁴⁰ *Vid supra* acápite 3.2. Otros Instrumentos Internacionales como material controlante.

²⁴¹ CLH. Artículo 13.

b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

²⁴² CLH. Artículo 22

No podrá exigirse fianza ni depósito alguno, cualquiera que sea la denominación que se le dé, para garantizar el pago de las costas y gastos de los procedimientos judiciales o administrativos previstos en el Convenio.

CLH. Artículo 23

No se exigirá, en el contexto del presente Convenio, legalización ni otras formalidades análogas.

CLH. Artículo 24

Toda solicitud, comunicación u otro documento que se envíe a la Autoridad Central del Estado requerido se remitirá en el idioma de origen e irá acompañado de una traducción al idioma oficial o a uno de los idiomas oficiales del Estado requerido o, cuando esta traducción sea difícilmente realizable, de una traducción al francés o al inglés.

restitución del “menor” trasladado o retenido ilícitamente, ya que tal como se establece en su artículo 1 letra a), una de las finalidades del convenio corresponde a *“garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante”*.

El CLH entrega a cada Estado suscriptor la labor de establecer un procedimiento de urgencia para la tramitación de la restitución del “menor”. Así reza su artículo 2: *“Los Estados contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos del Convenio. Para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan.”*

En nuestro país esta función fue adoptada inicialmente por la Corte Suprema, quien, en virtud de su potestad normativa, dictó el Auto Acordado de la Corte

No obstante, un Estado contratante, mediante la formulación de una reserva conforme a lo dispuesto en el artículo 42, podrá oponerse a la utilización del francés o del inglés, pero no de ambos idiomas, en toda solicitud, comunicación u otros documentos que se envíen a su Autoridad Central.

CLH. Artículo 25

Los nacionales de los Estados contratantes y las personas que residen en esos Estados tendrán derecho en todo lo referente a la aplicación del presente Convenio, a la asistencia judicial y al asesoramiento jurídico en cualquier otro Estado contratante en las mismas condiciones que si fueran nacionales y residieran habitualmente en ese otro Estado.

CLH. Artículo 26

Cada Autoridad Central sufragará sus propios gastos en la aplicación del presente Convenio.

Las Autoridades Centrales y otros servicios públicos de los Estados contratantes no impondrán cantidad alguna en relación con las solicitudes presentadas en virtud de lo dispuesto en el presente Convenio ni exigirán al solicitante pago alguno por las costas y gastos del proceso ni, dado el caso, por los gastos derivados de la participación de un abogado o asesor jurídico. No obstante, se les podrá exigir el pago de los gastos originados o que vayan a originarse por la restitución del menor.

Sin embargo, un Estado contratante, mediante la formulación de una reserva conforme a lo dispuesto en el artículo 42, podrá declarar que no estará obligado a asumir gasto alguno de los mencionados en el párrafo precedente que se deriven de la participación de un abogado o asesores jurídicos o del proceso judicial, excepto en la medida que dichos gastos puedan quedar cubiertos por un sistema de asistencia judicial y asesoramiento jurídico.

Al ordenar la restitución de un menor o al expedir una orden relativa a los derechos de visita conforme a lo dispuesto en el presente Convenio, las autoridades judiciales o administrativas podrán disponer, dado el caso, que la persona que trasladó o que retuvo al menor o que impidió el ejercicio del derecho de visita, pague los gastos necesarios en que haya incurrido el solicitante o en que se haya incurrido en su nombre, incluidos los gastos de viajes, las costas de representación judicial del solicitante y los gastos de la restitución del menor, así como todos las costas y pagos realizados para localizar al menor.

CLH. Artículo 27

Cuando se ponga de manifiesto que no se han cumplido las condiciones requeridas en el presente Convenio o que la solicitud carece de fundamento, una Autoridad Central no estará obligada a aceptar la solicitud. En este caso, la Autoridad Central informará inmediatamente de sus motivos al solicitante o a la Autoridad Central por cuyo conducto se haya presentado la solicitud, según el caso.

CLH. Artículo 28

Una Autoridad Central podrá exigir que la solicitud vaya acompañada de una autorización por escrito que le confiera poderes para actuar por cuenta del solicitante o para designar un representante habilitado para actuar en su nombre.

CLH. Artículo 29

El presente Convenio no excluirá que cualquier persona, institución u organismo que pretenda que ha habido una violación del derecho de custodia o del derecho de visita en el sentido previsto en los artículos 3 o 21, reclame directamente ante las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, conforme o no a las disposiciones del presente Convenio.

CLH. Artículo 30

Toda solicitud presentada a las Autoridades Centrales o directamente a las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante de conformidad con los términos del presente Convenio, junto con los documentos o cualquier otra información que la acompañen o que haya proporcionado una Autoridad Central, será admisible ante los tribunales o ante las autoridades administrativas de los Estados contratantes.

Suprema sobre procedimiento aplicable al CLH²⁴³ (AAC). Posteriormente, esta regulación se vio afectada por la dictación de la Ley N° 19.968²⁴⁴. Dicha normativa provocó un impacto en la tramitación del proceso de restitución de los niños, niñas y adolescentes, ya que se asentó un criterio jurisprudencial en torno al procedimiento aplicable, consistente en la derogación del AAC y aplicación del procedimiento ordinario regulado por la nueva ley. Así se puede apreciar en el considerando sexto del fallo número 11 de fecha 11 de julio de 2013 de la Corte Suprema:

“Que al respecto, cabe consignar que esta Corte ha resuelto reiteradamente que la Ley N°19.968, que comenzó a regir el 1° de octubre de 2005, esto es, con posterioridad a la dictación del Auto Acordado de este tribunal sobre Procedimiento Aplicable al Convenio de la Haya Relativo a los Efectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, dictado el 9 de octubre de 1998 y modificado el 3 de mayo de 2002, ha producido la **derogación tácita** de aquellas disposiciones que este último contempla, en cuanto presenten incompatibilidad con el nuevo estatuto regulatorio. Así el procedimiento que la referida ley, que crea los Tribunales de Familia, establece como ordinario general aplicable a todos los asuntos contenciosos cuyo conocimiento corresponda a los Juzgados de Familia y que no tengan señalado otro distinto, resulta aplicable a materias como la sustracción de menores en el ámbito de la referida convención, a saber, entregada primitivamente a los Juzgados de Menores por el mencionado Auto Acordado. De este modo, **la tramitación de la materia que nos ocupa debe llevarse a cabo bajo las normas del procedimiento ordinario que se establece en el párrafo cuarto del título I de la referida ley**, la que en lo atinente, dispone en su artículo 32, que la apreciación de la prueba se rige por las normas y principios de la sana crítica” (Lo destacado es nuestro, considerando sexto)²⁴⁵

Señalar que ha existido una derogación tácita del AAC, que fue dictado con el objetivo de cumplir con lo dispuesto por el artículo 2 de la CLH, no es lógico en virtud de la especificidad de la materia y el objetivo de celeridad impuesto por la Convención internacional. Si bien la sustracción de “menores” estaría inserta en el procedimiento ordinario de la Ley N° 19.968, ello no impide que por especificidad se prefiriera mantener la aplicación del AAC.

La consecuencia de utilizar uno u otro procedimiento tiene especial importancia en materia impugnatoria, ya que el plazo y la forma de ver el recurso de apelación

²⁴³ Auto acordado de la Excelentísima Corte Suprema sobre procedimiento aplicable al Convenio de La Haya relativo a los efectos civiles del secuestro internacional de menores, 3 de noviembre de 1998.

²⁴⁴ Ley N° 19.968, que Crea Los Tribunales de Familia, publicada en el Diario Oficial de 24 de agosto de 2004.

²⁴⁵ En el mismo sentido: Fallo número 5, 11 de junio de 2012; fallo número 8, 24 de diciembre de 2012 y fallo número 10, 13 de mayo de 2013.

cambian en uno y otro caso. Respecto a este punto es importante señalar que el recurso previsto en contra de la sentencia definitiva por el AAC, al igual que en el procedimiento ordinario establecido por la Ley que Crea Los Tribunales de Familia²⁴⁶ es el de apelación, con la diferencia de brindar solo cinco días para su interposición, y su revisión en cuenta.

Nuestra Corte Suprema ha insistido en aplicar el procedimiento ordinario de la Ley N° 19.968, especialmente en materia de recursos. Ello se puede apreciar en los siguientes considerandos del fallo número 8 de fecha 24 de diciembre de 2012:

“Que, en este orden de ideas, cabe destacar que el inciso primero del artículo 67 de la Ley N°19.968, hace aplicable las normas del Código de Procedimiento Civil, en materia de recursos, conforme a lo cual, el plazo para deducir apelación en contra de la sentencia definitiva, es de 10 días. (...) las apelaciones en materia de familia deben ser conocidas siempre “en relación”, (...) (considerando quinto)

Que tales exigencias que en el caso sub-lite no han sido debidamente resguardadas con la tramitación que se le ha dado por el tribunal de segunda instancia, al hacer aplicable en la especie el artículo 9 del Auto Acordado sobre Secuestro Internacional de Menores, en circunstancias que en materia de recursos y procedimiento como lo ha señalado esta Corte rige la Ley N°19.968” (considerando sexto).

La interposición del recurso de apelación dentro de este plazo más acotado y en cuenta resulta más adecuado en atención a los estándares establecidos de protección judicial en el artículo 25 de la CADH. Al respecto, la Corte IDH en el Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras del año 1998, en los párrafos 63, 64 y 66 estableció lo siguiente:

*“63. El artículo 46.1.a) de la Convención remite “a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos”. Esos principios no se refieren sólo a la existencia formal de tales recursos, sino también, a que éstos sean **adecuados y efectivos**, como resulta de las excepciones contempladas en el artículo 46.2.*

64. Que sean adecuados significa que la función de esos recursos, dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no son todos aplicables en todas las circunstancias. Si en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo. (...)

²⁴⁶ Ley N° 19.968. Crea los Tribunales de Familia.

66. Un recurso debe ser, además, eficaz, es decir, capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido. (...)²⁴⁷ (El destacado es nuestro)

Conclusiones

1. La Corte Suprema demuestra un óptimo conocimiento de la regulación del secuestro internacional “de menores”.
2. La Corte Suprema no efectúa un adecuado Control de Convencionalidad en esta materia debido a que prefirió la aplicación de una norma que no cumple con los estándares de celeridad impuestos por la CLH. A pesar de que el AAC tiene una jerarquía inferior a la Ley, es más eficaz en cuanto a los estándares internacionales de celeridad que se han impuesto a nuestro país y específico en relación a la materia (podría haber primado por especialidad). Actualmente el procedimiento que nuestros tribunales están aplicando a la gravísima situación del secuestro internacional de “menores”, corresponde al procedimiento general y ordinario establecido por la Ley N° 19.968, el cual no califica como “de urgencia”. Si bien la ausencia de regulación *ad hoc* debiese ser solucionada por el legislador –pues así lo ordena la CLH–, la falta de normativa adecuada debe ser resuelta por la Corte Suprema a través de la herramienta del Control de Convencionalidad. Además cabe mencionar que el AAC en cuestión ha servido de fuente para la creación de la denominada “Ley Modelo” que busca desarrollar normas procesales básicas para cumplir con los plazos establecidos por el CLH. *“El auto acordado aplicable al CLH 1980 ha sido una fuente fundamental para la elaboración de la denominada “Ley modelo”, proyecto desarrollado por el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y el Adolescente y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en el año 2007, y que propone normas procesales básicas para cumplir con los plazos breves en que deben ser resueltas las solicitudes de restitución en el marco del CLH 1980 o de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores”*²⁴⁸.

7.2. Discusión sobre la configuración de la hipótesis contenida en la letra b) del artículo 13 del Convenio de La Haya “sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”

Adecuada interpretación de la Corte Suprema del artículo 13 b) de la CLH a la luz del principio del interés superior del niño.

²⁴⁷ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de Fondo. 29 de julio de 1988, párr. 63, 64 y 66.

²⁴⁸ RIZIK, Lucía. “El Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y su aplicación en Chile: las modalidades de restitución del menor”. En: Revista Tribuna Internacional, vol. 3 N° 6, 2014, Santiago, Chile, p. 98.

Todos los fallos de este grupo centran su discusión en la configuración de la hipótesis establecida por la letra b) del artículo 13 del CLH. Dicha norma se encarga de establecer las excepciones a la restitución inmediata del niño, niña o adolescente, pese a constatar una situación de retención ilícita. En particular la letra b) señala que el Estado no estará obligado a ordenar la restitución cuando: *“b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.”*

Dicho literal ha sido interpretado adecuadamente por nuestra Corte Suprema como una manifestación de la protección del principio del interés superior del niño. Ello se puede apreciar en el siguiente considerando del fallo número 6 de fecha 18 de julio de 2012 de la CS:

“Que la determinación de si la menor se encuentra en alguna de las hipótesis que la norma de excepción contempla es una cuestión compleja que debe ser analizada desde los diferentes ámbitos que la naturaleza particular del caso impone como exigencia. **Sobre ello debe considerarse también que la niña es un sujeto de derecho especial, dotado de supra protección, pues goza de garantías adicionales, atendida su vulnerabilidad y fragilidad. En este sentido destaca el denominado Principio del Interés Superior del Niño, consagrado e inspirador de la Convención en estudio y de vigencia transversal en nuestro ordenamiento jurídico, el que si bien presenta un contenido indeterminado, sujeto a la comprensión y a la extensión que cada sociedad y su momento histórico le asigne, puede sostenerse que alude o dice relación con la satisfacción integral de sus necesidades y requerimientos, en todos los ámbitos de su desarrollo.** En efecto, el mismo pretende asegurar al menor el ejercicio y protección de sus derechos fundamentales y a posibilitar la mayor suma de ventajas, en todos los aspectos de su vida, en la perspectiva de su autonomía y orientado a asegurar el libre desarrollo de su personalidad. Lo anterior, se ve reforzado por lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño, en sus artículos 3 N°1 y 27 N°1” (Lo destacado es nuestro, considerando sexto).²⁴⁹

Así las cosas la referencia y relación efectuada por nuestra CS entre el artículo 13 b) del CLH y los artículos 3 N°1 y 27 N°1 de la Convención de los Derechos del Niño es correcta. Ambas normativas forman parte del *corpus iuris* de la infancia, lo cual es un primer indicador de que se está efectuando un adecuado Control de Convencionalidad. También resulta apropiada la definición que nuestro máximo

²⁴⁹ En el mismo sentido: Fallo número 2, 22 de marzo de 2012; fallo número 3, 2 de abril de 2012; fallo número 4, 30 de abril de 2012; fallo número 9, 28 de febrero de 2013; fallo número 12, 18 de noviembre de 2013; fallo número 13, 20 de enero de 2014 y fallo número 14, 16 de junio de 2014, todos de Secuestro Internacional

nos brinda del principio del interés superior del niño, ya que es coincidente con lo señalado por la Corte IDH en el Caso Bulacio Vs. Argentina del año 2003.

“Cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda “en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.”²⁵⁰.

Sin perjuicio, en el fallo número 3 la CS, al momento de otorgar contenido concreto al principio, ha caído en argüir presunciones y estereotipos en cuanto al vínculo del niño, niña o adolescente con su madre, señalando lo siguiente:

“Desde este punto de vista no puede desconocerse la particular situación de la menor dada por su condición etaria y etapa de desarrollo en que se encuentra, **donde si bien tanto la figura paterna y la materna son importantes y determinantes para su formación, lo cierto es que no puede desconocerse aquella regla natural o biológica que da cuenta de una especial vinculación con esta última.** Tal relación, que viene dada por la existencia de la vida prenatal y que se presenta como simbiótica en los inicios del desarrollo humano, se va transformando e independizando a medida que la niña avanza en su desarrollo. Sin embargo, en esta etapa de la niñez es crucial la presencia de la madre, con la que primordialmente se presenta el apego, elemento fundamental para la formación del niño, en cuanto factor de protección y contención - desde los primeros momentos de la existencia, pasando por diversos ciclos de la vida, entre ellos el de la primera infancia y el de la pre-escolaridad, etapa esta última que cursaría la menor” (Lo destacado es nuestro, considerando décimo).²⁵¹

El estereotipo con el cual nuestro máximo tribunal construyó su razonamiento infringe lo establecido por la Corte IDH en el Caso Karen Atala Riffo y niñas Vs. Chile del año 2012. Allí el tribunal internacional señaló a propósito de una disputa sobre cuidado personal que la determinación del interés superior del niño no se puede efectuar a raíz de especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características de los padres.

“(...) la Corte constata que 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 sea el caso, los daños o riesgos reales y

²⁵⁰ Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 18 de septiembre de 2003, párr. 134.

²⁵¹ En el mismo sentido: Fallo número 12, 18 de noviembre de 2013.

*probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de familia”.*²⁵²

Conclusiones

1. La Corte Suprema ha efectuado una adecuada conjugación de la normativa pertinente al momento de interpretar la letra b) del artículo 13 del CLH a la luz del principio del interés superior del niño.
2. Asimismo, nuestro máximo tribunal brinda una definición del principio coincidente con lo establecido por la Corte IDH en el Caso Bulacio Vs. Argentina²⁵³ en cuanto implicaría el aprovechamiento máximo de las potencialidades de los niños, niñas y adolescentes.
3. Sin perjuicio de lo anterior, nuestro máximo tribunal incurrió en inconvencionalidad en los fallos N° 3 y N°12. En dichos casos la Corte Suprema dotó de contenido al principio del interés superior del niño, y al hacerlo, incurrió en la consideración de estereotipos y presunciones contraviniendo los lineamientos de la Corte IDH. establecidos en el Caso Karen Atala y niñas Vs. Chile²⁵⁴. Así las cosas, en dos de los fallos correspondientes a este grupo nuestra Corte Suprema incurre en inconvencionalidad.
4. Respecto al resto de los fallos no podemos ser tan drásticos, no obstante también resulta reprochable que nuestro máximo tribunal no dote de contenido concreto al principio del interés superior del niño limitándose al uso de una cláusula de estilo.

²⁵² Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 24 de febrero de 2012, párr. 129.

²⁵³ Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 18 de septiembre de 2003, párr. 134.

²⁵⁴ Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 24 de febrero de 2012, párr. 129.

8. ENTREGA INMEDIATA

La entrega inmediata corresponde a una medida cautelar especial contemplada en el artículo 71 letra a) de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia.

“Artículo 71.- Medidas cautelares especiales. En cualquier momento del procedimiento, y aun antes de su inicio, de oficio, a solicitud de la autoridad pública o de cualquier persona, cuando ello sea necesario para proteger los derechos del niño, niña o adolescente, el juez podrá adoptar las siguientes medidas cautelares: a) Su entrega inmediata a los padres o a quienes tengan legalmente su cuidado;”

Para efectos de este estudio no serán objeto de mayores consideraciones los fallos correspondientes a la materia, debido a que las sentencias emanadas por la Corte Suprema se remiten a declarar la inadmisibilidad por manifiesta falta de fundamento del recurso²⁵⁵ y por no ser una sentencia recurrible con el recurso en cuestión²⁵⁶, sin que se produzca un desarrollo del asunto en el recurso, ni que se den las circunstancias para que la Corte dicte una sentencia de reemplazo de oficio.

Solo nos parece pertinente reproducir el considerando cuarto de la sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel, contenido en el fallo número 4 de fecha 4 de agosto de 2014, en donde el principio del interés superior del niño es abordado con una cláusula de estilo sin una determinación en concreto del mismo. En virtud del escueto desarrollo del tema, no se efectuarán conclusiones al respecto.

“Que, además, en materias como las que nos ocupa, debe tenerse siempre como principio rector el interés superior del niño o adolescente consagrado en el artículo 16 de la Ley 19.968, y aun cuando el concepto es jurídicamente indeterminado puede afirmarse que alude a asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los menores y a posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida orientados a asegurar el libre y sano desarrollo de su personalidad” (considerando cuarto).

²⁵⁵ Fallo número 4, 4 de agosto de 2014 y Fallo número 3, 14 de julio de 2014, ambos de Entrega Inmediata.

²⁵⁶ Fallo número 2 de Entrega Inmediata, 4 de mayo de 2014.

9. VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

La violencia intrafamiliar fue regulada inicialmente por la Ley N° 19.325, conforme con el proceso mundial de reconocimiento de la figura como un tema de Derechos Humanos. Posteriormente, fue reemplazada en el año 2005 por la Ley N° 20.066, la cual, en su artículo 5, define violencia intrafamiliar como:

“Todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente.

También habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida en el inciso precedente ocurra entre los padres de un hijo común, recaiga sobre persona menor de edad, adulto mayor o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar.”

Todos los fallos atingentes a este grupo llegan a sede de casación denunciando principalmente la infracción al artículo 32 de la Ley N° 19.968 que Crea los Tribunales de Familia²⁵⁷, el cual establece la sana crítica como sistema de valoración de la prueba.

Los recursos intentados en los fallos número 4, de fecha 31 de julio de 2014 y número 2 de fecha 12 de febrero de 2012, son desestimados debido a que ambos pretenden modificar los hechos asentados en la sentencia, facultad privativa de los jueces de fondo. Por otra parte, el fallo número 3 de fecha 14 de abril de 2014 es acogido debido a que efectivamente se verificó una vulneración a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Si bien, en los tres casos enunciados con anterioridad el debate se centra principalmente en cuestiones procesales sin quedar espacio para una discusión sustancial del asunto, desde la perspectiva del Control de Convencionalidad nos parece relevante referirnos al voto en minoría efectuado por el Abogado Integrante señor Eugenio Benítez Ramírez.

²⁵⁷ Ley N° 19.968. Artículo 32.

Valoración de la prueba. Los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. La sentencia deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba rendida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo.

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos, de modo de contener el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.

“Que, es un hecho evidente, que, por ende no requiere demostración, que los niños menores, en especial, de los tan corta edad, como son del matrimonio sub iudice, carecen del desarrollo suficiente para formular juicios propios, siendo, adicionalmente, fácilmente influenciables por personas mayores, de suerte, que sus testimonios no resultan creíbles, menos aún, para estimarse como suficientes para imponer un castigo al demandado, con una pena como la que se pretende por su cónyuge” (Lo destacado es nuestro, considerando cuarto).

El artículo 8.1 CADH²⁵⁸ y 12 CDN²⁵⁹ garantizan el derecho de los niños a ser oídos, garantía vulnerada por el voto en minoría recién citado. El abogado integrante Sr. Benítez en ningún momento hace referencia a este derecho, ni menos cita normativa internacional atinente. Su dictamen no se ajusta a los estándares establecidos por la Corte IDH en relación al derecho de los niños a ser oídos.

Al respecto, se debe tener en consideración lo señalado por el tribunal internacional en el Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile citando al Comité de los Derechos del Niño.

*“198. Con el fin de determinar los alcances de los términos descritos en el artículo 12 de dicha Convención, el Comité realizó una serie de especificaciones, a saber i) “no puede partir[se] de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones”; ii) “el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una **comprensión suficiente** para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto”; iii) el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado; iv) “la realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias”; v) “la capacidad del niño [...] debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso”, y vi) “los niveles de*

²⁵⁸ CADH. Artículo 8.
Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

²⁵⁹ CDN. Artículo 12

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica”, por lo que la madurez de los niños o niñas debe medirse a partir de “la capacidad [...] para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente”²⁶⁰ (El destacado es nuestro).

Conclusiones

El magistrado no efectúa un adecuado Control de Convencionalidad ya que no cumple con ninguna de las especificaciones recientemente enunciadas. En primer lugar, precisamente parte de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus opiniones, siendo aparentemente carga de las partes demostrar que nos encontramos ante el caso excepcional en que sí lo es. En segundo lugar, asevera que existe una necesaria vinculación entre la edad de los menores y su capacidad para formular juicios propios contradiciendo lo señalado por la Corte IDH en cuanto a que los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. El voto del magistrado resulta inconvencional, además contiene un trato peyorativo y discriminatorio hacia los niños, niñas y adolescentes

²⁶⁰ Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 24 de febrero de 2012, párr. 198.

10. BIENES FAMILIARES

Los fallos correspondientes a bienes familiares no serán objeto de mayores consideraciones por parte de este estudio. La discusión verificada en ellos no es fructífera desde la perspectiva del análisis del Control de Convencionalidad ya que ella se remite a analizar el cumplimiento de los requisitos de los artículos 141 y ss. del Código Civil²⁶¹. Sólo se puede señalar que la Corte Suprema, en el fallo 6

²⁶¹ Código Civil. Artículo 141.

El inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges que sirva de residencia principal de la familia, y los muebles que la guarnecen, podrán ser declarados bienes familiares y se regirán por las normas de este párrafo, cualquiera sea el régimen de bienes del matrimonio.

El juez citará a los interesados a la audiencia preparatoria. Si no se dedujese oposición, el juez resolverá en la misma audiencia. En caso contrario, o si el juez considerase que faltan antecedentes para resolver, citará a la audiencia de juicio.

Con todo, la sola interposición de la demanda transformará provisoriamente en familiar el bien de que se trate. En su primera resolución el juez dispondrá que se anote al margen de la inscripción respectiva la precedente circunstancia. El Conservador practicará la subinscripción con el solo mérito del decreto que, de oficio, le notificará el tribunal.

Para los efectos previstos en este artículo, los cónyuges gozarán de privilegio de pobreza.

El cónyuge que actúe fraudulentamente para obtener la declaración a que refiere este artículo, deberá indemnizar los perjuicios causados, sin perjuicio de la sanción penal que pudiere corresponder.

Artículo 142.

No se podrán enajenar o gravar voluntariamente, ni prometer gravar o enajenar, los bienes familiares, sino con la autorización del cónyuge no propietario. La misma limitación regirá para la celebración de contratos de arrendamiento, comodato o cualesquiera otros que concedan derechos personales de uso o de goce sobre algún bien familiar.

La autorización a que se refiere este artículo deberá ser específica y otorgada por escrito, o por escritura pública si el acto exigiere esta solemnidad, o interviniendo expresa y directamente de cualquier modo en el mismo. Podrá prestarse en todo caso por medio de mandato especial que conste por escrito o por escritura pública según el caso.

Artículo 143.

El cónyuge no propietario, cuya voluntad no se haya expresado en conformidad con lo previsto en el artículo anterior, podrá pedir la rescisión del acto.

Los adquirentes de derechos sobre un inmueble que es bien familiar, estarán de mala fe a los efectos de las obligaciones restitutorias que la declaración de nulidad origine.

Artículo 144.

En los casos del artículo 142, la voluntad del cónyuge no propietario de un bien familiar podrá ser suplida por el juez en caso de imposibilidad o negativa que no se funde en el interés de la familia. El juez resolverá previa audiencia a la que será citado el cónyuge, en caso de negativa de éste.

Artículo 145.

Los cónyuges, de común acuerdo, podrán desafectar un bien familiar. Si la declaración se refiere a un inmueble, deberá constar en escritura pública anotada al margen de la inscripción respectiva.

El cónyuge propietario podrá pedir al juez la desafectación de un bien familiar, fundado en que no está actualmente destinado a los fines que indica el artículo 141, lo que deberá probar. En este caso, el juez procederá en la forma establecida en el inciso segundo del artículo 141.

Igual regla se aplicará si el matrimonio se ha declarado nulo, o ha terminado por muerte de uno de los cónyuges o por divorcio. En tales casos, el propietario del bien familiar o cualquiera de sus causahabientes deberá formular al juez la petición correspondiente.

Artículo 146.

Lo previsto en este párrafo se aplica a los derechos o acciones que los cónyuges tengan en sociedades propietarias de un inmueble que sea residencia principal de la familia.

Producida la afectación de derechos o acciones, se requerirá asimismo la voluntad de ambos cónyuges para realizar cualquier acto como socio o accionista de la sociedad respectiva, que tenga relación con el bien familiar.

La afectación de derechos se hará por declaración de cualquiera de los cónyuges contenida en escritura pública. En el caso de una sociedad de personas, deberá anotarse al margen de la inscripción social respectiva, si la hubiere. Tratándose de sociedades anónimas, se inscribirá en el registro de accionistas.

Artículo 147.

Durante el matrimonio, el juez podrá constituir, prudencialmente, a favor del cónyuge no propietario, derechos de usufructo, uso o habitación sobre los bienes familiares. En la constitución de esos derechos y en la fijación del plazo que les pone término, el juez tomará especialmente en cuenta el interés de los hijos, cuando los haya, y las fuerzas patrimoniales de los cónyuges.

El tribunal podrá, en estos casos, fijar otras obligaciones o modalidades si así pareciere equitativo.

de fecha 25 de febrero de 2013, al momento de ahondar en los fundamentos de la institución, se remite únicamente a normativa nacional, ignorando el mandato de protección a la familia contenido en el artículo 17 de la CADH²⁶².

“En nuestro país existen diversos cuerpos legales que han consagrado la protección del patrimonio familiar. Para empezar, la Constitución Política del Estado, de 1925, en su artículo 10 N° 14, inciso segundo, establecía: "El Estado propenderá a la conveniente división de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar" y la Constitución Política de 1980, en su artículo 1° se refiere genéricamente a "Dar protección a la familia" (considerando cuarto).²⁶³

La declaración judicial a que se refiere el inciso anterior servirá como título para todos los efectos legales.

La constitución de los mencionados derechos sobre bienes familiares no perjudicará a los acreedores que el cónyuge propietario tenía a la fecha de su constitución, ni aprovechará a los acreedores que el cónyuge no propietario tuviere en cualquier momento.

Artículo 148.

Los cónyuges reconvenidos gozan del beneficio de excusión. En consecuencia, cualquiera de ellos podrá exigir que antes de proceder contra los bienes familiares se persiga el crédito en otros bienes del deudor. Las disposiciones del Título XXXVI del Libro Cuarto sobre la fianza se aplicarán al ejercicio de la excusión a que se refiere este artículo, en cuanto corresponda.

Cada vez que en virtud de una acción ejecutiva deducida por un tercero acreedor, se disponga el embargo de algún bien familiar de propiedad del cónyuge deudor, el juez dispondrá se notifique personalmente el mandamiento correspondiente al cónyuge no propietario. Esta notificación no afectará los derechos y acciones del cónyuge no propietario sobre dichos bienes.

Artículo 149.

Es nula cualquiera estipulación que contravenga las disposiciones de este párrafo.

²⁶² CADH Artículo 17.

Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

²⁶³ En el mismo sentido: Fallo número 3 de Bienes Familiares, 3 de septiembre de 2012.

Conclusiones

A través de las páginas de este estudio, hemos revisado el origen y desarrollo del Control de Convencionalidad ejercido por la Corte Suprema de Chile, en fallos de Familia e Infancia. Comenzamos indicando que el Control de Convencionalidad es una figura de reciente aparición (2003), cuya evolución se ha verificado a través de la labor de la doctrina y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Posteriormente nos adentramos en el análisis de las sentencias de la Corte Suprema, y en algunos casos de las respectivas Cortes de Apelaciones.

A continuación enunciaremos las conclusiones generales a las cuales hemos arribado luego de efectuar este estudio. Cabe mencionar que las conclusiones específicas para cada tema se encuentran en su respectivo acápite. Dicho esto, hemos podido concluir que:

1. El Control de Convencionalidad corresponde a aquella obligación que recae sobre los jueces nacionales consistente en la realización de un examen de compatibilidad entre las normas domésticas aplicables a un caso concreto, con los Tratados Internacionales pertinentes y la jurisprudencia de la Corte IDH.
2. El fundamento jurídico para efectuar el Control de Convencionalidad, reside en la suscripción de la CADH por parte del Estado de Chile, quien se obligó a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella a todas las personas sin discriminación alguna, y en la suscripción de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que recogió el principio de derecho internacional denominado *pacta sunt servanda*, el cual obliga a los Estados a respetar lo pactado. Por ningún motivo un Estado podrá invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento del Tratados Internacionales.
3. Todos los tribunales de nuestro país tienen la obligación de utilizar esta herramienta, que por consecuencia, salvaguarda que el Estado de Chile no incurra en responsabilidad internacional.
4. La obligación recaída sobre nuestros tribunales implica una difícil tarea para el juez, quien se ve en el deber de conocer no sólo los tratados en materia de Derechos Humanos suscritos por Chile, sino que además, debe estar constantemente al tanto de la jurisprudencia y opiniones consultivas de la Corte IDH.
5. Dentro del conjunto de los fallos estudiados, encontramos casos en que la Corte Suprema se remitió expresamente a las normas de la CADH o CDN, y

otros casos, en que nuestro máximo tribunal no hizo remisión alguna a dichas normas.

6. En efecto, sólo en algunos fallos encontramos razonamientos acordes con la idea del control de convencionalidad acá expuesta. Dentro de ese grupo de sentencias, destacamos el fallo número 22 de Filiación, el cual contiene el voto en minoría del Ministro Zepeda a la sentencia de la CA respectiva. Allí pudimos observar todos los elementos que mencionamos respecto al Control de Convencionalidad; aplicación de normas de carácter internacional, adecuada conjugación de las mismas con la legislación nacional, y aplicación preferente de aquella que otorgue una mejor protección de los DD.HH.
7. También en materia de Filiación observamos un importante avance dentro de la jurisprudencia de la CS, correspondiente al abandono de un criterio netamente económico en la interpretación del “interés” que requiere el artículo 216 del Código Civil, para ejercer las acciones de filiación. Creemos que esto obedece a la mejor comprensión del principio del Interés Superior del Niño, lo cual permite abrir a un mayor número de hipótesis las solicitudes tendientes a garantizar el derecho a la identidad de los NNA.
8. En la mayoría de los fallos en que hubo una remisión expresa a la normativa internacional atingente, la Corte Suprema no utilizó dichas normas en la parte resolutive de sus sentencias, efectuando una mera enunciación de las mismas, para luego resolver exclusivamente con la legislación nacional.
9. Los fallos correspondientes a Secuestro Internacional “de menores”²⁶⁴ resultan ser un caso manifiesto de cómo el adecuado uso del Control de Convencionalidad por parte de la Corte Suprema hubiese garantizado de manera más adecuada los derechos de los NNA. Específicamente, la utilización de esta herramienta hubiese implicado la aplicación del AAC de la CS sobre el procedimiento aplicable a la CLH por sobre el procedimiento general y ordinario contemplado en la Ley N° 19.968, el cual carece de la celeridad exigida por nuestro Sistema Regional.
10. Algo similar ocurre con los casos de Cuidado Personal y RDR verificados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.680. En dicha oportunidad, los magistrados nacionales fallaron conforme a normas que resultaban en sí mismas inconventionales, lo cual sólo podría haber sido subsanado con la aplicación del Control de Convencionalidad, cuestión que no fue totalmente lograda²⁶⁵.

²⁶⁴ *Vid supra* acápite 7. Secuestro Internacional de “menores”.

²⁶⁵ *Vid supra* acápite 3. Cuidado Personal y RDR.

11. El conocimiento demostrado por parte de los ministros de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema, en los fallos objeto de estudio, respecto al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, no es suficiente. Desde el punto de vista de la técnica de fundamentación de las sentencias, los magistrados locales prefieren aplicar en forma exclusiva las normas nacionales, desatendiendo el avance en el campo regional, denotando una falta de conciencia respecto a su rol de garantes de los Derechos Humanos.
12. En gran parte de los casos en que no hubo alusión a la normativa internacional pertinente, los magistrados locales resolvieron de manera adecuada en relación a los parámetros impuestos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Ello nos lleva a suponer, y desear, que el control de convencionalidad fue realizado de manera tácita por nuestro poder judicial.
13. La actitud del Poder Judicial, manifestada a través de los fallos de la Corte Suprema, implica un aislamiento respecto de los principios, derechos y deberes que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos impone al Estado de Chile. Ello impide el diálogo con los demás sistemas jurídicos modernos, y por consiguiente, la unificación de criterios de protección del Derecho Internacional de los DD.HH. y la integración regional.
14. La falta de sintonía entre nuestros tribunales de justicia, y la Corte IDH, provoca que nuestro sistema jurídico interno se torne rígido y poco permeable al avance de la protección de los DD.HH. y particularmente, dificulta la labor de los jueces de fondo en torno a la protección de los niños, niñas y adolescentes.

Listado de Fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de Fondo. 29 de julio de 1988.
- Caso Villagrán Morales y otros (“Niños de la Calle”) Vs. Guatemala. Sentencia de Fondo. 19 de noviembre de 1999.
- Caso Olmedo Bustos y otros (“La última tentación de Cristo”) Vs. Chile. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 5 de febrero de 2001.
- Caso Bulacio Vs. Argentina. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 18 de septiembre de 2003.
- Caso Myrna Chang Vs. Guatemala. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de noviembre de 2003.
- Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 8 de julio de 2004.
- Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 7 de septiembre de 2004.
- Caso Yatama vs. Nicaragua, Sentencia 23 de junio de 2005.
- Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia, 8 de septiembre de 2005.
- Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Sentencia. 21 de septiembre de 2006.
- Caso Almonacid Arellano y otro Vs. Chile. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006.
- Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2006.
- Caso Boyce y otros Vs. Barbados, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007.
- Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 16 de noviembre de 2009.

- Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 24 de noviembre de 2009.
- Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Sentencia de 31 de agosto de 2010.
- Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.
- Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia de Fondo y Reparaciones, 24 de febrero de 2011.
- Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 24 de febrero de 2012.
- Caso Fornerón e Hija Vs. Argentina. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 27 de abril de 2012.
- Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 31 de agosto de 2012.

Bibliografía

- ABELIUK M., René. *La filiación y sus efectos*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2003, Tomo I.
- AGUILAR C., Gonzalo. *El control de convencionalidad: análisis en derecho comparado*. En: Revista Direito GV, Sao Paulo 9(2), julio - diciembre de 2013, pp. 721-754.
- AGUILAR, José Manuel. *S. A. P. Síndrome de Alienación Parental*. Editorial Almuzara, 2007, Madrid, España.
- BAZÁN, Víctor. *El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas*. En su: BAZÁN, Víctor, NASH, Claudio (editores). Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, El Control de Convencionalidad. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2011, pp. 17-54.
- BILICIC, Tomislav, VALENZUELA, Williams. *Control de Convencionalidad interno o difuso: Bases para una teoría adecuada desde la Constitución chilena*. 2012. [En línea] <<http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/control-de-convencionalidad-interno-o-difuso-bases-para-una-teoria-adecuada-desde-la-constitucion-chilena/#comments>> [consulta: 19 de abril de 2015].
- BUSTILLO, Roselia. *El control de convencionalidad: La idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral*. [En línea] <http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/Control_de_Convencionalidad.pdf> [consulta: 21 de diciembre de 2014], pp. 4-74.
- CAMARA DE DIPUTADOS DE CHILE. Noticias, Ley permite que menores de edad sin contacto regular con uno de sus padres puedan salir del país sólo con permiso de quien lo tiene a su cuidado. [En línea] http://www.camara.cl/prensa/noticias_detalle.aspx?prmid=36834, [consulta: 20 de agosto de 2015].
- CARBONELL, Miguel. *Introducción general al Control de Convencionalidad*. [En línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf>> [consulta: 21 de diciembre de 2014], 2011, pp. 67-95.
- CARPIZO, Jorge. *Los derechos humanos*. En: Protección internacional de los derechos humanos. La Plata, Librería Editora Platense, 2007, pp. 25 - 36.

- COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. *Opinión “sobre el alcance del derecho a la identidad”*, 71º Período ordinario de sesiones, Río de Janeiro, Brasil, Documento CJI/doc. 276/07 Rev. 1, de 10 de agosto de 2007, párrs.11.2, 12 y 18.3.3, aprobado en el mismo período de sesiones mediante Resolución CJI/RES.137 (LXXI-O/07), de 10 de agosto de 2007.
- CORTE IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999.
- CORTE IDH. *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia en la Convención Americana*. Opinión Consultiva OC-2/82, de 24 de septiembre de 1982.
- COUSO, Jaime. *El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés Superior del niño, Autonomía Progresiva y Derecho a ser oído*. En: Revista de Derechos del Niño, números tres y cuatro, Editores: CILLERO, Miguel, COUSO, Jaime, 2006, Santiago de Chile. [En línea] <http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/revista%20derechos%203_4.pdf> [consulta: 10 de agosto de 2015].
- ETCHEBERRY, Leonor. *Derecho de familia, sucesorio y regímenes matrimoniales*. Revista Chilena de Derecho Privado, N° 15, diciembre de 2010, pp. 225-232.
- ETCHEBERRY, Leonor. *El Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y su aplicación por Tribunales Chilenos*. En: Estudios de Derecho Civil X, Valparaíso, Chile, 2014, pp. 309 - 320.
- FERRER M., Eduardo, SILVA G., Fernando. *El control de convencionalidad de la jurisprudencia constitucional*. En: Parlamento y Constitución. Anuario. Editores Cortes de Castilla-La Mancha, Universidad de Castilla-La Mancha, N° 12 España, 2009, pp. 45 - 72.
- FERRER, Eduardo. *El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional*. [En línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>> [consulta: 10 de abril 2015], 2010, pp. 151-188.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Eficacia de los instrumentos protectores de los derechos humanos*. En: Anuario Mexicano de Derecho Internacional, México, UNAM, año II, vol. II, 2002, pp. 11-50.

- FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Protección jurídico constitucional de los derechos humanos de fuente internacional en los ordenamientos de Latinoamérica*. En: PÉREZ R., Javier, URÍAS M., Joaquín y CARRASCO D., Manuel (coords.). *Derecho Constitucional para el Siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Pamplona, Thomson Aranzadi, 2006, Tomo I, pp. 1727-1746.
- GONZÁLEZ N., MARÍA. *Modelos de Guarda y Custodia. Síndrome de Alienación Parental*. Editorial Bosch, 2010, Barcelona, España.
- HENRÍQUEZ, Miriam. *La polisemia del control de convencionalidad interno*. En: *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 24 *International Law*, 2014, pp. 115-141.
- Historia de la Ley N° 20.383 sobre salida de menores desde Chile. [En línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1006475>> [consulta: 21 de agosto de 2015].
- HITTERS, Juan Carlos. *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)*. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, julio-diciembre 2008, pp. 131-156.
- IBÁÑEZ, Juana María. *Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. [En línea] <<http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/20555/21725>> [consulta: 21 de diciembre de 2014], 2012, pp. 103-113.
- LATHROP G., Fabiola. *Cuidado personal de los Hijos*. Editorial Puntotex, Santiago de Chile, año 2005.
- LATHROP G., Fabiola. *Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Aproximaciones jurídicas y sociológicas*. Diario La Ley, España, año XX, núm. 7206.
- LATHROP G., Fabiola. *La corresponsabilidad parental*. En: *Estudios de Derecho Civil IV, Sextas Jornadas de Derecho Civil de Olmué*, Legalpublishing, Santiago de Chile, 2009, pp. 207 - 232.
- LATHROP G., Fabiola. *La Protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en el derecho chileno*. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 22. Santiago, Chile, pp. 197-229.

- LEPIN, Cristian. *Reformas a las Relaciones Paterno-Filiales*. Análisis de la Ley N° 20.680, Revista de Derecho - Escuela de Postgrado N° 3, 2013, pp. 285-308.
- MANONELLAS, Graciela, *La responsabilidad penal del padre obstaculizador, ley 24.270, Síndrome de alienación Parental*; Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, año 2007.
- MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL. *Encuesta CASEN 2013. Niños, Niñas y Adolescentes. Síntesis de Resultados*. Informe de encuestas. Año 2015 [En línea]
<http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/documentos/Casen2013_ninos_adolescentes.pdf> [consulta: 20 de febrero de 2016].
- NASH, Claudio. *Comentarios al trabajo de Víctor Bazán: El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas*. En su: BAZÁN, Víctor, NASH, Claudio (editores). Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, El Control de Convencionalidad. Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2011, pp. 57-69.
- NEGRONI V., Gloria. *Rol de los operadores del derecho en la resolución de conflictos jurídicos derivados de la Crisis de la Pareja*. En: Revista de Magíster y Doctorado en Derecho, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de Graduados, Santiago, año 2011, n° 4.
- NOGUEIRA, Humberto. *Los desafíos del control de convencionalidad del corpus juris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales*. [En línea]
<<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27776.pdf>> [consulta: 25 de marzo de 2015], 2011, pp. 331-383.
- OEA. *Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y 'Derecho a la Identidad'*, Resolución AG/RES. 2286 (XXXVII-O/07) de 5 de junio de 2007; resolución AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08) de 3 de junio de 2008 y resolución AG/RES. 2602 (XL-O/10).
- ORDÓÑEZ, Aylín. *Apuntes a «El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas», de Víctor Bazán*. En: BAZÁN, Víctor, NASH, Claudio (editores). Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, El Control de Convencionalidad. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2011, pp. 71-82.
- ORREGO, Juan. *Los Alimentos en el Derecho Chileno*. Editorial Metropolitana, Santiago de Chile, año 2009, segunda edición ampliada.

- ORREGO, Juan. *Los Alimentos en el Derecho Chileno*. Santiago de Chile, Editorial Metropolitana, segunda edición ampliada, 2009.
- PEDROSA, DELIA y BOUZA, JOSÉ. *(SAP) Síndrome de Alienación Parental*. Editorial García Alonso, 2008, Buenos Aires, Argentina.
- RAMOS P., René. *Derecho de familia. 7ª ed.* Editorial Jurídica Santiago de Chile, 2010, Tomo II.
- RIZIK, Lucia. "El Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y su aplicación en Chile: las modalidades de restitución del menor". En: Revista Tribuna Internacional, vol. 3 N° 6, 2014, Santiago, Chile.
- ROSSEL S., Enrique. *Manual de Derecho de Familia. 7ª edic. actualizada*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, N° 325.
- SAGÜÉS, Néstor. *Control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo*. [En línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>> [consulta: 24 de mayo de 2015], 2011, pp. 381-417.
- SAGÜÉS, Néstor. *Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad*. En: Revista Estudios Constitucionales, Año 8, N° 1, 2010. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, pp. 117-135.
- SCHMIDT H., Claudia. *Del Derecho Alimentario Familiar en la Filiación*. Editorial PuntoLex S.A., Santiago, Chile, 2008.
- SEGURA, C., GIL, MJ. y SEPÚLVEDA, MA. *El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil*. En: Cuadernos de medicina forense N° 43-44, Sevilla, enero -abril 2006, pp. 117-128.
- SOMARRIVA U., Manuel. *Derecho de familia*. Ediar Editores Ltda. Santiago de Chile, 1983, Tomo II.
- SOMARRIVA, U., Manuel. *Derecho de Familia*. Edit. Nascimento, Santiago, 1963, N° 3.
- UNICEF, Naciones Unidas. *The Convention on the rights of the Child, Survival and development rights: the basic rights to life, survival and development of one's full potential*. [En línea] <http://www.unicef.org/spanish/crc/images/Survival_Development.pdf> [consulta: 10 de noviembre de 2015].

- UNICEF. *Manual para la defensa jurídica de los derechos humanos de la infancia.* [En línea] <http://www.unicef.org/uruguay/spanish/Manual_Defensa_derechos.pdf> [consulta: 10 de agosto de 2015].
- ZÚÑIGA, Francisco. *Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Una aproximación crítica.* En: NOGUEIRA, Humberto (coord.). *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Santiago de Chile, Librotecna, 2012, pp. 387 - 447.

Material complementario

Adjunto a este estudio, acompañamos un CD-ROM que contiene un archivo en formato PDF con el listado de los fallos ordenados por materia, según se estudiaron, siguiendo un criterio cronológico desde el más antiguo al más nuevo. De esta forma el lector podrá acudir prontamente a la fuente y profundizar en cada materia de la forma que estime pertinente.